

Δημήτριος Γ. Ράικος
Αν. Καθηγητής Νομικής Δ.Π.Θ., Πρόεδρος Εφετών Δ.Δ.,
τ. Πρόεδρος Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής
Δημοσίων Συμβάσεων

ΔΙΚΑΙΟ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Γ' ΕΚΔΟΣΗ



ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ
ΑΘΗΝΑ - ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ

2019



ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ
ΑΘΗΝΑ - ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ

Αθήνα

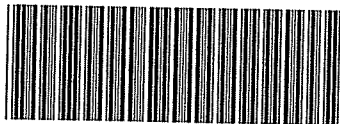
Ιπποκράτους 23 - 106 79 Αθήνα
Τηλ.: (+30 210) 33.87.500, Fax: (+30 210) 33.90.075

Θεσσαλονίκη

Φράγκων 1 - 546 26 Θεσσαλονίκη
Τηλ.: (+30 2310) 535.381, Fax: (+30 2310) 546.812
Εθνικής Αμύνης 42 - 546 21 Θεσσαλονίκη
Τηλ.: (+30 2310) 244.228, 9, Fax: (+30 2310) 244.230
<http://www.sakkoulas.gr> • email: info@sakkoulas.gr

Η πνευματική ιδιοκτησία αποκτάται χωρίς καμία διατύπωση και χωρίς την ανάγκη ρήτρας απαγορευτικής των προβολών της. Επισημαίνεται πάντως ότι κατά το Ν. 2121/1993 και κατά τη Διεθνή Σύμβαση της Βέρνης (που έχει κυρωθεί με το Ν. 100/1975) απαγορεύεται η αναδημοσίευση και γενικά η αναπαραγωγή του παρόντος έργου, με οποιονδήποτε τρόπο, τμηματικά ή περιληπτικά, στο πρωτότυπο ή σε μετάφραση ή άλλη διασκευή, χωρίς γραπτή άδεια του εκδότη και του συγγραφέα.

© 2019



05-09-489

ISBN: 978-960-568-985-8

Σε κάθε περίπτωση, η βούληση της διοίκησης, όπως αυτή εξωτερικεύεται από το οικείο διοικητικό όργανο, είτε πρόκειται για μονομερείς είτε για διμερείς ή πολυμερείς πράξεις ή συμβάσεις³² που αυτή συνάπτει, αποτελεί *sine qua non* γνώρισμα της ίδιας της νομικής ενέργειας της διοίκησης και στοιχείο του εννοιολογικού ορισμού της διοικητικής πράξης³³.

2. Η έννοια της δημόσιας σύμβασης

2.1. Εννοιολογικές οριοθετήσεις

2.1.1. Γενικά

Ο όρος «δημόσιες συμβάσεις» αναφέρεται σε όλες τις συμβάσεις που συνάπτει η διοίκηση με την ευρεία έννοια³⁴, είτε πρόκειται για διοικητικές συμβάσεις είτε για ιδιωτικές συμβάσεις, διάκριση περί της οποίας γίνεται λόγος αμέσως παρακάτω. Ο όρος αυτός αντλείται τόσο από το ενωσιακό δίκαιο όσο και από το εθνικό δίκαιο μεταγραφής (Προεδρικά Διατάγματα), συμπεριλαμβάνοντας συμβάσεις εκτέλεσης δημοσίων έργων, παροχής δημοσίων υπηρεσιών και προμήθειας αγαθών, έστω και αν δεν ανταποκρίνεται ούτε στον στενότερο όρο «διοικητική σύμβαση», που έχει υιοθετήσει η ελληνική νομολογία, σε αντιδιαστολή με την «ιδιωτική σύμβαση»,

Οι νέες διατάξεις του Κώδικα Δημοσίου Λογιστικού (ν. 2362/1995) για τις διοικητικές συμβάσεις, ΔιΔικ 1998, σ. 557 επ., *Χ. Μουκίου*, Η αρχή της νομιμότητας και οι συμβάσεις του δημοσίου και των ΝΠΔΔ (Σχόλιο στην Ολομ. ΣτΕ 4936/1995), ΔιΔικ 1997, σ. 293 επ., *Π. Παυλόπουλος*, Ζητήματα δικαστικής προστασίας στο πλαίσιο των διαφορών από διοικητικές συμβάσεις, ΔιΔικ 1991, σ. 249 επ., *ο ίδιος*, Ζητήματα αστικής ευθύνης από διοικητικές συμβάσεις (Σχόλιο στην απόφαση ΔΕφΑθην. 3024/1990), ΔιΔικ 1990, σ. 1009 επ., *Α. Γεωργιάδης/Π. Παυλόπουλος*, Η ευθύνη από τις διαπραγματεύσεις στο πλαίσιο των διοικητικών συμβάσεων (γνμδ), ΝοΒ 1987, σ. 701 επ., *Δ. Κόρσος*, Στη λήψη των συμβάσεων του Διοικητικού Δικαίου, ΔιΔικ 1989, σ. 241 επ., *Κ. Χασάπης*, Δικαιοπρακτική και εξωδικαιοπρακτική ευθύνη στο χώρο των διοικητικών συμβάσεων, ΔιΔικ 1993, σ. 278 επ., *Ι. Κοϊμτζόγλου*, Το εξαιρετικό νομικό καθεστώς της σύμβασης ως κριτήριο του διοικητικού της χαρακτηριστήρα, ΔιΔικ 1997, σ. 851 επ., *Δ. Μπαρδούτσος*, Ζητήματα συνταγματικής τάξης (από τα άρθρα 94 και 95 του Σ.) και ο ρόλος του εφαρμοστέου στις συμβάσεις δικαίου, ΔιΔικ 1997, σ. 545 επ. Επίσης βλ. *Κ. Ρέμελη*, Ο συμβιβασμός στη διοικητική διαδικασία, σ. 142 επ.

32. Περί του ζητήματος αν η διοικητική σύμβαση εντάσσεται στην κατηγορία των διμερών διοικητικών πράξεων, όπως γίνεται δεκτό στη θεωρία του διοικητικού δικαίου στη Γαλλία, ή αποτελεί κάτι το διαφορετικό, που αντιδιαστέλλεται εννοιολογικά από την έννοια της εκτελεστής διοικητικής πράξης, κατά τις απόψεις που κρατούν στη Γερμανία βλ. *Η. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., München 2000, s. 348 ff., *H. Faber*, Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Tübingen 1995, s. 282 ff., *Κ. Ρέμελη*, ό.π., σ. 143-144 με παραπομπές στην ελληνική και αλλοδαπή βιβλιογραφία.

33. *Χ. Μουκίου*, Η «Σιωπή» της Διοίκησης, Αθήνα-Κομοτηνή 2003, σ. 144.

34. Πρβλ. *Π. Δαγτόγλου*, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2011, σ. 445.

ούτε στις ενωσιακές έννοιες των συμβάσεων δημοσίων έργων κ.λπ. Όσον αφορά δε ειδικότερα την έννοια των δημοσίων συμβάσεων κατά το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, με τις οδηγίες 93/36, 93/37, 93/38 και 92/50 της ΕΟΚ, ρυθμίστηκαν, καταρχήν, τρεις τύποι συμβάσεων σε ενωσιακό επίπεδο, οι συμβάσεις προμηθειών, οι συμβάσεις δημόσιων έργων και οι συμβάσεις υπηρεσιών. Οι οδηγίες 93/38/ΕΚ και 92/50/ΕΚ τροποποιήθηκαν από τις οδηγίες 98/4/ΕΚ και 97/52/ΕΚ και στη συνέχεια οι ίδιες καθώς και η 93/37/ΕΚ τροποποιήθηκαν από τις οδηγίες 2004/18/ΕΕ και 2004/17/ΕΕ³⁵, και τέλος από τις οδηγίες 2014/23/ΕΕ (παραχωρήσεις), 2014/24/ΕΕ (κλασικός τομέας), και 2014/25/ΕΕ (πρώην εξαιρούμενοι τομείς).

2.1.2. Η δημόσια σύμβαση στο ενωσιακό δίκαιο

Η έννοια της δημόσιας σύμβασης απαντάται στο δευτερογενές ενωσιακό δίκαιο. Ειδικότερα, τον ορισμό της δημόσιας σύμβασης δίνουν οι διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 5 της νέας γενικής οδηγίας για τις δημόσιες συμβάσεις 2014/24/ΕΕ (ΕΕΕΕ L 94/65/28-3-2014), που κατάργησε την οδηγία 2004/18/ΕΚ από 18-4-2016. Σύμφωνα με αυτόν, ως «δημόσιες συμβάσεις» νοούνται οι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας οι οποίες συνάπτονται γραπτώς μεταξύ ενός ή περισσότερων οικονομικών φορέων και μιας ή περισσότερων αναθετουσών αρχών και έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια προϊόντων ή την παροχή υπηρεσιών.

Ο ορισμός αυτός διαφωτίζεται και από την αιτιολογική σκέψη 4 της εν λόγω οδηγίας, κατά την οποία: «Η αυξανόμενη ποικιλομορφία της δημόσιας δράσης έχει καταστήσει αναγκαίο τον σαφέστερο ορισμό της ίδιας της έννοιας των προμηθειών· η διευκρίνιση αυτή δεν θα πρέπει όμως να διευρύνει το πεδίο εφαρμογής της παρούσας οδηγίας σε σύγκριση με εκείνο της οδηγίας 2004/18/ΕΚ. Οι κανόνες της Ένωσης σχετικά με τις δημόσιες συμβάσεις δεν αποσκοπούν να καλύψουν όλες τις μορφές εκταμίευσης δημόσιου χρήματος, αλλά μόνο όσες στοχεύουν στην απόκτηση έργων, αγαθών ή υπηρεσιών μέσω δημόσιας σύμβασης. Θα πρέπει να διευκρινιστεί ότι η απόκτηση έργων, αγαθών ή υπηρεσιών θα πρέπει να υπόκειται στην παρούσα οδηγία, είτε γίνεται μέσω αγοράς ή μίσθωσης είτε μέσω άλλων συμβατικών μορφών. Η απόκτηση θα πρέπει να γίνεται αντιληπτή υπό ευρείαν

35. Βλ. αναλυτικά παρακάτω υπό II Α 1. Επίσης βλ. Κ. Ρέμελη, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του ΣτΕ (ν. 2522/97). Οι κοινοτικές καταβολές της προσωρινής προστασίας στο δημόσια έργα, τις προμήθειες και τις υπηρεσίες, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2000, σ. 120 επ., Γ. Γκασούκα, Αποζημίωση σε διαγωνισμούς δημοσίων έργων, κρατικών προμηθειών, υπηρεσιών, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2005, σ. 16 επ., Χ. Συνοδινό, Αποτελεσματική δικαστική προστασία κατά τη σύναψη συμβάσεων της διοίκησης, Αθήνα 2001, σ. 45.

έννοια, ως απόκτηση των ωφελειών των σχετικών έργων, αγαθών ή υπηρεσιών, χωρίς να απαιτείται απαραίτητα η μεταβίβαση της κυριότητας στις αναθέτουσες αρχές. Επιπλέον, η απλή χρηματοδότηση δραστηριότητας, κατά κύριο λόγο μέσω επιχορηγήσεων, που συνδέεται συχνά με την υποχρέωση επιστροφής των ποσών που ελήφθησαν εάν δεν χρησιμοποιηθούν για τους σκοπούς για τους οποίους προορίζονται, δεν εμπίπτει συνήθως στους κανόνες για τις δημόσιες συμβάσεις. Ομοίως, περιπτώσεις στις οποίες όλοι οι φορείς που πληρούν ορισμένους όρους μπορούν να ασκούν συγκεκριμένα καθήκοντα χωρίς επιλογή, όπως στα συστήματα επιλογής πελάτη και τα συστήματα επιταγών παροχής υπηρεσιών, δεν θα πρέπει να θεωρούνται ως συμβάσεις αλλά ως συστήματα απλής αδειοδότησης (π.χ. άδειες για φάρμακα ή ιατρικές υπηρεσίες)».

Εναρμονιζόμενη η εθνική νομοθεσία με τις διατάξεις των νέων οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις ορίζει στο άρθρο 2 παρ. 1 στοιχ. 1 περ. 5 του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (Προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (ΦΕΚ Α' 147/8-8-2016) ότι ως «δημόσιες συμβάσεις» και ως «συμβάσεις έργων, υπηρεσιών και προμηθειών» νοούνται οι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας οι οποίες συνάπτονται γραπτώς μεταξύ ενός ή περισσότερων οικονομικών φορέων και μιας ή ενός ή περισσότερων αναθετουσών αρχών/αναθετόντων φορέων, αντίστοιχα, και έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια αγαθών ή την παροχή υπηρεσιών (πρβλ. το προϊσχύσαν ΠΔ 60/2007 άρθρο 2 παρ. 2 α').

Ενώ, κατά την παράγραφο 1 α' του ίδιου ως άνω άρθρου, ορίζεται ότι ως «αναθέτουσες αρχές» νοούνται όχι μόνο τα ΝΠΔΔ (το κράτος, οι αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης, άλλα ΝΠΔΔ), αλλά εν γένει οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου και οι ενώσεις μίας ή περισσότερων από αυτές τις αρχές ή ενός ή περισσότερων από αυτούς τους οργανισμούς δημοσίου δικαίου, καθώς και οι αναθέτουσες αρχές κατά την έννοια του άρθρου 223 του ν. 4412/2016.

Ως «οργανισμός δημοσίου δικαίου», θεωρείται κάθε νομικό πρόσωπο που έχει συσταθεί με συγκεκριμένο σκοπό την κάλυψη αναγκών γενικού συμφέροντος που δεν εμπίπτουν στον βιομηχανικό ή εμπορικό τομέα, και η δραστηριότητα του οποίου χρηματοδοτείται, κατά το μεγαλύτερο μέρος, από τις κρατικές αρχές, τις αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου, ή η διαχείρισή του υπόκειται σε έλεγχο ασκούμενο από τους οργανισμούς αυτούς ή έχουν διοικητικό, διευθυντικό ή εποπτικό συμβούλιο, του οποίου περισσότερο από το ήμισυ των μελών διορίζεται από τις κρατικές αρχές, τις αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης ή από άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου (άρθρ. 2 παρ. 1 στοιχ. 1 περ. 4 ν. 4412/2016).

Εξάλλου, ο όρος «οικονομικός φορέας» καλύπτει κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή δημόσιο φορέα ή ένωση αυτών των προσώπων ή/και φορέων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών συμπράξεων επιχειρήσεων, που προσφέρει στην αγορά εκτέλεση εργασιών ή/και έργου, προμήθεια προϊόντων ή παροχή υπηρεσιών. Στην έννοια αυτή περιλαμβάνεται και ο όρος «εργοληπτική επιχείρηση» (άρθρ. 2 παρ. 1 στοιχ. 1 περ. 11 ν. 4412/2016). Για την στοιχειοθέτηση της έννοιας του οικονομικού φορέα αρκεί η δυνατότητα υποβολής προσφοράς από κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο που, ενόψει των όρων που θέτει η οικεία προκήρυξη, φρονεί ότι διαθέτει την απαιτούμενη ικανότητα προς εκτέλεση της σύμβασης, ανεξαρτήτως αν διαθέτει την οργανωτική δομή επιχείρησης ή εάν δραστηριοποιείται στην οικεία αγορά επί συστηματικής βάσης ή μόνον ευκαιριακά ή εάν ασκεί κερδοσκοπική δραστηριότητα (βλ. ΔΕΕ C-305/08, CoNISMa, σκ. 42, 43, 45, C-159/11, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce, σκ. 26, C-386/11, Piepenbrock, σκ. 29, Ε.Α. ΣτΕ 205/2016, σκ. 22).

Η υπαγωγή στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών (2014/24/ΕΕ, 2014/25/ΕΕ) προϋποθέτει καταρχήν την ύπαρξη «δημόσιας σύμβασης». Δεδομένου μάλιστα ότι βασίζεται στον ορισμό της δημόσιας σύμβασης κατά το άρθρο 2, παράγραφος 1 στοιχ. 1 περ. 5 του ν. 4412/2016, η έννοια της «δημόσιας σύμβασης» προϋποθέτει την ύπαρξη έγγραφης σύμβασης μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του οικονομικού φορέα³⁶.

Πρόσθετη προϋπόθεση για τον χαρακτηρισμό μιας συμφωνίας ως «δημόσιας σύμβασης» υπό την έννοια του άρθρου 2, παρ. 1 στοιχ. 1 περ. 5 του ν. 4412/2016 (και της οδηγίας), είναι να συνάπτεται εξ επαχθούς αιτίας. Η έννοια της «επαχθούς αιτίας» απαιτεί όπως η παροχή του παρέχοντος την υπηρεσία αντιστοιχεί στην υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να καταβάλει αμοιβή. Πέραν της συμμετοχής δύο προσώπων απαιτείται εν προκειμένω η ύπαρξη αμφοτεροβαρούς σχέσης υπό τη μορφή ανταλλαγής υλικών παροχών. Με άλλα λόγια, ο αμφοτεροβαρής χαρακτήρας της συμβατικής σχέσης αποτελεί αναγκαίο στοιχείο για τη διαπίστωση πράξης υπαγόμενης στις διατάξεις περί δημοσίων συμβάσεων³⁷.

Η παντελής έλλειψη κέρδους δεν καθιστά από μόνη της τη συμφωνία χαριστική. Από οικονομική άποψη, η συμφωνία παραμένει επαχθής, δεδομένου ότι ο λήπτης λαμβάνει παροχή αποτιμητή σε χρήμα³⁸ και, συνεπώς, μια τέτοια συμφωνία

36. ΕΣ 1114/2016 Τμ. VI.

37. Βλ. προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως VERICA TRSTENIAK της 23ης Μαΐου 2012 στην υπόθεση C-159/11 Azienda Sanitaria Locale di Lecce, σκ. 30.

38. Βλ. προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως VERICA TRSTENIAK της 23ης Μαΐου 2012 στην υπόθεση C-159/11 Azienda Sanitaria Locale di Lecce, σκ. 32. Επίσης βλ. K. Hailbronner, Das Recht

θα μπορούσε να εμπίπτει καταρχήν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Πέραν τούτου θα μπορούσε επίσης να υποστηριχθεί η άποψη ότι μόνο η διασταλτική ερμηνεία της έννοιας «εξ επαχθούς αιτίας» ανταποκρίνεται στον σκοπό των οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις, ο οποίος συνίσταται στο άνοιγμα των αγορών για την επικράτηση γνήσιου ανταγωνισμού³⁹. Μόνον έτσι μπορεί να διασφαλισθεί η πρακτική αποτελεσματικότητα των οδηγιών αυτών και να αποτραπεί η καταστρατήγηση του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, παραδείγματος χάριν με τη συνομολόγηση άλλων μορφών αμοιβής από τις οποίες δεν προκύπτει άμεσα ο σκοπός της επίτευξης κέρδους, όπως είναι, ενδεικτικά, η ανταλλαγή ή η αμοιβαία παραίτηση από αξιώσεις που υφίστανται μεταξύ των συμβαλλόμενων μερών. Με βάση τη διασταλτική αυτή ερμηνεία δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι ο παρέχων τις υπηρεσίες πρέπει υποχρεωτικά να προσδοκά το κέρδος. Αντίθετα, για να συντρέχει το στοιχείο της επαχθούς αιτίας αρκεί ο παρέχων τις υπηρεσίες να λαμβάνει αμοιβή που να καλύπτει τις δαπάνες του υπό τη μορφή επιστροφής των εξόδων στα οποία υποβλήθηκε⁴⁰. Ως εκ τούτου, η έννοια της «επαχθούς αιτίας» καλύπτει ακόμη και τη λεγόμενη απλή αποζημίωση για τις δαπάνες παροχής υπηρεσιών⁴¹. Ενώ, εξάλλου, δεν αναιρείται η έννοια αυτή από το γεγονός και μόνο ότι η σύμβαση συνομολογείται για λογαριασμό ενός μη κερδοσκοπικού οργανισμού, όπως λ.χ. η συμφωνία μιας συμφωνίας πλαίσιο, κατά την έννοια του άρθρου 2 παρ. 1 στοιχ. 1 περ. 10 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, που συνάπτεται για τις ανάγκες παροχής νοσοκομειακής περίθαλψης, μεταξύ του κράτους και μη κερδοσκοπικών εθελοντικών ενώσεων⁴².

der Europäischen Union (επιμ. Eberhard Grabitz και Meinhard Hilf), μέρος B5, σημείο 24, σ. 4, ο οποίος θεωρεί ότι το κριτήριο της επαχθούς αιτίας πληρούται όταν υπάρχει οποιαδήποτε ωφέλεια αποτιμητή σε χρήμα. Στο ίδιο πνεύμα και ο C. Eisner, *Interkommunale Kooperationen und Dienstleistungskonzessionen* (Teil 1), *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis*, 2011, σ. 190, κατά τον οποίο, εφόσον συμφωνείται πράγματι αμοιβή για την παροχή μιας υπηρεσίας, ο χαρακτηρισμός οποιασδήποτε συμφωνίας θα πρέπει να γίνεται με βάση τις διατάξεις του δικαίου δημοσίων συμβάσεων.

39. Βλ. W. Frenz, *Handbuch Europarecht*, 3ος τόμος (Beihilfe- und Vergaberecht), Heidelberg 2007, σ. 617, σημείο 2012.

40. ΔΕΕ C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH and Co.KG*, σκ. 28 επ., ΕΣ 1114/2016 Τμ. VI.

41. Πρβλ. ΔΕΕ απόφαση της 11-12-2014, υπόθεση C-113/13, *Azienda sanitaria locale*, σκέψη 37. Βλ. και προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως VERICA TRSTENIAK της 23ης Μαΐου 2012 στην υπόθεση C-159/11 *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, σκ. 33, W. Frenz, όπ.π. (υποσημείωση 11), σ. 618, σημείο 2013.

42. ΔΕΕ απόφαση της 11-12-2014, υπόθεση C-113/13, *Azienda sanitaria locale*, σκέψη 37, με παραπομπή σε ΔΕΚ C-119/2006, *Commission v. Italy*, para 41.

Επίσης, η έννοια της δημόσιας σύμβασης δεν αναιρείται από το γεγονός ότι μια αναθέτουσα αρχή δεν διενεργεί διαγωνιστική διαδικασία, δηλαδή διαδικασία επιλογής, για την ανάδειξη ενός ή περισσότερων αναδόχων (λ.χ. δυνάμει συμφωνίας-πλαίσιο) και αποφασίζει να συνάψει συμβάσεις με όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, οι οποίοι πληρούν τους συγκεκριμένους όρους επιλογής και αποδέχονται τους συμφωνημένους όρους συνομολόγησης της σύμβασης⁴³.

2.2. Δημόσιες συμβάσεις του δημοσίου και του ιδιωτικού δικαίου

Οι συμβάσεις της διοίκησης⁴⁴ ή δημόσιες συμβάσεις διακρίνονται σε συμβάσεις του ιδιωτικού δικαίου και σε συμβάσεις του δημοσίου δικαίου ή διοικητικές συμβάσεις. Η διάκριση αυτή έχει μεγάλη πρακτική σημασία, τόσο από την άποψη του εφαρμοστέου δικαίου, όσο και από την άποψη της δικαιοδοσίας. Συγκεκριμένα, στις συμβάσεις του ιδιωτικού δικαίου το συμβαλλόμενο κράτος, ΝΠΔΔ, ή άλλος δημόσιος φορέας⁴⁵ δεν μετέχουν ως φορείς δημόσιας εξουσίας, αλλά ως απλοί ιδιώτες και ίστανται στο ίδιο δικαιοπρακτικό επίπεδο με τον αντισυμβαλλόμενο. Οι εν λόγω συμβάσεις καταρτίζονται και λειτουργούν σύμφωνα με του κανόνες του ιδιωτικού δικαίου. Στην κατηγορία αυτή ανήκουν, μεταξύ άλλων, οι συμβάσεις που συνάπτονται από το κράτος ή ΝΠΔΔ ή άλλα δημόσια νομικά πρόσωπα για τη διαχείριση της ιδιωτικής περιουσίας τους, η σύμβαση εργασίας κατά τους κανόνες του ιδιωτικού δικαίου, η σύμβαση εντολής κ.λπ. Περαιτέρω, από την οριοθέτηση των δύο αυτών κατηγοριών προκύπτει και η αντίστοιχη δικαιοδοσία των διοικητικών ή των πολιτικών δικαστηρίων, καθώς και η ενεργοποίηση της εξαιρετικής υλικής αρμοδιότητας του Διοικητικού Εφετείου, εφόσον χαρακτηριστεί ως διοικητική η σύμβαση από την οποία απορρέουν οι διεκδικούμενες αξιώσεις (προσυμβατικές, ενδοσυμβατικές, εξωσυμβατικές)⁴⁶.

43. Γνώμη υπ. αριθμ. 19/2014 Ν.Σ της ΕΑΑΔΗΣΥ.

44. Διμερείς δικαιοπραξίες δημοσίου δικαίου, άλλως διοικητικές συμβάσεις, σύμφωνα με ορισμένους συγγραφείς βλ. χαρακτηριστικά Γ. Παπαχατζή, Σύστημα του ισχύοντος στην Ελλάδα διοικητικού δικαίου, 1983, σ. 855 επ., Ι. Τζεβελεκάκη, Συμβάσεις της διοικήσεως και ακυρωτικές διαφορές ΝοΒ 1989, σ. 1153 επ.

45. Με την αυστηρή χρήση του οργανικού ή τυπικού κριτηρίου συμβάσεις της διοίκησης θεωρούνται μόνο εκείνες που ένα τουλάχιστον από τα συμβαλλόμενα μέρη είναι το κράτος ή ΝΠΔΔ βλ. Ι. Τζεβελεκάκη, Συμβάσεις της διοικήσεως και ακυρωτικές διαφορές ΝοΒ 1989, σ. 1153 επ. (1154).

46. Δ. Ράικος, Το ένδικο βοήθημα της αγωγής στο πεδίο των διαφορών από διοικητικές συμβάσεις, 2009, σ. 73 επ., ο ίδιος, Αγωγή αποζημιώσεως για προσυμβατικό «πταίσμα» (ν. 2522/1997) ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων, Διδικ 1999, σ. 537 επ., Π. Δαγτόγλου, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, γ' έκδ., Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2004, σ. 216 επ., Ι. Τζεβελεκάκης, Συμβάσεις της διοικήσεως και ακυρωτικές διαφορές ΝοΒ 1989, σ. 1153 επ. (1154). Βλ. ωστόσο ενοποίηση της δικαιοδοσίας

Η
μένως,
ένα δη
συνάπτ
νομική
λακτικ
τη. Δη
είναι λ

Πο
ντριπτ
ρούν ν
ανατίθ
κ.λπ.),
λειτου
ξεις (λ
νομολ
η νομ
οργαν
των δι

στις διο
47
συμφέρ
την ιδι
1992, σ
σ. 776 ε
ται στη
κή ή λ
το οπο
48
σης» β
49
1989, σ
επ., ο
δικαιο
πρόσφ
Οι συμ
50
γλου,

παραχωρούνται ιδιαίτερα δικαιώματα επί αυτών, ανήκει στον πυρήνα της κρατικής εξουσίας, αφού η παραχώρηση αυτή έχει ως άμεση και αναγκαία συνέπεια την ευθεία επέμβαση στο δικαίωμα των τρίτων προς ακώλυτη χρήση του κοινοχρήστου πράγματος, σύμφωνα με τον προορισμό του.

Αντίθετες προς το Σύνταγμα, και συνεπώς απαγορευμένες, είναι και οι συμβάσεις εκείνες ή συμβατικές ρήτρες, με τις οποίες προσβάλλονται ατομικά δικαιώματα ή ελευθερίες, όπως λ.χ. σύμβαση με την οποία παραιτείται ο ιδιώτης από το δικαίωμά του στην προσωπική ασφάλεια (άρθρ. 5 του Σ.), εκτός αν η παραίτηση δεν είναι ασυμβίβαστη με την αρχή της ανθρώπινης αξιοπρέπειας, και υπό τον όρο ότι αφορά μια συγκεκριμένη περίπτωση και δεν έχει γενικό χαρακτήρα, ή δεν ισχύει απεριόριστα στο μέλλον¹³⁸.

Τέλος, ιδιαίτερα προβλήματα δημιουργεί η σύμβαση κατά την οποία ο ιδιώτης, με αντάλλαγμα ορισμένες διοικητικές απαλλαγές ή εγκρίσεις (λ.χ. στο πεδίο του οικοδομικού ή πολεοδομικού δικαίου), αναλαμβάνει τη συμβατική υποχρέωση να προβεί σε ορισμένες κατασκευές, όπως λ.χ. κατασκευή οδού, εγκατάσταση ηλεκτροφωτισμού, χώρων στάθμευσης αυτοκινήτων, ή ελλιμενισμού σκαφών. Υποστηρίζεται¹³⁹, και ορθά, ότι οι συμβάσεις αυτές δεν πρέπει να περιέχουν έμμεση επιβολή φόρου, που κατά το άρθρο 78 του Συντάγματος μπορεί να επιβληθεί μόνο με τυπικό νόμο.

Σε κάθε περίπτωση, είναι συνταγματικά αμφίβολο αν οι ανωτέρω συμβάσεις μπορούν να υποχρεώνουν τον αντισυμβαλλόμενο ιδιώτη σε αντιπαροχή για την εξασφάλιση διοικητικής παροχής που ο νόμος προβλέπει ως υποχρεωτική για τη διοίκηση, αφού αυτό θα ισοδυναμούσε με «πώληση» υπηρεσιών εκ μέρους της διοίκησης, για τις οποίες την υποχρεώνει η νομοθεσία.

Γ. Είδη δημοσίων συμβάσεων

1. Οι συμβαλλόμενοι στις δημόσιες συμβάσεις

1.1. Συμβάσεις μεταξύ δημοσίων νομικών προσώπων

Ο συνήθης τύπος των δημοσίων συμβάσεων είναι οι ετερογενείς, δηλαδή αυτές που συνάπτονται μεταξύ ενός ή περισσότερων φορέων δημόσιας διοίκησης, ανεξάρτητα από τη μορφή νομικής οργάνωσης αυτών, και ιδιωτών¹⁴⁰.

138. Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Κομοτηνή 2012, σ. 341.

139. Π. Δαγτόγλου, ό.π., σ. 359.

140. Δ. Τομαράς, Οι διοικητικές συμβάσεις, 2009, σ. 20, Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Κομοτηνή 2012, σ. 357.

Δημόσιες συμβάσεις είναι και οι ομοιογενείς, δηλαδή εκείνες που συνομολογούνται μεταξύ διαφόρων φορέων δημόσιας διοίκησης, όπως λ.χ. μεταξύ δύο δήμων για την από κοινού εκτέλεση ενός έργου (κατασκευή ενός σχολείου, ή μιας οδού κ.λπ.)¹⁴¹.

Αντισυμβαλλόμενος σε μια δημόσια σύμβαση μπορεί να είναι και ένας δημόσιος φορέας, εφόσον το αντικείμενο της συμβατικής δράσης δεν αντιβαίνει στον ειδικό σκοπό της ίδρυσης και λειτουργίας του και επιτρέπεται από το νόμο. Έτσι, λ.χ. τα ανώτατα εκπαιδευτικά ιδρύματα, ως δημόσια νομικά πρόσωπα έχουν ειδικό σκοπό που συνίσταται κατ' αποκλειστικότητα στην παροχή και προαγωγή της ανωτάτης παιδείας και της επιστημονικής έρευνας (άρθρο 16 Συντάγματος, άρθρο 1 παρ. 2 ν. 1268/1982, ΦΕΚ Α' 87, βλ. ήδη ν. 4009/2011), και άρα δεν νομιμοποιούνται καταρχήν σε επιχειρηματικής φύσης δραστηριότητες που εκφεύγουν του ειδικού σκοπού των και τέτοια δραστηριότητα είναι κατ' εξοχήν η συμμετοχή σε διαγωνισμούς για ανάληψη έργων. Δεν αποκλείεται, όμως, εντελώς η συμμετοχή και των Ιδρυμάτων αυτών σε διαγωνισμούς, κατεξάιρεση όταν η προσφερομένη υπηρεσία συνδέεται αμέσως με το εκπαιδευτικό ή ερευνητικό έργο και πρόκειται να εκτελεσθεί στο πλαίσιο του αντικειμένου συγκεκριμένης υπηρεσιακής μονάδας του Ανωτάτου Εκπαιδευτικού Ιδρύματος¹⁴².

Εξάλλου, ήδη από το 1984 ο ΔΚΚ (άρθρ. 11 ν. 1416/1984, άρθρ. 35 ΠΔ 410/1995, άρθρ. 225 ΚΔΚ = ν. 3852/2010) αναφέρεται στις προγραμματικές συμβάσεις μεταξύ οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης και οργανισμών του δημόσιου τομέα για τη μελέτη και εκτέλεση έργων ή προγραμμάτων ανάπτυξης μιας περιοχής και την παροχή υπηρεσιών κάθε είδους.

Περαιτέρω, από το έτος 1994 ο νόμος (άρθρ. 34 παρ. 1 ΔΚΚ, ΠΔ 410/1995, άρθρ. 46 ν. 2218/1994, άρθρ. 222 και 223 ν. 3463/2006, άρθρ. 99 ν. 3852/2010) εισήγαγε και τη δυνατότητα της συμβατικής ανάθεσης αρμοδιοτήτων (συμβάσεις

141. Π. Δαγτόγλου, ό.π., σ. 356. Πρβλ. Α. Γέροντας/Σ. Λύτρα/Π. Παυλόπουλο/Γ. Σιούτη/Σ. Φλογαίτη, Διοικητικό Δίκαιο, Β' έκδ. 2010, σ. 255.

142. ΕΑ ΣτΕ 405/2007: Στην περίπτωση αυτή, η συμμετοχή στον διαγωνισμό δεν είναι αντίθετη με το Σύνταγμα και την κείμενη νομοθεσία περί Ανωτάτων Εκπαιδευτικών Ιδρυμάτων. Το γεγονός δε και μόνο ότι ο διαγωνιζόμενος είναι νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου δεν προσκρούει άνευ ετέρου στο κοινοτικό δίκαιο περί δημοσίων συμβάσεων διότι το δίκαιο αυτό δεν αποκλείει καταρχήν τη συμμετοχή σε διαγωνισμούς φορέων του δημοσίου (άρθρο 1 παρ. 8 της οδηγίας 2004/18/ΕΚ), ενώ, εξάλλου, το ΑΕΙ μετέχοντας, θεμιτά κατεξάιρεση στο διαγωνισμό, δεν υπερβαίνει τον κατά το νόμο ειδικό σκοπό του και δεν τελεί σε θέση υπεροχής έναντι των ανταγωνιστών του εκ μόνου του λόγου ότι επιδοτείται από το Κράτος βλ. ΔΕΚ απόφαση της 7.12.2000, C-94/99, ARGE Gew/sserschutz, Συλλογή 2000, I-11037.

ανάθεσης αρμοδιοτήτων) από τον ένα οργανισμό στον άλλο ή την υποστήριξη της άσκησης της, καθώς και συμβάσεων συνεργασίας για την εκτέλεση έργων, προμηθειών και υπηρεσιών («συμβάσεις διαδημοτικής συνεργασίας», ή «συμβάσεις συνεργασίας φορέων της τοπικής αυτοδιοίκησης».

Ειδικότερα¹⁴³, ο ΔΚΚ (άρθρ. 46 ν. 2218/1994) πρόβλεπε ότι με σύμβαση, που κατά τον χαρακτήρα της είναι διοικητική, μπορεί να ανατεθούν αρμοδιότητες σε άλλους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης (άλλο Δήμο ή κοινότητα ή νομαρχιακή αυτοδιοίκηση). Μπορούσε δε η αρμοδιότητα που επαραχωρείτο να αναφέρεται και στην αρμοδιότητα επιβολής, βεβαίωσης και είσπραξης τελών, δικαιωμάτων και εισφορών (όχι όμως φόρων).

Εξάλλου, ο ΔΚΚ (άρθρ. 176 επ. ν. 3463/2006. Βλ. όμως και τους αυστηρότερους όρους των άρθρ. 264 επ. του ν. 3852/2010) προβλέπει τη συνομολόγηση δανειακών συμβάσεων ανάμεσα σε δήμους ή κοινότητες αφενός και το κράτος, ΝΠΔΔ και κάθε είδους δημόσιους οργανισμούς και αναγνωρισμένα πιστωτικά ιδρύματα ή χρηματοπιστωτικούς οργανισμούς της Ελλάδας ή του εξωτερικού, αφετέρου, για την πραγματοποίηση κάθε σκοπού που ανήκει στην αρμοδιότητά τους ή της δράσης τους, συμπεριλαμβανομένης και της αποπληρωμής ληξιπρόθεσμων ή μη οφειλών. Οι εν λόγω δανειακές συμβάσεις, που υπόκεινται σε ειδικό νομοθετικό καθεστώς και αφορούν την πραγματοποίηση των σκοπών της τοπικής αυτοδιοίκησης, είναι κατά τη φύση τους διοικητικές^{144, 145}.

143. Βλ. αναλυτικά Π. Δαγτόγλου, ό.π., σ. 357 και 595 επ.

144. Π. Δαγτόγλου, ό.π., σ. 357.

145. Οι δανειακές συμβάσεις δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις, ο δε προσυμβατικός έλεγχος του Ελεγκτικού Συνεδρίου διεξάγεται βάσει των γενικών αρχών και κανόνων που διέπουν τόσο την κοινοτική όσο και την εθνική έννομη τάξη, ήτοι των αρχών της ίσης μεταχείρισης, της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της υποχρέωσης διαφάνειας, η οποία, ειδικότερα, συνίσταται στη διασφάλιση, προς όφελος όλων των ενδεχόμενων αναδόχων, επαρκούς βαθμού δημοσιότητας, ώστε να επιτρέπεται, τόσο το άνοιγμα της αγοράς υπηρεσιών στον ανταγωνισμό, όσο και ο έλεγχος του αμερόληπτου χαρακτήρα της διαδικασίας ανάθεσης που ακολουθείται. Κατά συνέπεια, λαμβάνονται υπόψη και αξιολογούνται όλες οι επιμέρους περιστάσεις, οι ιδιαιτερότητες και τα χαρακτηριστικά της κάθε συγκεκριμένης σύμβασης δανείου που πρόκειται να συναφθεί, όπως ιδίως το μέγεθος του αναθέτοντα Ο.Τ.Α., το ύψος του δανείου το οποίο προτίθεται αυτός να ζητήσει, η γεωγραφική θέση του τόπου εκτέλεσης της σύμβασης το πλήθος των τραπεζικών ιδρυμάτων που δραστηριοποιούνται στα γεωγραφικά όρια του Ο.Τ.Α. και τα οποία είναι πιθανό να εκδηλώσουν ενδιαφέρον για τη χορήγηση του δανείου («μέγεθος και δομή της αγοράς»), οι συνθήκες πρακτικές του τραπεζικού τομέα κ.λπ., ούτως ώστε να ελέγχεται η τήρηση των ως άνω αρχών της ίσης μεταχείρισης, της απαγόρευσης των διακρίσεων και της υπο-

Αντίθετη, όμως, θέση έχει διατυπώσει στο ζήτημα αυτό η νομολογία, και συγκεκριμένα η Ολομέλεια του Συμβουλίου της Επικρατείας, η οποία με την υπ. αριθμ. 2171/2002 απόφασή της¹⁴⁶ έκρινε ότι δεν έχει τον χαρακτήρα διοικητικής σύμβασης η σύναψη δανείου μεταξύ Δήμου, που ενεργούσε ως μέτοχος δημοτικής επιχείρησης ΑΕ, και Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων, με σκοπό την αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου της ανωτέρω εταιρίας, αφού αυτή εντάσσεται στα πλαίσια της επιχειρηματικής δραστηριότητας του Δήμου ως μετόχου της ανώνυμης αυτής εταιρίας και αποβλέπει σε οικονομικά κυρίως οφέλη.

Στη Γαλλία έχει επικρατήσει η άποψη ότι, όταν συμβάλλονται δύο ΝΠΔΔ υπάρχει ισχυρό τεκμήριο υπέρ της εφαρμογής του δημοσίου δικαίου, δηλαδή περί του ότι πρόκειται για διοικητική σύμβαση. Ωστόσο, δεν αποκλείεται να πρόκειται για σύμβαση του ιδιωτικού δικαίου, όπως συμβαίνει λ.χ. με τη σύναψη συμβάσεων που έχουν ως αντικείμενο τη διαχείριση της περιουσίας αυτών¹⁴⁷.

1.2. Συμβάσεις μεταξύ νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου και ιδιωτών

Ανάλογα με το αντικείμενό τους οι ετερογενείς διοικητικές συμβάσεις διακρίνονται κυρίως σε ανταλλακτικές συμβάσεις και συμβάσεις συμβιβασμού.

1.2.1. Ανταλλακτικές συμβάσεις

Ανταλλακτικές συμβάσεις είναι οι ετερογενείς συμβάσεις στις οποίες η διοίκηση και ο αντισυμβαλλόμενος ιδιώτης συννομολογούν την ανταλλαγή παροχών. Στην κατηγορία αυτή εμπίπτουν λ.χ. η σύμβαση εκτέλεσης δημόσιου έργου, προμήθειας ή η παραχώρηση δημόσιας υπηρεσίας, στις οποίες η διοίκηση παραχωρεί το δικαίωμα μονοπωλιακής παροχής μιας δημόσιας υπηρεσίας στον ανάδοχο ή πα-

χρέωσης διαφάνειας, ειδικότερα δε η διασφάλιση επαρκούς βαθμού δημοσιότητας και ο αμερόληπτος χαρακτήρας της διαδικασίας ανάθεσης, τηρουμένων όμως πάντοτε των αναλογιών της κάθε συγκεκριμένης περίπτωσης βλ. Ελ.Συν. Τμ. Μείζ. Επταμ. Συνθ.Απόφ. 2855/2011 και VI Τμ. Αποφ. 2552/2013, 258/2011 και 2732/2010.

146. Με παραπομπή σε Ολομ. ΣτΕ 2170, 2171/2002, ΣτΕ 650/2003 7μελής, ΣτΕ 1052/2003, 3525/2000. κ.ά.).

147. Βλ. Δ. Τομαρά, Οι διοικητικές συμβάσεις, 2009, σ. 21 επ., που διατυπώνει και τους προβληματισμούς του για τις ρωγμές που δημιουργούνται στο υφιστάμενο θεωρητικό πλαίσιο από τις ιδιοτυπίες των συμβάσεων που συννομολογούνται ανάμεσα σε δύο φορείς δημόσιας εξουσίας, όπως είναι τα ΝΠΔΔ. Σημειώνει δε ότι, οι τρίτοι που τυχόν θίγονται από κανονιστικές ρήτρες, οι οποίες περιέχονται στις εν λόγω συμβάσεις, προστατεύονται δικαστικά με την άσκηση αίτησης ακυρώσεως εναντίον των στηριζόμενων σε αυτές ατομικών διοικητικών πράξεων.

αραχωρησιούχο (λ.χ. μεταφοράς, ύδρευσης, ενέργειας) και ο ανάδοχος ή παραχωρησιούχος αναλαμβάνει να παρέχει σταθερά και σε εύλογες τιμές την υπηρεσία αυτή, ή οι συμβάσεις του άρθρου 970 ΑΚ.

Εξάλλου, η δημοτική και κοινοτική νομοθεσία προβλέπει από το 1994 και συμβάσεις μεταξύ οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης και ιδιωτών. Ειδικότερα, ο ΚΔΚ (άρθρ. 223 παρ. 4 ν. 3463/2006. Βλ. και άρθρ. 34 παρ. 1 του προΐσχύσαντος ΔΚΚ = ΠΔ 410/1995) προβλέπει ότι μπορεί να ανατίθενται με σύμβαση σε άλλα φυσικά ή νομικά πρόσωπα ή κοινοπραξίες η παροχή υπηρεσιών ή η εκτέλεση προγραμμάτων ανάπτυξης, με τη διενέργεια διαγωνισμού. Όπως υποστηρίζεται¹⁴⁸, «δεν πρόκειται ακριβώς για ανάθεση αρμοδιότητας, αλλά απλώς για τη συμβατική ανάθεση εκτέλεσης ορισμένων υπηρεσιών (π.χ. της συλλογής απορριμμάτων) σε ιδιωτικές επιχειρήσεις (contracting-out)». Με τον τρόπο αυτό, οι ΟΤΑ επωφελούνται από τα πλεονεκτήματα του ιδιωτικού τομέα, δίχως να αποβάλλουν την αρμοδιότητα και τη συνδεόμενη με αυτή ευθύνη τους.

Ανταλλακτικό χαρακτήρα έχουν και οι συμβάσεις περί εισαγωγής κεφαλαίων εξωτερικού και τοποθέτησής τους σε παραγωγικές επενδύσεις κατά το ν.δ. 2687/1953, στις οποίες η διοίκηση υπόσχεται διάφορες παραχωρήσεις, διευκολύνσεις κ.λπ., ενώ ο ιδιώτης υπόσχεται να εισαγάγει εντός ορισμένου χρόνου συγκεκριμένη ποσότητα συναλλάγματος και να την τοποθετήσει σε ορισμένη επένδυση.

Τον χαρακτήρα ανταλλακτικής σύμβασης έχει και η συμφωνία μεταξύ κράτους και υποτρόφου, ότι ο τελευταίος αναλαμβάνει την υποχρέωση να απασχοληθεί στην Ελλάδα ή να παραμείνει στη δημόσια υπηρεσία για ορισμένο χρονικό διάστημα μετά την περάτωση της υποτροφίας του. Δεν πρόκειται, πάντως, για σύμβαση, όταν ο νόμος ορίζει την υποχρέωση υπαλλήλων να παραμείνουν στη δημόσια υπηρεσία για ορισμένο χρόνο μετά την χορηγηθείσα άδεια σπουδών κ.λπ.¹⁴⁹.

Ανταλλακτικό χαρακτήρα έχουν και οι ήδη μνημονευθείσες προγραμματικές και οι αναπτυξιακές συμβάσεις, θεσμός που εισήχθη με το άρθρο 11 του ν. 1416/1984 (άρθρο 35 του προΐσχύσαντος Δημοτικού και Κοινοτικού Κώδικα ΠΔ 410/1995 ΦΕΚ Α' 231), και που προβλέπει ο ν. 1682/1987 και η δημοτική και κοινοτική νομοθεσία (άρθρο 225 Δημοτικού και Κοινοτικού Κώδικα ν. 3463/2008, ΦΕΚ Α' 114). Με το πρώτο από τα εν λόγω νομοθετήματα δόθηκε η δυνατότητα στο δημόσιο να συνάπτει προγραμματικές συμφωνίες και αναπτυξιακές συμβάσεις με φορείς του δημοσίου και του ιδιωτικού τομέα. Και άλλα νομοθετήματα πρόβλε-

148. Π. Δαγτόγλου, ό.π., σ. 358 και 595-596, ο οποίος θεωρεί (σ. 594) ότι πρόκειται για περίπτωση μερικής ιδιωτικοποίησης δημοσίων δραστηριοτήτων.

149. Έτσι Π. Δαγτόγλου, ό.π., σ. 358.

ψαν τέτοιου είδους δυνατότητα συνομολόγησης συμβάσεων, όπως το άρθρο 3 του προΐσχύσαντος ν. 3316/2005, περί αναθέσεως εκπόνησης συμβάσεων μελετών και παροχής συναφών υπηρεσιών. Με το άρθρο αυτό θεσπίζεται ο θεσμός της διοικητικής εντολής (*mandate administratif*), δηλαδή μια διοικητική αρχή μπορεί να αναθέσει την άσκηση μιας αρμοδιότητάς της σε άλλη πιο εξειδικευμένη και καλύτερα εξοπλισμένη¹⁵⁰.

Η προγραμματική σύμβαση αποτελεί μέθοδο συνεργασίας των δημοσίων νομικών προσώπων για την επίτευξη αναπτυξιακών κυρίως στόχων. Με αυτές τίθεται το γενικό πλαίσιο για την οργάνωση και διαχείριση δημοσίων υπηρεσιών ή την άσκηση κρατικών δραστηριοτήτων με αντικείμενο τη μελέτη και εκτέλεση έργων ή προγραμμάτων ανάπτυξης μιας περιοχής ή την παροχή υπηρεσιών κάθε είδους (λ.χ. παροχή υπηρεσιών καθαριότητας, σχεδιασμός γραμμών και δρομολογίων, κατασκευή σχολείων, βρεφονηπιακών σταθμών, εκσυγχρονισμός εγκαταστάσεων κεντρικής αγοράς, ανάπτυξη εμπορικού κέντρου, εκπαίδευση πολιτών στη μουσική, στο χορό, οργάνωση πληροφοριακού συστήματος δήμου)¹⁵¹. Ουσιώδη στοιχεία του περιεχομένου των προγραμματικών συμβάσεων αποτελούν, μεταξύ άλλων, το χρονοδιάγραμμα εκτέλεσής τους, καθώς και η συνολική διάρκεια αυτών, τα οποία, σύμφωνα και με τις αρχές της διαφάνειας και της χρηστής διοίκησης και δημοσιονομικής διαχείρισης, δεν είναι επιτρεπτό να τροποποιούνται κατά την απολύτως ελεύθερη βούληση των συμβαλλομένων, τυχόν δε συναφείς προς τα ουσιώδη αυτά στοιχεία τροποποιήσεις, συμπληρώσεις ή χρονικές παρατάσεις των προγραμματικών συμβάσεων είναι επιτρεπτές μόνο κατεξάιρεση και εφόσον το περιεχόμενο, η διάρκειά τους και η οικονομική επιβάρυνση που συνεπάγονται, καθορίζονται εκ των προτέρων και με τρόπο συγκεκριμένο στο αρχικό συμβατικό κείμενο¹⁵².

Προγραμματική σύμβαση συνιστά λ.χ. η σύμβαση μεταξύ της Περιφέρειας Κεντρικής Μακεδονίας, της Ν.Α. Χαλκιδικής και της Αναπτυξιακής Εταιρείας Χαλκιδικής, με αντικείμενο τη «μελέτη έργων διευθέτησης-εμπλουτισμού της κεντρικής κοίτης του χειμάρρου Φούρκας»¹⁵³, ή η σύμβαση μεταξύ του Δήμου Γουβών (ήδη Δήμου Χερσονήσου Ν. Ηρακλείου Κρήτης) και της Περιφέρειας Κρήτης, με την οποία ο συμβαλλόμενος Δήμος μεταβίβασε στην Περιφέρεια Κρήτης την αρμοδιότητα «υλοποίησης» έργου, στην οποία περιλαμβάνεται ειδικότερα η «διενέργεια

150. Δ. Τομαράς, Οι διοικητικές συμβάσεις, 2009, σ. 21.

151. Γ. Μαραγκού, Προγραμματικές συμβάσεις και προσυμβατικός έλεγχος από το Ελεγκτικό Συνέδριο, ΘΠΔΔ 2008, σ. 129 επ. (132).

152. ΣτΕ 1025/2012. Πρβλ. Πράξη 72/2010 του VII Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

153. Βλ. ΕΑ ΣτΕ 583/2009, 1109/2009.

διαδικασ
σίων Συ
ΔΙΑΘΕΣ
ΒΩΝ»¹⁵
Χαλκίδο
Κεντρικ
προμήθ
των Δήμ
με αντι
υγροβιο
πεζών κ
που Ψα
από τα

Προ
συμβάσ
αντικείμ
στασία,
πολιτικ
φάσεις
ματικών
περίπτ
λόγω π
καταρτί

Συν
Συμβου
μεταξύ
σεως Έρ
τον προ
τύπου
ματος.
ση επιμ
ο δε Δή

154

155

156

157

διαδικασιών ανάθεσης και επιλογής αναδόχου, σύμφωνα με τη νομοθεσία Δημοσίων Συμβάσεων», του έργου «ΣΥΛΛΟΓΗ, ΜΕΤΑΦΟΡΑ, ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑ ΚΑΙ ΔΙΑΘΕΣΗ ΛΥΜΑΤΩΝ ΕΝΤΟΣ ΤΩΝ ΟΡΙΩΝ ΤΟΥ ΠΑΛΑΙΟΥ ΔΗΜΟΥ ΓΟΥΒΩΝ»¹⁵⁴, ή η σύμβαση μεταξύ της Δημοτικής Επιχείρησης Ύδρευσης Αποχέτευσης Χαλκίδας (ΔΕΥΑΧ) και του Ενιαίου Συνδέσμου Διαχείρισης Απορριμμάτων Δήμων Κεντρικής Ευβοίας (ΕΣΔΑΔΚΕ), με αντικείμενο τη διενέργεια διαγωνισμών για προμήθεια κυλιόμενων μεταλλικών κάδων απορριμμάτων για τις πάγιες ανάγκες των Δήμων του ΕΣΔΑΔΚ¹⁵⁵, ή η σύμβαση μεταξύ του Δημοσίου και του Δήμου Κω, με αντικείμενο την «Κατασκευή νέας οδού προσπέλασης και χώρου στάθμευσης υγροβιοτόπου Ψαλιδίου Δήμου Κω», και τη «Διαμόρφωση νέας παραλιακής οδού πεζών και ποδηλατοκίνησης από τρίγωνο Ψαλιδίου ως την είσοδο του υγροβιοτόπου Ψαλιδίου Δήμου Κω», όπου η εκτέλεση των έργων γίνεται «με αυτεπιστασία από τα τεχνικά συνεργεία του Δήμου».

Πράξεις των ΟΤΑ, με τις οποίες προκρίνεται η κατάρτιση προγραμματικών συμβάσεων (λ.χ. προγραμματική σύμβαση μεταξύ δύο ή περισσότερων δήμων με αντικείμενο την εκπόνηση μελετών και την εκτέλεση έργων για την ανάδειξη, προστασία, συντήρηση και διατήρηση του Κτήματος Συγγρού) ως εργαλείων άσκησης πολιτικής των Δήμων και επίτευξης συγκεκριμένων στόχων, όπως λ.χ. είναι οι αποφάσεις των δημοτικών συμβουλίων με τις οποίες εγκρίνονται τα σχέδια προγραμματικών συμβάσεων, ενέχουν άσκηση δημοσίας εξουσίας και αποτελούν, σε κάθε περίπτωση, εκτελεστές διοικητικές πράξεις¹⁵⁶. Ο δε διοικητικός χαρακτήρας των εν λόγω πράξεων είναι ανεξάρτητος από τη φύση της προγραμματικής σύμβασης που καταρτίζεται στη συνέχεια¹⁵⁷.

Συνεπώς, αποτελεί εκτελεστή διοικητική πράξη, απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου Δήμου, με την οποία εγκρίθηκε η σύναψη προγραμματικής σύμβασης μεταξύ του Δήμου, του Πνευματικού Κέντρου του Δήμου και Δημοτικής Επιχειρήσεως Έργων Πολιτισμού - Ανάπτυξης - Προβολής και Επικοινωνίας, με αντικείμενο τον προγραμματισμό, την επιμέλεια, τον συντονισμό και την εκτέλεση του νέου τύπου προϋπολογισμού και την περαιτέρω εφαρμογή του διπλογραφικού συστήματος. Στο πλαίσιο της ως άνω σύμβασης, η μεν ΔΕΕΠΑΠΕ ανέλαβε την υποχρέωση επιμέλειας και οργάνωσης της εφαρμογής και διάθεσης αναλόγου προσωπικού, ο δε Δήμος την υποχρέωση καταβολής του συμφωνηθέντος ποσού, το οποίο αντι-

154. Βλ. ΕΑ ΣτΕ 857/2011.

155. Βλ. ΣτΕ 3284/2012.

156. Βλ. ΣτΕ 1025/2012, 460/2011 επτ.

157. ΣτΕ 3748/2011. Πρβλ. ΣτΕ 7μ. 460/2011.

στοιχούσε στην αμοιβή του προσωπικού που επρόκειτο να απασχοληθεί για την εκτέλεση των σχετικών εργασιών, βάσει των ωρών απασχόλησής του.

Ήδη, οι προαναφερόμενες μορφές συμβάσεων προβλέπονται και από τον ν. 3852/2010 «Νέα Αρχιτεκτονική της Αυτοδιοίκησης και της Αποκεντρωμένης Διοίκησης - Πρόγραμμα Καλλικράτης» (ΦΕΚ Α' 87), ο οποίος ρυθμίζει στο άρθρο 99 τις αποκαλούμενες Συμβάσεις διαδημοτικής ή διαβαθμιδικής συνεργασίας, και στο άρθρο 100 τις Προγραμματικές συμβάσεις¹⁵⁸. Δεν επιτρέπεται όμως κατά τη σύναψη προγραμματικών συμβάσεων να τίθενται όροι περί τροποποίησης, παράτασης, ή συμπλήρωσης αυτών, οι οποίοι επαφίενται στην απόλυτα ελεύθερη βούληση των συμβαλλομένων¹⁵⁹.

Σημειωτέον δε ότι, οι προγραμματικές συμβάσεις δεν υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις, εκτός αν διαπιστωθεί ότι πρόκειται για κατ' επίφαση προγραμματική σύμβαση¹⁶⁰.

Οι προγραμματικές συμβάσεις πρέπει να διακρίνονται από τις Προγραμματικές συμφωνίες του άρθρου 24 του ν. 2860/2000 «Διαχείριση, παρακολούθηση και έλεγχος του Κοινοτικού Πλαισίου Στήριξης και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α' 251), οι οποίες συνάπτονται μεταξύ της ΑΕ μη κερδοσκοπικού χαρακτήρα «ΚΟΙΝΩΝΙΑ ΤΗΣ ΠΛΗΡΟΦΟΡΙΑΣ ΑΕ» και δημόσιου φορέα με σκοπό την χωρίς αντάλλαγμα ανάληψη από μέρους της πρώτης ως τελικής δικαιούχου της υλοποίησης έργων ή δράσεων που χρηματοδοτούνται από το Γ' Κοινοτικό Πλαίσιο Στήριξης¹⁶¹.

1.2.2. Συμβάσεις συμβιβασμού

Συμβάσεις συμβιβασμού είναι οι ετερογενείς διοικητικές συμβάσεις, με τις οποίες λύνονται με αμοιβαίες υποχωρήσεις των συμβαλλομένων μια πραγματική ή νομική έριδα ή αβεβαιότητα¹⁶².

158. ΕΣ 28/2012 (Τμ. VI): Οι αναπτυξιακές ανώνυμες εταιρείες που συνιστούν οι Δήμοι δεν μπορούν να συμμετέχουν σε προγραμματική σύμβαση ως μοναδικοί αντισυμβαλλόμενοι, αναλαμβάνοντας εξ ολοκλήρου το αντικείμενο αυτής, αλλά μόνον από κοινού με τους Οργανισμούς Τοπικής Αυτοδιοίκησης και τις Περιφερειακές Αυτοδιοικήσεις.

159. ΕΣ 28/2012 (Τμ. VI).

160. Βλ. ΕΣ 289/2012 (Τμ. VI). Αναλυτικά για την εξαίρεση των προγραμματικών συμβάσεων από το πεδίο εφαρμογής των οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις βλ. παρακάτω υπό εκθέτη VI Γ.

161. Γ. Μαραγκού, Προγραμματικές συμβάσεις και προσυμβατικός έλεγχος από το Ελεγκτικό Συνέδριο, ΘΠΔΔ 2008, σ. 129 επ. (132), που σημειώνει ότι οι προγραμματικές συμφωνίες δεν εμπίπτουν στον προσυμβατικό έλεγχο του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

162. Πρβλ. άρθρ. 871 επ. ΑΚ, και *Μαστρογαμβράκη* σε Γεωργιάδη/Σταθόπουλου ΑΚ 871, Κ. Καυκά/Δ. Καυκά, Ενοχικών Δίκαιον (ερμηνεία κατ' άρθρον), Ειδικόν Μέρος, Τόμος Β', έκδ. πέμπτη,

διοίκηση να δεσμεύσει τη Βουλή με τη σύναψη σχετικής σύμβασης με τον ιδιώτη.

Αμφισβήτηση υπάρχει στη νομική φιλολογία ως προς τον χαρακτήρα του φορολογικού συμβιβασμού (διοικητική επίλυση της διαφοράς), με τον οποίο η φορολογική διοίκηση και ο φορολογούμενος προσδιορίζουν το ύψος του οφειλόμενου (και αμφισβητούμενου) φόρου. Σύμφωνα με μια άποψη πρόκειται για κλασική περίπτωση σύμβασης συμβιβασμού¹⁶⁵. Αντίθετα, τμήμα της θεωρίας¹⁶⁶, και η νομολογία¹⁶⁷ θεωρούν ότι ο φορολογικός συμβιβασμός είναι κατά την φύση του μονομερούς διοικητική πράξη.

Τέλος, είδος σύμβασης συμβιβασμού είναι και ο συμβιβαστικός καθορισμός της αποζημίωσης επί αναγκαστικής απαλλοτρίωσης.

2. Το αντικείμενο των δημοσίων συμβάσεων

Τα δημόσια νομικά πρόσωπα ή οργανισμοί χρειάζονται την απαραίτητη υποδομή σε πρόσωπα και εξοπλισμό, προκειμένου να καταστεί δυνατή η εκπλήρωση της λειτουργικής τους αποστολής χάριν του δημοσίου συμφέροντος. Για την κάλυψη των ανωτέρω αναγκών της η διοίκηση συνομολογεί συμβάσεις εκτέλεσης δημοσίων έργων, ώστε να εξασφαλίσει τους χώρους λειτουργίας της και τις υποδομές της, συμβάσεις προμήθειας αγαθών, για να ικανοποιήσει τις ανάγκες της σε αναλώσιμα και άλλα τα αγαθά, και συμβάσεις παροχής υπηρεσιών, ώστε να εξασφαλίσει τις υπηρεσίες εκείνες που είναι απαραίτητες, μεταξύ άλλων, για τον σχεδιασμό, τον εκσυγχρονισμό, την αποδοτικότητα και τη βελτίωση των παρεχόμενων στους πολίτες υπηρεσιών της, και εν γένει την εύρυθμη και ορθολογική διαχείριση αυτών.

Ο νομικός χαρακτηρισμός μιας σύμβασης ως σύμβασης έργου, προμήθειας ή υπηρεσιών, –και συνακόλουθα η υπαγωγή της στο αντίστοιχο νομοθετικό καθεστώς της οικείας κατηγορίας δημοσίων συμβάσεων–, στηρίζεται στη φύση του αντικειμένου της σύμβασης και είναι ανεξάρτητος από τον χαρακτηρισμό της σύμβασης στην προκήρυξη από τον δημόσιο φορέα (αναθέτουσα αρχή). Τούτο είναι απόρροια του γεγονότος ότι ο ορισμός μιας σύμβασης ως «δημόσιας σύμβασης» ανάγεται στο ενωσιακό δίκαιο και δεν ασκεί επιρροή ο χαρακτηρισμός της από το εθνικό δίκαιο ούτε ο προσδιδόμενος από τα αντισυμβαλλόμενα μέρη νομικός

165. Π. Δαγτόγλου, ό.π., σ. 360, Κ. Ρέμελης, Ο συμβιβασμός στη διοικητική διαδικασία, 1994, σ. 153 επ.

166. Μ. Στασινόπουλος, Στοιχεία δημοσιονομικού δικαίου και δημοσίου λογιστικού, 1961, σ. 300 επ., Μ. Κυπραίος, Στοιχεία φορολογικού δικαίου, 1980, σ. 581 επ.

167. ΣτΕ 1506/1992, 2053/1983.

χαρακτη
οδηγών
κατά Γερ
διαγωνι
στερών
των επικ
κτήρια δ
ρισμό τι

Περ
σε συμβ
σίων έρ

2.1. Οι δ

2.1.

Τα
γκες το
νατοτή
γενικά
εντάσσ
χώρας

Με
δίνουν
για τις
συμβά
αντικεί
εκτέλεσ
στο Πα
ματος
υλοποι
ορίζει
είδος ή

168

169

σίων Έργ
νομοθεσ

χαρακτηρισμός για να κριθεί αν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των ενωσιακών οδηγιών (βλ. ΔΕΚ C-382/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκ. 30, C-536/07, Επιτροπή κατά Γερμανίας, σκ. 54, ΕΑ ΣτΕ 205/2016, σκ. 22). Συνεπώς, αν λ.χ. ο επίμαχος διαγωνισμός αφορά στην επιλογή αναδόχου, ο οποίος θα αναλάβει την αποκομιδή στερεών αποβλήτων, επικινδύνων και μη, με προηγούμενη διαλογή και διαχωρισμό των επικινδύνων αποβλήτων από τα στερεά μη επικίνδυνα, έχει προεχόντως χαρακτηρη δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών, ανεξάρτητα από τον διαφορετικό χαρακτηρισμό της στην επίμαχη διακήρυξη¹⁶⁸.

Περαιτέρω, με βάση το αντικείμενό τους, οι δημόσιες συμβάσεις διακρίνονται σε συμβάσεις έργου, προμήθειας ή υπηρεσίας και συμβάσεις παραχώρησης (δημοσίων έργων και υπηρεσιών).

2.1. Οι δημόσιες συμβάσεις

2.1.1. Οι δημόσιες συμβάσεις έργων

Τα δημόσια έργα είναι έργα υποδομής της χώρας που καλύπτουν βασικές ανάγκες του κοινωνικού συνόλου, συμβάλλουν στην ανάπτυξη των παραγωγικών δυνατοτήτων, στην αύξηση του εθνικού προϊόντος, στην ασφάλεια της χώρας και γενικά αποσκοπούν στη βελτίωση της ποιότητας ζωής του λαού. Τα δημόσια έργα εντάσσονται στο γενικό πλαίσιο της κοινωνικής και οικονομικής ανάπτυξης της χώρας και υλοποιούν επιλογές του δημοκρατικού προγραμματισμού.

Με το άρθρο 2 παρ. 1 περ. 6 του ν. 4412/2016, που μεταφέρει τον ορισμό που δίνουν οι διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 1 στοιχ. 1 περ. 6 της νέας γενικής οδηγίας για τις δημόσιες συμβάσεις 2014/24/ΕΕ (ΕΕΕΕ L 94/65/28-3-2014), ως «δημόσιες συμβάσεις έργων» και ως «συμβάσεις έργων» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο, ένα από τα κάτωθι: α) την εκτέλεση ή συγχρόνως τη μελέτη και την εκτέλεση εργασιών που αφορούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στο Παράρτημα ΙΙ του Προσαρτήματος Α' και στο Παράρτημα Ι του Προσαρτήματος Β', β) την εκτέλεση ή συγχρόνως τη μελέτη και την εκτέλεση έργου, γ) την υλοποίηση, με οποιαδήποτε μέσα, έργου ανταποκρινόμενου στις απαιτήσεις που ορίζει η αναθέτουσα αρχή/αναθέτων φορέας που ασκεί αποφασιστική επιρροή στο είδος ή στη μελέτη του έργου¹⁶⁹.

168. ΕΑ ΣτΕ 630/2006 ΘΠΔΔ 2008, σ. 1205, με παρατηρήσεις Χ. Μητκίδη.

169. Βλ. και παρ. 2 του άρθρου 1 του προϊσχύσαντος Κώδικα Νομοθεσίας Κατασκευής Δημοσίων Έργων, που κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του ν. 3669/2008 «Κύρωση της κωδικοποίησης της νομοθεσίας κατασκευής δημοσίων έργων» ΦΕΚ Α' 116.

Σύμφωνα δε με την περίπτωση 7 της ίδιας παραγράφου, ως «έργο» νοείται το αποτέλεσμα ενός συνόλου οικοδομικών εργασιών ή εργασιών μηχανικού το οποίο επαρκεί αυτό καθαυτό για την εκπλήρωση μίας οικονομικής ή τεχνικής λειτουργίας. Η εκτέλεση των εργασιών αυτών απαιτεί ιδίως την εφαρμογή μελέτης με τη χρήση τεχνικών γνώσεων και μεθόδων και αφορά νέες κατασκευές, επεκτάσεις, ανακαινίσεις, επισκευές-συντηρήσεις κατά τη λειτουργία, κατεδαφίσεις υποδομών, ιδίως στις κατηγορίες οδοποιίας, οικοδομικών, υδραυλικών, ηλεκτρομηχανολογικών, λιμενικών, βιομηχανικών-ενεργειακών, δικτύων, πρασίνου, καθαρισμού και επεξεργασίας νερού, υγρών, στερεών και αερίων αποβλήτων, γεωτρήσεων, ειδικών μονώσεων, ανελκυστήρων, ηλεκτρονικού εξοπλισμού, πλωτών έργων και εγκαταστάσεων, ναυπηγείων, αποκαλύψεις μεταλλείων ή όπως οι κατηγορίες αυτές διαμορφώνονται από τις κείμενες διατάξεις και των υποδομών εκ του συνδυασμού των ανωτέρω κατηγοριών¹⁷⁰.

Κατά τη νομολογία των εθνικών δικαστηρίων, ως δημόσιο τεχνικό έργο νοείται κάθε νέα κατασκευή, επέκταση, ανακαίνιση, επισκευή, συντήρηση ή ερευνητική εργασία, που εκτελείται από δημόσιους φορείς και απαιτεί τεχνική γνώση και επέμβαση, το αποτέλεσμα της οποίας συνδέεται άμεσα με το έδαφος ή υπέδαφος κατά τρόπο διαρκή και σταθερό, ώστε να μπορεί να θεωρηθεί ότι αποτελεί συστατικό του, κατά την έννοια του άρθρου 953 ΑΚ, και να μην μπορεί να αποχωρισθεί από αυτό χωρίς βλάβη ή αλλοίωση της ουσίας ή του προορισμού αυτού ή του κυρίου πράγματος. Αντίθετα, πρόκειται για εκτέλεση εργασιών και όχι για δημόσιο τεχνικό έργο, όταν το αποτέλεσμα των εργασιών δεν καθίσταται συστατικό του εδάφους, καθώς και όταν για την επίτευξη του αποτελέσματος δεν απαιτείται η χρήση ειδικών τεχνικών γνώσεων και μεθόδων και η χρησιμοποίηση εξειδικευμένου επιστημονικού ή τεχνικού προσωπικού και αναλόγων τεχνικών μέσων και εγκαταστάσεων¹⁷¹.

Με βάση τον ορισμό αυτό, ως δημόσιο χαρακτηρίζεται κάθε έργο που έγκειται στην πραγματοποίηση ενός συνόλου οικοδομικών εργασιών ή εργασιών μηχανικού και που είναι προορισμένο από μόνο του να ικανοποιεί μια τεχνική ή οικονομική λειτουργία. Στην έννοια δε της πραγματοποίησης περιλαμβάνονται όλες οι μορφές εκείνες συμβάσεων με τις οποίες ο εργολήπτης αναλαμβάνει να υλοποιήσει

170. Για την έννοια του δημοσίου έργου βλ. εκτενώς Α. Γέροντα, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, 2009, σ. 235 επ., Κ. Ρέμελη, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του ΣτΕ (ν. 2522/97), 2000, σ. 130 επ. Χ. Μητκίδης, Συμβάσεις Δημοσίων Έργων, 2009, σ. 27, που σημειώνει ότι η σύμβαση δημοσίου έργου, όπως και η σύμβαση υπηρεσιών, προέρχονται από την σύμβαση έργου του Αστικού Κώδικα (άρθρα 681 επ.).

171. ΕΑ ΣτΕ 77/2010, 79/2010, συμβ. ΔΕφΑθην. 210/2011, ΕΣ 609/2012 (μειζονος), ΕΣ Πράξη VII Τμήματος 23/2011, ΕΣ VII Τμήματος 69/2011, ΕΣ VII Τμήματος 65/2010 κ.α.

με οποιο
ειδικότε
σα αρχή

Ως
σιου έργ
ΕΚ και
σεις υπα
δεν υπή
επιφέρει
αποκατα
έργου, π
από τον

Υπό
καθώς κ
από τη
συμβάσ
του ν. 4
όσο και
υπερβα

Συν
ράρτημ
επισκευ
νου να
βάσεις
σεις προ
υπηρεσ
σιακό δ
νέο έργ

Η
που στ
συμβάσ
σκευές,

172

173

174

175

με οποιαδήποτε μέσα το έργο, όπως λ.χ. ερευνητικές εργασίες, μελέτες κ.λπ., ή τα ειδικότερα καθήκοντα με τα οποία επιφορτίζεται ο εργολήπτης από την αναθέτουσα αρχή για τον σκοπό αυτό, όπως λ.χ. η απόκτηση γηπέδου¹⁷².

Ωστόσο, σε αντίθεση με την εθνική νομοθεσία, ο ορισμός της σύμβασης δημόσιου έργου στην οδηγία 2014/24/ΕΕ, όπως και στις προηγούμενες οδηγίες 2004/18/ΕΚ και 93/37/ΕΟΚ, δεν περιλαμβάνει όλες τις επισκευές, συντηρήσεις και επεκτάσεις υπαρχόντων έργων, αλλά αποκλειστικά τη δημιουργία μιας κατασκευής, η οποία δεν υπήρχε στον εξωτερικό κόσμο προηγουμένως, η πραγματοποίηση της οποίας επιφέρει και τη λήξη της σύμβασης, δηλαδή περιλαμβάνει τις νέες κατασκευές, την αποκατάσταση και συνήθεις επισκευές. Συνεπώς, η κοινοτική έννοια του δημόσιου έργου, παρά τον ευρύτατο ορισμό της, δεν συμπίπτει απόλυτα με εκείνη που δίνεται από τον έλληνα νομοθέτη στο άρθρο 2 παρ. 1 περ. 7 εδ. β' του ν. 4412/2016¹⁷³.

Υπό το προγενέστερο καθεστώς, κατά περίπτωση, οι εργασίες συντήρησης, καθώς και οι διάφορες κατασκευές που δεν συνέχονταν με το έδαφος, θεωρούνταν από τη νομολογία είτε ως αντικείμενο συμβάσεων υπηρεσιών, είτε ως αντικείμενο συμβάσεων προμηθειών. Τούτο πρέπει να γίνει δεκτό και υπό το ισχύον καθεστώς του ν. 4412/2016, –που ρυθμίζει τόσο τις συμβάσεις άνω των κοινοτικών ορίων όσο και εκείνες που δεν τα υπερβαίνουν–, για τις πρώτες, δηλαδή για αυτές που υπερβαίνουν τα όρια (κατώφλια).

Συνεπώς, δοθέντος ότι από πλευράς ενωσιακού δικαίου, κατά το οικείο Παράρτημα της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, η σύμβαση με αντικείμενο τη συντήρηση και επισκευή τεχνικού έργου θεωρείται ως σύμβαση παροχής υπηρεσιών, και προκειμένου να διασφαλίζεται η νομιμότητα της διαγωνιστικής διαδικασίας, ιδίως σε συμβάσεις με κοινοτική χρηματοδότηση, ορθά επισημαίνεται ότι¹⁷⁴ οι εν λόγω συμβάσεις πρέπει να θεωρούνται, τουλάχιστον από τις αναθέτουσες αρχές ως συμβάσεις υπηρεσιών και να τηρούνται οι διατυπώσεις δημοσιότητας που προβλέπει το ενωσιακό δίκαιο. Η επέκταση, πάντως, υπάρχοντος έργου θα πρέπει να θεωρείται ως νέο έργο, εφόσον αυτό διαθέτει αυτοτελή οικονομική και τεχνική υπόσταση¹⁷⁵.

Η νομολογία συνηθίζει να προβαίνει στην κατάταξη της επίμαχης σύμβασης, που στις περισσότερες περιπτώσεις συνδέεται και με την αγορά προϊόντων, στις συμβάσεις προμηθειών όταν πρόκειται για υλικές εργασίες, ακόμη και για κατασκευές, οι οποίες συνδέονται με το έδαφος ή με ένα κτίριο κατά τρόπο που επιτρέ-

172. Κ. Ρέμελης, ό.π., σ. 131, με παραπομπές στη νομολογία.

173. Πρβλ. Κ. Ρέμελης, ό.π., σ. 131.

174. Πρβλ. Χ. Μητκίδη, Συμβάσεις Δημοσίων Έργων, 2009, σ. 26.

175. Κ. Ρέμελης, ό.π., σ. 132.

πει την αποσύνδεσή τους, ή που η εκτέλεσή τους δεν προϋποθέτει ειδικές τεχνικές γνώσεις και μεθόδους¹⁷⁶.

Βέβαια, σε κάθε περίπτωση που συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής των σχετικών οδηγιών, ο προσδιορισμός του αντικειμένου της σύμβασης πραγματοποιείται πρωτογενώς με βάση τις εν λόγω οδηγίες, χωρίς να έχει οποιαδήποτε επιρροή ο νομικός χαρακτηρισμός της σύμβασης κατά την εθνική νομοθεσία.

Επιπρόσθετα, για τη στοιχειοθέτηση της έννοιας του δημοσίου έργου στο χώρο του εθνικού δικαίου απαιτείται η σωρευτική συνδρομή του λειτουργικού και οργανικού κριτηρίου και ειδικότερα το πρώτο κριτήριο αφορά το περιεχόμενο και τη φυσιογνωμία του έργου που εκτελείται, ενώ το οργανικό κριτήριο αναφέρεται στους φορείς που εκτελούν το συγκεκριμένο έργο, δηλαδή πρέπει να εκτελείται από ένα από τους φορείς του δημόσιου τομέα όπως αυτός προσδιορίζεται από την παρ. 1 του άρθρου 14 του ν. 4270/2014 (Α' 143 - βλ. τις διατάξεις του άρθρου 1 παρ. 1 στοιχ. 1 περ. 41, παρ. 2 στοιχ. 1 περ. 1 και παρ. 3 στοιχ. 2 περ. 1 του ν. 4412/2016.

Επομένως δεν μπορεί να θεωρηθεί δημόσιο έργο εκείνο το οποίο εκτελείται από φορείς που δεν περιλαμβάνονται στο πλαίσιο των διατάξεων του άρθρου 14 παρ 1 του νόμου 4270/2014¹⁷⁷.

Ωστόσο, όπως ήδη αναφέρθηκε, η κρίση περί του εάν μια εργασία θα υπαχθεί ή όχι στην έννοια του έργου δεν μπορεί να περιορίζεται στη διαπίστωση της απλής σύνδεσης αυτής με το έδαφος ή τα συστατικά του. Μια τέτοια ερμηνεία μπορεί να οδηγήσει στο άτοπο ακόμη και ο χρωματισμός μιας αίθουσας ή η απλή αντικατάσταση των λαμπτήρων του δημοτικού φωτισμού, να συνιστά έργο που συνεπώς θα πρέπει να εκτελεστεί με εργολήπτη δημοσίων έργων. Προς τούτο, λοιπόν κρίσιμο στοιχείο για την υπαγωγή στην έννοια του έργου είναι, εκτός από τη σύνδεση με το έδαφος¹⁷⁸ και η ειδική και εμπειριστατωμένη τεχνική γνώση και επέμβαση σε τέτοιο βαθμό που να καθιστά τη δραστηριότητα αυτή τεχνικά ή οικονομικά αυτοτελή¹⁷⁹.

Έτσι κρίθηκε ότι ο καθαρισμός δένδρων, θάμνων κ.λπ. δεν αποτελεί έργο παρόλο που συνδέονταν με το έδαφος και απαιτείτο να εκτελεστεί από ειδικευμένο προσωπικό και με τη χρήση των κατάλληλων εργαλείων. Παρομοίως δεν αποτελεί έργο κάθε εργασία συντήρησης των ακινήτων ή των συστατικών αυτών εάν δεν έχει και τα λοιπά χαρακτηριστικά του δημόσιου έργου δηλαδή αν δεν απαιτεί για τη εκτέλε-

176. Πρβλ. ΕΣ VII Τμ. 316/2010, 279/2010, 163/2010, 144/2010, 360/2010, 390/2010, 392/2010 κ.α.

177. Πρβλ. ΕφΛαρ 345/2011, Α. Γέροντας, Δίκαιο Δημόσιων Έργων, 2009, σ. 237, Χ. Μητκίδης, Συμβάσεις Δημοσίων Έργων, 2009, σ. 29.

178. Βλ. ΕΣ Πράξη VII Τμήματος 23/Συν/σεως 2η/25.1.2011.

179. Βλ. ΕΣ 609/2012, Πράξεις VII Τμ. 202, 203, 94/2011, 392, 403/2010.

σή του ειδική τεχνική γνώση. Με το ίδιο σκεπτικό, κρίθηκε ότι δεν αποτελεί δημόσιο έργο η απλή διάνοιξη κοίτης ρέματος¹⁸⁰, η συντήρηση εγκαταστάσεων λίμνης¹⁸¹, η εκτέλεση εργασιών συντήρησης δικτύου άρδευσης¹⁸², η αποξήλωση πινακίδων¹⁸³, η κατεδάφιση επικίνδυνων κτισμάτων¹⁸⁴, η τοποθέτηση παροχών αποχέτευσης¹⁸⁵, αντιπλημμυρικό έργο διευθέτησης χειμάρρων¹⁸⁶, η συντήρηση και επισκευή πεζοδρομίων¹⁸⁷, έργο μεταφύτευσης δένδρων και θάμνων¹⁸⁸, η αποκατάσταση χρωματισμών λιμένα¹⁸⁹. Επίσης, δεν συνιστούν έργο η συντήρηση με απλό βάψιμο των κιγκλιδωμάτων στους δημοτικούς δρόμους, η προμήθεια και τοποθέτηση λέβητα, καυστήρα και καπνοδόχου, ο καθαρισμός φρεατίων, η επισκευή οργάνων παιδικών χαρών, η τοποθέτηση χλοοτάπητα και αρδευτικού συστήματος σε πλατεία του Δήμου, ο καθαρισμός καναλιών, οι μικροδιορθώσεις κτιριακών και ηλεκτρομηχανολογικών εγκαταστάσεων και γενικά οι εργασίες που προκύπτουν από τις καθημερινές λειτουργικές ανάγκες των κτιρίων καθόσον για την εκτέλεση όλων των παραπάνω εργασιών δεν απαιτούνται οι ιδιαίτερες τεχνικές γνώσεις και η εμπειρία των εργοληπτικών επιχειρήσεων¹⁹⁰.

Εν κατακλείδι, αξίζει να επισημανθεί ότι η νομοθεσία διευρύνει την έννοια του δημοσίου έργου προκειμένου να προσαρμοσθεί στις σύγχρονες ανάγκες και αντιλήψεις και προς αυτή την κατεύθυνση κινείται και η νομολογία η οποία, ενώ παλαιότερα υπήρξε διστακτική, προσεγγίζει πλέον την έννοια του δημοσίου έργου με ευρύτητα.

2.1.2. Οι δημόσιες συμβάσεις προμηθειών

Προμήθειες είναι συμβάσεις από επαχθή αιτία, που συνάπτονται εγγράφως μεταξύ ενός προμηθευτή αφενός και μιας αναθέτουσας αρχής (κράτος, ΟΤΑ, οργα-

180. ΕΣ VII Τμ. 144/2010.

181. ΕΣ VII Τμ. 163/2010.

182. ΕΣ VII Τμ. 193/2010.

183. ΕΣ VII Τμ. 218/2010.

184. ΕΣ VII Τμ. 316/2010.

185. ΕΣ VII Τμ. 279/2010.

186. ΕΣ VII Τμ. 353/2010.

187. ΕΣ VII Τμ. 360/2010.

188. ΕΣ VII Τμ. 390/2010.

189. ΕΣ VII Τμ. 403/2010.

190. Για το αν αποτελεί ή μη σύμβαση έργου η διαγράμμιση επαρχιακής οδού βλ. ΕΣ 609/2012 (μείζονος), με διατύπωση μειοψηφίας.

νισμό δημοσίου δικαίου), και έχουν ως αντικείμενο την αγορά, τη χρηματοδοτική μίσθωση και τη μίσθωση αγαθών.

Συγκεκριμένα, σύμφωνα με τον ορισμό που δίνει ο ν. 4412/2016 (άρθρ. 2 παρ. 1 περ. 8) ως «δημόσιες συμβάσεις προμηθειών» και ως «συμβάσεις προμηθειών» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την αγορά, τη χρηματοδοτική μίσθωση, τη μίσθωση ή τη μίσθωση-πώληση, με ή χωρίς δικαίωμα αγοράς, προϊόντων. Μια σύμβαση προμηθειών μπορεί να περιλαμβάνει, παρεμπιπτόντως, εργασίες τοποθέτησης και εγκατάστασης (πρβλ. υπό το προϊσχύσαν καθεστώς ν. 2286/1995 «Προμήθειες του δημόσιου τομέα και ρυθμίσεις συναφών θεμάτων» ΦΕΚ Α' 19).

Επίσης, θεωρούνται προμήθειες και οι συμβάσεις ανάθεσης εκτέλεσης εργασιών εγκατάστασης, συντήρησης, μεταφορών ή και άλλων εργασιών που σχετίζονται με την προμήθεια των ανωτέρω αγαθών, εφόσον όμως η αξία αυτών υπερβαίνει την αντίστοιχη των εργασιών^{191, 192}.

Με τη σύμβαση προμήθειας αναλαμβάνεται από τον ιδιώτη έναντι του δημοσίου ή ΝΠΙΔ ή δημοσίου νομικού προσώπου η υποχρέωση προμήθειας που συνίσταται συνήθως σε αναλώσιμα αγαθά, σπανιότερα δε και σε άλλα ενσώματα αντι-

191. Βλ. και ΣτΕ 2774/2005: «...5. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από την διακήρυξη που διέπει τον επίδικο διαγωνισμό, αντικείμενο αυτού είναι η προμήθεια και εγκατάσταση “εργαστηρίων” για μαθητές με νοητική υστέρηση σε εξήντα (60) μονάδες ειδικής αγωγής της χώρας καθώς και η παροχή βασικών υπηρεσιών εκπαίδευσης του προσωπικού όλων των μονάδων, στις οποίες θα εγκατασταθούν εργαστήρια (διάρκεια τουλάχιστον 8 ώρες). Ειδικότερα, σύμφωνα με το σχέδιο συμβάσεως, που παρατίθεται στο Παράρτημα II της διακηρύξεως, “εργαστήριο” σημαίνει το σύνολο του Εξοπλισμού και Λογισμικού που απαρτίζουν ένα αυτοτελές και λειτουργικό σύστημα που καλύπτει πλήρως τις απαιτήσεις του διαγωνισμού για ένα εργαστήριο υπολογιστών και ειδικού εξοπλισμού, η δε εκτέλεση των εκπαιδευτικών σεμιναρίων θα επακολουθήσει της προσωρινής παραλαβής-δοκιμαστικής λειτουργίας του έργου, που θα γίνει μόλις ολοκληρωθεί η εγκατάσταση του εξοπλισμού, τεθεί όλος ο εξοπλισμός σε λειτουργία και επιδειχθεί στην αρμόδια Επιτροπή Παραλαβής η καλή και αξιόπιστη λειτουργία των συστημάτων. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι στην προκειμένη περίπτωση η παροχή υπηρεσιών εκπαίδευσης συνάπτεται με την εκπλήρωση της συμβατικής υποχρέωσης του προμηθευτή για ικανοποιητική και αποδοτική λειτουργία των υπό προμήθεια εργαστηρίων και δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι επηρεάζει τον χαρακτήρα της συμβάσεως που πρόκειται να συναφθεί ως συμβάσεως προμηθείας αγαθών».

