

**ΠΑΝΤΕΙΟ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ
ΚΟΙΝΩΝΙΚΩΝ ΚΑΙ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΕΠΙΣΤΗΜΩΝ**

**ΤΜΗΜΑ ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ
ΜΕΤΑΠΤΥΧΙΑΚΟ ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ
ΚΑΤΕΥΘΥΝΣΗ: «ΝΟΜΙΚΟΣ ΠΟΛΙΤΙΣΜΟΣ»**

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ

ΚΕΡΑΣΙΩΤΗΣ ΧΡΗΣΤΟΣ

**ΤΙΤΛΟΣ: «Ο ΠΡΟΣΥΜΒΑΤΙΚΟΣ ΕΛΕΓΧΟΣ ΤΩΝ ΔΗΜΟΣΙΩΝ
ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΑΠΟ ΤΟ ΕΛΕΓΚΤΙΚΟ ΣΥΝΕΔΡΙΟ»**



Μέλη τριμελούς Επιτροπής:

- Καθ. Παπαγρηγορίου Βλάσιος
- Καθ. Μαρκαντωνάτου-Σκαλτσά Ανδρομάχη
- Λέκτ. Κουρνούτος Παναγιώτης

ΑΘΗΝΑ 22/06/2009

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

ΕΙΣΑΓΩΓΗ	σελ. 5
-----------------------	--------

ΜΕΡΟΣ ΠΡΩΤΟ:

ΟΥΣΙΑΣΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ ΤΟΥ ΠΡΟΣΥΜΒΑΤΙΚΟΥ ΣΤΑΔΙΟΥ

I. Η έννοια της δημόσιας σύμβασης	σελ. 7
1. Θεωρία περί Δημόσιας Διοίκησης	σελ. 8
2. Νομικό πλαίσιο για τον προσδιορισμό της έννοιας της δημόσιας σύμβασης	σελ. 11
A. Η σύμβαση κατά το κοινό δίκαιο	σελ. 11
B. Το ελάχιστο περιεχόμενο της δημόσιας σύμβασης και τα είδη των Δημοσίων Νομικών Προσώπων κατά το Σύνταγμα	σελ. 12
Γ. Η έννοια της δημόσιας σύμβασης κατά το ουσιαστικό δίκαιο	σελ. 15
i. Η έννοια της αναθέτουσας Αρχής, της δημόσιας Επιχείρησης, του Οργανισμού δημοσίου δικαίου και του δημοσίου Οργανισμού	σελ. 16
ii. Η έννοια του δημοσίου ή ευρύτερου δημοσίου τομέα και του δημοσίου Φορέα	σελ. 19
iii. Ο νομικός ορισμός με βάση το συμβατικό αντικείμενο	σελ. 20
3. Ο νομολογιακής προέλευσης ορισμός της διοικητικής σύμβασης	σελ. 21
II. Κατηγοριοποίηση των δημοσίων συμβάσεων	σελ. 24
1. Κατηγοριοποίηση των δημοσίων συμβάσεων με κριτήριο τον κλάδο του δικαίου που τις διέπει	σελ. 24
2. Κατηγοριοποίηση των δημοσίων συμβάσεων με κριτήριο το συμβατικό τους αντικείμενο	σελ. 25
A. Άμεσα εκτελέσιμες δημόσιες συμβάσεις. Ορισμοί	σελ. 25
i. Δημόσια σύμβαση κατασκευής έργου	σελ. 25
ii. Δημόσια σύμβαση προμήθειας αγαθών	σελ. 27

iii. Δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών	σελ. 28
iv. Δημόσια σύμβαση εκπόνησης μελετών	σελ. 29
v. Σύμβαση παραχώρησης δημόσιας υπηρεσίας ή έργου	σελ. 29
vi. Συμπράξεις δημοσίου και ιδιωτικού τομέα (ΣΔΙΤ)	σελ. 29
vii. Συμπληρωματική σύμβαση	σελ. 30
B. Έμμεσα εκτελέσιμες δημόσιες συμβάσεις. Ορισμοί	σελ. 30
i. Συμφωνία-πλαίσιο	σελ. 30
ii. Προγραμματική σύμβαση	σελ. 30
Γ. Άλλες περιπτώσεις συμβάσεων που συνάπτει η Δημόσια Διοίκηση	σελ. 31
III. Στάδια της δημόσιας σύμβασης	σελ. 32
IV. Προσυμβατικό στάδιο	σελ. 32
1. Ισχύον δίκαιο	σελ. 32
A. Νομικό πλαίσιο που διέπει την προσυμβατική δράση ανάλογα με τον οικονομικό τομέα δραστηριοποίησης του δημόσιου Φορέα	σελ. 33
B. Νομικό πλαίσιο που διέπει την προσυμβατική δράση ανάλογα με το είδος της σύμβασης	σελ. 34
i. Δημόσια σύμβαση κατασκευής έργου	σελ. 34
ii. Δημόσια σύμβαση προμήθειας αγαθών	σελ. 34
iii. Δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών	σελ. 35
iv. Δημόσια σύμβαση εκπόνησης μελετών	σελ. 35
v. Συμπληρωματικές συμβάσεις	σελ. 36
vi. Συμφωνίες-πλαίσιο	σελ. 36
vii. Προγραμματικές συμβάσεις	σελ. 37
2. Γενικό μοτίβο προσυμβατικής δράσης	σελ. 38
A. Προπαρασκευαστικό μέρος. Διαμόρφωση της βούλησης του αναθέτοντος Φορέα	σελ. 38
B. Δεύτερο τμήμα του προσυμβατικού σταδίου. Δημοσιοποίηση της πρόθεσης του δημόσιου Φορέα για σύναψη δημόσιας σύμβασης	σελ. 44
Γ. Ο κυρίως διαγωνισμός ή διαπραγμάτευση	σελ. 47
3. Γενικές αρχές που διέπουν την προσυμβατική διαδικασία των δημοσίων συμβάσεων	σελ. 50

A. Η αρχή της δράσης προς εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος	σελ. 51
B. Αρχή της αποτελεσματικότητας	σελ. 53
Γ. Αρχή της νομιμότητας	σελ. 53
Δ. Θεμελιώδεις κοινοτικές ελευθερίες	σελ. 55
E. Αρχή της αμοιβαίας αναγνώρισης	σελ. 56
ΣΤ. Αρχή της προστασίας του ελεύθερου και πραγματικού ανταγωνισμού ..	σελ. 56
Z. Αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων	σελ. 58
H. Αρχή της διαφάνειας	σελ. 58
Θ. Αρχή της αναλογικότητας	σελ. 60

ΜΕΡΟΣ ΔΕΥΤΕΡΟ: ΤΟ ΔΙΚΑΙΟ ΤΗΣ ΕΛΕΓΚΤΙΚΗΣ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ

I. Το νομικό πλαίσιο του προσυμβατικού ελέγχου	σελ. 62
II. Ο πρωτοβάθμιος έλεγχος	σελ. 73
1. Η νομική φύση των Κλιμακίων και της ελεγκτικής τους εξουσίας	σελ. 73
2. Η διαδικασία ενώπιον των Κλιμακίου	σελ. 75
A. Έναρξη της διαδικασίας	σελ. 75
B. Αρμοδιότητα	σελ. 76
Γ. Εξεύρεση του εφαρμοστέου δικαίου που διέπει το ελεγχόμενο προσυμβατικό στάδιο	σελ. 78
Δ. Πληρότητα του υποβαλλόμενου φακέλου	σελ. 78
E. Έκταση ελέγχου	σελ. 79
i. Διαπίστωση των νομικών πλημμελειών	σελ. 80
α. Η έννοια της νομικής πλημμέλειας στον πρωτοβάθμιο έλεγχο..	σελ. 80
β. Περί του ουσιώδους χαρακτήρα της νομικής πλημμέλειας	σελ. 82
γ. Η αιτιολόγηση των πράξεων των οργάνων της αναθέτουσας Αρχής	σελ. 88
ii. Η εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών	σελ. 89
iii. Οι ουσιαστικές κρίσεις	σελ. 90
iv. Ο παρεμπίπτων έλεγχος	σελ. 92
ΣΤ. Τεχνική του ελέγχου	σελ. 93
3. Η νομική φύση της ελεγκτικής απόφασης του Κλιμακίου	σελ. 94