192. Για την έννοια της σύμβασης προμήθειας στο κοινοτικό δίκαιο βλ. *Κ. Ρέμελη*, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του ΣτΕ (ν. 2522/97), Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2000, σ. 137 επ. Βλ. και *Χ. Μητκίδης*, Συμβάσεις Δημοσίων Έργων, 2009, σ. 27, που σημειώνει ότι η σύμβαση προμήθειας προέρχεται από τη σύμβαση πώλησης του Αστικού Κώδικα (άρθρα 513 επ.).

κείμενα¹⁹

έχουν ιδ

αντικείμ

της πληρ

Εξάλ

περίπτω

μέρει απ

τις εκτιμ

Επο

θεια προ

μόνο εφ

όντων π

Όσο

διακύμα

αντές κ

γιακή εκ

ως διοικ

συνομολ

μόσιας

προσωπ

του Φαρ

νομολογ

γεγονός

συμφέρε

περίθαλ

κής συμ

σε να συ

193.

με την ορ

γικό κύκλ

μήθειες τ

194.

ρακάτω υ

195.

ΣτΕ (ν. 25

196.

κείμενα¹⁹³. Ωστόσο, στη σύγχρονη εποχή, πολλές από τις συμβάσεις προμηθειών έχουν ιδιαίτερα πολύπλοκο χαρακτήρα, όπως λ.χ. συμβαίνει επί συμβάσεων με αντικείμενο τη δημιουργία σύγχρονων λογιστικών προγραμμάτων, εφαρμογών της πληροφορικής κ.λπ.

Εξάλλου, κατά την διάταξη του άρθρου 4 παρ. 2 εδ. β' του ν. 4412/2016, στην περίπτωση μεικτών συμβάσεων που αποτελούνται εν μέρει από υπηρεσίες και εν μέρει από προμήθειες, το κύριο αντικείμενο καθορίζεται, σύμφωνα με το ποια από τις εκτιμώμενες αξίες των αντίστοιχων υπηρεσιών ή προμηθειών είναι η υψηλότερη.

Επομένως, αν η δημόσια σύμβαση έχει ως αντικείμενο ταυτόχρονα την προμήθεια προϊόντων και την παροχή υπηρεσιών, αυτή θεωρείται ως σύμβαση υπηρεσιών μόνο εφόσον η αξία των συγκεκριμένων υπηρεσιών υπερβαίνει την αξία των προϊόντων που περιλαμβάνονται στη σύμβαση¹⁹⁴.

Όσον αφορά τη νομική φύση των συμβάσεων προμηθειών, παρά την αρχική διακύμανση της νομολογίας, ιδίως των πολιτικών δικαστηρίων, που διέβλεπε σ' αυτές κοινές συμβάσεις αγοραπωλησιών αγαθών¹⁹⁵, η κρατούσα πλέον νομολογιακή εκδοχή ακολουθεί τα σωρευτικά απαιτούμενα κριτήρια χαρακτηρισμού τους ως διοικητικών ή ιδιωτικού δικαίου συμβάσεων. Έτσι, «συλλογική» σύμβαση που συνομολογήθηκε μεταξύ του Πανελληνίου Φαρμακευτικού Συλλόγου και της Δημόσιας Επιχείρησης Ηλεκτρισμού (ΔΕΗ), ως φορέα κοινωνικής ασφάλισης του προσωπικού της, για την προμήθεια φαρμάκων από τους φαρμακοποιούς, μέλη του Φαρμακευτικού Συλλόγου, στους ασφαλισμένους της ΔΕΗ, θεωρήθηκε από τη νομολογία ως ιδιωτικού δικαίου σύμβαση¹⁹⁶. Η δικαστική κρίση θεμελιώθηκε στο γεγονός ότι, η σύμβαση αυτή αποβλέπει μεν στην εξυπηρέτηση σκοπού δημοσίου συμφέροντος, ο οποίος συνίσταται στην εξασφάλιση της παροχής φαρμακευτικής περίθαλψης στο προσωπικό της ΔΕΗ, όμως, ούτε από τις διατάξεις της «συλλογικής συμβάσεως» ούτε από το ειδικό κανονιστικό καθεστώς που την διέπει μπορούσε να συναχθεί ότι η ΔΕΗ ως φορέας κοινωνικής ασφάλισης και ακολούθως ο Ορ-

193. Γ. Παπαχατζής, Σύστημα του ισχύοντος στην Ελλάδα Διοικητικού Δικαίου, 1983, σ. 878, με την ορθή επισήμανση ότι ο όρος «κρατικές προμήθειες» δεν αποδίδει ολόκληρο τον εννοιολογικό κύκλο του εν λόγω συμβατικού τύπου, αφού στην περιοχή του υπάγονται, εκτός από τις προμήθειες του δημοσίου, και οι προμήθειες των ΝΠΔΔ (δήμων κ.λπ.) και των δημοσίων οργανισμών.

194. Πρβλ. Πράξη VI Τμήμ. ΕΣ 72, 230/2006. Βλ. περισσότερα για τις μεικτές συμβάσεις παρακάτω υπό εκθέτη Ι Γ 2.1.4.

195. Βλ. περί αυτής της νομολογίας Κ. Ρέμελη, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του ΣτΕ (ν. 2522/97), 2000, σ. 139 επ.

196. ΣτΕ 3740/2012.

γανισμός Ασφάλισης Προσωπικού ΔΕΗ (ΟΑΠ/ΔΕΗ) βρίσκονταν σε υπερέχουσα θέση έναντι των αντισυμβαλλομένων φαρμακοποιών, με την έννοια ότι θεσπίζεται εξαιρετικό, υπέρ της ΔΕΗ και στη συνέχεια του ΟΑΠ-ΔΕΗ, καθεστώς, βάσει ρητρών που αποκλίνουν από το κοινό δίκαιο.

Αντίθετα, έχει τον χαρακτήρα διοικητικής σύμβασης η σύμβαση προμήθειας λ.χ. στολών για τις ανάγκες των Ενόπλων Δυνάμεων, που είχε συνάψει το δημόσιο με ιδιώτη¹⁹⁷, η σύμβαση προμήθειας τροχήλατων κάδων απορριμμάτων δήμου¹⁹⁸, η σύμβαση προμήθειας στο ΙΚΑ τριπλότυπων και διπλότυπων συνταγολογίων¹⁹⁹, η σύμβαση προμήθειας μικρο-μεγαφωνικού συστήματος και συστήματος ασφάλειας κτιριακών εγκαταστάσεων του δημοσίου²⁰⁰, η σύμβαση προμήθειας ανταλλακτικών στρατιωτικού υλικού²⁰¹ κ.λπ., ως προς τις οποίες συνέτρεχαν τα κλασικά κριτήρια χαρακτηρισμού τους ως τέτοιων.

2.1.3. Οι δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών

Ως συμβάσεις παροχής υπηρεσιών νοούνται οι συμβάσεις που συνάπτονται από επαχθή αιτία μεταξύ αφενός του δημοσίου ή ΝΠΙΔΔ ή δημοσίου νομικού προσώπου και αφετέρου ενός παρέχοντος υπηρεσίες και αφορούν την εκτέλεση εργασιών για λογαριασμό των πρώτων αντισυμβαλλόμενων ή την προσφορά προς αυτούς συνόλου αΰλων αγαθών ή δραστηριοτήτων με τη μορφή ολοκληρωμένου έργου, οι οποίες εντάσσονται στον τριτογενή τομέα²⁰². Για παράδειγμα, αποτελεί σύμβαση παροχής υπηρεσιών η σύμβαση ανάθεσης στον πάροχο της ταχυμεταφοράς δειγμάτων αίματος και εγγράφων από τις Μονάδες Υγείας του ΙΚΑ - ΕΤΑΜ προς τα αντίστοιχα εξειδικευμένα εργαστηριακά κέντρα του Ιδρύματος και από τα εξειδικευμένα εργαστηριακά κέντρα προς τις Μονάδες Υγείας του ΙΚΑ - ΕΤΑΜ²⁰³, ή η σύμβαση παροχής υπηρεσιών τεχνικής εφοδιαστικής υποστήριξης πέντε ελικопτέρων που ανήκουν στο Πυροσβεστικό Σώμα²⁰⁴.

Το πρώτο ενοποιημένο νομοθετικό πλαίσιο για τις δημόσιες συμβάσεις υπη-

197. ΣτΕ 4182/2011.

198. ΣτΕ 567/2004.

199. ΔΕφΑθην. 3524/2004.

200. ΔΕφΑθην. 2465/2004.

201. ΔΕφΑθην. 1573/2004.

202. Ε. Κουλουμπίνη, ΘΠΙΔΔ 2012, σ. 779, Πράξη VI Τμήμ. ΕΣ 230/2006.

203. ΣτΕ 2030/2011.

204. ΣτΕ 2638/2011.

ρεσιών αποτέλεσε το ΠΔ 346/1998 «Προσαρμογή της Ελληνικής Νομοθεσίας για τις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών προς τις διατάξεις της Οδηγίας 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 18ης Ιουλίου 1992» (ΦΕΚ Α' 12)²⁰⁵, το οποίο όμως, εκτός από τις διατάξεις του άρθρου 35 παρ. 1 και του άρθρου 36, καταργήθηκε με το άρθρο 77 του ΠΔ 60/2007.

Κατά τις διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 9 του ισχύοντος ν. 4412/2016, ως «δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών» και ως «συμβάσεις υπηρεσιών» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών, πλην των αναφερομένων στην περίπτωση 6 της ίδιας παραγράφου, δηλαδή εκτός από τις υπηρεσίες εκείνες που συνιστούν αντικείμενο σύμβασης δημόσιου έργου.

Οι συμβάσεις υπηρεσιών διακρίνονται από τον εθνικό νομοθέτη:

(α) στις «δημόσιες συμβάσεις εκπόνησης μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών», που νοούνται αυτές που έχουν αντικείμενο την εκπόνηση μελετών και την παροχή τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών (κατά την έννοια των στοιχείων α' και β', αντίστοιχα, της περίπτωσης 6 της παραγράφου 3, σύμφωνα με το Παράρτημα Ι του Προσαρτήματος Γ'), όταν οι μελέτες δεν εκπονούνται και οι υπηρεσίες δεν παρέχονται από το προσωπικό της αναθέτουσας αρχής, και

(β) στις «δημόσιες συμβάσεις γενικών υπηρεσιών» που νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών, πλην των δημοσίων συμβάσεων εκπόνησης μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, συμπεριλαμβανομένων των συμβουλευτικών υπηρεσιών, που ως τέτοιες νοούνται εκείνες που, έχουν ως αντικείμενο το σχεδιασμό, προγραμματισμό, οργάνωση, διαχείριση, παρακολούθηση, έλεγχο και αξιολόγηση επιχειρησιακών και αναπτυξιακών προγραμμάτων και δράσεων σε όλους τους τομείς της οικονομίας, καθώς και σε οριζόντιου χαρακτήρα παρεμβάσεις, την υποστήριξη της υλοποίησης τους με τη μεταφορά της απαραίτητης σχετικής τεχνογνωσίας, καθώς και την παροχή εξωγενών υπηρεσιών (outsourcing) υλοποίησης των ανωτέρω προγραμμάτων και δράσεων. Στις συμβουλευτικές υπηρεσίες υπάγονται ιδίως οι οικονομικές μελέτες, οι κοινωνικές μελέτες, οι μελέτες οργάνωσης και επιχειρη-

205. Κ. Ρέμελης, ό.π., σ. 141, ο οποίος επισημαίνει ότι, η έλλειψη ενιαίου πλαισίου και συστηματικής ρύθμισης της δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών από το νομοθέτη, μέχρι το ΠΔ 346/1998, αλλά και η έλλειψη σαφούς εννοιολογικής διάκρισης των συμβάσεων υπηρεσιών από τις υπόλοιπες δημόσιες συμβάσεις, ανάγκαζε τη νομολογία να εντάσσει περιστασιακά τις συμβάσεις αυτές άλλοτε στο πεδίο των συμβάσεων δημοσίων έργων και άλλοτε σ' αυτό των συμβάσεων προμηθειών.

σιακής έρευνας, οι περιβαλλοντικές μελέτες, καθώς και οι μελέτες συστημάτων πληροφορικής, εκτός εάν σχετίζονται με δημόσιο έργο ή με εκπόνηση μελετών και παροχή τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών.

Εξάλλου, στην περίπτωση μεικτών συμβάσεων που αποτελούνται εν μέρει από υπηρεσίες και εν μέρει από προμήθειες, το κύριο αντικείμενο καθορίζεται, σύμφωνα με το ποια από τις εκτιμώμενες αξίες των αντίστοιχων υπηρεσιών ή προμηθειών είναι η ψηλότερη.

Υπό το καθεστώς της προηγούμενης οδηγίας 2004/18/ΕΚ, το αντικείμενο των συμβάσεων παροχής υπηρεσιών οριζόταν αποφαστικά, υπό την έννοια ότι ενέπιπτε στην εν λόγω κατηγορία δημοσίων συμβάσεων ό,τι δεν εντασσόταν σε κάποια από τις λοιπές μορφές συμβάσεων, δηλαδή έργου ή προμήθειας. Υπό το καθεστώς της ισχύουσας οδηγίας 2014/24/ΕΕ τούτο ισχύει σε σχέση με τις υπηρεσίες που αποτελούν αντικείμενο σύμβασης δημοσίου έργου.

Εξάλλου, σε περίπτωση που συνυπάρχουν στοιχεία σύμβασης προμήθειας και παροχής υπηρεσιών, το κριτήριο διαχωρισμού αναζητείται στην αξία της υπηρεσίας. Αν αυτή υπερβαίνει την αξία της προμήθειας, τότε πρόκειται για σύμβαση υπηρεσιών, και το αντίστροφο (άρθρο 4 παρ. 2 εδ. β' του ν. 4412/2016)^{206, 207}.

Πάντως, τόσο ο ενωσιακός, όσο και ο εθνικός νομοθέτης έχουν εξαιρέσει από το νομοθετικό πλαίσιο των συμβάσεων υπηρεσιών σημαντικές κατηγορίες δημοσίων συμβάσεων, όπως είναι λ.χ. η δανειακή σύμβαση ως σύμβαση παροχής χρηματοοικονομικών υπηρεσιών²⁰⁸.

Ειδικότερα, για τον χαρακτηρισμό μιας δημόσιας σύμβασης ως σύμβασης παροχής υπηρεσιών²⁰⁹, κατά την έννοια της εθνικής νομοθεσίας και της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, αυτή προϋποθέτει αντιπαροχή που καταβάλλεται κατευθείαν από την αναθέτουσα αρχή στον παρέχοντα τις υπηρεσίες²¹⁰. Επομένως, μια δημόσια σύμβαση δεν μπορεί να θεωρηθεί ως σύμβαση υπηρεσίας όταν για την παροχή της υπηρεσίας, η οποία αποτελεί το αντικείμενο της δημόσιας σύμβασης, δεν καταβάλλεται αντάλλαγμα ευθέως από την αναθέτουσα αρχή στον αντισυμβαλλόμενο

206. Για τις μικτές συμβάσεις βλ. εκτενώς παρακάτω υπό εκθέτη Ι Γ 2.1.4.

207. Η αρχή του διαχωρισμού των επιμέρους αντικειμένων της σύμβασης, προκειμένου να καθορισθεί η αξία του καθενός, καθιερώθηκε με την απόφαση Re Data Processing, Επιτροπή κατά Ιταλίας, C-3/88, Rec 1989, 4035.

208. Για τις εξαιρέσεις βλ. παρακάτω υπό εκθέτη VI Β 3.2. και 3.3. Επίσης, βλ. Κ. Ρέμελη, ό.π., σ. 141 επ.

209. Βλ. και παρακάτω υπό εκθέτη Ι Γ 2.2.

210. Βλ. ΔΕΚ, απόφαση της 13ης Οκτωβρίου 2005, C-458/03, Parking Brixen GmbH.

αυτής, ή
υπηρεσία
με την σ

Έτσι
οποία η
μενσης ο
των ακα
τελών π
τά τους
μής ο αν
εκμετάλ
χείο χαρ
σύμβασ

Ομο
έχει ως κ
γασία τε
ενεργεια
δεν κατε
βαλλόμε
την παρ
του RDI
σύναψη
λήσης τ
λεται, ε
επιτευχ
της αγο

2.1.

Η δ

ο νομικ
τηγορίε
δυσχέρε

211

212

213

αυτής, ή όταν τα έσοδα που προσδοκά ο αντισυμβαλλόμενος από την παροχή της υπηρεσίας αυτής είναι συνάρτηση του επιχειρηματικού κινδύνου που αναλαμβάνει με την σύναψη της σύμβασης²¹¹.

Έτσι, για παράδειγμα, δεν είναι σύμβαση παροχής υπηρεσιών εκείνη στην οποία η αμοιβή του αναδόχου και διαχειριστή του συστήματος ελεγχόμενης στάθμευσης αποτελεί μέρος (ήτοι ποσοστό οριζόμενο εκ των προτέρων στην σύμβαση) των ακαθαρίστων εσόδων από τη λειτουργία του συστήματος, δηλαδή μέρος των τελών που θα καταβάλλουν οι τρίτοι (επισκέπτες), όταν σταθμεύουν τα αυτοκίνητά τους στις προκαθορισμένες θέσεις. Και τούτο διότι, με τον τρόπο αυτό πληρωμής ο ανάδοχος αναλαμβάνει τον επιχειρηματικό κίνδυνο που σχετίζεται με την εκμετάλλευση του συστήματος η ανάληψη δε του κινδύνου αυτού αποτελεί στοιχείο χαρακτηριστικό της σύμβασης παραχώρησης δημόσιας υπηρεσίας, και όχι της σύμβασης παροχής υπηρεσιών, όπως θα δούμε παρακάτω²¹².

Ομοίως, δεν έχει τον χαρακτήρα σύμβασης παροχής υπηρεσιών εκείνη που έχει ως κύριο αντικείμενο την παροχή υπηρεσίας, η οποία συνίσταται στην επεξεργασία του ελαφρού ξηρού κλάσματος και την ανάκτηση-ανακύκλωση ή/και την ενεργειακή του αξιοποίηση, όταν, πρώτον, για την παροχή της υπηρεσίας αυτής δεν καταβάλλεται αντάλλαγμα ευθέως από την αναθέτουσα αρχή στον αντισυμβαλλόμενό της, και, δεύτερον, τα έσοδα που προσδοκά ο αντισυμβαλλόμενος από την παροχή της υπηρεσίας αυτής, δηλαδή από την κατά τα ανωτέρω επεξεργασία του RDF, είναι συνάρτηση του επιχειρηματικού κινδύνου που αναλαμβάνει με την σύναψη της σύμβασης, αφού τα έσοδα αυτά και συγκεκριμένα, το τίμημα της πώλησης του προϊόντος της επεξεργασίας και η αντίστοιχη επιδότηση που καταβάλλεται, εξαρτώνται από την ποσότητα που θα πωληθεί και την τιμή πώλησης που θα επιτευχθεί, δηλαδή, από μεγέθη, τα οποία συνδέονται με τις εκάστοτε συνθήκες της αγοράς και δεν μπορούν να προσδιορισθούν εκ των προτέρων²¹³.

2.1.4. Οι μεικτές συμβάσεις

Η διαπίστωση της νομικής μορφής της συναφθείσας δημόσιας σύμβασης, δηλαδή ο νομικός χαρακτηρισμός της και η ένταξή της σε κάποιον από τους τύπους ή τις κατηγορίες που αναγνωρίζει η κείμενη νομοθεσία, δεν είναι πάντοτε ευχερής. Ιδιαίτερες δυσχέρειες ανακύπτουν όταν η σύμβαση ενσωματώνει χαρακτηριστικά περισσότερων

211. ΕΑ ΣτΕ 367/2015, 272/2015, 189/2015, 639/2009.

212. ΕΑ ΣτΕ 282/2006.

213. ΕΑ ΣτΕ 639/2009.

κατηγοριών (μεικτή σύμβαση)²¹⁴, οπότε ο χαρακτηρισμός της από τον δικαστή και εν γένει τον εφαρμοστή του δικαίου έχει συνέπειες τόσο στο πεδίο του εφαρμοστέου ουσιαστικού δικαίου, όσο και στο πεδίο της δικαιοδοσίας και αρμοδιότητας του δικαστηρίου που θα επιληφθεί της νομικής διαφοράς, η οποία ενδεχομένως θα προκύψει.

Όσον αφορά, ειδικότερα, το προϋσχύσαν εθνικό δίκαιο, η διάκριση ανάμεσα στις συμβάσεις προμηθειών ή έργων και υπηρεσιών δεν ήταν ευχερής, εξαιτίας του γεγονότος ότι μέχρι την έκδοση του ν. 2362/1995 δεν υφίστατο νομοθετικό πλαίσιο για τις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών. Τούτο είχε ως συνέπεια, να αντιμετωπίζονται οι συμβάσεις αυτές, κατά τις περιστάσεις, άλλοτε ως συμβάσεις έργων, άλλοτε δε ως συμβάσεις προμηθειών²¹⁵. Τούτο, όμως, δεν ισχύει πλέον υπό τον ν. 4412/2016, που ρυθμίζει τις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών.

Δυσχέρειες ανακύπτουν πάντως εξαιτίας του πολύπλοκου χαρακτήρα ορισμένων σύγχρονων παροχών, όπως λ.χ. η αγορά και εγκατάσταση συστημάτων πληροφορικής, η οποία εκ των πραγμάτων περιέχει στοιχεία αφενός μεν πώλησης (προμήθειας), αφετέρου δε παροχής υπηρεσιών.

Σε όλες τις προαναφερόμενες περιπτώσεις, για του προσδιορισμό του αντικείμενου, και συνεπώς τον νομικό χαρακτηρισμό της σύμβασης, η νομολογία έχει υιοθετήσει ως κριτήριο τον «προέχοντα χαρακτήρα της σύμβασης», ακολουθώντας τη σχετική νομολογιακή πορεία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης²¹⁶.

Ο νομικός χαρακτηρισμός μιας σύμβασης, οποιασδήποτε μορφής, εναπόκειται στον εθνικό δικαστή, ο οποίος θα θεμελιώσει την σχετική κρίση του στα πραγματικά περιστατικά της κρίσιμης κάθε φορά έννομης σχέσης. Τούτο αποτελεί ειδικότερη έκφραση της αρχής «iura novit curia» κατά την οποία η ανεύρεση και ερμηνεία του εφαρμοστέου κανόνα δικαίου και εν γένει η διαμόρφωση της μείζονος προτάσεως του δικανικού συλλογισμού, αλλά και η υπαγωγή, είναι αποκλειστικό καθήκον του δικαστή²¹⁷, ο οποίος δεν δεσμεύεται από τους νομικούς χαρακτηρισμούς

214. Για τη μεικτή δημόσια σύμβαση βλ. και Α. Γέροντα, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, 2009, σ. 91 επ.

215. Κ. Ρέμελης, ό.π., 141 επ.

216. Δυσκολίες δημιουργεί και το γεγονός ότι ο ορισμός του «δημόσιου έργου» στην εθνική και την ενωσιακή νομοθεσία δεν είναι ταυτόσημος, αφού το πρώτο εντάσσει στην έννοια του δημοσίου έργου και τις επισκευές και συντηρήσεις αυτών, οι οποίες όμως κατά το δίκαιο των οδηγιών εντάσσονται στις συμβάσεις υπηρεσιών. Ενόψει, πάντως, της ρύθμισης όλων των συμβάσεων από τον ν. 4412/2016, δηλαδή τόσο εκείνων που είναι άνω των κοινοτικών ορίων, όσο και αυτών που δεν τα υπερβαίνουν, η πρακτική σημασία της εν λόγω διαφοροποίησης εντοπίζεται μόνον στις πρώτες.

217. Σημειωτέον ότι τόσο η υπαγωγή των πραγματικών στοιχείων της βιοτικής περίπτωσης, όσο και ο νομικός χαρακτηρισμός σταθεροποιούνται μονάχα μετά την ολοκλήρωση της αποδει-

στους οπ
σύμβαση

Ότα

ενωσιακ

εθνικός

δημόσια

ενωσιακ

βάση τη

Όσο

διατάξει

σεις, και

στοιχεία

χουν στο

σίας σύμ

σης²²¹. Τ

ως αντικ

Βιβλίο Ι

Ανα

συνύπαρ

υπηρεσι

νέστερο

τήριο τη

κτικής δι

χειρείται

κανόνων

Σταμάτη,

Αθήνα-Θ

218.

κονομίας,

219.

220.

18 Ιουλίου

της 15 Οκ

221.

222.

Ερμηνεία

στους οποίους προβαίνουν οι ενδιαφερόμενοι²¹⁸, ή προκειμένου περί διοικητικής σύμβασης ακόμη και ο ίδιος ο νομοθέτης²¹⁹.

Όταν πρόκειται για δημόσια σύμβαση που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ενωσιακού δικαίου, την εξουσία χαρακτηρισμού της δεν διαθέτει ούτε ο κοινός εθνικός νομοθέτης. Κατά την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, ο ορισμός μιας δημόσιας σύμβασης ως σύμβασης έργου, προμηθειών και υπηρεσιών ανάγεται στο ενωσιακό δίκαιο και δεν εξαρτάται από τον χαρακτηρισμό της ίδιας σύμβασης με βάση την εθνική νομοθεσία²²⁰.

Όσον αφορά, ειδικότερα, την περίπτωση των μεικτών συμβάσεων, οι σχετικές διατάξεις του παράγωγου ενωσιακού δικαίου διακρίνουν δύο ξεχωριστές περιπτώσεις, και συγκεκριμένα αυτή που συνυπάρχουν στο πλαίσιο της ίδιας σύμβασης στοιχεία προμήθειας προϊόντων και παροχής υπηρεσιών, και εκείνης που συνυπάρχουν στοιχεία είτε δημόσιας σύμβασης έργου και παροχής υπηρεσιών, είτε δημόσιας σύμβασης προμήθειας προϊόντων και εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης²²¹. Τούτο, όμως, ισχύει όταν πρόκειται για μεικτές συμβάσεις οι οποίες έχουν ως αντικείμενο διαφορετικά είδη συμβάσεων, το σύνολο των οποίων εμπίπτει στο Βιβλίο Ι (άρθρα 3 έως 221) του ν. 4412/2016²²².

Αναφορικά με την πρώτη από τις παραπάνω μεικτές συμβάσεις, δηλαδή, τη συνύπαρξη στοιχείων δημόσιας σύμβασης προμήθειας προϊόντων και παροχής υπηρεσιών, η λύση δίνεται (άρθρ. 4 παρ. 2 εδ. β' του ν. 4412/2016. Βλ. υπό το προγενέστερο καθεστώς άρθρο 1 παρ. 2 παρ. δ' της οδηγίας 2004/18/ΕΚ) με βάση το κριτήριο της υπεροχής ή της οικονομικής αξίας κάθε σκέλους της μεικτής σύμβασης,

κτικής διαδικασίας και της νομικής επιχειρηματολογίας των διαδίκων μερών. Προηγουμένως, επιχειρείται υπαγωγή των κρίσιμων πραγματικών περιστατικών δοκιμαστικά στο πραγματικό μέρος κανόνων δικαίου και επιχειρείται προσωρινός χαρακτηρισμός τους («υποθετική υπαγωγή») βλ. Κ. Σταμάτη, Η θεμελίωση των νομικών κρίσεων. Εισαγωγή στη μεθοδολογία του δικαίου, στ' εκδ., Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2003, σ. 228.

218. Βλ. Δ. Ράικο, Το εισαγωγικό δικόγραφο της αγωγής. Κατά τον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, 2010, σ. 19 επ., με περαιτέρω παραπομπές στην ελληνική και αλλοδαπή βιβλιογραφία.

219. Βλ. Ι. Τζεβελεκάκη, ΝοΒ 1989, σ. 1153 επ. (1160).

220. Βλ. ΔΕΚ, απόφαση της 7 Ιουλίου 2011, υπόθεση C-348/10, σκέψη 40, ΔΕΚ απόφαση της 18 Ιουλίου 2007, υπόθεση C-382/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 2007 I-6657, σκέψη 31, και της 15 Οκτωβρίου 2009, υπόθεση C-196/08, Acosei, Συλλογή 2009, σ. I-9913, σκέψη 38.

221. Πρβλ. Χ. Συνοδινό, ΘΠΔΔ 2010, σ. 1077.

222. Βλ. αναλυτικότερα σε Δ. Ράικο/Ε. Βλάχου/Ε. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις ν. 4412/2016. Ερμηνεία κατ' άρθρο, Τόμος Ι, 2018, σ. 56 επ.

προκειμένου να καθοριστεί το εφαρμοστέο δίκαιο²²³. Ενώ, στη δεύτερη περίπτωση (δηλαδή, τη συνύπαρξη στοιχείων δημόσιας σύμβασης έργου, παροχής υπηρεσιών, δημόσιας σύμβασης προμήθειας) καθιερώνεται με το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 2 του άρθρου 4 του ν. 4412/2016 (πρβλ. άρθρ. 1 παρ. 2 περ. γ' της οδηγίας 2004/18) το κριτήριο του κύριου αντικειμένου της σύμβασης. Πρέπει, πάντως, να παρατηρηθεί ότι, το κύριο αντικείμενο της σύμβασης συνιστά το κεντρικό στοιχείο γύρω από το οποίο διαρθρώνεται και το κριτήριο της υπεροχής ή της οικονομικής αξίας²²⁴.

Συνακόλουθα, κατά την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, όταν η σύμβαση περιλαμβάνει τόσο στοιχεία δημόσιας σύμβασης έργου όσο και στοιχεία άλλου τύπου δημόσιας σύμβασης, εκείνο που καθορίζει (υπό το προγενέστερο καθεστώς των οδηγιών ποιά οδηγία περί δημοσίων συμβάσεων έχει, καταρχήν, εφαρμογή, και, ήδη,) ποιές είναι οι εφαρμοστέες διατάξεις της κοινής, και για τους τρεις τύπους συμβάσεων, οδηγίας 2014/24/ΕΕ, είναι το στοιχείο της σύμβασης που είναι κύριο. Ειδικότερα, η σύμβαση έχει, προεχόντως, χαρακτήρα σύμβασης δημοσίων έργων μόνον εφόσον η μελέτη και εκτέλεση του έργου αποτελούν, σε σχέση με τα λοιπά καθήκοντα του αναδόχου, το κύριο αντικείμενο της σύμβασης. Στο πλαίσιο της εκτίμησης του κυρίου αυτού αντικειμένου, η αξία των παροχών που συμφωνήθηκαν αποτελεί, εφόσον έχει οριστεί χωριστή τιμή για τις επί μέρους παροχές, στοιχείο εκτίμησης. Σε κάθε όμως περίπτωση, πρέπει να χωρήσει αντικειμενική θεώρηση της σύμβασης στο σύνολό της, αφού μόνο με τον τρόπο αυτό μπορεί να κριθεί κατά πόσον η εκτέλεση του έργου αποτελεί, όχι μόνο ποσοτικά αλλά και ποιοτικά, το κύριο αντικείμενο της σύμβασης²²⁵.

Με βάση το κριτήριο του κύριου αντικειμένου της σύμβασης κρίθηκε από το Συμβούλιο της Επικρατείας²²⁶ ότι, σύμβαση με αντικείμενο την εγκατάσταση μονάδας αφαλάτωσης έχει μεικτό χαρακτήρα, έργου, προμηθειών και υπηρεσιών, αφού συνυπάρχουν και στοιχεία προμήθειας μηχανημάτων και εγκατάστασης αυτών στην

223. Πρβλ. Χ. Συνοδινό, ΘΠΔΔ 2010, σ. 1077, με παραπομπή σε ΔΕΚ C-340/04, 11-5-2006 Carbotermo και Consorzio Alisei (σκ. 31,47), C-107/98, 18-11-1999 Teckal (σκ. 38).

224. Χ. Συνοδινός, ΘΠΔΔ 2010, σ. 1078.

225. Βλ. ΔΕΚ, απόφαση της 19-4-1994, C-331/92, Gestion Hotelera Internacional Sa κ.λπ., σκ. 23-29, απόφαση της 18-1-2007, C-220/05, Jean Haugroux κ.λπ., σκ. 37-41, απόφαση της 21-2-2008, C-412/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκ. 47-52 κ.ά., ΣτΕ 3692/2013, 3932/2012, 715, 716, 717/2011, 2387/2009 επταμ., ΕΑ ΣτΕ 52/2018, 132/2016: Για το χαρακτηρισμό αυτό (αντικείμενο της συμβάσεως ως κυρίου), η αξία των παροχών που συμφωνήθηκαν αποτελεί, εφόσον έχει οριστεί χωριστή τιμή για τις επιμέρους παροχές, συνεκτιμητέο στοιχείο.

226. ΣτΕ 2387/2009. Βλ. όμως παρακάτω ΣτΕ 918-919/2011.

ιδρύμε
χαρακ
μεν η α
υπηρεσ
σύστημ
μα, χω
ρακτήρ
ούτε η
αλλά η
λειτουρ
σουν έν
και τεθ
θάλασσ
ξη του ε
κατασκ
οι οποί
αυτών ε
λειτουρ
σματος.

Ομ
στοιχεί
της προ
προδια
ότι η πρ
και του
των αν
βασική
τον αν
του γε
να λειτ
θρου 1

Με

227

228

της σχετ

ιδρυόμενη μονάδα αφαλάτωσης. Το δικαστήριο έκρινε ότι η εν λόγω σύμβαση έχει χαρακτήρα, προεχόντως, δημόσιας σύμβασης έργου, με το εξής σκεπτικό: «Και ναι μεν η αξία των εργασιών που περιλαμβάνονται στην σύμβαση καθώς και η παροχή υπηρεσιών υπολείπονται ουσιαδώς της αξίας των μηχανημάτων που συνθέτουν το σύστημα αφαλάτωσης (τα οποία πάντως δεν μπορούν να λειτουργήσουν αυτόνομα, χωρίς δηλαδή να γίνουν ειδικές εργασίες τοποθέτησης), πλην ο προέχων χαρακτήρας της συμβάσεως αυτής δεν είναι η προμήθεια μηχανημάτων αφαλάτωσης ούτε η παροχή των συναφών υπηρεσιών, οι οποίες έχουν παρεπόμενο χαρακτήρα, αλλά η κατασκευή ενός πλήρους λειτουργικού έργου, το οποίο επιτελεί μία τεχνική λειτουργία ως προϊόν των εργασιών που θα εκτελεσθούν και οι οποίες θα συνθέσουν ένα ολοκληρωμένο σύστημα αφαλάτωσης που όταν εκτελεσθεί η σύμβαση, και τεθεί σε παραγωγική λειτουργία, θα μπορεί να παράγει πόσιμο νερό από την θάλασσα. Για την κατασκευή και εγκατάσταση του συστήματος αυτού, η διακήρυξη του επίδικου διαγωνισμού προβλέπει την εκτέλεση εργασιών (υδρογεωτρήσεις, κατασκευή σωληνώσεων για την σύνδεση των μηχανημάτων με τα δίκτυα κ.λπ.), οι οποίες υπάγονται στην έννοια του δημοσίου έργου. Η εκτέλεση των εργασιών αυτών είναι απαραίτητη για τη θέση του συστήματος αφαλάτωσης σε παραγωγική λειτουργία, για την εκπλήρωση δηλαδή του ολοκληρωμένου τεχνικού αποτελέσματος, στο οποίο απέβλεψε ο καθ' ου δήμος με την προκήρυξη του διαγωνισμού».

Ομοίως, αν ο διαγωνισμός περιέχει τόσο στοιχεία σύμβασης έργου όσο και στοιχεία σύμβασης προμήθειας, ο προέχων χαρακτήρας της σύμβασης είναι αυτός της προμήθειας και όχι της κατασκευής δημοσίου έργου, όταν από τις τεχνικές προδιαγραφές, σε συνδυασμό προς τους λοιπούς όρους της διακήρυξης, προκύπτει ότι η προμήθεια λ.χ. του ηλεκτροκίνητου περιστρεφόμενου γερανού (καθώς επίσης και του συστήματος μηχανικής προστασίας των καλωδίων τροφοδοσίας του και των αναλυτικώς αναφερομένων στη διακήρυξη ανταλλακτικών του) αποτελεί τη βασική υποχρέωση του αναδόχου, όλες δε οι λοιπές υποχρεώσεις που βαρύνουν τον ανάδοχο και, ειδικότερα, οι αναγόμενες στην εγκατάσταση και τοποθέτηση του γερανού και των εξαρτημάτων του στο συγκεκριμένο ακίνητο, όπου πρόκειται να λειτουργήσει, αποτελούν δευτερεύουσες εργασίες, «κατά την έννοια του άρθρου 1 παρ. 2 περ. γ' της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ»²²⁷.

Με βάση το ίδιο κριτήριο του προέχοντος χαρακτήρα της δημόσιας σύμβασης²²⁸,

227. ΕΑ ΣτΕ 201/2012.

228. Με την ΕΑ ΣτΕ 77/2010 (ασφ.) κρίθηκε ότι, διαγωνισμός που αφορά κατά τη διατύπωση της σχετικής διακήρυξης, την επιλογή αναδόχου για την «κατασκευή του έργου» που τιτλοφορείται

το Συμβούλιο της Επικρατείας κατέληξε²²⁹ σε αντίστοιχη κρίση, σε άλλες περιπτώσεις²³⁰, στις οποίες αντικείμενο του διαγωνισμού ήταν η προμήθεια φορητών μονάδων αφαλάτωσης, από δε τις τεχνικές προδιαγραφές της μελέτης, οι μονάδες, με ευθύνη και επιβάρυνση του προμηθευτή θα εγκαθίσταντο σε κατάλληλα διαμορφωμένους χώρους ιδιοκτησίας του Δήμου σε χώρο δίπλα σε υπάρχουσες ήδη μονάδες, ενώ οι βάσεις έδρασης αυτών θα κατασκευάζονταν από υπηρεσίες του Δήμου. Η σύμβαση προέβλεπε ότι οι μονάδες θα συνδέονταν με όλα τα απαραίτητα συστήματα και γραμμές τροφοδοσίας με ευθύνη και δαπάνη του προμηθευτή. Ειδικότερα, προβλεπόταν ότι ο προμηθευτής θα προβεί σε όλες εκείνες τις ενέργειες ηλεκτροδότησης της μονάδας παρέχοντας και τοποθετώντας τον πλήρη εξοπλισμό για τη σύνδεση της μονάδας (από τον σταθμό της ΔΕΗ που βρίσκεται στο πίσω μέρος της παλαιάς μονάδας ως και τον πίνακα του Container), έτσι ώστε αυτή να είναι έτοιμη προς λειτουργία, καθώς, επίσης, και ότι η κατάλληλη διαμόρφωση του σημείου αναρρόφησης θαλασσινού νερού, η προμήθεια και τοποθέτηση των δυο αντλητικών συστημάτων, καθώς και η τοποθέτηση των αγωγών παροχής και απόρριψης άλμης με όλα τα παρελκόμενα συστήματα θα γίνουν με ευθύνη και δαπάνη του προμηθευτή, έτσι ώστε να αποφευχθεί η περίπτωση κακής συνεργασίας των συστημάτων.

Το δικαστήριο, αξιολογώντας το περιεχόμενο της σύμβασης, σε συνδυασμό και με τους λοιπούς όρους της προκήρυξης και των συμβατικών τευχών, έκρινε ότι πρόκειται για σύμβαση μεικτού χαρακτήρα, στην οποία κύριο αντικείμενο αποτελεί η προμήθεια των μονάδων. Και τούτο, με το σκεπτικό ότι η προμήθεια των μονάδων αφαλάτωσης αποτελεί τον πυρήνα της εντολής του δημόσιου φορέα (δήμου) προς τον ανάδοχο και την βασική υποχρέωση αυτού, όλες δε οι λοιπές υπο-

«προμήθεια, μεταφορά και εγκατάσταση μεταφερομένων σε τμήματα οικίσκων τύπου container, ετοιμών προς χρήση, των 50 τ.μ.», αν και στη σύμβαση, στην σύναψη της οποίας κατατείνει, περιλαμβάνονται στοιχεία σύμβασης προμηθείας και συμβάσεως υπηρεσιών (μεταφοράς), η σύμβαση αυτή ως κύριο αντικείμενο έχει την κατασκευή και εγκατάσταση των προπεριγραφέντων οικίσκων, αποτελεί δηλαδή, κατά τον προέχοντα χαρακτήρα της, σύμβαση εκτέλεσης δημοσίου έργου.

229. ΣτΕ 918,919/2011.

230. Βλ. και συμβ. ΔΕΦΑθην. 210/2011: «... Καίτοι στην σύμβαση, στην σύναψη της οποίας κατατείνει ο επίδικος διαγωνισμός, περιλαμβάνονται στοιχεία συμβάσεως παροχής υπηρεσιών, (προαναφερόμενες εργασίες συντηρήσεως), η σύμβαση αυτή ως κύριο αντικείμενο έχει εργασίες, όπως αυτές εκτίθενται στην έβδομη σκέψη, υπαγόμενες στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι, αποτελεί δηλαδή, κατά τον προέχοντα χαρακτήρα της, σύμβαση εκτελέσεως δημοσίου έργου, με εφαρμοζόμενες διατάξεις ουσιαστικού δικαίου, αναφορικά με τη δημοπράτηση του έργου, την εκτέλεση της συμβάσεως και την κατασκευή του, αυτές του ν. 3669/2008. Εξ' αυτού παρέπεται ότι η προσθήκη των σχετικών εργασιών συντηρήσεως, εξυπηρετούν, κατά την έννοιά τους, την εκτέλεση της κυρίας συμβάσεως (κατασκευής δημοσίου έργου) και δεν μεταβάλλει τον χαρακτήρα της».

χρεώσεις
δεσης κα
πηγάδι (α
τηση από
προμηθε
της οδηγ
αυτών στ

Περ
ση μεικτ
του διαγ
ολότητα
ρακτηρι
κανόνων
στερο στ
αποτελεί
γής των

Υπό
στις υπο
τερα, επ
μέρους τ
τοχών»),
επιχείρη
της οποί
του καζι
σης του

Το Δ
δημόσια
της σύμ
νται σαφ
ρεσιών, ε

231.

48. Επίσημ
Ιταλίας, Σ
Internacio
Aurox κ.
Επιτροπή
C-536/07,

χρεώσεις που βαρύνουν τον ανάδοχο, καθώς και η εκτέλεση των εργασιών σύνδεσης και τροφοδότησης της μονάδας με το απαιτούμενο θαλασσινό νερό από το πηγάδι (δεξαμενή καθίζησης), καθώς και η εκπόνηση μελέτης για την ηλεκτροδότηση από το δίκτυο, που θα διεξαχθούν με ευθύνη και οικονομική επιβάρυνση του προμηθευτή, αποτελούν παρεμπόμπουσες, κατά την έννοια του άρθρου 1 περ. γ' της οδηγίας 2004/18/ΕΚ, εργασίες τοποθέτησης και εγκατάστασης των μονάδων αυτών στο χώρο, στον οποίο πρόκειται να λειτουργήσουν.

Περαιτέρω, από τη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει ότι, στην περίπτωση μεικτής σύμβασης, της οποίας τα διάφορα σκέλη, σύμφωνα με την προκήρυξη του διαγωνισμού, συνδέονται άρρηκτα μεταξύ τους και σχηματίζουν μια αδιαίρετη ολότητα, η επίμαχη πράξη πρέπει να εξετάζεται, προς τον σκοπό του νομικού χαρακτηρισμού της, στο σύνολό της κατά τρόπο ενιαίο και να εκτιμάται βάσει των κανόνων που διέπουν το σκέλος που αποτελεί το κύριο αντικείμενο ή το επικρατέστερο στοιχείο της σύμβασης²³¹. Αυτό δε ισχύει ανεξαρτήτως του αν το σκέλος που αποτελεί το κύριο αντικείμενο μεικτής σύμβασης εμπίπτει ή όχι στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων.

Υπόθεση που αφορούσε τέτοιου είδους μεικτή σύμβαση απασχόλησε το ΔΕΚ στις υποθέσεις C-145/08 και C-149/08 της 6-5-2010, Club Hotel Loutraki. Ειδικότερα, επρόκειτο για μεικτή σύμβαση που αποτελείτο από σύμβαση μεταβίβασης, εκ μέρους της ΕΤΑ, του 49 % των μετοχών της ΕΚΠ στην ΑΕΑΣ (σκέλος «πώληση μετοχών»), από σύμβαση δυνάμει της οποίας η ΑΕΑΣ αναλάμβανε τη διαχείριση της επιχείρησης καζίνο έναντι αμοιβής (σκέλος «υπηρεσίες») και από σύμβαση δυνάμει της οποίας η ΑΕΑΣ αναλάμβανε να υλοποιήσει σχέδιο αναβάθμισης των χώρων του καζίνο και των παρακειμένων ξενοδοχειακών μονάδων καθώς και διαμόρφωσης του περιβάλλοντος υπαίθριου χώρου (σκέλος «έργα»).

Το Δικαστήριο έκρινε ότι στην περίπτωση αγοράς του 49% των μετοχών μιας δημόσιας επιχείρησης όπως η ΕΚΠ, η πράξη αυτή αποτελεί το κύριο αντικείμενο της σύμβασης, αφού τα έσοδα τα οποία η ΑΕΑΣ θα αποκόμιζε ως μέτοχος φαίνονται σαφώς σημαντικότερα από την αμοιβή που θα εισέπραττε ως πάροχος υπηρεσιών, ενώ, επιπλέον, η ΑΕΑΣ θα αποκόμιζε τα έσοδα αυτά χωρίς χρονικό περιο-

231. Βλ. ΔΕΚ συνεκδ. υποθ. C-145/08 και C-149/08 της 6-5-2010, Club Hotel Loutraki, σκ. 48. Επίσης, υπό το πνεύμα αυτό, βλ. αποφάσεις της 5ης Δεκεμβρίου 1989, C-3/88, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 1989, σ. 4035, σκέψη 19· της 19ης Απριλίου 1994, C-331/92, Gestión Hotelera Internacional, Συλλογή 1994, σ. I-1329, σκέψεις 23 έως 26· της 18ης Ιανουαρίου 2007, C-220/05 Auroux κ.λπ., Συλλογή 2007, σ. I-385, σκέψεις 36 και 37· της 21ης Φεβρουαρίου 2008, C-412/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 2008, σ. I-619, σκέψη 47, καθώς και της 29ης Οκτωβρίου 2009, C-536/07, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλογή 2009, σ. I-10355, σκέψεις 28, 29, 57 και 61.

ρισμό, παρά το ότι η δραστηριότητα διαχείρισης του καζίνου θα έληγε μετά την πάροδο δεκαετίας. Με βάση το σκεπτικό ότι, τα διάφορα σκέλη της παραπάνω μεικτής σύμβασης συνιστούν μια αδιαίρετη ολότητα, της οποίας το σκέλος που αφορά τη μεταβίβαση μετοχών αποτελεί το κύριο αντικείμενο, και ότι η μεταβίβαση μετοχών σε υποβάλλοντα προσφορά στο πλαίσιο πράξης ιδιωτικοποίησης μιας δημόσιας επιχείρησης δεν εμπίπτει στις οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων, το Δικαστήριο συνήγαγε ακολούθως ότι «μικτή σύμβαση της οποίας το κύριο αντικείμενο συνίσταται στην εκ μέρους επιχειρήσεως απόκτηση του 49 % του κεφαλαίου δημόσιας επιχείρησης και της οποίας το –αρρήκτως συνδεδεμένο με το κύριο αυτό αντικείμενο– παρεπόμενο αντικείμενο αφορά την παροχή υπηρεσιών και την εκτέλεση έργων δεν εμπίπτει, στο σύνολό της, στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων»²³².

Η νέα γενική οδηγία για τις δημόσιες συμβάσεις 2014/24/ΕΕ, και το άρθρο 4 του ν. 4412/2016 που ενσωματώνει τις σχετικές διατάξεις της, περιέχει στο άρθρο 3 αυτής λεπτομερείς ρυθμίσεις για τις μεικτές δημόσιες συμβάσεις. Ειδικότερα, διευκρινίζει στην παράγραφο 1 ότι οι μεν διατάξεις της παραγράφου 2 αυτής εφαρμόζονται σε μεικτές συμβάσεις οι οποίες έχουν ως αντικείμενο διαφορετικά είδη συμβάσεων το σύνολο των οποίων καλύπτεται από την εν λόγω οδηγία, οι δε διατάξεις των παραγράφων 3 έως 5 εφαρμόζονται σε μεικτές συμβάσεις οι οποίες έχουν ως αντικείμενο συμβάσεις που καλύπτονται από την εν λόγω οδηγία και συμβάσεις που καλύπτονται από άλλα νομικά καθεστώτα.

Συγκεκριμένα, με την παράγραφο 2 του άρθρου 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο δύο ή περισσότερα είδη συμβάσεων (έργα, υπηρεσίες ή αγαθά) ανατίθενται σύμφωνα με τις διατάξεις που εφαρμόζονται στο είδος της σύμβασης που χαρακτηρίζει το κύριο αντικείμενο της σχετικής σύμβασης. Στην περίπτωση μεικτών συμβάσεων που αποτελούνται εν μέρει από υπηρεσίες κατά την έννοια του τίτλου ΙΙΙ κεφάλαιο Ι και εν μέρει από άλλες υπηρεσίες ή μεικτών συμβάσεων που αποτελούνται εν μέρει από υπηρεσίες και εν μέρει από αγαθά, το κύριο αντικείμενο προσδιορίζεται σύμφωνα με το ποια από τις εκτιμώμενες αξίες των αντίστοιχων υπηρεσιών ή αγαθών είναι η υψηλότερη.

Όταν τα διαφορετικά τμήματα μιας συγκεκριμένης σύμβασης μπορούν να χωριστούν αντικειμενικά, εφαρμόζεται η παράγραφος 4, ενώ όταν τα διαφορετικά τμήματα μιας συγκεκριμένης σύμβασης δεν μπορούν να χωριστούν αντικειμενικά, εφαρμόζεται η παράγραφος 6. Όταν τμήμα μιας συγκεκριμένης σύμβασης καλύπτεται από το άρθρο 346 της ΣυνθΛΕΕ ή την οδηγία 2009/81/ΕΚ, εφαρμόζεται το

232. ΔΕΚ C-145/08 και C-149/08 της 6-5-2010, Club Hotel Loutraki, σκέψεις 58-62.

άρθρο 16 της οδηγίας (παρ. 3 άρθρου 2).

Σε περίπτωση συμβάσεων με αντικείμενο συμβάσεις που καλύπτονται από την οδηγία αυτή, καθώς και συμβάσεις που δεν καλύπτονται από αυτή, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιλέγουν την ανάθεση χωριστών συμβάσεων για τα επιμέρους τμήματα ή την ανάθεση ενιαίας σύμβασης. Όταν οι αναθέτουσες αρχές επιλέγουν την ανάθεση χωριστών συμβάσεων για τα επιμέρους τμήματα, η απόφαση για το ποιο νομικό καθεστώς εφαρμόζεται σε καθεμιά από τις χωριστές αυτές συμβάσεις λαμβάνεται βάσει των χαρακτηριστικών εκάστου τμήματος.

Πάντως, όταν οι αναθέτουσες αρχές επιλέγουν την ανάθεση ενιαίας σύμβασης, το Βιβλίο Ι του ν. 4412/2016 εφαρμόζεται στην προκύπτουσα μεικτή σύμβαση, ανεξαρτήτως της αξίας των μερών που διαφορετικά θα ενέπιπταν σε άλλο νομικό καθεστώς και ανεξαρτήτως του νομικού καθεστώτος από το οποίο θα διέπονταν σε διαφορετική περίπτωση τα μέρη αυτά, εκτός εάν στο άρθρο 16 ορίζεται διαφορετικά (παρ. 4 άρθρ. 4 ν. 4412/2016).

Εξάλλου, σε περίπτωση συμβάσεων με αντικείμενο συμβάσεις καλυπτόμενες από την οδηγία και συμβάσεις για την άσκηση δραστηριότητας που διέπεται από τις διατάξεις της τομεακής οδηγίας 2014/25/ΕΕ, οι εφαρμοστέοι κανόνες καθορίζονται, κατά παρέκκλιση από την παράγραφο 4 του άρθρου 2, σύμφωνα με τα άρθρα 5 και 6 της οδηγίας 2014/25/ΕΕ (παρ. 5 άρθρ. 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

Τέλος, όταν τα διάφορα τμήματα συγκεκριμένης σύμβασης δεν μπορούν να χωριστούν αντικειμενικά, το ισχύον νομικό καθεστώς καθορίζεται με βάση το κύριο αντικείμενο της εν λόγω σύμβασης (παρ. 6 άρθρ. 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

Το ρυθμιστικό περιεχόμενο των διατάξεων της νέας οδηγίας διαφωτίζουν οι σχετικές αιτιολογικές σκέψεις αυτής (αρ. 11-13). «Στην περίπτωση μεικτών συμβάσεων, οι ισχύοντες κανόνες θα πρέπει να καθορίζονται σε συνάρτηση με το κύριο αντικείμενο της σύμβασης, εάν τα διάφορα τμήματα της συγκεκριμένης σύμβασης είναι αντικειμενικώς αδύνατον να διαχωριστούν. Θα πρέπει συνεπώς να διευκρινιστεί ο τρόπος με τον οποίον οι αναθέτουσες αρχές θα καθορίζουν εάν τα διάφορα μέρη είναι δυνατό να διαχωριστούν ή όχι. Η διευκρίνιση αυτή θα πρέπει να βασίζεται στη σχετική νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η αξιολόγηση θα γίνεται σε κατά περίπτωση βάση και οι εκπνεφρασμένες ή εκτιμώμενες προθέσεις της αναθέτουσας αρχής όσον αφορά τις διάφορες πτυχές που καθιστούν μια μεικτή σύμβαση αδιαίρετη θα πρέπει να είναι επαρκείς και να υποστηρίζονται από αντικειμενικά αποδεικτικά στοιχεία, επαρκή να τις αιτιολογήσουν και να θεμελιώσουν την ανάγκη σύναψης ενιαίας σύμβασης. Αιτιολογημένη ανάγκη σύναψης ενιαίας σύμβασης θα μπορούσε, επί παραδείγματι, να υπάρξει στην περίπτωση κατασκευής ενιαίου κτιρίου του οποίου ένα μέρος θα χρησιμοποιηθεί απευθείας από

την αναθέτουσα αρχή και άλλο μέρος θα λειτουργήσει στη βάση παραχώρησης, επί παραδείγματι, ως χώρος στάθμευσης για το κοινό. Θα πρέπει να διευκρινιστεί ότι η ανάγκη σύναψης ενιαίας σύμβασης μπορεί να οφείλεται και σε τεχνικούς και σε οικονομικούς λόγους» (αιτιολογική σκέψη 11).

«Στην περίπτωση μεικτών συμβάσεων οι οποίες μπορούν να διαχωριστούν, οι αναθέτουσες αρχές παραμένουν βεβαίως ελεύθερες να αναθέτουν χωριστές συμβάσεις για τα επιμέρους τμήματα της μεικτής σύμβασης, οπότε οι διατάξεις που εφαρμόζονται σε καθένα από τα επιμέρους τμήματα θα πρέπει να προσδιορίζονται αποκλειστικώς σε συνάρτηση με τα χαρακτηριστικά της συγκεκριμένης προμήθειας. Αντιθέτως, εάν οι αναθέτουσες αρχές επιλέγουν να συμπεριλάβουν άλλα στοιχεία στην προμήθεια, ανεξαρτήτως της αξίας τους και του νομικού καθεστώτος στο οποίο θα υπόκειντο σε διαφορετική περίπτωση, τότε ως βασική αρχή θα πρέπει ισχύει ότι, σε περίπτωση που, εάν ανετίθετο μόνη της, η σύμβαση θα έπρεπε να ανατεθεί σύμφωνα με τις διατάξεις της παρούσας οδηγίας, τότε η παρούσα οδηγία θα πρέπει να εφαρμοστεί σε ολόκληρη τη μεικτή σύμβαση» (αιτιολογική σκέψη 12).

«Ωστόσο, θα πρέπει να προβλεφθούν ειδικές διατάξεις για τις μεικτές συμβάσεις που άπτονται της άμυνας ή της ασφάλειας ή περιλαμβάνουν τμήματα που δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της ΣυνθΛΕΕ. Στις περιπτώσεις αυτές, θα πρέπει να είναι δυνατή η μη εφαρμογή της παρούσας οδηγίας, υπό την προϋπόθεση ότι υφίσταται αντικειμενικός λόγος για την ανάθεση ενιαίας σύμβασης και ότι η απόφαση για την ανάθεση ενιαίας σύμβασης δεν λαμβάνεται με σκοπό την εξαιρέση συμβάσεων από την εφαρμογή της παρούσας οδηγίας ή της οδηγίας 2009/81/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου. Θα πρέπει να διευκρινιστεί ότι δεν θα πρέπει να εμποδίζονται οι αναθέτουσες αρχές να επιλέγουν να εφαρμόζουν την παρούσα οδηγία, αντί της οδηγίας 2009/81/EK, σε ορισμένες μεικτές συμβάσεις» (αιτιολογική σκέψη 13).

2.2. Συμβάσεις παραχώρησης

2.2.1. Η έννοια της σύμβασης παραχώρησης

Η σύμβαση παραχώρησης είναι η σύμβαση εκείνη με την οποία το κράτος ή άλλος δημόσιος φορέας αναθέτει σε ιδιώτη ανάδοχο, φυσικό ή νομικό πρόσωπο (παραχωρησιούχο ή ανάδοχο δημόσιας υπηρεσίας ή παραχώρησης), τη διαχείριση και εκμετάλλευση, με δική του ευθύνη, δημόσιας οικονομικής υπόθεσης, και ιδίως την άσκηση μιας δημόσιας υπηρεσίας υπό την λειτουργική έννοια του όρου²³³, ή

233. Ιδιότυπη μορφή αυτοδιοίκησης αποκαλεί την παραχώρηση δημόσιας υπηρεσίας ο Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, 2012, σ. 656.

την κατα
την υποχ
ρεσία σε
σθεί²³⁵ έν
αποκλει
καίωμα
να αναλ
του έργ

Έτσι
η συντή
ροντος
ή παροχ
κτρικού
μων κ.λ.
όπως λ.
παροχή
χου παρ

234.

Συμβάσει
καταναλ
δα διοικ
Αθήνα-Θ
κράτους,
δημοσίου
α). Γενικά
έργων στ
Ε. Τροβά
δημοσίω
των συμ
υπηρεσία

235.

Αθήνα 19

236.

Μειζονο
θεση C-2
Telefona

237.

238.

239.

IV. Η ΕΥΘΕΙΑ ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΤΩΝ ΣΥΝΘΗΚΩΝ ΣΤΟ ΠΕΛΙΟ ΤΩΝ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

A. Η προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων και το ενωσιακό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων

Η δημιουργία ενός ενιαίου οικονομικού ευρωπαϊκού χώρου βασισμένου σε μια κοινή αγορά ήταν ένας βασικός στόχος της Συνθήκης της Ρώμης, στο άρθρο 2 της οποίας οριζόταν ότι: «Η Κοινότητα έχει σαν αποστολή, με τη δημιουργία μιας κοινής αγοράς... να προάγει την αρμονική ανάπτυξη των οικονομικών δραστηριοτήτων στο σύνολο της Κοινότητας, τη συνεχή και ισόρροπη επέκταση της οικονομίας, αυξημένη σταθερότητα, επιταχυνόμενη ανύψωση του βιοτικού επιπέδου και σχέσεις περισσότερο στενές μεταξύ των κρατών που συνενώνει».

Η κοινή αγορά δεν ήταν αυτοσκοπός αλλά μέσο για την επίτευξη οικονομικών και πολιτικών στόχων. Οι έννοιες «κοινή αγορά», «ενιαία αγορά» και «εσωτερική αγορά», παρά το ότι είναι σχεδόν ταυτόσημες, υποδηλώνουν ορισμένες διαφορετικές καταστάσεις. Η κοινή αγορά είναι ένα στάδιο της διαδικασίας πολυεθνικής ολοκλήρωσης, το οποίο «αποβλέπει στην εξάλειψη όλων των εμποδίων στις ενδοκοινοτικές συναλλαγές ώστε να υπάρξει συγχώνευση των εθνικών αγορών σε μια ενιαία αγορά, η οποία να πλησιάζει όσο γίνεται τις συνθήκες μιας πραγματικής εσωτερικής αγοράς»¹. Η Συνθήκη της Λισσαβώνας αγνοεί τις έννοιες «ενιαία αγορά» και «κοινή αγορά», ενώ αντικατέστησε τους όρους «κοινή αγορά» (της Συνθήκης της Νίκαιας) με το τελικό αποτέλεσμα αυτού του σταδίου της διαδικασίας ολοκλήρωσης, δηλαδή την «εσωτερική αγορά» (βλ. άρθρ. 26 παρ. 1 της ΣυνθΛΕΕ: «Η Ένωση θεσπίζει τα μέτρα για την εγκαθίδρυση ή τη διασφάλιση της λειτουργίας της εσωτερικής αγοράς, σύμφωνα με τις οικείες διατάξεις των Συνθηκών»), η οποία σύμφωνα με την παράγραφο 2 του άρθρου 26 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (πρώην άρθρο 14 ΣΕΚ) «περιλαμβάνει ένα χώρο χωρίς εσωτερικά σύνορα μέσα στον οποίο εξασφαλίζεται η ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων, των προσώπων, των υπηρεσιών και των κεφαλαίων σύμφωνα με τις διατάξεις αυτής της Συνθήκης».

Η δημιουργία μιας κοινής αγοράς ομοιάζουσας με εσωτερική αγορά συνεπάγεται όχι μόνο την απελευθέρωση του εμπορίου μεταξύ των μετεχόντων κρατών,

1. ΔΕΚ υπόθεση C-15/81.

αλλά και την ελεύθερη κυκλοφορία των συντελεστών της παραγωγής: εργασίας, κεφαλαίου και υπηρεσιών. Επιπλέον απαιτεί την ελεύθερη εγκατάσταση των προσώπων και των εταιρειών στο έδαφος των κρατών μελών, για την άσκηση των επαγγελματικών δραστηριοτήτων τους. Επομένως, για να υπάρχει κοινή αγορά, πρέπει τα κράτη μέλη που την αποτελούν να έχουν καθιερώσει τέσσερις βασικές ελευθερίες: την ελευθερία κυκλοφορίας των αγαθών, χάριν της εξάλειψης όλων των εμποδίων του εμπορίου· την ελευθερία κυκλοφορίας των μισθωτών και μη μισθωτών εργαζομένων, χάριν της κατάργησης όλων των περιορισμών στην είσοδο και στη διαμονή τους σε άλλα κράτη μέλη· την ελευθερία εγκατάστασης προσώπων και εταιρειών στο έδαφος οποιουδήποτε κράτους μέλους και της παροχής υπηρεσιών από αυτούς στο κράτος υποδοχής· και την ελευθερία διακίνησης κεφαλαίων για προσωπικούς ή επιχειρηματικούς λόγους. Όπως φαίνεται, η λέξη κλειδί της κοινής αγοράς είναι η ελευθερία.

Με την Συνθήκη για την Ευρωπαϊκή Κοινότητα (ΣΕΚ), στην οποία η Ελλάδα προσχώρησε από 1.1.1981, δυνάμει της από 28.5.1979 σχετικής Συνθήκης που κυρώθηκε με το ν. 945/1979 (Α' 170), όπως οι διατάξεις αυτής (ΣΕΚ) έχουν τροποποιηθεί και συμπληρωθεί με την: α) από 7.2.1992 Συνθήκη του Μάαστριχτ που κυρώθηκε με το ν. 2077/1992 (Α' 136) και τέθηκε σε ισχύ την 1.11.1993, β) από 2.10.1997 Συνθήκη του Άμστερνταμ που κυρώθηκε με το ν. 2691/1999 (Α' 47) και τέθηκε σε ισχύ την 1.5.1999 γ) από 26.2.2001 Συνθήκη της Νίκαιας που κυρώθηκε με το ν. 3001/2002 (Α' 73) και τέθηκε σε ισχύ την 1.2.2003 και δ) από 13.12.2007 συνθήκη της Λισσαβώνας που κυρώθηκε με το ν. 3671/2008 (Α' 129), και ισχύει από 1/12/2009 και βάσει του άρθρου 28 του ισχύοντος Συντάγματος αποτελούν αναπόσπαστο μέρος της εσωτερικής έννομης τάξης και έχουν αυξημένη τυπική ισχύ έναντι των κοινών νόμων, καθιερώθηκαν, σε πρώιμο στάδιο ίδρυσης αυτής, οι κοινοτικές ελευθερίες, στις οποίες περιλαμβάνονται η ελεύθερη κυκλοφορία αγαθών, η ελευθερία εγκατάστασης και η ελεύθερη παροχή υπηρεσιών (άρθρα 28, 43 και 49 ΣΕΚ, αντίστοιχα), που συνιστούν το θεμέλιο για την ίδρυση της κοινής αγοράς, καθώς και η αρχή του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού (άρθρα 3 παρ. 1 στ' και 98 ΣΕΚ) που αποτελεί τον ακρογωνιαίο λίθο για την λειτουργία αυτής.

Οι ως άνω θεμελιώδεις αρχές, καθώς και οι απορρέουσες από αυτές, όπως έχει δεχθεί το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (ΔΕΚ, ήδη ΔΕΕ) με σωρεία αποφάσεων του, γενικές αρχές της ίσης μεταχείρισης και της υποχρέωσης διαφάνειας βρίσκουν ευρύ πεδίο εφαρμογής στο τομέα της σύναψης δημοσίων συμβάσεων διασυνοριακού ενδιαφέροντος, και μάλιστα ανεξαρτήτως του ύψους του προϋπολογισμού της προς ανάθεση δημόσιας σύμβασης (βλ. και αιτιολογικές σκέψεις 2, 8, 29, 31, 36 και 41 της οδηγίας 2004/18), δεσμεύοντας τις αναθέτουσες αρχές να

ενεργούν

Οι κ
ευθείας
Ωστόσο,
εφαρμογ
οδηγίες
κατώφλι
Συνθηκα

Όπα
2014/24
ή εκ μέρ
λειτουργ
κυκλοφ
της ελεύ
τές, όπω
αρχή τη
φάνειας
σκοπίμα
σύμβασ
πράξη κ

I. Ο Ελε

Η δ
«οικονο

2. Σ
λογία το
συνδετικ
όλα τα σ
3299/20
Ολομ, Δ
της 2ας
22, της 5
3. Ε
4. Σ
The law
Regulati
2007, p.

ενεργούν κατά τρόπο που να μην παραβιάζουν τις εν λόγω αρχές.

Οι κανόνες του ενωσιακού δικαίου, πρωτογενούς και παράγωγου, τυγχάνουν ευθείας και άμεσης εφαρμογής στο πεδίο του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων². Ωστόσο, ενώ υπάρχουν δημόσιες συμβάσεις που παραμένουν έξω από το πεδίο εφαρμογής του δεύτερου, δηλαδή συμβάσεις μη διεπόμενες από τις κοινοτικές οδηγίες (διότι λ.χ. η αξία του αντικειμένου της σύμβασης είναι κατώτερη από τα κατώφλια των οδηγιών, ή διότι ευθέως δεν υπάγονται σ' αυτές)³, οι κανόνες των Συνθηκών καταλαμβάνουν και αυτές⁴.

Όπως χαρακτηριστικά αναφέρεται στη πρώτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2014/24/ΕΕ: «Η ανάθεση δημόσιων συμβάσεων από τις αρχές των κρατών μελών ή εκ μέρους αυτών πρέπει να είναι σύμφωνη με τις αρχές της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ) και ιδίως με την αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων, την αρχή της ελευθερίας της εγκατάστασης και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, καθώς και με τις αρχές που απορρέουν από αυτές, όπως είναι η αρχή της ίσης μεταχείρισης, η αρχή της αποφυγής διακρίσεων, η αρχή της αμοιβαίας αναγνώρισης, η αρχή της αναλογικότητας και η αρχή της διαφάνειας. Εντούτοις, για δημόσιες συμβάσεις που υπερβαίνουν ορισμένη αξία, είναι σκόπιμο να θεσπιστούν διατάξεις για τον συντονισμό των εθνικών διαδικασιών σύμβασης, ούτως ώστε να διασφαλίζεται ότι οι εν λόγω αρχές εφαρμόζονται στην πράξη και ότι οι δημόσιες συμβάσεις είναι ανοικτές στον ανταγωνισμό».

1. Ο ελεύθερος ανταγωνισμός στο ενωσιακό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων

Η δημιουργία συνθηκών ελεύθερου ανταγωνισμού, σύμφωνα με την αρχή της «οικονομίας της ανοικτής αγοράς» (άρθρ. 119 παρ. 1 ΣυνθΛΕΕ), αποτελεί σημαντι-

2. Ωστόσο, οι σχετικές διατάξεις αυτές της Συνθήκης δεν εφαρμόζονται, κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (Δ.Ε.Κ.), σε δραστηριότητες που δεν έχουν συνδεδετικό στοιχείο με οποιαδήποτε από τις καταστάσεις που προβλέπει το κοινοτικό δίκαιο, γιατί όλα τα στοιχεία τους περιορίζονται στο εσωτερικό ενός και μόνον κράτους μέλους, βλ. Ολομ. ΣτΕ 3299/2014, ΣτΕ 1387-1388/2005 επτ., 3924/2003, 1958/2000 Ολομ., 4675/1998 Ολομ. 1792/1997 Ολομ, Δ.Ε.Κ. αποφάσεις της 15.5.2003, C-300/01, Salzmann, Συλλογή 2003, σ. I-4922, σκέψη 32, της 2ας Ιουλίου 1998, C-225-227/95, Ανέστης Καπασακάλης κ.λπ., Συλλογή 1998, σ. I-4239, σκέψη 22, της 5ης Ιουνίου 1997, C-64-65/96, Uecker και Jacquet, Συλλογή 1997, σ. I-3171, σκέψη 16 κ.ά.

3. Βλ. παρακάτω υπό εκθέτη VI Β.

4. S. Arrowsmith, EU public procurement law: An introduction, 2011, p. 66 ff., S. Arrowsmith, The law of Public and Utilities Procurement (2nd ed), 2005, chapter 4, S. Arrowsmith/P. Kunzlik, EC Regulation of Public Procurement, p. 55 ff., P. Trepte, Public Procurement in the European Union, 2007, p. 3 ff., F. Weiss, Public Procurement in European Community Law, 1993, p. 18 ff.,

κή προγραμματική στόχευση της ευρωπαϊκής ενοποιητικής διαδικασίας. Η διαμόρφωση κοινής πολιτικής ανταγωνισμού κατέχει κομβική σημασία για τη συγκρότηση της Ενιαίας Αγοράς. Και τούτο διότι, ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός⁵ των διαφόρων φορέων επιχειρηματικής δραστηριότητας διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων των αγοραστών («καταναλωτών»), επιτρέποντας σ' αυτούς την προμήθεια αγαθών και υπηρεσιών με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους⁶.

Το ενωσιακό δίκαιο ανταγωνισμού αφορά τις δραστηριότητες των επιχειρήσεων⁷. Αν και η Συνθήκη δεν ορίζει την έννοια της επιχείρησης, το Δικαστήριο έχει κρίνει επανειλημμένως ότι πρέπει να χαρακτηρίζεται έτσι κάθε φορέας που ασκεί οικονομική δραστηριότητα, ανεξαρτήτως της νομικής μορφής και του τρόπου χρηματοδότησής του⁸. Πρόκειται, συνεπώς, για μια ευρεία και λειτουργική έννοια που έχει διαμορφωθεί από τη νομολογία του ΔΕΕ τελεολογικά⁹.

Συνιστά δε οικονομική δραστηριότητα κάθε δραστηριότητα προσφοράς αγαθών ή υπηρεσιών σε δεδομένη αγορά¹⁰. Εξάλλου, για τον χαρακτηρισμό ενός νο-

5. Στην ελληνική έννομη τάξη, η κατά το άρθρο 5 παρ. 1 του Συντάγματος ελευθερία του καθενός να συμμετέχει στην οικονομική ζωή της χώρας, προϋποθέτει λογικά και απαιτεί επομένως την ελευθερία του ανταγωνισμού. Στη θεσμική δε εγγύηση του ελεύθερου ανταγωνισμού ανήκουν και η ελευθερία πρόσβασης στην αγορά και η ελευθερία ανταγωνισμού εντός της αγοράς. Εξάλλου, στην ελευθερία του ανταγωνισμού αντιστοιχεί η απαγόρευση του αθέμιτου ανταγωνισμού βλ. αντί πολλών Π. Δαγτόγλου, Συνταγματικό Δίκαιο, Ατομικά Δικαιώματα, Β', Αθήνα-Κομοτηνή 2005, σ. 1156 επ., Κ. Χρυσόγονο, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, 2η έκδ., 2002, σ. 182 επ.

6. Γ. Καλαβρός/Θ. Γεωργόπουλος, Το Δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ΙΙ, 2010, σ. 133.

7. ΔΕΚ απόφαση της 1-7-2008, υπόθεση C-49/07, Μοτοσυκλετιστική Ομοσπονδία Ελλάδος ΝΠΔ (ΜΟΤΟΕ) κατά Ελληνικού Δημοσίου, σκέψη 20, ΔΕΚ αποφάσεις της 16ης Νοεμβρίου 1977, 13/77, GB-Inno-BM, Συλλογή τόμος 1977, σ. 653, σκέψη 31, και της 11ης Δεκεμβρίου 2007, C-280/06, ΕΤΙ κ.λπ., σκέψη 38 και παρατιθέμενη νομολογία.

8. ΔΕΚ απόφαση της 1-7-2008, υπόθεση C-49/07, Μοτοσυκλετιστική Ομοσπονδία Ελλάδος ΝΠΔ (ΜΟΤΟΕ) κατά Ελληνικού Δημοσίου, σκέψη 21, ΔΕΚ αποφάσεις της 23ης Απριλίου 1991, C-41/90, Höfner και Elser, Συλλογή 1991, σ. I-1979, σκέψη 21, και της 16ης Μαρτίου 2004, C-264/01, C-306/01, C-354/01 και C-355/01, ΑΟΚ Bundesverband κ.λπ., Συλλογή 2004, σ. I-2493, σκέψη 46.

9. Χ. Συνοδινό, Αποτελεσματική προστασία στις συμβάσεις του δημοσίου, μέσω των κοινωνικών διατάξεων ανταγωνισμού, ΔΕΕ 1998, σ. 796 επ. (802 επ.), τον ίδιο, παρατηρήσεις στην ΔΕΚ Υπόθ. C-49/07 απόφ. 1.7.2008 κ.λπ., ΘΠΔΔ 2008, σ. 1337 επ., τον ίδιο, Δίκαιο Ανταγωνισμού και συμβάσεις του Δημοσίου, 2002, σ. 97.

10. Βλ. μεταξύ άλλων, ΔΕΚ αποφάσεις της 18ης Ιουνίου 1998, C-35/96, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 1998, σ. I-3851, σκέψη 36, και της 12ης Σεπτεμβρίου 2000, C-180/98 έως C-184/98,

μικού προσώ
γωνισμού, το
μέρους των
χαρακτηρισμ
γωνισμού ω
πρόκειται γι
η εφαρμογή
όταν οι δρα
στηριότητες
μέτρο που τ
γωνισμού¹².
άσκηση των
πει να πραγ
φορέα¹³.

Όσον α
και ανόθευτ
στην οποία

Pavlov κ.λπ., Σ

11. Όσον
ο φορέας δεν
νουαρίου 2006
και 123), το Δ
σκοπό το κέρ
πρέπει να θεω
ρηματίες που
ΜΟΤΟΕ, σκέψ

12. Βλ. Χ

13. ΔΕΚ
ΝΠΔ (ΜΟΤ
C-82/01 Ρ, Αέ

14. Βλ. τ
εκτέλεση των

15. Μ.Θ
διακρίνουν με
σφορήσει. Βλ
Α. Τάχο, Λατ
σματα - Αρχή
νατότητα απ

μικού προσώπου ως επιχείρησης, κατά την έννοια του ενωσιακού δικαίου ανταγωνισμού, το γεγονός και μόνον ότι ένας φορέας διαθέτει, για την άσκηση ενός μέρους των δραστηριοτήτων του, προνόμια δημόσιας εξουσίας δεν εμποδίζει τον χαρακτηρισμό του ως επιχείρησης κατά την έννοια του ενωσιακού δικαίου ανταγωνισμού ως προς τις λοιπές οικονομικές δραστηριότητές του¹¹. Δηλαδή, όταν πρόκειται για δραστηριότητες αμιγούς άσκησης δημόσιας εξουσίας (*imperium*), η εφαρμογή του δικαίου του ανταγωνισμού υποχωρεί έναντι αυτών, όχι όμως και όταν οι δραστηριότητες των δημοσίων υπηρεσιών είναι απλά οικονομικές δραστηριότητες, αφού στην περίπτωση αυτή οι δημόσιες υπηρεσίες θεωρούνται, στο μέτρο που τις ασκούν, ως επιχειρήσεις και υπόκεινται στους κανόνες του ανταγωνισμού¹². Ειδικότερα, ο χαρακτηρισμός ως δραστηριότητας εμπίπτουσας στην άσκηση των προνομίων δημόσιας εξουσίας ή ως οικονομικής δραστηριότητας πρέπει να πραγματοποιείται ξεχωριστά για την κάθε δραστηριότητα ενός δεδομένου φορέα¹³.

Όσον αφορά, ειδικότερα, το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός¹⁴ αποτελεί μια γενική κατευθυντήρια αρχή και βάση στην οποία εδράζεται το τελευταίο¹⁵. Στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων ο

Ρανίον κ.λπ., Συλλογή 2000, σ. I-6451, σκέψη 75.

11. Όσον αφορά τις συνέπειες που μπορεί να έχει για τον χαρακτηρισμό αυτό το γεγονός ότι ο φορέας δεν έχει κερδοσκοπικό σκοπό, πρέπει να επισημανθεί ότι, με την απόφαση της 10ης Ιανουαρίου 2006, C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze* κ.λπ. (Συλλογή 2006, σ. I-289, σκέψεις 122 και 123), το Δικαστήριο διευκρίνισε ότι το γεγονός ότι η προσφορά αγαθών και υπηρεσιών δεν έχει σκοπό το κέρδος δεν σημαίνει ότι ο φορέας που πραγματοποιεί τις πράξεις αυτές στην αγορά δεν πρέπει να θεωρείται ως επιχείρηση, εφόσον με την προσφορά αυτή ανταγωνίζεται άλλους επιχειρηματίες που επιδιώκουν κερδοσκοπικό σκοπό βλ. ΔΕΚ απόφαση της 1-7-2008, υπόθεση C-49/07, *MOTOE*, σκέψη 27.

12. Βλ. Χ. Συνοδινό, ΘΠΔΔ 2008, σ. 1338 επ., με παραπομπές στη νομολογία του ΔΕΚ.

13. ΔΕΚ απόφαση της 1-7-2008, υπόθεση C-49/07, *Μοτοσυκλετιστική Ομοσπονδία Ελλάδος ΝΠΔ (ΜΟΤΟΕ)* κατά Ελληνικού Δημοσίου, σκέψη 25, ΔΕΚ απόφαση της 24ης Οκτωβρίου 2002, C-82/01 P, *Aéroports de Paris* κατά Επιτροπής, Συλλογή 2002, σ. I-9297, σκέψη 74.

14. Βλ. περί αυτού Κ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των διοικητικών συμβάσεων, 2006.

15. Μ.Θ. Μαρίνος, ΘΠΔΔ 2011, σ. 4, ο οποίος σημειώνει ότι οι προσπάθειες της θεωρίας να διακρίνουν μεταξύ πραγματικού, αποτελεσματικού και ανόθευτου ανταγωνισμού δεν έχουν τελεσφορήσει. Βλ. για την αρχή της ελευθερίας του ανταγωνισμού στο εθνικό και κοινοτικό δίκαιο και Α. Τάχο, Λατομεία μαρμάρων ΟΤΑ - Ελευθερία ανταγωνισμού - Δημοπρασίας όροι και αποτελέσματα - Αρχή του εφικτού και του ανέφικτου - Εκ νέου κίνηση της διαδικασίας εκμετάλλευσης - Δυνατότητα απευθείας ανάθεσης, Γνμδ. Διδικ 1999, σ. 261 επ.

ανταγωνισμός δεν μπορεί να υπάρξει παρά μόνο εφόσον είναι οργανωμένος, διασφαλισμένος και ελεγχόμενος από τις δημόσιες αρχές¹⁶. Εν προκειμένω, ο ανταγωνισμός είναι πιο τυποποιημένος και επιβάλλεται με μεγαλύτερη αυστηρότητα. Όταν το κράτος και οι φορείς του έχουν ανάγκη έργων, υπηρεσιών, ή προμηθειών, συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις, δηλαδή συμφωνίες που υπόκεινται σε ένα ειδικό νομικό καθεστώς, το οποίο εκτός από τη διασφάλιση του ελεύθερου ανταγωνισμού, έχει ως στόχο και τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό, δυνάμει του οποίου το κράτος και οι φορείς του θα προμηθευτούν τα απαιτούμενα αγαθά ή τις απαιτούμενες υπηρεσίες με το μικρότερο δυνατό κόστος. Συνεπώς, οι ανταγωνιστικές διαφανείς αγορές δημοσίων συμβάσεων βοηθούν τις δημόσιες αρχές να αποκτούν φθηνότερα και καλύτερης ποιότητας αγαθά και υπηρεσίες σε χαμηλότερο κόστος¹⁷.

Όπως έχει κριθεί χαρακτηριστικά από το ΔΕΕ, «ο κύριος σκοπός των κοινωτικών κανόνων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων περιλαμβάνει τον ελεύθερο και ανόθευτο ανταγωνισμό εντός όλων των κρατών μελών»¹⁸. Η εν λόγω δε θεμελιώδης αρχή ισχύει τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής όσο και μεταξύ των συμμετεχουσών σε δημόσιο διαγωνισμό οικονομικών φορέων. Συμπληρώνεται και ενισχύεται από την αρχή της απαγόρευσης των διακρίσεων και την αρχή της διαφάνειας¹⁹. Η τελευταία απορρέει από την αρχή της απαγόρευσης διακρίσεων και της ίσης μεταχείρισης²⁰. Κατά τη νομολογία του ΔΕΕ²¹, «η υποχρέωση τηρήσεως της αρχής της ίσης μεταχείρισεως ισοδυναμεί με την ίδια την ουσία των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, οι οποίες αποσκοπούν ιδίως στην προαγωγή της ανάπτυξεως πραγματικού ανταγωνισμού στους τομείς που εμπíπτουν στα αντίστοιχα πεδία εφαρμογής τους και στις οποίες διαλαμβάνονται κριτήρια συνάψεως των

16. Για τη σχέση μεταξύ των διατάξεων ανταγωνισμού και των διατάξεων δημοσίων συμβάσεων βλ. Χ. Συνοδινό, Αποτελεσματική προστασία στις συμβάσεις του δημοσίου, μέσω των κοινωτικών διατάξεων ανταγωνισμού, ΔΕΕ 1998, σ. 796 επ. (800 επ.).

17. Μ. Οικονόμου, Δημόσιες συμβάσεις και δίκαιο ελεύθερου ανταγωνισμού, 2009, σ. 6, ο ίδιος, Η διαρκής αλληλεπίδραση του δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού και του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ΘΠΔΔ 2009, σ. 1091 επ. (1092).

18. ΔΕΚ της 142-2008, υποθ. C-450/06, Varec, σκ. 34.

19. Η υποχρέωση δημοσίευσης της προκήρυξης αποτελεί «στοιχείο-κλειδί» για τη δημιουργία μιας ενιαίας εσωτερικής αγοράς στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων βλ. Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου, Δημόσιες συμβάσεις και κοινοτικό δίκαιο, 1995, σ. 88, Α. Γέροντας, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, 2009, σ. 264 σημ. 48.

20. Μ.Θ. Μαρίνος, Δίκαιο ανταγωνισμού, δίκαιο δημοσίων διαγωνισμών και προστασία επιχειρηματικών απορρήτων, ΘΠΔΔ 2011, σ. 1 επ. (2).

21. ΔΕΚ της 17.8.2002, υποθ. C-51/99, Concordia Bus, σκ. 81.

συμβάσεων με τα οποία αποσκοπείται η διασφάλιση ενός τέτοιου ανταγωνισμού».

Ο ελεύθερος και πραγματικός ανταγωνισμός νοθεύεται ή και αναιρείται στις περιπτώσεις υιοθέτησης κοινής στάσης από τους ανταγωνιστές οικονομικούς φορείς, όπως λ.χ. συμβαίνει στην περίπτωση της συνεννόησης μεταξύ των συμμετεχουσών σε διαγωνισμό εργοληπτικών επιχειρήσεων προς αποφυγή πραγματικού συναγωνισμού²², ή στην περίπτωση του προκαθορισμού των τιμών προσφοράς ή της κατανομής της αγοράς. Πρόκειται για μορφή οριζόντιας συμφωνίας ή εναρμονισμένης πρακτικής, με σκοπό τον καθορισμό ενιαίας πολιτικής τιμών στις προσφορές ή την προσυνεννόηση των διαγωνιζόμενων επιχειρήσεων με σκοπό την κατανομή των διαφόρων συμβάσεων, όπως λ.χ. επί κατανομής της ανατεθείσας δημόσιας σύμβασης με το νομικό τύπο της υπεργολαβίας²³.

Εξάλλου, η έννοια του πραγματικού ή αποτελεσματικού ανταγωνισμού στο δίκαιο των δημοσίων διαγωνισμών περικλείει αυτονοήτως και την προστασία του μυστικού ανταγωνισμού^{24, 25}. Η αρχή της μυστικότητας των προσφορών λ.χ. μπορεί να καταστρατηγηθεί και στην περίπτωση της ακύρωσης και επανάληψης του διαγωνισμού μετά την αποσφράγιση των προσφορών, αφού η πρώτη μειοδότηρια εταιρία βρίσκεται σε πλεονεκτική θέση και μπορεί να ακακηρυχθεί και πάλι μειοδότηρια σε μια προσφορά, η οποία θα είναι μικρότερη της αρχικής²⁶.