III. Ο δευτεροβάθμιος έλεγχος	σελ. 96
1. Η νομική φύση του Τμήματος και της προβλεπόμενης διαδικασίας	σελ. 96
2. Η Προδικασία	σελ. 97
Α. Η άσκηση της αίτησης ανάκλησης	σελ. 97
Β. Η νομιμοποίηση για την άσκηση της αίτησης ανάκλησης	σελ. 99
Γ. Η προθεσμία για την άσκηση αίτησης ανάκλησης	σελ. 100
Ε. Η κοινοποίηση της αίτησης ανάκλησης	σελ. 101
ΣΤ. Συμμετοχή μη αιτούντος την ανάκληση στη διαδικασία ενώπιον του Τμήματος	σελ. 102
3. Η κύρια διαδικασία ενώπιον του Τμήματος	σελ. 103
4. Η έκταση του δευτεροβάθμιου ελέγχου	σελ. 105
Α. Η συγγνωστή πλάνη ως λόγος ανάκλησης Πράξης του Κλιμακίου	σελ. 107
5. Η νομική φύση της απόφασης του Τμήματος και οι έννομες συνέπειές της	σελ. 109
IV. Άλλες αρμοδιότητες του Τμήματος	σελ. 111
ΕΠΙΛΟΓΟΣ	σελ. 113
ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ	σελ. 115
ΑΡΘΡΟΓΡΑΦΙΑ	σελ. 118

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Η παρούσα εργασία εκπονείται ως διπλωματική στο πλαίσιο του Μεταπτυχιακού Προγράμματος Σπουδών της κατεύθυνσης «Νομικός Πολιτισμός» του Τμήματος Δημόσιας Διοίκησης του Παντείου Πανεπιστημίου.

Στο πλαίσιο των θεματικών του μεταπτυχιακού προγράμματος εξετάστηκαν νομικά προβλήματα που προκύπτουν από τον «εμβολισμό» της έννομης τάξης από εξωνομικά κανονιστικά συστήματα όπως είναι οι διάφορες ηθικοπολιτικές αρχές οι οποίες αξιώνουν τον παραγκωνισμό ή και την υπέρβαση του νομικού δικαίου ως αποκλειστικού ρυθμιστή της κοινωνικής ζωής. Τελικώς η όλη δομή του μεταπτυχιακού προγράμματος ενείχε μια συνεχή κριτική του υφιστάμενου νομικού συστήματος. Η κριτική αυτή δεν έγινε μόνο με κριτήρια νομικής δογματικής αλλά επεκτάθηκε στο χώρο της νομοθετικής πολιτικής αλλά και κυρίως στην αξιολογία.

Είναι όμως αληθές ότι για την άσκηση αποτελεσματικής και λυσιτελούς κριτικής απαιτείται η επαρκής γνώση του υφιστάμενου νομικού πλαισίου που άπτεται διαφόρων τομέων της κοινωνικής ζωής. Η παρούσα ικανοποιεί την ανάγκη μιας πρώτης γνωστικής προσέγγισης ενός συγκεκριμένου τρόπου εμπλοκής του Κράτους στην οικονομική ζωή και του νομικώς προβλεπόμενου ελέγχου επ' αυτού.

Η συμμετοχή του Κράτους στην οικονομική ζωή αποτελεί μια κοινωνική πραγματικότητα. Ειδικότερα, μορφή άσκησης παροχικής ή και συναλλακτικής διοίκησης αποτελεί η κατάρτιση δημοσίων συμβάσεων.

Ο τομέας των δημοσίων συμβάσεων αποτελεί πεδίο δοκιμής της ικανότητας των οργάνων διοίκησης των Φορέων της Δημόσιας Διοίκησης να τηρούν την αρχή της νομιμότητας. Άλλωστε η Διοίκηση, με βάση το Σύνταγμα, δεν αρκεί να δρα προς χάριν εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος αλλά οφείλει να υπακούει στις επιταγές του νόμου, ο οποίος ορίζει το δημόσιο συμφέρον και ο οποίος αποτελεί, εν τέλει, τη βούληση του κυρίαρχου Λαού.

Περαιτέρω ένα από τα βασικά πολιτικά προτάγματα στη σύγχρονη εποχή αποτελεί η διαφάνεια στη λειτουργία της Κράτους και κυρίως στο πλαίσιο της άσκησης της εκτελεστικής διοικητικής εξουσίας. Είναι χαρακτηριστικές οι λέξεις «μίζα», «διαπλοκή», «λαμόγιο», «στημένοι διαγωνισμοί», «φωτογραφικές προκηρύξεις», «κουκούλωμα», «δικοί μας», «κουμπάροι» ως μερικές μόνο από όσες «στολίζουν» το σύγχρονο λεξιλόγιο δια του οποίου ασκείται κριτική στον υφιστάμενο τρόπο δράσης των οργάνων της Δημόσιας Διοίκησης.

Έχοντας υπόψη ότι η διαχείριση του δημοσίου χρήματος ξεκινά από τις πράξεις που κατατείνουν στην εκταμίευσή του και δημιουργούν υποχρεώσεις έναντι άλλων προσώπων και ότι ο έλεγχος της τήρησης των θεσπιζομένων διαδικασιών προ της σύναψης μιας δημόσιας σύμβασης έχει τεράστια σημασία καθότι αποτελεί τον τρόπο σχηματισμού της βούλησης των Φορέων της Δημόσιας Διοίκησης, αρχικώς, ο τυπικός Νομοθέτης και εν συνεχεία ο συντακτικός κατέστησαν για τον έλεγχο αυτό υπεύθυνο και το Ελεγκτικό Συνέδριο που αποτελεί το αποκλειστικής αρμοδιότητας δημοσιονομικό Δικαστήριο της ελληνικής Πολιτείας

Αντικείμενο της παρούσης εργασίας αποτελεί η μελέτη της διαδικασίας και του περιεχομένου του ελέγχου που πραγματοποιεί το Ελεγκτικό Συνέδριο (Στο εξής ΕΣ) επί των προσυμβατικών ενεργειών κάποιων δημοσίων συμβάσεων.

ΜΕΡΟΣ ΠΡΩΤΟ: ΟΥΣΙΑΣΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ ΤΟΥ ΠΡΟΣΥΜΒΑΤΙΚΟΥ ΣΤΑΔΙΟΥ

Ι. Η έννοια της δημόσιας σύμβασης

Ο Νομοθέτης, η ελληνική νομική θεωρία και νομολογία δεν έχουν καταλήξει σε έναν ευρείας αποδοχής και εφαρμογής ορισμό της δημόσιας σύμβασης. Η ανάγκη προσδιορισμού της έννοιας δημόσιας σύμβασης απορρέει κυρίως από την ευρύτατη γραμματική διατύπωση του άρθρου 98 παρ. 1 περ. β' του Συντάγματος (Στο εξής Συν/τος) το οποίο ορίζει ότι στην αρμοδιότητα του Δικαστηρίου αυτού, μεταξύ άλλων, ανήκει «*Ο έλεγχος συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας στις οποίες αντισυμβαλλόμενος είναι το Δημόσιο ή άλλο νομικό πρόσωπο που εξομοιώνεται με το Δημόσιο από την άποψη αυτή, όπως νόμος ορίζει.*».

Στην παρούσα μελέτη για τον ορισμό της δημόσιας σύμβασης λαμβάνεται υπόψη το ισχύον δίκαιο που διέπει άμεσα ή έμμεσα την προσυμβατική διαδικασία, η παγιωθείσα νομολογία περί ορισμού της διοικητικής σύμβασης και η κρατούσα θεωρία περί Δημόσιας Διοίκησης¹.

1. Για την κατανόηση της έννοιας της δημόσιας σύμβασης είναι αναγκαία η υπενθύμιση της γενικής θεωρίας περί νομικού προσώπου. Κάθε λοιπόν νομικό πρόσωπο είναι δημιούργημα του νόμου. Το ίδιο συμβαίνει και με το Δημόσιο (Κράτος υπό στενή έννοια). Το Κράτος στην ευρεία έννοιά του (Πολιτεία) καθίσταται φορέας εξουσίας, οντολογικά, εξωνομικά, αφ' ης της εκχώρησης φυσικής εξουσίας από τους ανθρώπους σε κάποιο ή κάποια άλλα φυσικά πρόσωπα. Από τη στιγμή που το Κράτος δέχεται την υποταγή του σε κανόνες και τη συνακόλουθη συγκρότηση έννομης τάξης, με κυρίαρχο νομικό κείμενο το Σύνταγμα, το Κράτος αποτελεί υποκείμενο δικαίου. Το γεγονός αυτό το καθιστά νομικό πρόσωπο. Βέβαια στο βαθμό που υιοθετείται, συμφωνείται μεταξύ λαού και Κράτους, η άσκηση των τριών βασικών λειτουργιών από διαφορετικά φυσικά πρόσωπα, υποκείμενα δικαίου αποτελούν και επιμέρους άτομα ή σύνολα ατόμων που ασκούν εκάστη λειτουργία. Έτσι τα όργανα που ασκούν τη διοικητική λειτουργία συναποτελούν την έννοια του Δημοσίου και τους αναγνωρίζεται νομική προσωπικότητα.