Επίσης, η ως άνω θεμελιώδης αρχή της μυστικότητας των οικονομικών προσφορών, που αποτελεί το θεμέλιο του ελεύθερου ανταγωνισμού, παραβιάζεται από τη συμμετοχή δύο θυγατρικών επιχειρήσεων στον ίδιο διαγωνισμό. Η «μητρική» εταιρία δημιουργεί άνισες συνθήκες ανταγωνισμού υπέρ αυτής, αφού γνωρίζει και τις προσφορές και των άλλων εταιριών και διεκδικεί με μεγαλύτερες πιθανότητες την κατακύρωση του διαγωνισμού σε αυτή²⁷.

Ειδικότερες εκφάνσεις της ίδιας προβληματικής αποτελούν οι περιπτώσεις

22. ΣτΕ 105/2006.

23. Μ.Θ. Μαρίνος, ΘΠΔΔ 2011, σ. 1 επ. (13).

24. Για την αρχή της μυστικότητας των οικονομικών προσφορών που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς βλ. ΣτΕ 843/2010, ΕΑ ΣτΕ 227/2011, 880/2010, 1177/2009.

25. Περί του ότι ο ελεύθερος ανταγωνισμός άλλοτε επιβάλλει τη διαφάνεια στις οικονομικές σχέσεις, προκειμένου η αγορά να παραμένει ανοικτή, και άλλοτε απαιτεί ένα βαθμό αδιαφάνειας ώστε να διασφαλίζεται η αυτόνομη δράση των ανταγωνιστών βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, Προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού και διαφάνεια: όρια ή σκοποί του κρατικού παρεμβατισμού, ΕφημΔΔ 2006, σ. 758 επ. (762).

26. Α. Γέροντας, ό.π., σ. 353.

27. Α. Γέροντας, ό.π., σ. 352.

συμμετοχής στην ίδια διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης οικονομικών φορέων που ο ένας συμμετέχει στο εταιρικό ή μετοχικό κεφάλαιο του άλλου. Από τη συμμετοχή αυτή ανακύπτει το ενδεχόμενο νόθευσης του ανταγωνισμού, διότι αναπόφευκτα δημιουργούνται δικαιολογημένες υποψίες ότι δεν υπάρχει ειλικρινής ανταγωνιστική πρόθεση των εμπλεκόμενων στη σχέση αυτή φορέων, ή αντίστροφα ότι υφίσταται εναρμονισμένη πρακτική για την αποφυγή του πραγματικού ανταγωνισμού, ενώ τίθεται και ζήτημα παραβίασης της μυστικότητας των προσφορών²⁸. Οι περιπτώσεις αυτές, οι οποίες στο πλαίσιο της εθνικής νομοθεσίας αντιμετωπίζονται υπό το πρίσμα των οικείων διατάξεων (βλ. άρθρ. 73 παρ. 4 στοιχ. γ' η' του ν. 4412/2016), που ορίζουν τις συνέπειες αν υπάρχουν υπόνοιες συμπαιγνίας μεταξύ των διαγωνιζόμενων, μπορεί υπό προϋποθέσεις να οδηγήσουν στον αποκλεισμό των εν λόγω φορέων από τον διαγωνισμό²⁹.

Η αρχή του ανταγωνισμού στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων τυγχάνει θεσμικής εγγύησης και αναπτύσσει οριζόντια και κάθετη λειτουργία. Δηλαδή, δεν αναπτύσσει λειτουργία μόνον έναντι της μελλοντικά αντισυμβαλλόμενης πλευράς, ήτοι των συμμετεχουσών σε δημόσιο διαγωνισμό επιχειρήσεων (κάθετη λειτουργία), οι οποίες πρέπει να αναπτύσσουν έναν παράλληλο ανταγωνισμό ως προς την επιθυμία εφοδιασμού, αλλά και μεταξύ περισσότερων αναθετουσών αρχών και συμμετεχουσών επιχειρήσεων (οριζόντια λειτουργία), υποτάσσοντας την εν γένει δημόσια δράση στο τομέα αυτό στην αρχή του ανταγωνισμού³⁰.

Πάντως, τόσο το εθνικό, όσο και το ενωσιακό δίκαιο του ανταγωνισμού³¹ δεν καθιερώνουν ένα ορισμένο ιδανικό ανταγωνισμό ούτε επιβάλλουν μια ορισμένη προσέγγιση, αλλά επιδιώκουν τη δημιουργία και διατήρηση ενός συστήματος της αγοράς, που διακρίνεται από την καταπολέμηση περιορισμών του ανταγωνισμού. Πράγματι, όπως παρατηρείται³², η πάγια νομολογία του ΔΕΕ³³ ανακηρύσσει τον

28. Βλ. *Χ. Μητκίδη*, παρατηρήσεις στην ΕΑ ΣτΕ 1053/2009, ΘΠΔΔ 2010, σ. 1098 επ.

29. Βλ. ΔΕΚ της 19-5-2009, υπόθεση C-538/07, *Assitur*. Για το παραδεκτό της προβολής σχετικού λόγου στην δίκη των ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010 βλ. ΕΑ ΣτΕ 1053/2009, ΘΠΔΔ 2010, σ. 1096.

30. Βλ. *Μ.Θ. Μαρίνο*, Δίκαιο ανταγωνισμού, δίκαιο δημοσίων διαγωνισμών και προστασία επιχειρηματικών απορρήτων, ΘΠΔΔ 2011, σ. 1 επ. (2), *Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου*, Η μεταρρύθμιση της κοινοτικής νομοθεσίας για τις δημόσιες συμβάσεις, ΔησΚΕ 2004, σ. 32.

31. Βλ. για τη σχέση μεταξύ των δύο δικαίων του ανταγωνισμού *Δ. Κουτσούκη*, Η σχέση μεταξύ κοινοτικού και εθνικού δικαίου στον τομέα του ανταγωνισμού, ΕΕΕυρΔ 1984, σ. 513 επ.

32. *Μ.Θ. Μαρίνος*, ΘΠΔΔ 2011, σ. 5.

33. Βλ. ΔΕΚ υποθ. C-247/0, 27.10.2004 *Sintesi* σκέψη 35, ΔΕΚ αποφ. C-27/98, *Fracasso* και *Leitschutz*, 16-9-1999, Συλλογή σ. I-5697, σκέψη 26, ΔΕΚ C-285/99 και C-286/99, *Lombardini* και

ανταγωνισμού
δημοσίων
συμβάσεων

Μορφή
κών υγιεινών
λειακά
ακριβής
σεων επ
εγγυηθε
προστα

Όπ
κής δευ
και των
και 201
γωνισμ
μελών»
Interun
«στους
το άνοι
μενους
λύτερο
συναφ
συναρ
ελεύθε
της ιδι

Mantov

34

νόνων

συμβά

35

Arrows

Works

36

37

Mare

38

ανταγωνισμό ως βασικό σκοπό της δευτερογενούς ρύθμισης μέσω οδηγιών των δημοσίων συμβάσεων και μάλιστα χειραφετημένο από τη σύνδεση των δημοσίων συμβάσεων με τις βασικές ελευθερίες.

Μολονότι δεν συνιστά τον αποκλειστικό του σκοπό, η εγκαθίδρυση συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού στη σύναψη δημοσίων συμβάσεων απορρέει νομοτελειακά από τη βούληση προστασίας των δημοσίων κεφαλαίων. Πέραν τούτου, είναι ακριβής η διαπίστωση ότι, στο ενωσιακό δίκαιο, το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων επιβάλλει τον ανταγωνισμό στις αναθέτουσες αρχές³⁴ περισσότερο για να εγγυηθεί την ελεύθερη πρόσβαση στις επιχειρήσεις σε αυτή την αγορά παρά για να προστατεύσει τους αγοραστές ή για να εγγυηθεί την ποιότητα της επιλογής τους³⁵.

Όπως δε παγίως τονίζεται από την κοινοτική νομολογία, στόχος της σχετικής δευτερογενούς νομοθεσίας, δηλαδή των οδηγιών 2004/18 και 2004/17 (όπως και των προγενεστέρων οδηγιών και τώρα των νέων οδηγιών 2014/23, 2014/24, και 2014/25), είναι η προώθηση του «πραγματικού» ή «αποτελεσματικού» ανταγωνισμού ή του «ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού εντός όλων των κρατών μελών»³⁶. Χαρακτηριστική είναι εν προκειμένω η απόφαση Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) του ΔΕΚ³⁷, κατά την οποία: «στους σκοπούς της κοινοτικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων εντάσσεται το άνοιγμα στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, ενώ συνάδει προς τους επιδιωκόμενους από το κοινοτικό δίκαιο σκοπούς η διασφάλιση της συμμετοχής του μεγαλύτερου δυνατού αριθμού επιχειρήσεων στους δημόσιους διαγωνισμούς³⁸. Πρέπει συναφώς να προστεθεί ότι το άνοιγμα στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό δεν συναρτάται μόνο με τη διασφάλιση του κοινοτικού συμφέροντος στον τομέα της ελεύθερης κυκλοφορίας προϊόντων και υπηρεσιών, αλλά εξίσου με το συμφέρον της ίδιας της αναθέτουσας αρχής, η οποία διαθέτει με τον τρόπο αυτόν ευρεία δυ-

Mantovani, 27-11-2001, Συλλογή 2001, σ. I-9233, σκ. 34.

34. Περί του ότι στο ενωσιακό δίκαιο, όπως και στο εθνικό, η υποχρέωση τήρησης των κανόνων του ανταγωνισμού βαρύνει καταρχήν την αναθέτουσα αρχή βλ. *Μ. Οικονόμου*, Δημόσιες συμβάσεις και δίκαιο ελεύθερου ανταγωνισμού, 2009, σ. 15.

35. *Μ. Οικονόμου*, Δημόσιες συμβάσεις και δίκαιο ελεύθερου ανταγωνισμού, 2009, σ. 15, *S. Arrowsmith*, The legality of Secondary Procurement Policies under the Treaty of Rome and the Works Directive, *Public Procurement Law Review* 1992, p. 410.

36. ΔΕΚ της 11-1-2005, υποθ. C-26/03, Stadt Halle.

37. ΔΕΚ της 23-12-2009, C-305/08, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa), σκ. 37.

38. ΔΕΚ απόφαση της 19ης Μαΐου 2009, C-538/07, Assitur, σκέψη 26.

νατότητα επιλογής σε σχέση με την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως και πλέον αρμόζουσα προς τις καθορισθείσες ανάγκες προσφορά»³⁹.

Η αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων συνεπάγεται, μεταξύ άλλων, τα εξής:

i. έχει την έννοια ότι τα κριτήρια συμμετοχής σε διαγωνισμό, μειοδοτικό ή πλειοδοτικό, και επιλογής του αναδόχου πρέπει να έχουν τα εξής βασικά γνωρίσματα⁴⁰: α. Να είναι αμερόληπτα, δηλαδή ίσα για όλους, β. Να είναι σαφή και γ. Να είναι εφικτά, δηλαδή πραγματικά ή πραγματοποιήσιμα. Η μη συνδρομή των εν λόγω χαρακτηριστικών στοιχείων σωρευτικά συνεφέλκει έννομες συνέπειες τόσο στο πλαίσιο του ιδιωτικού όσο και του δημοσίου δικαίου⁴¹.

ii. την απαγόρευση ορισμένων συμπεριφορών της αναθέτουσας αρχής και των διαγωνιζόμενων, όπως⁴²: α) την κατά παράβαση των κειμένων διατάξεων αποφυγή ενός δημοσίου διαγωνισμού β) τη διαμόρφωση της διαγωνιστικής διαδικασίας κατά τρόπο που να αποκλείονται εκ των πραγμάτων νεοειδρυθείσες επιχειρήσεις ανταγωνιστές στη σχετική αγορά προϊόντων-υπηρεσιών (newcomers) χωρίς αντικειμενικό λόγο, γ) τη διαμόρφωση των τεχνικών προδιαγραφών κατά τέτοιο τρόπο, ώστε να περιορίζεται δραστικά η συμμετοχή ανταγωνιστικών επιχειρήσεων ή να επικεντρώνεται η ζήτηση σε μια και μόνον ή σε μερικές κατά αδικαιολόγητο αποκλεισμό των άλλων, δ) πρακτικές εύννοιες προς τις συμμετέχουσες στον διαγωνισμό επιχειρήσεις, όπως η επιλεκτική προώθηση πληροφοριών ή αποκλίσεις στη διαγωνιστική διαδικασία υπέρ ορισμένου υποψηφίου φορέα, ε) προσφορές που συνιστούν απαγορευμένη σύμπραξη (συμπαιγνία, phantom binding», »rings», »ries» ή kippers»), στ) συμπράξεις μεταξύ των συμμετεχόντων με αντικείμενο την ανταλλαγή πληροφοριών ή τη συμμετοχή στο δημόσιο διαγωνισμό, όπως λ.χ. συμφωνία μεταξύ αυτών με την οποία μερίζεται η αγορά ή συμφωνείται μια «εναλλαγή» (rotation) στην υποβολή προσφορών, ή η υποβολή εικονικών προσφορών που

39. Βλ. υπό την έννοια αυτή, σχετικά με τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, ΔΕΚ απόφαση της 15ης Μαΐου 2008, C-147/06 και C-148/06, SECAP και Santorso, Συλλογή 2008, σ. I-3565, σκέψη 29.

40. Βλ. Α. Τάχο, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, 2003, σ. 681, τον ίδιο, Λατομεία μαρμάρων ΟΤΑ - Ελευθερία ανταγωνισμού - Δημοπρασίας όροι και αποτελέσματα - Αρχή του εφικτού και του ανέφικτου - Εκ νέου κίνηση της διαδικασίας εκμετάλλευσης - Δυνατότητα απευθείας ανάθεσης, Γνμδ. Διδικ 1999, σ. 261 επ. (265), Α. Γέροντα, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, 2009, σ. 347 επ.

41. Α. Γέροντας, ό.π., σ. 348.

42. Βλ. εκτενώς Μ.Θ. Μαρίνο, ΘΠΔΔ 2011, σ. 6 επ., Α. Γέροντα, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2009, σ. 348 επ. (ιδίως σ. 351 επ.), Κ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των διοικητικών συμβάσεων, 2006, σ. 311 επ.

εξασφαλίζει στα μέρη της σύμπραξης έσοδα από την καρτελική αυτή συμπεριφορά, χωρίς να ενδιαφέρει η κατακύρωση του διαγωνισμού (phantom binding), ζ) γενικότερα απαγορεύονται συμφωνίες που νοθεύουν τον ανταγωνισμό μέσω του τεχνητού περιορισμού των συμμετεχόντων στον συγκεκριμένο δημόσιο διαγωνισμό ή συμφωνίες που περιορίζουν το περιεχόμενο των προσφορών μέσω προσβολής του μυστικού ανταγωνισμού, λ.χ. συμφωνίες ανταλλαγής των τεχνικών και οικονομικών στοιχείων ενός διαγωνισμού με αποτέλεσμα την υποβολή εικονικών προσφορών.

Η νομολογία των εθνικών δικαστηρίων εξετάζει με ιδιαίτερη αυστηρότητα την εφαρμογή των αρχών του ανταγωνισμού στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Έτσι, κρίθηκε ότι όροι της διακήρυξης, σύμφωνα με τους οποίους απαιτείται η προσκόμιση καταλόγου αιμοδοσιών, στις οποίες εχρησιμοποιούντο τα υπό προμήθεια προϊόντα, και πελατολογίου παραβιάζουν τις σχετικές διατάξεις του ΠΔ 60/2007, του ΠΔ 118/2007 και της ενωσιακής νομοθεσίας, δοθέντος ότι έχουν ως αποτέλεσμα να αποκλείεται η συμμετοχή στη διαδικασία διαγωνιζόμενων, οι οποίοι πρόσφεραν προϊόν που συμφωνούσε με τις τεχνικές προδιαγραφές, πλην όμως δεν διέθεταν ακόμη πελατολόγιο⁴³.

2. Η ελεύθερη παροχή υπηρεσιών και η ελευθερία εγκατάστασης

Οι υπηρεσίες αποτελούν την κινητήρια δύναμη της οικονομικής ανάπτυξης στην Ευρωπαϊκή Ένωση, γιατί αντιστοιχούν στο 70% του ακαθάριστου εγχώριου προϊόντος και των θέσεων εργασίας στα περισσότερα κράτη μέλη. Αποτελούν, επομένως, σημαντικό στοιχείο της εύρυθμης λειτουργίας της εσωτερικής αγοράς. Η διαχρονική εξέλιξη της οικονομικής ζωής καταδεικνύει ότι σταδιακά ο τριτογενής τομέας απέκτησε ολοένα και περισσότερη βαρύτητα, με συνέπεια η ελεύθερη παροχή υπηρεσιών να έχει εξίσου μεγάλη σημασία με την ελεύθερη κυκλοφορία εμπορευμάτων.

Ειδικά στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, η ελευθερία εγκατάστασης (άρθρ. 49 επ. ΣυνθΛΕΕ, πρώην άρθρ. 43 ΣΕΚ) και η ελευθερία παροχής υπηρεσιών (άρθρ. 56 επ. ΣυνθΛΕΕ, πρώην άρθρ. 49 ΣΕΚ), αποτελούν τις βασικές αρχές, στις οποίες στηρίζεται η προστασία των συμφερόντων των εγκατατεστημένων σε κράτος μέλος επιχειρηματιών, οι οποίοι επιθυμούν να παραδώσουν αγαθά, ή να παράσχουν υπηρεσίες στις αναθέτουσες αρχές που είναι εγκατεστημένες σε άλλο κράτος μέλος⁴⁴. Κατά την πάγια νομολογία του ΔΕΚ, ο συντονισμός των εθνικών νομοθε-

43. ΕΣ 3057/2014.

44. Πρβλ. Α. Γέροντα, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, 2009, σ. 373.

Υ. ΟΙ ΓΕΝΙΚΕΣ ΑΡΧΕΣ ΠΟΥ ΔΙΕΠΟΥΝ ΤΟ ΔΙΚΑΙΟ ΤΩΝ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Α. Η αρχή της υποχρεωτικής δημοσιότητας και της διαφάνειας

Η αρχή της διαφάνειας¹ συναντάται στο πλέγμα των διατάξεων εκείνων που αφορούν τη διαδικασία ανάθεσης και σύναψης δημοσίων συμβάσεων, ως απόρροια της αρχής της ίσης μεταχείρισης², που αξιώνει τη διασφάλιση της ισότητας των προσφερόντων, και η οποία αποτελεί θεμελιώδη αρχή στο συνολικό πλαίσιο των κανόνων δικαίου που διέπει το καθεστώς της ανάθεσης των εν λόγω συμβάσεων, σύμφωνα με το δικαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης και τα δίκαια των κρατών μελών της³.

Η αρχή της διαφάνειας αποτελεί τη βάση των οδηγιών δημοσίων συμβάσεων, προκειμένου να καθίσταται δυνατός ο έλεγχος της τήρησης αυτής^{4, 5}. Έχει δε την έννοια της υποχρέωσης της αναθέτουσας αρχής⁶ προς διασφάλιση, υπέρ όλων των εν-

1. Η εννοιολογική διαδρομή και οι στόχοι της διαφάνειας δεν εξαντλούνται στη διασφάλιση της πρόσβασης των πολιτών στην πληροφορία, αλλά αφορούν τη δημοκρατική λειτουργία των πολιτειακών θεσμών, δηλαδή το ίδιο το δημοκρατικό πρόσωπο της κρατικής εξουσίας βλ. εκτενώς για την αρχή της διαφάνειας Δ. Ράικο, Δημόσια Διοίκηση και Διαφθορά. Από την οπτική του διοικητικού δικαίου, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2006, σ. 244 επ., 417 επ., 491 επ. Πρβλ. Ε. Τροβά, Η καταπολέμηση της διαφθοράς και της απάτης στο κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, ΘΠΔΔ 2008, σ. 1182 επ. (1192).

2. Δ. Ράικο, Δημόσια Διοίκηση και Διαφθορά, ό.π., σ. 491. Ε. Τροβά, Εξουσίες και Διαφάνεια, σ. 51, Α. Γέροντας, Ο προληπτικός έλεγχος των δημοσίων συμβάσεων από το Ελεγκτικό Συνέδριο, ό.π., σ. 76 επ.

3. Περισσότερα για την αρχή της διαφάνειας στο χώρο αυτό βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, Η αδιαφάνεια που απαιτεί ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός στο κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, Βιβλιοθήκη Νομικής Θεωρίας και Πράξης, 2003, Κ. Ρέμελη, ό.π., σ. 8, S. Arrowsmith, EU public procurement law: An introduction, Asia Interuniversity Network, 2011, p. 79 ff.

4. Βλ. ΔΕΚ, υπόθεση C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, της 7ης Δεκεμβρίου 2000.

5. Κριτική για την έκταση εφαρμογής της αρχής της διαφάνειας στις δημόσιες συμβάσεις βλ. σε S. Arrowsmith, ό.π., p. 82-83, που θεωρεί ότι η νομολογία του ΔΕΚ, όπως αυτή εκφράσθηκε στη υπόθεση Telaustria, υπερβαίνει τα όρια της αποδεκτής δικαστικής ερμηνείας και ουσιαστικά συνιστά άσκηση νομοθετικής εξουσίας από το Δικαστήριο, ενώ, περαιτέρω, δημιουργεί κλίμα αβεβαιότητας στους προσφέροντες οικονομικούς φορείς και περιορίζει ανεπίτρεπτα την ελευθερία των αναθετουσών αρχών να εξασφαλίζουν την καλύτερη δυνατή σχέση τιμής και ποιότητας των προσφερόμενων αγαθών και υπηρεσιών.

6. Βλ. S. Arrowsmith, Eu public procurement law: An introduction, Asia Interuniversity

δεχόμενων αναδόχων, προσήκοντος βαθμού δημοσιότητας που να καθιστά δυνατό το άνοιγμα της αγοράς δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό –προτίμηση διαδικασιών ανάθεσης με δομή και όρους που ευνοούν την ευρεία συμμετοχή και τον γνήσιο ανταγωνισμό και χρήση σαφών κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και ανάθεσης–, καθώς και τον έλεγχο του αμερόληπτου χαρακτήρα των διαδικασιών διαγωνισμού –ύπαρξη αποτελεσματικών και ταχέων ενδίκων βοηθημάτων κατά των αποφάσεων που παραβιάζουν το ενωσιακό δίκαιο στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων–.

Η διοικητική διαφάνεια, ως μορφή ενσωμάτωσης της αρχής της «φανεράς διοικήσεως», έρχεται για να ανατρέψει μια μακρόχρονη παράδοση μυστικής δράσης της διοίκησης προσδίδοντας δημοκρατικό χαρακτήρα στη δράση της⁷. Ειδικά μάλιστα στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, η λήψη πρόσθετων μέτρων διαφάνειας, χάριν της προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού και του δημοσίου συμφέροντος, όπως είναι λ.χ. η θέσπιση ποικίλων κανόνων δημοσιότητας, η παρουσία των ενδιαφερόμενων στο άνοιγμα των προσφορών κ.λπ., έρχεται να καλύψει τα κενά και τις ολέςτριες συνέπειες της αρχικής αντίληψης ότι τα ήδη υφιστάμενα νομοθετικά μέτρα για τη διασφάλιση της ελεύθερης οικονομίας και του ανταγωνισμού, ήταν αρκετά για να αντιμετωπισθεί η απειλή από τη διαφθορά⁸ στον οικείο τομέα διοικητικής δράσης. Συνεπώς, η διαφάνεια στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων συνιστά θεμελιώδη κανόνα του ενωσιακού δικαίου και αφορά κατά βάση τη διαδικαστική ορατότητα⁹. Το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων είναι ένα δίκαιο λεπτομερές και σχολαστικό, για το λόγο ότι μόνον οι ενδεδειγμένοι κανόνες και οι συγκεκριμένες διαδικασίες στο πλαίσιο ενός «κωδικοποιημένου» διαδικαστικού δικαίου είναι αυτά που δεσμεύουν και καθοδηγούν το δημόσιο ανταγωνισμό για την προμήθεια αγαθών και υπηρεσιών, αποτρέποντας παρεκκλίσεις από την αρχή της νομιμότητας¹⁰.

Network, 2011, p. 83.

7. Πρβλ. *Ε. Τροβά*, Το Ελεγκτικό Συνέδριο και η διασφάλιση της διαφάνειας στις δημόσιες συμβάσεις, σε: Τιμ. τόμ. Ελεγκτικού Συνεδρίου, 2004, σ. 955 επ. (957), *η ίδια*, Εξουσίες και Διαφάνεια, σ. 49 επ.

8. Για τη σημασία της διαφάνειας στη διαδικασία σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, στο πλαίσιο αντιμετώπισης της διαφθοράς στη Δημόσια Διοίκηση πρβλ. και Global Programme Against Corruption, Anti-Corruption Tool Kit, United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention, CICP-15, Volume 1, November 2002, p. 120 ff.

9. *Ε. Τροβά*, Η καταπολέμηση της διαφθοράς και της απάτης στο κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, ΘΠΔΔ 2008, σ. 1182 επ. (1192).

10. *Μ. Οικονόμου*, Δημόσιες Συμβάσεις και Δίκαιο Ελεύθερου Ανταγωνισμού, 2009, σ. 109, ο οποίος σημειώνει και τα προβλήματα που δημιουργεί η πολυπλοκότητα του δικαίου των δημοσίων

Σύμφωνο
χάνει εφαρ
στάδιο της
περί τούτο
ισών ευκα

Η διαφάνεια
ποιότητα
προσφέρει
αγοράς κα
βελτιωθού
διαφάνεια
γωνισμού
σημία στη
αφενός, ν
τη συνήθη
περιεχόμε
ίδιο τρόπο
αρχής απ
κρίνονται
χρέωση τ
ίδια ερμη
τέλος κα
κατά τρό

συμβάσεων

11. Δ

12. Β

σύναψη τη
να ευθυγρ
με τις δικέ

13. Π

λεια βλ. Δ
σ. I-14527

14. Δ

των Κάτω
Succhi di
JULIANE

15. Δ

Σύμφωνα με τη νομολογία του ΔΕΕ¹¹ η αρχή της διαφάνειας πρέπει να τυγχάνει εφαρμογής σε όλα τα στάδια της οικείας διαδικασίας ανάθεσης, ιδίως δε στο στάδιο της επιλογής των υποψηφίων ακόμη και αν δεν υπάρχει σχετική πρόβλεψη περί τούτου, ώστε να καθίσταται δυνατή η πραγμάτωση της αρχής της παροχής ίσων ευκαιριών στους υποβάλλοντες προσφορά.

Η διαφάνεια είναι κομβικής σημασίας κατά το προσυμβατικό στάδιο, επειδή η ποιότητα των προσφορών αγαθών και υπηρεσιών είναι ουσιαστικά σχετική και οι προσφέρουσες επιχειρήσεις πρέπει να έχουν τη δυνατότητα σαφούς θεώρησης της αγοράς και των δυνατοτήτων προσφοράς των ανταγωνιστών τους, έτσι ώστε να βελτιωθούν και να παρουσιάσουν την βέλτιστη δυνατή προσφορά¹². Η αρχή της διαφάνειας συνεπάγεται ότι όλοι οι όροι και οι λεπτομέρειες διεξαγωγής του διαγωνισμού πρέπει να είναι διατυπωμένοι με σαφήνεια, με ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στα λοιπά τεύχη δημοπράτησης, ώστε, αφενός, να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους¹³ τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των εν λόγω όρων και λεπτομερειών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των διαγωνιζομένων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση¹⁴. Θεμελιώνει δε υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής από την αρχή της διαφάνειας να ακολουθεί την ίδια ερμηνεία των κριτηρίων ανάθεσης καθόλη τη διάρκεια της διαδικασίας και τέλος κατά την αξιολόγηση των προσφορών τα κριτήρια αυτά να εφαρμόζονται κατά τρόπο αντικειμενικό και ενιαίο για όλους τους προσφέροντες¹⁵.

συμβάσεων (σ. 111).

11. ΔΕΚ C-324/98 Telaustria Verlags GmbH, 7 December 2000.

12. Βλ. και Μ. Οικονόμου, ό.π., σ. 171, που σημειώνει, ωστόσο, ότι η διαφάνεια πριν από τη σύναψη της δημόσιας σύμβασης ενδεχόμενα να είναι ζημιογόνος, αφού προκαλεί τις επιχειρήσεις να ευθυγραμμιστούν με τους ανταγωνιστές τους αντί του να παρουσιάσουν μια προσφορά συμβατή με τις δικές τους δυνατότητες.

13. Για το κριτήριο του μέσου διαγωνιζομένου με την αντίστοιχη εμπειρία και τη συνήθη επιμέλεια βλ. ΔΕΚ αποφάσεις της 4ης Δεκεμβρίου 2003, C-448/01, EVN και Wienstrom, Συλλογή 2003, σ. I-14527, σκέψη 57, και ΔΕΚ Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111.

14. ΔΕΕ απόφαση της 10-5-2012, υπόθεση C-368/10, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, σκ. 109, ΔΕΚ απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I-3801, σκέψη 111. Βλ. και Προτάσεις της γενικής εισαγγελέα JULIANE KOKOTT της 15ης Δεκεμβρίου 2011 στην υπόθεση C-368/10 σημ. 144.

15. ΔΕΚ απόφαση της 18-10-2001, υπόθεση C-19/2000, SIAC Construction. Βλ. Ι. Παπαθεο-

Η αρχή της διαφάνειας συνδέεται και με το αμερόληπτο της διεξαγωγής της σχετικής διαγωνιστικής διαδικασίας στις δημόσιες συμβάσεις, όπως τονίζεται στη νομολογία του ΔΕΕ με τη χαρακτηριστική διατύπωση των αποφάσεων, κατά την οποία η υποχρέωση διαφάνειας, την οποία οφείλουν να τηρούν οι δημόσιες αρχές που συνάπτουν δημόσια σύμβαση, συνεπάγεται τη διασφάλιση, υπέρ όλων των πιθανών αναδόχων, προσήκοντος βαθμού δημοσιότητας που να καθιστά δυνατό το άνοιγμα στον ανταγωνισμό του τομέα δημοσίων συμβάσεων καθώς και τον έλεγχο της αμερόληπτης διεξαγωγής των διαδικασιών ανάθεσης¹⁶. Συνακόλουθα, η υποχρέωση διαφάνειας έχει κατ' ουσίαν ως σκοπό να αποκλείει τον κίνδυνο ευνοιοκρατίας και αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής¹⁷.

Το Δικαστήριο συνδέει την αρχή της διαφάνειας και με την αρχή της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων¹⁸: «Οι αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των δυσμενών διακρίσεων λόγω ιθαγένειας συνεπάγονται, μεταξύ άλλων, υποχρέωση διαφάνειας επιτρέπουσα στην παραχωρούσα αρχή τον έλεγχο της διασφάλισης των αρχών αυτών. Η υποχρέωση αυτή διαφάνειας, η τήρηση της οποίας απόκειται στην εν λόγω αρχή, συνίσταται στη διασφάλιση, υπέρ όλων των πιθανών αναδόχων, προσήκοντος βαθμού δημοσιότητας που να καθιστά δυνατό το άνοιγμα της αγοράς υπηρεσιών στον ανταγωνισμό, καθώς και τον έλεγχο του αμερόληπτου χαρακτήρα των διαδικασιών διαγωνισμού».

Η διαφάνεια, με την έννοια της δημοσιότητας, σκοπεί στο άνοιγμα της ανταγωνιστικής διαδικασίας δημοσίων συμβάσεων σε κατά το δυνατόν περισσότερους ανταγωνιστές¹⁹. Υπό το πρίσμα αυτό, η διαφάνεια προβάλλει ως η πρώτη προϋπόθεση της ύπαρξης υγιούς ανταγωνισμού και είναι τόσο ουσιώδης όσο και η έννοια του ανταγωνισμού²⁰. Για το λόγο αυτό, αφορά όλους τους ουσιώδεις όρους της διαγωνιστικής διαδικασίας της δημόσιας σύμβασης²¹, δηλαδή δεν αφορά μόνο τη

δώρου, ΘΠΔΔ 2008, σ. 1173.

16. Βλ. ΔΕΚ απόφαση της 13-4-2010, Wall AG, υπόθεση C-91/08, και ΔΕΚ αποφάσεις Telaustria και Telefonadress, σκέψεις 60 έως 62, Parking Brixen, σκέψεις 46 έως 49.

17. Βλ. ΔΕΚ απόφαση της 29-3-2012, C-599/10, σκέψη 25, ΔΕΚ απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I-3801, σκέψη 111.

18. ΔΕΚ απόφαση της 13-10-2005, C-458/03, Parking Brixen, σκέψη 49. Πρβλ. και υποθέσεις Telaustria και Telefonadress, σκέψεις 61 και 62.

19. Βλ. Μ.Θ. Μαρίνο, Δίκαιο ανταγωνισμού, δίκαιο δημοσίων διαγωνισμών και προστασία επιχειρηματικών απορρήτων, ΘΠΔΔ 2011, σ. 1 επ. (2), που αναφέρεται σε μια ιεραρχική σχέση ανάμεσα στην αρχή της διαφάνειας και την αρχή του ανταγωνισμού.

20. Μ. Οικονόμου, Δημόσιες Συμβάσεις και Δίκαιο Ελεύθερου Ανταγωνισμού, 2009, σ. 101.

21. Κ. Καφτάνη, Η αρχή της τυπικότητας στους δημόσιους διαγωνισμούς. Ακραιφνής τυπολα-

δημοσιότητα
την ερμηνεία
φάνειας επ
διαγωνιστ
της διακρί

Η διαφάνεια (post) διαφάνεια
ποίηση το
ορθή χρή
όσο το δυ
αντίθεση
κενά τεκμ
τα των δια
νόμενος ν

Η νομολογία κατέχει η
συμβάσεων
διαγωνισ
τη διακρί
οποία αυ
σε άλλου
μένου δια
αυτά τα
ασφαλισ
διαγωνισ
μετέχοντ
από αυτό

Μάλλον κανονισ

τρία ή αν
22. Ε
23. Μ
ρηματικώ
24. Γ
25. Ε
αυτό της

δημοσιότητα των όρων της διακήρυξης, αλλά καταλαμβάνει επίσης τη διατύπωση, την ερμηνεία και την εφαρμογή τους. Έτσι, η αρχή της δημοσιότητας και της διαφάνειας επιβάλλουν σαφή και ακριβή μνεία των ελάχιστων όρων συμμετοχής στη διαγωνιστική διαδικασία στη ίδια τη διακήρυξη, χωρίς να αρκεί η παραπομπή μέσω της διακήρυξης σε διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας²².

Η διαφάνεια διακρίνεται σε εκ των προτέρων (ex ante) και των υστέρων (ex post) διαφάνεια. Η εκ των προτέρων διαφάνεια (ex ante) καλύπτει την δημοσιοποίηση του διαγωνισμού και την εισαγωγική διαδικασία. Σε αυτήν υπάγεται και η ορθή χρήση των μέσων ενημέρωσης. Έχει ως σκοπό να διευκολύνει τη συμμετοχή όσο το δυνατόν περισσότερων διαγωνιζομένων στη διαγωνιστική διαδικασία. Σε αντίθεση με αυτή, η εκ των υστέρων (ex post) διαφάνεια συνέχεται με την χωρίς κενά τεκμηρίωση της διαδικασίας. Από αυτήν απορρέει μεταξύ άλλων η δυνατότητα των διαγωνιζομένων να έχουν πρόσβαση σε έγγραφα, ώστε να ασκηθεί ο επιγενόμενος νομικός έλεγχος λόγω νομικών ελαττωμάτων στη διαδικασία²³.

Η νομολογία των εθνικών δικαστηρίων επιβεβαιώνει την κεντρική θέση που κατέχει η αρχή της δημοσιότητας και της διαφάνειας κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων. Έτσι, το Συμβούλιο της Επικρατείας έχει επανειλημμένα κρίνει ότι, οι διαγωνιζόμενοι έχουν υποχρέωση να προσκομίσουν μόνον τα απαιτούμενα από τη διακήρυξη πιστοποιητικά, ή τα πιστοποιητικά που αξιώνει άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητά παραπέμπει, και όχι πιστοποιητικά, τα οποία προβλέπονται μεν σε άλλους νόμους, πλην όμως δεν ζητούνται ρητά από τη διακήρυξη του συγκεκριμένου διαγωνισμού. Οι προσφέροντες έχουν υποχρέωση να προσκομίσουν μόνον αυτά τα δικαιολογητικά ή στοιχεία για την απόδειξη της κρίσιμης ιδιότητας (λ.χ. ασφαλιστική ενημερότητα από το ΤΣΜΕΔΕ ή το ΤΠΕΔΕ) για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό, ενώ οι αναθέτουσες αρχές δεν επιτρέπεται να αιφνιδιάζουν τους συμμετέχοντες υποχρεώνοντάς τους να προσκομίσουν διαφορετικά δικαιολογητικά από αυτά που απαιτεί η διακήρυξη²⁴.

Μάλιστα, κατά τη νομολογία του ανωτάτου διοικητικού δικαστηρίου²⁵, το κανονιστικό πλαίσιο που θέτει η διακήρυξη για τη διεξαγωγή της διαδικασίας του

τρία ή αναγκαίος όρος της ισότητας και της διαφάνειας, ΔιΔικ 2012, σ. 545 επ. (551).

22. ΕΣ απόφαση 294/2010 Τμήμα VI. Βλ. όμως παρακάτω τη νομολογία του ΣτΕ.

23. Μ.Θ. Μαρίνο, Δίκαιο ανταγωνισμού, δίκαιο δημοσίων διαγωνισμών και προστασία επιχειρηματικών απορρήτων, ΘΠΔΔ 2011, σ. 1 επ. (9).

24. Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 384/2015, 382/2015, 53/2011, ΣτΕ 3703/2010, 1616, 1619/2008 κ.α.

25. ΕΑ ΣτΕ 613/2009, 1314/2009, ΣτΕ 1502/2003. Βλ. τις ορθές παρατηρήσεις για το ζήτημα αυτό της Ε. Καφτάνη, ΔιΔικ 2012, σ. 560.

διαγωνισμού ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, δεσμευτικά για την αναθέτουσα αρχή και τους διαγωνιζόμενους, κατισχύει κάθε άλλης διάταξης που ρυθμίζει τα σχετικά ζητήματα με διαφορετικό τρόπο.

Την διαφάνεια εξυπηρετεί στο χώρο του εθνικού δικαίου και η καταχώριση των δημοσίων συμβάσεων στο Κ.Η.ΜΗΣ.

Ειδικότερα, κατά το προϊσχύσαν του ν. 4412/2016 άρθρο 11 παρ. 1 του ν. 4013/2011 οι δημόσιες συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια αγαθών και την παροχή υπηρεσιών, κατά την έννοια των προεδρικών διαταγμάτων 59/2007 (Α' 63) και 60/2007 (Α' 64) (Οδηγίες 2004/17/ΕΚ και 2004/18/ΕΚ αντίστοιχα), οι οποίες, όμως, έχουν προϋπολογισμό ύψους ίσου ή μεγαλύτερου των χιλίων (1.000) ευρώ, καταχωρίζονται υποχρεωτικά στο Μητρώο Ηλεκτρονικής Καταχώρισης Δημοσίων Συμβάσεων, σύμφωνα με τις διατυπώσεις που προβλέπονται στην Π1/2380/2012 (ΦΕΚ Β' 3400) κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομικών, Εθνικής Άμυνας, Εσωτερικών, Διοικητικής Μεταρρύθμισης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης, Ανάπτυξης, Ανταγωνιστικότητας, Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων, Υγείας, Δημόσιας Τάξης και Προστασίας του Πολίτη, Ναυτιλίας και Αιγαίου, που εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότηση της διάταξης της παρ. 5 του άρθρου 11 του ν. 4013/2011. Η σχετική καταχώριση, που αποσκοπεί στην ενίσχυση της διαφάνειας και στην παρακολούθηση της εύρυθμης εκτέλεσης του προϋπολογισμού των δημοσίων φορέων, συνιστά, κατά ρητή νομοθετική πρόβλεψη, αναγκαία προϋπόθεση για την κανονικότητα κάθε δαπάνης, που εντέλλεται να πληρωθεί σε εκτέλεση σχετικών συμβάσεων, κατά την έννοια του άρθρου 26 του ν. 2362/1995. Όσον αφορά, ειδικότερα, στο χρόνο καταχώρισης στο ως άνω Μητρώο, οι δημόσιες συμβάσεις πρέπει να καταχωρούνται σ' αυτό μετά την υπογραφή τους και πάντως σε κάθε περίπτωση πριν από την εκτέλεση της σχετικής δαπάνης, δηλαδή πριν από την εξόφληση του χρηματικού εντάλματος, που εκδίδεται για την πληρωμή του δικαιούχου²⁶.

Ήδη, τα περί δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ διέπονται από το άρθρο 38 του ν. 4412/2016. Σύμφωνα με τις διατάξεις του, το Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων («ΚΗΜΔΗΣ»); που συστάθηκε με το άρθρο 11 του ν. 4013/2011 στο Υπουργείο Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού (Γενική Γραμματεία Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή), έχει ως σκοπό τη συλλογή, την επεξεργασία και τη δημοσιοποίηση στοιχείων αναφορικά με τις δημόσιες συμβάσεις, οι οποίες συνάπτονται γραπτώς, προφορικώς ή με ηλεκτρονικά μέσα από αναθέ-

26. Βλ. πράξη Κλιμ. ΕΣ Τμ. VII 2/13-1-2015, και πράξη 24/2014 Κλιμ. Π.Ε.Δ. στο IV Τμήμα.

τουσες αρχές και ΚΑΑ, εκτιμώμενης αξίας ίσης ή ανώτερης του ποσού των χιλίων (1.000) ευρώ (άνευ ΦΠΑ) και ανεξαρτήτως διαδικασίας ανάθεσης (άρθρο 38 παρ. 1 εδ. α')²⁷.

Κατά τις διατάξεις της παραγράφου 3 του ίδιου άρθρου 38, στο ΚΗΜΔΗΣ καταχωρίζονται από τις αναθέτουσες αρχές και τις ΚΑΑ όλα τα ηλεκτρονικά στοιχεία των ακόλουθων σταδίων για τις δημόσιες συμβάσεις:

α) των πρωτογενών και των εγκεκριμένων αιτημάτων, δηλαδή των αποφάσεων ανάληψης υποχρέωσης ή/και των αποφάσεων αρμοδίου οργάνου για τη δέσμευση πίστωσης,

β) της προκήρυξης και της διακήρυξης,

γ) της απόφασης ανάθεσης ή κατακύρωσης,

δ) του συμφωνητικού και

ε) κάθε εντολής πληρωμής²⁸.

B. Η αρχή της ίσης μεταχείρισης ή της απαγόρευσης των διακρίσεων

Η αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της αποφυγής των διακρίσεων με βάση την εθνικότητα εμπεριέχεται στη Συνθήκη της Ευρωπαϊκής Κοινότητας (ήδη ΣυνθΛΕΕ, άρθρο 10) και εξειδικεύθηκε με τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης²⁹. Οι αρχές δε αυτές αποτυπώνονται ρητά και στο άρθρο 18 της γενικής οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι διατάξεις της οποίας συμπληρώνουν και εξειδικεύουν το ενωσιακό νομικό καθεστώς για τις δημόσιες συμβάσεις (βλ. άρθρ. 18 παρ. 1 του ν. 4412/2016)³⁰.

27. Με κοινή απόφαση των Υπουργών Εσωτερικών και Διοικητικής Ανασυγκρότησης, Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού και του καθ' ύλην συναρμόδιου Υπουργού μπορούν να ορίζονται ειδικότερα οι συμβάσεις που εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 38 του ν. 4412/2016.

28. Σημειωτέον ότι, η έκδοση ξεχωριστών Αριθμών Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (ΑΔΑΜ) αφορά σε όλα τα έγγραφα που θα καταχωρίζονται στο ΚΗΜΔΗΣ και με βάση αυτούς θα συνδέονται οι σχετικές μεταξύ τους αντίστοιχες πράξεις. Η καταχώριση δημοσίων συμβάσεων στο ΚΗΜΔΗΣ, καθώς και η αναφορά του ΑΔΑΜ, αποτελούν στοιχεία της κανονικότητας της δαπάνης, με την έννοια ότι η ύπαρξη αριθμού ΑΔΑΜ εξομοιώνεται με δικαιολογητικό που απαιτείται και την παρ. 2 του άρθρου 91 του ν. 4270/2014 (παράγραφος 8 άρθρου 38 ν. 4412/2016).

29. Εκτενώς για την επικάλυψη αλλά και την αντίθεση των αρχών της ισότητας και της μη διάκρισης με βάση την εθνικότητα, από τη μια μεριά, και του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, από την άλλη, βλ. *R. Nielsen, Discrimination and equality in public procurement*, <http://arbetsratt.juridicum.su.se/Filer/PDF/klaw46/discrimination.procurement.pdf>.

30. Πρβλ. *R. Nielsen*, op. cit., p. 13.

Σύμφωνα με το άρθρο αυτό: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων».

Εξάλλου, η απαγόρευση των διακρίσεων με βάση τη φυλετική ή εθνική καταγωγή κατά την παροχή αγαθών και υπηρεσιών, –συμπεριλαμβανομένων και των δημοσίων συμβάσεων–, επιβάλλεται και από την οδηγία 2000/43/ΕΚ για την εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης μεταξύ προσώπων ανεξάρτητα από την φυλετική ή εθνική τους καταγωγή (βλ. ν. 4443/2016 ΦΕΚ Α' 232/9.12.2016 «Ι) Ενσωμάτωση της Οδηγίας 2000/43/ΕΚ περί εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχείρισης προσώπων ασχέτως φυλετικής ή εθνοτικής τους καταγωγής, της Οδηγίας 2000/78/ΕΚ για τη διαμόρφωση γενικού πλαισίου για την ίση μεταχείριση στην απασχόληση και την εργασία και της Οδηγίας 2014/54/ΕΕ περί μέτρων που διευκολύνουν την άσκηση των δικαιωμάτων των εργαζομένων στο πλαίσιο της ελεύθερης κυκλοφορίας των εργαζομένων κ.λπ.»). Ενώ, η απαγόρευση των διακρίσεων με βάση το φύλο κατά την παροχή αγαθών και υπηρεσιών επιτάσσεται και από την οδηγία 2004/113/ΕΚ περί ίσης μεταχείρισης ανδρών και γυναικών.

Με αφετηρία τις σκέψεις ότι, μεταξύ των κύριων σκοπών των κανόνων του δικαίου της Ένωσης περί δημοσίων συμβάσεων, συγκαταλέγεται η διασφάλιση της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών και ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός εντός όλων των κρατών μελών, η νομολογία του ΔΕΕ τονίζει ότι προς επίτευξη του διπλού αυτού σκοπού, το δίκαιο της Ένωσης εφαρμόζει, μεταξύ άλλων, την αρχή της ίσης μεταχείρισης των προσφερόντων ή υποψηφίων³¹, που αποτελεί

31. Βλ. ΔΕΕ απόφαση της 29-3-2012, C-599/10, σκέψη 25, ΔΕΚ απόφαση της 19ης Ιουνίου 2008, C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur, Συλλογή 2008, σ. I-4401, σκέψεις 31 και 32 καθώς και παρατιθέμενη νομολογία.

εφαρμογ
χρέωση

Οι ε
φυλάσσο
τους, ό
τουσα α
αρχή τη
φανής ο
αυτές «
των δημ
τις αρχέ

Επι
φίων, σ
γωνισμ
σίας σύ
τη διατ
πει να τ
Επίσης
υποβλη
κρίσιμα
φώνον

Έτ
ντος γ
μεταχε
ΦΕΚ Α

32.

33.

κές δια
διεξαγω

34.

της 18η
4ης Δεκ

35.

19ης Ιο

36.

της 17η
και της

εφαρμογή της αρχής της αναλογικής ισότητας³², και την οποία συνδέει με την υποχρέωση διαφάνειας³³.

Οι εν λόγω αρχές σημαίνουν, ιδίως, ότι στους διαγωνιζομένους πρέπει να επιφυλάσσεται ίση μεταχείριση τόσο κατά τον χρόνο που ετοιμάζουν τις προσφορές τους, όσο και κατά τον χρόνο που οι προσφορές τους αποτιμώνται από την αναθέτουσα αρχή³⁴. Η σημασία δε που αποδίδεται από την ενωσιακή έννομη τάξη στην αρχή της ίσης μεταχείρισης και της συνακόλουθης αρχής της διαφάνειας, είναι εμφανής στη διατύπωση της νομολογίας του ΔΕΕ, σύμφωνα με την οποία οι αρχές αυτές «αποτελούν τη βάση των οδηγιών των σχετικών με τις διαδικασίες σύναψης των δημοσίων συμβάσεων»³⁵, «το δε καθήκον των αναθετουσών αρχών να τηρούν τις αρχές αυτές αποτελεί την ίδια την ουσία των οδηγιών αυτών»³⁶.

Επομένως, η αρχή της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των προσφερόντων ή υποψηφίων, σκοπεύει στην προώθηση της ανάπτυξης υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού μεταξύ των επιχειρήσεων που μετέχουν σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Γι' αυτό όλοι οι υποψήφιοι πρέπει να έχουν τις ίδιες ευκαιρίες κατά τη διατύπωση των όρων των προσφορών τους και, ως εκ τούτου, οι όροι που πρέπει να πληρούν οι προσφορές πρέπει να είναι όμοιοι για όλους τους υποψηφίους. Επίσης επιβάλλεται η διασφάλιση της δυνατότητας αντικειμενικής σύγκρισης των υποβληθεισών προσφορών. Τούτο επιτυγχάνεται με τη σαφή δημοσιοποίηση των κρίσιμων κριτηρίων ανάθεσης μιας σύμβασης, με τα οποία θα πρέπει να συμμορφώνονται όλες οι προσφορές.

Έτσι, λ.χ. ενόψει του πρόδηλου και αδιαμφισβήτητου διασυννοριακού ενδιαφέροντος για το αντικείμενο της προμήθειας, κρίθηκε ότι αντίκειται στην αρχή της ίσης μεταχείρισης (και της διαφάνειας) διάταξη νόμου (άρθρο 7 παρ. 2 του ν. 2955/2001, ΦΕΚ Α' 256, που ήδη καταργήθηκε με το άρθρο 37 παρ. 7 του ν. 3784/2009, ΦΕΚ Α'

32. Βλ. Α. Γέροντα, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, 2009, σ. 358.

33. Για την αρχή της ίσης μεταχείρισης, αλλά και τις λοιπές αρχές που διέπουν τις διαγωνιστικές διαδικασίες του Δημοσίου βλ. και Ι. Παπαθεοδώρου, Οι νομολογιακές αρχές που διέπουν την διεξαγωγή των διαγωνισμών του Δημοσίου, ΘΠΔΔ 2008, σ. 1171 επ.

34. Βλ. ΔΕΚ απόφαση της 16-12-2008, υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε., ΔΕΚ αποφάσεις της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00, SIAC Construction, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψη 34, και της 4ης Δεκεμβρίου 2003, C-448/01, EVN και Wienstrom, Συλλογή 2003, σ. I-14527, σκέψη 47.

35. Βλ. ΔΕΚ απόφαση της 16-12-2008, υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε., ΔΕΚ απόφαση της 19ης Ιουνίου 2003, C-315/01, GAT, Συλλογή 2003, σ. I-6351, σκέψη 73.

36. Βλ. ΔΕΚ απόφαση της 16-12-2008, υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε., ΔΕΚ αποφάσεις της 17ης Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99, Concordia Bus Finland, Συλλογή 2002, σ. I-7213, σκέψη 81, και της 3ης Μαρτίου 2005, C-21/03 και C-34/03, Συλλογή 2005, σ. I-1559, σκέψη 26.

137), η οποία, υπό τον τύπο της καθιέρωσης ανώτατης τιμής προμήθειας χωρίς διαγωνισμό, διαφόρων κατηγοριών ειδών ιατρικής χρήσης (υλικών οστεοσύνθεσης, βηματοδοτών-απινιδωτών, ηλεκτροδίων και υλικών καρδιοχειρουργικής κλπ.), επέτρεπε στις αναθέτουσες αρχές να προσφεύγουν, δίχως άλλες προϋποθέσεις, στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την προμήθεια των εν λόγω ειδών³⁷.

Εξάλλου, η αρχή της ίσης μεταχείρισης δεν απορρέει μόνο από το δευτερογενές ενωσιακό δίκαιο, δηλαδή το δίκαιο των οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις, αλλά, κατά τα προαναφερθέντα, και από την ίδια την Συνθήκη³⁸. Η αρχή αυτή σημαίνει κυρίως ότι οι κανόνες του παιχνιδιού πρέπει να είναι γνωστοί σε όλους τους υποψήφιους αναδόχους και να εφαρμόζονται σε όλους με τον ίδιο τρόπο. Το ΔΕΕ διευκρίνισε ότι όλες οι προσφορές πρέπει να συμμορφώνονται προς τις προδιαγραφές της συγγραφής υποχρεώσεων, ώστε να είναι δυνατή η αντικειμενική σύγκρισή τους. Εάν μια αναθέτουσα αρχή λάβει υπόψη τροποποίηση μιας μόνον προσφοράς μετά την αποσφράγιση των προσφορών, ο συγκεκριμένος προσφέρων έχει ευνοηθεί. Επιπλέον, οι διατάξεις βάσει των οποίων οι δημόσιες συμβάσεις ανατίθενται σε επιχειρήσεις, στις οποίες το κράτος ή ο δημόσιος τομέας κατέχουν μεγάλο ή αποκλειστικό μερίδιο, είναι αντίθετες με την ίση μεταχείριση.

Η αρχή της απαγόρευσης των διακρίσεων ή της ίσης μεταχείρισης έχει εφαρμογή σε όλες τις φάσεις της διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης. Έτσι, το Ελεγκτικό Συνέδριο έκρινε, με βάση την αρχή αυτή, ότι η εκ των υστέρων, μετά δηλαδή τη διενέργεια του διαγωνισμού, κατακύρωση μέρους του αποτελέσματος του διαγωνισμού σε εταιρία που συμμετείχε για το σύνολο του προκηρυχθέντος συμβατικού αντικειμένου, έχοντας καταθέσει τη σχετική εγγυητική επιστολή, συνιστά νόθευση του ανταγωνισμού, αναφορικά με κάθε οικονομικό φορέα που δεν μπόρεσε να συμμετάσχει σ' αυτόν για μέρος του συμβατικού αντικειμένου, εξαιτίας ρητής πρόβλεψης της οικείας διακήρυξης για κατάθεση εγγυητικής επιστολής για το σύνολο του αντικειμένου της προκηρυχθείσας σύμβασης^{39, 40}.

37. ΔΕΚ απόφαση της 18-12-2007, C-481/06, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας.

38. Έτσι, ΔΕΚ υπόθεση C-410/04, ANAV v. Comune di Bari and AMTAB Servizio ("ANAV"), par. 20, ECR I-3303. Για την αντίθετη θεωρητική γνώμη βλ. S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed.), 2005, 4.16, P. Braun, *A Matter of Principles: the Treatment of Contracts Falling Outside the Scope of the European Public Procurement Directives*, (2000), 9 *Public Procurement Law Review* 39.

39. Βλ. I. Παπαθεοδώρου, ΘΠΔΔ 2008, σ. 1176 επ., με παραπομπή σε ΕΣ Πράξη 165/2006 Τμήμα VI.

40. Όταν στη διακήρυξη, και συγκεκριμένα σε ό,τι αφορά στα δικαιολογητικά ονομαστικο-

Αλλ
προδιαγ
νική σύγ
μετά το
αναθέτο

Η α
ψίας των
να είναι
αρμοδιό
τελούσα
ιθαγένει
μέσω τη
σεων, τη
αμερόλ
ίσης μετ
οι δημό
υπέρ όλ
θιστά δ
καθώς κ

Χά
ρισης τ
διατάξε
στούν ο
διαφορ
ντας, σ

ποίηση
πρέπει ν
άρθρου
ελληνικ
Συνεδρί

41.

42.

43.

21ης Ιο

Parking

Σεπτεμ

44.

Αλλά και αναφορικά με τις προσφορές, αυτές πρέπει να είναι σύμφωνες με τις προδιαγραφές της συγγραφής υποχρεώσεων ώστε να διασφαλίζεται η αντικειμενική σύγκριση μεταξύ αυτών⁴¹. Απόρροια της ίδιας αρχής είναι και ο κανόνας ότι μετά το άνοιγμα των προσφορών απαγορεύεται, καταρχήν, κάθε επαφή μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του διαγωνιζόμενου⁴².

Η αρχή της ίσης μεταχείρισης συνδέεται στενά και με την αρχή της αμερόληψιας των διαδικασιών διαγωνισμού, κατά τις επιταγές της οποίας η διοίκηση πρέπει να είναι ανεπηρέαστη και απροκατάληπτη κατά την αντιμετώπιση θεμάτων της αρμοδιότητάς της. Συγκεκριμένα, η αρχή της ίσης μεταχείρισης, καθώς και η αποτελούσα ειδικότερη έκφραση αυτής αρχής της απαγόρευσης των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, συνεφέλκουν την υποχρέωση των δημοσίων αρχών να διασφαλίζουν, μέσω της κατάλληλης δημοσιότητας, προκειμένου για σύναψη δημοσίων συμβάσεων, την εκδήλωση ελεύθερου ανταγωνισμού και τον εκ των υστέρων έλεγχο του αμερόληπτου της σχετικής διαδικασίας⁴³. Με άλλα λόγια, η παραπάνω αρχή της ίσης μεταχείρισης, σε συνδυασμό με τη διαφάνεια, την οποία οφείλουν να τηρούν οι δημόσιες αρχές που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις, συνεπάγεται τη διασφάλιση, υπέρ όλων των πιθανών αναδόχων, προσήκοντος βαθμού δημοσιότητας που να καθιστά δυνατό το άνοιγμα στον ανταγωνισμό του τομέα των δημοσίων συμβάσεων καθώς και τον έλεγχο της αμερόληπτης διεξαγωγής των διαδικασιών ανάθεσης⁴⁴.

Χάριν της διασφάλισης της διαφάνειας των διαδικασιών και της ίσης μεταχείρισης των υποβαλλόντων προσφορές, οι ουσιαστικές τροποποιήσεις επί ουσιωδών διατάξεων δημόσιας σύμβασης ενδέχεται, υπό ορισμένες περιπτώσεις, να καθιστούν αναγκαία τη σύναψη νέας σύμβασης, όταν οι όροι τους οποίους προβλέπουν διαφοροποιούνται ουσιαστικά από εκείνους της αρχικής σύμβασης, υποδηλώνοντας, συνεπώς, τη βούληση των συμβαλλομένων να αναδιαπραγματευθούν τους

ποίησης μετοχών, η αναθέτουσα αρχή δεν κάνει καμία αναφορά στην ισχύουσα διαδικασία που θα πρέπει να ακολουθηθεί στην περίπτωση των αλλοδαπών οικονομικών φορέων, κατά παράβαση του άρθρου 8 ν. 3310/2005, αλλά αντίθετα αναφέρει μόνον την ακολουθητέα διαδικασία σε σχέση με τις ελληνικές ανώνυμες εταιρίες, παραβιάζει την αρχή της ισότητας βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ απόφαση 4/2013 Συνεδρίαση 2-1-2013, σκέψη 13.

41. ΔΕΚ απόφαση της 22-6-1993, υπόθεση C-243/89, Επιτροπή κατά Δανίας, σκέψεις 37 επ.

42. Βλ. *Ι. Παπαθεοδώρου*, ΘΠΔΔ 2008, 1177, όπου και αναφορά των εξαιρέσεων.

43. Βλ. ΔΕΚ αποφάσεις της 7ης Δεκεμβρίου 2000, C-324/98, *Telaustria*, σκέψεις 60 έως 62, της 21ης Ιουλίου 2005, C-231/03, *Coname*, σκέψεις 17 έως 22, της 13ης Οκτωβρίου 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, σκέψεις 46 έως 50, της 6ης Απριλίου 2006, C-410/04, *ANAV*, σκέψη 21, και της 13ης Σεπτεμβρίου 2007, C-260/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 24.

44. Πρβλ. ΔΕΚ απόφαση της 13-4-2010, *Wall AG*, υπόθεση C-91/08, σκ. 35 επ.

ουσιώδεις όρους της σύμβασης αυτής⁴⁵.

Το ΔΕΕ αντιμετώπισε την περίπτωση τροποποιήσεων διατάξεων δημόσιας σύμβασης (παραχώρησης), που έφεραν ουσιωδώς διαφορετικά χαρακτηριστικά από εκείνα που δικαιολόγησαν την αρχική ανάθεση της σύμβασης. Έκρινε δε ότι, εφόσον πρόκειται για ουσιώδη τροποποίηση, δηλαδή τροποποίηση που περιλαμβάνει την προσθήκη όρων, οι οποίοι, αν είχαν γνωστοποιηθεί στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης της αρχικής σύμβασης, θα είχαν ως αποτέλεσμα να επιτραπεί η συμμετοχή στη διαδικασία άλλων διαγωνιζομένων από εκείνους που έγιναν αρχικώς δεκτοί ή να επιλεγεί προσφορά διαφορετική από εκείνη που αρχικώς επελέγη, τότε θα πρέπει να λαμβάνεται, σύμφωνα με την εσωτερική έννομη τάξη του οικείου κράτους μέλους, κάθε αναγκαίο μέτρο προκειμένου να αποκατασταθεί η διαφάνεια στη διαδικασία, συμπεριλαμβανομένης μιας νέας διαδικασίας ανάθεσης⁴⁶.

Το Δικαστήριο απασχόλησε, υπό το πρίσμα της εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχείρισης, το ζήτημα αν, σε περίπτωση που ο υποψήφιος προτείνει ασυνήθιστα χαμηλό τίμημα κατά τον διαγωνισμό ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή οφείλει ή μπορεί να του ζητεί εγγράφως να διευκρινήσει την πρόταση αυτή⁴⁷.

Κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, ο κανόνας της ίσης μεταχείρισης απαγορεύει όχι μόνον τις εμφανείς διακρίσεις λόγω ιθαγένειας, αλλά και κάθε μορφή συγκαλυμμένης διάκρισης, η οποία, κατ' εφαρμογήν άλλων κριτηρίων διάκρισης, καταλήγει στην πράξη στο ίδιο αποτέλεσμα⁴⁸. Αυτή η έμμεση ή συγκαλυμμένη διακριτική μεταχείριση αποτελεί και τη συνηθέστερη παραβίαση της αρχής της ισότητας στον τομέα της ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων⁴⁹.

Ζητήματα σχετικά με την εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης τίθενται και στις περιπτώσεις εκείνες κατά τις οποίες ένας διαγωνιζόμενος έχει εν δυνάμει εξαιρετική σχέση λόγω προηγούμενης συμμετοχής του σε προπαρασκευαστικές

45. Πρβλ. ΔΕΚ απόφαση της 13-4-2010, Wall AG, υπόθεση C-91/08, σκ. 35 επ., ΔΕΚ αποφάσεις της 5ης Οκτωβρίου 2000, C-337/98, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλογή 2000, σ. I-8377, σκέψεις 44 και 46, και της 19ης Ιουνίου 2008, C-454/06 presstext Nachrichtenagentur, Συλλογή 2008, σ. I-4401, σκέψη 34. Εκτενώς για το ζήτημα της τροποποίησης δημόσιας σύμβασης βλ. παρακάτω υπό IXB.

46. ΔΕΚ απόφαση της 13-4-2010, Wall AG, υπόθεση C-91/08.

47. Για τη δυνατότητα διευκρίνησης της προσφοράς βλ. απόφαση του ΔΕΕ της 29-3-2012, C-599/10 (σκ. 36-44). Εκτενή ανάλυση βλ. παρακάτω υπό εκθέτη VII Δ 4.

48. Βλ. ΔΕΚ απόφαση της 28-6-2012, Georges Etny, υπόθεση C-172/11, ΔΕΚ απόφαση της 23ης Μαΐου 1996, C-237/94, O'Flynn, Συλλογή 1996, σ. I-2617, σκέψη 17.

49. Α. Γέροντας, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, 2009, σ. 364.

εργασίες τ
επιβάλλει
τικό και δ
εκτός αν
ρέας, φυσ
πειραμάτα
ή υπηρεσί
κατάστασ
σύμβασης
ίδιος μπορ
ράς του λ
σιών σχετ
σε κατάστ
νοια ότι, ε
είτε εκού
τρόπο ευ
τον αντα

Επομ
θεί ένας
εργασίες,
το πρόσω
ρων⁵⁰. Στ
όλων των
υφίστατα
πραγματ
ματοποιή
πούς προ
υποχρέω
σύμβαση
θεσης κο
παραβάσ
γίες προ
προσφέρ
με την ε

εργασίες της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας. Η αρχή της ίσης μεταχείρισης επιβάλλει παρόμοιες καταστάσεις να μην αντιμετωπίζονται κατά τρόπο διαφορετικό και διαφορετικές καταστάσεις να μην αντιμετωπίζονται κατά τον ίδιο τρόπο, εκτός αν κάτι τέτοιο δικαιολογείται αντικειμενικά. Επομένως, ο οικονομικός φορέας, φυσικό ή νομικό πρόσωπο, που έχει επιφορτισθεί με τη διεξαγωγή έρευνας, πειραμάτων και μελετών, ή με την ανάπτυξη αυτών σε σχέση με έργα, προμήθειες ή υπηρεσίες που σχετίζονται με δημόσια σύμβαση, δεν τελεί κατ' ανάγκη στην ίδια κατάσταση όσον αφορά τη συμμετοχή του στη διαδικασία σύναψης της εν λόγω σύμβασης με οικονομικό φορέα που δεν έχει εκτελέσει τέτοιες εργασίες, καθώς ο ίδιος μπορεί να βρίσκεται σε πλεονεκτική θέση κατά τη διαμόρφωση της προσφοράς του λόγω των πληροφοριών που έλαβε κατά την εκτέλεση αυτών των εργασιών σχετικά με την επίμαχη δημόσια σύμβαση. Το πρόσωπο αυτό μπορεί να τελεί σε κατάσταση που δύναται να οδηγήσει σε σύγκρουση συμφερόντων, υπό την έννοια ότι, εφόσον το ίδιο υποβάλλει προσφορά για τη δημόσια σύμβαση, ενδέχεται είτε εκούσια είτε ακούσια, να επηρεάσει τους όρους ανάθεσης της σύμβασης κατά τρόπο ευνοϊκό για τον εαυτό του. Η κατάσταση αυτή θα ήταν ικανή να νοθεύσει τον ανταγωνισμό μεταξύ των προσφερόντων.

Επομένως, λαμβάνοντας υπόψη την κατάσταση στην οποία μπορεί να βρεθεί ένας οικονομικός φορέας που έχει εκτελέσει ορισμένες προπαρασκευαστικές εργασίες, δεν μπορεί να υποστηριχθεί ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης επιβάλλει το πρόσωπο αυτό να αντιμετωπίζεται με τον ίδιο τρόπο όπως κάθε άλλος προσφέρων⁵⁰. Στις περιπτώσεις αυτές, για τη διασφάλιση της αρχής της ίσης μεταχείρισης όλων των προσφερόντων πρέπει, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, να υφίσταται μία διαδικασία με την οποία εκτιμάται, *in concreto*, εάν το γεγονός της πραγματοποίησης ορισμένων προπαρασκευαστικών εργασιών παρέσχε στο πραγματοποιήσαν τις εν λόγω εργασίες πρόσωπο ανταγωνιστικό, σε σχέση με τους λοιπούς προσφέροντες, πλεονέκτημα. Ως εκ τούτου, οι αναθέτουσες αρχές έχουν την υποχρέωση να αξιολογούν τα πραγματικά περιστατικά στο πλαίσιο μιας δημόσιας σύμβασης και να διασφαλίζουν τη διαφάνεια στη διενέργεια των διαδικασιών ανάθεσης και την αμερόληπτη και αντικειμενική αξιολόγηση των προσφορών. Τυχόν παράβαση της υποχρέωσης της αναθέτουσας αρχής να προβεί στις δέουσες ενέργειες προκειμένου να διερευνήσει την εν δυνάμει πλεονεκτική θέση που έχει ένας προσφέρων λόγω της συμμετοχής του σε προπαρασκευαστικές ενέργειες σε σχέση με την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία αντίκειται στο καθήκον τήρησης της αρ-

50. ΔΕΚ απόφαση της 3-3-2005, *Fabricom*, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-21/03 και C-34/03, σκέψεις 28-31, ΕΑΑΔΗΣΥ Γνώμη Νομ.Συμβ. 5/10-1-2014.

χής της ίσης μεταχείρισης των προσφερόντων και της ανάπτυξης αποτελεσματικού ανταγωνισμού, οι οποίες συνιστούν θεμελιώδεις αρχές του ευρωπαϊκού ενωσιακού δικαίου δημοσίων συμβάσεων⁵¹.

Το ζήτημα αυτό αντιμετωπίζεται από τη νέα γενική οδηγία για τις δημόσιες συμβάσεις 2014/24/ΕΕ στο άρθρο 41 υπό τον τίτλο «προηγούμενη εμπλοκή υποψηφίων ή προσφερόντων»⁵².

Πάντως, η αρχή της ίσης μεταχείρισης δεν απαγορεύει τη συνεκτίμηση κριτηρίων που συνδέονται με την προστασία του περιβάλλοντος⁵³, ή άλλων κριτηρίων κοινωνικής πολιτικής⁵⁴.

Γ. Η αρχή της αντικειμενικότητας και της αμεροληψίας

Στενά συνδεδεμένη με τις δύο ως άνω αρχές είναι και η αρχή της αντικειμενικότητας και της αμεροληψίας της αναθέτουσας αρχής και εν γένει των οργάνων διεξαγωγής του διαγωνισμού της δημόσιας σύμβασης⁵⁵. Διαφάνεια - Ίση μεταχείριση και Αμεροληψία είναι το τρίπτυχο το οποίο πρέπει να καλύπτει κάθε δημόσια

51. ΕΑΑΔΗΣΥ Γνώμη Νομ.Συμβ. 5/10-1-2014, με παραπομπή σε ΔΕΚ της 16ης Δεκεμβρίου 2008, C-213/07, Μηχανική, Συλλογή 2008, σ. 1-9999, της 19ης Μαΐου 2009, C-538/07, Assitur, Συλλογή 2009, σ. 1-4219, και της 23ης Δεκεμβρίου 2009, C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, Συλλογή 2009, σ. 1-12169. Κατά τη γνμδ. αυτή «Και μόνη η παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να προβεί στην εξατομικευμένη αξιολόγηση των πραγματικών περιστατικών και των σχέσεων που υφίστανται μεταξύ των αξιολογητών της αναθέτουσας αρχής και του προσφέροντος είτε λόγω ιδιαίτερου δεσμού του τελευταίου με την αναθέτουσα αρχή ή τα όργανα του διαγωνισμού είτε στο πλαίσιο της συμμετοχής του στην προπαρασκευή της σύμβασης, συνιστά ένα επαρκές αντικειμενικό στοιχείο βάσει του οποίου το όργανο ελέγχου μπορεί να κρίνει παράνομη την παράλειψη της αναθέτουσας αρχής, με την αιτιολογία ότι αυτή δεν προέβη στις απαραίτητες ενέργειες για τη διασφάλιση της διαφάνειας και της αντικειμενικότητας της διαδικασίας, χωρίς ο προσφεύγων-διαγωνιζόμενος να φέρει το βάρος απόδειξης της έλλειψης αμεροληψίας των αξιολογητών ή της ευνοϊκής μεταχείρισης άλλου διαγωνιζόμενου. Διαφορετική ερμηνευτική προσέγγιση ενδέχεται να αποδυναμώσει και να καταστήσει δυσχερή την παροχή αποτελεσματικής έννομης προστασίας του προσφεύγοντος καθώς κρίνεται κατά τεκμήριο δύσκολο για εκείνον να προσκομίσει στοιχεία για τον δεσμό που αναπτύχθηκε μεταξύ των δύο μερών και το περιεχόμενο των πληροφοριών που ανταλλάγησαν που αποδεικνύουν την έλλειψη αμεροληψίας των αξιολογητών ή την πλεονεκτική θέση ενός εκ των διαγωνιζομένων έναντι των άλλων».

52. Για το ζήτημα αυτό βλ. παρακάτω υπό εκθέτη VII Δ 1.1.3.

53. Α. Γέροντας, ό.π., σ. 366.

54. Βλ. Κεφάλαιο VIII.

55. Βλ. Ε. Τροβά, ΘΠΔΔ 2008, σ. 1196, με παραπομπές στη νομολογία του Πρωτοδικείου της Ένωσης.

σύμβαση έργου, προμήθειας ή υπηρεσίας από το προσυμβατικό στάδιο μέχρι και την ολοκλήρωση της σύμβασης και την παράδοση του αγαθού ή την παροχή της υπηρεσίας. Όλα τα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας πρέπει να χαρακτηρίζονται από τη διασφάλιση του αμερόληπτου αυτής⁵⁶. Σε κανένα στάδιο δεν πρέπει να δίνεται υποψία μεροληπτικής συμπεριφοράς⁵⁷.

Η νομολογιακής προέλευσης αρχή της αμεροληψίας της διοίκησης⁵⁸, αντανάκλα τις κοινές νομικές παραδόσεις των κρατών μελών και τυγχάνει εφαρμογής και στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων. Σύμφωνα με την εν λόγω αρχή της διοικητικής αμεροληψίας, που αποτελεί ειδικότερη έκφανση της γενικής αρχής του κράτους δικαίου, η οποία απορρέει από το Σύνταγμα και τις καθιερούμενες από αυτό εγγυήσεις υπέρ του πολίτη (καθώς και την αρχή της δίκαιης δίκης, που θεσπίζει το άρθρο 6 παρ. 1 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου, όταν πρόκειται ειδικότερα για πειθαρχικά όργανα της Διοίκησης), τα πρόσωπα που αποτελούν τα διοικητικά όργανα, είτε μονομελή είτε ως μέλη συλλογικού οργάνου, πρέπει να παρέχουν εγγυήσεις για αμερόληπτη κρίση, ώστε να δημιουργείται στο διοικούμενο η πεποίθηση περί του αδιάβλητου της λαμβανόμενης διοικητικής απόφασης⁵⁹.

Στην εθνική έννομη τάξη, η αρχή της αμεροληψίας της διοίκησης έχει πλέον αποτυπωθεί στο άρθρο 7 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (ν. 2690/1999), κατά τους ορισμούς του οποίου όλα τα διοικητικά όργανα, μονομελή ή συλλογικά, πρέπει να παρέχουν εγγυήσεις αμερόληπτης κρίσης κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων τους⁶⁰.

Η αρχή της αμεροληψίας θεωρείται από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης χαρακτηριστικό της όλης διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η παράβαση της οποίας μπορεί να έχει συνέπειες στη συνολική νομιμότητα της διαδικασίας ανάθεσης αυτών. Με αυτή δε συνδέεται άμεσα και η έννοια της σύγκρουσης

56. Ε. Κουλουμπίνη, ΘΠΔΔ 2012, σ. 780, ΕΣ Πράξη 51, 219, 220/2008 VI Τμήμα.

57. Πρβλ. ΔΕΚ απόφαση της 13-4-2010, Wall AG, υπόθεση C-91/08, σκ. 35 επ.

58. Πρβλ. ΣτΕ 440/2002, 3724/1995, 266/1994, 142519/89, 3340/1988, 32519/82, 4911/1984 κ.α.

59. Βλ. Δ. Ράικο, Δημόσια Διοίκηση και Διαφθορά, 2006, σ. 475 επ., Ε. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, 1996, σ. 134, Γ. Σιούτη, Η Γνωμοδοτική Διαδικασία, Αθήνα-Κομοτηνή 1990, σ. 120, Π. Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, 2004, σ. 555 επ., Α. Τάχο, ελληνικό διοικητικό δίκαιο, 2003, σ. 456 επ., Μ. Στασινόπουλο, Δίκαιον των Διοικητικών Πράξεων, 1957, σ. 206. Πρβλ. ΣτΕ 2012/2003, 741/2003, 2522/2001, 1117/2000 κ.α.

60. Δ. Ράικο, Δημόσια Διοίκηση και Διαφθορά, 2006, σ. 475 επ., Ι. Παπαθεοδώρου, ΘΠΔΔ 2008, σ. 1171 επ.

συμφερόντων (conflict of interests)⁶¹.

Δ. Η αρχή της υποχρεωτικής αιτιολογίας των αποφάσεων

Η στάση της διοίκησης απέναντι στους διαγωνιζόμενους σε μία διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, κυρίως ενόψει έκδοσης δυσμενών για αυτούς πράξεων, υπαγορεύεται από την εν γένει υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να μην αφήνει τις πράξεις και αποφάσεις της εκτεθειμένες σε υπόνοιες αυθαιρεσίας και αιφνιδιασμού σε βάρος των διαγωνιζόμενων. Μία τέτοια επιταγή βρίσκεται, άλλωστε, σε απόλυτη εναρμόνιση με την θεμελιώδη αρχή της διαφάνειας που διέπει το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Επομένως, οι αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής που είναι απορριπτικές αιτημάτων των συμμετεχόντων σε δημόσια διαγωνιστική διαδικασία για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης έργου, προμήθειας, υπηρεσιών κ.λπ., πρέπει να είναι πλήρως και ειδικά αιτιολογημένες.

Σύμφωνα με την πάγια νομολογία του ΔΕΕ επί του ζητήματος αυτού, η οποία αντανakλά και τις κοινές συνταγματικές παραδόσεις των κρατών μελών, κάθε απόφαση της αναθέτουσας αρχής (διοίκησης) που είναι αρνητική ή απορριπτική αιτήματος του οικονομικού φορέα πρέπει να μπορεί να προσβάλλεται με ένδικο βοήθημα που να παρέχει τη δυνατότητα ελέγχου της νομιμότητάς της σε σχέση με το δίκαιο της Ένωσης. Υπό το πρίσμα αυτό, είναι σημαντικό να είναι σε θέση ο ενδιαφερόμενος να γνωρίζει το σκεπτικό της απόφασης που τον αφορά. Επομένως, η αρμόδια εθνική αρχή υποχρεούται, είτε με την ίδια την απόφαση είτε, κατόπιν αίτησης του ενδιαφερόμενου, με μεταγενέστερη γνωστοποίηση, να καθιστά γνωστούς τους λόγους της άρνησής της⁶².

Έτσι, λ.χ. η αναθέτουσα αρχή οφείλει να γνωστοποιεί σε κάθε αποκλεισθέντα υποψήφιο ή προσφέροντα που υποβάλλει σχετική αίτηση για τους λόγους απόρριψης της υποψηφιότητάς του ή της προσφοράς του και σε κάθε προσφέροντα που έχει υποβάλει παραδεκτή προσφορά τα χαρακτηριστικά στοιχεία και πλεονεκτήματα σχετικά με την επιλεγείσα προσφορά. Στις περιπτώσεις δε των τεχνικών προδιαγραφών, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αιτιολογεί την απόφασή της για τη μη ισοδυναμία ή την απόφαση ότι τα έργα δεν αντιστοιχούν στις απαιτήσεις περί απόδοσης ή λειτουργίας⁶³.

61. Ε. Τροβά, Η καταπολέμηση της διαφθοράς και της απάτης στο κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, ΘΠΔΔ 2008, σ. 1182 επ. (1196 επ.), με πληθώρα παραπομπών στη νομολογία.

62. Βλ. ΔΕΚ, απόφαση της 20-12-2010, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-422/09, C-425/09 και C-426/09, σκέψη 33, απόφαση της 15ης Οκτωβρίου 1987, 222/86, Heylens κ.λπ., Συλλογή 1987, σ. 4097, σκέψεις 15 και 17, ΔΕΚ της 7-5-1991, υπόθεση C-340/89, υπόθεση Βλασσοπούλου, σκέψη 22.

63. Απ. Γέροντας, ό.π. σ. 494-495

Πράγματι η υποχρέωση αιτιολογίας βαρύνει τη διοίκηση όταν αυτή δρα με το ρόλο της αναθέτουσας αρχής, ενώ τα χαρακτηριστικά της ορθής αιτιολογίας πρέπει και εδώ να είναι αυτά που διαγράφονται στον ΚΔΔ/σίας (άρθρο 17). Επομένως, η αιτιολογία πρέπει να είναι πλήρης, σαφής και ειδική, υπό την έννοια ότι πρέπει να εκτίθεται με πληρότητα και σαφήνεια τα πραγματικά περιστατικά και οι νομικοί λόγοι που οδήγησαν τη διοίκηση (αναθέτουσα αρχή κ.λπ.) στη συγκεκριμένα απόφαση, καθώς επίσης και οι σκέψεις με βάση τις οποίες το διοικητικό όργανο προέβη στην έκδοση ή την παράλειψη έκδοσης της οικείας πράξης⁶⁴.

Σε κάθε περίπτωση, η έκταση της υποχρέωσης αιτιολογίας εξαρτάται από τη φύση της επίδικης πράξης και του πλαισίου εντός του οποίου εκδόθηκε. Από την αιτιολογία πρέπει να προκύπτει κατά τρόπο σαφή και μη διφορούμενο η συλλογιστική της αναθέτουσας αρχής, κατά τρόπο ώστε, αφενός να καθιστά δυνατό στους ενδιαφερόμενους να γνωρίζουν τους λόγους που δικαιολογούν τη λήψη του μέτρου, για να μπορούν να προασπίσουν τα δικαιώματά τους και να επαληθεύουν αν η απόφαση είναι βάσιμη, και αφετέρου στον εθνικό δικαστή να ασκεί τον έλεγχο νομιμότητάς του.

Σημειωτέον, τέλος, ότι η υποχρέωση της διοίκησης να αιτιολογεί τις αποφάσεις της, όταν τίθεται ζήτημα εφαρμογής του ενωσιακού δικαίου, απορρέει ήδη και από το άρθρο 41 παρ. 2 στοιχ. α' του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το οποίο εγγυάται το δικαίωμα χρηστής διοίκησης, που περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων, ως πτυχή του δικαιώματος άμυνας και την εν λόγω υποχρέωση της διοίκησης⁶⁵.

Ε. Η αρχή της ασφάλειας δικαίου

Μια από τις βασικές αρχές σε εθνικό αλλά και πανευρωπαϊκό επίπεδο, ενόψει της προφανούς σημασίας που έχει για την εύρυθμη λειτουργία οποιουδήποτε πολιτικού φορέα⁶⁶, είναι η αρχή της ασφάλειας δικαίου ή νομικής ασφάλειας

64. Δ. Ράικος, Δημόσια Διοίκηση και Διαφθορά, 2006, σ. 479.

65. ΔΕΕ απόφαση της 22 Νοεμβρίου 2012, υπόθεση C-277/11, M.M. v. Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland, σκέψεις 83 επ., Ε. Πρεβεδούρου, Το δικαίωμα της προηγούμενης ακρόασης στη νομολογία των Δικαστηρίων της Ένωσης (Σκέψεις με αφορμή την απόφαση ΔΕΕ της 10ης Σεπτεμβρίου 2013, C-383/13 PPU, M.G. και N.R.), ΘΠΔΔ 2013, σ. 918 επ. (σ. 919 και 924).

66. Βλ. Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER της 16ης Μαρτίου 2006 στην ΔΕΚ της 19-9-2006, C-392/04 C-422/04, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις i-21 Germany GmbH και Arcor AG & Co.KG, σημ. 71 και 72, που αναφέρει χαρακτηριστικά «ότι το δίκαιο απεχθάνεται την αναρχία και, για τον λόγο αυτόν, έχει εξοπλιστεί προκειμένου να αντιμετωπίσει την κύρια αιτία της: την αστάθεια. Μεταξύ αυτών των όπλων τα οποία διαθέτει, η ασφάλεια

(Rechtssicherheit, principe de securite juridique)⁶⁷. Σε εθνικό επίπεδο, η αρχή αυτή είναι συνταγματικού επιπέδου⁶⁸ και απορρέει από την έννοια του κράτους δικαίου⁶⁹. Ως έννοια δε γένους (Oberbegriff) σημαίνει την σταθερότητα και τη συνέπεια των απρόσωπων και ατομικών κανόνων δικαίου που θεσπίζουν τα όργανα του κράτους και κατά συνεκδοχή τη σταθερότητα⁷⁰ και προβλεψιμότητα των νομικών και πραγματικών καταστάσεων που έχουν δημιουργηθεί, αποκλείοντας τις αιφνίδια και απροσδόκητες μεταβολές⁷¹.

Σύμφωνα δε με τη νομολογία του ΔΕΕ⁷², η αρχή της ασφάλειας δικαίου περιλαμβάνεται στις γενικές αρχές του ενωσιακού δικαίου.

Ειδικότερη εφαρμογή της ανωτέρω αρχής της ασφάλειας δικαίου, που αποτελεί έννοια γένους (Oberbegriff), εκφράζουσα την υποκειμενική όψη της⁷³, συνιστά

δικαίου έχει ιδιαίτερη σημασία δεδομένου ότι μέσω αυτής εκφράζεται η έννοια του «απρόσβλητου χαρακτήρα»: οι διοικητικές αποφάσεις καθίστανται απρόσβλητες κατά τη λήξη των προθεσμιών που προβλέπονται για την προσβολή τους ή άπαξ επικυρωθούν μετά την εξάντληση όλων των ένδικων βοηθημάτων».

67. Πρβλ. Ολομ. ΣτΕ 602/2003, 2176-77/2004, ΣτΕ 2923/2006, 889/2005, ΣτΕ 370/1997.

68. Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2003, σ. 80, Π. Παραράς, Η καθιέρωση της προστατευόμενης εμπιστοσύνης ως συνταγματικής αρχής, σε: Κράτος Δικαίου και Προστατευόμενη Εμπιστοσύνη ΔτΑΤΕΣ 2003, σ. 11 επ. (21), Α. Γέροντας, Η αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του ιδιώτη στη νομολογία του ΣτΕ και του ΔΕΚ, σε: Κράτος Δικαίου και Προστατευόμενη Εμπιστοσύνη ΔτΑΤΕΣ 2003, σ. 51 επ. (68-69) με παραπομπή στη νομολογία του Γερμανικού Ομοσπονδιακού Δικαστηρίου BverfGE 59, 128/167.

69. Εφαρμογή της αρχής της ασφάλειας δικαίου και στο πεδίο του δικονομικού δικαίου βλ. ΣτΕ 57-59/2005 (ακύρωση ανυπόστατης διοικητικής πράξης για λόγους ασφάλειας δικαίου).

70. Βλ. και Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα YVES BOT της 24ης Απριλίου 2007 στην υπόθεση ΔΕΚ, 12-2-2008, C-2/06, Willy Kempter, σημ. 39, που παραπέμπει σε Mehdi, R., Variations sur le principe de securite juridique [Παραλλαγές της αρχής της ασφάλειας δικαίου], Liber Amicorum Jean Raux, Apogée, Rennes, 2006, σ. 177, 178.