Είναι σαφές ότι το Δημόσιο διαφοροποιείται οντολογικά από ένα ιδιώτη εκτός του ότι είναι φορέας ασύγκριτα μεγαλύτερης εξουσίας (κυριαρχίας), πρόσθετα, διότι είναι υποκείμενο οντολογικά κατάλληλο να ικανοποιήσει το κοινό συμφέρον εν αντιθέσει με τα φυσικά πρόσωπα ή τις ενώσεις τους που τείνουν να επιδιώκουν το δικό τους συμφέρον.

Η ίδρυση ενός νομικού προσώπου γίνεται με δύο τρόπους. Είτε ρητά, πανηγυρικά, και με καθολικότητα ως προς το εύρος των βιοτικών σχέσεων στις οποίες του αναγνωρίζεται ικανότητα να λειτουργεί με αυτοτέλεια και αυτοπροσδιοριστικότητα αναλαμβάνοντας δικαιώματα και υποχρεώσεις, είτε έμμεσα, με το να του χορηγείται ικανότητα δικαίου για ορισμένη σχέση. Τέτοια περίπτωση στην ελληνική έννομη τάξη αποτελεί η Κοινοπραξία.

Καθοριστικής, επίσης, σημασίας για τον προσδιορισμό της νομικής φύσης ενός νομικού προσώπου είναι το ποιος φέρει τη πρωτοβουλία για τη γέννησή του. Έτσι υπάρχει περίπτωση την πρωτοβουλία να την έχει το Δημόσιο και περίπτωση να την έχουν οι ιδιώτες.

Άλλη διάκριση των νομικών προσώπων έχει κριτήριο το σκοπό της ύπαρξής τους και της δράσης τους. Στη μια κατηγορία ανήκουν τα νομικά πρόσωπα που έχουν αποκλειστικό σκοπό την ικανοποίηση των ιδιωτικών συμφερόντων. Χαρακτηριστική περίπτωση είναι η επίτευξη οικονομικού κέρδους. Στην άλλη ανήκουν τα νομικά πρόσωπα με κοινωφελή σκοπό.

Επισημαίνεται ότι η διάκριση και αποσαφήνιση των κάτωθι διαπραγματευόμενων όρων είναι εξαιρετικά σημαντική αφενός για τον καθορισμό της αρμοδιότητας του ΕΣ για τον προσυμβατικό έλεγχο και αφετέρου για την επιλογή του εφαρμοστέου δικαίου τόσο για τις ενέργειες που προηγούνται της σύναψης όσο και για το στάδιο της κατάρτισης και εκτέλεσης των δημοσίων συμβάσεων.

1. Θεωρία περί Δημόσιας Διοίκησης²

Σύμφωνα λοιπόν με την κρατούσα ελληνική νομική θεωρία³ ένα νομικό πρόσωπο είναι δημόσιο (Στο εξής ΔΝΠ) και ως εκ' τούτου ανήκει στην υπό ευρεία έννοια Δημόσια Διοίκηση, ανεξάρτητα από τον αν ο νόμος το εξοπλίζει με τη δύναμη να θέτει μονομερώς κανόνες δικαίου (Η αλλιώς να δεσμεύει τη βούληση άλλων προσώπων με μόνη τη δήλωση της δικής του βούλησης), εφόσον είτε ιδρύεται με πρωτοβουλία των πολιτειακών οργάνων της εκτελεστικής εξουσίας δια ουσιαστικού νόμου⁴, είτε ακόμα και αν ιδρύεται με ιδιωτική πρωτοβουλία η λειτουργία του στηρίζεται σε δημόσια περιουσία⁵ και σε κάθε περίπτωση έχει σκοπό την διεξαγωγή υποθέσεως κοινού ενδιαφέροντος (Με άλλες λέξεις την κάλυψη ανάγκης που κρίνεται δια νόμου γενικού συμφέροντος).

Έτσι η υπό ευρεία έννοια Δημόσια Διοίκηση περιλαμβάνει το Δημόσιο, τους Οργανισμούς Τοπικής Αυτοδιοίκησης (Στο εξής ΟΤΑ)^{5Α}, τα νομικά πρόσωπα ειδικών

Τέλος τα νομικά πρόσωπα διακρίνονται σε σχέση με αν προέχει για τον αυτοπροσδιορισμό τους η περιουσία τους ή η ενότητα των φυσικών προσώπων.

2. Ο όρος «δημόσια διοίκηση» αναφέρεται τόσο σύνολο των νομικών προσώπων ή/και των οργάνων που την απαρτίζουν (οργανική έννοια) όσο και στο σύνολο των ενεργειών (πράξεων) που συνθέτουν τη λειτουργία του διοικείν (λειτουργική έννοια). Για λόγους μεθοδολογικής ευκρίνειας η αναφορά στη δημόσια διοίκηση ως οργανικό σύστημα νομικών προσώπων διατυπώνεται στο εξής με κεφαλαία γράμματα.

3. Βλ. Επαμ. Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου Ι, 12^η εκδ., Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2007, σελ. 25-27, Αντώνης Μακρυδημήτρης, Δημόσια Διοίκηση-Στοιχεία διοικητικής οργάνωσης, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2006, σελ. 297 και 299-300.

4. Αν και κάθε νομικό πρόσωπο είναι πλασματικό δημιούργημα του νόμου υπάρχει διαφοροποίηση από το αν αυτό γεννάται με πρωτοβουλία φυσικού προσώπου ή ένωσης αυτών ή αν γεννάται από τη βούληση των οργάνων της εκτελεστικής εξουσίας, έστω και κατά πλειοψηφία. Πράγματι, για παράδειγμα, και η ίδρυση Ιδρύματος, με βάση το άρθρο 108 του ΑΚ, προϋποθέτει την έκδοση ΠΔ. Όμως το ποιητικό αίτιο αυτού είναι η βούληση του ιδρυτή, ο οποίος μπορεί να είναι και ιδιώτης, ως και είθισται.

5. Ως δημόσια δε περιουσία νοείται η συσταθείσα από τη συνεισφορά όλων των υπηκόων μιας Πολιτείας και κατά κύριο λόγο αποτελεί ρυθμιστέο αντικείμενο του Κρατικού προϋπολογισμού.

5^Α. Οι ΟΤΑ είναι ΝΠΔΔ όπως άλλωστε επιτάσσει και το Σύνταγμα με επιχείρημα από τη γραμματική διατύπωση της παρ. 1 του άρθρου 56. Βλ. Επαμ. Π. Σπηλιωτόπουλος, ο.π., σελ. 323. Ο πρώτος βαθμός διέπεται από το Ν. 3463/06 (ΦΕΚ 114 Α'/8.6.2006) με τίτλο «Κύρωση του Κώδικα Δήμων και Κοινοτήτων» και ο δεύτερος από το ΠΔ 30/96 (ΦΕΚ Α' 21) με τίτλο «Κωδικοποίηση σε ενιαίο κείμενο

σκοπών που διέπονται καταρχήν από το δημόσιο δίκαιο⁶ (Στο εξής ΝΠΔΔ όπως π.χ. είναι ο ΟΑΕΔ, το ΙΚΑ και ο ΟΑΕΕ) και τα ιδρυόμενα με νόμο και δημόσια περιουσία νομικά πρόσωπα ειδικών σκοπών κοινού ενδιαφέροντος που διέπονται καταρχήν από το ιδιωτικό δίκαιο {Στο εξής ΔΝΠΔ όπως π.χ. είναι η ιδρυόμενη με το Ν. 3082/02 (ΦΕΚ 316 Α'/16.12.2002) "Διεθνής Ικάριος Αεραθλητική Ακαδημία" και το ιδρυόμενο με το Ν. 272/76 (ΦΕΚ 50 Α'/6.3.1976) "Ινστιτούτο Γεωλογικών και Μεταλλευτικών Ερευνών".}⁷. Επίσης ΔΝΠ συνιστούν και τα ΔΝΠΔ που λειτουργούν με τη μορφή των ανωνύμων εταιρειών και διέπονται από τις διατάξεις των ιδρυτικών τους νόμων, τον γενικής εφαρμογής Ν. 3429/05 (ΦΕΚ 314 Α'/27.12.2005) και το οικείο ιδιωτικό δίκαιο⁸. Είναι οι λεγόμενες δημόσιες Εταιρείες⁹.

Στην κατηγορία των ΔΝΠ ανήκουν και κάποιες από τις λεγόμενες «Επιχειρήσεις μικτής οικονομίας»¹⁰. Οι τελευταίες είναι ανώνυμες Εταιρείες στο κεφάλαιο και τη διοίκηση των οποίων μετέχουν ΔΝΠ και ιδιώτες. Από αυτές υπάγονται στην κατηγορία των ΔΝΠ μόνο εκείνες που είτε η συμμετοχή των άλλων ΔΝΠ στο κεφάλαιο τους υπερβαίνει αυτή των ιδιωτών είτε κάποιο (ή κάποια) ΔΝΠ εξασφαλίζει την πλειοψηφία

νόμου με τίτλο "Κώδικας Νομαρχιακής Αυτοδιοίκησης" των ισχυουσών διατάξεων για τη Νομαρχιακή Αυτοδιοίκηση».

6. Το διοικητικό δίκαιο είναι ευρύτερο του δημοσίου. Το τελευταίο δεν περιέχει όλους τους κανόνες που ρυθμίζουν τη δράση της Δημόσιας Διοίκησης αλλά μόνο εκείνους που αφορούν στην άσκηση δημόσιας εξουσίας από τους Φορείς της. Για την οριοθέτηση του δημοσίου δικαίου βλ. Βλάσιος Ι. Παπαρηγορίου, Εισηγήσεις Διοικητικού Δικαίου, τευχ. 1, 3^η εκδ., Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2006, σελ. 6-7. Στον ίδιο η Δημόσια Διοίκηση υπό ευρεία έννοια περιλαμβάνει το Δημόσιο και τα ΝΠΔΔ ενώ η ένταξη σ' αυτή και άλλων ΔΝΠ που διέπονται καταρχήν από το ιδιωτικό δίκαιο και έχουν ως κύρια αρμοδιότητα την συναλλακτική διοίκηση νοσηματοδοτεί την υπό ευρύτερη έννοια Δημόσια Διοίκηση, σελ. 126 και 129-130.

7. Για την διάκριση των ΔΝΠΔ σε επιχειρηματικής ή απλώς παραγωγικής φύσης και σε ιδρυματικού ή σωματειακού χαρακτήρα Βλ. Επαμ. Π. Σπηλιωτόπουλος, ο.π., σελ. 380-381 και 386-388. Όσα ΔΝΠΔ ασκούν επιχείρηση αναφέρονται ως δημόσιες Επιχειρήσεις. Η άσκηση επιχειρηματικής δραστηριότητας από μια δημόσια Επιχείρηση διαφέρει από την άσκηση απλής παραγωγικής κατά το ότι επιδιώκει έμμεσα ή άμεσα να επηρεάσει την οικονομία της αγοράς.

8. Βασικά αυτό που θεμελιώνεται στο νέο Ν. 3604/07 (ΦΕΚ 189 Α'/8.8.2007) ο οποίος αντικατέστησε τον προγενέστερο, και αρκετές φορές τροποποιημένο, Ν. 2190/20 περί Ανωνύμων Εταιρειών (ΦΕΚ 37 Α').

9. Βλ. Επαμ. Π. Σπηλιωτόπουλος, ο.π., σελ. 390-392. Επισημαίνεται ότι η πλειονότητα των ΔΝΠΔ επιχειρηματικής φύσης έχουν μετατραπεί σε δημόσιες εταιρείες είτε με το κεφάλαιο τους να ενσωματώνεται σε μία μετοχή όπως π.χ. είναι η ΚΕΔ, ο ΕΛΟΤ, η ΔΕΠΑΝΟΜ και ο ΟΣΚ, είτε ως πολυμετοχικές όπως είναι π.χ. ο ΟΑΣΑ και η ΕΡΤ.

10. Βλ. Επαμ. Π. Σπηλιωτόπουλος, ο.π., σελ. 394-397. Με παρόμοια προσέγγιση στο Ιωάννης Τζεβελεκάκης, «Μια εφαρμογή της θεωρίας των διφυσών νομικών προσώπων», σε: *Τιμητικός Τόμος για τα 170 χρόνια του Ελεγκτικού Συνεδρίου*, 2004, σελ. 921-925 καθορίζεται το πλάτος της έννοιας του όρου «εξομοιούμενα» προς το Δημόσιο νομικά πρόσωπα του επίμαχου άρθρου του Συν/τος.

στα όργανα διοίκησης της ανώνυμης Εταιρείας¹¹. Στην περίπτωση των Επιχειρήσεων μικτής οικονομίας για τον χαρακτηρισμό τους ως ΔΝΠ κρίσιμο κριτήριο, τελικώς, αποτελεί σε ποιον ανήκει η διοικητικός έλεγχος της Επιχείρησης.

Ζήτημα, στο οποίο η κρατούσα θεωρία δεν απαντά άμεσα, τίθεται με τα ΔΝΠΔ, ανεξαρτήτως της νομικής τους μορφής, τα οποία δραστηριοποιούνται στον εμπορικό, περιλαμβανομένου του πιστωτικού, και το βιομηχανικό τομέα. Τούτο διότι η άσκηση εμπορικής και βιομηχανικής δραστηριότητας είναι συνυφασμένη με την πρόταξη του κέρδους κάτι που δεν συμβιβάζεται με την άσκηση δημόσιας υπηρεσίας¹². Επίσης πρόβλημα αποτελεί ο κατά παραχώρηση ιδιώτης ασκών δημόσια υπηρεσία και τα ΝΠΔ που ιδρύθηκαν τη πρωτοβουλία ιδιωτών αλλά παρά ταύτα λειτουργούν με δημόσια περιουσία ή/και με προνόμια του Δημοσίου ή των ΝΠΔΔ. Ως προνόμια νοούνται και οι κανόνες που προστατεύουν ή εξασφαλίζουν τη μονοπωλιακή θέση μιας Επιχείρησης στην αγορά.

Είναι δογματικά ορθό να γίνει δεκτό ότι σε κάθε περίπτωση όπου σε ΔΝΠΔ ή ακόμα και ιδιώτη χορηγείται δημόσια εξουσία για την άσκηση συγκεκριμένης αρμοδιότητας αυτό καθίσταται διφυές και ως εκ' τούτου κατά την άσκηση των σχετικών αρμοδιοτήτων συνιστά διοικητική Αρχή.

Επίσης είναι συνεπές με βάση την λειτουργική θεώρηση της κρατούσας άποψης να γίνει δεκτό ότι ένα ΝΠΔ το οποίο:

α) ανεξαρτήτως εάν έχει τη μορφή δημόσιας ανώνυμης Εταιρείας ή Επιχείρησης μικτής οικονομίας, δραστηριοποιείται στον εμπορικό ή βιομηχανικό τομέα της οικονομίας ή

β) στα όργανα διοίκησής του ή στη μετοχική του σύνθεση ή στην άσκηση μετοχικών δικαιωμάτων πλειοψηφούν ιδιώτες ή

11. Βλ. Επαμ. Π. Σπηλιωτόπουλος, ο.π., σελ. 396-397, παρ. 378.

12. Βλ. Προδρ. Δ. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σελ. 9-13 όπου με ανάλογη θεώρηση αναφέρεται ότι στις περιπτώσεις αυτές υπερισχύει η συναλλακτική μορφή διοίκησης όπου έχει άμεσο σκοπό το οικονομικό όφελος και όχι την εξασφάλιση της παροχής. Σε κάθε περίπτωση δεν ισχύουν οι δημοσίου δικαίου αρχές της συνέχειας των δημοσίων υπηρεσιών, της καθολικότητας, της οικονομικότητας, της προσαρμοστικότητας, της ουδετερότητας και της ισότητας αλλά αντίθετα διέπονται από τους κανόνες της οικονομίας της αγοράς και το συναφές ιδιωτικό δίκαιο. Βλ. Επαμ. Π. Σπηλιωτόπουλος, ο.π., σελ. 29, υπ. 3.

γ) η έννομη τάξη δεν του εξασφαλίζει όρους μονοπωλιακής δράσης ή δεν του χορηγεί δημόσια εξουσία δεν αποτελεί ΔΝΠ και συνεπώς δεν υπάγεται στη Δημόσια Διοίκηση υπό ευρεία έννοια.

Όσον αφορά τον κατά παραχώρηση ασκών δημόσια υπηρεσία κείται εκτός Δημόσιας Διοίκησης εκτός αν ασκεί και δημόσια εξουσία έστω και για μερικές μόνο δραστηριότητες¹³.