71. Ε. Σπηλιωτόπουλος, Η ασφάλεια δικαίου και η προστασία των περιουσιακών δημοσίων δικαιωμάτων στο ελληνικό δίκαιο, σε: Κράτος Δικαίου και Προστατευόμενη Εμπιστοσύνη ΔτΑ, ΤΕΣ 2003, σ. 23 επ. (23).

72. ΔΕΚ, 12-2-2008, C-2/06, Willy Kempter (σκέψη 37), ΔΕΚ, 22-3-1961, Snupat κατά Ανωτάτης Αρχής (42/59 και 49/59, Συλλογή 1954-1964, σ. 599, και ΔΕΚ, 6-4-1962, De Geus (13/61, Συλλογή 1954-1964, σ. 665).

73. Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, 2004, σ. 214, Π. Παραράς, Η καθιέρωση της προστατευόμενης εμπιστοσύνης ως συνταγματικής αρχής, σε: Κράτος Δικαίου και Προστατευόμενη Εμπιστοσύνη, ΔτΑ I 2003, Τόμος εκτός σειράς, σ. 11 επ. (13). Πρβλ. όμως Γ. Κατρούγκαλο, Η «προστατευόμενη εμπιστοσύνη» ως συνταγματική αρχή, σε: Κράτος Δικαίου και Προστατευόμενη

και η αρ
τόσο σε
του δικ
με την
αρχής τ
εμπιστο
κυρίως
να οδηγ
ση κατα
την απο
την διά
νεια κα

Στο

Εμπιστο
δικαιολο
λεια, μπ

74.

τικό δικ
ρύννη, Ε
και του ε
στοσύνη

75.

Ολομ. Σ

76.

via βλ.

H. Mau

Staatsrec

λία βλ. Ε

1988, p.

1996, p.

legitime

deutsch

77.

revocati

of the a

γλου, Γε

δικαιολο

Δικαίου

και η αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης⁷⁴, η οποία έχει τύχει αναγνώρισης τόσο σε εθνικό επίπεδο⁷⁵ όσο και στο επίπεδο του ενωσιακού δικαίου, αλλά και του δικαίου των καθ' έκαστον κρατών μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης⁷⁶, που μαζί με την απονομή εξατομικευμένης δικαιοσύνης συνιστά ουσιαστικό στοιχείο της αρχής του κράτους δικαίου. Η αρχή αυτή επιβάλλει την προστασία της εύλογης εμπιστοσύνης του διοικούμενου στη δημιουργηθείσα έννομη σχέση ή κατάσταση, κυρίως απέναντι στις απότομες και αυθαίρετες επιλογές της διοίκησης, και μπορεί να οδηγήσει υπό προϋποθέσεις ακόμη και στη θεμελίωση αξίωσης προς αποζημίωση κατά του νομικού προσώπου του κράτους ή δημοσίου νομικού προσώπου για την αποκατάσταση της περιουσιακής ζημίας που τυχόν υφίσταται ο πολίτης από την διάψευση της καλοπίστως δημιουργηθείσας εμπιστοσύνης του στην ειλικρίνεια και τη συνέπεια αυτών⁷⁷.

Στο πεδίο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, η αρχή της προστατευόμενης εμπι-

Εμπιστοσύνη, ΔτΑ Ι 2003, Τόμος εκτός σειράς, σ. 159 επ. (164), ο οποίος επισημαίνει ότι η αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης δεν ταυτίζεται απόλυτα με την ασφάλεια δικαίου ή νομική ασφάλεια, μπορεί δε να λειτουργήσει και σε αντίθετη κατεύθυνση από τη δεύτερη.

74. Βλ. *H. Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13. Aufl., s. 281 ff., *A. Τάχο*, ελληνικό διοικητικό δίκαιο, 2003, σ. 75, *Ε. Σπηλιωτόπουλο*, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, 1996, σ. 507, *Α. Μακαραβύνη*, Η αρχή της προστατευόμενης εμπιστοσύνης του πολίτη: όψεις του ευρωπαϊκού κοινοτικού και του ελληνικού δικαίου, *Διδικ* 1997, σ. 1 επ., *Χ. Δετσαρίδης*, Οι αρχές της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης και της καλής πίστης στο διοικητικό δίκαιο, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2003.

75. Πρόκειται για συνταγματική αρχή σύμφωνα με τη νομολογία: ΣτΕ 1508/2002. Βλ. και Ολομ. ΣτΕ 30/2001, 60/2003, Ολομ. ΕΣ 110/2001 ΔτΑ 2003, ΤΕΣ, σ. 350.

76. Για τη θεωρητική επεξεργασία της αρχής της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης στη Γερμανία βλ. *B. Weber-Dürler*, *Verlag Helbing und Lichtenhahn*, Basel und Frankfurt am Main, 1983, *H. Maurer*, *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, in: *J. Isensee/P. Kirchhof*, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller, Heidelberg, Bd. III, 1988, 211. Για τη Γαλλία βλ. *E. Prevedourou*, *Le principe de confiance legitime en droit public francais*, *Droit et Economie*, 1988, p. 18 ff., *D. Labetoulle*, *Principe de legalite et principe de securite*, *Melanges G. Braibant*, Dalloz, 1996, p. 403 ff. Για μια συγκριτική θεώρηση βλ. *S. Calmes*, *Du principede protection de la confiance legitime en droits allemand, communautaire et francais*, Dalloz, *H. Blanke*, *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, *Jus Publilcum* 57, Mohr Siebeck.

77. Βλ. για το τελευταίο αυτό ζήτημα *Dimitrios Raikos*, *State Liability in Greece for the revocation of an illegal administrative act and the principle of protection of legitimate expectations of the addressee*, in: *European Public Law* 2005, Volume 12 Issue 1 (March 06), pp. 3 ff., *Π. Δαγτόγλου*, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, 2004, σ. 214, *Ε. Πρεβεδούρου*, Η κοινοτική αρχή της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης ως παράδειγμα αλληλεπιδράσεως των εννόμων τάξεων, σε: Κράτος Δικαίου και Προστατευόμενη Εμπιστοσύνη, ΔτΑ Ι 2003, Τόμος εκτός σειράς, σ. 171 επ. (195 επ.).

στοσύνης εμφανίζεται με την έννοια ότι, σε περίπτωση που οι αναθέτουσες αρχές έχουν υιοθετήσει την πρακτική να θεωρούν μια παράλειψη ως ασήμαντη και επουσιώδη, αυτές δεν δύνανται μεταγενέστερα να μεταβάλλουν άποψη και να θεωρήσουν ότι το εν λόγω σφάλμα είναι ουσιώδες και συνιστά λόγο αποκλεισμού από μια διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης⁷⁸.

Η συνεπής εφαρμογή της αρχής της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης επιβάλλει, έστω και κατεξάιρεση, να μην αποκλείεται ο διαγωνιζόμενος και να γίνονται δεκτά ακόμη και τα καθ' υπέρβαση της οριζόμενης προθεσμίας υποβαλλόμενα δικαιολογητικά, στην περίπτωση κατά την οποία ο υποψήφιος έχει, πάντως, συνυποβάλει εμπροθέσμως και καλοπίστως με την προσφορά του δικαιολογητικά, τα οποία παρουσιάζουν ελλείψεις, σφάλματα ή πλημμέλειες που οφείλονται αποκλειστικά σε πταίσμα του διοικητικού οργάνου που τα εξέδωσε, όπως δέχεται η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας στο πεδίο άλλων διαγωνισμών⁷⁹.

Ωστόσο, η νομολογία των εθνικών δικαστηρίων μάλλον είναι διστακτική στην αποδοχή της εφαρμογής της εν λόγω αρχής στους διεξαγόμενους για τη συνομολόγηση σύμβασης δημόσιους διαγωνισμούς, προκειμένου να περιορισθούν ανεπιεικείς ή άδικες λύσεις που υιοθετούν οι αναθέτουσες αρχές με την τυπολατρική εφαρμογή της αρχής της τυπικότητας. Έτσι, η Επιτροπή Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας, με την επίκληση της αρχής της αυτοτέλειας κάθε διαγωνισμού, θεώρησε ότι δεν προσκρούει στην αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης η συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής, που αποκλείει διαγωνιζόμενο λόγω πλημμελειών σε δικαιολογητικό συμμετοχής (λ.χ. υπεύθυνες δηλώσεις που έφεραν ημερομηνία σύνταξης προγενέστερη της ημερομηνίας υποβολής της προσφοράς), ενώ σε παλαιότερους διαγωνισμούς με τις ίδιες προβλέψεις της Διακήρυξης, η ίδια Αρχή παγίως αποδεχόταν τη νομιμότητα του ίδιου δικαιολογητικού⁸⁰.

78. Πρβλ. *Ε. Καφτάνη*, Η αρχή της τυπικότητας στους δημόσιους διαγωνισμούς. Ακραιφνής τυπολατρεία ή αναγκαίος όρος της ισότητας και της διαφάνειας, ΔιΔικ 2012, σ. 545 επ. (553).

79. Βλ. για παράδειγμα επί διαγωνισμών πρόσληψης στον δημόσιο τομέα από το ΑΣΕΠ ΣτΕ 1783/2011, 1201/2009, 1471/2007.

80. ΕΑ ΣτΕ 769/2011, ΣτΕ 3280/2007, ΕΑ ΣτΕ 1239/2010. Βλ. και ΕΑ ΣτΕ 269/2014, η οποία με το επιχείρημα της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών απέρριψε ισχυρισμό της διαγωνιζόμενης εταιρίας ότι σε προηγούμενο διαγωνισμό η αναθέτουσα αρχή είχε δεχθεί απόσπασμα ποινικού προσώπου του ίδιου προσώπου εκδοθέν από την Τουρκία, πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 416/2013 σκ. 6, 215/2013 σκ. 9, 769/2011 σκ. 9. Για το ζήτημα αυτό βλ. και *Ε. Καφτάνη*, ΔιΔικ 2012, σ. 561.

ΣΤ. Η αρχή της αναλογικότητας

Η αρχή της αναλογικότητας⁸¹, η οποία συγκαταλέγεται κατά την πάγια νομολογία του ΔΕΕ⁸² στις γενικές αρχές του ενωσιακού δικαίου⁸³, έχει την έννοια ότι ένα κράτος μέλος κατά τη διαδικασία επιλογής των προς λήψη μέτρων, οφείλει να επιλέγει αυτά που προκαλούν τα λιγότερα δυνατά προβλήματα στην άσκηση μιας ελευθερίας, προκρίνοντας εκείνα που θεωρεί αναγκαία και πρόσφορα για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. Δηλαδή, η εν λόγω αρχή επιτάσσει να μην υπερβαίνουν οι πράξεις των δημοσίων οργάνων (ενωσιακών, εθνικών) το πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο για την επίτευξη των θεμιτών σκοπών που επιδιώκει η σχετική ρύθμιση, εξυπακουμένου ότι, όταν υφίσταται δυνατότητα επιλογής μεταξύ περισσότερων του ενός πρόσφορων μέτρων, πρέπει να επιλέγεται το λιγότερο επαχθές και ότι τα μειονεκτήματα που προκαλούνται δεν πρέπει να είναι υπέρμετρα σε σχέση με τους επιδιωκόμενους σκοπούς⁸⁴.

Την αρχή της αναλογικότητας υποχρεούνται να τηρούν οι εθνικές αρχές και όταν ασκούν τη διακριτική τους ευχέρεια, κατά τη λήψη μέτρων εφαρμογής κανονιστικής ρύθμισης της Ένωσης⁸⁵. Ειδικότερα, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο πρόσφορο και

81. Για την αρχή της αναλογικότητας στο κοινοτικό δίκαιο βλ. A. Charlesworth/H. Cullen, *European Community Law*, 1994, pp. 108 ff., T. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, 3rd Edit., 1994, pp. 152 ff., J. Shaw, *European Community Law*, 1993, p. 103-104, II. Δαγτόγλου, *Ευρωπαϊκό Κοινοτικό Δίκαιο*, τ. I, 1985, σ. 160, E. Πρεβεδούρου, *Η αρχή της αναλογικότητας στη νομολογία του ΔΕΚ*, ΕΕΕυρΔ 1997, σ. 1 επ.

82. ΔΕΚ απόφαση της 4-10-2012, υπόθεση C-249/11, Hristo Byankov, σκέψη 43, ΔΕΚ απόφαση της 17-11-2011, υπόθεση C-434/10, Petar Aladzhev, σκέψη 47, ΔΕΚ απόφαση της 21-12-2011, C-316/10, Danske Svineproducenter, σκέψη 51-52, ΔΕΚ απόφαση της 28-7-2011, υπόθεση C-309/10, Agrana Zucker GmbH, σκέψη 42. Βλ. και ΔΕΚ αποφάσεις της 14ης Δεκεμβρίου 2004, C-434/02, Arnold André, Συλλογή 2004, σ. I-11825, σκέψη 45 και C-210/03, Swedish Match, Συλλογή 2004, σ. I-11893, σκέψη 47, καθώς και της 6ης Δεκεμβρίου 2005, ABNA κ.λπ., σκέψη 68.

83. Βλ. E. Πρεβεδούρου, *Η αρχή της αναλογικότητας στη νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων*, ΕΕΕυρΔ 1997, σ. 1 επ., E. Σταυρουλάκη, *Η αρχή της αναλογικότητας στη νομολογία των ελληνικών δικαστηρίων*, του ΔΕΚ και των οργάνων της ΕΣΔΑ, *Εφαρμογές Δημοσίου Δικαίου* 1994, σ. 101 επ., A. Γέροντας, *Δίκαιο Δημοσίων Έργων*, 2009, σ. 367 επ.

84. ΔΕΚ απόφαση της 11-6-2009, Agrana Zucker, σκέψη 31 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία.

85. Βλ. μεταξύ άλλων, ΔΕΚ απόφαση της 1-12-2011, υπόθεση C-145/10, Eva-Maria Painer, και ΔΕΚ αποφάσεις της 20ης Ιουνίου 2002, C-313/99, Mulligan κ.λπ., Συλλογή 2002, σ. I-5719, σκέψεις 35 και 36· της 25ης Μαρτίου 2004, C-231/00, C-303/00 και C-451/00, Cooperativa Lattèpiù κ.λπ., Συλλογή 2004, σ. I-2869, σκέψη 57, καθώς και της 14ης Σεπτεμβρίου 2006, C-496/04, Slob, Συλλογή 2006, σ. I-8257, σκέψη 41.

κατάλληλο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου. Η αρχή της αναλογικότητας περιλαμβάνει το στοιχείο της προσφορότητας, της αναγκαιότητας και της αναλογικότητας με τη στενή έννοια. Με άλλες λέξεις ο περιορισμός ή το μέτρο πρέπει να είναι πρόσφορο και αναγκαίο μέσο για την πραγματοποίηση του δημόσιου σκοπού.

Το μέτρο είναι κατάλληλο όταν με αυτό μπορεί να επιτευχθεί ο επιδιωκόμενος σκοπός. Το μέτρο είναι αναγκαίο όταν δεν είναι δυνατή η επιλογή ενός άλλου, εξίσου δραστικού μέτρου, το οποίο να περιορίζει σε λιγότερο βαθμό ή και καθόλου την κοινοτική ελευθερία. Δεν πρέπει να επιβαρύνεται υπέρμετρα ο ενδιαφερόμενος.

Υπό το πρίσμα αυτό, μια πρακτική έκφανση της αρχής της αναλογικότητας στο χώρο των δημοσίων συμβάσεων αποτελεί η απαγόρευση στις αναθέτουσες αρχές να απαιτούν δυσανάλογες και υπερβολικές τεχνικές, επαγγελματικές ή χρηματοοικονομικές ικανότητες κατά την ποιοτική επιλογή των υποψηφίων.

Z. Η αρχή της αμοιβαίας αναγνώρισης ή της ισοδυναμίας

Η αρχή της αμοιβαίας αναγνώρισης αποτελεί καρπό της νομολογίας του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (βλ. όμως ήδη άρθρο 18 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ και άρθρ. 18 παρ. 1 του ν. 4412/2016)⁸⁶. Η έννοιά της αποσαφηνίσθηκε σταδιακά βάσει μιας πλούσιας νομολογίας, η οποία αφορά την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων, των προσώπων και των υπηρεσιών. Σύμφωνα με την αρχή της αμοιβαίας αναγνώρισης, ένα κράτος μέλος οφείλει να δέχεται τα προϊόντα και τις υπηρεσίες που παρέχονται από τους οικονομικούς φορείς άλλων κρατών μελών, στο μέτρο που τα εν λόγω προϊόντα και υπηρεσίες πληρούν με ισοδύναμο τρόπο τους θεμιτούς στόχους τους οποίους επιδιώκει το κράτος μέλος προορισμού⁸⁷.

Η αρχή της αμοιβαίας αναγνώρισης σημαίνει, ακόμα, ότι το κράτος μέλος, στο οποίο πραγματοποιείται η υπηρεσία ή παρέχεται το αγαθό, πρέπει να αποδέχεται τις τεχνικές προδιαγραφές, τους ελέγχους, τους τίτλους, τα πιστοποιητικά και τα προσόντα που απαιτούνται σε ένα άλλο κράτος μέλος, στο μέτρο που αναγνωρίζονται ως ισοδύναμα με εκείνα, τα οποία απαιτούνται από το κράτος μέλος στο οποίο πραγματοποιείται η παροχή⁸⁸.

86. ΔΕΚ, υπόθεση C-120/78, Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung fuer Branntwein („Cassis de Dijon“), ECR 649.

87. Βλ. Ερμηνευτική Ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με τις συμβάσεις παραχώρησης στο κοινοτικό δίκαιο (2000/C 121/02, ΥΠΟ 3.1.4.). Επίσης Α. Γέροντας, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, 2009, σ. 371.

88. Α. Γέροντας, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, 2009, σ. 371 επ.

H. Η αρχή της

Σύμφωνα
διαδικασίες για
θέτουσα αρχή,
υποχρεωμένη
αυτής οδηγεί
γωνισμού. Παρ
της διακήρυξη

Με βάση
διατάξεις της δ
κατά τη διαδι
εκείνους για τ
γεται το απαρο

Η αρχή της
σμών εξυπηρετ
σης των προσφ
συμμόρφωση
διαγωνιζόμεν
πεια αυτή. Έτσ
προσφορά, η
θωράκισης το
θαλάσσης, σύ
στο σχετικό έγ

Ομοίως, η
σφοράς απαιτ
κά τη διενέργε
αποφυγής του
αξιολόγησής τ
τον αποκλεισ

89. Α. Γέροντας, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, 2009, σ. 371 επ.

90. Κ. Καρπανά, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, 2009, σ. 371 επ.

91. ΣτΕ 197/2009, Α. Γέροντας, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, 2009, σ. 371 επ.

92. ΣτΕ 197/2009, Α. Γέροντας, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, 2009, σ. 371 επ.

Η. Η αρχή της τυπικότητας στους δημόσιους διαγωνισμούς

Σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας, που αφορά όλες τις διαγωνιστικές διαδικασίες για τις δημόσιες συμβάσεις και όχι μόνο για τις διοικητικές⁸⁹, η αναθέτουσα αρχή, θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς⁹⁰.

Με βάση την αρχή της τυπικότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας, όλες οι διατάξεις της διακήρυξης, που αφορούν τους τύπους, οι οποίοι πρέπει να τηρηθούν κατά τη διαδικασία αυτή, καθιερώνουν ουσιώδους όρους (τύπους) με εξαίρεση εκείνους για τους οποίους προκύπτει το αντίθετο, η δε παράβαση αυτών συνεπάγεται το απαράδεκτο της προσφοράς που υποβλήθηκε από τον υποψήφιο⁹¹.

Η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών εξυπηρετεί της ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους, τυχόν δε μη συμμόρφωση προς τις απαιτήσεις της διακήρυξης επάγεται τον αποκλεισμό του διαγωνιζομένου, ακόμη και αν η οικεία προκήρυξη δεν διαγράφει ρητά τη συνέπεια αυτή. Έτσι, λ.χ. δεν βαθμολογείται αλλά απορρίπτεται υποχρεωτικά η τεχνική προσφορά, η οποία δεν προβλέπει απόσταση τουλάχιστον 0,70 μ. της στάθμης της θωράκισης του υποθαλάσσιου αγωγού από την στάθμη του φυσικού πυθμένα της θαλάσσης, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο τεύχος της Τεχνικής Περιγραφής και στο σχετικό έγγραφο διευκρινίσεων⁹².

Ομοίως, η συνεχής αρίθμηση των σελίδων των διαφόρων εγγράφων της προσφοράς απαιτείται και ως έκφανση της αρχής της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών και εξυπηρετεί της ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους, τυχόν δε μη συμμόρφωση προς την εν λόγω απαίτηση επάγεται τον αποκλεισμό του διαγωνιζομένου, ακόμη και αν η διακήρυξη δεν αναφέρει ρη-

89. Α. Γέροντας, ό.π., σ. 323.

90. Κ. Καφτάνη, Η αρχή της τυπικότητας στους δημόσιους διαγωνισμούς. Ακραιφνής τυπολατρεία ή αναγκαίος όρος της ισότητας και της διαφάνειας, ΔιΔικ 2012, σ. 545 επ. (546).

91. ΣτΕ 1971, 1970, 1969/2013, ΕΑ ΣτΕ 689/2011, ΕΣ Τμημ. VI 2495/2009, 1949/2009 κ.α. Βλ. και παρακάτω υπό εκθέτη VII Δ 1.

92. ΣτΕ 1971, 1970, 1969/2013.

τως τούτο. Τις ίδιες ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους εξυπηρετεί και η απαίτηση για την υποβολή της προσφοράς με ορθή ταξινόμηση των διαφόρων εγγράφων της, χωρίς την οποία η αρίθμηση των σελίδων παρουσιάζεται ασυνεχής. Για το λόγο αυτό, η αποκατάσταση σφαλμάτων περί την ταξινόμηση είναι, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας, ανεπίτρεπτη και επάγεται το απαράδεκτο της προσφοράς, εάν γίνεται μετά την κατάθεσή της με επεμβάσεις επί των στοιχείων της (όπως αναταξινομήσεις των κινητών φύλλων εγγράφων της προσφοράς, διευκρινιστικές εγγραφές επί των εγγράφων αυτών κ.ο.κ.) από τον ίδιο τον διαγωνιζόμενο ή το νόμιμο εκπρόσωπό του⁹³.

Ο αποκλεισμός του υποψηφίου, η προσφορά του οποίου δεν είναι σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης δεν καταλείπεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, η οποία υποχρεούται να προβεί στην έκδοση της σχετικής πράξης αποκλεισμού. Επομένως, δεν μπορούν να προβληθούν βάσιμα λόγοι ότι ο αποκλεισμός του υποψηφίου από τον διαγωνισμό στην περίπτωση αυτή έρχεται σε αντίθεση με την αρχή της αναλογικότητας, ή έγινε καθ' υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας και κατά κατάχρηση εξουσίας των οργάνων του διαγωνισμού⁹⁴.

Μάλιστα, στην περίπτωση που η προσβαλλόμενη πράξη εκδίδεται κατά δεσμία αρμοδιότητα, –όπως η προαναφερόμενη–, εάν ο ακυρωτικός δικαστής, ενόψει και του μη αμφισβητούμενου πραγματικού της συγκεκριμένης υπόθεσης, κρίνει ότι, από πλευράς εσωτερικής νομιμότητας, η πράξη αυτή βάλλεται αβασίμως, ότι δηλαδή ο νόμος δεν επιτρέπει την έκδοση της πράξης με το περιεχόμενο που αξιώνει ο αιτών, τότε, και εφόσον δεν πρόκειται για περίπτωση ανυπόστατης πράξης, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση τυπικών λόγων, όπως είναι οι λόγοι περί αναρμοδιότητας, μη νομίμου συγκρότησης ή κακής σύνθεσης γνωμοδοτήσαντος συλλογικού οργάνου. Τούτο δε διότι το διοικητικό όργανο, ακόμη και αν δεν είχε συντελεσθεί η προβαλλόμενη παραβίαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, όφειλε να εκδώσει την πράξη με το ίδιο ακριβώς περιεχόμενο⁹⁵.

93. ΣτΕ 3231/2012, ΕΑ ΣτΕ 488/2013, 462/2010, 733/2009, 79/2009.

94. ΣτΕ 2889/2011, ΕΑ ΣτΕ 228/2013 κ.α.

95. ΣτΕ 667/2011, 4231/2000, 530/2003, 2916/20070, 425/2010.

VII. Η ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΑΝΑΘΕΣΗΣ ΤΗΣ ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ

A. Ο δημόσιος διαγωνισμός

Όπως συμβαίνει με κάθε σύμβαση, η δημόσια σύμβαση είναι το αποτέλεσμα της διασταύρωσης δηλώσεων βούλησης, δηλαδή μιας προσφοράς και μιας ζήτησης, και έρχεται στο τέλος μιας διαδικασίας επιλογής, η οποία επιτρέπει στο δημόσιο αγοραστή (αναθέτουσα αρχή) να επιλέξει την καλύτερη προσφορά ανάμεσα σε περισσότερες. Ωστόσο, η διαδικασία ανάθεσης και σύναψης δημόσιας σύμβασης δεν είναι ένα απλό, αλλά σύνθετο από πολλές πλευρές εγχείρημα, όπου η αναθέτουσα αρχή προσφεύγει στους μηχανισμούς της ελεύθερης αγοράς προκειμένου να καλύψει τις ανάγκες της σε αγαθά και υπηρεσίες.

Οι διατάξεις του ενωσιακού και του εθνικού δικαίου εστιάζουν την προσοχή τους στη διαμόρφωση συνθηκών ελεύθερης πρόσβασης των οικονομικών φορέων στην αγορά δημοσίων συμβάσεων. Για το σκοπό αυτό, ειδικά το πρώτο καθιερώνει κοινούς κανόνες δημοσιότητας των σχετικών διαγωνιστικών διαδικασιών, ώστε να καταστεί δυνατή η ευρύτερη δυνατή ενημέρωση των ενδιαφερομένων επιχειρήσεων να συμμετάσχουν στον οικείο διαγωνισμό, ενώ περαιτέρω διατυπώνει κοινούς δεσμευτικούς κανόνες, που αναφέρονται στη διαδικασία και τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής με σκοπό την ίση και μη διακριτική μεταχείριση των υποψηφίων αναδόχων¹. Μάλιστα, από την υποχρέωση εφαρμογής των θεμελιωδών κανόνων της Συνθήκης δεν εξαιρούνται ούτε εκείνες οι δημόσιες συμβάσεις, οι οποίες τυχόν εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής των σχετικών οδηγιών².

Η διαδικασία σχηματισμού της δήλωσης βούλησης του δημόσιου νομικού προσώπου για τη σύναψη της δημόσιας σύμβασης, καθώς και τα αρμόδια όργανα για το σκοπό αυτό, ρυθμίζονται από κανόνες δικαίου, οι οποίοι μπορεί να προβλέπουν την έκδοση κανονιστικών διοικητικών πράξεων, όπως είναι η διακήρυξη του διαγωνισμού, και ατομικών πράξεων, όπως είναι η κατακύρωση ή η έγκριση της κατακύρωσης³. Η βούληση δε αυτή του δημόσιου νομικού προσώπου περιλα-

1. Α. Γέροντας/Σ. Λύτρας/Π. Παυλόπουλος/Γ. Σιούτη/Σ. Φλογαΐτης, Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2010, σ. 264.

2. Βλ. ανωτέρω υπό εκθέτη Ι Γ 4 και IV.

3. Ε. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, 1996, σ. 189 επ., που σημειώνει ότι οι εν λόγω κανόνες δικαίου μπορεί να είναι γενικής εφαρμογής (λ.χ. οι κανόνες του δημοσίου λογι-

βάνει τον καθορισμό του αντικειμένου και των όρων της σύμβασης, καθώς και την επιλογή του αντισυμβαλλομένου.

Η δημόσια σύμβαση δεν είναι στατικό φαινόμενο, αλλά αποτελεί την κατάληξη μιας δυναμικής διαγωνιστικής διαδικασίας, που εξελίσσεται σε διάφορα διαδοχικά στάδια. Σε ένα πρώτο χρονικά στάδιο λαμβάνει χώρα μια «ποιοτική επιλογή», κατά την οποία αποκλείονται από την αναθέτουσα αρχή υποψηφιότητες που δεν πληρούν τις ελάχιστες προϋποθέσεις της εντιμότητας και της φερεγγυότητας, που απαιτούν η κοινοτική και η εθνική νομοθεσία. Αυτή η φάση λαμβάνει χώρα τόσο στους ανοικτούς όσο και στους κλειστούς διαγωνισμούς. Στους τελευταίους συνοδεύεται από μια συμπληρωματική φάση αξιολόγησης των ουσιαστικών προσόντων των «υποψηφίων», καλούμενη «προεπιλογή», κατά την οποία η αναθέτουσα αρχή αξιολογεί την τεχνική και χρηματοοικονομική ικανότητα των υποψηφίων και συγκροτεί –βάσει των αποτελεσμάτων της αξιολόγησης– ένα κατάλογο προεπιλεγέντων («short list»), τους οποίους προσκαλεί στη συνέχεια να υποβάλλουν προσφορά στο δεύτερο στάδιο της κλειστής διαδικασίας. Σε ένα δεύτερο στάδιο, η επιλογή και η εξονυχιστική εξέταση των προσφορών των διαγωνιζόμενων οδηγεί στον αποκλεισμό εκείνων από αυτές που είναι ανεπαρκείς. Σε ένα τρίτο στάδιο γίνεται η τελική επιλογή από το δημόσιο φορέα (οργανισμό δημοσίου δικαίου) με βάση τα καθοριζόμενα στο νόμο κριτήρια.

Όσον αφορά την οριοθέτηση του αντικειμένου της δημόσιας σύμβασης και τον τρόπο επιλογής του αναδόχου, οι αρχές του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης απαιτούν τη χρησιμοποίηση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ανταγωνιστικών διαδικασιών που προβλέπονται από το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Πρόκειται για μια δυναμική διαδικασία με δημοσιότητα σε όλα τα στάδια αυτής, στην οποία η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να προβεί στην προκήρυξη διαγωνισμού, όπου οριοθετεί με ακρίβεια τις ανάγκες της, προς ικανοποίηση των οποίων επιθυμεί τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, και συγχρόνως ενημερώνει τους οικονομικούς φορείς σχετικά με αυτό, προκειμένου να αναπτυχθεί μεταξύ τους πραγματικός ανταγωνισμός⁴.

Στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης υφίσταται υποχρέωση όλων των συμμετεχόντων για απαρέγκλιτη εφαρμογή όλων

στικού), είτε ειδικής εφαρμογής για ορισμένη μόνο κατηγορία συμβάσεων (λ.χ. ο ν. 3669/20008 για τη σύναψη σύμβασης δημοσίων έργων), και ανήκουν είτε στο διοικητικό δίκαιο είτε στο ιδιωτικό δίκαιο.

4. Πρβλ. Μ. Οικονόμου, ό.π., σ. 242-243.

των σχετικών κανόνων και αρχών⁵, ενώ, παραπέρα, η αναθέτουσα αρχή υπέχει ευθύνη να προασπίσει και να εγγυηθεί το αδιάβλητο και το αμερόληπτο της όλης διαδικασίας και την εξέλιξη αυτής κατά τρόπο που να διασφαλίζει την ανάπτυξη ανόθευτου και πραγματικού ανταγωνισμού ανάμεσα στους οικονομικούς φορείς που εκδηλώνουν το ενδιαφέρον τους για την ανάληψη της εκτέλεσης της υπό ανάθεση δημόσιας σύμβασης⁶.

Ο δημόσιος διαγωνισμός ή δημοπρασία αναδεικνύεται και επιβάλλεται ως ο πλέον πρόσφορος τρόπος επιλογής του καταλληλότερου αναδόχου για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης χάριν του δημοσίου συμφέροντος, αφού συνδέεται με την διαφάνεια που είναι η ίδια η ουσία του γνήσιου και υγιούς ανταγωνισμού. Για την ανάθεση της δημόσιας σύμβασης διενεργείται δημοπρασία, πλειοδοτική ή μειοδοτική, η οποία αρχίζει με τη διακήρυξη ή προκήρυξη του διαγωνισμού, που έχει την έννοια της πρόσκλησης προς τους ενδιαφερόμενους να υποβάλλουν προτάσεις (προσφορές) και τελειούται με την κατακύρωση του διαγωνισμού (βλ. άρθρ. 199 ΑΚ)⁷.

Με αφετηρία τη θεμελιώδη αρχή της διαφάνειας της διαγωνιστικής διαδικασίας, υποστηρίζεται η άποψη ότι το ενωσιακό δίκαιο καθιερώνει μια ιεραρχία στους τύπους των διαδικασιών ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης («a formal hierarchy of procedures»), υπό την έννοια ότι το προβάδισμα ανήκει στις ανοικτές ή κλειστές διαγωνιστικές διαδικασίες, ενώ η επιλογή της διαδικασίας του διαγωνισμού μέσω διαπραγματεύσεων ή του ανταγωνιστικού διαλόγου παρίστανται ως η «δεύτερη καλύτερη λύση» έναντι του ανοικτού και του κλειστού διαγωνισμού⁸.

Ωστόσο, σε αντίκρουση αυτής της εκδοχής είναι υποστηρικτέο ότι οι οδηγίες της Ε.Ε. για τις δημόσιες συμβάσεις καθιστούν με ρητές τους διατάξεις σαφές πως όλες οι προαναφερόμενες διαδικασίες ανάθεσης είναι, καταρχήν, διαθέσιμες στις αναθέτουσες αρχές, που έχουν δυνατότητα επιλογής μεταξύ αυτών, όπου δε ο ενωσιακός νομοθέτης θέλησε το αντίθετο το όρισε ρητά, όπως για παράδειγμα συμβαίνει με τον ανταγωνιστικό διάλογο, η προσφυγή στον οποίο, κατά το γράμμα των διατάξεων των οδηγιών είναι δυνατή μόνο όταν η δημόσια σύμβαση δεν μπορεί να ανατεθεί με ανοικτή ή κλειστή διαδικασία. Είναι δε τελείως διαφορετικό το ζήτημα πως σε ορισμένες περιπτώσεις η χρησιμοποίηση της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης με δημοσίευση προκήρυξης επηρεάζεται από την ύπαρξη και τη

5. Βλ. περί αυτών ανωτέρω υπό εκθέτη V.

6. Μ. Οικονόμου, ό.π., σ. 287.

7. Ι. Τζεβελεκάκης, ΝοΒ 1989, σ. 1153 επ. Πρβλ. Γ. Μπαλή, Γενικά Αρχαί του Αστικού Δικαίου, Αθήναι 1961, σ. 229-230, Μ. Καρασής, σε Γεωργιάδη-Σταθοπούλου, ΑΚ, 199, αρ. 2.

8. Βλ. Μ.Θ. Μαρίνο, ΘΠΔΔ 2011, σ. 1 επ. (7).

διαθεσιμότη

Σύμφω

δημόσιες ο

δικασία τα

θρου 31. Σ

σία (άρθρο

ΕΕ), μπορ

ση, στον α

κήρυξης δ

Μολο

ση του νο

εντούτοις

για την αν

θρο 26 τη

συμβάσει

έχουν τη

οικονομικ

κινούνται

έννοια αυ

άρθρο δια

Έτσι,

διατηρών

οποίος θε

καθόσον

δίου, βάσ

βαση υλο

έναν από

κλειστού

αυτοί, πα

Όπω

κάποια ιε

9. Έτσι

10. Π

Γαλλικής Δ

11. Βλ

ση, με παρ

διαθεσιμότητα άλλων διαδικασιών ανάθεσης⁹.

Σύμφωνα με το άρθρο 26 του ν. 441/2016, οι αναθέτουσες αρχές συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας στην ανοικτή διαδικασία ή στην κλειστή διαδικασία των άρθρων 27 και 28 αντίστοιχα ή στις συμπράξεις καινοτομίας του άρθρου 31. Στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που προβλέπονται στη νομοθεσία (άρθρα 29, 30 και 32 του ν. 4412/2016, άρθρ. 29, 30 και 32 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ), μπορούν να προσφεύγουν στη ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση, στον ανταγωνιστικό διάλογο ή στην διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού (άρθρο 26 παρ. 2 και 6 του ν. 4412/2016).

Μολονότι η ανωτέρω οδηγία 2014/24/ΕΕ δεν σκοπεί στην πλήρη εναρμόνιση του νομικού καθεστώτος των δημοσίων συμβάσεων εντός των κρατών μελών, εντούτοις οι διαδικασίες, των οποίων επιτρέπεται να κάνουν χρήση τα κράτη μέλη για την ανάθεση τέτοιου είδους συμβάσεων, απαριθμούνται περιοριστικά στο άρθρο 26 της εν λόγω οδηγίας, και, συνεπώς, δεν επιτρέπεται η σύναψη δημοσίων συμβάσεων με άλλες διαδικασίες¹⁰. Αυτό σημαίνει ότι, τα κράτη μέλη ναι μεν έχουν τη δυνατότητα να διατηρούν σε ισχύ ή να θεσπίζουν ουσιαστικούς και δικονομικούς κανόνες στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πλην όμως πρέπει να κινούνται μέσα στο πλαίσιο των κοινών κανόνων της εν λόγω οδηγίας, και με την έννοια αυτή δεν έχουν περιθώριο απόκλισης από τις αναφερόμενες στο παραπάνω άρθρο διαδικασίες.

Έτσι, κρίθηκε από το ΔΕΚ¹¹ ότι, η Γαλλική Δημοκρατία, θεσπίζοντας και διατηρώντας σε ισχύ τα άρθρ. 73 και 74-IV του Κώδικα Δημοσίων Συμβάσεων, ο οποίος θεσπίσθηκε με το διάταγμα αριθ. 2006-975, της 1ης Αυγούστου 2006, και καθόσον οι διατάξεις αυτές προβλέπουν διαδικασία συμβάσεων εκπόνησης σχεδίου, βάσει της οποίας καθίσταται δυνατό σε αναθέτουσα αρχή να συνάπτει σύμβαση υλοποίησης (που αφορά παροχή υπηρεσιών, προμήθεια ή δημόσια έργα) με έναν από τους αναδόχους των αρχικών συμβάσεων εκπόνησης σχεδίου, κατόπιν κλειστού διαγωνισμού, στον οποίο μπορούν να συμμετάσχουν μόνον οι ανάδοχοι αυτοί, παρέβη τις υποχρεώσεις που υπέχει από το άρθρ. 28 της Οδηγίας 2004/18.

Όπως έγινε λόγος παραπάνω, το ενωσιακό δίκαιο δεν φαίνεται να επιβάλλει κάποια ιεραρχία ανάμεσα στις ανοικτές και τις κλειστές διαγωνιστικές διαδικασίες

9. Έτσι, S. Arrowsmith, *EU public procurement law: An introduction*, 2011, p. 194.

10. Πρβλ. ΔΕΚ απόφαση της 10-12-2009, C-299/2008, υπόθεση Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Γαλλικής Δημοκρατίας, σκέψεις 28-29, ΘΠΔΔ 2010, σ. 835 επ.

11. Βλ. απόφαση C-299/2008 ΔΕΚ που μνημονεύεται στην αμέσως προηγούμενη υποσημείωση, με παρατηρήσεις Π. Κατσιμάνη, ΘΠΔΔ 2010, σ. 835 επ.

(«open procedures and restricted procedures»), καθόσον, άλλωστε, η κατάταξη *a priori* της κάθε είδους διαδικασίας ως υπερέχουσας στον ελεύθερο και ανόθευτο ανταγωνισμό, δίχως να συνυπολογίζονται τα συγκεκριμένα δεδομένα και οι συνθήκες της κάθε δημόσιας σύμβασης, «θα ήταν μια πρόχειρη εκτίμηση, μη ανταποκρινόμενη στις συνεχώς μεταβαλλόμενες συνθήκες της αγοράς»¹².

Επομένως, οι δύο αυτές διαγωνιστικές διαδικασίες είναι, πάντοτε κατά το ενωσιακό δίκαιο, ισοδύναμες και οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν ευχέρεια επιλογής ως προς τούτο. Ωστόσο, είναι επιτρεπτό στα κράτη μέλη να θεσπίζουν αυστηρότερους κανόνες από τις οδηγίες στο ζήτημα αυτό, δηλαδή κανόνες που να επιτρέπουν την προσφυγή στις κλειστές διαδικασίες μόνο υπό ορισμένους όρους, πράγμα που γίνεται σε διάφορες χώρες¹³.

Σημειωτέον ότι, και στις δύο παραπάνω διαδικασίες οι κανόνες διεξαγωγής του διαγωνισμού είναι παρόμοιοι, ενώ διαφέρουν ως προς το ότι στη δεύτερη από αυτές, –την κλειστή διαδικασία–, υφίσταται ένα επιπλέον στάδιο για την επιλογή του αναδόχου ανάμεσα σε περιορισμένο αριθμό υποψηφίων.

Στον εθνικό χώρο, σύμφωνα με τη νομολογία των ελληνικών δικαστηρίων, τον κανόνα για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης έργου, προμήθειας ή υπηρεσίας αποτελεί η διενέργεια διαγωνισμού, ανοικτού ή κλειστού, ενώ ο διαγωνισμός μεταξύ περιορισμένου αριθμού προσκαλούμενων επιχειρήσεων αποτελεί εξαιρετική διαδικασία επιλογής αναδόχου, αφού συνιστά παρέκκλιση από τις αρχές της διαφάνειας, της ισότιμης συμμετοχής στις διαδικασίες κατάρτισης δημοσίων συμβάσεων και του ελεύθερου ανταγωνισμού. Εφαρμόζεται δε μόνο σε ειδικές, ρητώς καθοριζόμενες στο νόμο περιπτώσεις¹⁴.

Οι διατάξεις της νέας γενικής οδηγίας για τις δημόσιες συμβάσεις 2014/24/ΕΕ (ΕΕΕΕ L 94/65/28-3-2014), που καταργεί την υφιστάμενη οδηγία 2004/18/ΕΚ από 18-4-2016 (άρθρο 91), προβλέπουν (άρθρο 26) τις ανοικτές και κλειστές διαγωνιστικές διαδικασίες («open and restricted procedures»), την ανταγωνιστική

12. Μ. Οικονόμου, ό.π., σ. 263.

13. Βλ. S. Arrowsmith, EU public procurement law: An introduction, 2011, p. 133, που επισημαίνει και τις διαφορές ανάμεσα στην κλειστή διαγωνιστική διαδικασία (restricted procedure) των οδηγιών και τω κλειστών διαδικασιών (restricted tendering) της UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services. S. Arrowsmith/C. Nicholas, The UNCITRAL Model Law on Procurement: Past, Present and Future, chapter 1 in Arrowsmith (ed.), Public Procurement in the 21th Century: Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement, 2009, Eagan, MN: West, section 1.12.

14. ΣτΕ 1747/2011, ΕΣ απόφαση 5/2012 Τμήμα μείζονος σύνθεσης.

διαδικασία με διαπραγμάτευση («competitive procedure with negotiation»), τον ανταγωνιστικό διάλογο («competitive dialogue»), τη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση ή διαγωνισμό («negotiated procedure without prior publication») και τη σύμπραξη καινοτομίας («innovation partnership»). Η δυνατότητα επιλογής μεταξύ ανοικτής και κλειστής διαγωνιστικής διαδικασίας μπορεί να γίνει σε κάθε περίπτωση από την αναθέτουσα αρχή δίχως να είναι απαραίτητη η αιτιολόγηση της εν λόγω επιλογής (άρθρο 26 παρ. 2).

Η προσφυγή στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση ή ανταγωνιστικό διάλογο, και τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση ή διαγωνισμό είναι επιτρεπτή μόνο σε ειδικές περιπτώσεις που ορίζονται στην οδηγία και απαιτεί αιτιολόγηση (παρ. 4 και 6 άρθρου 26). Συγκεκριμένα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να χρησιμοποιούν τις διαδικασίες αυτές μόνο στις ακόλουθες περιπτώσεις:

α) όσον αφορά έργα, αγαθά ή υπηρεσίες που πληρούν ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα κριτήρια:

i) σε περίπτωση που οι ανάγκες της αναθέτουσας αρχής δεν είναι δυνατόν να ικανοποιηθούν χωρίς προσαρμογή των άμεσα διαθέσιμων λύσεων,

ii) περιλαμβάνουν σχεδιασμό ή καινοτόμες λύσεις,

iii) η σύμβαση δεν είναι δυνατόν να ανατεθεί χωρίς προηγούμενες διαπραγματεύσεις λόγω ειδικών περιστάσεων που σχετίζονται με τη φύση, την πολυπλοκότητα ή τη νομική ή χρηματοοικονομική οργάνωση ή λόγω των κινδύνων που συνδέονται με αυτά,

iv) οι τεχνικές προδιαγραφές δεν είναι δυνατόν να καθοριστούν με επαρκή ακρίβεια από την αναθέτουσα αρχή με αναφορά σε πρότυπο, ευρωπαϊκή τεχνική αξιολόγηση, κοινή τεχνική προδιαγραφή ή τεχνικό πλαίσιο αναφοράς κατά την έννοια των σημείων 2 έως 5 του παραρτήματος VII.

β) όσον αφορά έργα, αγαθά ή υπηρεσίες για τα οποία, έπειτα από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, υποβάλλονται μόνο αντικανονικές ή απαράδεκτες προσφορές. Στις περιπτώσεις αυτές, οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτείται να δημοσιεύουν γνωστοποίηση προκήρυξης σύμβασης εάν στη διαδικασία περιλαμβάνουν όλους τους προσφέροντες που πληρούν τα κριτήρια των άρθρων 57 έως 64 και, κατά την προηγηθείσα ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, υπέβαλαν προσφορές σύμφωνες προς τις τυπικές απαιτήσεις της διαδικασίας προμήθειας, και μόνον αυτούς.

Συγκεκριμένα, οι προσφορές που δεν πληρούν τις προϋποθέσεις των εγγράφων της σύμβασης, παρελήφθησαν καθυστερημένα, όταν υπάρχουν αποδεικτικά

στοιχεία αθέμιτης πρακτικής ή διαφθοράς ή κρίνονται από την αναθέτουσα αρχή αφύσικα χαμηλές, θεωρούνται αντικανονικές. Ενώ, οι προσφορές που υποβάλλονται από προσφέροντες οι οποίοι δεν διαθέτουν τα απαιτούμενα προσόντα και προσφέροντες των οποίων η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της αναθέτουσας αρχής, όπως καθορίστηκε και τεκμηριώθηκε πριν από τη δρομολόγηση της διαδικασίας της σύμβασης, θεωρούνται απαράδεκτες.

Όπως αναφέρεται στην αιτιολογική σκέψη 42 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ: «Είναι επιτακτική η ανάγκη να παρασχεθεί στις αναθέτουσες αρχές μεγαλύτερη ευελιξία για την επιλογή διαδικασίας σύμβασης που να προβλέπει διαπραγματεύσεις. Εκτενέστερη χρήση των διαδικασιών αυτών είναι, εξάλλου, πιθανό να αυξήσει τις διασυνοριακές συναλλαγές, καθώς η αξιολόγηση έδειξε ότι οι συμβάσεις που ανατίθενται μέσω διαδικασίας με διαπραγμάτευση και προηγούμενη δημοσίευση, έχουν ιδιαίτερα υψηλό ποσοστό επιτυχίας διασυνοριακών προσφορών. Τα κράτη μέλη θα πρέπει να μπορούν να προβλέπουν τη χρήση της ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση ή του ανταγωνιστικού διαλόγου σε διάφορες περιπτώσεις όπου οι ανοικτές ή οι κλειστές διαδικασίες χωρίς διαπραγμάτευση δεν είναι πιθανό να οδηγήσουν σε ικανοποιητικά αποτελέσματα. Υπενθυμίζεται ότι η χρήση του ανταγωνιστικού διαλόγου έχει αυξηθεί σημαντικά τα τελευταία χρόνια από τη σκοπιά της αξίας των συμβάσεων. Έχει αποδειχθεί χρήσιμη σε περιπτώσεις που οι αναθέτουσες αρχές δεν είναι σε θέση να ορίσουν τα μέσα που θα μπορούσαν να ικανοποιήσουν τις ανάγκες τους ή να εκτιμήσουν τι μπορεί να προσφέρει η αγορά ως τεχνικές, χρηματοδοτικές ή νομικές λύσεις. Η κατάσταση αυτή μπορεί να παρουσιαστεί ιδίως στις περιπτώσεις που αφορούν καινοτόμα έργα, εκτέλεση σημαντικών έργων υποδομής ολοκληρωμένων μεταφορών, μεγάλα δίκτυα πληροφορικής ή έργα που απαιτούν περίπλοκη και διαρθρωμένη χρηματοδότηση. Κατά περίπτωση, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να ενθαρρύνονται να ορίζουν επικεφαλής του σχεδίου για την εξασφάλιση καλής συνεργασίας μεταξύ των οικονομικών φορέων και της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία ανάθεσης».

Ρητά αναφέρεται στην παρ. 1 του άρθρου 26 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ότι: «κατά την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεών τους, οι αναθέτουσες αρχές εφαρμόζουν τις εθνικές διαδικασίες, προσαρμοσμένες κατά τρόπο ώστε να είναι σύμφωνες με την παρούσα οδηγία, εφόσον, υπό την επιφύλαξη του άρθρου 32, έχει δημοσιευθεί προκήρυξη διαγωνισμού σύμφωνα με την παρούσα οδηγία». Υιοθετείται, συνεπώς, η λεγόμενη «προσέγγιση εργαλειοθήκης» («Toolbox approach»), που δίνει στα κράτη μέλη την ευχέρεια διάπλασης των όρων εφαρμογής των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, πλην εκείνης της που αφορά τη διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση ή διαγωνισμό.

ΑΞΙ
δυνατό
δρομολο
να διεξά
αγορά α
για τα
αυτό, οι
τις συμβ
ράς. Οι
διεξαγω
αποτελέ
αποφυν

Τις
αναλυτ
4412/20
γή στις

ΑΞΙ
για τις
για τις
κασίες
(άρθρ.

Σή
περισσ
αναλα
των αγ
ορίζον
σες αρ
να τη
μεγά
βάλου
γελμα
για έν
αναθέ
γούν μ

Σ
κής πο

Αξίζει να σημειωθεί ότι, η νέα οδηγία 2014/24/ΕΕ προβλέπει στο άρθρο 40 τη δυνατότητα «προκαταρκτικών διαβουλεύσεων» με την αγορά. Συγκεκριμένα, πριν δρομολογήσουν διαδικασία δημόσιας σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να διεξάγουν διαβουλεύσεις με την αγορά, προκειμένου να προετοιμάζουν την αγορά αγαθών, υπηρεσιών ή έργων και να ενημερώνουν τους οικονομικούς φορείς για τα σχέδια και τις απαιτήσεις τους όσον αφορά τις συμβάσεις. Για το σκοπό αυτό, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν, επί παραδείγματι, να ζητούν ή να δέχονται τις συμβουλές ανεξάρτητων εμπειρογνομόνων ή αρχών ή συμμετεχόντων της αγοράς. Οι εν λόγω συμβουλές μπορούν να χρησιμοποιούνται για το σχεδιασμό και τη διεξαγωγή της διαδικασίας σύμβασης, εφόσον οι εν λόγω συμβουλές δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη στρέβλωση του ανταγωνισμού και την παραβίαση των αρχών της αποφυγής των διακρίσεων και της διαφάνειας.

Τις θέσεις αυτές του ενωσιακού νομοθέτη, περί των οποίων γίνεται λόγος αναλυτικά αμέσως παρακάτω, έχει μεταφέρει στην εθνική έννομη τάξη ο νόμος 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (Προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (ΦΕΚ Α' 147/8-8-2016).

Αξίζει να επισημανθεί ότι η οδηγία 2014/24/ΕΕ περιέχει ειδικές ρυθμίσεις τόσο για τις συμβάσεις των λεγόμενων κεντρικών αναθετουσών αρχών (ΚΑΑ), όσο και για τις περιστασιακές από κοινού διαδικασίες σύναψης συμβάσεων και τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων με αναθέτουσες αρχές από διαφορετικά κράτη-μέλη (άρθρ. 37, 38 και 39 της οδηγίας, άρθρ. 40-43 του ν. 4412/2016).

Σήμερα, στην πλειονότητα των κρατών μελών χρησιμοποιούνται ολοένα και περισσότερο τεχνικές συγκέντρωσης των συμβάσεων. Οι κεντρικές αρχές αγορών αναλαμβάνουν την πραγματοποίηση αγορών, τη διαχείριση δυναμικών συστημάτων αγορών ή την ανάθεση δημόσιων συμβάσεων/συμφωνιών-πλαίσιων που προορίζονται για άλλες αναθέτουσες αρχές, είτε έναντι αμοιβής είτε όχι. Οι αναθέτουσες αρχές για τις οποίες συνάπτεται μια συμφωνία-πλαίσιο θα πρέπει να μπορούν να τη χρησιμοποιούν για μεμονωμένες ή επαναλαμβανόμενες αγορές. Λόγω του μεγάλου όγκου των αγοραζόμενων ποσοτήτων οι τεχνικές αυτές μπορούν να συμβάλουν στην αύξηση του ανταγωνισμού και θα πρέπει να ενισχύσουν την επαγγελματική διαχείριση των δημόσιων αγορών. Πρέπει συνεπώς να υπάρξει μέριμνα για έναν ενωσιακό ορισμό των κεντρικών αρχών αγορών που θα αφορά ειδικά τις αναθέτουσες αρχές και θα διευκρινίζεται ότι οι κεντρικές αρχές αγορών λειτουργούν με δύο διαφορετικούς τρόπο.

Συγκεκριμένα, οι ΚΑΑ μπορούν να λειτουργούν πρώτον ως πωλητές χονδρικής που αγοράζουν, αποθηκεύουν ή επαναπωλούν ή δεύτερον, μπορούν να λειτουργούν

γούν ως μεσάζοντες που αναθέτουν συμβάσεις, χειρίζονται δυναμικά συστήματα αγορών ή συνάπτουν συμφωνίες-πλαίσια για χρήση από τις αναθέτουσες αρχές. Σε ορισμένες περιπτώσεις μπορούν να αναλαμβάνουν τον ρόλο του μεσάζοντα, διεξάγοντας αυτόνομα τις σχετικές διαδικασίες ανάθεσης, χωρίς να λαμβάνουν λεπτομερείς οδηγίες από τις οικείες αναθέτουσες αρχές· σε άλλες περιπτώσεις, μπορούν να διεξάγουν τις διαδικασίες ανάθεσης βάσει οδηγιών από τις οικείες αναθέτουσες αρχές, εξ ονόματός τους και για λογαριασμό τους (βλ. αιτιολογική σκέψη 69 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

Επομένως, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να μπορούν να αναθέτουν δημόσια σύμβαση υπηρεσιών για την παροχή κεντρικών δραστηριοτήτων συμβάσεων σε κεντρική αρχή αγορών χωρίς να εφαρμόζονται οι διαδικασίες της οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Θα πρέπει επίσης να επιτρέπεται οι εν λόγω δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών να περιλαμβάνουν την παροχή επικουρικών δραστηριοτήτων συμβάσεων. Οι δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών για την παροχή επικουρικών δραστηριοτήτων προμηθειών, όταν δεν πραγματοποιούνται από κεντρική αρχή αγορών στο πλαίσιο της εκ μέρους της παροχής κεντρικών δραστηριοτήτων προμηθειών προς την οικεία αναθέτουσα αρχή αλλά με άλλον τρόπο, θα πρέπει να ανατίθενται σύμφωνα με τις διατάξεις της παρούσας οδηγίας. Πρέπει να υπενθυμιστεί επίσης ότι η οδηγία 2014/24/ΕΕ δεν εφαρμόζεται σε περιπτώσεις που παρέχονται μεν κεντρικές ή επικουρικές δραστηριότητες προμηθειών, όχι όμως με σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας που συνιστά σύμβαση κατά την έννοια της εν λόγω οδηγίας (βλ. αιτιολογική σκέψη 70 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

Κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 40 (παρ. 1 και 2) του ν. 4412/2016 (βλ. άρθρ. 37 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ), οι αναθέτουσες αρχές μπορούν: α) να αποκτούν αγαθά και/ή υπηρεσίες από μία ΚΑΑ^{15, 16} που προσφέρει τη δραστηριότητα της υπο-

15. Όλες οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων που διεξάγονται από μία ΚΑΑ, διενεργούνται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, σύμφωνα με τις απαιτήσεις που καθορίζονται στα άρθρα 22, 36 και 37 του ν. 4412/2016.

16. Ως Εθνικές Κεντρικές Αναθέτουσες Αρχές, υπό την έννοια της περίπτωσης 19 της παραγράφου 1 του άρθρου 2 του ν. 4412/2016, λειτουργούν (βλ. άρθρο 41 του ν. 4412/2016): α) Η Γενική Γραμματεία Υποδομών (ΓΤΥ) του Υπουργείου Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων για δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, β) η Γενική Διεύθυνση Δημοσίων Συμβάσεων και Προμηθειών (ΓΔΔΣ και Π) της Γενικής Γραμματείας Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή (ΓΓΕ και ΠΚ) του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και γενικών υπηρεσιών, υπό την επιφύλαξη της περίπτωσης γ' και γ) η Επιτροπή Προμηθειών Υγείας (ΕΠΥ) του Υπουργείου Υγείας για δημόσιες συμβάσεις προμήθειας ιατροτεχνολογικών, υγειονομικών, φαρμακευτικών αγαθών

περίπτωσης α' της περίπτωσης 15 της παραγράφου 1 του άρθρου 2 ή/και β) να αποκτούν έργα, αγαθά και υπηρεσίες χρησιμοποιώντας συμβάσεις που ανατίθενται από μία ΚΑΑ, δυναμικά συστήματα αγορών που διαχειρίζεται μία ΚΑΑ ή, στο βαθμό που καθορίζεται στο δεύτερο εδάφιο της παρ. 2 του άρθρου 39, συμφωνία-πλαίσιο που συνάπτεται από μία ΚΑΑ, η οποία προσφέρει τη δραστηριότητα της υποπερίπτωσης β' της περίπτωσης 15 της παραγράφου 1 του άρθρου 2 του ν. 4412/2016. Όταν ένα δυναμικό σύστημα αγορών το οποίο διαχειρίζεται μια ΚΑΑ μπορεί να χρησιμοποιείται από άλλες αναθέτουσες αρχές, αυτό αναφέρεται στην προκήρυξη διαγωνισμού με την οποία εισάγεται το σύστημα. Η δε αναθέτουσα αρχή εκπληρώνει τις υποχρεώσεις της δυνάμει του Βιβλίου Ι (άρθρα 3 έως 221) του ν. 4412/2016 όταν: α) αποκτά αγαθά ή υπηρεσίες από μία ΚΑΑ που προσφέρει τη δραστηριότητα της υποπερίπτωσης α' της περίπτωσης 15 της παραγράφου 1 του άρθρου 2 ή/και β) αποκτά έργα, αγαθά ή υπηρεσίες χρησιμοποιώντας συμβάσεις που ανατίθενται από την ΚΑΑ, δυναμικά συστήματα αγορών που διαχειρίζεται η ΚΑΑ ή, στο βαθμό που καθορίζεται στο δεύτερο εδάφιο της παρ. 2 του άρθρου 39, συμφωνία-πλαίσιο που συνάπτεται από την ΚΑΑ η οποία προσφέρει τη δραστηριότητα της υποπερίπτωσης β' της περίπτωσης 15 της παραγράφου 1 του άρθρου 2.

Εξάλλου, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν, χωρίς να εφαρμόζουν τις διαδικασίες του Βιβλίου Ι του ν. 4412/2016 (δηλαδή, τις διατάξεις της οδηγίας 2014/24/ΕΕ βλ. παρ. 4 άρθρ. 37 της οδηγίας) να αναθέτουν μία δημόσια σύμβαση για την παροχή υπηρεσιών κεντρικών δραστηριοτήτων αγορών σε μία ΚΑΑ. Αυτές οι δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών μπορούν επίσης να περιλαμβάνουν την παροχή επικουρικών δραστηριοτήτων αγορών.

Ωστόσο, η ενίσχυση των διατάξεων που αφορούν τις κεντρικές αρχές αγορών δεν θα πρέπει σε καμία περίπτωση να αποτρέπει τις τρέχουσες πρακτικές περιστάσεων από κοινού προμηθειών, δηλαδή λιγότερο θεσμοθετημένων και συστηματικών κοινών αγορών ή την καθιερωμένη πρακτική της προσφυγής σε παρόχους υπηρεσιών που προετοιμάζουν και διαχειρίζονται διαδικασίες σύμβασης εξ ονόματος και για λογαριασμό μιας αναθέτουσας αρχής και βάσει οδηγιών της. Αντίθετα, ορισμένα χαρακτηριστικά των από κοινού προμηθειών θα πρέπει να διευκρινιστούν λόγω του σημαντικού ρόλου που μπορούν να διαδραματίζουν οι συγκεκριμένες συμβάσεις, μεταξύ άλλων, και όσον αφορά τα καινοτόμα έργα. Οι από κοινού συμβάσεις μπορούν να λαμβάνουν διάφορες μορφές, από τις συντονισμένες προμήθειες μέσω της εκπόνησης κοινών τεχνικών προδιαγραφών για έργα, αγαθά

ή υπηρεσίες που πρόκειται να προμηθευτούν διάφορες αναθέτουσες αρχές, με κάθε μία από αυτές να διεξάγει χωριστή διαδικασία σύμβασης, μέχρι περιπτώσεις όπου οι αναθέτουσες αρχές διεξάγουν από κοινού μια διαδικασία σύμβασης είτε ενεργώντας μαζί είτε αναθέτοντας σε μια αναθέτουσα αρχή τη διαχείριση της διαδικασίας σύμβασης εξ ονόματος όλων των αναθετουσών αρχών. Στην περίπτωση που διάφορες αναθέτουσες αρχές διεξάγουν από κοινού διαδικασία σύμβασης, είναι από κοινού υπεύθυνες για την τήρηση των υποχρεώσεων τους που απορρέουν από την οδηγία 2014/24/ΕΕ. Εντούτοις, στην περίπτωση που οι αναθέτουσες αρχές διεξάγουν μέρη μόνο της διαδικασίας σύμβασης, η κοινή ευθύνη υφίσταται μόνο για τα μέρη της διαδικασίας που διεξάγονται από κοινού. Κάθε αναθέτουσα αρχή θα είναι υπεύθυνη μόνο για τις διαδικασίες ή τα μέρη της διαδικασίας που διεξάγει μόνη, όπως η ανάθεση μιας σύμβασης, η σύναψη συμφωνίας-πλαίσιου, ο χειρισμός δυναμικού συστήματος αγορών, η εκ νέου διεξαγωγή διαγωνισμού στο πλαίσιο μιας συμφωνίας-πλαίσιου ή ο προσδιορισμός του ποιος από τους οικονομικούς φορείς που είναι συμβαλλόμενα μέρη στη συμφωνία-πλαίσιο θα ασκήσει ένα συγκεκριμένο καθήκον (βλ. αιτιολογική σκέψη 71 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

Τις ρυθμίσεις της οδηγίας 2014/24/ΕΕ για τις λεγόμενες «Περιστασιακές από κοινού διαδικασίες σύναψης συμβάσεων» (άρθρο 38 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ) μεταφέρουν στην ελληνική έννομη τάξη οι διατάξεις του άρθρου 42 του ν. 4412/2016. Σύμφωνα με τις τελευταίες, δύο ή περισσότερες αναθέτουσες αρχές μπορούν να συμφωνήσουν να διεξάγουν ορισμένες συγκεκριμένες διαδικασίες σύναψης συμβάσεων από κοινού. Η συμφωνία συνάπτεται εγγράφως και καθορίζει τουλάχιστον τις ευθύνες των μερών, τον επιμερισμό των υποχρεώσεων στα μέρη και τις λεπτομέρειες σχετικά με τις αναγκαίες δαπάνες και τις πιστώσεις των μερών. Αν μια διαδικασία σύναψης σύμβασης διενεργείται εξ ολοκλήρου από κοινού εξ ονόματος και για λογαριασμό όλων των αναθετουσών αρχών, οι τελευταίες ευθύνονται αλληλέγγυα για την εκπλήρωση των υποχρεώσεων που προκύπτουν από το όν Βιβλίο Ι (άρθρα 3 έως 221) του ν. 4412/2016. Τούτο ισχύει και αν τη διαδικασία διαχειρίζεται μία αναθέτουσα αρχή, ενεργώντας τόσο για δικό της λογαριασμό όσο και για λογαριασμό των λοιπών αναθετουσών αρχών. Εάν, όμως, η διενέργεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης δεν πραγματοποιείται στο σύνολό της εξ ονόματος και για λογαριασμό των ενδιαφερόμενων αναθετουσών αρχών, οι τελευταίες ευθύνονται αλληλέγγυα μόνο για τα μέρη εκείνα που πραγματοποιούνται από κοινού. Ενώ, κάθε αναθέτουσα αρχή φέρει την αποκλειστική ευθύνη για την εκπλήρωση των υποχρεώσεων της, σύμφωνα με το Βιβλίο Ι του ν. 4412/2016 για τα μέρη που διεξάγει ιδίω ονόματι και για δικό της λογαριασμό.

Τέλος, κατά τις διατάξεις του άρθρου 43 του ν. 4412/2016 (άρθρ. 39 της οδη-

γίας 2014/24/ΕΕ), με την επιφύλαξη του άρθρου 12, αναθέτουσες αρχές από διαφορετικά κράτη-μέλη μπορούν να ενεργούν από κοινού για την ανάθεση δημόσιων συμβάσεων, υπό τον όρο ότι δεν χρησιμοποιούν τα προβλεπόμενα για τον σκοπό αυτό μέσα με πρόθεση την αποφυγή της εφαρμογής διατάξεων αναγκαστικού δημοσίου δικαίου σύμφωνα με το δίκαιο της Ένωσης στις οποίες υπόκειται το οικείο κράτος-μέλος. Συγκεκριμένα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να χρησιμοποιούν κεντρικές δραστηριότητες αγορών που προσφέρονται από ΚΑΑ εγκατεστημένες σε άλλο κράτος-μέλος. Αναθέτουσες αρχές από διαφορετικά κράτη-μέλη μπορούν από κοινού να αναθέτουν δημόσια σύμβαση, να συνάπτουν συμφωνία-πλαίσιο ή να λειτουργούν ένα δυναμικό σύστημα αγορών. Επιπλέον, μπορούν, να αναθέτουν συμβάσεις βάσει της συμφωνίας-πλαίσιο ή του δυναμικού συστήματος αγορών¹⁷.

Β. Είδη διαγωνισμών για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων

1. Κατά την εθνική νομοθεσία και το ενωσιακό δίκαιο

1.1. Ο ανοικτός διαγωνισμός

Ο ανοικτός διαγωνισμός (ανοικτή διαδικασία ή ανοικτή δημοπρασία - «open procedure»), ως διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, είναι μια συνήθης διαδικασία ανάθεσης¹⁸ και προσφέρει από τη φύση του και τον τρόπο λειτουργίας του ένα πεδίο ανταγωνισμού πιο ευρύ από τον κλειστό διαγωνισμό ή δημοπρασία. Επιπρόσθετα, σε ό,τι αφορά τις προϋποθέσεις της αυτονομίας και της αβεβαιότητας των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, κατά κοινή πείρα καθίσταται δυσχερέστερη η διάρρηξη των κανόνων του γνήσιου ανταγωνισμού όταν ο αριθμός των επιχειρηματικών φορέων που συμμετέχουν σ' αυτόν είναι όσο το δυνατόν μεγαλύτερος.

Στον ανοικτό διαγωνισμό ή ανοικτή δημοπρασία, καλείται κάθε ενδιαφερόμενος, που έχει τα αναγραφόμενα στην διακήρυξη νόμιμα προσόντα, να υποβάλλει γραπτή προσφορά¹⁹.

Συγκεκριμένα, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 27 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (άρθρ. 27 παρ. 1 οδηγίας 2014/24/ΕΕ) «Ανοικτές διαδικασίες» είναι οι διαδικασίες, στο πλαίσιο των οποίων κάθε ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας μπορεί να υποβάλλει προσφορά».

17. Αναλυτικά για τις ΚΑΑ, τις περιστασιακές από κοινού διαδικασίες σύναψης σύμβασης και τη σύναψη συμβάσεων με αναθέτουσες αρχές άλλων κρατών μελών σε Δ. Ράικο/Ε. Βλάχου/Ε. Σαββίδη, ό.π., σ. 445 επ.

18. Ε. Κουλουμπίνη, ΘΠΔΔ 2012, σ. 768.

19. Ε. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο διοικητικού δικαίου, 1996, σ. 196.

Οι διατάξεις της νέας γενικής οδηγίας για τις δημόσιες συμβάσεις 2014/24/ΕΕ, προβλέπουν (άρθρ. 27 και 56 παρ. 2) πολύ λίγες αλλαγές για τις ανοικτές διαγωνιστικές διαδικασίες που αφορούν κυρίως τη δυνατότητα εξέτασης των προσφορών πριν από την επαλήθευση της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 57 έως 64 της εν λόγω οδηγίας, τη δυνατότητα των κρατών μελών να αποκλείουν ή να περιορίζουν τα κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής, και την εισαγωγή μιας ταχείας ανοικτής διαγωνιστικής διαδικασίας («accelerated open procedure»). Κατά την σχετική αιτιολογική σκέψη 46 της νέας οδηγίας 2014/24/ΕΕ: «Θα πρέπει να επιτρέπεται στις αναθέτουσες αρχές να συντομεύουν ορισμένες προθεσμίες που ισχύουν για τις ανοικτές και κλειστές διαδικασίες και για τις ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση, εάν οι προθεσμίες αυτές δεν θα ήταν εφικτό να τηρηθούν λόγω επείγουσας ανάγκης, η οποία πρέπει να αιτιολογείται δεόντως από τις αναθέτουσες αρχές. Θα πρέπει να αποσαφηνιστεί ότι δεν είναι απαραίτητο να πρόκειται για κατεπείγουσα ανάγκη οφειλομένη σε γεγονότα τα οποία η αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε να προβλέψει και για τα οποία δεν ευθύνεται».

1.2. Ο κλειστός διαγωνισμός ή διαδικασία με προεπιλογή

Στον κλειστό διαγωνισμό ή δημοπρασία με προεπιλογή (κλειστή διαδικασία, «restricted procedure»), η διαγωνιστική διαδικασία εξελίσσεται σε δύο στάδια. Στο πρώτο στάδιο καλούνται όσοι έχουν τα νόμιμα προσόντα να υποβάλλουν δήλωση (αίτηση) συμμετοχής. Μετά τη λήξη της προθεσμίας για την υποβολή των δηλώσεων ενδιαφέροντος, το αρμόδιο όργανο του δημόσιου οργανισμού αποφασίζει, με βάση κριτήρια που προβλέπονται στη διακήρυξη και τις οικείες νομοθετικές διατάξεις, ποιοι από εκείνους που δήλωσαν ενδιαφέρον συμμετοχής θα κληθούν να υποβάλουν προσφορές²⁰. Δηλαδή, προσφορά υποβάλλουν μόνο οι υποψήφιοι που προεπιλέγονται από την αναθέτουσα αρχή (άρθρο 28 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, άρθρο 28 παρ. 1 και 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

Επομένως, στην περίπτωση των κλειστών δημοπρασιών για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης έργου, προμήθειας ή υπηρεσίας, σκοπός των δημοσίων αγοραστών, δηλαδή των αναθετουσών αρχών, είναι να επιτρέψουν τη συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία των βέλτιστων επιχειρήσεων που διαθέτουν ένα «ποιοτικό minimum», όπως αυτό διαγράφεται από τις οικείες διατάξεις της νομοθεσίας περί των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής (βλ. λ.χ. άρθρο 44 της οδηγίας 2014/24/

20. Ε. Σπηλιωτόπουλος, ό.π., σ. 196-197.

ΕΕ). Με τον τρόπο αυτό, «η ποσοτική πενία των συμμετοχών και των υποψηφιότητων –η οποία όμως δεν αφορά στο πρώτο στάδιο της διαδικασίας, αφού σ' αυτό οι υποψηφιότητες και συμμετοχές μπορεί να είναι απεριόριστες, αλλά το δεύτερο στάδιο– αντισταθμίζεται από την ποιοτική αναβάθμιση ακόμη και του ίδιου του ανταγωνισμού»²¹.

Για τον σύννομο χαρακτήρα του κλειστού διαγωνισμού απαιτείται η τήρηση και των δύο σταδίων της διαγωνιστικής διαδικασίας. Συνεπώς, δεν είναι νόμιμη, για παράδειγμα, η διαδικασία διενέργειας προμήθειας με κλειστό διαγωνισμό από Νομαρχιακή Αυτοδιοίκηση (ήδη, Περιφέρεια), αν δεν τηρήθηκε η αυτοτέλεια των δύο διακριτών σταδίων-φάσεων της διαδικασίας του κλειστού διαγωνισμού, δηλαδή δεν τηρήθηκε το στάδιο της προεπιλογής των υποψηφίων, οι οποίοι, αφού επιλεγούν, στη συνέχεια καλούνται να υποβάλλουν οριστική προσφορά, αλλά ο ελεγχόμενος διαγωνισμός ολοκληρώθηκε σε ένα και μόνο στάδιο²².

Εξάλλου, οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να συνάπτουν σύμβαση με έναν οικονομικό φορέα ο οποίος δεν έχει προεπιλεγεί κατά το στάδιο της προεπιλογής. Τούτο απορρέει από τις θεμελιώδεις αρχές του πρωτογενούς δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, καθώς η ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων πρέπει να λαμβάνει χώρα βάσει αντικειμενικών, εκ των προτέρων γνωστών και δεσμευτικών για όλα τα μέρη κριτηρίων και κανόνων σε φορείς που πληρούν τα κριτήρια επιλογής που τίθενται, προκειμένου να διασφαλίζεται ότι ο ανάδοχος έχει τα εχέγγυα για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης. Διαφορετική ερμηνευτική εκδοχή, θα αντιστρατευόταν την όλη φιλοσοφία της εισαγωγής του σταδίου της προεπιλογής, όπου και αξιολογείται εάν οι υποψήφιοι πληρούν τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και νομιμοποιούνται να αξιώσουν την κατακύρωση της σύμβασης.

Περαιτέρω, τίθεται το ερώτημα εάν συνάδει με τους κανόνες του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων η μεταβολή της ταυτότητας του υποψηφίου μεσούσης της διαδικασίας προεπιλογής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης (μεταξύ της υποβολής αιτήσεων συμμετοχής και της υποβολής τελικών προσφορών), και ειδικότερα, εάν είναι επιτρεπτή η υποβολή προσφοράς από υποψήφιο, ο οποίος είχε υποβάλει αίτηση συμμετοχής και προεπελέγη κατά το στάδιο αυτό ως μέλος κοινοπραξίας κι όχι ως μεμονωμένος υποψήφιος.

21. Μ. Οικονόμου, ό.π., σ. 264, Ε. Αδαμαντίδου, Φως στα κριτήρια επιλογής και ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, ΔηΣΚΕ 2005, σ. 328 επ.

22. Πρβλ. υπό το καθεστώς του ΠΔ 118/2007 την ΕΣ ΣΤ' Κλιμ 41/2010.

Καταρχήν, το ενωσιακό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων δεν ρυθμίζει την μεταβολή της ταυτότητας των υποψηφίων κατά το προσυμβατικό στάδιο. Ειδικότερα, για την περίπτωση των μεταβολών της σύνθεσης των ενώσεων ή κοινοπραξιών που συμμετέχουν στη διαδικασία ανάθεσης μιας δημόσιας σύμβασης, το Δικαστήριο έκρινε ότι η ρύθμιση των εν λόγω μεταβολών εμπίπτει στην αρμοδιότητα των κρατών-μελών²³. Παρατηρείται ωστόσο ότι τέτοιες εθνικές κανονιστικές ρυθμίσεις πρέπει να τηρούν τις θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού δικαίου και ιδίως την αρχή της απαγόρευσης των δυσμενών διακρίσεων και της ίσης μεταχείρισης²⁴.

Επομένως, ελλείπει αντίθετης εθνικής ρύθμισης, και στο μέτρο που δεν περιλαμβάνεται σχετική απαγορευτική ρήτρα στη διακήρυξη του διαγωνισμού, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η μεταβολή της σύνθεσης των ενώσεων ή κοινοπραξιών είναι καταρχήν ελεύθερη, ωστόσο υπόκειται σε ορισμένους περιορισμούς. Έτσι, μπορεί να συντρέχει παραβίαση των διατάξεων του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων όταν η μεταβολή της σύνθεσης μιας κοινοπραξίας, και ως εκ τούτου, του προσώπου του υποψηφίου, αλλάζει ουσιωδώς την ταυτότητα του υποψηφίου ή τις ικανότητές του. Τέτοια ουσιώδης μεταβολή αφορά σε στοιχεία τα οποία υπήρξαν αποφασιστικά για την αξιολόγηση της αντίστοιχης υποψηφιότητας και τα οποία, εάν εξέλιπαν, θα είχαν οδηγήσει σε διαφορετική εκτίμηση όπως, επί παραδείγματι, όταν αποχωρεί από το κοινοπρακτικό σχήμα ένα μέλος στις ικανότητες του οποίου έχει στηριχθεί η προεπιλογή της κοινοπραξίας. Κατά συνέπεια, δεν αντιβαίνει προς το ενωσιακό δίκαιο ο μετασχηματισμός της νομικής μορφής του υποψηφίου λόγω αποχώρησης μέλους της κοινοπραξίας κατά το στάδιο της προεπιλογής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης, μεταξύ της υποβολής αιτήσεων συμμετοχής και της υποβολής των τελικών προσφορών, εφόσον δεν λαμβάνει χώρα ουσιώδης μεταβολή της ταυτότητας του υποψηφίου λόγω διαδοχής του αποχωρήσαντος μέλους από το άλλο μέλος της κοινοπραξίας, και εφόσον το μέλος αυτό πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και προεπιλογής²⁵.

23. Συγκεκριμένα, κρίθηκε ότι η Οδηγία 93/37/ΕΚ δεν αντιτίθεται σε εθνική κανονιστική ρύθμιση η οποία απαγορεύει τη μεταβολή της συνθέσεως μιας κοινοπραξίας που μετέχει σε διαγωνισμό για τη σύναψη συμβάσεως δημοσίων έργων ή σύμβαση παραχωρήσεως δημοσίων έργων μετά την υποβολή της προσφοράς βλ. ΔΕΚ C-57/01, Μακεδονικό Μετρό, Συλλογή 2003, I-1091, σκ. 63.

24. Υπ. αριθμ. 18/2014 γνώμη Ν.Σ. της ΕΑΑΔΗΣΥ.

25. Υπ. αριθμ. 18/2014 γνώμη του νομικού συμβούλου της ΕΑΑΔΗΣΥ, με παραπομπή σε *A. Brown* "Post Tender Changes in the Membership of a Bidding Consortium: Case C-57/01", PPLR 2003, ΝΑ 58, *Κ. Γιαννακόπουλο*, Η προστασία του Ελεύθερου Ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των Διοικητικών Συμβάσεων, παρ. 476, Ε.Α.ΣτΕ 33/2003, σκ. 5, Ολομ. ΣτΕ 971/1988.

Γενικά, πάντως, οι διατάξεις της νέας οδηγίας για τις δημόσιες συμβάσεις 2014/24/ΕΕ προβλέπουν (άρθρ. 28) λίγες αλλαγές σε σχέση με την οδηγία 2004/14/ΕΚ, που αφορούν κατά βάση τον καθορισμό αποκλειστικών προθεσμιών για την παραλαβή των αιτήσεων συμμετοχής και των προσφορών, και τη δυνατότητα των κρατών μελών να προβλέπουν ότι όλες ή ειδικές κατηγορίες μη κεντρικών αναθετουσών αρχών μπορούν να ορίζουν την προθεσμία παραλαβής των προσφορών με κοινή συμφωνία μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και των υποψηφίων που έχουν επιλεγεί, εφόσον παρέχεται σε όλους τους επιλεγμένους υποψηφίους ίσος χρόνος για την κατάρτιση και την υποβολή των προσφορών τους. Ελλείψει συμφωνίας σχετικά με την προθεσμία παραλαβής των προσφορών, η προθεσμία δεν είναι μικρότερη των 10 ημερών από την ημερομηνία αποστολής της πρόσκλησης υποβολής προσφορών (παρ. 4 άρθρ. 28).

1.3. Ο συνοπτικός διαγωνισμός

Σύμφωνα με την διάταξη της παραγράφου 1 του άρθρου 116 του ν. 4412/2016, για δημόσιες συμβάσεις κάτω των ορίων οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προσφεύγουν εκτός από τις διαδικασίες που προβλέπονται στο άρθρο 26 του νόμου αυτού και στις διαδικασίες της απευθείας ανάθεσης και του συνοπτικού διαγωνισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 117 και 118 και στο σύστημα προεπιλογής του άρθρου 303 αναλόγως εφαρμοζόμενου.

Ως «συνοπτικός διαγωνισμός» νοείται η απλοποιημένη διαδικασία ανάθεσης στο πλαίσιο της οποίας κάθε ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας μπορεί να υποβάλει προσφορά, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 117 και 327 του ν. 4412/2016 (άρθρο 2 παρ. 1 περ. 30 του ν. 4412/2016).

Ο συνοπτικός διαγωνισμός (πρώην πρόχειρος διαγωνισμός ή προφορική δημοπρασία) διενεργείται με απλούστερη διαδικασία, με τη λήψη ανοικτών προσφορών κατόπιν πρωτοβουλίας του αρμόδιου οργάνου του δημόσιου νομικού προσώπου. Μετά την υποβολή τους οι προσφορές ανοίγονται και γίνεται εκτίμηση του παραδεκτού τους, αξιολόγηση και σύγκριση μεταξύ τους, συντάσσεται δε συγκριτικός πίνακας, στον οποίο εμφανίζονται κατά σειρά οι καλύτερες προσφορές. Τη διαδικασία ανοίγματος των προσφορών και τα κριτήρια της αξιολόγησης και της σύγκρισης καθορίζουν οι σχετικές διατάξεις ή οι όροι της διακήρυξης²⁶.

Ειδικότερα, προσφυγή στη διαδικασία του συνοπτικού διαγωνισμού επιτρέπεται όταν η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης είναι ίση ή κατώτερη από το ποσό των

26. Ε. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, 1996, σ. 197.

εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ. Για τη διενέργεια συνοπτικού διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή δημοσιεύει διακήρυξη στο ΚΗΜΔΗΣ, σύμφωνα με το άρθρο 66 του ν. 4412/2016. Επιπρόσθετα, μπορεί να προσκαλεί επιπλέον και συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς, τρεις (3) τουλάχιστον εφόσον δραστηριοποιούνται τόσοι στη σχετική αγορά. Οι προσφορές των οικονομικών φορέων υποβάλλονται εγγράφως²⁷. Η υποβολή μόνο μίας προσφοράς δεν αποτελεί κώλυμα για τη συνέχιση της διαδικασίας του διαγωνισμού και την ανάθεση της σύμβασης. Τέλος, η αποσφράγιση του φακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής, των τεχνικών προσφορών και των οικονομικών προσφορών μπορούν να γίνουν σε μία δημόσια συνεδρίαση, κατά την κρίση της επιτροπής (άρθρο 117 ν. 4412/2016).

Σημειωτέον ότι, σε κάθε περίπτωση απαγορεύεται η τεχνητή κατάτμηση της σύμβασης για την αποφυγή της διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως για παράδειγμα ο επιμερισμός επί σύμβασης προμήθειας της συνολικής ποσότητας των ζητούμενων όμοιων ή ομοειδών αγαθών σε περισσότερες μικρότερες ποσότητες ή μερικότερες κατηγορίες, και, στη συνέχεια, η χωριστή απευθείας ανάθεση των αντίστοιχων τμηματικών προμηθειών, καθόσον, με τον τρόπο αυτό της κατάτμησης της δαπάνης, επιχειρείται, κατά περιγραφή των οικείων διατάξεων, η μη τήρηση των διατυπώσεων του τακτικού ή του συνοπτικού, ανάλογα με την περίπτωση, διαγωνισμού²⁸.

1.4. Η απευθείας ανάθεση

Ως «απευθείας ανάθεση» νοείται η διαδικασία ανάθεσης χωρίς εκ των προτέρων δημοσιότητα, στο πλαίσιο της οποίας οι αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς αναθέτουν στον οικονομικό φορέα της επιλογής τους, κατόπιν έρευνας αγοράς και διαβούλευσης με έναν ή περισσότερους οικονομικούς φορείς, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 118 και 328 του ν. 4412/2016 (άρθρ. 2 παρ. 1 περ. 31 του ν. 4412/2016).

Κατά τις διατάξεις του άρθρου 118 του ν. 4412/2016, προσφυγή στη διαδικασία της απευθείας ανάθεσης επιτρέπεται όταν η εκτιμώμενη αξία της σύμβα-

27. Στα έγγραφα της σύμβασης μπορεί να προβλέπεται η υποχρεωτική συνυποβολή των εγγράφων και σε ηλεκτρονική μορφή, με τη χρήση οπτικού δίσκου. Σε περίπτωση απόκλισης μεταξύ των έντυπων και ηλεκτρονικών στοιχείων, κατ ισχύουν αυτά που υποβάλλονται σε έντυπη μορφή. Οι Αναθέτουσες Αρχές δύνανται να χρησιμοποιούν το Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. σε όλα τα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας, εφόσον αυτό προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης (παρ. 3 του άρθρου 117 ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 17 άρθρ. 43 ν. 4605/2019 ΦΕΚ Α' 52).

28. Πρακτικ.Ολομ.ΕΣ 14ης ΓενΣυν/20-6-2012 ΘΠΔΔ 2012, σ. 844 επ.

σης, χωρίς ΦΠΑ, είναι ίση ή κατώτερη από το ποσό των είκοσι χιλιάδων (20.000) ευρώ²⁹. Η απευθείας ανάθεση διενεργείται από τις αρμόδιες υπηρεσίες της αναθέτουσας αρχής, χωρίς να απαιτείται η συγκρότηση συλλογικού οργάνου για το σκοπό αυτό. Μετά την έκδοση της απόφασης απευθείας ανάθεσης, η αναθέτουσα αρχή δημοσιεύει αυτή στο ΚΗΜΔΗΣ, σύμφωνα με το άρθρο 66 του ν. 4412/2016, διαφορετικά η σύμβαση είναι αυτοδίκαια άκυρη.

Ειδικά για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, η κάθε αναθέτουσα αρχή προκειμένου να προβεί στη διαδικασία της απευθείας ανάθεσης δημοσιεύει, μία φορά κατ' έτος και για διάστημα είκοσι ημερών, πρόσκληση για την κατάρτιση καταλόγων ενδιαφερομένων ανά κατηγορίες έργων/μελετών. Στην πρόσκληση, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από τους ενδιαφερόμενους να πληρούν απαιτήσεις ειδικής τεχνικής ικανότητας, για την εγγραφή τους στους καταλόγους. Στους καταλόγους εγγράφονται τουλάχιστον τρεις (3) ενδιαφερόμενοι, διαφορετικά ο κατάλογος δεν ισχύει.