Σύμφωνα με τα παραπάνω υπάγονται στην υπό ευρεία έννοια Δημόσια Διοίκηση η ΔΕΗ ΑΕ όπου το 52% των μετοχών ανήκει στο Ελληνικό Δημόσιο, η ΕΥΔΑΠ ΑΕ με το 61% των μετοχών της να ανήκει στο Ελληνικό Δημόσιο και το 15% σε ιδιώτες, η ΔΕΠΑ ΑΕ με το Ελληνικό Δημόσιο να συμμετέχει στο κεφάλαιο της εταιρείας με 65%. Επίσης ΔΝΠ αποτελούν η Εταιρεία Παροχής Αερίου Θεσ/κης όπου το 51% των μετοχών της ανήκει στην ΕΔΑ (Θυγατρική κατά 100% της ΔΕΠΑ) και ο Διεθνής Αερολιμένας Αθηνών με το 55% των μετοχών της να ανήκει στο Ελληνικό Δημόσιο.

Αντίθετα εκτός Δημόσιας Διοίκησης βρίσκονται ο ΟΤΕ ΑΕ όπου το Ελληνικό Δημόσιο κατέχει το 25% των μετοχών και η ΕΛΛΗΝΙΚΑ ΠΕΤΡΕΛΑΙΑ ΑΕ με το σχετικό ποσοστό του Δημοσίου να ανέρχεται στο 36%, υπό την επιφύλαξη ύπαρξης μονοπωλιακού καθεστώτος. Επίσης εκτός Δημόσιας Διοίκησης είναι η Ελληνική Βιομηχανία Ζαχάρεως, η Ελληνική Αεροπορική Βιομηχανία, η Εθνική Τράπεζα, η Αγροτική Τράπεζα και η Τράπεζα της Ελλάδος. Η τελευταία πάντως είναι διφυές νομικό πρόσωπο.

2. Νομικό πλαίσιο για τον προσδιορισμό της έννοιας της δημόσιας σύμβασης

Α. Η σύμβαση κατά το κοινό δίκαιο

Κατά τη γενική περί συμβάσεως θεωρία, η οποία εν πολλοίς απορρέει από τις γενικές αρχές δικαίου που ενσωματώνονται στα άρθρα 185-200 του ελληνικού Αστικού Κώδικα (Στο εξής ΑΚ) γίνεται δεκτό ότι σύμβαση είναι η σύμπτωση δύο δηλώσεων βούλησης διαφορετικών συμφερόντων επιδιωκόντων το ίδιο έννομο αποτέλεσμα. Η χρονικώς προτεραία δικαιοπραξία ονομάζεται πρόταση και η επόμενη αποδοχή. Προ της καταρτίσεως διακρίνεται στάδιο διαπραγματεύσεων το οποίο κατατείνει στην οριστικο-

13. Βλ. Επαμ. Π. Σπηλιωτόπουλος, ο.π., σελ. 399.

ποίηση της πρότασης και της αποδοχής¹⁴.

Ενίστε το στάδιο των διαπραγματεύσεων ξεκινά με την εκδήλωση ενδιαφέροντος για σύναψη σύμβασης και την πρόσκληση υποβολής πρότασης¹⁵. Η πρόσκληση αυτή επιδιώκει την επιλογή της πιο συμφέρουσας πρότασης εκ' μέρους των ενδιαφερομένων και είναι δυνατό να διακριθεί σε τρία υποστάδια. Το πρώτο αφορά στο σχηματισμό και στη μορφοποίηση της πρόσκλησης, το δεύτερο στη δημοσιοποίησή της και το τρίτο στη διαδικασία επιλογής του αντισυμβαλλόμενου που αποτελεί και την αμιγώς διαπραγματευτική διαδικασία.

Β. Το ελάχιστο περιεχόμενο της δημόσιας σύμβασης και τα είδη των ΔΝΠ κατά το Σύνταγμα

Για την ακριβή οριοθέτηση της έννοιας δημόσιας σύμβασης εκτός της γενικής θεωρίας περί συμβάσεως και της ανωτέρω συνταγματικής διάταξης χρήσιμες είναι και οι κάτωθι ρυθμίσεις:

Έτσι σύμφωνα με το άρθρο 14 παρ. 9 εδ. δ' του Συν/τος *«Η ιδιότητα του ιδιοκτήτη, του εταίρου, του βασικού μετόχου ή του διευθυντικού στελέχους επιχείρησης μέσων ενημέρωσης είναι ασυμβίβαστη με την ιδιότητα του ιδιοκτήτη, του εταίρου, του βασικού μετόχου ή του διευθυντικού στελέχους επιχείρησης που αναλαμβάνει έναντι του Δημοσίου ή νομικού προσώπου του ευρύτερου δημόσιου τομέα την εκτέλεση έργων ή προμηθειών ή την παροχή υπηρεσιών»*. Επίσης στο Τμήμα ΣΤ' Κεφάλαιο Δεύτερο του Συν/τος που τιτλοφορείται *«Υπηρεσιακή κατάσταση των οργάνων της διοίκησης»* στο άρθρο 103 παρ. 7 εδ. α' ορίζεται ότι *«Η πρόσληψη υπαλλήλων στο Δημόσιο και στον ευρύτερο δημόσιο τομέα, όπως αυτός καθορίζεται κάθε φορά, πλην των περιπτώσεων της παραγράφου 5, γίνεται είτε με διαγωνισμό είτε με επιλογή σύμφωνα με προκαθορισμένα και αντικειμενικά κριτήρια και υπάγεται στον έλεγχο ανεξάρτητης αρχής, όπως νόμος ορίζει»* και στο άρθρο 104 παρ. 3 ότι *«Δεν απαιτείται προηγούμενη άδεια για να εισαχθούν σε δίκη δημόσιοι υπάλληλοι, καθώς και υπάλληλοι οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλων νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου»*. Περαιτέρω στο άρθρο

14. Βλ. Παναγιώτης Λαδάς, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου II, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2009, σελ. 210 και 278-279.

15. Βλ. ο.π., σελ. 344-348.

106 παρ. 3 ορίζεται ότι «*Με την επιφύλαξη της προστασίας που παρέχεται από το άρθρο 107 ως προς την επανεξαγωγή κεφαλαίων εξωτερικού, μπορεί να ρυθμίζονται με νόμο τα σχετικά με την εξαγορά επιχειρήσεων ή την αναγκαστική συμμετοχή σ' αυτές του Κράτους ή άλλων δημόσιων φορέων, εφόσον οι επιχειρήσεις αυτές έχουν χαρακτήρα μονοπωλίου ή ζωτική σημασία για την αξιοποίηση των πηγών του εθνικού πλούτου, ή έχουν ως κύριο σκοπό την παροχή υπηρεσιών στο κοινωνικό σύνολο.*».

Εξαιρετική ερμηνευτική αξία για την ειδολογική νομική ταξινόμηση των νομικών προσώπων που η θεωρία χαρακτηρίζει ως δημόσια έχουν οι διατάξεις των άρθρων 56 παρ. 1, 3 περ. α) και δ) και 57 παρ. 1 εδ. α' και β' του Συν/τος. Στις διατάξεις αυτές ρυθμίζονται τα κωλύματα ανακήρυξης και εκλογής φυσικών προσώπων ως βουλευτών καθώς και τα ασυμβίβαστα με τη βουλευτική ιδιότητα καθήκοντα. Στις εν λόγω διατάξεις ο συντακτικός Νομοθέτης διακρίνει μεταξύ Δημοσίου, ΝΠΔΔ σωματειακού ή μη χαρακτήρα, Κρατικών ΝΠΔΔ, δημοσίων Επιχειρήσεων, Επιχειρήσεων των ΟΤΑ και Επιχειρήσεων τη διοίκηση των οποίων ορίζει άμεσα ή έμμεσα το Δημόσιο με διοικητική πράξη ή ως μέτοχος. Είναι χαρακτηριστική η διατύπωση ότι για την εφαρμογή της παρ. 1 του άρθρου 57 «*...με το Δημόσιο εξομοιώνονται οι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης, τα άλλα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου, τα κρατικά νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου, οι δημόσιες επιχειρήσεις, οι επιχειρήσεις των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης και οι άλλες επιχειρήσεις τη διοίκηση των οποίων ορίζει άμεσα ή έμμεσα το Δημόσιο με διοικητική πράξη ή ως μέτοχος.*».

Από τις ανωτέρω διατάξεις καθίσταται σαφές ότι το Σύνταγμα διακρίνει μεταξύ Δημοσίου, νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου και Φορέα υπαγόμενου στον ευρύτερο δημόσιο τομέα. Ο όρος «Κράτος» χρησιμοποιείται και με στενή έννοια για να δηλώσει το νομικό πρόσωπο του Δημοσίου ενώ ο όρος «δημόσιος Φορέας» φαίνεται συνώνυμος του νομικού προσώπου που υπάγεται στον ευρύτερο δημόσιο τομέα. Επίσης φαίνεται ο συνταγματικός Νομοθέτης να ομονοεί με τη λειτουργική προσέγγιση της κλασικής θεωρίας περί Δημόσιας Διοίκησης.

Ζητούμενο, που άπτεται του γνωστικού αντικειμένου της παρούσης, παραμένει η ευρύτητα του όρου «νομικό πρόσωπο που εξομοιώνεται με το Δημόσιο». Πάντως η γραμματική διατύπωση της διάταξης του άρθρου 98 παρ. 1 εδ. β' του Συν/τος επιτρέπει ευχερώς τη διαπίστωση ότι δημόσια σύμβαση δεν είναι μόνο αυτή που συνάπτει το

Δημόσιο (Άλλως υπό στενή έννοια Κράτος). Ταυτόχρονα η διάταξη αυτή περιορίζει τον ουσιαστικό Νομοθέτη ως προς την υπαγωγή στον έλεγχο του ΕΣ εκείνων μόνο των συμβάσεων που συνάπτονται από Φορείς οι οποίοι εξομοιώνονται με το Δημόσιο.

Για την εξεύρεση των κριτηρίων της κατά τα ανωτέρω ζητούμενης εξομοίωσης η περιπτωσιολογική αναφορά του άρθρου 57 παρ. 1 εδ. β' του Συν/τος δεν είναι επαρκής. Προαπαιτείται η αποσαφήνιση των ιδίων χαρακτηριστικών του Κράτους υπό στενή έννοια.

Το Δημόσιο με βάση το Σύνταγμα και τους σχετικούς νόμους που διέπουν την οργάνωση και τη δράση του διαφοροποιείται από ένα ιδιώτη ως προς δύο στοιχεία. Το πρώτο είναι η δυνατότητα άσκησης δημόσιας εξουσίας. Το δεύτερο είναι η δράση χάριν εξυπηρέτησης του δημοσίου ή, με άλλη διατύπωση, του γενικού ή κοινού κοινωνικού συμφέροντος. Σε κάθε περίπτωση η πρόσδοση σε κάποιο νομικό πρόσωπο της δύναμης να ασκεί δημόσια εξουσία το καθιστά ΝΠΔΔ ή τουλάχιστον διφυές υπό την έννοια ότι το νομικό αυτό πρόσωπο διαθέτει δημόσια εξουσία για ορισμένες μόνος δράσεις. Επισημαίνεται επίσης ότι ο ρητός νομικός χαρακτηρισμός ενός νομικού προσώπου ως ΝΠΔΔ ενέχει την άσκηση αρμοδιοτήτων χάριν εξυπηρέτησης δημοσίου συμφέροντος. Έτσι όταν ο ουσιαστικός νόμος ιδρύει ένα ΝΠΔΔ αποτελεί *sine qua non* η αναγωγή του σκοπού του σε δημόσιο σκοπό. Είναι λοιπόν σαφές ότι τα ΝΠΔΔ ικανοποιούν τα ανωτέρω αναφερόμενα κριτήρια της εξομοίωσης με το Δημόσιο.

Πρέπει ωστόσο να σημειωθεί ότι η έννομη τάξη επιτρέπει στο Δημόσιο και τα ΝΠΔΔ να λειτουργούν και ως ιδιώτες. Αυτό σημαίνει ότι μπορεί να δρουν, σε κάποιες περιπτώσεις¹⁶, αφενός μεν με πρωταρχικό σκοπό την αύξηση της περιουσίας που τους ανήκει κατά κυριότητα (ταμειντικός σκοπός) και αφετέρου ισότιμα με τους άλλους ιδιώτες.

Με βάση τα ανωτέρω είναι βάσιμα υποστηρίξιμο ότι η σύμβαση που συνάπτει το Δημόσιο ή ένας ΟΤΑ ή ένα ΝΠΔΔ ειδικού σκοπού και έχει ως άμεσο τελικό στόχο την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος είναι δημόσια. Αντίθετα εάν η σύμβαση έχει

16. Βασική αποστολή του Δημοσίου και των ΝΠΔΔ είναι η παροχή δημόσιας υπηρεσίας, δηλαδή η παροχή αγαθών ή υπηρεσιών προς τους πολίτες για την ικανοποίηση βασικών αναγκών τους όπως είναι π.χ. η κοινωνική ασφάλιση, η υγεία, η εκπαίδευση, η τηλεπικοινωνία και η παροχή ηλεκτρικής ενέργειας αλλά και η ρύθμιση τομέων της κοινωνικής ζωής. Ο καθορισμός μιας βιοτικής ανάγκης ως ζωτικής σημασίας για όλους τους διοικούμενους γίνεται από την έννομη τάξη.

ταμειακό σκοπό, όπως είναι οι συμβάσεις διαχείρισης της ιδιωτικής τους περιουσίας, δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως δημόσια.

Το αμέσως επόμενο ερώτημα είναι εάν μπορεί ΔΝΠΔ να συνάπτει δημόσια σύμβαση. Συναφώς συνεξετάζεται και εάν ο ευρύτερος δημόσιος τομέας περιλαμβάνει και Φορείς που δεν υπάγονται στην υπό ευρεία έννοια Δημόσια Διοίκηση. Επ' αυτού καθοριστική σημασία έχουν οι κάτωθι σχετικοί νομικοί ορισμοί.

Γ. Η έννοια της δημόσιας σύμβασης κατά το ουσιαστικό δίκαιο

Νομικός ορισμός της δημόσιας σύμβασης απαντάται στο άρθρο 2 παρ. 2. α) του ΠΔ 60/07 (ΦΕΚ 64 Α'/16.3.2007) με το οποίο ενσωματώθηκε στην ελληνική έννομη τάξη το άρθρο 1 παρ. 1. α) της Οδηγίας 2004/18/EK (ΕΕ L 134 της 30.4.2004 σελ. 0114-0240). Σύμφωνα με το άρθρο αυτό δημόσιες συμβάσεις είναι 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 ...*». Όμοιος ορισμός δίνεται και στο άρθρο 1 παρ. 1 του Ν. 3316/05 (ΦΕΚ 42 Α'/22.2.05 – Διορθ. σφαλμ. στο ΦΕΚ 85 Α'/7.4.05) «*Ανάθεση και εκτέλεση δημοσίων συμβάσεων εκπόνησης μελετών και παροχής συναφών υπηρεσιών και άλλες διατάξεις.*»¹⁷.

Επίσης ορισμός της δημόσιας σύμβασης υπάρχει στο Ν. 3310/05 (ΦΕΚ 30 Α'/14.2.05) με τίτλο «*Μέτρα για τη διασφάλιση της διαφάνειας και την αποτροπή καταστρατηγήσεων κατά τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων.*» όπου ρυθμίζονται τα ζητήματα που σχετίζονται με το άρθρο 14 παρ. 9 του Συν/τος. Συγκεκριμένα στο άρθρο 2 παρ. 1 με τον όρο «*Δημόσιες Συμβάσεις*» ορίζονται «*Οι συμβάσεις εκτέλεσης έργου ή προμήθειας ή παροχής υπηρεσιών ή μελετών που συνάπτονται μεταξύ αφ' ενός φυσικών προσώπων ή νομικών προσώπων ιδιωτικού δικαίου και αφ' ετέρου του Δημοσίου ή άλλων*

17. Με το νόμο αυτό επίσης ενσωματώθηκε το κοινοτικό δίκαιο που ρυθμίζει τα στάδια της κατάρτισης και εκτέλεσης της αναφερόμενης, στον τίτλο του, κατηγορίας δημοσίων συμβάσεων. Επισημαίνεται επίσης ότι στο άρθρο 2 παρ. 2. α) του ΠΔ 59/07 (ΦΕΚ 63 Α'/16.3.2007), όπως αυτό ενσωμάτωσε στην ελληνική έννομη τάξη το άρθρο 1 παρ. 1. α) της Οδηγίας 2004/17/EK (ΕΕ L 134 της 30.04.2004 σελ. 0001-0113) η οποία αφορά στο συντονισμό των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών, παρατίθεται ο ορισμός του όρου «*συμβάσεις προμηθειών, έργων και υπηρεσιών*» και όχι του όρου «*δημόσια σύμβαση*». Πάντως ο τελευταίος όρος χρησιμοποιείται από τον οικείο νόμο χωρίς να νοείται κάτι διαφορετικό απ' ότι στο ΠΔ 60/07 και στο Ν. 3316/05. Βλ. μεταξύ άλλων άρθρα 12, 26 παρ. 2 και 42 παρ. 1 του ΠΔ 59/07.