Για την επιλογή του αναδόχου διενεργείται δημόσια ηλεκτρονική κλήρωση από επιτροπή που ορίζεται από την αναθέτουσα αρχή, μεταξύ αυτών που περιλαμβάνονται στον ανωτέρω κατάλογο. Η σύμβαση υπογράφεται με τον ανάδοχο που αναδεικνύεται με τη διαδικασία της ηλεκτρονικής κλήρωσης. Για την υπογραφή της σύμβασης απαιτείται σχετική αναγγελία του αποτελέσματος της ηλεκτρονικής κλήρωσης και των στοιχείων της σύμβασης (ποσό σύμβασης, ανάδοχος κ.λπ.), η οποία αποστέλλεται προς δημοσίευση στην ιστοσελίδα του Τ.Ε.Ε. δέκα (10) τουλάχιστον ημέρες πριν από την υπογραφή. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης αποτελεί το ανώτατο όριο της συμβατικής αμοιβής του αναδόχου. Μετά την υπογραφή της σύμβασης, ο ανάδοχος διαγράφεται υποχρεωτικά από τον κατάλογο της ηλεκτρονικής κλήρωσης και δεν συμμετέχει στις επόμενες κληρώσεις του έτους. Με τον τρόπο αυτό μπορούν να ανατεθούν από κάθε αναθέτουσα αρχή κατ' έτος, μία ή περισσότερες συμβάσεις, συνολικού προϋπολογισμού μέχρι ποσοστού δέκα τοις εκατό (10%) των πιστώσεων της αναθέτουσας αρχής κατ' έτος, για ανάθεση συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών επιστημονικών υπηρεσιών, αντίστοιχα. Συμβάσεις που συνάπτονται κατά παράβαση των προαναφε-

29. Βλ. ΔΕφΠειρ. 2193/2018, κατά την οποία η υπέρβαση από την αναθέτουσα του εν λόγω ποσού με την απευθείας ανάθεση προμήθειας δεν την απαλλάσσει από την εξόφληση του τιμολογίου παράδοσης των αγαθών, όταν από κανένα στοιχείο δεν προκύπτει ούτε η εκ μέρους της αναθέτουσας παραβίαση της σχετικής διάταξης (του άρθρου 118 παρ. 1 του ν. 4412/2016) από πρόθεση ούτε η γνώση ή η συνδρομή της ενάγουσας εταιρίας στην παρανομία αυτή (πρβλ. άρθρο 85 εδ. δεύτερο του ν. 2362/1995).

ρόμενων είναι άκυρες και δεν παράγουν έννομα αποτελέσματα.

2. Οι ειδικές διαδικασίες του ενωσιακού δικαίου

2.1. Το δυναμικό σύστημα αγορών

Το δυναμικό σύστημα αγορών («Dynamic purchasing system») που εισήχθη με τις προηγούμενες οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις (άρθρ. 33 παρ. 1 της οδηγίας 2004/18, άρθρ. 15 της οδηγίας 2004/17/ΕΚ), ρυθμίζεται πλέον από το άρθρο 34 της νέας γενικής οδηγίας για τις δημόσιες συμβάσεις 2014/24/ΕΕ (βλ. άρθρ. 33 και 270 του ν. 4412/2016), και ήταν αρχικά μια διαδικασία ανάθεσης παρεμφερής με εκείνη της ανοικτής δημοπρασίας³⁰.

Όπως αναφέρεται στην αιτιολογική σκέψη 63 της νέας οδηγίας 2014/24/ΕΕ, «αυτή η τεχνική αγορών (Δ.Σ.Α.) επιτρέπει στις αναθέτουσες αρχές να έχουν στη διάθεσή τους ένα ιδιαίτερα ευρύ φάσμα προσφορών και, συνεπώς, να εξασφαλίζουν την καλύτερη δυνατή χρησιμοποίηση των δημόσιων πόρων, αυξάνοντας τον ανταγωνισμό όταν πρόκειται για συνηθισμένα ή έτοιμα προς χρήση προϊόντα, έργα ή υπηρεσίες που είναι κατά κανόνα διαθέσιμες στην αγορά».

Ωστόσο, όπως γίνεται μνεία στην ίδια παραπάνω αιτιολογική σκέψη, η εφαρμογή των δυναμικών συστημάτων αγορών στο πλαίσιο της οδηγίας 2004/18/ΕΚ, ανέδειξε αρκετά προβλήματα, τα οποία απέτρεψαν την ευρεία χρήση του από τα κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, καταδεικνύοντας την αναγκαιότητα μεταρρύθμισης της διαδικασίας λειτουργίας των δυναμικών συστημάτων αγορών, με την τροποποίηση των οικείων διατάξεων. Με στόχο να μην απωλέσουν, τόσο οι αναθέτουσες αρχές, όσο και οι οικονομικοί φορείς τα πλεονεκτήματα του δυναμικού συστήματος αγορών και να αξιοποιηθούν πλήρως οι δυνατότητές του, με τις νέες Οδηγίες επιχειρείται η απλούστευση των σχετικών ρυθμίσεων, με την ενσωμάτωση σχετικών προσαρμογών, όπως αυτές υπαγορεύθηκαν από τις ανάγκες της αγοράς. Στο πλαίσιο αυτό, απαλείφθηκε η απαίτηση υποβολής από τους προμηθευτές «ενδεικτικής προσφοράς», με το αίτημά τους να ενταχθούν στο δυναμικό σύστημα αγορών. Κατά τα ρητώς αναφερόμενα στην αιτιολογική σκέψη 63 του προοιμίου της νέας Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, η απαλοιφή της υποχρέωσης υποβολής ενδεικτικής προσφοράς επιλέχθηκε δεδομένων των προβλημάτων που προκλήθηκαν από την εφαρμογή της, χαρακτηρίζοντάς την ως «μία από τις σημαντικότερες επιβαρύνσεις

30. Περί αυτού βλ. και Α. Γέροντας/Σ. Λύτρας/Π. Παυλόπουλος/Γ. Σιούτη/Σ. Φλογαΐτης, Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2010, σ. 269 επ., S. Arrowsmith, Dynamic Purchasing Systems under the new EC Procurement Directives, PPLR. 2006, p. 18 ff.

που σχετίζονται με τα δυναμικά συστήματα αγορών».

Το δυναμικό σύστημα αγορών τυγχάνει εφαρμογής μόνο στην περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί ηλεκτρονικά μέσα στη διαδικασία ανάθεσης. Την έννοια προσφέρει το άρθρο 33 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (βλ. άρθρ. 34 παρ. 1 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ), κατά το οποίο οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να χρησιμοποιούν το δυναμικό σύστημα αγορών για αγορές τρέχουσας χρήσης, των οποίων τα γενικά διαθέσιμα στην αγορά χαρακτηριστικά ικανοποιούν τις απαιτήσεις τους. Το δυναμικό σύστημα αγορών λειτουργεί ως μια εξ ολοκλήρου ηλεκτρονική διαδικασία και είναι ανοικτό καθ' όλη την περίοδο ισχύος του συστήματος αγορών σε κάθε οικονομικό φορέα που πληροί τα κριτήρια επιλογής.

Πρόκειται, συνεπώς, για ένα σύστημα αγορών για τις αγορές τρέχουσας χρήσης των δημοσίων οργανισμών, που διέπεται από ειδικούς κανόνες για την εφαρμογή και λειτουργία του, και το οποίο ως εκ του ευέλικτου χαρακτήρα του ως τεχνικής αγορών, και εκμεταλλευόμενο τις δυνατότητες της σύγχρονης τεχνολογίας, επιτρέπει στις αναθέτουσες αρχές, με τη δημιουργία καταλόγου των προσφερόντων, οι προσφορές των οποίων έχουν γίνει δεκτές και με τη δυνατότητα συμμετοχής που παρέχεται σε νέους προσφέροντες, να έχουν στη διάθεσή τους ένα ιδιαίτερα ευρύ φάσμα προσφορών –χάρη στα χρησιμοποιούμενα ηλεκτρονικά μέσα– και συνεπώς να εξασφαλίζουν την καλύτερη δυνατή χρησιμοποίηση των δημοσίων πόρων, αυξάνοντας τον ανταγωνισμό. Κάθε οικονομικός φορέας μπορεί να συμμετέχει σε αυτό το σύστημά, εφόσον πληροί τα κριτήρια επιλογής.

Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 33 του ν. 4412/2016 (βλ. άρθρ. 34 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ), για τη σύναψη σύμβασης στο πλαίσιο δυναμικού συστήματος αγορών, οι αναθέτουσες αρχές ακολουθούν τους κανόνες της κλειστής διαδικασίας. Επομένως, αναπτύσσεται σε δύο στάδια, όπως και η τελευταία³¹. Όλοι οι υποψήφιοι που ικανοποιούν τα κριτήρια επιλογής γίνονται δεκτοί στο σύστημα και ο αριθμός των υποψηφίων που γίνονται δεκτοί στο σύστημα δεν περιορίζεται. Όταν οι αναθέτουσες αρχές χωρίζουν το σύστημα σε κατηγορίες αγαθών, έργων ή υπηρεσιών, καθορίζουν τα εφαρμοστέα κριτήρια επιλογής για κάθε κατηγορία.

Ο νομοθέτης καθιερώνει κατά παρέκκλιση από τα προβλεπόμενα στο άρθρο 28 του ν. 4412/2016, τις ακόλουθες προθεσμίες:

α) η ελάχιστη προθεσμία παραλαβής των αιτήσεων συμμετοχής ανέρχεται σε 30 ημέρες από την ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης σύμβασης ή, εάν ως

31. Ωστόσο, σε αντίθεση με την κλειστή διαδικασία, ο αριθμός των υποψηφίων που γίνονται δεκτοί δεν μπορεί να περιορίζεται.

μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού χρησιμοποιείται η προκαταρκτική προκήρυξη, από την ημερομηνία αποστολής της πρόσκλησης επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος. Μετά την αποστολή της πρόσκλησης υποβολής προσφορών για τη σύναψη της πρώτης συγκεκριμένης σύμβασης στο πλαίσιο του δυναμικού συστήματος αγορών, δεν τίθεται καμία επιπλέον προθεσμία παραλαβής αιτήσεων συμμετοχής,

β) η ελάχιστη προθεσμία παραλαβής των προσφορών ανέρχεται τουλάχιστον σε 10 ημέρες από την ημερομηνία αποστολής της πρόσκλησης υποβολής προσφορών. Κατά περίπτωση, εφαρμόζεται η παρ. 4 του άρθρου 28 του ν. 4412/2016, οι παράγραφοι 3 και 5 του άρθρου 28 δεν εφαρμόζονται.

Εξάλλου, οι αναθέτουσες αρχές παρέχουν, καθ' όλη την περίοδο ισχύος του δυναμικού συστήματος αγορών, τη δυνατότητα σε κάθε οικονομικό φορέα να ζητήσει να συμμετάσχει στο σύστημα, ολοκληρώνουν δε την αξιολόγηση των εν λόγω αιτήσεων, σύμφωνα με τα κριτήρια επιλογής, εντός 10 εργάσιμων ημερών από την παραλαβή τους. Η προθεσμία αυτή μπορεί να παραταθεί σε 15 εργάσιμες ημέρες σε μεμονωμένες περιπτώσεις, όταν αυτό δικαιολογείται, ιδίως λόγω της ανάγκης να εξεταστούν συμπληρωματικά έγγραφα ή να επαληθευθεί διαφορετικά αν πληρούνται τα κριτήρια επιλογής.

Πάντως, εφόσον δεν έχει αποσταλεί η πρόσκληση υποβολής προσφορών για την πρώτη συγκεκριμένη σύμβαση στο πλαίσιο του δυναμικού συστήματος αγορών, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να παρατείνουν την περίοδο αξιολόγησης, υπό την προϋπόθεση ότι δεν δημοσιεύεται πρόσκληση υποβολής προσφορών κατά την παραταθείσα περίοδο αξιολόγησης. Η διάρκεια της παράτασης που προτίθενται να εφαρμόσουν οι αναθέτουσες αρχές, αναφέρεται στα έγγραφα της σύμβασης. Οι αναθέτουσες αρχές ενημερώνουν το ταχύτερο δυνατόν τον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν έχει γίνει δεκτός στο δυναμικό σύστημα αγορών ή όχι.

Οι αναθέτουσες αρχές προσκαλούν όλους τους συμμετέχοντες που έχουν γίνει δεκτοί να υποβάλουν προσφορά για τη σύναψη κάθε συγκεκριμένης σύμβασης εντός του δυναμικού συστήματος αγορών, αναθέτουν δε τη σύμβαση στον προσφέροντα που υποβάλλει την καλύτερη προσφορά, βάσει των κριτηρίων ανάθεσης που ορίζονται στην προκήρυξη της σύμβασης για το δυναμικό σύστημα αγορών ή, αν ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού έχει χρησιμοποιηθεί προκαταρκτική προκήρυξη, στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος. Τα κριτήρια αυτά μπορούν, κατά περίπτωση, να προσδιορίζονται με μεγαλύτερη ακρίβεια στην πρόσκληση υποβολής προσφορών.

Προκειμένου να προβούν στην εφαρμογή του δυναμικού συστήματος αγορών, οι αναθέτουσες αρχές: α) δημοσιεύουν προκήρυξη διαγωνισμού, όπου διευκρινίζεται

ότι πρόκειται για ένα δυναμικό σύστημα αγορών, β) διευκρινίζουν στα έγγραφα της σύμβασης τουλάχιστον τη φύση και την εκτιμώμενη ποσότητα των προβλεπόμενων αγορών, καθώς και όλες τις απαραίτητες πληροφορίες που αφορούν το δυναμικό σύστημα αγορών, συμπεριλαμβανομένου του τρόπου λειτουργίας του, του χρησιμοποιούμενου ηλεκτρονικού εξοπλισμού και των τεχνικών ρυθμίσεων και προδιαγραφών της σύνδεσης, γ) αναφέρουν κάθε διαίρεση σε κατηγορίες αγαθών, έργων ή υπηρεσιών και τα χαρακτηριστικά τους, δ) για όσο διάστημα είναι σε ισχύ το σύστημα, προσφέρουν ελεύθερη, άμεση και πλήρη πρόσβαση στα έγγραφα της σύμβασης.

Ουσιαστικά, το δυναμικό σύστημα αγορών δεν αποτελεί ένα ξεχωριστό είδος διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά παραλλαγή της κλειστής διαδικασίας που δίνει στις αναθέτουσες αρχές την ευχέρεια χρήσης των μεθόδων του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού³².

Περαιτέρω, το σύστημα αυτό παρουσιάζει ορισμένες ομοιότητες με τις συμφωνίες πλαίσιο («framework agreements»), περί των οποίων γίνεται λόγος παρακάτω, αλλά και σημαντικές διαφορές. Συγκεκριμένα, κατά κανόνα οι συμφωνίες πλαίσιο χρησιμοποιούνται στην πράξη από τις αναθέτουσες αρχές για τις περιοδικές αγορές αγαθών. Το δυναμικό σύστημα αγορών προσφέρει ορισμένα από τα πλεονεκτήματα της συμφωνίας πλαίσιο, ιδίως με το να επιτρέπει τον ανταγωνισμό για τις περιοδικές παροχές, ενώ παράλληλα μειώνει το κόστος. Επίσης, επιτρέπει, –όπως και η συμφωνία πλαίσιο–, προσφορές στην έναρξη της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά διαφέρει αφενός μεν διότι αυτές οι προσφορές δεν χρησιμοποιούνται για τη μείωση του αριθμού των προμηθευτών, καθόσον όλοι πρέπει να γίνονται δεκτοί, ανεξάρτητα από το περιεχόμενο της προσφοράς τους, αφετέρου δε διότι δεν είναι επιτρεπτό να καλείται ένας περιορισμένος αριθμός να υποβάλλει προσφορά, πράγμα που είναι δυνατόν στη συμφωνία πλαίσιο, με συνέπεια να εξετάζεται από την αναθέτουσα αρχή το σύνολο των προσφορών.

Σημειωτέον ότι δεν απαιτείται πλέον (βλ. άρθρ. 33 παρ. 6 του ν. 4412/2016), όπως υπό το προϊσχύσαν νομοθετικό καθεστώς, δημοσίευση προκήρυξης για κάθε νέα αγορά, πράγμα που συνεπαγόταν το ασύμφορο της εν λόγω διαδικασίας για χαμηλού κόστους παραγγελίες αγαθών –και για το λόγο αυτό, στην πράξη, οι αναθέτουσες αρχές έκαναν χρήση της συμφωνίας πλαίσιο για τις αγορές προϊόντων προς κάλυψη των τρεχουσών αναγκών τους–. Επιπλέον, παραμένει ως σημαντικό πλεονέκτημα του δυναμικού συστήματος αγορών το ότι νέες επιχειρήσεις μπορούν

32. Πρβλ. S. Arrowsmith, EU public procurement law: An introduction, 2011, p. 257, που θεωρεί το δυναμικό σύστημα αγορών κατάλληλο μόνο για τις λεγόμενες “off the shelf” αγορές.

να εμφανίζονται ως προσφέρουσες, ενώ αυτό δεν είναι δυνατόν στις συμφωνίες πλαίσιο³³.

2.2. Ο ανταγωνιστικός διάλογος

Ο ανταγωνιστικός διάλογος («competitive dialogue»)³⁴ είναι μια από τις μεγαλύτερες καινοτομίες που είχε φέρει το καθεστώς της προηγούμενης γενικής οδηγίας 2004/18 (άρθρ. 29 παρ. 1), και αποτυπώνει ανάγλυφα την τάση του ενωσιακού νομοθέτη να προσαρμόζεται στις συνεχώς μεταβαλλόμενες συνθήκες της αγοράς των δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, οι οποίες απαιτούν στη σύγχρονη εποχή νέες, εύκαμπτες και ευχερώς προσαρμόσιμες στις εν λόγω συνθήκες διαδικασίες ανάθεσης³⁵. Ως διαδικασία αποτελεί ένα συμβιβασμό ανάμεσα στην ανοικτή ή κλειστή διαγωνιστική διαδικασία και τη διαδικασία με διαπραγμάτευση³⁶, με τη διαφορά ότι, ενώ στο πρώτο μέρος της σχετικής διαδικασίας παρέχει μεγάλη ευελιξία, καθόσον επιτρέπει τον διάλογο με πλείονες υποψήφιους, εντούτοις στη συνέχεια, –και σε αντίθεση με τις διαδικασίες διαπραγμάτευσης με προκήρυξη–, απαιτεί την υποβολή μιας τυπικά και ουσιαστικά πλήρους προσφοράς κατά το τέλος της διαδικασίας, που θα αποτελέσει τη βάση της οριστικής επιλογής του αντισυμβαλλόμενου.

Όπως χαρακτηριστικά αναφερόταν στην 31η αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ: «Οι αναθέτουσες αρχές οι οποίες πραγματοποιούν ιδιαίτερα πολύπλοκα έργα ενδέχεται, χωρίς να φέρουν καμία ευθύνη οι ίδιες, να βρεθούν αντικειμενικά σε αδυναμία να ορίσουν τα μέσα που θα μπορούσαν να ικανοποιήσουν τις ανάγκες τους ή να εκτιμήσουν τι μπορεί να προσφέρει η αγορά από την άποψη τεχνικών λύσεων ή/και χρηματοδοτικών/νομικών λύσεων. Η κατάσταση αυτή μπορεί

33. S. Arrowsmith, op. cit., p. 258.

34. Περί αυτού βλ. Α. Γέροντας/Σ. Λύτρας/Π. Παυλόπουλος/Γ. Σιούτη/Σ. Φλογαΐτης, Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2010, σ. 273 επ., Κ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των διοικητικών συμβάσεων, 2006, σ. 392 επ., S. Arrowsmith/St. Treumer, Competitive Dialogue in EU Procurement, Cambridge University Press 2012, St. Treumer, Competitive Dialogue, PPLR 2004, p. 179 ff., St. Treumer, The field of application of competitive dialogue, PPLR 2006, p. 307 ff., A. Brown, The impact of the new procurement directive on large public infrastructure projects: competitive dialogue or better the devil you know, PPLR 2004, p. 160 ff.

35. Βλ. και Επιτροπή, Explanatory Note-Competitive Dialogue-Classic Directive (2005) <http://simap.europa.eu>.

36. S. Arrowsmith, EU public procurement law: An introduction, 2011, p. 134: «a halfway house between the relatively unstructured negotiated procedure and the rigid open and restricted procedures», Α. Γέροντας, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, 2009, σ. 275.

ιδίως να παρουσιασθεί όσον αφορά την εκτέλεση σημαντικών έργων υποδομής ολοκληρωμένων μεταφορών, την υλοποίηση μεγάλων δικτύων πληροφορικής και την υλοποίηση έργων που απαιτούν περίπλοκη και διαρθρωμένη χρηματοδότηση, η χρηματοοικονομική και νομική οργάνωση της οποίας δεν είναι δυνατόν να καθορισθεί εκ των προτέρων. Στον βαθμό που η χρησιμοποίηση ανοικτών ή κλειστών διαδικασιών δεν επιτρέπει την ανάθεση τέτοιων συμβάσεων, θα πρέπει, ως εκ τούτου, να προβλεφθεί μια ευέλικτη διαδικασία που να διασφαλίζει τόσο τον ανταγωνισμό μεταξύ των οικονομικών φορέων όσο και την ανάγκη των αναθετούσων αρχών να συζητούν με κάθε υποψήφιο όλες τις πτυχές της σύμβασης. Ωστόσο, η διαδικασία αυτή δεν πρέπει να χρησιμοποιείται κατά τρόπο που να περιορίζει ή να νοθεύει τον ανταγωνισμό, ιδίως με την τροποποίηση βασικών στοιχείων των προσφορών ή με την επιβολή νέων ουσιαστών στοιχείων στον προσφέροντα που έχει επιλεγεί, ή με την εμπλοκή οποιουδήποτε άλλου προσφέροντος εκτός εκείνου που έχει υποβάλλει την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά».

Ήδη, ο ανταγωνιστικός διάλογος ρυθμίζεται, από τις διατάξεις της νέας γενικής οδηγίας (άρθρ. 26 και 30 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ), της τομεακής οδηγίας (άρθρο 48 της οδηγίας 2014/25/ΕΕ), και τις διατάξεις του ν. 4412/2016 που τις μετέφερε στην ελληνική έννομη τάξη (άρθρ. 26, 30 και 267 του ν. 4412/2016).

Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 26 παρ. 4 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να χρησιμοποιούν τον ανταγωνιστικό διάλογο μόνο:

- i) σε περίπτωση που οι ανάγκες της αναθέτουσας αρχής δεν είναι δυνατόν να ικανοποιηθούν χωρίς προσαρμογή των άμεσα διαθέσιμων λύσεων,
- ii) περιλαμβάνουν σχεδιασμό ή καινοτόμες λύσεις,
- iii) η σύμβαση δεν είναι δυνατόν να ανατεθεί χωρίς προηγούμενες διαπραγματεύσεις λόγω ειδικών περιστάσεων που σχετίζονται με τη φύση, την πολυπλοκότητα ή τη νομική ή χρηματοοικονομική οργάνωση ή λόγω των κινδύνων που συνδέονται με αυτά,
- iv) οι τεχνικές προδιαγραφές δεν είναι δυνατόν να καθοριστούν με επαρκή ακρίβεια από την αναθέτουσα αρχή με αναφορά σε πρότυπο, ευρωπαϊκή τεχνική αξιολόγηση, κοινή τεχνική προδιαγραφή ή τεχνικό πλαίσιο αναφοράς κατά την έννοια των σημείων 2 έως 5 του παραρτήματος VII.

Επομένως, «Ανταγωνιστικός διάλογος» είναι η διαδικασία, στην οποία κάθε οικονομικός φορέας μπορεί να ζητήσει να συμμετάσχει και στην οποία η αναθέτουσα αρχή διεξάγει διάλογο με τους υποψηφίους που έχουν γίνει δεκτοί στη διαδικασία αυτή, προκειμένου να βρεθούν μία ή περισσότερες λύσεις που θα μπορούσαν να ικανοποιήσουν τις ανάγκες της, και βάσει της οποίας ή των οποίων οι υποψήφιοι

που επελέγησαν καλούνται να υποβάλουν προσφορά (βλ. άρθρ. 30 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ και άρθρο 30 του ν. 4412/2016). Για το σκοπό της προσφυγής στη διαδικασία αυτή, μια δημόσια σύμβαση θεωρείται «πολύπλοκη», εφόσον οι αναθέτουσες αρχές δεν είναι αντικειμενικά σε θέση είτε να καθορίσουν τα τεχνικά μέσα, τα οποία θα μπορούσαν να ικανοποιήσουν τις ανάγκες και τους στόχους τους, είτε/και να προσδιορίσουν τη νομική ή/και τη χρηματοοικονομική οργάνωση ενός σχεδίου.

Με βάση το γράμμα της διάταξης αυτής, αλλά και την τελολογία της, η προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία του ανταγωνιστικού διαλόγου επιτρέπεται όταν η αναθέτουσα αρχή αδυνατεί να προσδιορίσει η ίδια την καλύτερη δυνατή λύση για την κάλυψη των αναγκών της με τη σύμβαση³⁷.

Όσον αφορά, ειδικότερα τη διαδικασία, μετά τη δημοσίευση της προκήρυξης του διαγωνισμού («Advertising phase»), διακρίνονται τρία ξεχωριστά στάδια, ήτοι εκείνο της επιλογής («Selection phase»), του διαλόγου («Dialogue phase») και της ανάθεσης («Award phase»).

Συγκεκριμένα, στο πρώτο στάδιο της εν λόγω ευέλικτης διαδικασίας του ανταγωνιστικού διαλόγου, δημοσιεύεται σχετική προκήρυξη διαγωνισμού, με την οποία (ή και με τα τεύχη του διαγωνισμού) γνωστοποιούνται οι ανάγκες και οι απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής. Είναι μάλιστα δυνατόν να προβλέπεται στην προκήρυξη ή τα συνοδευτικά τεύχη ότι η διαδικασία διεξάγεται σε διαδοχικές φάσεις, ώστε να μειώνεται ο αριθμός των λύσεων που εξετάζονται κατά τις διαδοχικές φάσεις του διαλόγου, κατ' εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης. Επίσης, θεσπίζεται υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής (παρ. 2 άρθρου 30 του ν. 4412/2016) να προσδιορίσει εκ των προτέρων, δηλαδή στην προκήρυξη της σύμβασης και/ή στο περιγραφικό έγγραφο, τις ανάγκες και τις απαιτήσεις της³⁸, τα επιλεγέντα κριτήρια ανάθεσης, καθώς και να θέσει ένα ενδεικτικό χρονοδιάγραμμα.

Στη συνέχεια, η αναθέτουσα αρχή προβαίνει στην επιλογή εκείνων των φορέων, ανάμεσα στους υποψήφιους που ανταποκρίθηκαν στην πρόσκληση, με τους οποίους θα ξεκινήσει το διάλογο για την ανάθεση της σύμβασης. Στον διάλογο

37. Πρβλ. S. Arrowsmith, EU public procurement law: An introduction, 2011, p. 186.

38. Η περιγραφή του αντικείμενου της σύμβασης στην προκήρυξη μπορεί να είναι ευρεία, δοθέντος ότι αποτελεί στόχο της ίδιας της διαδικασίας αυτής η εξέταση περισσότερων προταθεισών από τους υποψήφιους λύσεων και η επιλογή της καλύτερης από αυτές. Έτσι, στο περιγραφικό έγγραφο μπορεί και η ίδια η αναθέτουσα αρχή να «προτείνει» μια αρχική λύση ή να περιγράψει πολύ ευρύτερα το συμβατικό αντικείμενο, προσδιορίζοντας στην ουσία τις ανάγκες της, αφήνοντας με τον τρόπο αυτό μεγαλύτερη διακριτική ευχέρεια καθορισμού και πρότασης λύσεων στους υποψήφιους.

καλούνται υποχρεωτικά από την αναθέτουσα αρχή όλοι εκείνοι που πληρούν τα κριτήρια επιλογής. Όπως και στη διαδικασία με προεπιλογή, η επιλογή μεταξύ των περισσότερων υποψηφίων γίνεται με βάση κριτήρια καταλληλότητας, με τη διαφορά ότι ο ελάχιστος αριθμός των προσκαλούμενων υποψηφίων στον ανταγωνιστικό διάλογο δεν μπορεί να είναι κατώτερος των 3 (όπως συμβαίνει και στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση, περί της οποίας γίνεται λόγος παρακάτω), ενώ στην πρώτη προσκαλούνται τουλάχιστον 5 (βλ. άρθρ. 30 παρ. 1 και 65 παρ. 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ)³⁹.

Στο δεύτερο στάδιο, που ακολουθεί την επιλογή των υποψηφίων με ποιοτικά κριτήρια (καταλληλότητας κ.λπ.), οι αναθέτουσες αρχές προχωρούν, με τους υποψηφίους που επελέγησαν σε διάλογο⁴⁰, σκοπός του οποίου είναι η διερεύνηση και ο προσδιορισμός των μέσων που μπορούν να ικανοποιήσουν με τον καλύτερο τρόπο τις ανάγκες τους. Αντικείμενο του διαλόγου μπορεί να αποτελούν όλες οι πτυχές της σύμβασης. Κατά τη διάρκεια του διαλόγου, οι αναθέτουσες αρχές εξασφαλίζουν την ίση μεταχείριση όλων των προσφερόντων. Ειδικότερα, υποχρεούνται να μην παρέχουν, κατά τρόπο που δημιουργεί διακρίσεις, πληροφορίες που ενδέχεται να ευνοούν ορισμένους προσφέροντες σε σχέση με άλλους. Εξάλλου, οι αναθέτουσες αρχές δεν επιτρέπεται να αποκαλύπτουν στους λοιπούς συμμετέχοντες τις προτεινόμενες λύσεις ή άλλες εμπιστευτικές πληροφορίες που έχουν διαβιβασθεί από υποψήφιο συμμετέχοντα, χωρίς τη συγκατάθεσή του.

Η αναθέτουσα αρχή διεξάγει το διάλογο έως ότου μπορέσει να προσδιορίσει, μετά από συγκριτική αξιολόγηση, την ή τις λύσεις, οι οποίες ανταποκρίνονται στις ανάγκες της, και κατόπιν τούτων κηρύσσει το πέρας του διαλόγου και τη λήξη του δεύτερου σταδίου⁴¹.

39. Για τα κριτήρια που θα χρησιμοποιήσει η αναθέτουσα αρχή, κατά τον περιορισμό του αριθμού των υποψηφίων που θα προσκληθούν να πάρουν μέρος στο διάλογο, και τα οποία πρέπει να οδηγούν σε μια συγκριτική αξιολόγηση, ενόψει του ότι πρόκειται για προεπιλογή ορισμένων από αυτούς έναντι άλλων, βλ. σε Δ. Ράικο/Ε. Βλάχου/Ε. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις ν. 4412/2016. Ερμηνεία κατ' άρθρο, Τόμος Ι, 2018, σ. 288 επ.

40. Ο τρόπος και οι συγκεκριμένοι κανόνες διεξαγωγής του διαλόγου δεν ορίζονται λεπτομερώς στο νόμο, αφήνοντας έτσι ευρεία διακριτική ευχέρεια και ευελιξία στην αναθέτουσα αρχή. Συνεπώς, κατά τη διάρκεια του διαλόγου, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητά από τους συμμετέχοντες να εξειδικεύουν ακόμα και γραπτά τις προτάσεις τους κατά τρόπο ώστε σταδιακά να συμπληρώνονται και να οριστικοποιούνται αυτές.

41. Σε αντίθεση με την κλειστή και την ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση, στον ανταγωνιστικό διάλογο δεν προβλέπονται από το νόμο ελάχιστες προθεσμίες υποβολής ούτε των λύσεων (στο δεύτερο στάδιο) ούτε των τελικών προσφορών (στο τελικό στάδιο), γεγονός που

Στο τρίτο (και τελευταίο) στάδιο, αφού κηρύζουν τη λήξη του διαλόγου και ενημερώσουν σχετικά τους συμμετέχοντες, οι αναθέτουσες αρχές τους καλούν να υποβάλουν την τελική προσφορά τους («final tenders»), βάσει της ή των λύσεων που προσδιορίστηκαν κατά τη διάρκεια του διαλόγου⁴². Οι προσφορές αυτές πρέπει να περιέχουν όλα τα απαιτούμενα και αναγκαία στοιχεία για την εκτέλεση των ζητούμενων προμηθειών ή υπηρεσιών. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί οι προσφορές αυτές να αποσαφηνίζονται, να εξειδικεύονται και να βελτιστοποιούνται.

Η ανάθεση της δημόσιας σύμβασης πραγματοποιείται αποκλειστικά βάσει του κριτηρίου της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς («the most economically advantageous tender»). Οι αναθέτουσες αρχές αξιολογούν τις προσφορές, όπως τις υπέβαλαν οι προσφέροντες, βάσει των κριτηρίων ανάθεσης που έχουν καθορισθεί στην προκήρυξη και στα τεύχη του διαγωνισμού και επιλέγουν την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά. Εκείνος που έχει κριθεί ότι υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μπορεί να καλείται από την αναθέτουσα αρχή για την επιβεβαίωση των οικονομικών δεσμεύσεων ή άλλων όρων που περιέχονται στην προσφορά, οριστικοποιώντας τους όρους της σύμβασης, εφόσον αυτό:

- α) δεν συνεπάγεται την ουσιώδη τροποποίηση βασικών στοιχείων της προσφοράς ή της δημόσιας σύμβασης, συμπεριλαμβανομένων των αναγκών και των απαιτήσεων που προσδιορίζονται στην προκήρυξη της σύμβασης ή στο περιγραφικό έγγραφο, και
- β) δεν ενέχει κίνδυνο στρέβλωσης του ανταγωνισμού ή εισαγωγής διακρίσεων (βλ. άρθρο 30 παρ. 7 του ν. 4412/2016 και άρθρο 30 παρ. 7 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

Σημειώνεται, πάντως, ότι ο ανταγωνιστικός διάλογος αποτελεί τη διαδικασία ανάθεσης της εκτέλεσης μιας μόνο σύμβασης, που έχει ως σκοπό να καθορίσει, καταρχάς, το ειδικό αντικείμενο της σύμβασης και τα τεχνικά μέσα για την υλοποίησή του, και επομένως δεν μπορεί να αποτελεί μορφή εφαρμογής της εν λόγω διαδικασίας εκείνη με την οποία σκοπείται η ανάθεση της εκτέλεσης πλειόνων συμβάσεων διαφορετικής φύσης, όπως λ.χ. η διαδικασία για την ανάθεση σύμβασης εκπόνησης σχεδίου, που αποβλέπει αφενός στην ανάθεση σύμβασης εκπόνησης σχεδίου και της ή των συμβάσεων υλοποίησης αυτού, αφετέρου⁴³.

αντανακλά την ευελιξία που θέλησε να δώσει ο νομοθέτης στην εν λόγω διαδικασία.

42. Εφόσον ο νόμος δεν καθορίζει ελάχιστη προθεσμία για την υποβολή των τελικών προσφορών, αυτή καθορίζεται ελεύθερα από την αναθέτουσα αρχή στα έγγραφα της σύμβασης, λαμβάνοντας υπόψη την πολυπλοκότητα της σύμβασης και τον χρόνο που απαιτείται για την προετοιμασία των προσφορών βλ. άρθρ. 61 και 121 του ν. 4412/2016.

43. ΔΕΚ απόφαση της 10-12-2009, C-299/2008, υπόθεση Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Γαλλικής

Συμπερασματικά, οι διατάξεις της νέας οδηγίας 2014/24/ΕΕ παρέχουν στα θέματα του ανταγωνιστικού διαλόγου (άρθρ. 30) μεγαλύτερη ευελιξία στις αναθέτουσες αρχές, με βάση την πρακτική εμπειρία που έχει συσσωρευθεί από την εφαρμογή της οδηγίας 2014/14/ΕΚ. Έτσι, υπάρχει πλέον μεγαλύτερη ευελιξία στο στάδιο της υποβολής των τελικών προσφορών. Εφόσον το ζητεί η αναθέτουσα αρχή, οι προσφορές αυτές μπορούν να αποσαφηνίζονται, να εξειδικεύονται και να βελτιστοποιούνται. Ωστόσο, όπως προαναφέρθηκε, η αποσαφήνιση, η εξειδίκευση, η βελτιστοποίηση ή οι πρόσθετες πληροφορίες δεν επιτρέπεται να συνεπάγονται μεταβολές των ουσιωδών στοιχείων της προσφοράς ή της δημόσιας σύμβασης, συμπεριλαμβανομένων των αναγκών και των απαιτήσεων που προσδιορίζονται στη γνωστοποίηση προκήρυξης της σύμβασης ή στο περιγραφικό έγγραφο, όταν μεταβολές των στοιχείων, των αναγκών και των απαιτήσεων αυτών ενδέχεται να προκαλέσουν στρέβλωση του ανταγωνισμού ή διακρίσεις (παρ. 6 άρθρ. 30).

Μεγαλύτερη ευελιξία υπάρχει και στα στάδια διαπραγμάτευσης με τον νικητή οικονομικό φορέα. Εφόσον το ζητεί η αναθέτουσα αρχή, μπορούν να διεξαχθούν διαπραγματεύσεις με τον προσφέροντα που έχει κριθεί ότι υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα από άποψη τιμής/ποιότητας προσφορά σύμφωνα με το άρθρο 67 για την επιβεβαίωση των οικονομικών δεσμεύσεων ή άλλων όρων που περιέχονται στην προσφορά, οριστικοποιώντας τους όρους της σύμβασης, εφόσον αυτό δεν συνεπάγεται την ουσιώδη τροποποίηση βασικών στοιχείων της προσφοράς ή της δημόσιας προμήθειας, συμπεριλαμβανομένων των αναγκών και των απαιτήσεων που προσδιορίζονται στη γνωστοποίηση προκήρυξης της σύμβασης ή στο περιγραφικό έγγραφο, και ότι δεν ενέχουν κίνδυνο στρέβλωσης του ανταγωνισμού ή εισαγωγής διακρίσεων.

Επίσης, ενισχύεται η εμπιστευτικότητα των πληροφοριών που περιέρχονται στην αναθέτουσα αρχή. Σύμφωνα με το άρθρο 21, οι αναθέτουσες αρχές δεν αποκαλύπτουν στους λοιπούς συμμετέχοντες τις προτεινόμενες λύσεις ή άλλες εμπιστευτικές πληροφορίες που έχουν διαβιβαστεί από υποψήφιο ή προσφέροντα που συμμετέχει στον διάλογο χωρίς τη συναίνεσή του. Η εν λόγω συναίνεση δεν λαμβάνει τη μορφή γενικής παραίτησης, αλλά παρέχεται σχετικά με τη σκοπούμενη γνωστοποίηση ειδικών πληροφοριών (παρ. 3 άρθρ. 30).

2.3. Οι συμφωνίες-πλαίσιο

Κατά το άρθρο 33 της γενικής οδηγίας για τις δημόσιες συμβάσεις 2014/24/ΕΕ (βλ. άρθρ. 2 παρ. 1 περ. 10 του ν. 4412/2016) «Συμφωνία-πλαίσιο» είναι μια συμ-

φωνία που συνάπτεται μεταξύ μιας ή περισσότερων αναθετουσών αρχών/αναθετόνων φορέων και ενός ή περισσότερων οικονομικών φορέων⁴⁴, η οποία αποσκοπεί στον καθορισμό των όρων που διέπουν τις συμβάσεις που πρόκειται να συναφθούν κατά τη διάρκεια συγκεκριμένης περιόδου, ιδίως όσον αφορά στις τιμές και, όπου ενδείκνυται, τις προβλεπόμενες ποσότητες»⁴⁵.

Σύμφωνα με την σχετική 60η αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2014/24/ΕΕ: «Το μέσο των συμφωνιών-πλαisiών χρησιμοποιείται ευρέως και θεωρείται αποτελεσματική τεχνική προμηθειών σε ολόκληρη την Ευρώπη. Κατά συνέπεια, θα πρέπει να διατηρηθεί σε μεγάλο βαθμό ως έχει. Εντούτοις, χρειάζεται να διευκρινιστούν ορισμένες πτυχές, και ιδίως ότι οι συμφωνίες-πλαίσιο δεν θα πρέπει να χρησιμοποιούνται από αναθέτουσες αρχές που δεν αναφέρονται σε αυτές. Για τον σκοπό αυτό, οι αναθέτουσες αρχές που είναι εξαρχής συμβαλλόμενα μέρη σε συγκεκριμένη συμφωνία-πλαίσιο θα πρέπει να αναφέρονται σαφώς, είτε με την ονομασία τους είτε με άλλον τρόπο, επί παραδείγματι με αναφορά σε συγκεκριμένη κατηγορία αναθετουσών αρχών εντός μιας σαφώς καθορισμένης περιοχής, έτσι ώστε οι καλυπτόμενες αναθέτουσες αρχές να μπορούν να αναγνωρίζονται εύκολα και με τρόπο αναμφισβήτητο. Ομοίως, δεν θα πρέπει να είναι δυνατή η είσοδος νέων οικονομικών φορέων σε μια συμφωνία-πλαίσιο μετά τη σύναψή της...».

Με τη συμφωνία-πλαίσιο («Framework agreement»)⁴⁶ καθορίζονται οι βασικοί όροι μελλοντικών συμβάσεων, δίχως να υποχρεώνεται η αναθέτουσα αρχή να

44. Πρόκειται για ένα κλειστό –για συγκεκριμένο χρονικό διάστημα– σύστημα όσον αφορά τις δύο αντισυμβαλλόμενες πλευρές, υπό την έννοια ότι οι διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων βάσει συμφωνίας-πλαisiού («εκτελεστικές συμβάσεις») μπορούν να εφαρμόζονται μόνον μεταξύ εκείνων των αναθετουσών αρχών που ορίζονται στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος, καθώς και εκείνων των οικονομικών φορέων που έχουν αποτελέσει συμβαλλόμενα μέρη της συμφωνίας-πλαisiού.

45. Από τη βιβλιογραφία βλ. ενδεικτικά: S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2nd ed.), 2005, London, ch. 11, C. Yukins, *Are IDIQS Inefficient? Sharing Lessons with the European Framework Contracting*, 2008, 37 *Public Contract Law Journal* 545, P. Trepte, *Public Procurement in the European Union: a practitioner's Guide*, Oxford 2007, p. 436 ff.

46. Βλ. παράδειγμα τέτοιας συμφωνίας-πλαisiού σε ΕΑ ΣτΕ 685/2008, που αφορούσε προκήρυξη δημόσιου διαγωνισμού, με ανοικτή διαδικασία, για την επιλογή αναδόχου συμφωνίας-πλαisiού με αντικείμενο την εκπόνηση μελετών, με τίτλο «Τοπογραφικές-κτηματογραφικές εργασίες διευρωπαϊκών έργων», καθώς και συμβ. ΔΕΦΑθην. 430/2011, που αφορά σε δημόσιο διαγωνισμό, με ανοικτή διαδικασία, για την επιλογή αναδόχου συμφωνίας-πλαisiού, με αντικείμενο την εκπόνηση μελετών, με τίτλο «Γεωτεχνικές Έρευνες και Μελέτες στους οδικούς άξονες Ελευσίνα - Θήβα - Υλίκη, Θήβα - Λιβαδειά - Αράχοβα - Ιτέα (κατά Τμήματα) και Λαμία-Ιτέα-Αντίρριο (κατά Τμήματα)».

προβεί στη σύναψη αυτών των συμβάσεων, αλλά οφείλει με βάση τους διαδικαστικούς κανόνες και τα κριτήρια ανάθεσης, που ορίζονται στην οδηγία 2014/24/ΕΕ, να επιλέξει μια ομάδα ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, οι οποίοι θα είναι διαθέσιμοι, σε περίπτωση κατά την οποία η αναθέτουσα αρχή κρίνει αναγκαία την υπογραφή συγκεκριμένης σύμβασης. Πρόκειται, δηλαδή, για μια «ελαστική συμφωνία», η οποία παρέχει στους δημόσιους φορείς τη δυνατότητα να προβαίνουν στη σύναψη της σύμβασης, εφόσον αυτή κριθεί αναγκαία για την κάλυψη των αναγκών τους^{47, 48}.

Η βασική σκέψη, στην οποία στηρίζεται ο θεσμός αυτός, συνίσταται στο να καθιστά δυνατό στα συμβαλλόμενα μέρη να καθορίζουν τους όρους των μελλοντικών τους συμφωνιών, διευκολύνοντας τις σύντομες διαδικασίες ανάθεσης της σύμβασης με χαμηλό κόστος. Με τα χαρακτηριστικά αυτά, οι συμφωνίες πλαίσιο είναι ιδανικό εργαλείο στα χέρια των αναθετουσών αρχών προκειμένου για την ικανοποίηση των τρεχουσών αναγκών των υπηρεσιών, όπως λ.χ. ανάγκες σε αναλώσιμο υλικό, ιδίως δε όταν δεν γνωρίζουν εκ των προτέρων την ακριβή ποσότητα που χρειάζονται ή/και τον χρόνο εμφάνισης των αναγκών αυτών⁴⁹.

Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν συμφωνίες-πλαίσιο για την ικανοποίηση των αναγκών τους, πλην όμως δεν επιτρέπεται να προσφεύγουν στις διαδικασίες αυτές καταχρηστικά ή κατά τρόπο που να εμποδίζει, περιορίζει ή νοθεύει τον ανταγωνισμό. Η επιλογή των συμβαλλομένων στη συμφωνία-πλαίσιο γίνεται κατ' εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης, τα οποία καθορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης για την συμφωνία πλαίσιο (άρθρ. 33 παρ. 5 δ' της οδηγίας 2014/24/ΕΕ)⁵⁰. Οι συμβάσεις που βασίζονται σε συμφωνία-πλαίσιο συνάπτονται

47. Α. Γέροντας/Σ. Λύτρας/Π. Παυλόπουλος/Γ. Σιούτη/Σ. Φλογαίτης, Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2010, σ. 275, με παραπομπή σε ΔΕΚ, απόφαση της 11-10-2007, C-237/05. Για τα πλεονεκτήματα και μειονεκτήματα του «εργαλείου» της συμφωνίας-πλαίσιο και τις δυνατότητες χρήσης του από τις αναθέτουσες αρχές και τις ΚΑΑ βλ. Δ. Ράικο/Ε. Βλάχου/Ε. Σαββίδη, ό.π., 2018, σ. 441 επ.

48. Οι παραπάνω δύο διακριτές φάσεις (σύναψη συμφωνίας-πλαίσιο και εκτέλεση αυτής με την ανάθεση των εκτελεστικών συμβάσεων) συνεπάγονται περαιτέρω ότι στη συμφωνία-πλαίσιο απαιτείται μία μόνον δημοσίευση (στην ΕΕΕΕ ή στο ΚΗΜΔΗΣ, ανάλογα), η οποία καλύπτει τόσο τη σύναψη της συμφωνίας-πλαίσιο όσο και τη μεταγενέστερη ανάθεση των εκτελεστικών συμβάσεων.

49. S. Arrowsmith, EU public procurement law: An introduction, 2011, p. 214.

50. Για το ειδικότερο ζήτημα της δυνατότητας μεταβολής των ποιοτικών κριτηρίων επιλογής, ενόψει και της μακράς διάρκειας των συμφωνιών-πλαίσιο, προκειμένου να προσαρμόζονται αυτά σε νέα δεδομένα που μπορεί να ανακύψουν καθόλη αυτή τη διάρκεια, που συνεχόνται και με ζητήματα οψιγενών μεταβολών βλ. Δ. Ράικο/Ε. Βλάχου/Ε. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις ν. 4412/2016.

μόνο μεταξύ των αναθετουσών αρχών και των οικονομικών φορέων που ήταν εξαρχής συμβαλλόμενα μέρη της συμφωνίας-πλαίσιου. Εν προκειμένω, εντοπίζεται σημαντική διαφορά, όπως ήδη αναφέρθηκε, μεταξύ της συμφωνίας πλαίσιο και του δυναμικού συστήματος αγορών.

Η διαδικασία ανάθεσης μιας συμφωνίας-πλαίσιο δεν διαφέρει ουσιαστικά από τις κλασικές διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Όπως προβλέπεται ρητά στο νόμο (άρθρο 39 παρ. 1 εδ. πρώτο του ν. 4412/2016), για τη σύναψή τους οι αναθέτουσες αρχές ακολουθούν όλους τους διαδικαστικούς κανόνες του Βιβλίου Ι (επιλογή διαδικασιών, τεχνικές προδιαγραφές, κριτήρια ποιοτικής επιλογής κ.λπ.), εκτός από τις προβλεπόμενες εξαιρέσεις (βλ. λ.χ. άρθρο 72 του ν. 4412/2016 αναφορικά με την εγγύηση συμμετοχής που δεν απαιτείται στην συμφωνία-πλαίσιο). Ωστόσο, οι κανόνες ανάθεσης των εκτελεστικών συμβάσεων διαφέρουν από τους κλασικούς κανόνες ανάθεσης και καθορίζονται αναλυτικά στις διατάξεις των παραγράφων 4 έως 8 του άρθρου 39 του ν. 4412/2016. Για την ανάθεσή τους δεν απαιτείται οι αναθέτουσες αρχές να προβούν εκ νέου σε νέα διαγωνιστική διαδικασία.

Εξάλλου, κατά τη σύναψη των συμβάσεων που βασίζονται στη συμφωνία-πλαίσιο, τα μέρη δεν μπορούν σε καμία περίπτωση να επιφέρουν ουσιαστικές τροποποιήσεις στους όρους της συμφωνίας-πλαίσιου, ιδίως όταν πρόκειται για συμφωνία πλαίσιο με ένα μόνο οικονομικό φορέα (άρθρο 33 παρ. 2 εδ. γ' της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, άρθρο 39 παρ. 3 του ν. 4412/2016). Η απαγόρευση αυτή δημιουργεί σοβαρά πρακτικά προβλήματα στις αναθέτουσες αρχές, αφού αποκλείει σ' αυτές τη δυνατότητα να προβαίνουν στις επιθυμητές τροποποιήσεις των όρων σύναψης της σύμβασης, ή των τεχνικών προδιαγραφών των προϊόντων, ή ακόμη και στη προσθήκη νέων αγαθών.

Βέβαια, το ίδιο πρόβλημα ανακύπτει και αναφορικά με τις άλλες μορφές διαγωνιστικών διαδικασιών, πλην όμως στην περίπτωση της συμφωνίας-πλαίσιο είναι ιδιαίτερα έντονο, εξαιτίας της ισχύος της για μακρύτερο χρονικό διάστημα. Πάντως, από τη γραμματική διατύπωση της διάταξης φαίνεται να μην απαγορεύονται επουσιώδεις τροποποιήσεις. Επιπρόσθετα, στην παρ. 3 του άρθρου 33 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ (βλ. άρθρο 39 παρ. 4 του ν. 4412/2016), προβλέπεται ότι όταν συνάπτεται μια συμφωνία-πλαίσιο με ένα μόνο οικονομικό φορέα («single operator contracts»), οι συμβάσεις που βασίζονται σ' αυτή τη συμφωνία-πλαίσιο ανατίθενται σύμφωνα με τους όρους που ορίζονται στη συμφωνία-πλαίσιο χωρίς νέο διαγωνισμό. Για τη σύναψη των συμβάσεων αυτών, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν

να διαβουλεύονται γραπτώς με τον φορέα, ζητώντας, εν ανάγκη, να συμπληρώσει την προσφορά του. Επομένως, και μέσα στο πλαίσιο αυτό, φαίνεται να δίνεται η δυνατότητα για μη ουσιώδεις τροποποιήσεις⁵¹.

Όσον αφορά τη διάρκεια μιας συμφωνίας-πλαίσιο, αυτή δεν μπορεί να υπερβαίνει τα τέσσερα (4) έτη, εκτός εξαιρετικών περιπτώσεων που δικαιολογούνται ειδικώς, ιδίως λόγω του αντικειμένου της συμφωνίας-πλαισίου (άρθρο 33 παρ. 1 εδ. γ' της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, άρθρο 39 παρ. 1 ν. 4412/2016)⁵². Οι δε συμβάσεις που βασίζονται στη συμφωνία-πλαίσιο («εκτελεστικές συμβάσεις») πρέπει κατά νόμο (παρ. 2 άρθρου 39) να ανατεθούν πριν από την εκπνοή της προθεσμίας της ίδιας της συμφωνίας-πλαίσιο, ενώ η διάρκειά τους δεν απαιτείται να συμπίπτει με αυτή της συμφωνίας-πλαίσιο, αλλά μπορεί να είναι, κατά περίπτωση, βραχύτερη ή και μακρύτερη.

Όταν συνάπτεται μια συμφωνία-πλαίσιο με περισσότερους οικονομικούς φορείς («multi-supplier frameworks»), η ανάθεση των συμβάσεων αυτών, μπορεί να γίνεται: α), σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις της συμφωνίας-πλαίσιο, χωρίς προκήρυξη νέου διαγωνισμού, εφόσον αναφέρονται όλοι οι όροι που διέπουν την παροχή των σχετικών έργων, υπηρεσιών και προμηθειών, και οι αντικειμενικές προϋποθέσεις για τον προσδιορισμό του συμβαλλόμενου στη συμφωνία-πλαίσιο οικονομικού φορέα που θα τις εκτελέσει· οι εν λόγω όροι αναγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης για τη συμφωνία-πλαίσιο⁵³, β) όταν στη συμφωνία-πλαίσιο

51. Πρβλ. S. Arrowsmith, *op. cit.*, p. 215.

52. Βλ. και αιτιολογική σκέψη 62 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ κατά την οποία: «Θα πρέπει επίσης να διευκρινιστεί ότι, ενώ οι συμβάσεις που βασίζονται σε συμφωνία-πλαίσιο πρέπει να ανατεθούν πριν από την εκπνοή της προθεσμίας της ίδιας της συμφωνίας-πλαισίου, η διάρκεια των επιμέρους συμβάσεων που βασίζονται στη συμφωνία-πλαίσιο δεν απαιτείται να συμπίπτει με τη διάρκειά της εν λόγω συμφωνίας-πλαισίου, αλλά μπορεί να είναι, κατά περίπτωση, βραχύτερη ή μακρότερη. Θα πρέπει, ιδίως, να επιτρέπεται ο καθορισμός της διάρκειας των επιμέρους συμβάσεων που βασίζονται στη συμφωνία-πλαίσιο, λαμβάνοντας υπόψη παράγοντες, όπως ο χρόνος που απαιτείται για την εκτέλεσή τους, όπου περιλαμβάνεται η συντήρηση εξοπλισμού με προσδόκιμο ωφέλιμης διάρκειας ζωής μεγαλύτερο των τεσσάρων ετών ή όπου απαιτείται ευρείας έκτασης εκπαίδευση του προσωπικού για την εκτέλεση της σύμβασης. Θα πρέπει επίσης να διευκρινιστεί ότι μπορεί να υπάρξουν εξαιρετικές περιπτώσεις στις οποίες θα πρέπει να επιτραπεί διάρκεια μεγαλύτερη των τεσσάρων ετών για τις ίδιες τις συμφωνίες-πλαίσια. Τέτοιες περιπτώσεις, οι οποίες πρέπει να είναι δεόντως δικαιολογημένες με κριτήριο, ιδίως, το αντικείμενο της συμφωνίας-πλαισίου, μπορούν να προκύψουν, για παράδειγμα, όταν χρειάζεται να διαθέτουν οι οικονομικοί φορείς εξοπλισμό με περίοδο απόσβεσης μεγαλύτερη των τεσσάρων ετών, ο οποίος πρέπει να είναι διαθέσιμος ανά πάσα στιγμή, καθ' όλη τη διάρκεια της συμφωνίας-πλαισίου».

53. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να χρησιμοποιήσει για την επιλογή των αναδόχων των εκτε-

αναφέρονται όλοι οι όροι που διέπουν την παροχή των σχετικών έργων, υπηρεσιών και αγαθών, εν μέρει χωρίς προκήρυξη νέου διαγωνισμού, σύμφωνα με την περίπτωση α', και εν μέρει με την προκήρυξη νέου διαγωνισμού μεταξύ των οικονομικών φορέων που είναι συμβαλλόμενα μέρη της συμφωνίας-πλαίσιο, σύμφωνα με την περίπτωση γ', εφόσον προβλέπεται τέτοια δυνατότητα από τις αναθέτουσες αρχές στα έγγραφα της σύμβασης για τη συμφωνία-πλαίσιο. Η επιλογή αν συγκεκριμένα έργα, αγαθά ή υπηρεσίες αγοράζονται κατόπιν προκήρυξης νέου διαγωνισμού ή άμεσα, σύμφωνα με τους όρους που ορίζονται στη συμφωνία-πλαίσιο, γίνεται με αντικειμενικά κριτήρια, τα οποία ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης για τη συμφωνία-πλαίσιο. Τα έγγραφα της σύμβασης προσδιορίζουν επίσης τους όρους του νέου διαγωνισμού. Οι δυνατότητες που προβλέπονται στο πρώτο εδάφιο της παρούσας περίπτωσης εφαρμόζονται επίσης σε οποιαδήποτε τμήμα μιας συμφωνίας-πλαίσιο για την οποία έχουν τεθεί όλοι οι όροι που διέπουν την παροχή των σχετικών έργων, υπηρεσιών και αγαθών, ανεξαρτήτως αν έχουν τεθεί όλοι οι όροι που διέπουν την παροχή των σχετικών έργων, υπηρεσιών και αγαθών για τα λοιπά τμήματα, γ) αν στη συμφωνία-πλαίσιο δεν έχουν καθορισθεί όλοι οι όροι που διέπουν την παροχή έργων, υπηρεσιών και αγαθών, με νέο διαγωνισμό μεταξύ των οικονομικών φορέων που είναι συμβαλλόμενα μέρη της συμφωνίας-πλαίσιο⁵⁴.

Η διαδικασία που ακολουθείται σε αυτούς τους «μίνι-διαγωνισμούς» είναι η εξής: α) Για κάθε σύμβαση που πρόκειται να συναφθεί, οι αναθέτουσες αρχές διαβουλεύονται γραπτώς με τους οικονομικούς φορείς που είναι ικανοί να εκτελέσουν το αντικείμενο της σύμβασης. β) Οι αναθέτουσες αρχές ορίζουν επαρκή προθεσμία για την υποβολή των προσφορών των σχετικών με κάθε σύμβαση, λαμβανομένων υπόψη παραμέτρων, όπως η πολυπλοκότητα του αντικειμένου της σύμβασης και ο απαραίτητος χρόνος για τη διαβίβαση των προσφορών. γ) Οι προσφορές υποβάλλονται γραπτώς και το περιεχόμενό τους πρέπει να παραμένει εμπιστευτικό έως την εκπνοή της τασσόμενης προθεσμίας απάντησης⁵⁵. δ) Η ανάθεση κάθε σύμβα-

λεστικών συμβάσεων τόσο τα γνωστά κριτήρια ανάθεσης, όσο και άλλους αντικειμενικούς όρους. Έτσι, οι όροι αυτοί μπορούν να ορίζουν για παράδειγμα ανάθεση βάσει της κατάταξης των οικονομικών φορέων κατά τη διαδικασία σύναψης της συμφωνίας-πλαίσιο (αρχικά απευθύνεται στον πρώτο, αν αυτός αδυνατεί ή δεν ενδιαφέρεται, στον δεύτερο κ.λπ.), εκ περιτροπής ανάθεση σε όλους τους οικονομικούς φορείς, ανάθεση συγκεκριμένου προσυμφωνημένου ποσοστού κ.λπ. βλ. ενδεικτικά ΕΣ 3573/2015 Τμήμα VII.

54. Επομένως, ο μόνος τρόπος για την ανάθεση των εκτελεστικών συμβάσεων από την αναθέτουσα αρχή, όταν δεν έχουν καθοριστεί στη συμφωνία-πλαίσιο όλοι οι όροι που διέπουν την παροχή έργων, υπηρεσιών και αγαθών, είναι να προβεί αυτή στους λεγόμενους «μίνι διαγωνισμούς».

55. Η ρητή πρόβλεψη για προθεσμία υποβολής προσφορών συνεπάγεται ότι οι οικονομικοί

σης γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την καλύτερη προσφορά βάσει των κριτηρίων ανάθεσης που έχουν καθορισθεί στη συγγραφή υποχρεώσεων της συμφωνίας-πλαίσιο (βλ. άρθρο 39 παρ. 6 ν. 4412/2016, και άρθρ. 33 παρ. 5 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ)^{56, 57}.

2.4. Ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός και οι ηλεκτρονικοί κατάλογοι

2.4.1. Ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός

Είναι πλέον κοινή παραδοχή ότι, ορισμένες νέες ηλεκτρονικές τεχνικές αγορών παρουσιάζουν συνεχή ανάπτυξη και παρέχουν τη δυνατότητα, ιδίως λόγω της εξοικονόμησης χρόνου και κόστους που συνεπάγεται η χρήση τους, να διευρύνεται ο ανταγωνισμός και να βελτιώνεται η αποτελεσματικότητα των δημοσίων παραγγελιών. Συμμεριζόμενος την παραδοχή αυτή, ο ενωσιακός νομοθέτης αναγνώρισε τη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να χρησιμοποιεί ηλεκτρονικές τεχνικές αγορών, υπό τον όρο ότι κατά τη χρήση τους τηρούνται οι κανόνες που θεσπίζει

φορείς δεν μπορούν να τις αναθεωρήσουν/επικαιροποιήσουν μετά την λήξη αυτής. Σημειώνεται, επίσης, ότι κατά την υποβολή των προσφορών εφαρμόζεται αναλόγως το άρθρο 79 του ν. 4412/2016, και συνεπώς οι προσφέροντες πρέπει να υποβάλλουν υπεύθυνη δήλωση (ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ) ότι εξακολουθούν να πληρούν τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής των εγγράφων της σύμβασης για τη συμφωνία-πλαίσιο (βλ. παρ. 8 άρθρ. 39 του ν. 4412/2016).

56. Στις διακηρύξεις ανοικτών διαγωνισμών για τη σύναψη συμφωνίας πλαισίου πρέπει να προσδιορίζεται η εκτιμώμενη μέγιστη συνολική αξία των αγορών που ενδέχεται να πραγματοποιηθούν εντός της συνολικής διάρκειας της εν λόγω συμφωνίας. Η αναφορά της αξίας αυτής αποτελεί ουσιώδες στοιχείο του ελάχιστου περιεχομένου της διακήρυξης και καθορίζει το οικονομικό αντικείμενο και το νομικό πλαίσιο του διαγωνισμού, ενώ τέλος αποτελεί πρόκριμα για την εξέταση του συμφέροντος χαρακτήρα των προσφορών που υποβάλλονται. Ταυτόχρονα παρέχει τη δυνατότητα τους υποψήφιους οικονομικούς φορείς να πληροφορούνται το οικονομικό μέγεθος των επιμέρους συμβάσεων, ώστε να επιτυγχάνεται η ευρύτερη δυνατή συμμετοχή και η διασφάλιση της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού προς όφελος του δημοσίου συμφέροντος. Για τους λόγους αυτούς, τυχόν παράλειψη προσδιορισμού στη διακήρυξη της μέγιστης εκτιμώμενης αξίας αγορών για όλη τη χρονική περίοδο της υπό σύναψη συμφωνίας πλαισίου συνιστά ουσιώδη πλημμέλεια που πλήττει η νομιμότητα της οικείας διαγωνιστικής διαδικασίας στο σύνολό της βλ. *Ε. Καραθανασόπουλο*, Ο προληπτικός έλεγχος της νομιμότητας των δημοσίων συμβάσεων από το Ελεγκτικό Συνέδριο υπό το φως της νομολογίας του, ΘΠΔΔ 2013, σ. 1050 επ. (1055), με παραπομπή σε ΕΣ VI Τμ. 3199/2012. Πρβλ. ΕΣ VI Τμ. 3462/2012.

57. Ο νόμος (παρ. 10 άρθρ. 39) θεσπίζει ορισμένους ειδικούς όρους και κανόνες για τη σύναψη συμφωνιών-πλαίσιο για την ανάθεση συμβάσεων μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών επιστημονικών υπηρεσιών. Περί αυτών βλ. αναλυτικά Δ. Ράικο/Ε. Βλάχου/Ε. Σαββίδη, ό.π., 2018, σ. 439 επ.

το παράγωγο ενωσιακό δίκαιο, καθώς και η αρχή της ίσης μεταχείρισης, η αρχή της αποφυγής των διακρίσεων και η αρχή της διαφάνειας.

Όσον αφορά ειδικότερα τον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό («electronic reverse auction»)⁵⁸, οι λόγοι που οδήγησαν τον ενωσιακό νομοθέτη στην υιοθέτηση της τεχνικής των ηλεκτρονικών πλειστηριασμών αποτυπώθηκε ανάγλυφα στην 14η αιτιολογική σκέψη της προηγούμενης οδηγίας 2004/18/ΕΚ: «Δεδομένου ότι η χρήση ηλεκτρονικών πλειστηριασμών αποτελεί τεχνική που φαίνεται να διαδίδεται, στους εν λόγω πλειστηριασμούς θα πρέπει να δοθεί κοινοτικός ορισμός και να πλαισιωθούν από ειδικούς κανόνες προκειμένου να εξασφαλισθεί ότι, κατά τη διενέργειά τους, τηρούνται πλήρως η αρχή της ίσης μεταχείρισης, η αρχή της αποφυγής των διακρίσεων και η αρχή της διαφάνειας».

Ωστόσο, η διενέργεια ηλεκτρονικών πλειστηριασμών επιτρέπεται μόνο για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών για τις οποίες οι προδιαγραφές μπορούν να προσδιορισθούν με ακριβή τρόπο. Αυτό μπορεί ιδίως να ισχύει για επαναλαμβανόμενες συμβάσεις προμηθειών, έργων και υπηρεσιών. Για τον ίδιο σκοπό, πρέπει επίσης να προβλεφθεί ότι η αντίστοιχη κατάταξη των προσφερόντων θα μπορεί να λαμβάνει χώρα ανά πάσα στιγμή του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού. Η χρήση ηλεκτρονικών πλειστηριασμών επιτρέπει στους αναθέτοντες φορείς να ζητούν από τους προσφέροντες να υποβάλλουν νέες, χαμηλότερες τιμές, και, όταν η σύμβαση ανατίθεται στην πλέον οικονομικώς συμφέρουσα προσφορά, να βελτιώνουν άλλα στοιχεία των προσφορών πέραν των τιμών.

Για να εξασφαλίζεται η τήρηση της αρχής της διαφάνειας, μόνον τα στοιχεία που επιδέχονται αυτόματη αξιολόγηση με ηλεκτρονικά μέσα, χωρίς παρέμβαση ή/και εκτίμηση της αναθέτουσας αρχής, μπορεί να αποτελούν αντικείμενο ηλεκτρονικών πλειστηριασμών, δηλαδή μόνον τα στοιχεία που είναι προσδιορίσιμα ποσοτικώς κατά τρόπον ώστε να εκφράζονται αριθμητικώς ή ως ποσοστά. Από την άλλη πλευρά, οι πτυχές εκείνες των προσφορών που συνεπάγονται εκτίμηση στοιχείων που δεν είναι ποσοτικώς προσδιορίσιμα, δεν θα πρέπει να αποτελούν αντικείμενο ηλεκτρονικών πλειστηριασμών. Συνεπώς, ορισμένες συμβάσεις έργων και ορισμέ-

58. Εκτενώς για τους ηλεκτρονικούς πλειστηριασμούς βλ. S. Arrowsmith, EU public procurement law: An introduction, 2011, p. 248 ff., R. Bickerstaff, The New Directives Rules on E-Communication Mechanisms in Public and Utilities Procurement, 2004, 13 Public Procurement Law Review 277, R. Bickerstaff, Review: Commission Staff Working Document on the Requirements for Conducting Public Procurement Using Electronic Means, 2005, 14 Public Procurement Law Review NA 17, O. Soudry, Promoting Economy: Electronic Reverse Auctions under the EC Directives on Public Procurement, 2004, 4 Journal of Public Procurement 340.

νες συμβάσεις υπηρεσιών οι οποίες έχουν ως αντικείμενο υπηρεσίες πνευματικού δημιουργού, όπως λ.χ. ο σχεδιασμός έργων, δεν θα πρέπει να αποτελούν αντικείμενο ηλεκτρονικών πλειστηριασμών⁵⁹.

Τη δυνατότητα των αναθετουσών αρχών να προσφεύγουν σε ηλεκτρονικούς πλειστηριασμούς προβλέπουν οι διατάξεις του άρθρου 35 της οδηγίας 2014/24/ ΕΕ και 53 της οδηγίας 2014/25/ΕΕ (άρθρ. 34 και 271 του ν. 4412/2016).

Ο ορισμός του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού, που συνιστά τεχνική ανάθεση και όχι διαφορετική διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, δίνεται με τη διάταξη του άρθρου 34 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (βλ. άρθρο 35 παρ. 1 εδ. β' της οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Σύμφωνα με αυτόν, «ηλεκτρονικός πλειστηριασμός» είναι μια επαναληπτική διαδικασία που βασίζεται σε έναν ηλεκτρονικό μηχανισμό παρουσίασης νέων, μειωμένων τιμών και/ή νέων αξιών όσον αφορά ορισμένα στοιχεία των προσφορών, και η οποία διεξάγεται έπειτα από προκαταρκτική πλήρη αξιολόγηση των προσφορών, επιτρέποντας την ταξινόμησή τους με βάση αυτόματες μεθόδους αξιολόγησης.

Με τον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό («electronic reverse auction») δίνεται η δυνατότητα στους υποψήφιους αναδόχους να προσαρμόσουν την προσφορά τους, ενόψει των προσφορών που έχουν δοθεί από άλλους προμηθευτές. Συνεπώς, μπορεί με την κατάλληλη χρήση του να επιτευχθεί σημαντική μείωση του κόστους της σύμβασης για τη δημόσια αρχή.

Περαιτέρω, στο άρθρο 34 του ν. 4412/2016 (βλ. άρθρο 35 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ) περιλαμβάνονται οι ειδικότεροι κανόνες δικαίου που πλαισιώνουν την προαναφερόμενη τεχνική της διαγωνιστικής διαδικασίας για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης. Έτσι, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προσφεύγουν σε ηλεκτρονι-

59. Βλ. αιτιολογική σκέψη 67 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ: «Θα πρέπει να διευκρινιστεί ότι κατά κανόνα οι ηλεκτρονικοί πλειστηριασμοί δεν ενδείκνυνται για ορισμένες δημόσιες συμβάσεις έργων και ορισμένες δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών οι οποίες έχουν ως αντικείμενο υπηρεσίες πνευματικού δημιουργού όπως ο σχεδιασμός έργων, διότι μόνο τα στοιχεία που επιδέχονται αυτόματη αξιολόγηση με ηλεκτρονικά μέσα, χωρίς παρέμβαση ή εκτίμηση της αναθέτουσας αρχής, ήτοι μόνο τα στοιχεία που είναι προσδιορίσιμα ποσοτικά κατά τρόπον ώστε να εκφράζονται αριθμητικώς ή ως ποσοστά μπορούν να αποτελούν αντικείμενο ηλεκτρονικών πλειστηριασμών. Θα πρέπει, όμως, να διευκρινιστεί επίσης ότι οι ηλεκτρονικοί πλειστηριασμοί μπορούν να χρησιμοποιούνται σε διαδικασία προμήθειας για την απόκτηση συγκεκριμένου δικαιώματος πνευματικής δημιουργίας. Είναι επίσης σκόπιμο να υπενθυμιστεί ότι, αν και οι αναθέτουσες αρχές παραμένουν ελεύθερες να περιορίζουν τον αριθμό των υποψηφίων ή των προσφερόντων εφόσον δεν έχει ξεκινήσει ο πλειστηριασμός, δεν επιτρέπεται καμία περαιτέρω μείωση των προσφερόντων που συμμετέχουν στον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό μετά την έναρξη του πλειστηριασμού».

κούς πλειστηριασμούς, στις ανοικτές, κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση, όταν οι όροι των εγγράφων της σύμβασης και εν γένει οι προδιαγραφές της σύμβασης μπορούν να καθορισθούν με ακρίβεια. Με τους ίδιους όρους, ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός μπορεί να χρησιμοποιείται κατά το νέο διαγωνισμό μεταξύ των μερών μιας συμφωνίας-πλαισίου, καθώς και κατά το διαγωνισμό για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων στο πλαίσιο του δυναμικού συστήματος αγορών. Ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός αφορά είτε μόνον τις τιμές, εφόσον η σύμβαση ανατίθεται στην κατώτερη τιμή, είτε τις τιμές ή/και τις αξίες των στοιχείων των προσφορών που επισημαίνονται στη συγγραφή υποχρεώσεων, εφόσον η σύμβαση ανατίθεται βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής ή στην προσφορά με το χαμηλότερο κόστος, σύμφωνα με μια προσέγγιση βασιζόμενη στη σχέση αποδοτικότητας-κόστους.

Επομένως, ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός, όπως ήδη αναφέρθηκε, δεν είναι ιδιαίτερο είδος διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά αποτελεί έναν τρόπο διεξαγωγής μιας από τις προαναφερόμενες διαδικασίες που προβλέπει η ενωσιακή νομοθεσία⁶⁰. Είναι πρόσφορος κυρίως για την προμήθεια τυποποιημένων αγαθών και υπηρεσιών («standardized goods and services»), δίχως όμως να περιορίζεται μόνο στις περιπτώσεις αυτές. Τούτο προκύπτει και από τις διατάξεις του άρθρου 35 παρ. 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ (βλ. και άρθρο 53 παρ. 2 της οδηγίας 2014/25/ΕΕ), κατά τις οποίες στις ανοικτές, κλειστές ή με διαπραγμάτευση διαδικασίες, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποφασίζουν ότι, πριν από την ανάθεση μιας δημόσιας σύμβασης, διεξάγεται ηλεκτρονικός πλειστηριασμός, όταν οι προδιαγραφές της σύμβασης μπορούν να καθοριστούν με ακρίβεια. Από την άλλη πλευρά, πάλι, ορισμένες συμβάσεις υπηρεσιών οι οποίες έχουν ως αντικείμενο υπηρεσίες πνευματικού δημιουργού, όπως ο σχεδιασμός έργων δεν μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο ηλεκτρονικών πλειστηριασμών (άρθρο 35 παρ. 1 γ' της οδηγίας 2014/24/ΕΕ), αφού δεν είναι δυνατή η αυτόματη αξιολόγηση⁶¹.

Όταν οι αναθέτουσες αρχές αποφασίζουν να κάνουν χρήση ηλεκτρονικού πλειστηριασμού, το αναφέρουν στην προκήρυξη διαγωνισμού, ενώ και η συγγραφή υποχρεώσεων περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων σχετικές πληροφορίες.

60. S. Arrowsmith, EU public procurement law: An introduction, 2011, p. 254.

61. Βλ. ωστόσο σε S. Arrowsmith, op. cit., p. 255 και την ερμηνευτική εκδοχή ότι οι διατάξεις αυτές των οδηγιών δεν αποκλείουν τον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό στις περιπτώσεις αυτές, αλλά απλώς διαλαμβάνουν ότι αυτός δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί ως τεχνική του διαγωνισμού όταν η αναθέτουσα αρχή θεωρεί ότι δεν είναι πρόσφορη μέθοδος για τον προσδιορισμό της καλύτερης προσφοράς μέσω του ηλεκτρονικού συστήματος.

Εξάλλου, πριν προβούν στον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό, οι αναθέτουσες αρχές διενεργούν μια πρώτη πλήρη αξιολόγηση των προσφορών σύμφωνα με το επιλεγμένο κριτήριο ή τα επιλεγμένα κριτήρια ανάθεσης. Οι προσφέροντες που έχουν υποβάλει παραδεκτές προσφορές καλούνται ταυτόχρονα με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων να υποβάλουν νέες τιμές ή/και νέες αξίες. Η πρόσκληση περιέχει όλες τις κατάλληλες πληροφορίες για τη σύνδεσή τους σε ατομική βάση με το χρησιμοποιούμενο ηλεκτρονικό σύστημα και προσδιορίζει την ημερομηνία και την ώρα έναρξης του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού.

Ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός μπορεί να διεξάγεται σε διαδοχικές φάσεις, ενώ δεν είναι δυνατόν να αρχίζει προτού παρέλθουν δύο (2) εργάσιμες ημέρες από την αποστολή των προσκλήσεων.

Όταν η ανάθεση της δημόσιας σύμβασης γίνεται με κριτήριο την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, η πρόσκληση συνοδεύεται από το αποτέλεσμα της πλήρους αξιολόγησης της προσφοράς του οικείου προσφέροντος. Στην πρόσκληση αναφέρεται επίσης ο μαθηματικός τύπος που πρόκειται να χρησιμοποιηθεί κατά τον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό, για την αυτόματη ανακατάταξη βάσει των νέων τιμών ή/και των νέων αξιών που υποβάλλονται. Εκτός από την περίπτωση κατά την οποία η οικονομικώς πιο συμφέρουσα προσφορά καθορίζεται με βάση μόνο την τιμή, ο μαθηματικός αυτός τύπος εκφράζει τη σχετική στάθμιση του κάθε κριτηρίου που έχει επιλεγεί για τον καθορισμό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, όπως αναφέρεται στην προκήρυξη που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού ή σε άλλα έγγραφα της σύμβασης. Προς τούτο, τυχόν περιθώρια διακύμανσης («ψαλίδες») προσδιορίζονται εκ των προτέρων με συγκεκριμένες τιμές. Σε περίπτωση που επιτρέπονται εναλλακτικές προσφορές, προβλέπεται χωριστός μαθηματικός τύπος για κάθε εναλλακτική προσφορά.

Κατά τη διάρκεια κάθε φάσης του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού, οι αναθέτουσες αρχές γνωστοποιούν συνεχώς και αμέσως σε όλους τους προσφέροντες τις πληροφορίες εκείνες που τους δίνουν τη δυνατότητα να γνωρίζουν ανά πάσα στιγμή την αντίστοιχη κατάταξή τους (άρθρο 35 παρ. 7 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, άρθρο 34 παρ. 7 του ν. 4412/2016). Ενόψει του ότι οι πληροφορίες αυτές αναφέρονται σε όλες τις πτυχές της προσφοράς και της κατάταξης, δημιουργείται κίνδυνος συμπαγινιών μεταξύ των προσφερόντων, και για το λόγο αυτό προτείνεται, *de lege ferenda*, να περιορισθεί η δυνατότητα πληροφόρησης ως προς αν ο προσφέρων

είναι πρώτος ή τελευταίος στην κατάταξη⁶².

Μπορούν επίσης να γνωστοποιούν και άλλες πληροφορίες σχετικά με άλλες τιμές ή αξίες που υποβάλλονται, υπό τον όρο ότι αυτό προβλέπεται στη συγγραφή υποχρεώσεων. Μπορούν επίσης, ανά πάσα στιγμή, να ανακοινώνουν τον αριθμό των συμμετεχόντων σε κάθε φάση του πλειστηριασμού. Αντιθέτως, δεν επιτρέπεται απολύτως να γνωστοποιούν την ταυτότητα των προσφερόντων, κατά τη διεξαγωγή των διαφόρων φάσεων του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού.

Όσον αφορά την περάτωση του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού, αυτή λαμβάνει χώρα σύμφωνα με έναν ή περισσότερους από τους ακόλουθους τρόπους από την αναθέτουσα αρχή που: α) κατά την προκαθορισμένη ημερομηνία και ώρα, β) όταν δεν λαμβάνουν πλέον νέες τιμές ή νέες αξίες που να ανταποκρίνονται στις απαιτήσεις σχετικά με τις ελάχιστες διαφοροποιήσεις, εφόσον έχουν δηλώσει προηγουμένως το χρονικό διάστημα που θα επιτρέψουν να παρέλθει από την παραλαβή της τελευταίας υποβολής πριν να περατώσουν τον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό ή γ) όταν οι προκαθορισμένες φάσεις του πλειστηριασμού έχουν όλες ολοκληρωθεί. Εάν οι αναθέτουσες αρχές προτίθενται να περατώσουν τον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό, σύμφωνα με την περίπτωση γ' του πρώτου εδαφίου, ενδεχομένως σε συνδυασμό με τον τρόπο που προβλέπεται στην περίπτωση γ' αυτού, η πρόσκληση συμμετοχής στον πλειστηριασμό προσδιορίζει το χρονοδιάγραμμα κάθε φάσης του πλειστηριασμού.

Μετά την περάτωση του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού, οι αναθέτουσες αρχές αναθέτουν τη σύμβαση σύμφωνα με το άρθρο 34 παρ. 9 του ν. 4412/2016, σε συνάρτηση με τα αποτελέσματα του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού.

Οι αναθέτουσες αρχές δεν επιτρέπεται να χρησιμοποιούν τον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό καταχρηστικά ή κατά τρόπο που να εμποδίζει, να περιορίζει ή να στρεβλώνει τον ανταγωνισμό ή να τροποποιεί το αντικείμενο της σύμβασης, όπως αυτό έχει καθορισθεί στην προκήρυξη του διαγωνισμού και προσδιορισθεί στη συγγραφή υποχρεώσεων.

Σημειωτέον ότι, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή έχει θέσει ως βασικό στόχο την επίτευξη της πλήρους μετάβασης στη χρήση ηλεκτρονικών δημοσίων συμβάσεων έως το τέλος του έτους 2016, με στόχο το σύνολο της διαδικασίας, δηλαδή από την προκήρυξη μέχρι και την πληρωμή να διενεργείται ηλεκτρονικά⁶³. Οι λεγόμενες

62. S. Arrowsmith, *op. cit.*, p. 256.

63. Ανακοίνωση της Επιτροπής της 20-4-2012: «A strategy for e-procurement» COM (2012) 179 final, p. 3.

ηλεκτρονικές δημόσιες συμβάσεις⁶⁴ αποτελούν μέρος τόσο της Ψηφιακής Ατζέντας για την Ευρώπη⁶⁵ όσο και του Σχεδίου για την Ηλεκτρονική Διακυβέρνηση 2011-2015⁶⁶ και έχουν ως βασικό στόχο την απλοποίηση των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, επιτυγχάνοντας χαμηλότερες τιμές και συγχρόνως καλύτερη ποιότητα. Πέραν του ότι ενισχύουν τον ανταγωνισμό στο οικείο πεδίο, θεωρούνται κατάλληλες για την αντιμετώπιση δύο από τις κύριες προκλήσεις της εποχής και συγκεκριμένα την καλύτερη δυνατή χρήση κρατικών πόρων στο πλαίσιο των δημοσιονομικών περιορισμών και την ανάγκη για εξεύρεση νέων διόδων οικονομικής ανάπτυξης.

Ήδη, στην ελληνική έννομη τάξη, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 36 του ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να χρησιμοποιούν το Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) σε όλα τα στάδια της διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων του ν. 4412/2016, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ, στο οποίο (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) τηρείται και Εθνικό Μητρώο Οικονομικών Φορέων Προμήθειας Αγαθών και Παροχής Υπηρεσιών. Ως «Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ)» νοείται, κατά το άρθρο 2 παρ. 1 περ. 32 του ν. 4412/2016, το Ολοκληρωμένο πληροφοριακό σύστημα, το οποίο περιλαμβάνει όλα τα αναγκαία στοιχεία για τον προγραμματισμό και τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων με τη χρήση και εφαρμογή Τεχνολογιών Πληροφορικής και Επικοινωνιών (ΤΠΕ).

2.4.2. Οι ηλεκτρονικοί κατάλογοι

Όταν απαιτείται η χρήση ηλεκτρονικών μέσων επικοινωνίας, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι οι προσφορές πρέπει να υποβάλλονται υπό τη μορφή ηλεκτρονικού καταλόγου ή να περιλαμβάνουν ηλεκτρονικό κατάλογο (άρθρο 35 ν. 4412/2016, άρθρο 36 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ)⁶⁷. Μάλιστα, με κοινή απόφαση

64. Περισσότερα βλ. Π. Ξυλάκη, Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων, ΟΠΔΔ 2013, σ. 474 επ.

65. Digital Agenda for Europe, COM (2010) 245.

66. eGovernment Action Plan 2011-2015, COM (2010) 743 of 15-12-2010.

67. Βλ. αιτιολογική σκέψη 68 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ: «αναπτύσσονται συνεχώς νέες ηλεκτρονικές τεχνικές αγορών, όπως είναι οι ηλεκτρονικοί κατάλογοι. Οι ηλεκτρονικοί κατάλογοι είναι ένας μορφότυπος για την παρουσίαση και την οργάνωση των πληροφοριών κατά τρόπο ο οποίος είναι κοινός για όλους τους προσφέροντες και προσφέρεται για ηλεκτρονική επεξεργασία. Ένα παράδειγμα είναι η παρουσίαση των προσφορών σε λογιστικό φύλλο. Οι αναθέτουσες αρχές

των Υπουργών Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού και του καθ' ύλη αρμόδιου Υπουργού μπορεί να καθίσταται υποχρεωτική η χρήση ηλεκτρονικών καταλόγων για συγκεκριμένα είδη συμβάσεων⁶⁸.

Οι προσφορές που υποβάλλονται υπό μορφή ηλεκτρονικού καταλόγου μπορούν να συνοδεύονται από άλλα έγγραφα, που συμπληρώνουν την προσφορά. Οι ηλεκτρονικοί κατάλογοι καταρτίζονται από τους υποψηφίους ή τους προσφέροντες, με σκοπό τη συμμετοχή τους σε μια συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβασης, σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές και το μορφότυπο που καθορίζεται από την αναθέτουσα αρχή. Επιπλέον, οι ηλεκτρονικοί κατάλογοι συμμορφώνονται με τις απαιτήσεις για τα μέσα ηλεκτρονικής επικοινωνίας, όπως και με τυχόν επιπρόσθετες απαιτήσεις που καθορίζονται από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα άρθρα 22, 36 και 37 του ν. 4412/2016.

Όταν η υποβολή προσφορών υπό τη μορφή ηλεκτρονικών καταλόγων επιτρέπεται ή επιβάλλεται, οι αναθέτουσες αρχές: α) το αναφέρουν στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος, όταν ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού έχει χρησιμοποιηθεί η προκαταρκτική προκήρυξη, β) επισημαίνουν στα έγγραφα της σύμβασης όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, όσον αφορά το μορφότυπο, τον χρησιμοποιούμενο ηλεκτρονικό εξοπλισμό και τις τεχνικές ρυθμίσεις και προδιαγραφές της σύνδεσης για τον κατάλογο.

θα πρέπει να μπορούν να απαιτούν ηλεκτρονικούς καταλόγους σε όλες τις διαθέσιμες διαδικασίες όπου απαιτείται η χρήση ηλεκτρονικών μέσων επικοινωνίας. Οι ηλεκτρονικοί κατάλογοι συμβάλλουν στην ενίσχυση του ανταγωνισμού και στον εξορθολογισμό των δημόσιων προμηθειών, ιδίως εξοικονομώντας χρόνο και χρήματα. Εντούτοις, θα πρέπει να θεσπιστούν ορισμένοι κανόνες για να διασφαλιστεί η συμμόρφωση της χρήσης των νέων τεχνικών με τους κανόνες της παρούσας οδηγίας και με τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της αποφυγής των διακρίσεων και της διαφάνειας. Εν προκειμένω, η χρήση ηλεκτρονικών καταλόγων για την παρουσίαση των προσφορών δεν θα πρέπει σημαίνει ότι οι οικονομικοί φορείς θα μπορούν να περιορίζονται στη διαβίβαση του γενικού τους καταλόγου. Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει σε κάθε περίπτωση να είναι υποχρεωμένοι να προσαρμόζουν τους γενικούς τους καταλόγους στην εκάστοτε διαδικασία προμήθειας. Η προσαρμογή αυτή θα διασφαλίζει ότι ο κατάλογος που διαβιβάζεται στο πλαίσιο διαδικασίας προμήθειας περιλαμβάνει μόνο τα προϊόντα, τα έργα ή τις υπηρεσίες που οι οικονομικοί φορείς κρίνουν –έπειτα από προσεκτική εξέταση– ότι ανταποκρίνονται στις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής. Οι οικονομικοί φορείς θα έχουν συνεπώς τη δυνατότητα να αντιγράφουν πληροφορίες από τον γενικό τους κατάλογο, όχι όμως να τον υποβάλουν ολόκληρο».

68. Περισσότερα για την τεχνική των ηλεκτρονικών καταλόγων βλ. σε Δ. Ράικο/Ε. Βλάχου/Ε. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις ν. 4412/2016. Ερμηνεία κατ' άρθρο, Τόμος Ι, 2018, σ. 377 επ.

δικασία της ανάθεσης της σύμβασης, που παρέχει την ελευθερία στις αναθέτουσες αρχές να διαμορφώνουν τη σχετική διαδικασία με το σταδιακό αποκλεισμό των προσφερόντων που δεν ικανοποιούν τα τεθέντα κριτήρια.

3. Διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης

3.1. Γενικοί κανόνες για όλα τα είδη των συμβάσεων

Από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 26 παρ. 6 και 32 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ (βλ. και άρθρο 26 παρ. 6 και 32 του ν. 4412/2016) προκύπτει ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις τους προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, σε συγκεκριμένες μόνο περιπτώσεις και υπό τους όρους που καταστρώνονται στις εν λόγω διατάξεις. Πρόκειται, λοιπόν, για μια εξαιρετική διαδικασία⁹⁰, προσομοιάζουσα με εκείνη που προβλέπουν οι διατάξεις της UNICITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services για την απευθείας ανάθεση («single-source procurement»)⁹¹.

Σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 50 της νέας οδηγίας 2014/24/ΕΕ: «Λόγω των επιζήμιων επιπτώσεων στον ανταγωνισμό, οι διαδικασίες με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση γνωστοποίηση προκήρυξης σύμβασης θα πρέπει να χρησιμοποιούνται μόνο σε άκρως εξαιρετικές περιπτώσεις. Η εξαίρεση αυτή θα πρέπει να περιορίζεται σε περιπτώσεις που είτε η δημοσίευση είναι αδύνατη, για λόγους κατεπείγουσας ανάγκης οφειλομένης σε γεγονότα τα οποία η αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε να προβλέψει και για τα οποία δεν ευθύνεται, είτε είναι σαφές εξ αρχής ότι η δημοσίευση δεν θα οδηγήσει σε μεγαλύτερο ανταγωνισμό ή σε καλύτερα αποτελέσματα όσον αφορά την προμήθεια, μεταξύ άλλων και γιατί αντικειμενικά υπάρχει μόνο ένας οικονομικός φορέας που μπορεί να εκτελέσει τη σύμβαση. Χαρακτηριστικό παράδειγμα είναι τα έργα τέχνης, όπου η ταυτότητα του καλλιτέχνη συνδέεται άρρηκτα με τον μοναδικό χαρακτήρα και την αξία του έργου τέχνης. Η αποκλειστικότητα μπορεί να οφείλεται και σε άλλους λόγους, όμως μόνο καταστάσεις αντικειμενικής αποκλειστικότητας μπορούν να δικαιολογήσουν τη χρήση της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση, εφόσον η κατάσταση της αποκλειστικότητας δεν δημιουργήθηκε από την ίδια την αναθέ-

90. Πρβλ. ΔΕΚ υπόθεση C-199/85, *Commission v. Italy*, Συλλογή 1039, υπόθεση C-318/94, *Commission v. Germany* ("Ems"), Συλλογή I-1949, υπόθεση C-337/98, *Commission v. France* ("Rennes Railway"), Συλλογή I-8377.

91. S. Arrowsmith, *EU public procurement law: An introduction*, 2011, p. 198.

τουσα αρχή με στόχο τη μελλοντική διαδικασία προμήθειας. Οι αναθέτουσες αρχές που επικαλούνται αυτή την εξαίρεση θα πρέπει να αιτιολογούν γιατί δεν υπάρχουν εύλογες εναλλακτικές ή υποκατάστατα, όπως η χρήση εναλλακτικών διαύλων διανομής ακόμα και εκτός του κράτους μέλους της αναθέτουσας αρχής ή να εξετάζουν παρεμφερή από άποψη λειτουργίας έργα, αγαθά και υπηρεσίες. Στις περιπτώσεις που η κατάσταση της αποκλειστικότητας οφείλεται σε τεχνικούς λόγους, αυτοί θα πρέπει να προσδιορίζονται με ακρίβεια και να αιτιολογούνται κατά περίπτωση. Θα μπορούσαν να περιλαμβάνουν, επί παραδείγματι, την τεχνική αδυναμία άλλων οικονομικών φορέων να επιτύχουν τις απαιτούμενες επιδόσεις ή την αναγκαιότητα χρήσης ειδικής τεχνογνωσίας, εργαλείων ή μέσων που μόνον ένας φορέας διαθέτει. Οι τεχνικοί λόγοι μπορεί να προέρχονται επίσης από ειδικές απαιτήσεις διαλειτουργικότητας που πρέπει να πληρούνται για να εξασφαλιστεί η λειτουργία των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών. Τέλος, η διαδικασία προμήθειας δεν είναι χρήσιμη όταν αγοράζονται άμεσα αγαθά σε αγορά πρώτων υλών, περιλαμβανομένων των χρηματιστηρίων εμπορίας βασικών αγαθών, όπως είναι τα αγροτικά προϊόντα, πρώτων υλών και ενέργειας, όπου η πολυμερής ρυθμιζόμενη και εποπτευόμενη εμπορική δομή εγγυάται κατά τρόπο φυσικό τις τιμές της αγοράς».

Στο πλαίσιο των σκέψεων αυτών, όπως ήδη αναφέρθηκε, οι διατάξεις της νέας γενικής οδηγίας προβλέπουν (άρθρο 26, 32) τη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση («negotiated procedure without prior publication») σε ορισμένες ειδικά καθορισμένες περιπτώσεις (βλ. άρθρο 26 παρ. 6 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, άρθρο 26 παρ. 6 ν. 4412/2016).

Κατά τη νομολογία των εθνικών δικαστηρίων⁹², οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις κατά κανόνα με τη διαδικασία του ανοικτού ή κλειστού διαγωνισμού, ενώ η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης αποτελεί εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης και για το λόγο αυτό εφαρμόζεται μόνο υπό τις αναφερόμενες στο νόμο προϋποθέσεις, καθόσον συνιστά παρέκκλιση από τις αρχές της διαφάνειας, της ισότητας συμμετοχής στις διαδικασίες για την κατάρτιση δημοσίων συμβάσεων και του ελεύθερου ανταγωνισμού.

Ο γενικός κανόνας που ισχύει στις περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης δίχως προκήρυξη είναι ότι δεν απαιτείται η τήρηση των διατάξεων των οδηγιών για τη δημοσιότητα και τον ανταγωνισμό, με εξαίρεση την περίπτωση που προβλέπεται από τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 α' της οδηγίας (άρθρο 32 παρ. 2 α' του ν. 4412/2016), δηλαδή εκείνη κατά την οποία απέτυχε ο

92. ΣτΕ 1747/2011, Πράξη ΕΣ 94/2008 Τμήμα VI.

προηγνη
σε διαπρ
θώντας
ση νέας

Σημ
κήρυξη
ρώσεων
Προς α
δημοσι
της πρό
ημέρες

Πε
της οδ
ρέκκλι
διασφά
δικαιω
κείμενο
ΕΕ να
αναθέτ
στη δια
ή να σ
νέους
στην ε
Το
σεις πο
διατάξ

93
σκέψη 2
σκέψη
I-13947
94
1987, σ
I-1249,
I-1949,
σκέψη
σκέψη
38, και

προηγηθείς ανοικτός ή κλειστός διαγωνισμός και η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί σε διαπραγμάτευση όλους όσους είχαν υποβάλει παραδεκτές προσφορές, ακολουθώντας τους κανόνες του ανταγωνισμού, χωρίς όμως να προβαίνει στη δημοσίευση νέας προκήρυξης.

Σημειωτέον ότι, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης δίχως προκήρυξη εγκυμονεί σοβαρούς κινδύνους για την αναθέτουσα αρχή, ενόψει των κυρώσεων που συνοδεύουν την τυχόν μη σύννομη χρήση της εν λόγω διαδικασίας. Προς αποφυγή του κινδύνου αυτού, οι αναθέτουσες αρχές έχουν τη δυνατότητα να δημοσιεύσουν στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης γνωστοποίηση της πρόθεσής τους να προσφύγουν στη διαδικασία αυτή και να αναμείνουν για 10 ημέρες («a ten-day standstill»).

Περαιτέρω, οι διατάξεις του άρθρου 32 του ν. 4412/2016 (και του άρθρου 32 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ), στο μέτρο που εισάγουν εξαιρέσεις που συνιστούν παρέκκλιση από την βασική ρύθμιση, ήτοι από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας των αναγνωριζόμενων από τη ΣυνθΛΕΕ δικαιωμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο συσταλτικής ερμηνείας. Συγκεκριμένα, προκειμένου η οδηγία 2014/24/ΕΕ να μην απολέσει την πρακτική αποτελεσματικότητά της, τα κράτη μέλη και οι αναθέτουσες αρχές τους δεν επιτρέπεται να προβλέπουν περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση που δεν προβλέπονται από την εν λόγω οδηγία ή να συνοδεύουν τις ρητώς προβλεπόμενες από την οδηγία αυτή περιπτώσεις με νέους όρους που έχουν ως αποτέλεσμα να καθιστούν ευκολότερη την προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία⁹³.

Το βάρος απόδειξης περί του ότι συντρέχουν πράγματι οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την απόκλιση, το φέρει ο προτιθέμενος να κάνει χρήση των διατάξεων αυτών⁹⁴. Σε κάθε περίπτωση, οι παραπάνω διατάξεις πρέπει να ερμη-

93. Πρβλ. ΔΕΚ της 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, ΔΕΚ της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949, σκέψη 13 και ΔΕΚ της 13ης Ιανουαρίου 2005, C-84/03, Επιτροπή κατά Ισπανίας, Συλλ. 2005, I-13947, σκέψη 48. Επίσης βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ Απόφαση 1/2012 Συνεδρίαση της 13-6-2012.

94. Πρβλ. ΔΕΚ, αποφάσεις της 10ης Μαρτίου 1987, C-199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1987, σ. 1039, σκέψη 14, της 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949, της 10ης Απριλίου 2003, C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 2003, I-360, σκέψη 58, της 14ης Σεπτεμβρίου 2004, C-385/02, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2004, σ. I-8121, σκέψη 19, της 14ης Οκτωβρίου 2004, C-340/02, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλ. 2004, I-9845, σκέψη 38, και της 2ας Ιουνίου 2005, C-394/02, Επιτροπή κατά Ελλάδας, Συλλ. 2005, I-4713, σκέψη 33.

νεύονται σύμφωνα με την ΣυνθΛΕΕ, καθώς η υποχρέωση δημοσίευσης προκήρυξης έχει ως θεμέλιο το πρωτογενές ευρωπαϊκό ενωσιακό δίκαιο, και με αναφορά τον ελεύθερο και πραγματικό ανταγωνισμό⁹⁵.

Οι προβλεπόμενες από την κοινοτική νομοθεσία περιπτώσεις, όπου επιτρέπεται κατεξάιρεση η προσφυγή της αναθέτουσας αρχής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης δίχως προκήρυξη⁹⁶, είναι οι παρακάτω αναφερόμενες:

3.1.1. Η μη υποβολή προσφορών, η υποβολή ακατάλληλων προσφορών κ.λπ.

Με τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 α' της οδηγίας 2014/24/ΕΕ (άρθρο 32 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016), παρέχεται η δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να χρησιμοποιούν τη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, όταν πληρούνται σωρευτικά οι ακόλουθες τρεις προϋποθέσεις: α) έχει προηγηθεί προκήρυξη διαγωνισμού, ανοικτού ή κλειστού, β) καμία προσφορά ή αίτηση συμμετοχής δεν υποβλήθηκε ή καμία από τις υποβληθείσες προσφορές ή αιτήσεις συμμετοχής δεν ήταν κατάλληλη, και γ) δεν έχουν τροποποιηθεί ουσιαστικά οι αρχικοί όροι της σύμβασης.

Σε όλες τις προαναφερόμενες περιπτώσεις, εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει προχωρήσει στη διεξαγωγή μιας διαγωνιστικής διαδικασίας δίχως να βρει κάποιον

95. ΕΑΑΔΗΣΥ Απόφαση 1/2012 Συνεδρίαση της 13-6-2012, σκέψη 6, με παραπομπή σε Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Rojares Maduro της 17ης Δεκεμβρίου 2008, C-250/07, Επιτροπή κατά Ελλάδα.

96. Σημειωτέον ότι, στη διαδικασία αυτή δεν εφαρμόζονται οι διατάξεις των άρθρων 22 παρ. 1 (επικοινωνίες και υποβολή μέσω ΕΣΗΔΗΣ), 36 (χρήση από αναθέτουσες αρχές του ΕΣΗΔΗΣ), 72 παράγραφος 1 περίπτωση α' (καταβολή εγγύησης συμμετοχής σε διαγωνισμό), 79 παρ. 1 έως 4 (υποβολή ΕΕΕΣ και ΤΕΥΔ, και 221 παρ. 8 και 9, στις ακόλουθες περιπτώσεις του άρθρου 32: α) όπου η δυνατότητα ανάθεσης περιορίζεται σε έναν προκαθορισμένο συμμετέχοντα, σύμφωνα με την περίπτωση β' της παραγράφου 2, με την παράγραφο 3, με την περίπτωση β' της παραγράφου 4 και την παράγραφο 6, β) λόγω του επείγοντος χαρακτήρα της ανάθεσης σύμφωνα με την περίπτωση γ' της παραγράφου 2, ή γ) λόγω των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών της συναλλαγής στην περίπτωση προμηθειών που είναι εισηγμένες και αγοράζονται σε χρηματιστήριο εμπορευμάτων σύμφωνα με την περίπτωση γ' της παραγράφου 4. Στις περιπτώσεις α' και β' η διαδικασία διεξάγεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στους όρους της πρόσκλησης, όπου υπάρχει, και η αξιολόγηση των προσφορών μπορεί να γίνεται σε ενιαίο στάδιο με την ανάθεση της σύμβασης. Στην περίπτωση γ' δεν απαιτείται προηγούμενη πρόσκληση και η διαδικασία διεξάγεται με βάση τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της συναλλαγής. Η διαδικασία της διαπραγμάτευσης γίνεται από τριμελές όργανο, το οποίο συγκροτείται από την Αναθέτουσα Αρχή και εισηγείται προς το αποφαινόμενο όργανο για κάθε θέμα που ανακύπτει κατά την ανάθεση της σύμβασης (άρθρο 32Α ν. 4412/2016, που προστέθηκε με το άρθρο 43 παρ. 1 ν. 4605/2019 ΦΕΚ Α' 52).

οικονομ
χρεώννε
την ελε
κατάλλ

Εν
και αν

αρχή ν
μπορεί

σίων σ
ένδειξη

συμμο
ντοτε

αν δεν
αυτό, ε

σει η α
λώντα

Η
κτή ή

der») ο

και δε
όπως
σμού⁹⁸

97

98

Ελλάδα

προγεν

για: «Ε

δαπάνη

εκ μέρ

(Τμ. V

δε περ

κριτηρ

οδηγή

της -κ

επίσης

άσχετ

πόκρι

οικονομικό φορέα που να ικανοποιεί τις ανάγκες της, δεν είναι σκόπιμο να υποχρεώνεται στην επανάληψη των διατυπώσεων δημοσιότητας, αλλά πρέπει να έχει την ελευθερία να χρησιμοποιήσει κάθε μέθοδο που επιλέγει για την ανεύρεση του κατάλληλου αναδόχου της σύμβασης.

Εν προκειμένω, πρέπει να γίνουν οι εξής παρατηρήσεις. Πρώτον, ότι ακόμη και αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις που δίνουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να προχωρήσει στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης δίχως προκήρυξη, αυτή μπορεί να ακολουθήσει σε κάθε περίπτωση τους κανόνες δημοσιότητας των δημοσίων συμβάσεων που προβλέπει η ενωσιακή νομοθεσία. Τούτο, μάλιστα, αποτελεί ένδειξη περί του ότι δεν υπήρχε πρόθεση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής να μη συμμορφωθεί με την οικεία ενωσιακή νομοθεσία⁹⁷. Δεύτερον, ότι εμφολωρεί πάντοτε ο κίνδυνος επιβολής κυρώσεων για παράβαση της ενωσιακής νομοθεσίας, αν δεν συντρέχουν πράγματι οι όροι προσφυγής στη διαδικασία αυτή. Για το λόγο αυτό, είναι σκόπιμο, αν τυχόν έχουν υποβληθεί μη κανονικές προσφορές, να ξεκινήσει η αναθέτουσα αρχή τη διαδικασία διαπραγμάτευσης δίχως προκήρυξη προσκαλώντας όλους τους υποψήφιους, οι οποίοι είχαν υποβάλει παραδεκτές προσφορές.

Η προσφορά που κατατέθηκε στην προηγηθείσα της διαπραγμάτευσης ανοικτή ή κλειστή διαδικασία διαγωνισμού νοείται ως «ακατάλληλη» («unsuitable tender») όταν το περιεχόμενό της δεν έχει καμία σχέση με τις υπό ανάθεση υπηρεσίες και δεν μπορεί, συνεπώς, να ανταποκριθεί στις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής, όπως αυτές καθορίστηκαν στα έγγραφα (τεχνικές προδιαγραφές) του διαγωνισμού⁹⁸, για τον λόγο δε αυτό η υποβολή «ακατάλληλης» προσφοράς εξομοιώνεται

97. Βλ. S. Arrowsmith, *op. cit.*, p. 209.

98. Πρβλ. S. Arrowsmith, *op. cit.*, p. 208, ΔΕΚ απόφαση της 4-6-2009, C-250/07, Επιτροπή κατά Ελλάδας, ΕΑΑΔΗΣΥ απόφαση 62/2013 Συνεδρίαση της 12-2-2013, σκέψη 9. Βλ. επίσης υπό το προγενέστερο καθεστώς ΕΑΑΔΗΣΥ Εγκύκλιος 1/2013, με αναφορά σε περιπτώσιολογική νομολογία: «Έχει κριθεί ότι είναι ακατάλληλη προσφορά που υπερέβαινε κατά πολύ την προϋπολογισθείσα δαπάνη, που δεν ήταν σύμφωνη με τις τεχνικές προδιαγραφές στο μέτρο που καθιστά αδύνατη την εκ μέρους της α.α. επίτευξη των σκοπών (ΔΕΚ 250/2007). Το Ελεγκτικό Συνέδριο έχει αποφανθεί (Τμ. VI 3558/2009) ότι η μη συμφέρουσα προσφορά δεν ταυτίζεται με τη μη κατάλληλη, σε κάθε περίπτωση η μη κατάλληλη προσφορά πρέπει να κρίνεται βάσει ήδη τεθέντων αντικειμενικών κριτηρίων ανεξαρτήτων από την εκάστοτε βούληση της α.α. (αντίθετη ερμηνεία θα μπορούσε να οδηγήσει τη διοίκηση σε απροσδιόριστο αριθμό διαδικασιών διαπραγματεύσεων μέχρι την επίτευξη της -κατά την κρίση της- οικονομικότερης προσφοράς, Τμήμα VI 44/2007). Νομολογιακά έχει επίσης κριθεί ως μη κατάλληλη προσφορά η μη πλήρης, η μη σύμφωνη με όρους της διακήρυξης, η άσχετη με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, η προσφορά που εμφανίζει αδυναμία ανταπόκρισης στις ανάγκες της α.α. (π.χ. ασυμφωνία με τεχνικές προδιαγραφές), καθώς και αυτή που

με τη μη υποβολή προσφοράς⁹⁹.

Ειδικότερα, όπως ρητά πλέον ορίζεται στο άρθρο 32 παρ. 2 α' του ν. 4412/2016 (άρθρο 32 παρ. 2 α' της οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ακατάλληλη είναι η προσφορά όταν είναι άσχετη με τη σύμβαση και αδυνατεί προδήλως, χωρίς να τροποποιηθεί ουσιαστικά, να ανταποκριθεί στις ανάγκες και τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής, όπως προσδιορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. Ενώ, μη κατάλληλη θεωρείται μία αίτηση συμμετοχής όταν στο πρόσωπο του οικονομικού φορέα συντρέχει υποχρεωτικός ή δυνητικός λόγος αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 73 ή όταν αυτός δεν πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που έχει θέσει η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77 του ν. 4412/2016.

Όσον αφορά τον εισαγόμενο με τις διατάξεις αυτές ορισμό της μη κατάλληλης προσφοράς, που ισοδυναμεί πρακτικά με την έλλειψη προσφερόντων, αυτή είναι στην πραγματικότητα μια άχρηστη προσφορά, δηλαδή πρόκειται για προσφορά που ακόμη και με ουσιώδεις τροποποιήσεις δεν θα μπορούσε να ανταποκριθεί στις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής. Από την άποψη αυτή, δεν αρκεί το γεγονός ότι η προσφορά φέρει παρατυπίες, καθόσον αυτό από μόνο του δεν σημαίνει ότι η προσφορά είναι και ακατάλληλη.

Εξάλλου, όπως προκύπτει από το γράμμα των ίδιων παραπάνω διατάξεων της οδηγίας και του ν. 4412/2016, υφίσταται συνάρτηση μεταξύ της περίπτωσης απουσίας προσφοράς και της περίπτωσης υποβολής ακατάλληλης προσφοράς, οι οποίες προβλέπεται ότι μπορούν, εναλλακτικά, να αποτελέσουν λόγο ανάθεσης με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση. Οι περιπτώσεις αυτές είναι ισοδύναμες όχι μόνον

υπερβαίνει τον προϋπολογισμό (ΕΣ Τμ. VI 94/2008). Τέλος άλλα παραδείγματα μη κατάλληλων προσφορών θα μπορούσαν να είναι οι προσφορές που δεν καλύπτουν τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής ή τις απαιτήσεις των κριτηρίων ανάθεσης, προσφορές που γίνονται με επιφυλάξεις, ή προσφορές που περιλαμβάνουν εσκεμμένα ή συστηματικά λάθη, προσφορές που γίνονται με προϋποθέσεις ή θέτουν όρους αντιπροσφοράς, προσφορές των οποίων οι τιμές αποδεδειγμένα έχουν διαμορφωθεί με προ-συνεννόηση διαγωνιζομένων και δεν προκύπτουν ως αποτέλεσμα ανταγωνισμού, ή αν υπάρχουν γενικότερα σοβαρές ενδείξεις ότι έγινε συνεννόηση των διαγωνιζομένων προς αποφυγή πραγματικού ανταγωνισμού ή ότι δεν υπήρξε κατά την κρίση της α.α. επαρκής ανταγωνισμός κατά τη διαδικασία για τη σύναψη της σύμβασης, ή ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές που δεν μπορούν να διευκρινιστούν γραπτώς από τους διαγωνιζόμενους μετά από αίτημα της α.α. Γενικά γίνεται δεκτό ότι αφορά μάλλον περιπτώσεις πλημμελειών ουσίας, ιδιαίτερα σοβαρών ελλείψεων των προσφορών (στην ουσία η αγορά δεν ανταποκρίθηκε)».

99. Πρβλ. ΕΣ Τμήμα VI 3558/2009, με παραπομπή σε ΔΕΚ απόφαση της 4.6.2009, Υπόθεση C-250/07, Επιτροπή κατά Ελλάδας, Πράξη VI Τμ. ΕΣ 44/2007, ΕΑΑΔΗΣΥ απόφαση 62/2013 Συνεδρίαση της 12-2-2013, σκέψη 9.

όσον αφορά στις συνέπειες που απορρέουν από αυτές, αλλά και όσον αφορά στις δυσκολίες που συνεπάγονται για τον αναθέτοντα φορέα, δεδομένου ότι δεν καλύπτονται οι σχετικές με τις υπό ανάθεση υπηρεσίες ανάγκες λόγω μη υποβολής προσφορών ή λόγω μη συμβατότητας των υποβληθεισών προσφορών με τις τεχνικές προδιαγραφές. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να συνάψει σύμβαση ανάθεσης (υπηρεσιών κ.λπ.) χωρίς να ακολουθήσει τη συνήθη διαδικασία διαγωνισμού, μόνον εάν οι προσφορές που υποβλήθηκαν είναι «ακατάλληλες», στην κατηγορία δε των προσφορών αυτών δεν εμπίπτουν σε καμία περίπτωση οι οικονομικά «μη συμφέρουσες» για την αναθέτουσα αρχή προσφορές¹⁰⁰.

Δεν είναι δυνατή η προσφυγή στην διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2016, όταν στο επαναληπτικό διαγωνισμό που προηγήθηκε υποβλήθηκε τουλάχιστον μια προσφορά, η οποία απορρίφθηκε ως μη κανονική και συνεπώς δεν έχει κριθεί η καταλληλότητά της, δοθέντος ότι η προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία προϋποθέτει ότι «καμία προσφορά δεν υποβλήθηκε ή καμία από τις υποβληθείσες προσφορές δεν ήταν κατάλληλη» προϋποθέσεις που δεν συντρέχουν στην προκείμενη περίπτωση¹⁰¹.

Επίσης, σκόπιμο είναι η εξαιρετική διαδικασία διαπραγμάτευσης να διενεργείται σε χρονική εγγύτητα προς τον χρόνο της ανοικτής διαδικασίας, η οποία απέβη άγονη, ώστε να διασφαλίζεται ότι τα πραγματικά γεγονότα που οδήγησαν στη διαδικασία αυτή και αποτυπώνουν την μη ύπαρξη ενδιαφέροντος από οικονομικούς φορείς για συμμετοχή στον διαγωνισμό, δεν έχουν μεταβληθεί. Διαφορετικά, είναι ενδεχόμενο να κριθεί, κατά περίπτωση, ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις προσφυγής στην εν λόγω διαδικασία.

Σημειωτέον, πάντως, ότι σε περίπτωση προσφυγής της αναθέτουσας αρχής στην εξαιρετική διαδικασία της ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων με τη διαδικασία των διαπραγματεύσεων, κατά τις διατάξεις του άρθρου 32 του ν. 4412/2016, χωρίς δημοσίευση σχετικής προκήρυξης διαγωνισμού, όπως λ.χ. σε περίπτωση κατά την οποία η ανοικτή διαγωνιστική διαδικασία ματαιώθηκε διότι δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά, τούτο είναι επιτρεπτό μόνο εφόσον δεν τροποποιούνται ουσιωδώς οι όροι της αρχικής διαγωνιστικής διαδικασίας.

Μία τροποποίηση είναι ουσιώδης, όταν προστίθενται όροι, οι οποίοι εάν είχαν γνωστοποιηθεί στο πλαίσιο της αρχικής διαδικασίας του (ανοικτού) διαγωνισμού, θα είχαν ενδεχομένως ως αποτέλεσμα την εκδήλωση ενδιαφέροντος εκ μέρους

100. Πρβλ. ΕΣ Τμήμα VI 3558/2009.

101. ΕΑΑΔΗΣΥ απόφαση 62/2013 Συνεδρίαση της 12-2-2013, σκέψη 10.

υποψηφίων¹⁰². Υπό το πρίσμα αυτό, μια τροποποίηση μπορεί να θεωρηθεί ουσιαστικής, όταν μεταβάλλεται η αρχική οικονομική ισορροπία της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης υπέρ του τελικά επιλεγέντος μειοδότη κατά τρόπο μη προβλεπόμενο από την αρχική διαδικασία¹⁰³. Τούτο δε αφορά το σύνολο των τεχνικών, διοικητικών, χρηματοοικονομικών κ.λπ. όρων που περιέχονται στα έγγραφα του διαγωνισμού (π.χ. τεχνικές προδιαγραφές, τρόπος χρηματοδότησης της σύμβασης ή πληρωμής του αναδόχου, προθεσμίες εκτέλεσης, προϋποθέσεις παραλαβής των παραδοτέων ή τεχνικές κατασκευής ενός έργου, υπέρβαση προεκτιμώμενης αξίας σύμβασης).

Περαιτέρω, όταν η αναθέτουσα αρχή προσφεύγει στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προκήρυξη διαγωνισμού, σε περίπτωση κατά την οποία, ύστερα από ανοιχτή διαγωνιστική διαδικασία, δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά, ενόψει του ότι η απευθείας ανάθεση της υπηρεσίας κατόπιν διαπραγματεύσεων συνδέεται με τον προηγθέντα αυτής διαγωνισμό και η νομιμότητά της εξαρτάται από το κύρος και τη νομιμότητα του άγονου διαγωνισμού, αυτό έχει ως συνέπεια ότι επί μη νόμιμης διαδικασίας ανοικτού διαγωνισμού (λ.χ. λόγω μη τήρησης των επιβαλλόμενων διατυπώσεων δημοσιότητας), ο οποίος εκ του λόγου αυτού απέβη άγονος, δεν δύναται να ακολουθήσει έγκυρη διαδικασία διάπραγματεύσεων¹⁰⁴.

Εξάλλου, όπως ήδη αναφέρθηκε, κατά τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 1 α' της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, είναι δυνατή η κατεξάιρεση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού προσφυγή σε διαπραγματεύσεις όταν έχει προηγηθεί ανοικτή ή κλειστή διαδικασία και υποβλήθηκαν αντικανονικές ή απαράδεκτες προσφορές, οπότε η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί όλους όσους στην προηγηθείσα ανοικτή ή κλειστή διαδικασία υπέβαλαν παραδεκτές προσφορές. Η αναθέτουσα αρχή δεν έχει τη δυνατότητα πρόσκλησης και άλλων, νέων, υποψηφίων στην εν λόγω διαπραγμάτευση.

102. Απόφαση ΕΣ 29/2012 Τμήμα VI. Πρβλ. ΔΕΚ υπόθεση C-337/05 Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, απόφαση της 08.04.2008, C-157/06 Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, απόφαση της 02.10.2008, αποφ. VI Τμ. 2845/2010, πρ. VI Τμ. 4/2009.

103. Βλ. Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΑΔΗΣΥ) Εγκύκλιος υπ. αριθμ. 1/2013, με παραπομπή σε ΔΕΚ υπόθεση C-454/2006, ΕΣ Κλ. Ζ 289/2008, όπου επισημαίνεται ότι ουσιαστικής τροποποίηση είναι εκείνη που ενδέχεται να πλήξει τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, του ελεύθερου ανταγωνισμού και της διαφάνειας, όπως λ.χ. στην περίπτωση που αν δημοσιεύονταν οι τροποποιημένοι όροι θα μεταβαλλόταν ο κύκλος των υποψηφίων, θα είχαν ως αποτέλεσμα τη συμμετοχή στη διαδικασία και άλλων διαγωνιζομένων από εκείνους που αρχικά έγιναν δεκτοί ή την επιλογή προσφοράς διαφορετικής από αυτή που τελικώς επελέγη.

104. ΕΣ 29/2012 Τμήμα VI, ΕΣ VI Τμ. 1249, 466/2011, 3132/2010, ΕΑΑΔΗΣΥ απόφαση 4/2013, Συνεδρίαση της 2-1-2013, σκέψη 12.

Στην προαναφερόμενη περίπτωση, με δεδομένο το παραδεκτό των προσφορών αυτών, ακολουθεί το στάδιο των διαπραγματεύσεων, κατά το οποίο οι προσφέροντες μπορούν να προσαρμόσουν τις προσφορές τους, οικονομικές και τεχνικές, στους όρους της προκήρυξης του διαγωνισμού, της συγγραφής υποχρεώσεων κ.λπ. Συνεπώς, σύμφωνα με το νόμο, κατά την εφαρμογή του συστήματος αυτού, ούτε κρίση περί παραδεκτού των δικαιολογητικών, ούτε κρίση περί του παραδεκτού των -προσαρμόσιμων, άλλωστε, κατά την διαδικασία των διαπραγματεύσεων- τεχνικών προσφορών γίνεται, αφού έχει ήδη γίνει και, μάλιστα, προϋποτίθεται¹⁰⁵.

3.1.2. Η ύπαρξη ενός μόνο υποψηφίου αναδόχου για τεχνικούς λόγους ή για λόγους προστασίας αποκλειστικών δικαιωμάτων

Απευθείας ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων έργων, προμήθειας, ή παροχής υπηρεσιών, μέσω της διαδικασίας των διαπραγματεύσεων, χωρίς να έχει προηγηθεί δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, μπορεί να γίνει, μεταξύ άλλων, και όταν για λόγους τεχνικούς («technical reasons»), όπως είναι λ.χ. η κατοχή αποκλειστικών τεχνικών μέσων, γνώσεων ή μεθόδων, ή για λόγους σχετικούς με την προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων («reasons connected with the protection of exclusive rights»), η σύμβαση μπορεί να ανατεθεί μόνο σε συγκεκριμένο οικονομικό φορέα («a particular economic operator»), ο οποίος δεν αρκεί να είναι απλώς πρόσωπο ικανό να παράσχει με τον πλέον αποτελεσματικό τρόπο τις ζητούμενες υπηρεσίες, αλλά να είναι και το μοναδικό έναντι οποιουδήποτε άλλου προσώπου παρέχοντος ανάλογες υπηρεσίες. Το ίδιο ισχύει και όταν συνάπτεται η σύμβαση με στόχο την δημιουργία ή απόκτηση μοναδικού έργου τέχνης ή καλλιτεχνικής εκδήλωσης (άρθρο 32 παρ. 2 β' περ. αα, ββ και γγ της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, άρθρο 32 παρ. 2 β' περ. αα, ββ και γγ του ν. 4412/2016)¹⁰⁶.

Ως εκ της φύσης μάλιστα της σχετικής απόφασης της αναθέτουσας αρχής για την προσφυγή στην ως άνω εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης, επιβάλλεται να προκύπτουν με σαφήνεια και πληρότητα από τα στοιχεία του φακέλου οι ειδικότεροι εκείνοι λόγοι που τη δικαιολογούν. Αν δεν συντρέχουν οι ανωτέρω προϋποθέσεις, η διαδικασία ανάθεσης και η συναπτόμενη κατά τη διαδικασία αυτή σύμβαση παροχής υπηρεσιών είναι μη νόμιμη¹⁰⁷.

Ως τεχνικοί λόγοι, προκειμένου να συναφθεί η σύμβαση μόνο με συγκεκρι-

105. ΕΑ ΣτΕ 515/2008, 41/2009.

106. Πρβλ. ΔΕΚ 199/85 Επιτροπή κατά Ιταλίας, ΔΕΚ 296/92 Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, ΔΕΚ 57/94 Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, Πράξη ΕΣ 77/2008 Τμήμα VI.

107. Βλ. Πράξεις VI Τμ. ΕΣ 12, 58, 125/2005, 73/2004, IV Τμ ΕΣ 34/2001.

μένο οικονομικό φορέα, νοούνται η ύπαρξη μόνο μιας επιχείρησης που έχει την τεχνογνωσία για την κατασκευή ενός έργου, ή παράγει ένα προϊόν, ή όταν μόνο μια επιχείρηση υπάρχει που ικανοποιεί τα απαιτούμενα κριτήρια ανάθεσης, με αποτέλεσμα να υπάρχει απουσία ανταγωνισμού. Δηλαδή, η σύμβαση ανατίθεται σε εκείνον τον οικονομικό φορέα που σε όλη την Ευρωπαϊκή Ένωση έχει την απαιτούμενη τεχνογνωσία. Ο ισχυρισμός και μόνο από την αναθέτουσα αρχή ότι το έργο έχει περίπλοκο και δυσχερή χαρακτήρα δεν αρκεί για την απόδειξη ότι πρέπει να ανατεθεί σε έναν μόνο ανάδοχο¹⁰⁸. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να προσφύγει στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης όταν για λόγους τεχνικούς (όπως η κατοχή αποκλειστικών τεχνικών μέσων, γνώσεων ή μεθόδων) ή σχετικούς με την προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, καθίσταται απολύτως αναγκαίο να ανατεθεί η εκτέλεση σε συγκεκριμένο πρόσωπο, το οποίο όμως δεν αρκεί να είναι απλώς ικανό να παράσχει με τον πλέον αποτελεσματικό τρόπο τις ζητούμενες υπηρεσίες, αλλά απαιτείται να είναι και το μοναδικό έναντι οιοδήποτε άλλου προσώπου παρέχοντος ανάλογες υπηρεσίες σε όλο τον κοινοτικό χώρο. Το πρόσωπο αυτό τρόπον τινά έχει οιονεί ένα αποκλειστικό δικαίωμα, ή δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας, ακόμα και αν δεν το έχει κατοχυρώσει¹⁰⁹.

Σημειωτέον ότι, το Δικαστήριο έχει κρίνει πως η πρόσκληση για υποβολή προσφοράς σε περισσότερες της μίας επιχειρήσεις ή και η προγενέστερη διενέργεια διαγωνισμού για το ίδιο αντικείμενο αποτελούν ενδείξεις υπέρ της μη ύπαρξης αποκλειστικότητας στο ενωσιακό επίπεδο. Επομένως πρέπει να θεμελιώνεται από την αναθέτουσα αρχή επαρκώς το στοιχείο της μόνης κατάλληλης, σε σχέση με άλλες εταιρίες που αναπτύσσουν όμοια δραστηριότητα στον αντίστοιχο τομέα. Η αναθέτουσα αρχή οφείλει να υποστηρίξει ειδικά και επαρκώς, με συγκεκριμένα στοιχεία την ανυπαρξία άλλου ενδιαφερόμενου, φυσικού ή νομικού προσώπου, δυνάμενου να προσφέρει τις ανάλογες υπηρεσίες/αγαθά/έργο, ειδικά μάλιστα όταν είναι γνωστή η ύπαρξη μεγάλου αριθμού εν δυνάμει οικονομικών φορέων που δραστηριοποιούνται στον ίδιο τομέα, σε συνθήκες ανταγωνισμού¹¹⁰.

Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αποδείξει ότι τεχνικοί λόγοι καθιστούν απολύτως αναγκαία τη σύναψη της σύμβασης με έναν οικονομικό φορέα, στον οποίο έχει ανατεθεί η εκτέλεση των σε εξέλιξη έργων «εν ανάγκη με μια πραγματογνωμοσύνη ενός ανεξάρτητου εμπειρογνώμονα, ότι οι απορρέουσες από αυ-

108. ΕΑΑΔΗΣΥ Εγκύκλιος 1/2013 με παραπομπή σε ΔΕΚC-385/2002.

109. ΔΕΚ C-199/85 Επιτροπή κατά Ιταλίας, ΔΕΚ C-296/92 Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, ΔΕΚ C-57/94 Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, ΕΣ Τμ. VI 2055/2010.

110. ΕΑΑΔΗΣΥ Εγκύκλιος 1/2013 με παραπομπή σε ΔΕΚC-385/2002.

τές τις τεχνικές αλληλεξαρτήσεις, δυσχέρειες δεν θα μπορούσαν να υπερνικηθούν εάν τα επίδικα έργα είχαν ανατεθεί σε επιχείρηση άλλη από εκείνη, στην οποία είχαν ανατεθεί ήδη τα εν εξελίξει έργα, οπότε η εκτέλεσή τους δεν μπορούσε να ανατεθεί παρά μόνο σε αυτή την τελευταία»¹¹¹.

Την θεωρία έχει απασχολήσει και η ειδικότερη σχέση της συναφούς διάταξης της προγενέστερης οδηγίας 2004/18 με τις οικείες διατάξεις της ενωσιακής νομοθεσίας που διέπουν τη διατύπωση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής των προδιαγραφών της σύμβασης¹¹². Το ερώτημα που δημιουργήθηκε έγκειτο στο αν επιτρέπεται η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης δίχως προκήρυξη εκ μόνου του λόγου ότι υφίσταται ένας και μόνο υποψήφιος που μπορεί να ανταποκριθεί στις προδιαγραφές, τις οποίες σύννομα είχε διατυπώσει η αναθέτουσα αρχή, ενόψει του ότι σε κάθε περίπτωση η τελευταία είναι υποχρεωμένη να αποδέχεται κάθε έργο, υπηρεσία ή προϊόν, που είναι ισοδύναμα με τα ζητούμενα εκ μέρους της.

Σύμφωνα με την καταφατική άποψη που είχε υποστηριχθεί, επιτρέπεται η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης δίχως προκήρυξη, αφού συνιστά τεχνικό λόγο υπό την ανωτέρω έννοια, η ύπαρξη ενός και μόνο φορέα, τα προϊόντα του οποίου ανταποκρίνονται στις προδιαγραφές της σύμβασης, όπως λ.χ. όταν λόγω της τεχνικής ιδιομορφίας του υπό κατασκευή έργου, είναι δυνατή η ανάθεση της σύμβασης μόνο σε συγκεκριμένη επιχείρηση¹¹³.

Η οδηγία 2014/24/ΕΕ και ο εθνικός νομοθέτης έλαβαν ρητή θέση υπέρ της αντίθετης εκδοχής¹¹⁴, ότι δηλαδή η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να προσφύγει στις ανοικτές ή κλειστές διαγωνιστικές διαδικασίες σε κάθε περίπτωση που υπάρχουν εναλλακτικά προϊόντα ή υπηρεσίες ή υποκατάστατα αυτών, ορίζοντας ότι οι εξαιρέσεις αυτές (των περιπτώσεων ββ' και γγ') εφαρμόζονται μόνο εάν δεν υπάρχει εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατο και η απουσία ανταγωνισμού δεν είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της σύμβασης (άρθρο 32 παρ. 2 στοιχ. α' περ. ββ' εδ. β' του ν. 4412/2016, άρθρο 32 παρ. 2 β' iii εδ. β' της οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

Ως λόγοι που σχετίζονται με την προστασία δικαιωμάτων αποκλειστικότητας θεωρούνται και εκείνοι που άπτονται δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας (βλ.

111. ΔΕΚ απόφαση της 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, σ. I-1249, σκ. 23-27.

112. Βλ. εκτενώς S. Arrowsmith, *op. cit.*, p. 202-203.

113. Πρβλ. Α. Γέροντα, *ό.π.*, σ. 285 επ., με παραπομπή σε ΔΕΚ απόφαση της 14-9-2004 C-394/2002.

114. Βλ. αυτή σε Δ. Ράικο, *Δίκαιο Δημόσιων Συμβάσεων*, 2014, σ. 320.

άρθρο 32 παρ. 2 β' περ. γγ: «...προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, συμπεριλαμβανομένων των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας...»¹¹⁵, δικαιωμάτων, δηλαδή, που δεν αποτελούν απλώς ιδέα, αλλά δημιούργημα λόγου, τέχνης ή επιστήμης, που εκφράζεται με οποιαδήποτε μορφή προσιτή στις αισθήσεις και παρουσιάζει πρωτοτυπία, με την έννοια ότι κανένας άλλος δημιουργός, κατά λογική πιθανολόγηση, δεν θα ήταν σε θέση να δημιουργήσει έργο όμοιο ή ότι παρουσιάζει μια ατομική ιδιομορφία, που κρίνεται με το μέτρο της στατιστικής μοναδικότητας, ή ένα ελάχιστο όριο «δημιουργικού ύφους», κάποια απόσταση δηλαδή από τα ήδη γνωστά και τα αυτονόητα¹¹⁶.

Η προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, ως προϋπόθεση προσφυγής στην ως άνω εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης, έχει την έννοια ότι ο ανάδοχος που επιλέχθηκε είναι ο μοναδικός που διαθέτει την ικανότητα εκτέλεσης της συγκεκριμένης σύμβασης λόγω του δικαιώματος αποκλειστικότητας που κατέχει επί του πρωτότυπου δημιουργήματός του, όπως είναι για παράδειγμα το λογισμικό του ηλεκτρονικού υπολογιστή, εφόσον αυτό είναι πρωτότυπο, προσωπικό δηλαδή δημιούργημα του κατασκευαστή του¹¹⁷, το οποίο αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, χωρίς να αρκεί για την εφαρμογή της ως άνω ρύθμισής ότι το εν λόγω δημιούργημα προστατεύεται απλώς από τις διατάξεις περί πνευματικής ιδιοκτησίας, αλλά πρέπει επιπλέον η παροχή των υπηρεσιών να είναι δυνατή μόνο από το συγκεκριμένο ανάδοχο, εφόσον αυτές (υπηρεσίες) δεν υπόκεινται σε ανταγωνισμό στην αγορά¹¹⁸.

Η απλή υποβολή πρότασης για σύναψη τέτοιας σύμβασης δεν παρέχει από μόνη της το οποιοδήποτε δικαίωμα αποκλειστικότητας στον προτείναντα ούτε μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο προστασίας της ως «έργου» του πνεύματος.

Ωστόσο, κατά την διατύπωση της περ. αα' του στοιχ. α' της παραγράφου 2 του άρθρου 32 της οδηγίας (βλ. και άρθρο 32 παρ. 2 α' περ. αα' του ν. 4412/2016), επιτρέπεται προσφυγή στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης δίχως δημοσίευση και όταν τα έργα, τα αγαθά ή υπηρεσίες μπορούν να παρασχεθούν μόνον από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, επειδή στόχος της σύμβασης είναι η δημιουργία ή απόκτηση μοναδικού έργου τέχνης ή καλλιτεχνικής εκδήλωσης. Όταν δηλαδή, η ταυτότητα του καλλιτέχνη συνδέεται άρρηκτα με τον μοναδικό χαρακτήρα και την αξία του έργου τέχνης που θέλει να αποκτήσει με την συμβατική έννομη σχέση

115. ΔΕΚ απόφαση της 16.10.2003, C-252/01, Επιτροπή κατά Βελγίου, Πράξη ΕΣ 33/2010 Τμ. VII.

116. Πρβλ. ΑΠ 152/2005, ΕφΑθ 80/2008.

117. Πράξη ΕΣ 100/2008 Τμήμα VI.

118. Πράξη ΕΣ 33/2010 Τμ. VII. Πρβλ. ΔΕΚ απόφαση της 3.5.1994, C-328/92, Επιτροπή κατά Ισπανίας.

η αναθέτουσα αρχή.

Σημειωτέον ότι, κατά τη νομολογία η προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης στις παραπάνω περιπτώσεις πρέπει να έπεται μίας στάθμισης όλων των οικονομοτεχνικών παραμέτρων που καθιστούν συμφερότερη την προσφυγή σε αυτήν την όλως εξαιρετική διαδικασία, με πλήρη και ειδική αιτιολογία που πρέπει να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, για τους λόγους που επέβαλαν την απόφασή της αυτή¹¹⁹.

3.1.3. Η προϋπόθεση του κατεπείγοντος

Η έννοια του επείγοντος, ως λόγου ταχείας διενέργειας του διαγωνισμού, και ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, είναι ένας από τους περιοριστικά απαριθμούμενους στο ενωσιακό δίκαιο λόγους, που επιτρέπει την απευθείας ανάθεση των εν λόγω συμβάσεων, εφόσον συντρέχουν αθροιστικά ορισμένες προϋποθέσεις.

Συγκεκριμένα, στο 32 παρ. 2 γ' της οδηγίας 2014/24/ΕΕ (βλ. άρθρο 32 παρ. 2 γ' του ν. 4412/2016) προβλέπεται ότι οι αναθέτουσες αρχές έχουν μεν ευχέρεια, κατ' απόκλιση από τον γενικό κανόνα διενέργειας ανοικτού ή κλειστού διαγωνισμού, να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις τους προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο («strictly necessary»), εάν λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για τις ενδιαφερόμενες αναθέτουσες αρχές, δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση. Σωρευτικά απαιτείται οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης να μην απορρέουν σε καμία περίπτωση από δική τους ευθύνη¹²⁰.

Ειδικότερα, η εφαρμογή της εν λόγω διάταξης εξαρτάται από τη συνδρομή τριών σωρευτικών προϋποθέσεων: α) την ύπαρξη απρόβλεπτου γεγονότος, β) την ύπαρξη κατεπείγουσας ανάγκης που δεν συμβιβάζεται με τις προθεσμίες που επιτάσσουν άλλες διαδικασίες και, γ) την ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ του απρόβλεπτου γεγονότος και της κατεπείγουσας ανάγκης που ανακύπτει. Επομένως, αν δεν πληρούνται μία από τις προαναφερόμενες προϋποθέσεις, η προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση δεν δικαιολογείται¹²¹.

119. ΕΑΑΔΗΣΥ Εγκύκλιος 1/2013, με παραπομπή σε ΕΣ Τμ. VI 3334/2009, 156, 77/2008, 263/2007, 186, 187, 188, 189, 190, 191/2006, 61/2004 VI Τμ. Ελ. Συν.

120. ΣτΕ 1747/2011, ΕΣ Τμήμα VI 3558/2009.

121. Πρβλ. ΔΕΚ, αποφάσεις της 2ας Αυγούστου 1993, C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ.

Ως απρόβλεπτες περιστάσεις νοούνται γεγονότα που δεν μπορούν αντικειμενικά με βάση τα διδάγματα της ανθρώπινης πείρας και λογικής να προβλεφθούν, είναι δε ανεξάρτητα της βούλησης της αναθέτουσας αρχής και δεν πρέπει να απορρέουν από έλλειψη προγραμματισμού και επιμέλειας αυτής¹²². Δηλαδή, πρόκειται για γεγονότα που υπερβαίνουν κατά πολύ τον συνήθη ρου του οικονομικού και κοινωνικού βίου, όπως λ.χ. οι θεομηνίες (πλημμύρες, σεισμοί κ.λπ.), οι οποίες καθιστούν κατεπείγοντως απαραίτητη την παράδοση διαφόρων προμηθειών στους πληγέντες¹²³. Η δε σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία, αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία¹²⁴.

Όπως ήδη επισημάνθηκε, οι προαναφερόμενες διατάξεις τυγχάνουν στενά ερμηνευτέες. Επομένως, αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να προβεί εγκαίρως στην ανάθεση της σύμβασης χρησιμοποιώντας τη σύντομη διαδικασία της διαδικασίας με επιλογή («the accelerated restricted procedure») αντί της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης, δεν είναι σύννομη η προσφυγή στην τελευταία. Έτσι, κρίθηκε από το Δικαστήριο ότι δεν δικαιολογείται η προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία της διαπραγμάτευσης δίχως προκήρυξη για την ανάθεση σύμβασης με αντικείμενο την επέκταση και τη διαμόρφωση των κτιριακών εγκαταστάσεων του Πανεπιστημίου της Μαδρίτης, ενόψει του αυξημένου αριθμού των φοιτητών του νέου ακαδημαϊκού έτους, αφού το Πανεπιστήμιο μπορούσε να πετύχει το στόχο αυτό με την προσφυγή στην κλειστή διαγωνιστική διαδικασία με συντόμευση των σχετικών προθεσμιών¹²⁵.

Ομοίως, δεν επιτρέπεται η προσφυγή στην εξαιρετική αυτή διαδικασία αν η αναθέτουσα αρχή είχε τη δυνατότητα να προβλέψει τις προς κάλυψη ανάγκες της σε αγαθά και υπηρεσίες και να ενεργήσει αναλόγως¹²⁶. Έτσι, για παράδειγμα, αν

1993, σ. Ι-4655, σκέψη 12, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. Ι-1949, σκέψη 14 και της 2ας Ιουνίου 2005, Επιτροπή κατά Ελλάδας, Συλλ. 2005, Ι-4713, σκέψη 40.

122. Έτσι, οι εν γένει διαμαρτυρίες κατοίκων και τοπικών αρχών για την εκτέλεση έργου δεν αποτελούν απρόβλεπτες κατά την έννοια του νόμου περιστάσεις ούτε δεσμεύουν την αναθέτουσα αρχή βλ. ΕΣ μειζ.συνθ. 3249/2013, ΕΣ Τμημ. VI 2270/2013, ΕΑΑΔΗΣΥ απόφαση 549/2013, Συνεδρίαση της 17-12-2013, σκέψη 10.

123. ΕΑΑΔΗΣΥ Απόφαση 1/2012 Συνεδρίαση της 13-6-2012, σκέψη 10, με παραπομπή σε *Ε. Κουντούπα-Ρεγκάκου*, Δημόσιες Συμβάσεις και Κοινοτικό Δίκαιο, 1995, σ. 82-83. Πρβλ. πράξεις ΕΣ 91, 105, 171, 191, 200, 205 και 214/2007, 15 και 74/2008.

124. Βλ. ΣτΕ 1747/2011.

125. ΔΕΚ υπόθεση C-24/91, *Commission v. Spain* ("Madrid University"), Συλλογή Ι-1989.

126. Πρβλ. ΔΕΚ υπόθεση C-107/92, *Commission v. Italy*, Συλλογή Ι-4655.

η σχετική απαίτηση (εξασφάλιση ικανής ποσότητας αντιδραστηρίων WNV προς διενέργεια μοριακού ελέγχου αίματος για τον ιό του Δυτικού Νείλου), έχει ήδη διατυπωθεί ρητά σε προηγούμενες διακηρύξεις και συμβάσεις της αναθέτουσας αρχής, είναι δηλαδή γνωστή σε αυτή, και η ανάγκη σύναψης σχετικών συμβάσεων είναι διαρκής και επαναλαμβανόμενη, ανακύπτει δε σε ετήσια βάση, η ανάγκη προμήθειας των σχετικών υλικών αποτελεί προβλέψιμο στοιχείο της διαδικασίας λήψης μέτρων προστασίας κατά της εκδήλωσης επιδημίας του ιού του Δυτικού Νείλου, η οποία επανεμφανίζεται σε ετήσια βάση, κατά τους θερινούς και φθινοπωρινούς μήνες, γεγονός το οποίο γνώριζε εκ των προτέρων και όφειλε να συνεκτιμήσει με την δέουσα επιμέλεια η αναθέτουσα αρχή για τον έγκαιρο προγραμματισμό και διενέργεια των αναγκαίων διαδικασιών για τη σύναψη των οικείων συμβάσεων, σύμφωνα με τις κοινές περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων προμηθειών διατάξεις. Συνεπώς, δεν συντρέχει κατεπείγουσα ανάγκη, οφειλόμενη σε απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή γεγονότα, για τα οποία δεν υπέχει η τελευταία ευθύνη, και η οποία «δεν επιτρέπει την τήρηση των προθεσμιών που απαιτούνται σε περίπτωση προκήρυξης διαγωνισμού»¹²⁷.

Επίσης, δεν επιτρέπεται προσφυγή της αναθέτουσας αρχής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για τον λόγο ότι ο διεθνής ανοικτός διαγωνισμός στον οποίο συμπεριλαμβάνονται τα υπό προμήθεια είδη δεν έχει ακόμη ολοκληρωθεί. Και τούτο διότι το γεγονός αυτό δεν συνιστά απρόβλεπτη κατάσταση, ήτοι έκτακτο και ασυνήθιστο γεγονός, που αντικειμενικά δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθεί σύμφωνα με τους κανόνες της ανθρώπινης πείρας και λογικής κατά τον προγραμματισμό των σχετικών προμηθειών, αλλά εξέλιξη πιθανή και συνήθη. Ειδικότερα, η τήρηση χρονοβόρων, ενδεχομένως, διαδικασιών διενέργειας διαγωνισμών, εξαιτίας των δημοσιεύσεων ή της υποβολής ενστάσεων, προσφυγών και αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων από τους συμμετέχοντες, δεν συνιστά απρόβλεπτη κατάσταση η οποία να συνδέεται αιτιωδώς με την κατεπείγουσα ανάγκη απευθείας ανάθεσης της σχετικής προμήθειας¹²⁸.

Αντίθετα, κρίθηκε ότι συντρέχουν οι σωρευτικά απαιτούμενες προϋποθέσεις για την προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία, επειδή συντρέχει κατεπείγουσα ανάγκη (που συνίσταται στην ανάγκη αποκατάστασης της βλάστησης και του τοπίου στο σύνολο του αρχαιολογικού χώρου της Ολυμπίας, με έμφαση στον Κρόνιο λόφο, στους λόφους Ζούνη και Καλόσακα, στον ευρύτερο χώρο του

127. ΕΑΑΔΗΣΥ Απόφαση 1/2012, Συνεδρίαση της 13-6-2012, σκέψεις 14-16.

128. ΕΣ πράξεις VI Τμ. Ελ. Συν. 91/2007 και 205/2007, ΕΑΑΔΗΣΥ απόφαση 540/2013 Συνεδρίαση της 10-12-2013, σκέψη 14.

Νέου Μουσείου, στο Στάδιο και στο Άλσος της Διεθνούς Ολυμπιακής Ακαδημίας), ιδιαιτέρως ενόψει του αυστηρού χρονοδιαγράμματος ενεργειών που επιτάσσουν: α) οι φυτοκομικές και αναδασωτικές εργασίες για την τρέχουσα φυτοκομική περίοδο και β) η τελετή αφής της Ολυμπιακής Φλόγας στην Αρχαία Ολυμπία για τους Ολυμπιακούς του Πεκίνου (το Μάρτιο του 2008) που οφείλεται σε γεγονότα απρόβλεπτα, τα οποία δεν απορρέουν από ευθύνη της αναθέτουσας αρχής (μεγάλη πυρκαγιά που ξέσπασε στην Ηλεία και συγκεκριμένα στην Αρχαία Ολυμπία την 26η Αυγούστου 2007) και καθιστούν αδύνατη την τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή με διαπραγμάτευση διαδικασίες με δημοσίευση προκήρυξης¹²⁹.

Δεν είναι όμως νόμιμη η προσφυγή στη διαδικασία αυτή για την προμήθεια υλικών από νοσοκομείο, όταν δεν συνέτρεξε κατεπείγουσα ανάγκη¹³⁰ οφειλόμενη σε απρόβλεπτες περιστάσεις, αφού δεν προκύπτει ότι υφίσταται κάποιο εξωγενές, έκτακτο και ασυνήθιστο γεγονός, που αντικειμενικά δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθεί, σύμφωνα με τους κανόνες της ανθρώπινης εμπειρίας και λογικής κατά τον προγραμματισμό της σχετικής προμήθειας από την αναθέτουσα αρχή, το οποίο θα μπορούσε να δικαιολογήσει την προσφυγή στην ως άνω έκτακτη διαδικασία ανάθεσης¹³¹.

Ομοίως, η διάλυση της σύμβασης με υπαιτιότητα του κυρίου του έργου, επειδή: α) δεν είχαν συντελεσθεί οι απαλλοτριώσεις και δεν είχαν απελευθερωθεί οι απαιτούμενες για την κατασκευή του έργου εκτάσεις, και β) δεν ήταν δυνατή η εκτέλεση τεχνικών έργων λόγω της καθυστέρησης σύνταξης και έγκρισης των οριστικών μελετών των μεγάλων τεχνικών έργων, δεν συνιστά απρόβλεπτο γεγονός, που (κατά την έννοια της διάταξης του προϊσχύσαντος άρθρου 25 παρ. 1 (γ) του ΠΔ 60/2007) θα μπορούσε να δικαιολογήσει την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, αφού τα γεγονότα που οδήγησαν στη διάλυση της σύμβασης ανάγονται στη σφαίρα ευθύνης της αναθέτουσας αρχής¹³².

Γενικότερα, η νομολογία των εθνικών δικαστηρίων, όπως και η αντίστοιχη του ΔΕΕ, αντιμετωπίζει με ιδιαίτερη αυστηρότητα τη συνδρομή των προϋποθέσεων

129. Πράξη ΕΣ 74/2008 Τμήμα VI.

130. Εργασίες οφειλόμενες σε παραλείψεις ή σφάλματα της προμέτρησης της μελέτης καλύπτονται αποκλειστικά από το κονδύλιο των απρόβλεπτων δαπανών, που περιλαμβάνεται στην αρχική σύμβαση, και δεν μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο συμπληρωματικής σύμβασης, ανεξαρτήτως του αν συντρέχουν απρόβλεπτες περιστάσεις βλ. ΕΣ Τμ. VI 263/2011.

131. ΕΣ ΣΤ Κλιμ./97/2010.

132. ΕΣ Ε' Κλιμ./405/2010.

του κατεπείγοντος και ειδικότερα του απρόβλεπτου χαρακτήρα των περιστάσεων, αν και ορισμένες φορές όχι με απόλυτη συνέπεια. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί εν προκειμένω το ζήτημα αν οι δικαστικές εμπλοκές που λαμβάνουν χώρα κατά τη διάρκεια μιας διαγωνιστικής διαδικασίας αποτελούν απρόβλεπτο γεγονός που δικαιολογεί την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, όπου η πλειοψηφία των σχετικών δικαστικών αποφάσεων λαμβάνει αρνητική θέση¹³³.

3.2. Η διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης στις συμβάσεις προμηθειών

Σύμφωνα με το 32 παρ. 4 του ν. 4412/2016 (άρθρο 32 παρ. 3 α', β', γ' της οδηγίας 2014/24/ΕΕ) οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις τους προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, προκειμένου για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών:

α) όταν τα σχετικά προϊόντα κατασκευάζονται αποκλειστικά για σκοπούς έρευνας, πειραματισμού, μελέτης ή ανάπτυξης, προκειμένου για ποσότητα που δεν εξασφαλίζει την εμπορική βιωσιμότητα του προϊόντος ή την απόσβεση των δαπανών έρευνας και ανάπτυξης.

Πρόκειται για περιπτώσεις προμηθειών πρωτότυπων προϊόντων λ.χ. μια νέα τεχνική ή νέα υλικά. Σε κάθε περίπτωση, η διάταξη αυτή δεν τυγχάνει εφαρμογής προκειμένου για απόκτηση αγαθών για την εξασφάλιση της εμπορικής βιωσιμότητας αυτών ή για την απόσβεση των δαπανών έρευνας και ανάπτυξης. Αν ο δημόσιος φορέας, εκτός από την αγορά του πρωτότυπου επιθυμεί να αποκτήσει πρόσθετα προϊόντα του εν λόγω είδους, τότε πρέπει να προσφύγει σε ανοικτή ή κλειστή διαγωνιστική διαδικασία.

β) όταν αφορούν συμπληρωματικές παραδόσεις («additional purchases») που πραγματοποιούνται από τον αρχικό προμηθευτή και προορίζονται είτε για τη μερική αντικατάσταση αγαθών ή εγκαταστάσεων είτε για επέκταση υφιστάμενων αγαθών ή εγκαταστάσεων, εφόσον η αλλαγή προμηθευτή θα υποχρέωνε την αναθέτουσα αρχή να προμηθευτεί υλικό με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά, τα οποία θα προκαλούσαν ασυμβατότητα ή δυσανάλογες τεχνικές δυσχέρειες στη χρήση και τη συντήρηση¹³⁴. Η διάρκεια των εν λόγω συμβάσεων καθώς και των

133. Βλ. ΣτΕ 1747/2011, ΕΣ VI Τμ. 91/2007 και 205/2007. Ομοίως ΕΑΑΔΗΣΥ απόφαση 115/2014.

134. Δεν προκύπτει με σαφήνεια από τη διάταξη αυτή εάν τυγχάνει εφαρμογής και όταν υπάρχει δυνατότητα προμήθειας από ένα διαφορετικό προμηθευτή, ο οποίος θα μπορούσε να προσαρμόσει τα προσφερόμενα προϊόντα ώστε τα τελευταία να είναι συμβατά. Υπέρ της αρνητικής εκδο-

επαναλαμβανόμενων συμβάσεων δεν υπερβαίνει τα τρία έτη.

Όλες οι προαναφερόμενες προϋποθέσεις (συμπληρωματική παράδοση, χρονική διάρκεια κ.λπ.) πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά. Εξάλλου, η περίπτωση αυτή δεν πρέπει να συγχέεται ούτε με την περίπτωση της τεχνικής μοναδικότητας, η οποία εφαρμόζεται σε όλες τις συμβάσεις (έργων, προμηθειών, υπηρεσιών) και προϋποθέτει τον αυστηρότερο όρο της μοναδικότητας του οικονομικού φορέα, ούτε και με την περίπτωση των συμπληρωματικών έργων/υπηρεσιών, για την οποία γίνεται λόγος παρακάτω, η οποία προϋποθέτει επιπλέον μη προβλέψιμες περιστάσεις και ανώτατο όριο δαπάνης (50% του αρχικού προϋπολογισμού)¹³⁵.

γ) όταν πρόκειται για προμήθειες που είναι εισηγμένες και αγοράζονται σε χρηματιστήριο εμπορευμάτων.

Εξάλλου, τόσο κατά την οδηγία 2014/24/ΕΕ (άρθρο 32 παρ. 3 γ'), όσο και τον ν. 4412/2016 (άρθρο 32 παρ. 43), προβλέπεται η προσφυγή στην διαδικασία διαπραγμάτευσης δίχως δημοσίευση και προκειμένου για συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών για την αγορά αγαθών ή υπηρεσιών, υπό ιδιαίτερα ευνοϊκούς όρους είτε από προμηθευτή που παύει οριστικά τις εμπορικές του δραστηριότητες είτε από τον εκκαθαριστή διαδικασίας αφερεγγυότητας, δικαστικού συμβιβασμού ή ανάλογης διαδικασίας που προβλέπεται σε διατάξεις νόμου (λ.χ. από τον σύνδικο ή τον εκκαθαριστή μιας πτώχευσης ή αναγκαστικής εκκαθάρισης).

3.3. Η διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης στις συμβάσεις υπηρεσιών

Σύμφωνα με το ίδιο ως άνω άρθρο 32 παρ. 4 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ (άρθρο 32 παρ. 5 ν. 4412/2016) οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις τους προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, προκειμένου για δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών, όταν η σχετική σύμβαση έπεται διαγωνισμού μελετών που έχει διοργανωθεί, σύμφωνα με το Μέρος Α' του Βιβλίου Ι του ν. 4412/2016 και πρέπει, σύμφωνα με τους κανόνες που προβλέπονται στο διαγωνισμό μελετών, να ανατεθεί στον νικητή ή σε έναν από τους νικητές του διαγωνισμού αυτού. Στην τελευταία

χής βλ. S. Arrowsmith, op. cit., p. 206.

135. Βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ Εγκύκλιος 1/2013, στην οποία επισημαίνεται ότι, επειδή συχνά η προσφυγή σε διαπραγμάτευση για λόγους τεχνικούς αφορά μικτές συμβάσεις (με στοιχεία συμβάσεων υπηρεσιών και προμηθειών ταυτόχρονα), πρέπει να λαμβάνεται υπόψη πως ισχύουν διαφορετικοί κανόνες (τεχνική μοναδικότητα/δυσανάλογες τεχνικές δυσχέρειες) ανάλογα με τον χαρακτηρισμό της σύμβασης ως σύμβασης προμήθειας ή παροχής υπηρεσιών.

αυτή περίπτωση, όλοι οι νικητές του διαγωνισμού πρέπει να καλούνται να συμμετάσχουν στις διαπραγματεύσεις.

3.4. Η διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης στις συμβάσεις έργων και υπηρεσιών

Κατά τις διατάξεις του άρθρου 31 παρ. 4 της προγενέστερης οδηγίας 2004/18 (άρθρο 25 παρ. 4 του ΠΔ 60/2007), προκειμένου για δημόσιες συμβάσεις έργων και υπηρεσιών υπήρχε ευχέρεια προσφυγής στην διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση στις συμπληρωματικές ή νέες συμβάσεις με τον ίδιο ανάδοχο («follow-on contracts»).

Οι διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 5 (άρθρο 32 παρ. 6 του ν. 4412/2016) προβλέπουν μόνον την δεύτερη ως άνω περίπτωση.

Ειδικότερα, ορίζεται ότι η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για νέα έργα ή υπηρεσίες που συνίστανται στην επανάληψη παρόμοιων έργων ή υπηρεσιών που ανατέθηκαν στον οικονομικό φορέα ανάδοχο της αρχικής σύμβασης από τις ίδιες αναθέτουσες αρχές, υπό την προϋπόθεση ότι αυτά τα έργα ή υπηρεσίες είναι, σύμφωνα με μία βασική μελέτη και ότι αυτή η μελέτη αποτέλεσε αντικείμενο αρχικής σύμβασης, η οποία έχει συναφθεί, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 26. Στη βασική μελέτη αναγράφεται η έκταση πιθανών συμπληρωματικών έργων ή υπηρεσιών και οι όροι ανάθεσής τους.

Η δυνατότητα προσφυγής σε αυτή τη διαδικασία πρέπει να επισημαίνεται ήδη κατά την πρώτη προκήρυξη διαγωνισμού, και το συνολικό προβλεπόμενο ποσό για τη συνέχιση των εργασιών ή υπηρεσιών λαμβάνεται υπόψη από τις αναθέτουσες αρχές για την εφαρμογή του άρθρου 5 του ν. 4412/2016, δηλαδή για τον υπολογισμό των κατωτάτων ορίων των οδηγιών. Προσφυγή στη διαδικασία αυτή επιτρέπεται μόνο εντός τριετίας μετά τη σύναψη της αρχικής σύμβασης¹³⁶.

Επομένως, προϋπόθεση είναι ότι αυτά τα έργα ή οι υπηρεσίες είναι σύμφωνες με μία βασική μελέτη που αποτέλεσε αντικείμενο αρχικής σύμβασης και η οποία έχει συναφθεί σύμφωνα με την ανοικτή ή την κλειστή διαδικασία. Οι εν λόγω νέες υπηρεσίες πρέπει να είναι κατά κάποιο τρόπο παρεμφερείς με αυτές που προβλέφθηκαν στη διακήρυξη και αποτέλεσαν αντικείμενο της πρώτης σύμβασης και να μην αφορούν αντικείμενο εντελώς άσχετο με αυτό της πρώτης σύμβασης. Με

136. ΕΑΑΔΗΣΥ Εγκύκλιος 1/2013, στην οποία επισημαίνεται ότι η χρονική διάρκεια των τριών ετών εφαρμογής της δυνατότητας αυτής υφίσταται από τη σύναψη της σύμβασης και όχι από την ολοκλήρωση του έργου, με παραπομπή σε ΔΕΚ C-385/02 της 14-9-2004 Επιτροπή κατά Ιταλίας σκέψη 34.

άλλα λόγια, οι νέες αυτές υπηρεσίες θα πρέπει να κείνται, οπωσδήποτε, εντός του πλαισίου του αρχικά ανατεθέντος έργου ή παρόμοιου έργου, δηλαδή να ανατεθούν κατά διεύρυνση των αρχικών ενεργειών του ίδιου ή παρόμοιου έργου και να μην αφορούν σε άλλα, διάφορα έργα, έστω και του αυτού βασικού προγράμματος, να συνίστανται δε προεχόντως, σε επανάληψη άλλων παρόμοιων υπηρεσιών¹³⁷.

Η δυνατότητα προσφυγής στη διαδικασία αυτή πρέπει να επισημαίνεται ήδη κατά την αρχική προκήρυξη διαγωνισμού, και το συνολικό προβλεπόμενο ποσό για τη συνέχιση των εργασιών ή υπηρεσιών λαμβάνεται υπόψη από τις αναθέτουσες αρχές για τον υπολογισμό των κατωτάτων ορίων των οδηγιών. Προσφυγή στη διαδικασία αυτή επιτρέπεται μόνο επί μια τριετία μετά τη σύναψη της αρχικής σύμβασης¹³⁸.

Συνακόλουθα, το δικαίωμα αυτό αναφέρεται σε συμβάσεις νέων έργων ή υπηρεσιών, που πρόκειται να ανατεθούν στον ανάδοχο της αρχικής σύμβασης από την ίδια αναθέτουσα αρχή. Για την εφαρμογή της ανωτέρω διάταξης θα πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά οι εξής προϋποθέσεις:

α) να αφορούν σε επανάληψη παρόμοιων με την αρχική σύμβαση έργων ή υπηρεσιών¹³⁹. Όπως έχει διευκρινίσει σε έγγραφο της η Επιτροπή [MARKT.C2/NB/ds.D(2005)9399/06-07-05], οι νέες αυτές υπηρεσίες δεν μπορεί να είναι άσχετες με το αντικείμενο της αρχικής συναφθείσας σύμβασης. Θα πρέπει να καθορίζονται σε συνάρτηση με την φύση και το είδος του αντικειμένου της πρώτης σύμβασης κατά τέτοιο τρόπο, ώστε οι συμμετέχοντες να γνωρίζουν σε τι θα συνίστανται οι υπηρεσίες, οι οποίες θα ανατεθούν ενδεχομένως με την προσφυγή στην εν λόγω

137. Πρβλ. Γνμδ. ΝΣΚ 775/1997, 689/2001.

138. ΕΑΑΔΗΣΥ Εγκύκλιος 1/2013, στην οποία επισημαίνεται ότι η χρονική διάρκεια των τριών ετών εφαρμογής της δυνατότητας αυτής υφίσταται από τη σύναψη της σύμβασης και όχι από την ολοκλήρωση του έργου, με παραπομπή σε ΔΕΚ C-385/02 της 14-9-2004 Επιτροπή κατά Ιταλίας σκέψη 34.

139. Βλ. 73/2009 Τμήμα IV ΕΣ απόφαση: "Ειδικότερα, οι «νέες» υπηρεσίες είναι μεν παρόμοιες υπηρεσίες με αυτές που ανατέθηκαν με την πρώτη σύμβαση μεταξύ των μερών, πλην όμως, δύναται να διακριθούν από τις τελευταίες, ως προς το αντικείμενο στο οποίο αφορούν και πρέπει να συνάδουν με τη βασική μελέτη της αρχικής σύμβασης για την επίτευξη, εντός ορισμένου χρόνου, ενός συγκεκριμένου τεχνικοοικονομικού αποτελέσματος, ενώ η δυνατότητα απευθείας αναθέσεώς τους, το αντικείμενό τους αλλά και η δαπάνη που συνεπάγονται, πρέπει να έχουν προβλεφθεί στην οικεία διακήρυξη. Επομένως, στην επίμαχη εξαίρεση από τη διενέργεια διαγωνισμού δεν μπορούν να υπαχθούν, ως νέες, οι υπηρεσίες που, εξαιτίας του ότι ανταποκρίνονται σε πάγιες ανάγκες της αναθέτουσας αρχής χωρίς χρονικό ορίζοντα, μπορούν να επαναλαμβάνονται διαρκώς, ούτε οι υπηρεσίες που ταυτίζονται με αυτές της αρχικής σύμβασης".

διαδικασία.

β) να συμφωνούν με την βασική μελέτη που αποτέλεσε αντικείμενο της αρχικής σύμβασης, η οποία συνήφθη με ανοικτή ή κλειστή διαδικασία,

γ) η δυνατότητα προσφυγής στην ανωτέρω διαδικασία θα πρέπει να επισημαίνεται κατά την αρχική προκήρυξη του διαγωνισμού¹⁴⁰,

δ) να ανατεθούν οι συμβάσεις νέων έργων και υπηρεσιών στον ανάδοχο της αρχικής σύμβασης και

ε) να μην έχει παρέλθει τριετία από τη σύναψη της αρχικής σύμβασης.

Σημειωτέον ότι, στο πεδίο του εθνικού δικαίου, με τις διατάξεις του άρθρου 156 παρ. 1 α' του ν. 4412/2016 «Ειδικά θέματα τροποποιήσεων συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους. Αυξομειώσεις εργασιών - Νέες εργασίες» (βλ. και άρθρο 132 του ν. 4412/2016) προβλέπεται κατά την εκτέλεση του έργου και η περίπτωση προσφυγής στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης δίχως δημοσίευση σε περίπτωση συμπληρωματικών εργασιών¹⁴¹.

Συγκεκριμένα, ορίζεται ότι «α) Το έργο εκτελείται, σύμφωνα με τη σύμβαση και τα τεύχη και σχέδια που τη συνοδεύουν. Ο φορέας κατασκευής του έργου έχει το δικαίωμα αν προκύψει ανάγκη εκτέλεσης συμπληρωματικών εργασιών που δεν περιλαμβάνονται στο αρχικό ανατεθέν έργο, ούτε στην πρώτη συναφθείσα σύμβαση και οι οποίες κατέστησαν αναγκαίες λόγω απροβλέπτων περιστάσεων κατά την εκτέλεση του έργου, όπως αυτό περιγράφεται στην αρχική σύμβαση, να συνάπτει σύμβαση με τον ανάδοχο του έργου με την προϋπόθεση ότι οι συμπληρωματικές εργασίες δεν μπορούν τεχνικά ή οικονομικά να διαχωριστούν από την κύρια σύμβαση, χωρίς να δημιουργήσουν μείζονα προβλήματα για τις αναθέτουσες αρχές ή όταν αυτές οι εργασίες, μολοντί μπορούν να διαχωριστούν από την αρχική σύμβαση είναι απόλυτα αναγκαίες για την τελειοποίησή της χωρίς να μεταβάλλουν τη συνολική της φύση. β) Το συνολικό ποσό των συμβάσεων αυτών στο οποίο συμπεριλαμβάνεται και η αμοιβή για τη σύνταξη των απαιτούμενων μελετών για τις συμπληρωματικές εργασίες απαγορεύεται να υπερβαίνει το ποσοστό του πενήντα τοις εκατό (50%) του ποσού της αξίας της αρχικής σύμβασης, χωρίς την αναθεώρηση και το ΦΠΑ.

140. Βλ. Απόφαση VI Τμ. ΕΣ 1980/2012, VI Τμ. 3365/2011: «... ο προσδιορισμός στη διακήρυξη των ήδη ανατιθέμενων υπηρεσιών δεν αρκεί για τον προσδιορισμό των δυνάμενων να ανατεθούν στο μέλλον, δεδομένου ότι η δυνατότητα που παρέχει το προαναφερόμενο άρθρο για επανάληψη παρόμοιων υπηρεσιών δεν εξικνείται μέχρι την εκ νέου ανάθεση όμοιων υπηρεσιών, περίπτωση που καλύπτεται από την ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να προβλέπει απλώς την παράταση της ισχύος της αρχικής σύμβασης».

141. Βλ. και παρακάτω υπό IX Α 1.2.

Ως απρόβλεπτες δε περιστάσεις νοούνται τα αιφνίδια πραγματικά εκείνα γεγονότα, τα οποία δεν προϋπήρχαν της ανάθεσης του έργου και τα οποία, παρότι κατά την εκπόνηση της μελέτης δημοπράτησης του έργου καταβλήθηκε η ενδεδειγμένη επιμέλεια και προσοχή, αντικειμενικά δεν ήταν δυνατό να προβλεφθούν, σύμφωνα με τους κανόνες της ανθρώπινης εμπειρίας και λογικής, ούτως ώστε οι αναγκαίες για την αντιμετώπισή τους εργασίες να ενταχθούν στο αρχικό έργο και την οικεία σύμβαση¹⁴². Έτσι, η μεταβολή λ.χ. του νομοθετικού πλαισίου, η εφαρμογή του οποίου λαμβάνει χώρα κατά τη διάρκεια εκτέλεσης του έργου και επιβάλλει αναγκαστικές τροποποιήσεις στον αρχικό σχεδιασμό του, συνιστά απρόβλεπτο γεγονός, το οποίο, συντρεχουσών και των λοιπών προϋποθέσεων, και κυρίως της ήδη νόμιμης ανάλωσης του κονδυλίου των απρόβλεπτων δικαιολογεί την κατάρτιση συμπληρωματικής σύμβασης, κατά τις διατάξεις αυτές¹⁴³.

Η απόφαση του αρμοδίου οργάνου περί προσφυγής στην εν λόγω διαδικασία για την εκτέλεση συμπληρωματικών εργασιών πρέπει, ως εκ της φύσης της, να είναι σαφώς και επαρκώς αιτιολογημένη, ώστε να καθίσταται δυνατός ο έλεγχος της νομιμότητάς της από τα δικαστήρια. Ο δε χαρακτηρισμός των συμπληρωματικών εργασιών ως εργασιών που κατέστησαν ανάγκαίες λόγω απρόβλεπτων περιστάσεων πρέπει να αιτιολογείται με πραγματικά και αναλυτικά στοιχεία, τόσο στις απαιτούμενες γνωμοδοτήσεις του οικείου τεχνικού συμβουλίου, όσο και στις αντίστοιχες αποφάσεις της προϊσταμένης αρχής.

Ειδικότερα, ως συμπληρωματικές εργασίες θεωρούνται εκείνες, για τις οποίες συντρέχουν σωρευτικά οι εξής προϋποθέσεις: α) παρουσιάζουν αναγκαία συνάφεια με το έργο και δεν περιλαμβάνονται στην αρχικά συναφθείσα σύμβαση, β) κατέστησαν αναγκαίες κατά την τεχνική εκτέλεση του έργου, όπως αυτό περιγράφεται στην αρχική σύμβαση και τα οικεία συμβατικά τεύχη (μελέτες, συγγραφή υποχρεώσεων κ.λπ.), λόγω απρόβλεπτων περιστάσεων, και γ) δεν μπορούν τεχνικά ή οικονομικά να διαχωρισθούν από την αρχική σύμβαση, χωρίς να δημιουργήσουν μείζονα προβλήματα για την αναθέτουσα αρχή ή παρά τη δυνατότητα διαχωρισμού τους είναι απόλυτα αναγκαίες για την τελειοποίησή τους. Τέτοιες εργασίες θεωρούνται εκείνες, οι οποίες προβλέπονται κατά είδος από το συμβατικό τιμολόγιο και τον προϋπολογισμό, αλλά εκτελούνται σε ποσότητες μεγαλύτερες από τις προβλεπόμενες (πρόσθετες ή υπερσυμβατικές εργασίες) είτε δεν προβλέπονται καθόλου ή

142. Πρβλ. ΕΣ Τμ. Μειζ. 3205/2011, αποφάσεις VI Τμ.ΕΣ 2726/2010, 2506, 1780/2009, πράξεις VI Τμ. 52/2007, 106/2003.

143. Πρβλ. ΕΣ Τμ. Μειζ. 4483/2013, αποφάσεις VI Τμ. ΕΣ 3631/2013, 1978, 1381/2012, 2256, 791, 792/2011, 2961, 2726, 2063/2010.

προβλέπονται μεν, αλλά εκτελούνται με διαφορετικό τρόπο (νέες εργασίες)¹⁴⁴.

Περαιτέρω, δεν μπορούν σε καμία περίπτωση να θεωρηθούν ως συμπληρωματικές εργασίες λόγω απρόβλεπτων περιστάσεων, εκείνες που αφορούν σε επέκταση του τεχνικού αντικειμένου του αρχικού έργου ή στη βελτίωση της ποιότητάς του με ανώτερα ποιοτικώς υλικά και μεθόδους μη προδιαγραφόμενες στα οικεία συμβατικά τεύχη. Διότι είναι ανεπίτρεπτη η εκ των υστέρων μεταβολή του αντικειμένου του έργου καθόσον αυτή δεν ήταν γνωστή στο σύνολο των διαγωνιζομένων κατά την υποβολή της προσφοράς τους και δεν αποτέλεσε τη βάση της διαδικασίας ανάδειξης αναδόχου¹⁴⁵. Έτσι, για παράδειγμα, δεν δικαιολογεί κατά νόμο την προσφυγή στην εξαιρετική αυτή διαδικασία, η επίκληση από το δήμο της κατάστασης (παισιότητας κ.λπ.) των υφιστάμενων εγκαταστάσεων των σχολείων, που δεν στοιχειοθετούν απρόβλεπτη περίσταση, διότι επρόκειτο για ζητήματα εκ των προτέρων γνωστά, τα οποία μάλιστα, ενόψει και του αντικειμένου της κύριας σύμβασης («αντικατάσταση αμιάντου») έπρεπε να είχαν μελετηθεί επαρκώς και να είχαν ληφθεί υπόψη κατά την εκπόνηση της αρχικής μελέτης του έργου¹⁴⁶.

Επίσης, δεν μπορούν καταρχήν να αποτελέσουν αντικείμενο συμπληρωματικής σύμβασης εργασίες, όταν δεν προκύπτει από κανένα στοιχείο του φακέλου ότι αυτές κατέστησαν αναγκαίες λόγω απρόβλεπτων περιστάσεων –ήτοι αιφνίδιων πραγματικών γεγονότων– κατά την τεχνική εκτέλεση του έργου, που δεν ανάγονται στο χρόνο κατάρτισης της αρχικής σύμβασης, επηρεάζουν την τεχνική αρτιότητα του έργου και αντικειμενικά δεν μπορούσαν να προβλεφθούν στο στάδιο της μελέτης. Δεν δικαιολογείται, επομένως, η προσφυγή στη διαδικασία απευθείας ανάθεσης όταν οι στοχεύουσες στη βελτίωση της ποιότητας του αρχικού έργου επίμαχες εργασίες οφείλονται σε προφανείς παραλείψεις ή σφάλματα της μελέτης, τα οποία ενόψει και του είδους του εκτελούμενου έργου, αλλά και της εμπειρίας του φορέα σε παρόμοια έργα, δεν δύναται να θεωρηθεί ότι αντικειμενικά δεν μπορούσαν να προβλεφθούν, σύμφωνα με τους κανόνες επιμέλειας του μέσου συνेतού ανθρώπου του οικείου κλάδου (μελετητών-μηχανικών των τεχνικών υπηρεσιών της αναθέτουσας αρχής)¹⁴⁷.

Ωστόσο, δεν συνιστούν ανεπίτρεπτη, κατά τα προαναφερόμενα, μεταβολή του φυσικού αντικειμένου του έργου, οι αναγκαίες τροποποιήσεις που επιβάλλο-

144. ΕΣ Τμ. Μειζ. 4483/2013.