νομικών προσώπων του ευρύτερου δημόσιου τομέα, το δε οικονομικό τους αντικείμενο ή αντάλλαγμα είναι ανώτερο....».

Στον πρώτο αναφερόμενο κοινοτικό ορισμό αναγκαίο στοιχείο προκειμένου μια συγκεκριμένη σύμβαση να χαρακτηριστεί ως δημόσια είναι ένα εκ' των συμβαλλομένων προσώπων να είναι αναθέτουσα Αρχή¹⁸. Στον ορισμό του Ν. 3310/05 το ένα εκ' των υποκειμένων οφείλει να ανήκει στον ευρύτερο δημόσιο τομέα. Καθοριστικό συνεπώς ζήτημα αποτελεί η οριοθέτηση των δύο αυτών εννοιών.

ι. Η έννοια της αναθέτουσας Αρχής, της δημόσιας Επιχείρησης, του Οργανισμού δημοσίου δικαίου και του δημόσιου Οργανισμού

Σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 9 του ΠΔ 60/07 αναθέτουσες Αρχές δύναται να είναι *«...το κράτος, οι αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου και οι ενώσεις μίας ή περισσότερων από αυτές τις αρχές ή ενός ή περισσότερων από αυτούς τους οργανισμούς δημοσίου δικαίου.»*. Περαιτέρω στο ίδιο άρθρο ορίζεται ως «οργανισμός δημοσίου δικαίου» κάθε Οργανισμός ο οποίος *«...α) έχει συσταθεί με συγκεκριμένο σκοπό την κάλυψη αναγκών γενικού συμφέροντος που δεν εμπίπτουν στον βιομηχανικό ή εμπορικό τομέα... β) έχει νομική προσωπικότητα, και γ) η δραστηριότητα του οποίου χρηματοδοτείται κατά το μεγαλύτερο μέρος από το κράτος, τις αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου, ή η διαχείριση του οποίου υπόκειται σε έλεγχο ασκούμενο από τους οργανισμούς αυτούς, ή του οποίου περισσότερο από το ήμισυ των μελών του διοικητικού, του διευθυντικού ή του εποπτικού συμβουλίου, διορίζεται από το κράτος, τις αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης ή από άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου.»*¹⁹. Κατηγορίες Οργανισμών δημοσίου δικαίου που πληρούν τα ανωτέρω κριτήρια παρατίθεται σε ειδικό Παράρτημα (με αριθμό ΙΙΙ) που προσαρτάται

18. Ως Αρχή νοείται ένα οργανικό σύνολο φυσικών προσώπων και μέσων με συγκεκριμένο σκοπό και αρμοδιότητες το οποίο ενίοτε έχει ίδια νομική προσωπικότητα. Συνώνυμοι είναι και οι όροι Φορέας και Οργανισμός.

19. Ο κοινοτικός Νομοθέτης φαίνεται να προσδίδει στις συγκεκριμένες διατάξεις στο δημόσιο δίκαιο λειτουργική έννοια. Εκλαμβάνει το δημόσιο δίκαιο ως σύνολο κανόνων που διέπει εκτός της οργάνωσης της Πολιτείας και τις σχέσεις αυτής με τους ιδιώτες και κάθε δημόσια, κοινωφελή δράση, της υπό ευρεία έννοια Δημόσιας Διοίκησης. Η προσέγγιση αυτή δεν σημαίνει ότι το Δημόσιο ή οι ΟΤΑ έχουν εξουσία να δρουν προς ικανοποίηση άλλου πλην του γενικότερου κοινωνικού συμφέροντος. Όμως η δράση τους μπορεί να υπόκειται ενίοτε στο ιδιωτικό δίκαιο, δηλ. να λειτουργούν ως ιδιώτες. Και σ' αυτή τη περίπτωση πάλι, έστω έμμεσα, το κοινωνικό συμφέρον ικανοποιείται.

στο εν λόγω ΠΔ. Αντίστοιχοι ορισμοί υπάρχουν και στο άρθρο 1 παρ. 9 του Ν. 3316/05.

Στο άρθρο 3 παρ. 1. του ΠΔ 59/07 γίνεται διάκριση μεταξύ Δημοσίου, ΟΤΑ, Οργανισμών δημοσίου δικαίου, δημοσίων Επιχειρήσεων και Επιχειρήσεων που απολαμβάνουν ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων χορηγουμένων από αρμόδια κρατική Αρχή. Ως ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα υπονοείται το καθεστώς προστατευόμενου μονοπωλίου που εξασφαλίζεται σε μια Επιχείρηση. Με παραπομπή στα επισυναπτόμενα Παραρτήματα αναφέρονται ενδεικτικά ως Επιχειρήσεις που απολαμβάνουν ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων, μεταξύ άλλων, η "Ελληνικά Πετρέλαια ΑΕ" και τα διάφορα "ΚΤΕΛ ΑΕ". Οι τελευταίοι Φορείς καθίστανται έτσι υποκείμενα προσυμβατικής δράσης διεπόμενης από το ειδικό καθεστώς της οικείας Οδηγίας που ενσωματώνει το εν λόγω ΠΔ αν και, όπως αναλύεται ανωτέρω, η ελληνική νομική θεωρία αρνείται την ένταξη τους στην υπό ευρεία Δημόσια Διοίκηση. Η ένταξη αυτών των νομικών προσώπων στα ΔΝΠ οδηγεί στην ύπαρξη μιας υπό ευρύτερης έννοιας Δημόσιας Διοίκησης και κατ' επέκταση του δημοσίου διοικητικού δικαίου στο πλαίσιο του οποίου και μόνο είναι δυνατό να χαρακτηριστούν οι συμβάσεις κατασκευής έργων, προμήθειας αγαθών και παροχής υπηρεσιών που επιδιώκουν να συνάψουν οι Οργανισμοί αυτοί ως δημόσιες.

Επίσης ο όρος «δημόσια Επιχείρηση» απαντάται στην παρ. 7 του άρθρου 19 του ΠΔ 774/80 (ΦΕΚ 189 Α') όπως προσετέθη με το άρθρο 15 του Ν. 2145/93 (ΦΕΚ 88 Α') και στη συνέχεια τροποποιήθηκε διαδοχικά με τα άρθρα 14 παρ. 2 Ν. 2702/99 (ΦΕΚ 70 Α'), 8 παρ. 1 του Ν. 2741/99 (ΦΕΚ 199 Α'), 2 του Ν. 3060/02 (ΦΕΚ Α' 242), 9 παρ. 3 του Ν. 3090/02 (ΦΕΚ 329 Α') και 12 παρ. 27 του Ν. 3310/05. Στο άρθρο αυτό θεσπίζεται ότι Φορείς των συμβάσεων, η προσυμβατική διαδικασία των οποίων υπόκειται σε έλεγχο, δύναται να είναι το Δημόσιο, τα ΝΠΔΔ και οι δημόσιες Επιχειρήσεις ή Οργανισμοί.

Περαιτέρω ορισμός της δημόσιας Επιχείρησης δίνεται στα άρθρα 1 και 2 εδ. 1-3 του Ν. 3429/05 (ΦΕΚ 314 Α'/27.12.2005) με τίτλο «*Δημόσιες Επιχειρήσεις και Οργανισμοί (Δ.Ε.Κ.Ο.)*». Συγκεκριμένα αναφέρεται ότι «*1. Για τους σκοπούς του νόμου αυτού, ως «δημόσια επιχείρηση» νοείται κάθε ανώνυμη εταιρεία, στην οποία το ελληνικό δημόσιο δύναται να ασκεί άμεσα ή έμμεσα αποφασιστική επιρροή, λόγω της συμμετοχής του στο μετοχικό της κεφάλαιο ή της χρηματοοικονομικής συμμετοχής του ή των κανόνων που τη διέπουν.*

2. Η άσκηση αποφασιστικής επιρροής από το ελληνικό δημόσιο τεκμαίρεται όταν το ελληνικό δημόσιο ή νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου ή νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου χρηματοδοτούμενα από το ελληνικό δημόσιο ή από νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου σε ποσοστό άνω του πενήντα τοις εκατό ή άλλες δημόσιες επιχειρήσεις υπό την έννοια του παρόντος νόμου:

α) είναι κύριοι μετοχών που εκπροσωπούν την απόλυτη πλειοψηφία του καταβεβλημένου μετοχικού κεφαλαίου της ή

β) ελέγχουν την πλειοψηφία των δικαιωμάτων ψήφου στη γενική της συνέλευση ή

γ) δύνανται να διορίζουν το ήμισυ πλέον ενός των μελών του διοικητικού της συμβουλίου ή

δ) χρηματοδοτούν την ετήσια δραστηριότητά της σε ποσοστό άνω του πενήντα τοις εκατό.