145. Βλ. ΕΣ Τμ. Μειζ. 4483/2013, 3205, 3030/2011, Πράξη ΕΣ 2/2002 Τμήμα VII, ΕΔΔΔΔ 2012, σ. 464. Επίσης, βλ. πράξεις VII Τμ. 32, 34, 305/2006, 25/2010 και 142/2011.

146. Πράξη ΕΣ 2/2002 Τμήμα VII.

147. Πράξη ΕΣ 45/2008 Τμήμα VI.

νται από απρόβλεπτες περιστάσεις, εφόσον κρίνονται απολύτως αναγκαίες για την αντιμετώπιση αυτών και δεν μεταβάλλουν τον λειτουργικό προορισμό του έργου¹⁴⁸.

Δ. Κανόνες διενέργειας δημόσιων διαγωνισμών

1. Η προετοιμασία της διαδικασίας και η διακήρυξη του διαγωνισμού

1.1. Η προετοιμασία της διαδικασίας

Η οδηγία 2014/24/ΕΕ και ο νέος νόμος για τις δημόσιες συμβάσεις (ν. 4412/2016) αποδίδουν ιδιαίτερη σημασία στην προετοιμασία του όλου εγχειρήματος σύναψης μιας δημόσιας σύμβασης. Τούτο δικαιολογείται απόλυτα από το γεγονός ότι η τήρηση ορισμένων βασικών κανόνων και προδιαγραφών, κατά το προπαρασκευαστικό στάδιο της διαμόρφωσης της βούλησης των αντισυμβαλλομένων, ιδίως της αναθέτουσας αρχής, για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, είναι καθοριστικός παράγοντας για την αποφυγή ή την μείωση διαδικαστικών και άλλων σφαλμάτων κατά την διεξαγωγή της κύριας διαδικασίας ανάθεσης.

Ο ν. 4412/2016 αφιερώνει το Τμήμα ΙΙΙ (Ενότητες 1 έως 8) για την διεξαγωγή της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, του οποίου η πρώτη Ενότητα (άρθρ. 44 έως 60) αφορά την Προετοιμασία αυτής, και η δεύτερη Ενότητα (άρθρ. 61 έως 70) αφορά την δημοσιότητα και διαφάνεια της διαδικασίας ανάθεσης (βλ. και Κεφάλαιο ΙΙΙ, Τμήμα 1 και 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

Συγκεκριμένα, η πρώτη Ενότητα περιλαμβάνει διατάξεις για την Τεχνική επάρκεια των αναθετουσών αρχών στις δημόσιες συμβάσεις έργων και μελετών, δηλαδή την ύπαρξη ορισμένων τεχνικών προδιαγραφών της τεχνικής υπηρεσίας τους για την διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης, την εποπτεία και την επίβλεψη δημόσιας σύμβασης έργου ή μελέτης. Δηλαδή, απαιτείται, η αρμόδια τεχνική υπηρεσία κάθε αναθέτουσας αρχής να διαθέτει ελάχιστη στελέχωση που περιλαμβάνει, ιδίως, τον ελάχιστο αριθμό προσωπικού της και τα προσόντα αυτών (ειδικότητες, εμπειρία κ.λπ.), προκειμένου να μπορεί να ανταποκριθεί επαρκώς στα/στις προς ανάθεση έργα/μελέτες, ανάλογα με την εκτιμώμενη αξία, το είδος, την κατηγορία τους, το μέγεθος και την πολυπλοκότητά τους (άρθρο 44 ν. 4412/2016).

1.1.1. Συγκρότηση και τήρηση φακέλου δημόσιας σύμβασης

Κατά τις διατάξεις του άρθρου 45 του ν. 4412/2016 (άρθρα 83 παράγραφος 6 και 84 παρ. 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ), οι αναθέτουσες αρχές καταγράφουν την

148. ΕΣ Τμ. Μειζ. 4483/2013.

από τον ανάδοχο, στην οποία τυχόν προβλέπεται αποκλεισμός της αναθεώρησης κατά τη διάρκεια του συμβατικού χρόνου¹⁵⁴.

Τέλος, εκτός από την προβλεπόμενη στις διατάξεις του άρθρου αυτού αναθεώρηση τιμών αποκλείεται η αναπροσαρμογή του εργολαβικού ανταλλάγματος ή η διάλυση των συμβάσεων δημόσιων έργων, κατ' εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 288 ή 388 του Αστικού Κώδικα ένεκα της αυξομείωσης των τιμών¹⁵⁵.

Β. Η τροποποίηση της δημόσιας σύμβασης

1. Γενικά: Τροποποίηση της δημόσιας σύμβασης και ανταγωνισμός

Η μετάσταση ακόμη και της δημόσιας σύμβασης, που έχει τα χαρακτηριστικά της διοικητικής, από το κλίμα του ιδιωτικού δικαίου στο χώρο του δημοσίου δικαίου δεν σημαίνει ότι η εν λόγω σύμβαση παύει να αποτελεί στη βαθύτερη ουσία της μέρος της θεμελιώδους έννοιας της σύμβασης, που είναι κοινή σε κάθε σύστημα κανόνων δικαίου. Ωστόσο, συνεπάγεται την αλλοίωση ορισμένων νομικών θεμελιών της, δηλαδή την εφαρμογή επί αυτής ορισμένων ιδιαίτερων νομικών κανόνων. Αλλοίωση, που δεν μπορεί βέβαια να φθάσει και μέχρι το σημείο της πλήρους ανατροπής των βασικών κανόνων που ρυθμίζουν το καθεστώς της συμβατικής συναλλαγής¹⁵⁶.

Παρά το γεγονός ότι και στο πεδίο των δημοσίων (διοικητικών) συμβάσεων ισχύει ο βασικός κανόνας *pacta sunt servanda*¹⁵⁷, και συνεπώς το περιεχόμενο της

154. Βλ. ΣτΕ 4553/2012. Εξάλλου, σε περίπτωση που η ανάδοχος είχε συμμετάσχει ανεπιφύλακτα στο διαγωνισμό και με τον τρόπο αυτό αποδέχθηκε πλήρως τη νομιμότητα της διακήρυξης, με βάση την οποία διενεργήθηκε η δημοπρασία, δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους της παρεμπόμπουσα, κατά το στάδιο εκτέλεσης του έργου, αμφισβήτηση του κύρους όρων της εν λόγω διακήρυξης πρβλ. ΣτΕ 106/2011, 1667/2011 Ολ., 2400/2008, 1708/2008, 1888/2007, 1119/2006, 3602/2005, 2214/2005, 1323/2005, 2743/2003. Η απαίτηση αυτή για επίκαιρη διατύπωση αιτιάσεων κατά όρων της διακήρυξης εξυπηρετεί την ανάγκη της ασφάλειας δικαίου, που επιβάλλεται από την προστασία όχι μόνο του δημόσιου συμφέροντος αλλά και των ιδιωτικών συμφερόντων των διαγωνιζομένων, των οποίων τα συμφέροντα εξυπηρετούνται κατά τρόπο λυσιτελέστερο με την αμφισβήτηση της νομιμότητας της διακήρυξης πριν από τη διεξαγωγή του διαγωνισμού και όχι εκ των υστέρων ανάλογα με την έκβασή του.

155. Βλ. ΣτΕ 3347/2012, 1888/2007, 4447/1995. Για την εκδοχή ότι η διάταξη αυτή δεν αποκλείει την αναπροσαρμογή του εργολαβικού ανταλλάγματος με βάση την αρχή του απροβλέπτου βλ. Α. Γέροντα, ό.π., σ. 618. Για τις περιπτώσεις που καταλείπεται συμπληρωματικά πεδίο εφαρμογής των άρθρων 200, 288 και 366 ΑΚ βλ. ΣτΕ 2608/2013.

156. Γ. Παπαχατζής, Σύστημα του ισχύοντος στην Ελλάδα Διοικητικού Δικαίου, τόμ. Α-Β, Αθήναι 1983, σ. 868.

157. Αυτός που συνήψε μια σύμβαση, έχει υποχρέωση σεβασμού και τήρησης των συμβατικών

σύμβασης είναι δεσμευτικό όχι μόνο για τον ιδιώτη αλλά και για τη διοίκηση που μετέρχεται τη νομική αυτή μορφή της συναλλαγής, εντούτοις γίνεται δεκτό, ειδικά στην περίπτωση των διοικητικών συμβάσεων, ότι η διοίκηση μπορεί να επεμβαίνει μονομερώς στους συμβατικούς όρους, και συγκεκριμένα στους όρους της σύμβασης που αναφέρονται στο αντικείμενο, τη διάρκειά της, ή και τον τρόπο εκτέλεσης αυτής, για λόγους θεραπείας του δημοσίου συμφέροντος και εύρυθμης λειτουργίας της διοικητικής σύμβασης¹⁵⁸. Τούτο δικαιολογείται από την αναπόφευκτη διπλή ιδιότητα του δημοσίου ή ΝΠΔΔ ως φορέα άσκησης δημόσιας εξουσίας και αντι-συμβαλλόμενου, που σημαίνει ότι η σύμβαση δεν μπορεί να δεσμεύσει νομικά την άσκηση αυτής, αφού τούτο θα οδηγούσε στη διάλυση του κράτους μέσω των διοικητικών συμβάσεων¹⁵⁹.

Εφόσον λοιπόν συντρέχουν λόγοι δημοσίου συμφέροντος, η διοίκηση μπορεί να τροποποιεί, με μονομερή πράξη της, τους συμβατικούς όρους της διοικητικής σύμβασης, οι οποίοι αναφέρονται στο αντικείμενο, τη διάρκειά της, τον τρόπο εκτέλεσής της κ.λπ.¹⁶⁰. Αυτή η θεραπεία του δημοσίου συμφέροντος είναι ο μόνος δικαιολογητικός λόγος μιας τέτοιας παρέκκλισης από την αρχή της ισότητας των συμβαλλομένων και της δεσμευτικότητας των συμφωνημένων και έτσι, σε κάθε περίπτωση αποκλείεται η μονομερής μεταβολή των όρων διοικητικής σύμβασης, που δεν σχετίζονται με το δημόσιο σκοπό, όπως λ.χ. μείωση του ύψους του οφειλόμενου εργολαβικού ανταλλάγματος για λόγους δημοσιονομικούς.

Εξάλλου, είτε το δικαίωμα της διοίκησης για μονομερή τροποποίηση των συμβατικών όρων προκύπτει από τις οικείες νομοθετικές διατάξεις ή προβλέπεται από την ίδια τη σύμβαση, είτε όχι, από τη μονομερή επέμβαση της συμβαλλόμενης

του υποχρεώσεων, δηλαδή εκπλήρωσης αυτής. Τούτο αποτελεί και το περιεχόμενο της συμβατικής του ευθύνης, δηλαδή της δέσμευσης που έχει το συμβαλλόμενο μέρος από τη σύμβαση και συνεπώς της ευθύνης του σε περίπτωση παράβασης αυτής βλ. *Μ. Σταθόπουλο*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 1998, σ. 16-17. Στη νομολογία γίνεται λόγος για τη θεμελιώδη αρχή του απαράβατου της σύμβασης, η οποία «απαιτεί την παρά του οφειλέτη εκπλήρωση της παροχής εις το πλαίσιο του κινδύνου που συμβατικώς ανέλαβε» βλ. ΑΠ 1220/2012, 433/1971, ΕφΑθ 12738/1995.

158. *Π. Δαγτόγλου*, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, πέμπτη έκδ., Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 448 επ., *Α. Γερντας*, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, Αθήνα-Κομοτηνή 2000, σ. 308 επ.

159. *Π. Δαγτόγλου*, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, πέμπτη έκδ., Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 448. Για το ζήτημα αυτό βλ. και *Ι. Κοϊμτζόγλου*, Οι άμεσες επεμβάσεις της διοίκησης στη διοικητική σύμβαση ως γενική αρχή, πέραν του νόμου ή της σύμβασης, Διδικ 1995, σ. 299 επ.

160. Για τις άμεσες επεμβάσεις της διοίκησης στο συμβατικό δεσμό, τα χαρακτηριστικά της και τον τρόπο που λαμβάνουν χώρα βλ. *Ν. Καπελλάκη*, Οι άμεσες επεμβάσεις της διοικήσεως στη διοικητική σύμβαση, Διδικ 1994, σ. 547 επ.

διοίκησης (δημοσίου ή ΝΠΙΔΔ) στον συμβατικό δεσμό δημιουργούνται αγωγικές αξιώσεις, δευτερογενείς ή πρωτογενείς, που μπορεί να αποτελέσουν το αντικείμενο αγωγής (άρθρ. 71 ΚΔΔ) ενώπιον του κατά τόπο αρμόδιου δικαστηρίου (επί διοικητικών συμβάσεων του Διοικητικού Εφετείου)¹⁶¹.

Κατακολουθία, ο αντισυμβαλλόμενος της διοίκησης που ζημιώνεται από τη μονομερή μεταβολή των όρων της διοικητικής σύμβασης εκ μέρους της τελευταίας, μπορεί να επιδιώξει την αποκατάσταση της ζημίας, θετικής (*damnus emergens*) και αποθετικής (διαφυγόν κέρδος - *lucrum cessans*), κατά τις διατάξεις των άρθρων 105-106 ΕισΝΑΚ, εφόσον βεβαίως δεν υφίστανται ειδικές διατάξεις στη διοικητική νομοθεσία (*lex specialis*), οι οποίες να ρυθμίζουν διαφορετικά τα ζητήματα αυτά, κατ' αποκλεισμό κάθε άλλης γενικής διάταξης¹⁶².

Μονομερής τροποποίηση των όρων της διοικητικής σύμβασης μπορεί να γίνει και από τον ανάδοχο ιδιώτη, όπως λ.χ. μεταβολές που επιφέρει ο τελευταίος μονομερώς στους όρους εκτέλεσης του δημοσίου έργου, χωρίς έγγραφη διαταγή της διευθύνουσας υπηρεσίας, με τις οποίες προκαλείται αύξηση της συμβατικής δαπάνης του έργου. Η διαφορά αυτή στη δαπάνη κατασκευής του δημοσίου έργου μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο αγωγής ή προσφυγής, κατά περίπτωση, ανάλογα με την ύπαρξη ή μη εκτελεστής διοικητικής πράξης που αποτελεί το αντικείμενο προσβολής και το αίτημα του εισαγωγικού δικογράφου, μόνο εφόσον και υπό τους όρους που αυτό επιτρέπεται από την οικεία νομοθεσία. Κατά κανόνα, όπως προεκτέθηκε, ο ανάδοχος δεν δικαιούται να ζητήσει αποζημίωση ή αύξηση των τιμών για μεταβολές στα έργα που έγιναν χωρίς έγγραφη διαταγή της διοίκησης¹⁶³ και αν ακόμη αυτές βελτιώνουν το έργο¹⁶⁴, καθόσον είναι υποχρεωμένος να κατασκευάσει το έργο κατά τους όρους της σύμβασης και τις σύμφωνες προς αυτούς και

161. Βλ. Δ. Ράικο, Το ένδικο βοήθημα της αγωγής στο πεδίο των διαφορών από διοικητικές συμβάσεις, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2009, σ. 193 επ.

162. Βλ. Π. Παυλόπουλο, Ζητήματα δικαστικής προστασίας στο πλαίσιο των διαφορών από διοικητικές συμβάσεις, Διδικ 1991, σ. 249 επ. (252), τον ίδιο, Ζητήματα αστικής ευθύνης από διοικητικές συμβάσεις, Σχόλιο στην απόφαση ΔΕφΑθην. 3024/1990, Διδικ 1990, σ. 1009 επ. (1017).

163. Βλ. παραπάνω υπό εκθέτη ΙΧ Α 1.2. Περί του ότι αρκεί και προφορική εντολή που είναι καταχωρημένη στο ημερολόγιο του έργου βλ. ΣτΕ 347/2005, 667, 1257/2003, 2710/2002, 1838/1998.

164. Δεν αποκλείεται, όμως, εργασίες, οι οποίες παρεκκλίνουν της σύμβασης και εκτελέστηκαν χωρίς έγγραφη εντολή, να κριθούν στη συνέχεια από τα αρμόδια όργανα του κυρίου του έργου ή, σε περίπτωση διαφωνίας και άσκησης από τον ανάδοχο προσφυγής, από το αρμόδιο Διοικητικό Εφετείο, ως αναγκαίες, οπότε οι εργασίες αυτές νομιμοποιούνται εκ των υστέρων με τη σύνταξη συγκριτικού πίνακα και πρωτοκόλλου κανονισμού τιμών μονάδος νέων εργασιών βλ. ΣτΕ 595/2005, 4162/1997.

το νόμο έγγραφες πιστά τα εγκεκριμέ

Εξάλλου, στην κής νομοθεσίας ανάδοχο τροποπο αξίωσης του αναδ μονομερώς ούτε σ στις διατάξεις των

Βέβαια, η δυ έχει αποτελέσει α τπωθεί με συγκ είτε στα συνοδευ ρίπτωση όμως, ε δράσης, το δικαί βασης πρέπει να όριά του αφενός (λ.χ. την αρχή τ αφετέρου δε στ

Πέραν της ζήτημα της τρο εισαγωγή του π μη τάξη με το ά άρθρα 156, 186 συμβάσεων έρ στημονικών υπ

Η συμφων εθνικής νομοδ πρόκειται για η τροποποίησ πίας της υπέρ τον κίνδυνο σ νητικών διαγ και εφαρμογή

165. Πρβλ.

166. Βλ. πα

το νόμο έγγραφες εντολές του φορέα της κατασκευής του έργου, εφαρμόζοντας πιστά τα εγκεκριμένα διαγράμματα μελετών και λοιπά συμβατικά στοιχεία¹⁶⁵.

Εξάλλου, στην περίπτωση αυτή, δηλαδή όταν οι ειδικές διατάξεις της σχετικής νομοθεσίας αποκλείουν την αναζήτηση του κόστους της μονομερούς από τον ανάδοχο τροποποίησης των όρων της σύμβασης, δεν είναι δυνατή η θεμελίωση της αξίωσης του αναδόχου προς αποζημίωση για τις ανωτέρω μεταβολές που επέφερε μονομερώς ούτε στις διατάξεις των άρθρων 200 και 288 του Αστικού Κώδικα, ούτε στις διατάξεις των άρθρων 197 και 198 του Αστικού Κώδικα.

Βέβαια, η δυνατότητα τροποποίησης των συμβατικών στοιχείων μπορεί να έχει αποτελέσει αντικείμενο συμφωνίας των συμβληθέντων μερών και να έχει αποτυπωθεί με συγκεκριμένους όρους στη σύμβαση, είτε στο ίδιο το κείμενο αυτής, είτε στα συνοδευτικά αυτής στοιχεία (συγγραφή υποχρεώσεων κ.λπ.). Σε κάθε περίπτωση όμως, ενόψει της θεμελιώδους αρχής της νομιμότητας της διοικητικής δράσης, το δικαίωμα της διοίκησης για μονομερή τροποποίηση των όρων της σύμβασης πρέπει να προβλέπεται από τον ίδιο το νόμο ή τη σύμβαση. Βρίσκει δε τα όριά του αφενός μεν στους κανόνες του ενωσιακού δικαίου και του Συντάγματος (λ.χ. την αρχή της ισότητας, της οικονομικής ελευθερίας, της αναλογικότητας), αφετέρου δε στην απαγόρευση διατάραξης της ισορροπίας της σύμβασης.

Πέραν της διάταξης του άρθρου 72 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, που ρυθμίζει το ζήτημα της τροποποίησης δημόσιας σύμβασης, περί της οποίας έγινε λόγος στην εισαγωγή του παρόντος Κεφαλαίου, και η οποία μεταφέρθηκε στην ελληνική έννομη τάξη με το άρθρο 132 του ν. 4412/2016, ο τελευταίος αυτός νόμος περιέχει στα άρθρα 156, 186 και 201 ειδικότερες διατάξεις για την τροποποίηση των δημοσίων συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών υπηρεσιών και συναφών επισημονικών υπηρεσιών και προμηθειών, αντίστοιχα¹⁶⁶.

Η συμφωνία, ωστόσο, των ανωτέρω αλλά και άλλων συναφών διατάξεων της εθνικής νομοθεσίας με το ενωσιακό δίκαιο ελέγχεται κατά περίπτωση, αφού, όταν πρόκειται για δημόσια σύμβαση που καταλαμβάνεται από τις ενωσιακές οδηγίες, η τροποποίηση ουσιαστών όρων αυτής, όπως η μεταβολή της οικονομικής ισορροπίας της υπέρ του επιλεγέντος αναδόχου, κατά το στάδιο εκτέλεσης αυτής, ενέχει τον κίνδυνο στρέβλωσης του ανταγωνισμού σε βάρος ήδη διαγωνισθέντων ή δυνητικών διαγωνιζομένων, και για το λόγο αυτό εμπίπτει στο πεδίο ενδιαφέροντος και εφαρμογής του ενωσιακού δικαίου (βλ. άρθρο 72 της νέας γενικής οδηγίας

165. Πρβλ. ΣτΕ 347/2005, 1473/2000, 1486/1999, 3014/1998.

166. Βλ. παραπάνω υπό IX Α 1.2.

2014/24/ΕΕ)¹⁶⁷.

2. Η απόρριψη μεταβολή των όρων της σύμβασης

2.1. Η ανατροπή της οικονομικής ισορροπίας της σύμβασης και η διορθωτική παρέμβαση του δικαστή κατά το άρθρο 388 ΑΚ

Σύμφωνα με τη νομολογία¹⁶⁸, κατά τη διάταξη του άρθρου 388 ΑΚ¹⁶⁹, εάν, λαμβανομένης υπόψη της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών, οι συνθήκες, οι οποίες αποτέλεσαν το θεμέλιο κατάρτισης δημόσιας σύμβασης, μεταβλήθηκαν εκ των υστέρων εκ λόγων εκτάκτων και απροβλέπτων, εξαιτίας δε της συνδρομής των λόγων αυτών η εκπλήρωση της παροχής, ενόψει και της αντιπαροχής, κατέστη υπερμέτρως επαχθής, το δικαστήριο δύναται, παρεμβαίνοντας διορθωτικά στη σύμβαση, να αναγάγει κατ' απόκλιση από τα συμφωνηθέντα, την παροχή στο προσήκον μέτρον. Η εν λόγω δε αναπροσαρμογή της παροχής έναντι της αντιπαροχής, που αποβλέπει στην εξασφάλιση της διατήρησης της ισορροπίας της σύμβασης, η οποία διαταράχθηκε εκ των ανωτέρω εκτάκτων και απροβλέπτων λόγων, συνιστά αποζημίωση, η οποία, κατά τον νόμο, περιορίζεται στο προσήκον μέτρον¹⁷⁰.

Από το γεγονός δε ότι, η παραπάνω διάταξη τυγχάνει αναλόγου εφαρμογής επί δημοσίων (διοικητικών) συμβάσεων, έπεται ότι επί των συμβάσεων αυτών δεν τυγχάνουν εφαρμογής οι κατά την θεωρία του δικαίου των διοικητικών συμβάσεων γενικές αρχές «της ζημιολογίας πράξεως της Αρχής» και «του απροβλέπτου» (ΣτΕ 2625/2014). Τούτο δε διότι ναι μεν με την εφαρμογή των προαναφερόμενων γενικών αρχών σκοπείται, καταρχήν, η εξασφάλιση της διατήρησης της ισορροπίας διοικητικής σύμβασης, η οποία διαταράχθηκε από λόγους έκτακτους και απρόβλεπτους, οι οποίοι συνέτρεξαν μετά την κατάρτιση της διοικητικής σύμβασης, πλην κατά τις εν λόγω γενικές αρχές, η αποκατάσταση της ισορροπίας διοικητικής σύμβασης επέρχεται, ειδικότερα, κατ' εφαρμογή μεν της γενικής αρχής «της ζημιολογίας

167. Πρβλ. ΔΕΚ C-454/06, presstextNachrichtenagentur GmbH κατά Αυστριακής Δημοκρατίας κ.λπ., απόφαση της 19 Ιουνίου 2008, C-91/08 Wall AG κατά Δήμου Φραγκφούρτης, απόφαση της 13 Απριλίου 2010, ΣτΕ 660/2012, βλ. και Χ. Μητκίδη, Οι αλλοιώσεις των δημοσίων συμβάσεων κατά την εκτέλεσή τους, σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ΘΠΔΔ 2010, σ. 1017 επ.

168. Βλ. ΣτΕ 2625/2014, 2702/2011, 1136/1999, Διδικ 2001 σ. 507, ΑΠ 988/2012, ΔΕφΑθην. 379/2003, 118/2004. Πρβλ. επίσης ΣτΕ 636-637/2007, 262/2006.

169. Βλ. και παραπάνω υπό εκθέτη ΙΙΙ Β 2.

170. Για τα δικονομικά οχήματα που παρέχει η ισχύουσα νομοθεσία, προκειμένου να παρέμβει διορθωτικά ο δικαστής βλ. Δ. Ράικο, Το ένδικο βοήθημα της αγωγής στο πεδίο των διαφορών από διοικητικές συμβάσεις, 2009, σ. 202 επ.

νου πράξεως
της γενικής
πεί μόνο τ

Κατακυ
του Αστικού
βάσης, η ο
ταγενεστέρ
η αποκατά
προαναφε
αποβλέπου
της διατήρ
επί διοικη
αρχών πα
δοθέντος
κειμένης ε

2.2. Η εφαρ

Κατά
αποδίδου
(διοικητικ
κε κατά τ
θωτικά σ
θέντα, τη

171. Σ
δυνάμενο
μερών, συ
της διοικη
βάσης, και
καθιστά υ
μπορεί να
το προαν
παρεμβολ
αφορμή γ
Ελλάδα Δ

172.
ματος τη
Σχόλιο στ

νου πράξεως της Αρχής» με την παροχή πλήρους αποζημίωσης, κατ' εφαρμογή δε της γενικής αρχής «του απροβλέπτου»¹⁷¹ με την παροχή αποζημίωσης, που καλύπτει μόνο τις θετικές ζημιές.

Κατακολουθίαν αυτών, εφόσον με την ανάλογη εφαρμογή του άρθρου. 388 του Αστικού Κώδικος αποκαθίσταται η ισορροπία δημόσιας (διοικητικής) σύμβασης, η οποία διαταράχθηκε επίσης εκ λόγων εκτάκτων και απροβλέπτων, μεταγενεστέρων του χρόνου κατάρτισης της σύμβασης, συνίσταται δε, ειδικότερα, η αποκατάσταση αυτή στην παροχή αποζημίωσης κατά το προσήκον μέτρον, οι προαναφερόμενες γενικές αρχές του δικαίου των διοικητικών συμβάσεων, που αποβλέπουν στην ικανοποίηση του ίδιου ακριβώς σκοπού, δηλαδή την εξασφάλιση της διατήρησης της ισορροπίας διοικητικής σύμβασης, δεν τυγχάνουν εφαρμογής επί διοικητικών συμβάσεων, έστω και αν με την εφαρμογή των γενικών τούτων αρχών παρέχεται μεγαλύτερη αποζημίωση και, συνεπώς, μεγαλύτερη προστασία, δοθέντος ότι ο σκοπός αυτός ικανοποιείται κατά νόμο με την ανάλογη εφαρμογή κειμένης ειδικής διάταξης¹⁷².

2.2. Η εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 200 και 288 ΑΚ στις δημόσιες συμβάσεις

Κατά τις διατάξεις των άρθρων 200 και 288 του Αστικού Κώδικα, οι οποίες, αποδίδουν γενική αρχή του δικαίου και έχουν ανάλογη εφαρμογή και επί δημοσίων (διοικητικών) συμβάσεων, το αρμόδιο δικαστήριο μπορεί, εάν αυτό δεν επιτεύχθηκε κατά την ενώπιον των διοικητικών οργάνων διαδικασία, να παρεμβαίνει διορθωτικά στη σύμβαση, καθορίζοντας ακόμη και κατά παρέκκλιση από τα συμφωνηθέντα, την παροχή και την αντιπαροχή, όταν αυτό επιβάλλεται από την καλή πίστη

171. Σύμφωνα με τη θεωρία του απροβλέπτου, στις περιπτώσεις που κάποιο έκτακτο και μη δυνάμενο να προβλεφθεί γεγονός, το οποίο είναι ανεξάρτητο από τη θέληση των συμβαλλόμενων μερών, συμβεί μεταγενέστερα, δηλαδή κατά τη διάρκεια της εκτέλεσης και γενικά της λειτουργίας της διοικητικής σύμβασης, προκαλώντας τη ριζική διατάραξη της οικονομικής ισορροπίας της σύμβασης, και δημιουργώντας για τον αντισυμβαλλόμενο ιδιώτη υπέρμετρο βάρος, χωρίς εντούτοις να καθιστά υλικά και πρακτικά αδύνατη τη συνέχιση της εκτέλεσης της σύμβασης, ο ιδιώτης ανάδοχος μπορεί να ζητήσει από το αρμόδιο δικαστήριο την ανόρθωση της θετικής ζημίας που του προξένησε το προαναφερόμενο γεγονός. Πάντως, δεν πρέπει να πρόκειται για περιστατικό που αφορά την παρεμβολή της θέλησης της συμβληθείσας διοίκησης, αφού στην περίπτωση αυτή θα παρέχονταν αφορμή για την εφαρμογή της αρχής *fait du prince* βλ. Γ. Παπαχατζή, Σύστημα του ισχύοντος στην Ελλάδα Διοικητικού Δικαίου, τόμ. Α'-Β', Αθήναι 1983, σ. 875 επ.

172. ΣτΕ 1136/1999, ΔΕφΑθην. 379/2003. Βλ. όμως αντίθετες εκδοχές της θεωρίας και τμήματος της νομολογίας σε Π. Παυλόπουλο, Ζητήματα αστικής ευθύνης από διοικητικές συμβάσεις, Σχόλιο στην απόφαση ΔΕφΑθην. 3024/1990, Διδικ 1990, σ. 1009 επ. (253 επ.).

προβλέπουν οι σχετικές διατάξεις²⁴¹, να είναι ευθυγραμμισμένες με την αρχή της αναλογικότητας²⁴² κ.λπ. (πρβλ. ΑΠ 1311/2007).

4. Η λύση της δημόσιας σύμβασης

Οι δημόσιες συμβάσεις λύονται με την παραλαβή του συμβατικού αντικειμένου, εκτός αν συντρέχει περίπτωση έκπτωσης του αναδόχου ή διάλυσης της σύμβασης είτε με πρωτοβουλία του κυρίου του έργου είτε με πρωτοβουλία του αναδόχου, ή διάλυσης για άλλους λόγους που προβλέπει η νομοθεσία.

Σημειώνεται ότι η νέα γενική οδηγία για τις δημόσιες συμβάσεις 2014/24/ΕΕ, ρυθμίζει με ρητές διατάξεις (άρθρ. 73) το ζήτημα της καταγγελίας δημόσιας σύμβασης. Όπως αναφέρεται στην αιτιολογική σκέψη 112: «Οι αναθέτουσες αρχές βρίσκονται ενίοτε αντιμέτωπες με καταστάσεις που απαιτούν την πρόωρη καταγγελία δημόσιων συμβάσεων προκειμένου να συμμορφωθούν προς υποχρεώσεις προκύπτουσες από το ενωσιακό δίκαιο στον τομέα των δημόσιων προμηθειών. Τα κράτη μέλη θα πρέπει, συνεπώς, να διασφαλίζουν τη δυνατότητα των αναθετουσών αρχών, βάσει των προϋποθέσεων που ορίζει το εθνικό δίκαιο, να καταγγείλουν μια δημόσια σύμβαση κατά τη διάρκεια της ισχύος της, εφόσον απαιτείται από το ενωσιακό δίκαιο».

Οι σχετικές ρυθμίσεις του δευτερογενούς ενωσιακού δικαίου περιλαμβάνονται στο άρθρο 73 της προαναφερόμενης οδηγίας 2014/24/ΕΕ (βλ. άρθρο 133 του ν. 4412/2016). Συγκεκριμένα, κατά την παράγραφο 1 αυτού, τα κράτη μέλη διασφαλίζουν ότι οι αναθέτουσες αρχές έχουν τη δυνατότητα, τουλάχιστον στις ακόλουθες περιστάσεις και υπό τις προϋποθέσεις που ορίζει το εφαρμοστέο εθνικό δίκαιο, να καταγγέλλουν μια δημόσια σύμβαση κατά τη διάρκεια της εκτέλεσής

καλύπτεται, εφόσον ο ενδιαφερόμενος ασκήσει την ή τις ενδικοφανείς προσφυγές και προβάλει τους κρίσιμους, κατ' αυτόν, ισχυρισμούς που δεν προέβαλε πριν την έκδοση της αρχικής πράξης». Επίσης ΔΕφΑθην. 6117/2017.

241. Πρβλ. Δ. Ράικο, Δημόσια Διοίκηση και Διαφθορά από την οπτική του διοικητικού δικαίου, 2006, σ. 457 επ., Π. Δαγτόγλου, γενικό διοικητικό δίκαιο, 2004, σ. 333-334, με πληθώρα παραπομπών στην ελληνική νομική φιλολογία, Α. Τάχο, ελληνικό διοικητικό δίκαιο, 2003, σ. 613, H.W.R. Wade/C.F. Forsyth, Administrative Law, 2000, pp. 460 ff., H. Wade., Administrative law, fifth Ed., Oxford 1982, pp. 441 ff., J. Alder, Constitutional and Administrative Law, third Ed., 1999, pp. 305 ff., H. Faber., Verwaltungsrecht, 4 Auf., Tübingen 1995, s. 198 ff., H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13 Auf., München 2000, s. 257, 349 ff.

242. Το δικαστήριο της ουσίας εξετάζει αν το ύψος της επιβληθείσας ποινικής ρήτηρας είναι ανάλογο και προσήκον για την διαπιστωθείσα παράβαση και μπορεί να το μεταβάλλει βλ. ΔΕφΑθην. 2026/2018, 6117/2017, 4183/2016.

της, εφόσον:

- α) η σύμβαση έχει υποστεί ουσιώδη τροποποίηση, που θα απαιτούσε νέα διαδικασία προμηθείας δυνάμει του άρθρου 72.
- β) ο εργολάβος, τη στιγμή της ανάθεσης της σύμβασης, αντιμετώπιζε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στο άρθρο 57 παράγραφος 1 και, ως τούτου, θα έπρεπε να έχει αποκλειστεί από τη διαδικασία της προμήθειας, δηλαδή συμμετοχής σε εγκληματική οργάνωση, διαφθοράς, παιδικής εργασίας και άλλες μορφές εμπορίας ανθρώπων κ.λπ.
- γ) η σύμβαση δεν έπρεπε να ανατεθεί στον εργολάβο λόγω σοβαρής αθέτησης των υποχρεώσεων από τις Συνθήκες και την παρούσα οδηγία, σύμφωνα με απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στο πλαίσιο διαδικασίας δυνάμει του άρθρου 258 της ΣυνθΛΕΕ.

4.1. Ο θάνατος και η πτώχευση του αναδόχου

Λόγοι που επιφέρουν τη λύση της δημόσιας σύμβασης είναι στις συμβάσεις δημοσίων έργων, ο θάνατος ή η πτώχευση του αναδόχου, που συνεπάγονται τη διάλυση αυτής αυτοδίκαια (άρθρο 167 του ν. 4412/2016).

Ειδικότερα, σε περίπτωση πτώχευσης ενός ή μερικών από τα μέλη της κοινοπραξίας αν τα μέλη της κοινοπραξίας ήταν δύο και πτωχεύσει το ένα, η κοινοπραξία θεωρείται διαλυμένη ως προς τον κύριο του έργου και η εργολαβία συνεχίζεται υποχρεωτικά για το σύνολο του έργου από το άλλο μέλος μόνο, το οποίο αναλαμβάνει έναντι του κυρίου του έργου όλα τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις του μέλους που πτώχευσε και που απορρέουν από την εργολαβική σύμβαση. Αν τα μέλη της κοινοπραξίας ήταν περισσότερα από δύο, η κοινοπραξία συνεχίζεται έναντι του κυρίου του έργου από τα λοιπά μέλη. Αν κηρυχθούν σε πτώχευση δύο ή περισσότερα από τα μέλη της κοινοπραξίας και από την αιτία αυτή εκτίθεται σε κίνδυνο η προσήκουσα εκτέλεση της εργολαβικής σύμβασης, ο κύριος του έργου μπορεί κατά την κρίση του να διαλύσει τη σύμβαση, αζημίως γι' αυτόν.

Επίσης, αν ο ανάδοχος είναι ατομική επιχείρηση και αποβιώσει αυτός που την ασκεί, η σύμβαση διαλύεται αυτοδίκαια, εκτός αν εγκριθεί από την προϊσταμένη αρχή η αποπεράτωση των εργασιών από τους κληρονόμους, οι οποίοι στην περίπτωση αυτή αναλαμβάνουν όλες τις υποχρεώσεις και τα δικαιώματα του αναδόχου. Η έγκριση γίνεται ύστερα από αίτηση των κληρονόμων που πρέπει να υποβληθεί μέσα σε ανατρεπτική προθεσμία τριάντα (30) ημερών από το θάνατο του αναδόχου.

Σε περίπτωση θανάτου ενός ή περισσότερων φυσικών προσώπων που μετείχαν στην κοινοπραξία με τις ατομικές τους επιχειρήσεις, αν μέλη της κοινοπραξίας

ήταν δύο
και πεθό
έργου κα
άλλο μέ
τα και τ
εργολαβ
νοπραξί
κοινοπρ
λοιπών
τις υπο
ενώ κατ

Αν

λύεται ο

Επίσης,

ρεσιών,

φεί από

αιτίας γ

νης Αρ

εγκριθεί

ρεία με

της σύ

4412/2

4.2. Η λ

Η

πιο έν

στην π

λεσής

προϋπ

δράση

αυτό,

στήρι

Έ

φου 1

στον

των ε

τον ανάδοχο πρόσθετα στοιχεία και πληροφορίες. Η Προϊσταμένη Αρχή, με απόφασή της που εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία τριών (3) μηνών από την υποβολή της αίτησης εγκρίνει τη ματαίωση της διάλυσης και την αποζημίωση του αναδόχου, επιφέροντας τις αναγκαίες προσαρμογές στις προθεσμίες της μελέτης. Αν ο ανάδοχος δεν συμφωνεί στον καθορισμό της αποζημίωσης, μπορεί να ασκήσει αίτηση θεραπείας (άρθρο 193 του ν. 4412/2016).

5. Έκπτωση του αναδόχου

Η αντισυμβατική συμπεριφορά του αναδόχου δημόσιας σύμβασης, δηλαδή η μη εκπλήρωση ή μη προσήκουσα ή μη έγκαιρη εκπλήρωση των συμβατικών του υποχρεώσεων, εφόσον οφείλεται σε υπαιτιότητά του, παρέχει στον αντισυμβαλλόμενο δημόσιο φορέα το δικαίωμα να προβεί μονομερώς στη λύση της σύμβασης και την έκπτωση του αναδόχου. Τούτο δε παράλληλα με τις τυχόν άλλες κυρώσεις που προβλέπει η οικεία νομοθεσία.

Η κήρυξη της έκπτωσης του αναδόχου από τη δημόσια σύμβαση συνίσταται στη μονομερή πράξη του αρμοδίου οργάνου του συμβαλλομένου δημόσιου φορέα, που απευθύνεται προς τον ανάδοχο και με την οποία ο τελευταίος αποβάλλεται από το δημόσιο έργο, δηλαδή ουσιαστικά απαγορεύεται σ' αυτόν να εκτελέσει το έργο²⁶², ή αποξενώνεται από την εκτέλεση της προμήθειας ή της υπηρεσίας.

Η έκπτωση του αναδόχου δημόσιας σύμβασης προβλέπεται από τη νομοθεσία (λ.χ. άρθρ. 160, 191, 203 του ν. 4412/2016) ως ενδεχόμενη κύρωση για κάθε περίπτωση υπαίτιας (με δόλο ή αμέλεια) αντισυμβατικής συμπεριφοράς του, δηλαδή μη εκπλήρωσης ή μη προσήκουσας εκπλήρωσης των υποχρεώσεών του, κύριων και παρεπόμενων, από τη σύμβαση, ή μη συμμόρφωσής του με τις γραπτές εντολές της υπηρεσίας, που είναι σύμφωνες με τη σύμβαση ή τις κείμενες διατάξεις.

Ωστόσο, σε ορισμένες περιπτώσεις, η κήρυξη της έκπτωσης του αναδόχου επιβάλλεται υποχρεωτικά από τον νομοθέτη.

Συγκεκριμένα, επί συμβάσεων δημοσίων έργων, ο ανάδοχος κηρύσσεται υποχρεωτικά έκπτωτος (άρθρ. 160 παρ. 2 του ν. 4412/2016) αν συντρέχει μία από τις παρακάτω περιπτώσεις:

α) αν καθυστερήσει υπαίτια, πέραν του μηνός από την υπογραφή της σύμβασης την έναρξη των εργασιών ή την υποβολή του αναλυτικού χρονοδιαγράμματος, σύμφωνα και με τα προβλεπόμενα στη σύμβαση.

262. Πρβλ. Α. Γέροντα, ό.π., σ. 717, που αναφέρεται σε καταγγελία της σύμβασης για το υπολειπόμενο μέρος κατ' άρθρ. 700 ΑΚ.

β) αν υπερβεί με υπαιτιότητά του, για χρόνο περισσότερο του μηνός, τον προβλεπόμενο στη σύμβαση χρόνο για την ολοκλήρωση της εργοταξιακής του ανάπτυξης.

γ) αν υπερβεί με υπαιτιότητά του, κατά δύο (2) τουλάχιστον μήνες, έστω και μία αποκλειστική Προθεσμία του εγκεκριμένου χρονοδιαγράμματος. Κατ' εξαίρεση, αν η εκτέλεση των εργασιών καθυστερεί, αλλά ο ανάδοχος έχει ήδη εκτελέσει εργασίες που αντιστοιχούν σε ποσοστό τουλάχιστον ογδόντα τοις εκατό (80%) του συμβατικού αντικειμένου, όπως έχει διαμορφωθεί με τις τυχόν υπογραφείσες συμπληρωματικές συμβάσεις, είναι δυνατή η χορήγηση παράτασης των προθεσμιών προς το συμφέρον του έργου, έστω κι αν η καθυστέρηση των εργασιών οφείλεται σε υπαιτιότητά του. Η παράταση χορηγείται στην περίπτωση αυτή χωρίς Αναθεώρηση τιμών και με επιβολή των προβλεπομένων στις διατάξεις του άρθρου 148 του ν. 4412/2016²⁶³.

δ) αν οι εργασίες του είναι κατά σύστημα κακότεχνες ή τα υλικά που χρησιμοποιεί δεν ανταποκρίνονται στις προδιαγραφές. Για να κηρυχθεί ο ανάδοχος έκπτωτος για το λόγο αυτό πρέπει να έχει προηγηθεί, τουλάχιστον μία φορά, η εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 159 του ν. 4412/2016 για την αποκατάσταση των κακοτεχνιών του έργου και να έχει απορριφθεί, στο πλαίσιο της εφαρμογής των διατάξεων αυτών, η ένσταση του αναδόχου.

ε) αν παρεκκλίνει επανειλημμένα από τα εγκεκριμένα σχέδια ή παραλείπει συστηματικά την τήρηση των κανόνων ασφαλείας των εργαζομένων ή προστασίας του περιβάλλοντος. Για να κινηθεί η διαδικασία έκπτωσης στην περίπτωση αυτή απαιτείται η κοινοποίηση δύο (2) τουλάχιστον σχετικών εγγράφων προειδοποιήσεων της διευθύνουσας υπηρεσίας προς τον ανάδοχο.

263. Από τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων αυτών προκύπτει ότι η κήρυξη έκπτωσης αποτελεί υποχρέωση, και όχι δυνατότητα, της Διευθύνουσας υπηρεσίας στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 2 του άρθρου 160 του ν. 4412/2016. Κατεξάιρεση δε, αν η εκτέλεση των εργασιών καθυστερεί, αλλά ο ανάδοχος έχει ήδη εκτελέσει εργασίες που αντιστοιχούν σε ποσοστό τουλάχιστον ογδόντα τοις εκατό (80%) του συμβατικού αντικειμένου, είναι δυνατή η χορήγηση παράτασης των προθεσμιών προς το συμφέρον του έργου, έστω κι αν η καθυστέρηση των εργασιών οφείλεται σε υπαιτιότητα του αναδόχου. Κατά συνέπεια, ενόψει του εξαιρετικού χαρακτήρα της παράτασης των προθεσμιών του έργου, που χορηγείται ακόμη και αν συντρέχουν, λόγω της υπαίτιας καθυστέρησης, οι προϋποθέσεις για την κήρυξη του αναδόχου σε έκπτωση, σε περίπτωση χορήγησης παράτασης προθεσμίας για την εκτέλεση του έργου, η Διευθύνουσα Υπηρεσία δεν μπορεί να κηρύξει τον ανάδοχο έκπτωτο κατά το χρονικό διάστημα που ισχύει η παράταση εκτέλεσης των εργασιών *πρβλ.* ΣτΕ 754/2016.

στ) αν

ζ) αν υ
θρου 160 τ

Συμβατικά

κές τμημα

μέγεθος το

κές Προθε

το πέρας τ

Το χρονικ

Πέρα

περιπτώσ

α) αν

απαιτούμ

αποκαλου

παρ. 1 το

β) αν

γ) αν

κατάστα

ν. 4412/2

Επί

μονικών

διαδικασ

για χρόν

άρθρου

υποβολ

τμηματι

τάματα

πει να έ

γράφου

της μελ

Εν

σύμφω

έκπτω

στ) αν διαπιστωθεί ότι προσκόμισε πλαστή εγγυητική επιστολή²⁶⁴.

ζ) αν υπερβεί υπαίτια τις ενδεικτικές προθεσμίες της παραγράφου 3 του άρθρου 160 του ν. 4412/2016. Για την εφαρμογή της καθορίζονται υποχρεωτικά στα Συμβατικά Τεύχη και για την περίοδο έναρξης των εργασιών εκτέλεσης, ενδεικτικές τμηματικές Προθεσμίες ανά έναν (1) ή το πολύ δύο (2) μήνες ανάλογα με το μέγεθος του έργου και τις συνθήκες εκτέλεσης. Οι ως άνω υποχρεωτικές ενδεικτικές Προθεσμίες τίθενται για το διάστημα από την υπογραφή της σύμβασης μέχρι το πέρας του ενός τετάρτου (1/4) της αρχικής συμβατικής Προθεσμίας περαίωσης. Το χρονικό αυτό διάστημα δεν μπορεί να είναι μικρότερο από έξι (6) μήνες.

Πέραν από τις ανωτέρω, προβλέπονται από τις κατ' ιδίαν διατάξεις και άλλες περιπτώσεις έκπτωσης του αναδόχου δημοσίου έργου, όπως:

α) αν δεν προσέλθει για την υπογραφή της σύμβασης ή δεν προσκομίσει τις απαιτούμενες εγγυήσεις για την καλή εκτέλεση της σύμβασης. Πρόκειται για την αποκαλούμενη προσυμβατική ή αρχική έκπτωση (άρθρ. 105 παρ. 5 και άρθρ. 135 παρ. 1 του ν. 4412/2016)²⁶⁵.

β) αν έληξε η προθεσμία του έργου δίχως αυτό να έχει αποπερατωθεί.

γ) αν διαπιστωθεί με οποιονδήποτε τρόπο ότι έχει γίνει άμεση ή έμμεση υποκατάσταση του αναδόχου από άλλη εργοληπτική επιχείρηση (άρθρ. 164 παρ. 1 του ν. 4412/2016).

Επί συμβάσεων μελετών, και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, κατά την παράγραφο 2 του άρθρου 191 του ν. 4412/2016, η διαδικασία έκπτωσης κινείται υποχρεωτικά εφόσον ο ανάδοχος: α) Υπερβεί υπαίτια για χρόνο πέραν του 1/3 τη σχετική συνολική προθεσμία της παραγράφου 2 του άρθρου 184, λαμβανομένων υπόψη των παρατάσεων. β) Καθυστερεί υπαίτια την υποβολή σταδίου μελέτης, για χρόνο περισσότερο από το μισό της αντίστοιχης τμηματικής προθεσμίας. γ) Οι εργασίες του παρουσιάζουν κατ' επανάληψη ελαττώματα ή ελλείψεις. Για να κηρυχθεί ο ανάδοχος έκπτωτος για το λόγο αυτόν πρέπει να έχει προηγηθεί, τουλάχιστον μια φορά η εφαρμογή των διατάξεων της παραγράφου 5 του άρθρου 188, για την αποκατάσταση των ελαττωμάτων ή ελλείψεων της μελέτης και να μην έχει ασκηθεί ένσταση ή η ασκηθείσα να έχει απορριφθεί.

Ενώ, επί συμβάσεων δημοσίων προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών, σύμφωνα με το άρθρο 203 του ν. 4412/2016, ο ανάδοχος κηρύσσεται υποχρεωτικά έκπτωτος από την ανάθεση που έγινε στο όνομα του και από κάθε δικαίωμα που

264. Βλ. συμβ. ΔΕΦΑθην. 139/2011, 60/2011.

265. Α. Γέροντας, ό.π., σ. 708 σημ. 390.

απορρέει από αυτήν, με απόφαση του αρμοδίου αποφαινόμενου οργάνου, ύστερα από γνωμοδότηση του αρμόδιου οργάνου: α) στην περίπτωση της παραγράφου 5 του άρθρου 105, δηλαδή αν δεν προσέλθει για την υπογραφή της σύμβασης, β) σε περίπτωση δημόσιας σύμβασης προμηθειών, εφόσον δε φόρτωσε, παρέδωσε ή αντικατέστησε τα συμβατικά υλικά ή δεν επισκεύασε ή συντήρησε αυτά μέσα στον συμβατικό χρόνο ή στον χρόνο παράτασης που του δόθηκε, σύμφωνα με όσα προβλέπονται στο άρθρο 206, γ) στην περίπτωση δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών: αα) αν δεν εκπληρώσει τις συμβατικές του υποχρεώσεις ή δεν συμμορφωθεί με τις γραπτές εντολές της υπηρεσίας, που είναι σύμφωνες με την σύμβαση ή τις κείμενες διατάξεις και ββ) αν υπερέβη υπαίτια τη συνολική προθεσμία εκτέλεσης της σύμβασης, λαμβανομένων υπόψη των παρατάσεων.

Οι οικείες νομοθετικές διατάξεις διαγράφουν ειδική προδικασία για την έκπτωση του αναδόχου της δημόσιας σύμβασης, δηλαδή συγκεκριμένους διαδικαστικούς τύπους, η μη τήρηση ή η πλημμελής τήρηση των οποίων καθιστά μη σύννομη την πράξη κήρυξης της έκπτωσης του αναδόχου, που δεν συνεπάγεται, όμως, και την αναβίωση της ήδη διαλυθείσας σύμβασης.

Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 160 (παρ. 4-6) του ν. 4412/2016, αν υφίσταται λόγος έκπτωσης, κοινοποιείται στον ανάδοχο, με εξαίρεση την περίπτωση του άρθρου 105 παρ. 5 του ν. 4412/2016 (μη προσέλευση για υπογραφή της σύμβασης) ειδική πρόσκληση της διευθύνουσας υπηρεσίας²⁶⁶, η οποία, –προκειμένου να είναι σύννομη²⁶⁷–, αναφέρεται απαραίτητα στις διατάξεις του άρθρου αυτού και περιλαμβάνει συγκεκριμένη περιγραφή ενεργειών ή εργασιών που πρέπει να εκτελέσει ο ανάδοχος μέσα στην τασσόμενη Προθεσμία. Η τασσόμενη Προθεσμία πρέπει να είναι εύλογη, δηλαδή ανάλογη του χρόνου που απαιτείται κατά την κοινή αντίληψη για την εκτέλεση των εργασιών ή των ενεργειών²⁶⁸. Δεν μπορεί πάντως να είναι μικρότερη από δέκα (10) ημέρες, ούτε και μεγαλύτερη από τριάντα (30) ημέρες.

Όταν ζητείται η λήψη μέτρων για την αποτροπή επείγοντος κινδύνου, η Προθεσμία που τάσσεται μπορεί να είναι μικρότερη των δέκα (10) ημερών. Η πρόσκλη-

266. Η προβλεπόμενη στο άρθρο 157 του ν. 4412/2016 Ειδική Διαταγή, με την οποία προσδιορίζονται τα ελαττώματα του έργου και τάσσεται προς τον ανάδοχο εύλογη προθεσμία για την αποκατάστασή τους, και η προβλεπόμενη στο άρθρο 160 του ίδιου νόμου Ειδική Πρόσκληση, η οποία προηγείται της κήρυξης του αναδόχου ως εκπτώτου της εργολαβίας, αποτελούν αυτοτελείς ενέργειες της Διευθύνουσας Υπηρεσίας, οι οποίες έχουν διαφορετικές η κάθε μία συνέπειες πρβλ. ΣτΕ 2604/2014, 3242/2013.

267. ΣτΕ 554/2014. Πρβλ. ΣτΕ 2648, 4155/1996.

268. ΣτΕ 554/2014.

ση αυτή δε
της προειδ
πλημμελει
πράξης για
λει, προσβ
διότι, η ει
των εννόμ
ρεσίας, δε
ορισμένες
σας εύλογ
Προθεσμί
συμμορφ
πριν από
με απόφα

Εξάλ

μεταξύ τ
χου την
σης την
δύο ως
νόμιμο
διάλυση
σης του
ται τη λ

269.

270

τάσσεται
ποίηση
κατόπιν
σίας, στ
πειθαρχ
γωνισμα

27

σης, μόν
η οποία
ειδική
αυτού κ
συνυπο

ση αυτή δεν έχει τον χαρακτήρα εκτελεστής πράξης, αφού απλά έχει το νόημα της προειδοποίησης του αναδόχου περί των προθέσεων του εργοδότη. Τις τυχόν πλημμέλειες της εν λόγω ειδικής πρόσκλησης, που προηγείται της έκδοσης της πράξης για την έκπτωση του αναδόχου, δύναται ο ανάδοχος του έργου να προβάλει, προσβάλλοντας την πράξη για την έκπτωσή του και όχι αυτοτελώς. Και τούτο διότι, η ειδική πρόσκληση αυτή καθεαυτή, δεν αποτελεί, άνευ ετέρου, βλαπτική των εννόμων συμφερόντων του αναδόχου πράξη της διευθύνουσας το έργο υπηρεσίας, δεδομένου ότι η πράξη για την έκπτωση επακολουθεί μόνο αν συντρέξουν ορισμένες προϋποθέσεις, ήτοι μη συμμόρφωση του αναδόχου εντός της ταχθείσας εύλογης προθεσμίας, οφειλόμενη σε αποκλειστική υπαιτιότητά του²⁶⁹. Αν η Προθεσμία²⁷⁰ που τέθηκε με την ειδική πρόσκληση παρήλθε χωρίς ο ανάδοχος να συμμορφωθεί με το περιεχόμενο της²⁷¹, κηρύσσεται έκπτωτος αμέσως και πάντως πριν από την παρέλευση δεκαπέντε (15) ημερών από την πάροδο της Προθεσμίας, με απόφαση του προϊσταμένου της διευθύνουσας υπηρεσίας.

Εξάλλου, η έκπτωση και η διάλυση της εργολαβίας συνιστούν δύο διάφορους μεταξύ τους τρόπους λύσης της εργολαβίας, εφόσον στη μεν έκπτωση του αναδόχου την πρωτοβουλία έχει μόνο ο κύριος του έργου, ενώ στη διάλυση της σύμβασης την πρωτοβουλία έχει και ο ανάδοχος του έργου. Από το γεγονός ότι και οι δύο ως άνω τρόποι συνεπάγονται τη λύση της εργολαβίας, παρέπεται ότι η, κατά νόμιμο τρόπο, κήρυξη της έκπτωσης του αναδόχου, αποκλείει τη μεταγενέστερη διάλυση της σύμβασης, εφόσον η εργολαβία θεωρείται διαλυθείσα, λόγω έκπτωσης του αναδόχου. Αντιστρόφως, η νόμιμη διάλυση της σύμβασης, που συνεπάγεται τη λύση της εργολαβίας, αποκλείει την κήρυξη, μεταγενεστέρως, της έκπτωσης

269. Πρβλ. ΣτΕ 1343/2005, 2247/1990 7μελής, 3030/1992.

270. Όταν ζητείται η λήψη μέτρων για την αποτροπή επείγοντος κινδύνου, η προθεσμία που τάσσεται μπορεί να είναι μικρότερη των δέκα (10) ημερών. Κατεξάρεση δεν απαιτείται η κοινοποίηση ειδικής πρόσκλησης και η έκπτωση κηρύσσεται άμεσα, ύστερα από προηγούμενη ακρόαση, κατόπιν κλήσης η οποία επιδίδεται προ πέντε (5) ημερών, με απόφαση της διευθύνουσας υπηρεσίας, στις περιπτώσεις που ο ανάδοχος υποπίπτει, αποδεδειγμένα, σε ένα από τα αδικήματα ή τα πειθαρχικά παραπτώματα που επισύρουν τον αποκλεισμό του, σύμφωνα με την διακήρυξη του διαγωνισμού στον οποίο αναδείχθηκε ανάδοχος (παρ. 4 άρθρου 160 του ν. 4412/2016).

271. Την έκδοση της ειδικής προσκλήσεως ακολουθεί η έκδοση της περί εκπτώσεως απόφασης, μόνο εάν ο ανάδοχος, μέχρι της εκπνοής της ταχθείσης από την ειδική πρόσκληση προθεσμίας, η οποία κατά τα εκτεθέντα, πρέπει να είναι εύλογη, δεν συμμορφώθηκε προς τα αξιούμενα με την ειδική πρόσκληση και εφόσον η μη συμμόρφωση αυτού οφείλεται σε αποκλειστική υπαιτιότητα αυτού και, συνεπώς δεν συντρέχει η προϋπόθεση αυτή, εάν η μη συμμόρφωση αυτού οφείλεται σε συνυπαιτιότητα του κυρίου του έργου πρβλ. ΣτΕ 3839/2010, 5827/1995, 2247/1990.

του αναδόχου²⁷².

Ο ανάδοχος μπορεί να ασκήσει ένσταση κατά της απόφασης που τον κηρύσσει έκπτωτο²⁷³, η οποία εκδικάζεται από την Προϊσταμένη Αρχή εντός δύο μηνών. Αν κατά της απόφασης έκπτωσης δεν ασκηθεί εμπρόθεσμα ένσταση ή αν απορριφθεί η ένσταση από την αρμόδια προς τούτο προϊσταμένη αρχή, η έκπτωση καθίσταται οριστική²⁷⁴. Αν ασκηθεί εμπρόθεσμα ένσταση, αναστέλλονται οι συνέπειες της έκπτωσης μέχρι αυτή να οριστικοποιηθεί και ο ανάδοχος υποχρεούται να συνεχίσει τις εργασίες της εργολαβίας. Η απόφαση επί της ενστάσεως εκδίδεται, μετά γνώμη του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου, από την προϊσταμένη αρχή και κοινοποιείται υποχρεωτικά, εντός δύο (2) μηνών από την κατάθεση της (παρ. 7 άρθρου 160 του ν. 4412/2016)²⁷⁵.

272. Πρβλ. ΣτΕ 1501/2018, 554/2014, 3839/ 2010, 2212/2009, 2928/2008.

273. Σε ένσταση υπόκειται μόνο η περί εκπτώσεως του αναδόχου εκ της εργολαβίας απόφαση, όχι δε και η ειδική πρόσκληση, της οποίας τις πλημμέλειες δύναται ο ανάδοχος να προβάλει με την ένσταση του κατά της ως άνω περί εκπτώσεως αποφάσεως της διευθύνουσας το έργο υπηρεσίας. Και τούτο διότι, η ειδική πρόσκληση αυτή καθ' εαυτήν δεν αποτελεί, άνευ ετέρου, βλαπτική των εννόμων συμφερόντων του αναδόχου πράξη της διευθυνούσης το έργο υπηρεσίας, δεδομένου ότι η περί εκπτώσεως πράξη επακολουθεί μόνο αν συντρέξουν ορισμένες προϋποθέσεις, ήτοι μη συμμόρφωση του αναδόχου εντός της ταχθείσης ευλόγου προθεσμίας, οφειλόμενη σε αποκλειστική υπαιτιότητά του πρβλ. ΣτΕ 3242/2013, 2247/1990 7μελής, 3030/1992, 1343/2005, 1071/2009.

274. Πάντως, σε κάθε περίπτωση απαιτείται η έκδοση βεβαίωσης περάτωσης των εργασιών που έχουν συντελεστεί μέχρι την κήρυξη της έκπτωσης, η οποία, ενόψει της σημασίας που έχει η βεβαίωση αυτή για την παραλαβή του έργου και, ιδίως, για την έναρξη των σχετικών προθεσμιών στην περίπτωση αυτοδίκαιης παραλαβής αυτού, εκδίδεται μόνον από τον Προϊστάμενο της Διευθύνουσας Υπηρεσίας. Η βεβαίωση δε αυτή δεν μπορεί να υποκατασταθεί από την απόφαση, με την οποία απορρίπτεται η ένσταση του αναδόχου κατά της απόφασης που τον κηρύσσει έκπτωτο, εφόσον, μάλιστα, ο έκπτωτος ανάδοχος έχει το δικαίωμα να ζητήσει την έκδοση βεβαίωσης περάτωσης των εργασιών που έχουν ήδη συντελεστεί και σε περίπτωση άρνησης του Προϊσταμένου της Διευθύνουσας Υπηρεσίας ή σιωπηρής απόρριψης του αιτήματός του, ακολουθώντας την προβλεπόμενη διοικητική διαδικασία να ασκήσει ένσταση, αίτηση θεραπείας και προσφυγή πρβλ. ΣτΕ 1501/2018.

275. Στην περίπτωση που παρέλθει άπρακτος η δίμηνη ανατρεπτική προθεσμία, εντός της οποίας η Προϊσταμένη Αρχή οφείλει να αποφανθεί επί της ενστάσεως του αναδόχου κατά της κηρυσσούσης την έκπτωση αποφάσεως, προκειμένου να οριστικοποιηθεί η έκπτωση αναδόχου από της εκτελέσεως δημοσίου έργου, δεν αρκεί η έκδοση της αποφάσεως της Προϊσταμένης Αρχής, με την οποία απορρίπτεται η ένσταση του αναδόχου κατά της πράξεως της Διευθυνούσης Υπηρεσίας περί κηρύξεως αυτού ως εκπτώτου, εντός της οριζόμενης διμήνου προθεσμίας από της καταθέσεως της ενστάσεως, αλλ' απαιτείται, προσέτι, και η κοινοποίηση της αποφάσεως αυτής στον ανάδοχο εντός της ως άνω νομίμου προθεσμίας (ΣτΕ 1480/2008, 3096, 648/2006: αφορά στο ένδικο έργο, 1765/2003). Μετά δε την οριστική έκπτωση του αναδόχου από την εργολαβία, προκειμένου να

Η τυχόν
γων αποδοχ
ή της ποιότη
ένκαιρη και
θεί άπρακτ
την επιβολή
ροντα του
τις εργασί
στάσεως τ
Προθεσμία
διακοπή τ

Αν η έ
αμέσως α
τεξαιρέση
εργασίες,
προς άρσ

Καθ'
ξη, ειδικό
ρώνεται
στην περ
της οποί
αναδόχο
ποίησε

Παρ
τάξεις τ
τις συμ
υπηρεσ
βάσεων
των απ
η έκπτ

εκκαθα
Υπηρεσ
εκπτώτ
τρήσει

27
1765/2

Η τυχόν αποδοχή ή απόρριψη της ένστασης αιτιολογείται, μεταξύ δε των λόγων αποδοχής μπορεί να περιλαμβάνεται και η καταφανής βελτίωση του ρυθμού ή της ποιότητας των εκτελούμενων εργασιών, ώστε να πιθανολογείται βάσιμα η έγκαιρη και έντεχνη εκτέλεση του έργου. Αν η ανωτέρω δίμηνη Προθεσμία παρέλθει άπρακτη, κινείται η πειθαρχική διαδικασία κατά των υπαίτιων υπαλλήλων, για την επιβολή ποινών αναλόγων προς τις επιπτώσεις της αμέλειας τους στα συμφέροντα του κυρίου του έργου, επιπλέον δε, ο ανάδοχος υποχρεούται να διακόψει τις εργασίες, έως ότου εκδοθεί ρητή απόφαση της προϊσταμένης αρχής επί της ενστάσεως του. Για το χρόνο διάρκειας της διακοπής δικαιούται ισόποση παράταση Προθεσμίας με αναθεώρηση, εφόσον η ένσταση του γίνει τελικά αποδεκτή, ενώ η διακοπή των εργασιών δεν αποτελεί λόγο για τη διάλυση της σύμβασης.

Αν η έκπτωση καταστεί οριστική, ο ανάδοχος αποξενώνεται και αποβάλλεται αμέσως από το έργο και η εργολαβία εκκαθαρίζεται το συντομότερο δυνατό. Κατεξάρεση, μπορεί να επιτραπεί στον έκπτωτο ανάδοχο να συμπληρώσει ημιτελείς εργασίες, ώστε να καταστεί δυνατή η επιμέτρηση τους ή να εκτελέσει εργασίες προς άρση ή αποτροπή κινδύνων (άρθρο 160 παρ. 7 έως 9 του ν. 4412/2016).

Καθ' ερμηνεία των ανωτέρω διατάξεων πρέπει να γίνει δεκτό ότι, με τη διάταξη, ειδικότερα, της παραγράφου 7 του ως άνω άρθρου 160 του ν. 4412/2016 καθιερώνεται τεκμήριο ματαίωσης της κήρυξης αναδόχου δημοσίου έργου ως εκπτώτου στην περίπτωση που παρέρχεται άπρακτη η δίμηνη ανατρεπτική προθεσμία, εντός της οποίας η προϊσταμένη αρχή όφειλε τόσο να αποφανθεί επί της ένστασης του αναδόχου κατά της απόφασης που κήρυττε την έκπτωσή του όσο και να κοινοποιήσει σ' αυτόν την τυχόν απορριπτική απόφασή της²⁷⁶.

Παρεμφερείς διαδικαστικές διατάξεις και τύποι περιλαμβάνονται και στις διατάξεις των παραγράφων 3 έως 8 του άρθρου 191 του ν. 4412/2016 αναφορικά με τις συμβάσεις μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών. Αντίστοιχα, σύμφωνα με το άρθρο 205 του ίδιου ν. 4412/2016, επί συμβάσεων προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών, ο ανάδοχος μπορεί, κατά των αποφάσεων, που επιβάλλουν σε βάρος του κυρώσεις, μεταξύ των οποίων και η έκπτωση αυτού, να υποβάλει διοικητική προσφυγή για λόγους νομιμότητας και

εκκαθαρισθεί η έκπτωτος εργολαβία, συντάσσεται –είτε από τον ανάδοχο είτε από τη Διευθύνουσα Υπηρεσία– επιμέτρηση των εργασιών που έχουν εκτελεσθεί. Τέλος, σε περίπτωση που η κήρυξη της εκπτώσεως δεν είναι νόμιμη, δεν είναι νόμιμες ούτε οι συνεπεία της εκπτώσεως γεγόμενες επιμετρήσεις πρβλ. ΣτΕ 1596/2016, 2496/2008, 1143/2003, 1858/1999, 337/1998.

276. Πρβλ. ΣτΕ 1596/2016, 3129/2015, 2511/2013, 1052/2009, 1480/2008, 3096, 648/2006, 1765/2003 επτ.

ουσίας (ενδικοφανή) μέσα σε ανατρεπτική προθεσμία τριάντα (30) ημερών, από την ημερομηνία που έλαβε γνώση της σχετικής απόφασης. Επί της προσφυγής, αποφασίζει το αρμόδιο αποφαινόμενο όργανο, ύστερα από γνωμοδότηση του αρμόδιου συλλογικού οργάνου. Η εν λόγω απόφαση δεν επιδέχεται προσβολή με άλλη οποιασδήποτε φύσεως διοικητική προσφυγή.

Επιπρόσθετα, κατά του οριστικά έκπτωτου αναδόχου επέρχονται αθροιστικά και άλλες συνέπειες (βλ. άρθρο 160 παρ. 10 του ν. 4412/2016: άμεσα απαιτητό το αναπόσβεστο μέρος της προκαταβολής προσαυξημένο με τους νόμιμους τόκους, κατάπτωση υπέρ του κυρίου του έργου του συνόλου των εγγυήσεων για την καλή εκτέλεση του έργου, καθώς και του συνόλου των ποινικών ρητρών που προβλέπονται για την υπέρβαση της συνολικής Προθεσμίας περαίωσης του έργου και για τις τμηματικές Προθεσμίες), περί των οποίων ήδη έγινε λόγος.

Την οριστική έκπτωση του αναδόχου ακολουθεί η εκκαθάριση της εργολαβίας. Για το σκοπό της εκκαθάρισης της εργολαβίας καλείται ο έκπτωτος ανάδοχος να υποβάλει μέσα σε έναν (1) μήνα την επιμέτρηση των εργασιών που έχει εκτελέσει. Αν αμελήσει την υποχρέωση του αυτή, η διευθύνουσα υπηρεσία προβαίνει η ίδια στη σύνταξη της επιμέτρησης ή την αναθέτει σε ιδιώτη μηχανικό, καλώντας τον έκπτωτο ανάδοχο να παραστεί. Η επιμέτρηση ελέγχεται και εγκρίνεται από τη διευθύνουσα υπηρεσία εντός μηνός από της υποβολής της και κοινοποιείται στον έκπτωτο ανάδοχο, ο οποίος μπορεί να υποβάλει ένσταση εντός δεκαπέντε (15) ημερών. Το ίδιο ισχύει αναλογικά και αν η επιμέτρηση συνταχθεί με επιμέλεια της διευθύνουσας υπηρεσίας. Επί της ένστασης αποφαινεται η προϊσταμένη αρχή εντός δύο (2) μηνών από την υποβολή της. Εξάλλου, στον εκκαθαριστικό λογαριασμό περιλαμβάνεται το σύνολο των ποινικών ρητρών της παραγράφου 10 του άρθρου 160 και κάθε άλλη εκκαθαρισμένη απαίτηση κατά του έκπτωτου αναδόχου (παρ. 11 και 12 άρθρου 160 του ν. 4412/2016)²⁷⁷.

Είναι, επίσης, ενδεχόμενο, μετά την οριστικοποίηση της έκπτωσης, η προϊσταμένη αρχή να αποφασίσει την ολοκλήρωση του έργου. Στην περίπτωση αυτή, προσκαλεί τον επόμενο κατά σειρά μειοδότη του διαγωνισμού, στον οποίο αναδείχθηκε ο έκπτωτος ανάδοχος και του προτείνει να αναλάβει αυτός το έργο ολοκλήρωσης της έκπτωτης εργολαβίας, με τους ίδιους όρους και προϋποθέσεις και βάσει

277. Αν ο εκκαθαριστικός λογαριασμός είναι αρνητικός, η διαφορά εισπράττεται, σύμφωνα με τις διατάξεις που ισχύουν για την είσπραξη των απαιτήσεων του κυρίου του έργου. Αν κατά την παραλαβή των εργασιών της έκπτωτης εργολαβίας, που διενεργείται ταυτόχρονα ως προσωρινή και οριστική, προκύψουν διαφορές στα ποσά του εκκαθαριστικού λογαριασμού, συντάσσεται νέος τελικός λογαριασμός, αλλιώς ο εκκαθαριστικός λογαριασμός ισχύει ως τελικός.



της προσφοράς που υπέβαλε στο διαγωνισμό. Η σύμβαση εκτέλεσης συνάπτεται εφόσον εντός δεκαπέντε (15) ημερών από την κοινοποίηση της πρότασης περιέλθει στην προϋσταμένη αρχή έγγραφη και ανεπιφύλακτη αποδοχή της. Η άπρακτη πάροδος της Προθεσμίας θεωρείται ως απόρριψη της πρότασης. Αν ο ανωτέρω μειοδότης δεν δεχθεί την πρόταση σύναψης σύμβασης, η προϋσταμένη αρχή προσκαλεί τον επόμενο κατά σειρά μειοδότη, ακολουθώντας κατά τα λοιπά την ίδια διαδικασία. Εφόσον και αυτός απορρίψει την πρόταση, η προϋσταμένη αρχή για την ανάδειξη αναδόχου στο έργο προσφεύγει κατά την κρίση της είτε στην ανοικτή δημοπρασία είτε στη διαδικασία με διαπραγμάτευση, κατά τις οικείες διατάξεις. Η παραπάνω διαδικασία δεν εφαρμόζεται μόνο στην περίπτωση που η προϋσταμένη αρχή κρίνει αιτιολογημένα ότι οι παραπάνω προσφορές δεν είναι ικανοποιητικές για τον κύριο του έργου, ενώ μπορεί να εφαρμόζεται αναλογικά και σε περίπτωση ολοκλήρωσης του έργου, ύστερα από αυτοδίκαιη διάλυση της σύμβασης κατόπιν πτώχευσης του αναδόχου ή διάλυση με υπαιτιότητα του κυρίου του έργου κατά τις κείμενες διατάξεις.

Εξάλλου, κατά το άρθρο 203 παρ. 4 του ν. 4412/2016, επί συμβάσεων προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών, στον ανάδοχο που κηρύσσεται έκπτωτος από την κατακύρωση, ανάθεση ή σύμβαση, επιβάλλονται, με απόφαση του αποφαινόμενου οργάνου, ύστερα από γνωμοδότηση του αρμοδίου οργάνου, το οποίο υποχρεωτικά καλεί τον ενδιαφερόμενο προς παροχή εξηγήσεων, αθροιστικά, οι παρακάτω κυρώσεις: α) Ολική-κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής ή καλής εκτέλεσης της σύμβασης, κατά περίπτωση. β) Είσπραξη εντόκως της προκαταβολής που χορηγήθηκε στον έκπτωτο από τη σύμβαση ανάδοχο είτε από ποσόν που δικαιούται να λάβει είτε με κατάθεση του ποσού από τον ίδιο είτε με κατάπτωση της εγγύησης προκαταβολής. Ο υπολογισμός των τόκων γίνεται από την ημερομηνία λήψης της προκαταβολής από τον προμηθευτή μέχρι την ημερομηνία έκδοσης της απόφασης κήρυξης του ως εκπτώτου, με το ισχύον κάθε φορά ανώτατο όριο επιτοκίου για τόκο από δικαιοπραξία, από την ημερομηνία δε αυτή και μέχρι της επιστροφής της, με το ισχύον κάθε φορά επιτόκιο για τόκο υπερημερίας. Επιπλέον μπορεί να επιβληθεί προσωρινός αποκλεισμός του αναδόχου από το σύνολο των συμβάσεων προμηθειών ή υπηρεσιών των φορέων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του παρόντος νόμου κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στο άρθρο 74 του ν. 4412/2016.

Πάντως, για να επιβληθούν οι κυρώσεις της παραγράφου 4 του ανωτέρω άρθρου 203 του ν. 4412/2016, πρέπει η σύμβαση να έχει ήδη καταρτισθεί με την ανακοίνωση της κατακυρωτικής απόφασης στον ανάδοχο, και ο ανάδοχος να κηρυχθεί έκπτωτος είτε διότι δεν προσήλθε εντός της προθεσμίας που του είχε οριστεί για

να υπογράψει την σχετική σύμβαση είτε διότι δεν εξεπλήρωσε τις απορρέουσες από την σύμβαση υποχρεώσεις του. Συνεπώς, αν δεν έχει καταρτισθεί η δημόσια σύμβαση, δεν μπορεί να επιβληθούν σε διαγωνιζόμενο οι προαναφερόμενες κυρώσεις²⁷⁸.

278. Πρβλ. ΣτΕ 3141/2012.

Το

Χ. ΕΝΝ

Α. Η έ

Ι. Γενικ

Η

την εκ

ένδικα

ραλείψ

δευτερ

από το

δεσμό

σεις π

γεννο

βαση

άρθρο

πλουτ

Σ

προσ

από π

της δ

Ι

θόπου

Στοιχ

Μπαλ

Ζημιά

Διδικ

Αποδ

λονι

αναστολή εκτέλεσης και την ακύρωση της πράξης ή της παράλειψης της Αναθέτουσας αρχής που εκδίδεται ή συντελείται επί της ένστασης, με αντίστοιχα ένδικα βοηθήματα της προσωρινής και οριστικής ακυρωτικής δικαστικής προστασίας ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου της έδρας της Αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με τις διατάξεις του ΠΔ 18/1989. Το ίδιο ισχύει και για τις συμβάσεις του ΒΙΒΛΙΟΥ ΙΙ (άρθρ. 333Α ν. 4412/2016, που προστέθηκε με την παρ. 39 του άρθρου 43 του ν. 4605/2019).

Με την παράγραφο 2 του άρθρου 345 ορίζεται ότι οι διατάξεις του τέταρτου Βιβλίου καταλαμβάνουν και τις διαφορές που αναφύονται κατά την διαδικασία ανάθεσης συμφωνιών-πλαίσιο, συμβάσεων παραχώρησης και δυναμικών συστημάτων αυτών, καθώς και των τροποποιήσεών τους (βλ. και άρθρο 1 περ. β' του Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017).

Β. Η προσφυγή ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών

1. Η προδικαστική προσφυγή κατά πράξεων που εκδίδονται πριν από την σύναψη της σύμβασης

1.1. Γενικά

Για την διοικητική επίλυση των διαφορών που ανακύπτουν κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης των συμβάσεων δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, ύστερα από την άσκηση προδικαστικής προσφυγής, ο ν. 4412/2016 συνέστησε την Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ). Η ΑΕΠΠ έχει ως έδρα την Αθήνα και 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 (άρθρο 347 του ν. 4412/2016).

Η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών συγκροτείται από τον Πρόεδρο και τα μέλη της που ανέρχονται συνολικά σε 31.

Η ΑΕΠΠ συνεδριάζει σε Ολομέλεια ή σε κλιμάκια με σύνθεση τριμελή ή επταμελή (άρθρ. 1 παρ. 2 Κανονισμού Λειτουργίας της ΑΕΠΠ - ΠΔ 38/2017).

Καταρχάς, η ΑΕΠΠ συνεδριάζει σε τριμελή κλιμάκια που ανέρχονται συνολικά σε δέκα (παρ. 1 άρθρ. 353).

Η κατανομή των μελών της ΑΕΠΠ σε κλιμάκια γίνεται ανά τριετία με απόφασή της μετά από πρόταση του Προέδρου αυτής³⁷. Με τον ίδιο τρόπο και την ίδια

37. Βλ. σύμβ ΕΑ ΣτΕ 353/2018: «... Επειδή, η αιτούσα ζητά, συναφώς, από το Δικαστήριο να εξετάσει αυτεπαγγέλτως εάν ήταν σύννομη ή μη η συγκρότηση του βου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, που



απόφαση ορίζεται και η αναπλήρωσή τους (άρθρ. 1 παρ. 3 Κανονισμού Λειτουργίας της ΑΕΠΠ - ΠΔ 38/2017).

Κάθε κλιμάκιο συνεδριάζει μετά από πρόσκληση του προεδρεύοντος μέλους αυτού, στην οποία αναφέρονται η ημερομηνία και ώρα της συνεδρίασης, και οι υποθέσεις (προδικαστικές προσφυγές) που πρόκειται να συζητηθούν.

Ο νόμος καθιερώνει, χάριν διασφάλισης της αντικειμενικότητας, ένα μηχανισμό εκ περιτροπής κατανομής των υποθέσεων ενώπιον των κλιμακίων. Ειδικότερα, οι προδικαστικές προσφυγές προσδιορίζονται προς εξέταση στα κλιμάκια με βάση τη σειρά κατάθεσης, δηλαδή η πρώτη στο 1ο κλιμάκιο, η δεύτερη στο 2ο κλιμάκιο κ.ο.κ. Ωστόσο, ο Πρόεδρος της ΑΕΠΠ μπορεί να μεταβάλλει την εν λόγω σειρά προσδιορισμού ιδίως όταν πρόκειται για συναφείς υποθέσεις (άρθρ. 6 εδ. α' και β' Κανονισμού Λειτουργίας της ΑΕΠΠ - ΠΔ 38/2017).

Όταν πρόκειται για υπόθεση μεγάλης σπουδαιότητας ή προκειμένου να αποφευχθεί ο κίνδυνος έκδοσης αντιφατικών αποφάσεων, ο Πρόεδρος της ΑΕΠΠ μπορεί να εισαγάγει τις σχετικές προδικαστικές προσφυγές σε επταμελή σύνθεση υπό την προεδρία του. Όπως ενδεικτικά μνημονεύει ο νόμος ως υποθέσεις μεγάλης σπουδαιότητας θέματα που έχουν γενικότερη σημασία ή που αφορούν συμβάσεις παραχώρησης (παρ. 1 άρθρ. 353, άρθρ. 6 τελευταίο εδ. Κανονισμού Λειτουργίας της ΑΕΠΠ - ΠΔ 38/2017).

Η ΑΕΠΠ συνεδριάζει σε Ολομέλεια μετά από πρόσκληση του Προέδρου της κάθε φορά που ανακύπτει ζήτημα αρμοδιότητας αυτής (παρ. 3 άρθρ. 353, άρθρ. 2 παρ. 1 Κανονισμού Λειτουργίας της ΑΕΠΠ - ΠΔ 38/2017). Η πρόσκληση για συνεδρίαση της Ολομέλειας γίνεται με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο και κατ' εξαίρεση με επιστολή, τηλεμοιοτυπία ή τηλεφωνική υπηρεσία σύντομου μηνήματος, υπό τους όρους του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας. Η Γραμματεία του Προέδρου μεριμνά για τη σύνταξη της ημερήσιας διάταξης κάθε συνεδρίασης και των πρακτικών της (άρθρ. 2 παρ. 2 Κανονισμού Λειτουργίας της ΑΕΠΠ - ΠΔ 38/2017). Η Ολομέλεια συνεδριάζει στην έδρα της ΑΕΠΠ και οι συνεδριάσεις της είναι πάντοτε μυστικές.

Για την απαρτία προς λήψη της απόφασης της Ολομέλειας απαιτείται η πα-

εξέδωσε την προσβαλλόμενη απόφαση. Το αίτημα αυτό πρέπει να απορριφθεί, προεχόντως διότι τυχόν τέτοια τυπική πλημμέλεια της προσβαλλόμενης απόφασης της ΑΕΠΠ (η οποία, κατά τα προεκτεθέντα, απέρριψε τους δύο πρώτους λόγους της προδικαστικής προσφυγής της αιτούσας ως προβληθέντες χωρίς έννομο συμφέρον) δεν προκαλεί στην αιτούσα αυτοτελή βλάβη έναντι εκείνης που αυτή επικαλείται σε σχέση με τους ανωτέρω δύο επίμαχους όρους της επίδικης διακήρυξης και η οποία δεν θεμελιώνει έννομο συμφέρον της για άσκηση της κρινόμενης αίτησης, ως προς το αντίστοιχο μέρος της...».

ρουσία τουλάχιστον των 2/3 των μελών της, ενώ οι αποφάσεις της λαμβάνονται με την απόλυτη πλειοψηφία των παρόντων μελών. Αν δεν είναι δυνατός ο σχηματισμός πλειοψηφίας, η ψηφοφορία επαναλαμβάνεται μέχρι να σχηματιστεί απόλυτη πλειοψηφία με την υποχρεωτική προσχώρηση, κάθε φορά, εκείνου ή εκείνων που διατυπώνουν την ασθενέστερη γνώμη, σε μια από τις επικρατέστερες. Σε περίπτωση ισοψηφίας στην Ολομέλεια υπερισχύει η ψήφος του Προέδρου. Στα πρακτικά καταγράφονται και οι απόψεις της μειοψηφίας (άρθρ. 2 παρ. 4 και 5 Κανονισμού Λειτουργίας της ΑΕΠΠ - ΠΔ 38/2017).

Οι αποφάσεις στα κλιμάκια λαμβάνονται με φανερή ψηφορία με την απόλυτη πλειοψηφία των μελών που συμμετέχουν. Η γνώμη της μειοψηφίας καθώς και τα ονόματα των μελών που μειοψήφησαν μνημονεύονται στην απόφαση (άρθρ. 9 παρ. 1, και 2 Κανονισμού Λειτουργίας της ΑΕΠΠ - ΠΔ 38/2017).

Με τις σχετικές διατάξεις του Κανονισμού Λειτουργίας της (ΠΔ 38/2017 ΦΕΚ Α' 63), που εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 355 του ν. 4412/2016 ρυθμίζονται τα ειδικότερα ζητήματα λειτουργίας της ΑΕΠΠ, μεταξύ των οποίων (ενδεικτική απαρίθμηση) εκείνα που αφορούν τα όργανα, τον τρόπο και τη διαδικασία άσκησης των αρμοδιοτήτων της, τις συνεδριάσεις, τον μηχανισμό εκ περιτροπής κατανομής των υποθέσεων, τον τρόπο λήψης των αποφάσεων, τα κωλύματα συμμετοχής των μελών, τη συνδρομή δημοσίων αρχών και οικονομικών φορέων, τον πειθαρχικό έλεγχο του προσωπικού και κάθε άλλο θέμα λειτουργίας της.

Τέλος, εκτός από το διοικητικό προσωπικό, τα μέλη της ΑΕΠΠ κατά την εκτέλεση των καθηκόντων τους επικουρεί το ειδικό επιστημονικό προσωπικό.

1.2. Νομιμοποίηση και έννομο συμφέρον

Κατά το γράμμα της διάταξης της παρ. 1 του άρθρου 360 (βλ. άρθρ. 3 παρ. 1 του Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017), για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής νομιμοποιείται κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 2 του άρθρου 1 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 νομοθεσίας³⁸.

Κατά την έννοια της διάταξης αυτής, το θεσπιζόμενο με τον ν. 4412/2016 σύστημα παροχής διοικητικής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται

38. Πρβλ. και Δ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2017, σ. 754 επ.



προηγθέντος, κατά του οποίου ο ενδιαφερόμενος είχε επίσης ασκήσει προδικαστική προσφυγή. Ματαίωση αποτελεί και η εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αναβολή για αόριστο χρόνο της διενέργειας του διαγωνισμού και η επιστροφή των προσφορών που είχαν υποβληθεί από τους οικονομικούς φορείς¹¹⁶, ή η μετάθεση της ημερομηνίας διενέργειας του διαγωνισμού έως την έκδοση απόφασης επί των κατατεθεισών αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας κατά της διακήρυξης του διαγωνισμού¹¹⁷.

1.6. Το μη επιτρεπτό της άσκησης άλλης διοικητικής προσφυγής

Όπως προβλέπεται ρητά στην παράγραφο 3 του άρθρου 346 του ν. 4412/2016, δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής στο στάδιο της ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων πλην της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ.

Συνεπώς, η άσκηση οποιασδήποτε άλλης διοικητικής προσφυγής, έστω και της τυχόν προβλεπόμενης στην προκήρυξη του διαγωνισμού, δεν καλύπτει την προϋπόθεση του παραδεκτού της άσκησης προδικαστικής προσφυγής, δοθέντος ότι με την προκήρυξη του διαγωνισμού τίθεται μεν το κανονιστικό πλαίσιο αυτού, όχι όμως και το δικονομικό πλαίσιο για την επίλυση των διαφορών που αναφέρονται κατά την διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης¹¹⁸.

1.7. Η προθεσμία της προδικαστικής προσφυγής

Ο ενδιαφερόμενος οφείλει να ασκήσει την προδικαστική προσφυγή κατά της πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής μέσα στην οριζόμενη από τον νομοθέτη αποκλειστική προθεσμία. Η προθεσμία αυτή είναι ανατρεπτική και η μη τήρησή της συνεπάγεται το απαράδεκτο της προδικαστικής προσφυγής.

Η προθεσμία αυτή ορίζεται, για την προδικαστική προσφυγή κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, σε:

α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο, αν η κοινοποίηση αυτή έγινε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεμοιτυπία (περιπτ. α' της παρ. 1 του άρθρου 361. Βλ. και άρθρ. 4 παρ. 1 περ. α' Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017)¹¹⁹.

116. Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 343/2009.

117. Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 493/2010.

118. Πρβλ. ΣτΕ 2973/2011, 1600/2011, 595/2011, 1765/2010, ΕΑ ΣτΕ 503/2008, ΜΔΕφΑθ 195/2017, ΜΔΕφΚομ 3/2017, ΜΔΕφΘεσ 148/2016 κ.ά.

119. ΑΕΠΠ 50/2017 3ο Κλιμ.: «η δεκαήμερη προθεσμία για την ηλεκτρονική υποβολή,

β) δε
στον ενδι
ταχυδρομ
του άρθρ
κών Προ

γ) δε
ράνομης
γνώση τ
δηλαδή κ
άσκησης
του άρθρ
Προσφυ

Εποί
βλαπτικ
στην προ
σε τέτοι

Πλή
ξη, αλλά

Ειδι
ντόμου
των αιτι
μνημον
το όλο π
τον ενδι

Συν
κή προθ
πράξη τ
της πρά

μέσω το
Α.Ε.Π.Π.
την ίδια
1339/20

120

121

122

123

β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο, αν η κοινοποίηση αυτή έγινε με άλλα μέσα επικοινωνίας (λ.χ. ταχυδρομείο) και όχι με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεμοιτυπία (περιπτ. β' της παρ. 1 του άρθρου 361. Βλ. και άρθρ. 43 παρ. 1 περ. β' Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017).

γ) δέκα (10) ημέρες αφότου ο ενδιαφερόμενος έλαβε πλήρη γνώση της παράνομης πράξης που βλάπτει τα συμφέροντά του, πραγματική ή τεκμαιρόμενη. Η γνώση της προσβαλλόμενης πράξης της αναθέτουσας αρχής κινεί εναλλακτικά, δηλαδή και πριν από την κοινοποίηση αυτής στον ενδιαφερόμενο, την προθεσμία άσκησης της προδικαστικής προσφυγής όταν είναι πλήρης (βλ. περ. γ' της παρ. 1 του άρθρου 361, και άρθρ. 4 παρ. 1 περ. γ' Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017).

Επομένως, τυχόν κοινοποίηση στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα της βλαπτικής πράξης σε μεταγενέστερη της γνώσης ημερομηνία δεν ασκεί επιρροή στην προθεσμία άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, η οποία δεν αναβιώνει σε τέτοια περίπτωση¹²⁰.

Πλήρης είναι η γνώση εφόσον ο ενδιαφερόμενος γνωρίζει όχι μόνο την ύπαρξη, αλλά και το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης πράξης¹²¹.

Ειδικότερα, ως πλήρης γνώση της πράξης λαμβανομένου υπ' όψιν και του συντόμου της προθεσμίας προσβολής της, νοείται η γνώση τόσο της έκδοσης όσο και των αιτιολογιών της¹²², όχι όμως και των στοιχείων του φακέλου της υπόθεσης που μνημονεύονται στην πράξη ή στα οποία γίνεται παραπομπή με αυτήν, εφόσον από το όλο περιεχόμενο της πράξης προκύπτει με επάρκεια ο λόγος της δυσμενούς για τον ενδιαφερόμενο κρίσης¹²³.

Συνεπώς, προκειμένου να θεωρηθεί η γνώση «πλήρης» και να κινηθεί η σχετική προθεσμία δεν αρκεί η απλή γνωστοποίηση στον ενδιαφερόμενο ότι εκδόθηκε πράξη της αναθέτουσας αρχής, αλλά απαιτείται είτε η κοινοποίηση του σώματος της πράξης, είτε, αν αυτή παραπέμπει σε άλλο έγγραφο, όπως λ.χ. πρακτικό, η κοι-

μέσω του πληροφοριακού συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. λήγει με τη συμπλήρωση της 7ης μ.μ. της τελευταίας ημέρας και εάν αυτή είναι εξαιρετέα, την ίδια ώρα της επόμενης εργάσιμης ημέρας (βλ. ΕΑ ΣτΕ 27/2017, ΕΑ ΣτΕ 598/2008, 808/2008, 1339/2009, 896/2010)).».

120. Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 365/2007, 305/1999.

121. ΕΑ ΣτΕ 744/2012, 319/2011, 248/2011.

122. Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 877/2009, 432/2007, 873/2006, συμβ. ΔΕφΘεσ 89/2015.

123. Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 248/2011, συμβ. ΔΕφΘεσ 89/2015.

νοποίηση και του εγγράφου αυτού¹²⁴.

Έτσι, δεν νοείται πλήρης γνώση μιας πράξης, εμμέσως, από την απλή, δηλαδή, πιθανολόγηση εκ μέρους του ενδιαφερομένου της ύπαρξής της, όταν δεν έχει κοινοποιηθεί σε αυτόν το σώμα της πράξης αυτής με τα αιτιολογικά ερείσματα που την στηρίζουν και η ακριβής διατύπωση των οποίων είναι κρίσιμη για την εκ μέρους του βλαπτομένου από την πράξη αυτή οικονομικού φορέα αποτελεσματική άσκηση του δικαιώματός του για την παροχή έννομης προστασίας¹²⁵.

Η γνώση της πράξης μπορεί να είναι πραγματική ή τεκμαιρόμενη. Τεκμήριο πλήρους γνώσης της προσβαλλόμενης πράξης μπορεί να συνάγει η ΑΕΠΠ –και ακολούθως τα δικαστήρια– και από τα στοιχεία του φακέλου, όπως λ.χ. από καταγγελίες, αναφορές, άτυπες προσφυγές κ.λπ., στις οποίες προέβη ο ενδιαφερόμενος, σε συνδυασμό με την πάροδο μακρού χρόνου από την έκδοση αυτής και το αυξημένο ή έντονο ενδιαφέρον του¹²⁶, ή τις σοβαρές έννομες συνέπειες που έχει για αυτόν η πράξη¹²⁷.

Ωστόσο, για τη συναγωγή του παραπάνω τεκμηρίου δεν αρκούν μεμονωμένα συμβάντα ή γεγονότα, όπως λ.χ. μόνη η παρέλευση μακρού χρονικού διαστήματος από την έκδοση της πράξης, ενώ σε περίπτωση αμφιβολίας ως προς εμπρόθεσμο της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να καταφάσκει η προϋπόθεση αυτή του παραδεκτού¹²⁸.

Ρητά ορίζει ο νόμος στο τελευταίο εδάφιο της παραγράφου 1 του άρθρου 361 (βλ. και άρθρ. 4 παρ. 1 περ. γ' Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017) ότι, ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά της προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών¹²⁹ από την δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ¹³⁰.

124. Χ. Μητκίδης, ΘΠΔΔ 2011, σ. 786, πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 162/2008, 431, 432/2007 κ.ά.

125. Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 533/2008.

126. Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 1156/2010, ΣτΕ 2310/2000, 271/2008, 2790/2007, ΜΔΕφΑθ 412/2013.

127. Πρβλ. ΔΕφΘεσ 77/2014 ασφ. Πρβλ. και ΣτΕ 2790/2007.

128. Πρβλ. ΣτΕ 173/2007.

129. Υπό το προϊσχύσαν καθεστώς η νομολογία δεχόταν ότι σε περίπτωση υποβολής από διαγωνιζόμενο αιτήματος για παροχή διευκρινήσεων όρων της διακήρυξης, κατά τα προβλεπόμενα σε αυτή, η εν λόγω υποβολή διέκοπτε την προθεσμία άσκησης προσφυγής κατά αυτών, λύση που μπορεί να υιοθετηθεί και υπό το καθεστώς του ν. 4412/2016 πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 1168/2009.

130. Υπό το προγενέστερο καθεστώς γινόταν δεκτό ότι, η δεκαήμερη προθεσμία άσκησης της κατ' άρθρο 4 παρ. 3 του ν. 3886/2010 προδικαστικής προσφυγής αρχίζει από τη γνώση της διακήρυξης, η οποία τεκμαίρεται ότι υπάρχει μετά την πάροδο ευλόγου χρόνου από τη δημοσίευσή της

Προκ
απαιτείτα
στο ΚΗΜ
πλήρους
ρούν να
είναι σε
και άρθρ
γίνει ανά
η δεκαπ
του περι
της προ
οποία ό
κειμένον

Σε τ
συμφέρ
σα αρχί
ενέργει
δικαστι
σβαλλέ
σμού Ε

Ως
εκτελε
σίας εί
φορέα.
νόμο χ
ρέλευ
την π
οικονο

Ε

κατά π
διαγων
δημοσ
των ημ
515/20

1

1

Προκειμένου, όμως, να τεκμαίρεται πλήρης γνώση του περιεχομένου αυτής, απαιτείται να υπάρχει ολοκληρωμένη δημοσίευση των στοιχείων ενός διαγωνισμού στο ΚΗΜΔΗΣ, υπό την έννοια ότι είναι υποχρεωτική η ανάρτηση σε αυτό του πλήρους κειμένου της διακήρυξης, προκειμένου όλοι οι ενδιαφερόμενοι να μπορούν να λάβουν γνώση αυτού και των επιμέρους όρων του διαγωνισμού, ώστε να είναι σε θέση να συντάξουν άρτιες και συγκρίσιμες μεταξύ τους προσφορές (πρβλ. και άρθρο 53 του ν. 4412/2016). Σε διαφορετική περίπτωση, αν δηλαδή δεν έχει γίνει ανάρτηση στο ΚΗΜΔΗΣ, από τη δημοσίευση στο οποίο και έπειτα εκκινεί η δεκαπενθήμερη προθεσμία για τη δημιουργία του αμάχητου τεκμηρίου γνώσης του περιεχομένου της και συνεπακόλουθα η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση της προσφυγής, αλλά μόνο στη διαδικτυακή πύλη της ίδιας της αναθέτουσας, -η οποία όμως ανάρτηση δεν στοιχειοθετεί κατά τον νόμο έγκυρη δημοσίευση του κειμένου της διακήρυξης-, δεν τρέχει η προθεσμία άσκησης προσφυγής¹³¹.

Σε περίπτωση παράλειψης της αναθέτουσας αρχής που είναι βλαπτική για τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα, -όταν δηλαδή η αναθέτουσα αρχή είναι κατά νόμο ή τη διακήρυξη υποχρεωμένη να προβεί σε συγκεκριμένη ενέργεια σε δεδομένο χρόνο και αδράνησε-, η προθεσμία για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής είναι δεκαπέντε (15) ημέρες από την συντέλεση της προβαλλόμενης παράλειψης (παρ. 2 του άρθρου 361, βλ. και άρθρ. 4 παρ. 2 Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017).

Ως παράλειψη νοείται η αδράνεια της αναθέτουσας αρχής να εκδώσει ρητή εκτελεστή πράξη, την οποία υποχρεούνται να εκδόσει βάσει της κείμενης νομοθεσίας είτε αυτεπάγγελτα είτε μετά από αίτηση του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Η παράλειψη συντελείται με την άπρακτη πάροδο του οριζόμενου στον νόμο χρόνου για την ενέργεια της αναθέτουσας αρχής, διαφορετικά μετά την παρέλευση τριμήνου από τότε που η αναθέτουσα αρχή είχε υποχρέωση να εκδώσει την πράξη αυτεπάγγελτα ή υποβλήθηκε το σχετικό αίτημα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα προς αυτή¹³².

Εξάλλου, η άπρακτη πάροδος της τασσόμενης, από το νόμο, στη Διοίκηση,

κατά προσήκοντα τρόπο. Ο εύλογος δε αυτός χρόνος δεν μπορούσε, στην περίπτωση ανοικτού διαγωνισμού, να είναι μεγαλύτερος από το ήμισυ του χρόνου που μεσολαβεί από την τελευταία δημοσίευσή της μέχρι τη λήξη της ημερομηνίας υποβολής των προσφορών, συνυπολογιζόμενων των ημερομηνιών της δημοσίευσης της διακήρυξης και της υποβολής των προσφορών βλ. ΕΑ ΣτΕ 515/2012, 676/2011.

131. ΑΕΠΠ Α50/2017 3ο Κλιμ.

132. Πρβλ. ΣτΕ 1208/2012. Πρβλ. και ΕΑ ΣτΕ 167/2013, ΔΕφΑθ 106/2013.

ειδικής προθεσμίας, προκειμένου να αποφανθεί, με την έκδοση ρητής πράξης, επί υποβληθέντος αιτήματος διοικουμένου, συνιστά σιωπηρή απόρριψη, άλλως σιωπηρή άρνηση ικανοποίησης του αιτήματος. Σύμφωνα δε με την πάγια νομολογία, όλως κατ' εξαίρεση από τον ανωτέρω γενικό κανόνα, η άπρακτη πάροδος της τασσόμενης στο νόμο ειδικής προθεσμίας συνιστά όχι απόρριψη αλλά σιωπηρή αποδοχή του υποβληθέντος αιτήματος, μόνον εάν τούτο ορίζεται ρητώς σε ειδική διάταξη νόμου δηλαδή μόνον εάν ο νομοθέτης (κοινός ή κανονιστικός) έχει, εκτιμώντας ότι τούτο υπαγορεύεται από λόγους δημόσιου συμφέροντος, εκδηλώσει ρητώς τη βούλησή του η άπρακτη πάροδος ορισμένης προθεσμίας να συνιστά αποδοχή του υποβληθέντος αιτήματος¹³³.

Επομένως, αν από τις ειδικές διατάξεις δεν ορίζεται ρητώς το αντίθετο, η άπρακτη πάροδος της τασσόμενης προθεσμίας, για την ρύθμιση ορισμένης σχέσης με την έκδοση πράξης από την αναθέτουσα αρχή, δεν συνιστά αποδοχή αλλά σιωπηρή απόρριψη του υποβληθέντος αιτήματος, υποκείμενη σε προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ¹³⁴.

Τέλος, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής δεν διακόπτεται με την άσκηση της γενικής προσφυγής νομιμότητας κατά της ίδιας πράξης της αναθέτουσας αρχής ενώπιον του Γενικού Γραμματέα της Περιφέρειας, που απευθύνεται ενώπιον διοικητικής αρχής διαφορετικής από την αναθέτουσα¹³⁵.

1.8. Η άσκηση και περιεχόμενο της προδικαστικής προσφυγής

Σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 362 (βλ. και άρθρ. 8 Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017), όπως αυτή αντικαταστάθηκε με το άρθρο 49 παρ. 3 του ν. 4456/2017 (ΦΕΚ Α' 24/1.3.2017), η προδικαστική προσφυγή ασκείται αποκλειστικά με την κατάθεσή της ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Σε περίπτωση, όμως, που η διαγωνιστική διαδικασία δεν διενεργείται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται στην ΑΕΠΠ.

Με την παράγραφο 2 του ίδιου άρθρου ορίζεται ότι στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών μπορεί να προβλέπεται η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής με την χρήση τυποποιημένου εντύπου. Υλοποιώντας την παρασχε-

133. Πρβλ. ΣτΕ 1745/2001, 3550/2000, 4217/1998, 1291/1994, πρβλ. και 2771/2011 Ολομ., 3928/2008, 2074/2008 επτ., 1608/2008, 1327/2008 επτ., 1211/2007 Ολομ., 2177/2004 Ολομ., 2477/2003 επτ., 4516, 3123/2001, 3832/1995 επτ., 2786, 1960/1989.

134. Πρβλ. ΣτΕ 880/2016 με παραπ. σε ΣτΕ 2692/1999, 880/1998 επτ., 3507/1979 Ολομ., 1013/1934 Ολομ.

135. Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 664/2010, 1402/2008.

θείσα εξουσιοδότηση ο Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ορίζει στην παράγραφο 2 του άρθρου 8 ότι η προσφυγή υποβάλλεται υποχρεωτικά με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι αυτού. Ο νόμος δεν διαγράφει άλλον τρόπο παραδεκτής άσκησης, όπως λ.χ. με την αποστολή δια του ταχυδρομείου, ή την κατάθεση εγγράφου σε άλλη δημόσια αρχή¹³⁶.

Επομένως, προδικαστική προσφυγή που ασκείται με άλλο τρόπο, όπως λ.χ. με κατάθεση εγγράφου στο πρωτόκολλο Δήμου και όχι με την ηλεκτρονική κατάθεση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ, απορρίπτεται ως απαράδεκτη¹³⁷.

Η προσφυγή ασκείται με κατάθεση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποιείται με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ¹³⁸. Ως ημερομηνία υποβολής της προσφυγής θεωρείται η ημερομηνία ηλεκτρονικής καταχώρισης αυτής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (άρθρ. 8 παρ. 3 Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017).

Η προδικαστική προσφυγή υπογράφεται από τον προσφεύγοντα, ή επί νομικών προσώπων, ενώσεων προσώπων και κοινοπραξιών από τον νόμιμο εκπρόσωπό τους, ή το εξουσιοδοτημένο από αυτά πρόσωπο. Υπογραφή από δικηγόρο δεν απαιτείται.

Στο έγγραφο της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να γίνεται επίκληση όλων των νομικών και πραγματικών αιτιάσεων που δικαιολογούν το υποβαλλόμενο στην ΑΕΠΠ αίτημα για αναστολή ή την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης ή

136. Υπό το προγενέστερο καθεστώς, η άσκηση της προβλεπομένης από το άρθρο 4 παρ. 1 του ν. 3886/2010 προσφυγής μπορούσε να ασκηθεί με κατάθεση του εγγράφου της ενώπιον της αναθέτουσας αρχής. Επίσης, ήταν επιτρεπτή η υποβολή της προσφυγής αυτής με τηλεομοιοτυπία, στην περίπτωση όμως αυτή απαιτείτο επιπρόσθετα, προς το σκοπό της διασφάλισης της αυθεντικότητας του εγγράφου της προσφυγής και του αποκλεισμού του κινδύνου η τηλεομοιοτυπία να μην ανταποκρίνεται στο περιεχόμενο του πρωτοτύπου, η κατάθεση στην υπηρεσία εντός πέντε (5) ημερών από τη λήξη της δεκαήμερης προθεσμίας προς άσκηση αυτής, εγγράφου με το αυτό περιεχόμενο και με ιδιόχειρη υπογραφή του ενδιαφερομένου, κατ' ανάλογη εφαρμογή των οριζόμενων στο άρθρο 10 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, ο οποίος κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του ν. 2690/1999 (Α' 45), άλλως η προσφυγή εθεωρείτο ότι δεν είχε ασκηθεί παραδεκτά βλ. ΕΑ ΣτΕ 236/2012.

137. Έτσι ΑΕΠΠ 140/2017 3Ο Κλιμ. (σκ. 15).

138. Βλ. ΑΕΠΠ 142/2017 1ο Κλιμ., κατά την οποία κρίθηκε στη συνέχεια ότι μετά «την έναρξη ισχύος του ν. 4412/2016 (βλ. άρθρο 377) δεν είναι νόμιμη η ηλεκτρονική υποβολή προδικαστικής προσφυγής που δεν φέρει ψηφιακή υπογραφή». Η προϋπόθεση αυτή δεν προκύπτει ρητά από τις διατάξεις της νομοθεσίας που διέπει την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής.

παράλειψης της αναθέτουσας αρχής¹³⁹.

Οι προβαλλόμενοι από τον ενδιαφερόμενο λόγοι ή αιτιάσεις ή παράπονα της προδικαστικής προσφυγής έχουν ιδιαίτερη σημασία για την οριοθέτηση της ενώπιον της ΑΕΠΠ σχετικής διαφοράς.

Επομένως, με το δικόγραφο της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να προσδιορίζονται κατά τρόπο ειδικό τα νομικά και πραγματικά παράπονα που έχει ο προσφεύγων κατά της βλαπτικής πράξης της αναθέτουσας αρχής και να καθιστά σαφές στην ΑΕΠΠ (και συνακόλουθα στο δικαστήριο στο τυχόν επόμενο στάδιο) ποίων συγκεκριμένων διατάξεων του νόμου ή της διακήρυξης έχει λάβει χώρα παραβίαση, δίχως όμως να απαιτείται και πανηγυρική αναφορά αυτών¹⁴⁰.

Τυχόν αοριστία του δικογράφου της προδικαστικής προσφυγής ως προς τους λόγους ή το αίτημα αυτής συνεπάγεται την ακυρότητα του οικείου δικογράφου και την απόρριψη της προσφυγής ως απαράδεκτης, εφόσον δεν καθίσταται δυνατή η εκτίμηση του αντικειμένου της διαφοράς και η επίλυσης αυτής από την ΑΕΠΠ.

Επίσης, τυχόν πλήρης και παντελής απουσία συγκεκριμένου και σαφώς προσδιορισμένου αιτήματος στο κείμενο της προδικαστικής προσφυγής, καθιστά αυτήν απορριπτέα λόγω έλλειψης διαδικαστικής προϋπόθεσης, η οποία αποτελεί και προϋπόθεση του παραδεκτού της¹⁴¹. Και τούτο διότι το αίτημα μαζί με τα παράπονα της προδικαστικής προσφυγής συγκεκριμενοποιούν το αντικείμενο της διένεξης ενώπιον της ΑΕΠΠ.

Επιπλέον, οι αιτιάσεις ή τα παράπονα αυτά του προσφεύγοντος που περιέχονται στο δικόγραφο της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να προβάλλονται με έννομο συμφέρον. Επομένως, αν λ.χ. η προσφεύγουσα αδυνατεί, όπως η ίδια ισχυρίζεται, να προσφέρει προϊόντα συγκεκριμένου τύπου, δηλαδή η προσφορά της δεν θα μπορούσε, πάντως, να πληροί συγκεκριμένο απαράβατο όρο της διακήρυξης, άνευ εννόμου συμφέροντος προβάλλει, περαιτέρω, ότι, εφόσον ο επίδικος διαγωνισμός διενεργείται με κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή, η διοίκηση, κατά παράβαση της ενωσιακής νομοθεσίας (Οδηγίας 92/42/ΕΟΚ), αξίωσε για τα προς προμήθεια είδη, εκτός από τη σήμανση CE, προϊόν ορισμένης κατασκευής και την πλήρωση περαιτέρω τεχνικών προδιαγραφών¹⁴².

139. Πρβλ. ΑΕΠΠ 134/2017 2ο Κλιμ. (σκ. 3).

140. Πρβλ. Φ. Αργαούτογλου, ό.π., σ. 71/72.

141. Έτσι ΑΕΠΠ 43/2017 3ο Κλιμ. (σκ. 16).

142. Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 203/2009.

Προϋλ
και η κατα
του οποίου
αξίας (χωρ
να είναι κ
δων (15.0
γισθείσα
κατατίθετ

Το π
γής. Η κα
δικτυακή
αποτελεί
και της ε
προβλεπ
του Παρ
σε Τράπ
ροφορια
υπό τον
περί ελέ
το αποδ
- ΠΔ 39

Αν
θηκε η
με την
γής¹⁴⁴. Τ
επιτρέπ

Στι
τάσχο
παραβ
μέρος
προϋπ

1.9. Η καταβολή παραβόλου

Προϋπόθεση του παραδεκτού της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής είναι η καταβολή παραβόλου 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 (βλ. συμβ. ΔΕφΑθ 23/2018).

Το παράβολο καταβάλλεται κατά την κατάθεση της προδικαστικής προσφυγής. Η κατάθεση γίνεται ηλεκτρονικά μέσω της εφαρμογής e-παράβολου 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 ΚΕΠΠ 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 (άρθρ. 5 παρ. 4 Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017).

Αν το παράβολο δεν καταβλήθηκε¹⁴³ ή καταβλήθηκε μεν αλλά δεν εκπληρώθηκε η υποχρέωση υποβολής του σχετικού αποδεικτικού καταβολής συγχρόνως με την κατάθεση της προσφυγής, τούτο συνεπάγεται το απαράδεκτο της προσφυγής¹⁴⁴. Το ίδιο ισχύει και αν το παράβολο που καταβλήθηκε είναι ελλιπές, αφού δεν επιτρέπεται η εκ των υστέρων καταβολή συμπληρωματικού παραβόλου¹⁴⁵.

Στις περιπτώσεις διαγωνιζομένων που συμμετέχουν ή προτίθενται να συμμετάσχουν για μέρος του αντικειμένου του διαγωνισμού, ως βάση υπολογισμού του παραβόλου λαμβάνεται η προϋπολογισθείσα δαπάνη που αντιστοιχεί στο εν λόγω μέρος και η οποία αποτελεί το αντικείμενο της διαφοράς και όχι το σύνολο της προϋπολογισθείσας δαπάνης (παρ. 2 άρθρου 363, βλ. και άρθρ. 5 παρ. 2 Κανονι-

143. Βλ. ΑΕΠΠ 54/2017 3ο Κλιμ.

144. ΑΕΠΠ 52/2017 1ο Κλιμ. (σκ. 16), με παραπομπή σε Ολομ.ΣτΕ 1583/2010.

145. Συμβ. ΔΕφΛαρισσ. 53/2018, ΑΕΠΠ 540/2018.

σμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017)¹⁴⁶.

Η ΑΕΠΠ διατάζει την απόδοση του παραβόλου στον προσφεύγοντα σε περίπτωση ολικής ή μερικής αποδοχής της προδικαστικής προσφυγής, καθώς και σε περίπτωση σιωπηρής απόρριψης της προδικαστικής προσφυγής. Ομοίως, το παράβολο αποδίδεται και στην περίπτωση κατά την οποία η αναθέτουσα αρχή ανακαλεί την προσβαλλόμενη πράξη ή προβαίνει στην οφειλόμενη ενέργεια πριν από την έκδοση της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής (άρθρ. 5 παρ. 5 Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017).

Το ύψος του ποσοστού και τα ανώτατα και κατώτατα όρια του ποσού του παραβόλου μπορούν να αναπροσαρμόζονται με προεδρικό διάταγμα, ύστερα από πρόταση των Υπουργών Οικονομικών και Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων.

1.10. Η παρέμβαση

Κατά τα οριζόμενα στη διάταξη της παραγράφου 3 του άρθρου 362 (βλ. και άρθρ. 7 Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017), κάθε ενδιαφερόμενος, του οποίου επηρεάζονται τα συμφέροντα από την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, δικαιούται να ασκήσει παρέμβαση υπέρ της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης της αναθέτουσας αρχής.

Προϋπόθεση του παραδεκτού της παρέμβασης είναι η συνδρομή στο πρόσωπο του έχοντος την ιδιότητα τρίτου (ΕΑ ΣτΕ 54/2018) –δηλαδή όχι του ενδιαφερόμενου που άσκησε την προδικαστική προσφυγή ή ταυτιζόμενου με αυτόν– εννόμου συμφέροντος αντίστοιχου με το συμφέρον του ασκήσαντος την προδικαστική προσφυγή. Έτσι, στερείται λ.χ. εννόμου συμφέροντος για την άσκηση παρέμβασης εταιρία, η οποία δεν υπέβαλε προσφορά για συγκεκριμένο είδος του επίμαχου διαγωνισμού, εφόσον αυτή δεν έχει έννομη προσδοκία να της κατακυρωθεί η προμήθεια για το εν λόγω είδος¹⁴⁷.

Το έννομο συμφέρον του παρεμβαίνοντος πρέπει να υφίσταται τόσο κατά τον χρόνο άσκησης της προδικαστικής προσφυγής όσο και κατά την εξέταση της υπόθεσης από την ΑΕΠΠ¹⁴⁸.

Η παρέμβαση ασκείται πάντοτε υπέρ της απόρριψης της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής –και συνεπώς της διατήρησης της προσβαλλόμενης πράξης– και

146. Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ Ολομ. 136/2013, πρβλ. ΕΑ 101-107/2012, 169, 232/2012.

147. Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 620/2011, 36/2003, 258/2004.

148. Βλ. ΑΕΠΠ 125/2017 1ο Κλιμ. (σκ. 6), με παραπομπές στη νομολογία του ΣτΕ.

όχι υπέρ της αποδοχής της, δοθέντος ότι η τελευταία περίπτωση θα ισοδυναμούσε ουσιαστικά με την άσκηση προδικαστικής προσφυγής από τον τρίτο¹⁴⁹.

Η παρέμβαση ασκείται ενώπιον της ΑΕΠΠ μέσα σε ανατρεπτική προθεσμία δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση στον τρίτο (παρεμβαίνοντα) της προδικαστικής προσφυγής, που λαμβάνει χώρα σύμφωνα με τις διατάξεις της περ. α' της παραγράφου 1 του άρθρου 365 από την ΑΕΠΠ. Συγκεκριμένα, η παρέμβαση ασκείται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία 10 ημερών από την επόμενη εκείνης της ημέρας στην οποία η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί στον ενδιαφερόμενο τρίτο την ασκηθείσα προσφυγή, μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (συνδ. άρθρ. 7 και 9 παρ. 1 περ. α' Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017)¹⁵⁰.

Κατά τα προβλεπόμενα στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, η παρέμβαση ασκείται ηλεκτρονικά όπως ορίζεται στο άρθρο 8 του εν λόγω Κανονισμού για τις προδικαστικές προσφυγές (συνδ. άρθρ. 7 και 8 Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017)¹⁵¹. Επομένως, αυτή κατατίθεται στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποιείται με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Ως ημερομηνία υποβολής της θεωρείται η ημερομηνία ηλεκτρονικής καταχώρισης αυτής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Ο παρεμβαίνων οφείλει για το παραδεκτό και την βασιμότητα της παρέμβασής του να προσκομίσει όλα τα έγγραφα που έχει στη διάθεσή του και είναι κρίσιμα για την διαμόρφωση της κρίσης της ΑΕΠΠ επί της υπόθεσης.

Για το παραδεκτό της παρέμβασης πρέπει το δικόγραφο αυτής να είναι ορισμένο, υπό την έννοια ότι ο παρεμβαίνων έχει το βάρος να προβάλλει με σαφήνεια λόγους που να πλήττουν την βάση και τους λόγους της προσφυγής, επιδιώκοντας

149. Πρβλ. Σ. Βλαχόπουλο, Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, 1998, σ. 139.

150. Αν η αναθέτουσα αρχή δεν εκπλήρωσε την υποχρέωση της παραγράφου 1(α) του άρθρου 365 του ν. 4412/2016 για κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, η προθεσμία αρχίζει να τρέχει από την επομένη της κοινοποίησης στον τρίτο ενδιαφερόμενο της προδικαστικής προσφυγής από την ΑΕΠΠ (συνδ. άρθρ. 365 παρ. 1 και 5, και άρθρ. 9 παρ. 3, και 7 Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017).

151. Βλ. πάντως ΑΕΠΠ 132/2017 6ο Κλιμ. (σκ. 2), που δέχθηκε ότι για τη άσκηση της παρέμβασης δεν απαιτείται η χρήση του τυποποιημένου εντύπου, αφού ούτε το άρθρ. 362 παρ. 2 ν. 4412/2016 ούτε το άρθρο 7 του Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017 προβλέπουν τούτο, όπως επί προσφυγής

την απόρριψη αυτής¹⁵².

Όσον αφορά ειδικότερα το περιεχόμενο της παρέμβασης, ο παρεμβαίνων οφείλει να περιορίζεται στους λόγους που προβάλλονται με την προσφυγή και να τους αντικρούει επιδιώκοντας την ισχύ της προσβαλλόμενης πράξης της αναθέτουσας αρχής και όχι να εγείρει νομικά ή πραγματικά ζητήματα και τεχνικές κρίσεις που δεν έχουν εξεταστεί από την τελευταία. Τούτο είναι απόρροια της νομικής φύσης της παρέμβασης, με την άσκηση της οποία διευρύνονται τα υποκειμενικά και μόνον όρια της σχετικής διαδικασίας και δεν επιτρέπεται η μεταβολή ή διευρυνση του αντικειμένου της διαφοράς, όπως αυτό καθορίστηκε με το δικόγραφο της προδικαστικής προσφυγής. Επομένως, ο παρεμβαίνων οφείλει να περιορίζεται στους λόγους που προβάλλει ο προσφεύγων και να τους αντικρούει επιδιώκοντας την ισχύ της προσβαλλόμενης¹⁵³.

Άσκηση δεύτερης παρέμβασης δεν προβλέπεται και είναι απαράδεκτη¹⁵⁴.

Επισημαίνεται ότι η «αρχή του επικαίρου» αφορά όχι μόνο τις αιτιάσεις που προβάλλονται με την προδικαστική (και συνακόλουθα την αίτηση αναστολής και την αίτηση ακύρωσης) κατά πράξεων της αναθέτουσας αρχής στα διάφορα στάδια της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης, αλλά και τους ισχυρισμούς που προβάλλει ο παρεμβαίνων για την απόρριψη της κατ' αυτού ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής, υπό την έννοια ότι αν οι ισχυρισμοί αυτοί, δεν είχαν προβληθεί εγκαίρως με προδικαστική προσφυγή και, ακολούθως, με αίτηση αναστολής κ.λπ. στο οικείο στάδιο, δεν μπορούν να εξετασθούν σε μεταγενέστερο στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης¹⁵⁵.

Έτσι, για παράδειγμα, αν με την ασκηθείσα παρέμβαση προβάλλεται, μεταξύ άλλων, το πρώτον, ότι η προσφορά της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί, ως απαράδεκτη, καθότι υπάρχουν ελλείψεις στα δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης των μετοχών της, υπάρχει απόκλιση μεταξύ της ημερομηνίας θεώρησης υπογραφής και της ημερομηνίας υπογραφής της υπεύθυνης δήλωσης του άρθρ. 8 (παρ. 4) ν. 1599/1986, που απαιτείται βάσει της διακήρυξης, και υπάρχουν και ελλείψεις επί της τεχνικής της προσφοράς, δηλαδή, παράλειψη υποβολής δειγμάτων, έλλειψη υποβολής εγκρίσεων του ΕΟΦ και αριθμών καταχώρησης ΓΧΚ καθαριστικών και απολυμαντικών προϊόντων, οι ισχυρισμοί αυτοί, οι οποίοι έπρεπε να προβληθούν εγκαίρως με προδικαστική προσφυγή (και, ακολούθως, με αίτηση αναστολής κ.λπ.) σε προγενέστερο στάδιο

152. Ορθά ΑΕΕΠ 17/2017 ΣΤ' Κλιμ. (σκ. 4).

153. Έτσι ορθά ΑΕΠΠ 35/2017 1ο Κλιμ. (σκ. 29).

154. Έτσι και ΑΕΠΠ 160/2017 3ο Κλιμ. (σκ. 11).

155. Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 48/2010, 621, 622/2009, ΔΕφΑθ 1017/2012.

συμμετοχής του παρεμβαίνοντος, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι¹⁵⁶.

Ομοίως, απαράδεκτα προβάλλονται από την παρεμβαίνουσα εταιρία το πρώτον με την παρέμβασή της αιτιάσεις κατά της αποδοχής της προσφοράς της προσφεύγουσας εταιρίας λόγω ελλιπούς υποβολής δικαιολογητικών, καθόσον οι ισχυρισμοί αυτοί, οι οποίοι έπρεπε να προβληθούν με προδικαστική προσφυγή (και, ακολούθως, με αίτηση αναστολής), δεν μπορούν να εξετασθούν στο πλαίσιο της προσφυγής, η οποία αφορά την αποδοχή των τεχνικών προσφορών της παρεμβαίνουσας εταιρίας¹⁵⁷.

Αν για οποιονδήποτε λόγο παύσει να υφίσταται αντικείμενο εξέτασης ενώπιον της ΑΕΠΠ, λ.χ. στην περίπτωση που μετά την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής η εταιρία που άσκησε την παρέμβαση τέθηκε, με επακολουθήσασα απόφαση της αναθέτουσας αρχής, εκτός διαγωνιστικής διαδικασίας, ή ο προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ παραιτήθηκε από τους λόγους της προσφυγής του που αφορούν την προσφεύγουσα, η ασκηθείσα παρέμβαση καθίσταται άνευ αντικειμένου¹⁵⁸.

Τέλος, επί απόρριψης της προδικαστικής προσφυγής από την ΑΕΠΠ, η παρέμβαση, εφόσον ασκείται παραδεκτά, γίνεται δεκτή¹⁵⁹.

1.11. Το μη επιτρεπτό της άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά απόφασης της ΑΕΠΠ επί προσφυγής άλλου προσώπου

Κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 4 του άρθρου 362 (βλ. και άρθρ. 3 παρ. 4 Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017), δεν επιτρέπεται η άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά απόφασης της ΑΕΠΠ, η οποία δέχεται εν όλω ή εν μέρει προσφυγή άλλου προσώπου.

Συνεπώς, ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος θίγεται από την απόφαση της ΑΕΠΠ που αποδέχεται την προδικαστική προσφυγή τρίτου, εν όλω ή εν μέρει, εφόσον η εν λόγω απόφαση είναι βλαπτική για τα έννομα συμφέροντά του οφείλει να ασκήσει απευθείας κατ' αυτής αίτηση αναστολής ή αίτηση ακύρωσης ενώπιον του αρμόδιου δικαστηρίου^{160, 161}.

156. Πρβλ. ΔΕφΑθ 1017/2012.

157. Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 621, 622/2009.

158. ΕΑ ΣτΕ 51/2014, 352/2011, ΔΕφΑθ 230/2015, 34/2015.

159. Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 251/2017, 189/2017, 173/2017, 80/2017, 13/2017 κ.ά. Contra ΑΕΠΠ 52/2017 1ο Κλιμ. (σκ. 21).

160. ΕΑ ΣτΕ 54/2018, ΜΔΕφΠειρ. 65/2018. Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 423/2011. Πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 618/2010, ΔΕφΘεσ 53/2014 (ασφαλ.).

161. Ωστόσο, τόσο η αναθέτουσα αρχή όσον και η ΑΕΠΠ έχουν υποχρέωση κοινοποίησης

Η εν λόγω ρύθμιση αποτελεί έκφραση της σαφούς βούλησης του νομοθέτη για ταχεία και αποτελεσματική διαδικασία παροχής έννομης προστασίας στο προσυμβατικό στάδιο, η οποία όμως δεν πρέπει να παρεμποδίζει πέραν του αναγκαίου μέτρου την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και την ανάθεση της σύμβασης.

Πρέπει, ωστόσο, να γίνει δεκτό, όπως και υπό το προγενέστερο νομοθετικό καθεστώς, ότι σε περίπτωση που έχει αρχικά απορριφθεί η προσφορά ενός διαγωνιζόμενου και, στη συνέχεια, μετά από άσκηση σχετικής προδικαστικής προσφυγής που γίνεται δεκτή από την ΑΕΠΠ, η προσφορά αυτή κριθεί τελικώς αποδεκτή, άλλος διαγωνιζόμενος που επιδιώκει την απόρριψη της προσφοράς του πρώτου, έχει τη δυνατότητα είτε να ασκήσει απευθείας αίτηση αναστολής και αίτηση ακυρώσεως κατά της απόφασης που δέχθηκε την προδικαστική προσφυγή του συνδιαγωνιζόμενου του αντικρούοντας τους λόγους για τους οποίους η προδικαστική αυτή προσφυγή έγινε δεκτή, είτε, εφόσον επιθυμεί να προβάλλει νέο λόγο αποκλεισμού της προσφοράς του ανταγωνιστή του, ο οποίος δεν εξετάστηκε από την οικεία επιτροπή του διαγωνισμού, να ασκήσει νέα προδικαστική προσφυγή κατά της απόφασης που δέχθηκε την προδικαστική προσφυγή του συνδιαγωνιζόμενου του.

Στην τελευταία αυτή περίπτωση η προδικαστική προσφυγή είναι παραδεκτή, παρά το γεγονός ότι στρέφεται κατά απόφασης που δέχεται την προδικαστική προσφυγή άλλου¹⁶². Και τούτο, διότι, εφόσον η προσφορά ενός διαγωνιζόμενου απορρίπτεται ήδη για ορισμένο λόγο, άλλος διαγωνιζόμενος δεν έχει έννομο συμφέρον ούτε και μπορεί να αξιωθεί από αυτόν να επιδιώξει την απόρριψη της προσφοράς για διαφορετικό ή και για διαφορετικό λόγο. Εάν, επομένως, ο αρχικός λόγος απόρριψης της προσφοράς διαγωνιζόμενου, μετά από άσκηση προδικαστικής προσφυγής του διαγωνιζόμενου αυτού, κριθεί μη σύννομος με αποτέλεσμα να θεωρηθεί τελικώς αποδεκτή η προσφορά, άλλος διαγωνιζόμενος που φρονεί ότι η προσφορά αυτή πρέπει εντούτοις να απορριφθεί για διαφορετικό λόγο μπορεί,

της προδικαστικής προσφυγής το αργότερο εντός πέντε (5) ημερών από την άσκησή της σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της, προκειμένου να ασκήσει το δικαίωμα παρέμβασης στη διαδικασία εξέτασης της προσφυγής, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παράγραφο 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του Π.Δ. 39/2017. Ως εκ τούτου, σε περίπτωση μη τήρησης της εν λόγω υποχρέωσης, ο τελευταίος στερείται, σε περίπτωση που η προσφυγή γίνει τελικά εν όλω ή εν μέρει δεκτή, της δυνατότητας πλήρους υπεράσπισης των απόψεών του σε ένα λυσιτελές χρονικό σημείο της διαδικασίας εξέτασης από την Α.Ε.Π.Π. των προσφορών, δυνάμενος, καταρχήν, να επικαλεσθεί εκ του λόγου αυτού δικονομική βλάβη εκ της μη κοινοποίησης σ' αυτόν της προδικαστικής προσφυγής βλ. ΜΔΕφΠειρ. 53/2018, με παραπομπή σε ΕΑ ΣτΕ 197/2015.

162. Ορθά ΑΕΠΠ 35/2017 1ο Κλιμ. (σκ. 29).

αλλά και υ
αποδοχής
περίπτωση
αίτηση ανα
στική προ
την αίτησι
αποφανθε

1.12. Το αν
σφυγ

Σύμφ
σης Προδ
της προδ
τη με αν
βασης, ό
Επομένω
ως διακ

Τα α
τέται π
προσφο
για εκτε
θρο 39,
ρών, σύ
όπως α

Η
της πρ
επιταγ
ρύσσε
άρθρο
καστι

Μ
ως στ
υλοπι
ρη το

αλλά και υποχρεούνται, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της απόφασης αποδοχής της προδικαστικής προσφυγής του ανταγωνιστή του. Εξάλλου, στην περίπτωση αυτή δεν είναι δυνατό να ασκηθεί απευθείας αίτηση ακυρώσεως και αίτηση αναστολής κατά της απόφασης της ΑΕΠΠ που έκανε δεκτή την προδικαστική προσφυγή άλλου, διότι οι σχετικοί λόγοι θα προβάλλονταν το πρώτον με την αίτηση αυτή χωρίς να έχει προηγουμένως δοθεί η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να αποφανθεί σχετικά¹⁶³.

1.12. Το ανασταλτικό αποτέλεσμα της προθεσμίας και άσκησης της προδικαστικής προσφυγής

Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 364 (βλ. και άρθρ. 6 Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017), τόσο η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, όσο και η άσκησή της συνδέονται από τον νομοθέτη με αυτόματο ανασταλτικό αποτέλεσμα ως προς τη σύναψη της δημόσιας σύμβασης, όχι όμως και ως προς την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας εν γένει. Επομένως, κατά τα λοιπά η διαδικασία του επίμαχου διαγωνισμού συνεχίζεται δίχως διακοπή.

Τα ανωτέρω, όμως, δεν ισχύουν στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν δεν απαιτείται προηγούμενη δημοσίευση της προκήρυξης, β) αν υποβλήθηκε μόνο μία (1) προσφορά και δεν υπάρχουν ενδιαφερόμενοι υποψήφιοι και γ) εφόσον πρόκειται για εκτελεστική σύμβαση συμφωνίας - πλαίσιο σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 39, ή για σύμβαση που συνάπτεται στο πλαίσιο Δυναμικού Συστήματος Αγορών, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 33 και 27 (παρ. 2 άρθρ. 364 ν. 4412/2016, όπως αριθμήθηκε και προστέθηκε με την παρ. 41 άρθρ. 43 του ν. 4605/2019).

Η παράβαση του ανασταλτικού αποτελέσματος της προθεσμίας και άσκησης της προδικαστικής προσφυγής από την αναθέτουσα αρχή συνεπάγεται, κατά ρητή επιταγή του νόμου, την ακυρότητα της σύμβασης που θα συναφθεί, η οποία κηρύσσεται από την ΑΕΠΠ μετά από άσκηση προσφυγής, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 368 του ν. 4412/2016 (βλ. και άρθρ. 6 και 21 Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017).

Με τη ρύθμιση αυτή περί αυτοδίκαιου ανασταλτικού αποτελέσματος, που έχει ως στόχο την αποτροπή τετελεσμένων νομικών και πραγματικών καταστάσεων, υλοποιείται και η απαίτηση του άρθρου 1 παρ. 5 της Οδηγίας 2007/66 για 10ήμερη τουλάχιστον περίοδο αναμονής (standstill) της αναθέτουσας αρχής, κατά την

163. Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 423/2011. Επίσης, Δ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2017, σ. 766 επ.

οποία πρέπει να αναστέλλεται η σύναψη της δημόσιας σύμβασης¹⁶⁴. Καλύπτεται δε και το κενό που είχε επισημανθεί στη θεωρία¹⁶⁵ αλλά και τη νομολογία¹⁶⁶ ως προς το ανασταλτικό αποτέλεσμα μεταξύ κατακύρωσης και υπογραφής της σύμβασης και αποτρέπεται ο κίνδυνος υπογραφής της σύμβασης και γενικά δημιουργίας τετελεσμένων ή, πάντως, δυσχερώς επανορθώσιμων καταστάσεων, εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής που έσπευδε πολλές φορές να υπογράψει τη σύμβαση προκειμένου να ματαιώσει την παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας¹⁶⁷.

Ωστόσο, κατά τη ρύθμιση της παραγράφου 3 του άρθρου 15 του Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΠΔ 39/2017), ο αρμόδιος σχηματισμός της ΑΕΠΠ μπορεί να διατάζει και την άρση της απαγόρευσης σύναψης της σύμβασης, εφόσον η προδικαστική προσφυγή που ασκήθηκε είναι προδήλως απαράδεκτη ή αβάσιμη.

Επίσης, ο νομοθέτης του ν. 4412/2016 προβλέπει την δυνατότητα της ΑΕΠΠ, στο πλαίσιο της εξέτασης σχετικής αίτησης προσωρινών μέτρων ή και αυτεπάγγελτα, να ορίσει κατάλληλα μέτρα, μέχρι την έκδοση της απόφασής της επί της προδικαστικής προσφυγής, με τα οποία να επιτρέπεται η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας (συνδ. Άρθρ. 363 και 366 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, βλ. και άρθρ. 6 και 15 Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017).

1.13. Η διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής

1.13.1. Κοινοποιήσεις της προδικαστικής προσφυγής

Κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, η ΑΕΠΠ καταχωρίζει την ίδια ημέρα της κατάθεσης την προδικαστική προσφυγή, την οποία και κοινοποιεί το αργότερο την επόμενη εργάσιμη ημέρα στην αναθέτουσα αρχή.

Η διάταξη της περ. α' της ίδιας παραγράφου 1 προβλέπει την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να προβεί στην κοινοποίηση της προσφυγής, το αργότερο εντός πέντε (5) ημερών από την επόμενη της περιέλευσης σ' αυτήν της προσφυ-

164. Χ. Συνονιδός, ΘΠΔΔ 2011, σ. 792, Χ. Μητκίδης, ΘΠΔΔ 2011, σ. 786.

165. Πρβλ. Κ. Ρέμελη, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του ΣτΕ, 2000, σ. 296 επ., Χ. Χρυσανθάκης, Η προσωρινή δικαστική προστασία στις διοικητικές διαφορές. Νομοθετικές και Νομολογιακές Εφαρμογές, τεύχος 1: Ασφαλιστικά Μέτρα, ημ. Α' 2002, σ. 232 επλ., ημ. Β', 2005, σ. 13 επ., Σ. Βλαχόπουλος, ό.π., σ. 131 επ., Χ. Γεραρής, Η προσωρινή προστασία στα δημόσια έργα, τις προμήθειες και τις υπηρεσίες (ν. 2522/1997), 1999, σ. 38 επ.

166. Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 82/2003, 226/2004.

167. Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 226/2004.

γής, σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος θίγεται από την τυχόν αποδοχή, ολικά ή μερικά, της προσφυγής, προκειμένου αυτός να μπορεί να ασκήσει το δικαίωμα της παρέμβασης στην διαδικασία εξέτασης της προσφυγής.

Οι λοιποί διαγωνιζόμενοι δεν μπορούν να θεωρηθούν «θιγόμενοι» υπό την έννοια της ανωτέρω διάταξης, εφόσον ο ασκών την προδικαστική προσφυγή περι-ορίσθηκε με αυτή στην αμφισβήτηση της νομιμότητας του αποκλεισμού του από την περαιτέρω διαδικασία για έλλειψη τυπικής προϋπόθεσης συμμετοχής του στον διαγωνισμό¹⁶⁸.

Ρητά ορίζεται στο νόμο (τελευταίο εδάφιο παρ. 1 άρθρ. 365) ότι η παράλειψη κοινοποίησης σε ενδιαφερόμενο τρίτο συνιστά ιδιαίτερο πειθαρχικό παράπτωμα των υπαλλήλων που είναι αρμόδιοι για την ενέργεια αυτή (βλ. και άρθρ. 14 παρ. 2 Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017).

Πέραν τούτου, όμως, ο νομοθέτης δεν επιλύει ρητά και το ακανθώδες ζήτημα της επιρροής της τυχόν παράλειψης κοινοποίησης ή μη νομότυπης κοινοποίησης της προσφυγής στον ενδιαφερόμενο τρίτο. Το γεγονός και μόνον ότι η ερμηνευ-όμενη διάταξη αναφέρει ρητά ως συνέπεια αυτών την θεμελίωση ιδιαίτερου πει-θαρχικού παραπτώματος του υπαίτιου υπαλλήλου, δεν σημαίνει *eo ipso* αποσύνδε-ση από άλλες έννομες συνέπειες.

Με τη διάταξη αυτή δεν διατυπώνεται απλή σύσταση ή ευχή του νομοθέτη προς την Διοίκηση (την αναθέτουσα αρχή και την ΑΕΠΠ) για κοινοποίηση της προσφυγής στους θιγόμενους τρίτους, αλλά ιδρύεται υποχρέωση που τάσσεται όχι μόνο για την προστασία αυτών, αλλά και χάριν του δημοσίου συμφέροντος, προ-κειμένου δηλαδή η ΑΕΠΠ, που εξετάζει την προσφυγή κατά νόμο και ουσία, να έχει το ταχύτερο δυνατό τις απόψεις όλων των εμπλεκόμενων στην υπόθεση χάριν της αποτελεσματικής και σύντομης εκκαθάρισης των νομικών και παραγματικών της παραμέτρων και ορθής επίλυσης της διαφοράς που ανέκυψε.

Συνεπώς, μολονότι η διάταξη της παραγράφου 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016 δεν ορίζει ρητά άλλη έννομη συνέπεια της τυχόν μη κοινοποίησης ή της μη νομότυπης κοινοποίησης της προσφυγής στον θιγόμενο τρίτο, πρέπει να γίνει δεκτό ότι αυτή επιδρά στο σύννομο της απόφασης της ΑΕΠΠ που θα εκδο-θεί επί της προδικαστικής προσφυγής, αφού πρόκειται για παράβαση θεμελιώδους διαδικαστικού κανόνα που συνδέεται με το δικαίωμα άμυνας και υπεράσπισης του θιγόμενου τρίτου¹⁶⁹, εφόσον ο τρίτος υφίσταται δικονομική βλάβη από την παρά-

168. Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 54/1998.

169. Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 1081/2009, 926/2008. Επίσης πρβλ. Φ. Αρναούτογλου, *ο.π.*, σ. 74 επ. (78).

λειψη αυτή¹⁷⁰.

Το αργότερο είκοσι (20) ημέρες από την κατάθεση την προσφυγής, η ΑΕΠΠ ελέγχει τη συμμόρφωση της αναθέτουσας αρχής με την κατά την παρ. 1(α) υποχρέωση για κοινοποίηση της προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο. Εάν διαπιστώσει ότι η αναθέτουσα αρχή δεν εκπλήρωσε την υποχρέωσή της αυτή, τότε η κοινοποίηση γίνεται με μέριμνα της ΑΕΠΠ, έτσι ώστε οι ενδιαφερόμενοι να ασκήσουν παρέμβαση, σύμφωνα με την παράγραφο 3 του άρθρου 362 (βλ. παράγραφο 5 του άρθρου 365 και άρθρ. 9 παρ. 3 Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017).

Όλες οι παραπάνω προθεσμίες, όπως και αυτές που αναφέρονται στις επόμενες παραγράφους, είναι αποκλειστικές κατά ρητή επιταγή του νόμου (παρ. 8 άρθρου 365).

1.13.2. Υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής για διαβίβαση του φακέλου της υπόθεσης

Με την διάταξη της περ. β' της ίδιας παραγράφου 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016 καθιερώνεται η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να διαβιβάσει στην ΑΕΠΠ, το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την επόμενη της περιέλευσης σ' αυτήν της προσφυγής, τα εξής στοιχεία: α) τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, β) τις απόψεις της επί της προσφυγής, και γ) τα αποδεικτικά κοινοποίησης της προδικαστικής προσφυγής προς τους ενδιαφερόμενους τρίτους.

Ως φάκελος της υπόθεσης, τον οποίο υποχρεούται να αποστείλει η αναθέτουσα αρχή στην ΑΕΠΠ, νοείται ο διοικητικός φάκελος. Ο νόμος δεν προσδιορίζει τα συγκεκριμένα στοιχεία που πρέπει να περιέχει αυτός, ορίζει όμως ότι πρέπει να είναι πλήρης (βλ. και άρθρ. 9 παρ. 1 β' και παρ. 2 β' Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017). Πλήρης δε είναι ο φάκελος της υπόθεσης, όταν περιέχει όλα τα σχετικά με την υπόθεση έγγραφα, δηλαδή όλα τα στοιχεία του πραγματικού που είναι αναγκαία για την διαμόρφωση της κρίσης και την έκδοση της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προδικαστικής προσφυγής. Τούτο συνάγεται και από την διατύπωση του δεύτερου εδαφίου της παραγράφου 2 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016 (βλ. και άρθρ. 14 παρ. 1 εδ. δεύτερο του Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017) που αναφέρεται σε ελλιπή στοιχεία του φακέλου, τα οποία δεν επαρκούν για τον έλεγχο του βασίμου των προβαλλόμενων από τον προσφεύγοντα αιτιάσεων κατά της προσβαλλόμενης πράξης ή παράλει-

170. ΜΔΕφΠειρ. 53/2018. Επίσης, πρβλ. ΜΔΕφΠατρ. 56/2017 (υπό το καθεστώς του ν. 3886/2010).

ψης της αναθέτουσας αρχής.

Επομένως, εκτός από την προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής και των εγγράφων επί των οποίων αυτή στηρίζεται (αιτιολογικές εκθέσεις, εκθέσεις ελέγχου, γνώμες, πρακτικά συλλογικών οργάνων, αποφάσεις σε επί μέρους ζητήματα κ.λπ.), καθώς και την έκθεση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, για την οποία γίνεται λόγος παρακάτω, ο φάκελος της υπόθεσης πρέπει να περιλαμβάνει και όλα τα έγγραφα που συγκροτούν το ιστορικό της διαφοράς, την οποία καλείται να επιλύσει η ΑΕΠΠ (διακήρυξη, προκήρυξη, έγγραφα διαγωνιστικής διαδικασίας, φάκελο έργου, προσφορές, πρακτικά επιτροπών, κατακυρωτική απόφαση κ.λπ.).

Μαζί με τον φάκελο της υπόθεσης, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να συντάξει και αποστέλλει στην ΑΕΠΠ και έκθεση με τις απόψεις της επί της προσφυγής. Με την έκθεση αυτή εκτίθενται το πραγματικό και οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής για την νομιμότητα και ορθότητα της προσβαλλόμενης πράξης ή παράλειψης.

Επιπρόσθετα, όμως, μολονότι ο νόμος δεν το μνημονεύει ρητά, –όπως πράττει αναφορικά με τις εκθέσεις απόψεων της Διοίκησης στο δικαστικό στάδιο επίλυσης των σχετικών διαφορών (βλ. άρθρ. 23 του ΠΔ 18/1989, πρβλ. άρθρ. 129 Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας - ν. 2717/1999)–, πρέπει να γίνει δεκτό ότι με τις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αντικρούει τους λόγους και τους ισχυρισμούς που προβάλλονται με την προδικαστική προσφυγή, ώστε να διευκολύνεται στο πλαίσιο της εξέτασης της προσφυγής η επίλυση της διαφοράς που έχει ανακύψει μεταξύ των ενδιαφερόμενων από την ΑΕΠΠ.

1.13.3. Δικαίωμα γνώσης του φακέλου από τους ενδιαφερόμενους

Εκείνος που άσκησε την προσφυγή έχει δικαίωμα γνώσης του περιεχομένου του φακέλου της υπόθεσης, τον οποίο διαβιβάζει η αναθέτουσα αρχή στην ΑΕΠΠ.

Το δικαίωμα αυτό θεμελιώνεται στο άρθρο 5Α του Συντάγματος, σύμφωνα με το οποίο καθένας έχει δικαίωμα στην πληροφόρηση, όπως νόμος ορίζει.

Σε επίπεδο κοινής νομοθεσίας, το δικαίωμα αυτό βρίσκει έρεισμα στο άρθρο 5 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (ν. 2690/1999 ΦΕΚ Α' 45) που ορίζει ότι κάθε ενδιαφερόμενος έχει το δικαίωμα να λαμβάνει γνώση των διοικητικών εγγράφων. Ως διοικητικά έγγραφα νοούνται όσα συντάσσονται από τις δημόσιες υπηρεσίες, όπως εκθέσεις, μελέτες, πρακτικά, στατιστικά στοιχεία, εγκύκλιες οδηγίες, απαντήσεις της Διοίκησης, γνωμοδοτήσεις και αποφάσεις (παρ. 1).

Το δικαίωμα γνώσης ασκείται: α) με μελέτη του εγγράφου στο κατάστημα της υπηρεσίας, ή β) με χορήγηση αντιγράφου, εκτός αν η αναπαραγωγή τούτου μπορεί

να βλάψει το πρωτότυπο (παρ. 4)¹⁷¹.

Πάντως, για να υπάρχει υποχρέωση της Διοίκησης να επιτρέψει την πρόσβαση σε διοικητικά έγγραφα, απαιτείται να υποβληθεί γραπτή αίτηση, η οποία να αναφέρεται σε συγκεκριμένα έγγραφα, διότι η αίτηση χορήγησης εγγράφων αφορά μόνον έγγραφα που έχουν ήδη εκδοθεί και φυλάσσονται στην αρμόδια υπηρεσία και όχι αυτά που είναι ενδεχόμενο να εκδοθούν στο μέλλον¹⁷².

Αν πρόκειται για ιδιωτικά έγγραφα που φυλάσσονται σε δημόσιες υπηρεσίες και είναι σχετικά με την υπόθεση που εκκρεμεί σε αυτές ή έχει διεκπεραιωθεί από αυτές, απαιτείται ειδικό έννομο συμφέρον.

1.13.4. Συνέπειες μη αποστολής ή αποστολής ελλιπούς φακέλου

Εάν η αναθέτουσα αρχή δεν διαβιβάσει στην ΑΕΠΠ τον φάκελο της υπόθεσης με τις απόψεις της επί της προσφυγής, ή αν έχει μεν διαβιβάσει τον φάκελο αυτό, αλλά ελλιπή, δηλαδή με στοιχεία που δεν επαρκούν για τον έλεγχο της βασιμότητας των πραγματικών και νομικών ισχυρισμών του προσφεύγοντος, τότε επέρχονται συγκεκριμένες έννομες συνέπειες, που συνίστανται στο ότι:

α) στοιχειοθετείται πειθαρχική ευθύνη των υπαλλήλων της αναθέτουσας αρχής που είναι υπεύθυνοι για την παράλειψη αυτή, αφού ο νομοθέτης ιδρύει ιδιαίτερο πειθαρχικό παράπτωμα για την περίπτωση της μη αποστολής του φακέλου (τελευταίο εδάφιο παραγράφου 1 άρθρ. 365, βλ. και άρθρ. 14 παρ. 2 Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017).

β) επιτρέπεται στην ΑΕΠΠ να συνάγει, από την στάση αυτή της αναθέτουσας αρχής, τεκμήριο ομολογίας της τελευταίας για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος, Δηλαδή, μπορεί η ΑΕΠΠ να θεωρήσει ως ακριβείς, κατά την πραγματική τους βάση, τους σχετικούς ισχυρισμούς του προσφεύγοντος (παρ. 2 άρθρ. 365, βλ. και άρθρ. 14 παρ. 1 Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017)¹⁷³.

Παρά την στενότητα του γράμματος της σχετικής διάταξης, που αναφέρεται σε τεκμήριο ομολογίας της πραγματικής βάσης των ισχυρισμών του προσφεύγοντος, πρέπει να γίνει δεκτό, ενόψει της τελολογίας της διάταξης, που συνίσταται στην εξασφάλιση της συνεργασίας της αναθέτουσας αρχής προκειμένου να καταστεί δυνατή η άσκηση της κατά νόμο αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ, ότι το τεκμήριο

171. Βλ. περισσότερα σε Χ. Δετσαρίδη, Το δικαίωμα γνώσης των διοικητικών εγγράφων, 2006.

172. ΣτΕ 1628/2014, ΣτΕ 1442/2005, ΔΕφΑΘ 766/2014.

173. Βλ. λ.χ. ΑΕΠΠ 161/2017 3ο Κλιμ. (σκ. 19).

ομολογίας μπορεί να συνάγει η ΑΕΠΠ και αναφορικά με στοιχεία του φακέλου, για τα οποία δεν προβάλλονται μεν σχετικοί ισχυρισμοί από τον προσφεύγοντα, αλλά ερευνώνται αυτεπαγγέλτα και είναι κρίσιμα για την εξέταση και παραδοχή της προδικαστικής προσφυγής, όπως λ.χ. έγγραφα από τα οποία προκύπτει η δημοσίευση της προκήρυξης του διαγωνισμού, ή άλλα ζητήματα που συνδέονται με το υποστατό της προσβαλλόμενης πράξης της αναθέτουσας αρχής. Διαφορετικά, η αδράνεια αυτή της αναθέτουσας αρχής θα οδηγούσε σε αδυναμία της ΑΕΠΠ να ασκήσει την κατά τον νόμο αρμοδιότητά της και να παράσχει στον προσφεύγοντα την προβλεπόμενη διοικητική έννομη προστασία¹⁷⁴.

Πάντως, όπως προκύπτει από το γράμμα των προαναφερόμενων διατάξεων, σε περίπτωση μη αποστολής των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και του φακέλου της υπόθεσης ή αποστολής αυτών ελλιπών, το οικείο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ δεν είναι υποχρεωμένο, αλλά εναπόκειται στην διακριτική του ευχέρεια περί του αν θα συνάγει τεκμήριο ομολογίας υπέρ του προσφεύγοντος αναφορικά με την πραγματική βάση των ισχυρισμών του τελευταίου. Υπό την έννοια αυτή, η ΑΕΠΠ, μη αποδεχόμενη το τεκμήριο ομολογίας μπορεί και η ίδια αυτεπαγγέλτως να αναζητήσει την αλήθεια και το οικείο αποδεικτικό υλικό¹⁷⁵.

Περαιτέρω, η μη αποστολή στην ΑΕΠΠ από την αναθέτουσα αρχή των στοιχείων που ορίζονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 365, δηλαδή του πλήρους φακέλου της υπόθεσης, της έκθεσης με τις απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής και των αποδεικτικών κοινοποίησης της προσφυγής προς τους ενδιαφερόμενους τρίτους, καθώς και η καθυστερημένη αποστολή των παραπάνω στοιχείων, επιφέρει ορισμένες έννομες συνέπειες, πέραν των όσων ήδη αναφέρθηκαν.

Ειδικότερα, σύμφωνα με τις διατάξεις της παραγράφου 3 του άρθρου 365 (βλ. και άρθρ. 14 παρ. 3 Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017), η ΑΕΠΠ, εφόσον κρίνει ότι η μη αποστολή ή η καθυστερημένη αποστολή των στοιχείων αυτών είναι αδικαιολόγητη και επιπλέον καθιστά ιδιαίτερα δυσχερή την παροχή ουσιαστικής προδικαστικής προστασίας στον προσφεύγοντα, μπορεί, μετά από στάθμιση των συγκεκριμένων συνθηκών κάθε περίπτωσης, με την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής, να επιβάλλει αυτεπαγγέλτως χρηματική κύρωση στην αναθέτουσα αρχή. Ο νόμος ορίζει το εύρος της χρηματικής κύρωσης που κυμαίνεται από εκατό (100) μέχρι πεντακόσια (500) ευρώ, και επιβάλλεται από την ΑΕΠΠ ανάλογα με την βαρύτητα της παράβασης.

174. Πρβλ. ΣτΕ 319/2012, 2921/2002, 1605, 2853/2004, 1756, 2010/2005, 511/2007.

175. Έτσι ορθά ΑΕΠΠ 98/2017 6ο Κλιμ. (σκ. 7).

Ως αδικαιολόγητη θεωρείται η παράλειψη της διαβίβασης ή η εκπρόθεσμη διαβίβαση, εφόσον δεν παρέχονται επαρκείς εξηγήσεις για αυτό (άρθρ. 14 παρ. 3 προτελευταίο εδάφιο Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017).

Το καταλογισθέν σε βάρος της αναθέτουσας αρχής ποσό καταβάλλεται μία φορά για κάθε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης και αποτελεί έσοδο του Κρατικού Προϋπολογισμού, πιστώνεται δε σε ειδικό κωδικό που εγγράφεται στον Προϋπολογισμό της ΑΕΠΠ (άρθρ. 14 παρ. 5-7 Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017). Επιπρόσθετα, γίνεται μνεία της κύρωσης αυτής στον ατομικό φάκελο του υπεύθυνου της καθυστέρησης ή ελλιπούς αποστολής ή μη αποστολής του φακέλου και των απόψεων της υπηρεσίας υπαλλήλου (βλ. και άρθρ. 14 παρ. 3 τελευταίο εδάφιο Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017).

1.13.5. Παράθεση αρχικής ή συμπληρωματικής αιτιολογίας της προσβαλλόμενης

Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, εφόσον εμμένει στην αρχική πράξη της –και συνεχόμενα στην απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής από την ΑΕΠΠ–, να παραθέσει στην έκθεση των απόψεων της που υποβάλλει στην ΑΕΠΠ, αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης (βλ. και άρθρ. 9 παρ. 1β' και παρ. 2β' Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017).

Παραμεφερή δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής για την παράθεση αρχικής ή συμπληρωματικής αιτιολογίας, προβλεπόταν και υπό το προγενέστερο καθεστώς (άρθρο 4 παρ. 4 του ν. 3886/2010) στο στάδιο της εκδίκασης της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων από το αρμόδιο δικαστήριο¹⁷⁶. Η αιτιολογία αυτή, αρχική ή συμπληρωματική, έπρεπε να περιέλθει στο δικαστήριο των ασφαλιστικών μέτρων το αργότερο έξι (6) ημέρες πριν από την, αρχική ή μετ' αναβολή, δικάσιμο της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων¹⁷⁷. Η καθυστερημένη περιέλευση του σχετικού εγγράφου δεν υποχρέωνε το δικαστήριο σε αναβολή (άρθρ. 4 παρ. 4 του ν. 3886/2010). Επισημαίνεται, ωστόσο, ότι η δυνατότητα αυτή παράθεσης αρχικής ή συμπληρωματικής αιτιολογίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αφορούσε την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής από αυτήν και όχι την προσβληθείσα με την προσφυγή πράξη της.

176. Βλ. Δ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, 2017, σ. 755-756.

177. Οι έξι (6) ημέρες δεν νοούνται ως πλήρεις, εφόσον αυτό δεν ορίζεται ρητά βλ. ΕΑ ΣτΕ 233/2013, ΘΠΔΔ 2013, σ. 997.

Με την ρύθμιση αυτή του άρθρου 4 παρ. 4 του ν. 3886/2010 αποφευγόταν η καθυστέρηση στην διαδικασία επίλυσης των προσυμβατικών διαφορών, αφού διαφορετικά η αναθέτουσα αρχή θα εστερείτο της κατά χρόνο αρμοδιότητας να παραθέσει αιτιολογία για τους λόγους απόρριψης της προδικαστικής προσφυγής, με αποτέλεσμα να ακυρώνεται η απόφασή της ως ανατιολόγητη ή ως πλημμελώς αιτιολογημένη και να επανέρχεται η υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή για νέα κρίση με την παράθεση νόμιμης αιτιολογίας¹⁷⁸.

Στην περίπτωση αυτή, γινόταν δεκτό ότι αυτομάτως γεννιόταν δικαίωμα, αλλά και αντίστοιχο δικονομικό βάρος του προσφεύγοντος να υποβάλλει υπόμνημα με τους πρόσθετους λόγους στο δικαστήριο κατά της νέας αυτής πράξης, με τις τυχόν δυσχέρειες που συνεπαγόταν αυτό, αν μάλιστα ληφθεί υπόψη ότι ενδεχόμενα η πληροφόρησή του για την ύπαρξη της πράξης αυτής δεν ήταν άμεση, δοθέντος ότι η πρόσβαση στον φάκελο δεν ήταν αυτόματη¹⁷⁹, δυσχέρεια που εξακολουθεί να υφίσταται και στο πλαίσιο του ν. 4412/2016.

Συγκεκριμένα, στην ανωτέρω περίπτωση, κατά τα νομολογηθέντα, ο προσφεύγων όφειλε, επιδεικνύοντας τη δέουσα επιμέλεια, να πληροφορηθεί εάν είχε περιέλθει στο δικαστήριο, μεταξύ των στοιχείων του φακέλου, και η έκθεση απόψεων της αναθέτουσας αρχής που περιλάμβανε αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία για την προσβαλλόμενη πράξη, και κατά συνεκδοχή για την απόρριψη της προδικαστικής του προσφυγής, και να καταθέσει υπόμνημα με το οποίο να προβάλλει συγκεκριμένες αιτιάσεις κατά της αιτιολογίας αυτής (αρχικής ή συμπληρωματικής), πριν από τη συζήτηση της προσφυγής, προκειμένου να δοθεί η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή και τους τυχόν παρεμβαίνοντες να αμυνθούν κατά των λόγων του υπομνήματος και να τηρηθεί, κατά τον τρόπο αυτό, η αρχή της αντιμωλίας^{180, 181}.

178. Πρβλ. υπό την ισχύ του ν. 2522/1997 Χ. Μητκίδη, ΘΠΔΔ 2011, σ. 787.

179. Πρβλ. υπό το προΐσχύσαν καθεστώς Χ. Χρυσανθάκη, ΘΠΔΔ 2011, σ. 895-896, που υποστηρίζει ότι η ρύθμιση αυτή ανατρέπει τον θεμελιώδη κανόνα της αρχής της νομιμότητας, από τον οποίο εκπορεύεται ο βασικός επίσης δικονομικός και ουσιαστικός κανόνας, σύμφωνα με τον οποίο η διοικητική πράξη ελέγχεται με βάση το πραγματικό και νομικό καθεστώς που ίσχυε κατά τον χρόνο έκδοσης-συντέλεσης αυτής, ενώ περαιτέρω ανατρέπεται και η αρχή της ισότητας των όπλων μεταξύ της διοίκησης και του προσφεύγοντος στη δικαιοσύνη.

180. Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 24/2018, 78/2017, 298/2016, 198/2016, 107/2016, 108/2014, 67/2014, 141/2012, 942, 943/2011.

181. Ο αιτών δεν μπορούσε να προβάλει αιτιάσεις κατά της νέας αυτής αιτιολογίας το πρώτον με υπόμνημα, που κατατίθεται μετά τη συζήτηση της αίτησης εντός της χορηγηθείσας από τον

Όπως και υπό το προϋσχύσαν καθεστώς έτσι και υπό το ισχύον του ν. 4412/2016, ο σκοπός του νομοθέτη, με την θέσπιση της δυνατότητας αυτής της αναθέτουσας αρχής προς παράθεση αιτιολογικών ερεισμάτων, που δεν υφίσταντο ή είναι συμπληρωματικά των αρχικών, συνίσταται στην ταχεία εκκαθάριση του πραγματικού της υπόθεσης και επίλυση της διαφοράς που προέκυψε ενώπιον της ΑΕΙΠΠ. Με άλλα λόγια, η υπόθεση πρέπει να έχει αποκρυσταλλωθεί και ωριμάσει πριν φθάσει στο ακροατήριο του δικαστηρίου, προκειμένου να αποφεύγεται η καθυστέρηση στην παροχή έννομης προστασίας κατά το προσυμβατικό στάδιο.

Υπό το ισχύον καθεστώς του ν. 4412/2016, η άσκηση του δικαιώματος της αναθέτουσας αρχής για παράθεση αιτιολογίας της προσβαλλόμενης πράξης αρχικά οριοθετείτο χρονικά με την αποστολή στην ΑΕΙΠΠ της έκθεσης των απόψεών της, στην οποία και πρέπει να τους περιλάβει το αργότερο. Ήδη ορίζεται (παρ. 1 άρθρ. 365 ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 42 άρθρ. 43 του ν. 4605/2019) ότι σε περίπτωση συμπληρωματικής αιτιολογίας επί της προσβαλλόμενης πράξης, αυτή υποβάλλεται έως και δέκα (10) ημέρες πριν την συζήτηση της προσφυγής και κοινοποιείται αυθημερόν στον προσφεύγοντα μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ ή αν αυτό δεν είναι εφικτό με οποιοδήποτε πρόσφορο μέσο.

Με την υπ. αριθμ. 133/2017 (6ο Κλιμάκιο) απόφαση της ΑΕΙΠΠ είχε κριθεί ότι σε περίπτωση παράθεσης αρχικής ή συμπληρωματικής αιτιολογίας από την αναθέτουσα αρχή με το έγγραφο των απόψεών της επί της προσφυγής, δεν θεμελιώνεται δικαίωμα του προσφεύγοντος για κατάθεση πρόσθετων λόγων, συμπληρωματικών υπομνημάτων ή προσθήκης-αντίκρουσης των σχετικών ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής, όπως αυτοί διατυπώνονται στα παρατιθέμενα αιτιολογικά ερείσματα (αρχικά ή συμπληρωματικά).

Είχαμε υποστηρίξει ότι¹⁸², η υιοθετηθείσα από την 133/2017 ΑΕΙΠΠ διοικητική λύση επί του προκειμένου ζητήματος, μολονότι στοιχεί με το γράμμα των διατάξεων του ν. 4412/2016 (πράγματι δεν προβλέπεται η υποβολή υπομνήματος¹⁸³, πράγματι δεν λαμβάνει χώρα συζήτηση και τήρηση της αρχής της αντιμωλίας κ.λπ.), αντιστρατεύεται την τελολογία της συνολικής ρύθμισης του θεσμού της προδικαστικής προσφυγής και της παροχής έννομης προστασίας από την ΑΕΙΠΠ στο προσυμβατικό στάδιο. Δεν θεραπεύει αποτελεσματικά ούτε τους λόγους δημοσίου συμφέροντος, για τους οποίους η ΑΕΙΠΠ πρέπει να κρίνει την υπόθεση όχι μόνο

Πρόεδρο της Επιτροπής Αναστολών προθεσμίας βλ. ΕΑ ΣτΕ 24/2018, 78/2017, 943/2011.

182. Δ. Ράικος, σε Δ. Ράικο/Ε. Βλάχου/Ε. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις ν. 4412/2016, Ερμηνεία κατ' άρθρο, Τόμος Ι, 2018, σ. 1208 επ.

183. Βλ. και ΜΔΕφΠατρ. 40/2018.

από πλευράς νομιμότητας, αλλά και ουσίας, και να έχει ενώπιόν της τις απόψεις όλων των ενδιαφερομένων, ώστε να υπάρξει το ταχύτερο δυνατό εκκαθάριση του ζητήματος που ανέκυψε και συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, ούτε και τους προφανείς λόγους προστασίας του θιγομένου και άμυνας αυτού.

Ειδικότερα, δεν δίνεται στον προσφεύγοντα η δυνατότητα άμυνας και αντίκρουσης των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής, και συνακόλουθα εκκαθάρισης του νομικού και πραγματικού της υπόθεσης στο στάδιο αυτό, προκειμένου να αχθεί ενώπιον του αρμόδιου δικαστηρίου οριοθετημένη η διαφορά ως προς τα αμφισβητούμενα ζητήματα, με απότοκη συνέπεια την μεταφορά φόρτου εργασίας στα δικαστήρια και την καθυστέρηση στην επίλυση της διαφοράς. Επομένως, ορθότερο είναι να χορηγείται η δυνατότητα στον προσφεύγοντα προς αντίκρουση των αιτιολογικών ερεισμάτων και συναφών ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής στο στάδιο της εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής.

Ήδη, με πρόσφατη νομοθετική παρέμβαση (άρθρ. 43 παρ. 42 ν. 4605/2019) υιοθετήθηκε η εν λόγω ορθή εκδοχή και ως προς τα δύο σκέλη της, αφού ορίζεται πλέον ρητά ότι υπομνήματα επί των απόψεων και της συμπληρωματικής αιτιολογίας της Αναθέτουσας Αρχής κατατίθενται μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ έως πέντε (5) ημέρες πριν από τη συζήτηση της προσφυγής.

1.13.6. Καθορισμός της ημερομηνίας συζήτησης της προσφυγής

Κατά την παράγραφο 4 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, η ημέρα και η ώρα συζήτησης της προσφυγής, η οποία δεν μπορεί να απέχει περισσότερο από σαράντα (40) ημέρες από την ημερομηνία κατάθεσης της προσφυγής, ορίζεται με πράξη του προεδρεύοντος του κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

Η πράξη ορισμού της συζήτησης της προδικαστικής προσφυγής κοινοποιείται υποχρεωτικά το αργότερο δέκα (10) ημέρες πριν από τη συζήτηση της προσφυγής στον προσφεύγοντα, στην αναθέτουσα αρχή κατά της οποίας ασκείται η προσφυγή και σε εκείνους οι οποίοι έχουν ασκήσει παρέμβαση.

Ειδικότερα, η πράξη ορισμού εισηγητή του προεδρεύοντος του σχηματισμού της ΑΕΠΠ που εξετάζει την προδικαστική προσφυγή κοινοποιείται προς ενημέρωση στην ηλεκτρονική διεύθυνση του προσφεύγοντος, της αναθέτουσας αρχής και των παρεμβαίνόντων, δέκα (10) ημέρες τουλάχιστον πριν από την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής. Τυχόν παράλειψη κοινοποίησης δεν επάγεται ακυρότητα της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής.

Εάν ο εισηγητής ζητεί από τον προσφεύγοντα, την αναθέτουσα αρχή ή/και τον παρεμβαίνοντα να προσκομίσουν στοιχεία που λείπουν ή είναι οπωσδήποτε χρήσι-

μηνεία του εφαρμοστέου νομοθετικού καθεστώτος. Για τον ίδιο λόγο, δεν κωλύεται η επάνοδος της Α.Ε.Π.Π., εκ μόνου του λόγου ότι, όπως κρίθηκε με την ίδια ως άνω απόφαση της Επιτροπής Αναστολών (54/2018), η Αρχή καθίσταται αναρμόδια κατά νόμο να κρίνει και να δεχθεί προδικαστική προσφυγή μετά την άπρακτη πάροδο της αποκλειστικής προθεσμίας, εντός της οποίας υποχρεούται να την εξετάσει, υποχρέωση που αναφέρεται στις συνήθεις περιπτώσεις διαφορών και όχι σε περιπτώσεις που, όπως εν προκειμένω, με δικαστική απόφαση, εκδοθείσα στο πλαίσιο παροχής προσωρινής προστασίας, πιθανολογείται σοβαρά ότι η Αρχή, παραλείποντας να αποφανθεί επί της ουσίας των αιτιάσεων της ασκήθισης ενώπιόν της προδικαστικής προσφυγής, παρέβη τις εκ του νόμου υποχρεώσεις της²¹⁶.

1.13.9. Λήξη της διαδικασίας ενώπιον της ΑΕΠΠ - Υποχρέωση συμμόρφωσης της αναθέτουσας αρχής

Η διαδικασία ενώπιον της ΑΕΠΠ τερματίζεται είτε με την έκδοση απόφασης, κατά τα προεκτεθέντα, από το κλιμάκιο ή την Ολομέλεια, ή την θέση της προσφυγής στο αρχείο σε περίπτωση παραίτησης από την προσφυγή ή ανάκλησης της προσβαλλόμενης πράξης.

Οι αποφάσεις της ΑΕΠΠ κοινοποιούνται υποχρεωτικά σε όλους τους ενδιαφερομένους και αναρτώνται στην ιστοσελίδα της, τηρουμένων των ρυθμίσεων του ν. 2472/1997 και του Κανονισμού (ΕΚ) άρθρ. 45/2001 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 18ης Δεκεμβρίου 2000 (ΕΕ L 8 της 23.11.1995), ως προς την προστασία των προσωπικών δεδομένων. Ως ενδιαφερόμενοι πρέπει να νοηθούν ο προσφεύγων, η αναθέτουσα αρχή και οι ασκήσαντες παρέμβαση.

Η απόφαση της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής δεσμεύει όχι μόνον τους διαδίκους και την αναθέτουσα αρχή, η οποία έχει υποχρέωση συμμόρφωσης με τα κριθέντα (βλ. ερμηνεία υπό άρθρο 367), αλλά και την ίδια την ΑΕΠΠ που δεν μπορεί να επανέλθει και να την τροποποιήσει ή ανακαλέσει²¹⁷.

Παραίτηση από την προδικαστική προσφυγή επιτρέπεται έως την έκδοση απόφασης από τον σχηματισμό της 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 τον γραμματέα, και αποδίδεται το παράβολο στον προσφεύγοντα. Ανάκληση της παραίτησης δεν

216. ΕΑ ΣτΕ 30/2019, ΜΔΕφΑθην. 111/2019.

217. ΕΑ ΣτΕ 54/2018, ΔΕφΠειρ. 219/2018, ΔΕφΘεσσαλ. 57/2018.

επιτρέπεται. Η παραίτηση έχει ως αποτέλεσμα τη θέση της προσφυγής στο αρχείο (άρθρ. 16 Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017).

Επίσης, η προδικαστική προσφυγή τίθεται στο αρχείο εάν η αναθέτουσα αρχή ανακαλέσει την προσβαλλόμενη πράξη ή προβεί στην οφειλόμενη ενέργεια πριν την έκδοση απόφασης από το σχηματισμό ενώπιον του οποίου εκκρεμεί η εξέτασή της. Στην περίπτωση αυτή συντάσσεται σχετικό πρακτικό, που υπογράφεται από τον προεδρεύοντα του οικείου σχηματισμού και τον γραμματέα, και αποδίδεται το παράβολο στον προσφεύγοντα (άρθρ. 17 Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017).

Κατά ρητή επιταγή του νόμου (παράγραφος 3 άρθρου 367, και άρθρ. 18 παρ. 5 Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017), οι αναθέτουσες αρχές είναι υποχρεωμένες να συμμορφώνονται με τις ακυρωτικές αποφάσεις της ΑΕΠΠ. Οι αποφάσεις της ΑΕΠΠ μπορούν να αποτελέσουν μόνο αντικείμενο δικαστικής αμφισβήτησης με τα ένδικα βοηθήματα προσωρινής και οριστικής δικαστικής προστασίας που προβλέπει ο νόμος (ΕΑ ΣτΕ 54/2018), δηλαδή με αίτηση αναστολής και αίτηση ακυρώσεως ενώπιον του αρμόδιου δικαστηρίου (άρθρ. 18 παρ. 6 Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών - ΠΔ 39/2017).

Η ανωτέρω υποχρέωση συμμόρφωσης δεν σημαίνει απλώς ότι οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να εκτελούν το ακυρωτικό διατακτικό της απόφασης της ΑΕΠΠ και να αποκαθιστούν τη νομιμότητα σύμφωνα με αυτό. Πέραν τούτου, -δίχως να τους απαγορεύεται να προβαίνουν σε περαιτέρω ενέργειες μετά την έκδοση της ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ-, είναι υποχρεωμένες να λαμβάνουν υπόψη τους το εν λόγω διατακτικό και να απέχουν από κάθε ενέργεια που θα βρισκόταν σε αντίθεση, δηλαδή θα αναιρούσε εν τοις πράγματι, το διατακτικό αυτό.

Ανεξάρτητα από την υποχρέωση συμμόρφωσης της αναθέτουσας αρχής με την ακυρωτική απόφαση της ΑΕΠΠ, η ίδια η φύση της προδικαστικής προσφυγής, η οποία, σύμφωνα με τα άρθρα 346 παρ. 1 και 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, στρέφεται αποκλειστικά κατά μονομερών πράξεων της διαδικασίας που προηγείται της σύναψης της σύμβασης, δεν εμποδίζει την αναθέτουσα αρχή να προβεί στην ανάκληση των εν λόγω πράξεων με μονομερείς πράξεις αντιθέτου περιεχομένου, κάτι βεβαίως που δεν μπορεί να συμβεί αναφορικά με τη συναφθείσα σύμβαση, η κήρυξη της οποίας ως άκυρης για τους λόγους που περιοριστικώς αναφέρονται στο άρθρο 368 του ν. 4412/2016 ανατίθεται αποκλειστικά από το νόμο στην ΑΕΠΠ και ακολούθως στον αρμόδιο δικαστή²¹⁸.

218. Πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 305/2012 σκ. 7.