3. Ως «δημόσια επιχείρηση» νοείται και κάθε ανώνυμη εταιρεία συνδεδεμένη με άλλη δημόσια επιχείρηση κατά την έννοια του άρθρου 42 ε παρ. 5 του κ.ν. 2190/1920, όπως ισχύει.». Στην παρ. 6 δε αναφέρεται ότι «Με κοινή απόφαση του Υπουργού Οικονομίας και Οικονομικών και του εποπτεύοντος Υπουργού, υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Κεφαλαίου Α' του νόμου αυτού, εφαρμοζομένων αναλόγως, νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου (εκτός των δημοσίων επιχειρήσεων) χρηματοδοτούμενα από το Δημόσιο ή από νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου σε ποσοστό άνω του πενήντα τοις εκατό («Οργανισμοί»), καθώς και δημόσιες επιχειρήσεις που έχουν εξαιρεθεί από το πεδίο εφαρμογής του Κεφαλαίου αυτού.».

Από τη συστηματική συσχέτιση των όρων των ανωτέρω διατάξεων σε συνδυασμό με τη θεωρία περί της έννοιας της Δημόσιας Διοίκησης συνάγεται ότι ο όρος «δημόσια Επιχείρηση» της παρ. 7 του άρθρου 19 του ΠΔ 774/80 αναφέρεται σε νομικά πρόσωπα-Επιχειρήσεις οι οποίες δραστηριοποιούμενες εκτός του εμπορικού ή βιομηχανικού τομέα της οικονομίας έχουν σκοπό την κάλυψη βασικών αναγκών του κοινωνικού συνόλου και στις οποίες με κάποιο τρόπο ένα ΔΝΠ ασκεί αποφασιστική επιρροή στη διοίκηση (δημόσιο management) των υποθέσεων τους. Συνεπώς περιλαμβάνει τις υπαγόμενες κατά τη θεωρία στη Δημόσια Διοίκηση λεγόμενες «Επιχειρήσεις μικτής οικονομίας» (Π.χ. ΔΕΗ ΑΕ), τις δημόσιες ανώνυμες Εταιρείες (Π.χ. ΚΕΔ ΑΕ, ΕΡΤ ΑΕ, ΟΑΣΑ ΑΕ, ΟΣΕ ΑΕ), τα όποια εναπομείναντα ΔΝΠΔ επιχειρηματικής φύσης τα οποία δεν έχουν τη νομική μορφή των ανωνύμων Εταιρειών και τις Επιχειρήσεις που καίτι έχουν ιδρυθεί με πρωτοβουλία ιδιωτών το νομικό πλαίσιο

τους εξασφαλίζει όρους μονοπωλίου στην αγορά (Π.χ. Ελληνικά Πετρέλαια ΑΕ, ΚΤΕΛ ΑΕ). Περαιτέρω συνάγεται ότι ο κοινοτικής κατά βάση όρος «Όργανισμός δημοσίου δικαίου» μπορεί εν στενή έννοια (Όπως κυρίως νοείται στο ΠΔ 59/07) να θεωρηθεί συνώνυμος του όρου δημόσιος Όργανισμός του άρθρου 19 παρ. 7 του ΠΔ 774/80, ως ισχύει. Τούτο διότι για τον ορισμό του Οργανισμού δημοσίου δικαίου ο Νομοθέτης δεν χρησιμοποιεί ως κριτήριο το δίκαιο που καταρχήν τον διέπει αλλά εστιάζει στο λειτουργικό κριτήριο. Στην έννοια του δημόσιου Οργανισμού περιλαμβάνονται τα αναφερόμενα στη θεωρία ΔΝΠΔ μη επιχειρηματικής φύσης (Π.χ. ΙΓΜΕ, ΤΟΕΒ).

Όλοι οι ανωτέρω Φορείς αποτελούν ΔΝΠ και δύναται να αποτελέσουν αναθέτουσες Αρχές (ή αναθέτοντες Φορείς) προς σύναψη δημόσιας σύμβασης.

ii. Η έννοια του δημόσιου ή ευρύτερου δημόσιου τομέα και του δημόσιου Φορέα

Με ακόμα ευρύτερη έννοια έναντι των όρου «αναθέτουσα Αρχή» καθώς και της υπό ευρεία έννοια Δημόσιας Διοίκησης χρησιμοποιούνται στη νομοθεσία²⁰ οι όροι «δημόσιος τομέας» και «ευρύτερος δημόσιος τομέας» οι οποίοι περιλαμβάνουν τις λεγόμενες «Επιχειρήσεις μικτής οικονομίας» στις οποίες την πλειοψηφία των μετοχών διαθέτουν οι ιδιώτες (Π.χ. ΟΤΕ ΑΕ), τους αναδόχους παραχωρηθείσας δημόσιας υπηρεσίας²¹ (Π.χ. η εταιρεία ΓΕΦΥΡΑ ΑΕ για το έργο της ζεύξης Ρίου-Αντιρρίου) καθώς και τις δημόσιες Επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται αποκλειστικά στον εμπορικό ή τον βιομηχανικό τομέα²². Οι Φορείς που υπάγονται στην έννοια του δημόσιου ή ευρύτερου δημόσιου τομέα καλούνται δημόσιοι Φορείς. Ο όρος «δημόσιος Φορέας» εν στενή έννοια είναι συνώνυμος των όρων «ΔΝΠ», «αναθέτουσα Αρχή» ή

20. Βλ. άρθρο 9 παρ. 1 του Ν. 1232/82 όπως ερμηνεύτηκε από το άρθρο 6 παρ.1 του Ν. 1256/82 (ΦΕΚ 65 Α'), άρθρο 51 παρ. 1 του Ν. 1892/90 (ΦΕΚ 101 Α') όπως συμπληρώθηκε με τα άρθρα 18 παρ. 9 του Ν. 2198/94 και 14 παρ. 6 του Ν.1943/91, άρθρο 14 του Ν. 2190/1994 (ΦΕΚ 28 Α') και άρθρο 2 του Ν. 3310/05. Επίσης βλ. Βλάσιος Ι. Παπαγρηγορίου, ο.π., σελ. 126-127 και 138-139.

21. Βλ. Επαμ. Π. Σπηλιωτόπουλος, ο.π., σελ. 397-399.

22. Εδώ περιλαμβάνονται και οι Τράπεζες όπου την πλειοψηφία των μετοχών ή μεγάλο μέρος της μετοχικής σύνθεσης κατέχουν υπό στενή έννοια δημόσιοι Φορείς, δηλ. ΔΝΠ που ανήκουν στην υπό ευρεία έννοια Δημόσια Διοίκηση, όπως π.χ. είναι η Τράπεζα της Ελλάδος, Εθνική Τράπεζα, η Αγροτική Τράπεζα και η Εμπορική Τράπεζα. Επίσης στον ευρύτερο δημόσιο τομέα περιλαμβάνονται οι Ελληνική Βιομηχανία Ζαχάρεως ΑΕ και η Ελληνική Αεροπορική Βιομηχανία ΑΕ.

«αναθέτων Φορέας»²³.

Από τους ανωτέρω νομοθετικούς ορισμούς καθίσταται σαφές ότι για τον χαρακτηρισμό μιας σύμβασης ως δημόσιας καθοριστικό κριτήριο αποτελεί η, νομικώς προκύπτουσα, λειτουργική φύση²⁴ του ενός (τουλάχιστον) εκ' των συμβαλλόμενων νομικών προσώπων και όχι το δίκαιο που καταρχήν διέπει τη δράση του. Όμως η λειτουργική προσέγγιση ενέχει κάποια πρόσθετα στοιχεία εγγύτητας της δυνάμει αναθέτουσας Αρχής με ένα τουλάχιστον Φορέα της υπό στενή εννοία Δημόσιας Διοίκησης, εκτός του δημοσίου σκοπού. Συνεπώς ποιητικό αίτιο μιας δημόσιας σύμβασης δεν νοείται κάθε δημόσιος Φορέας. Κατά συνέπεια οι συμβάσεις με αντικείμενο την εκτέλεση έργων ή προμηθειών ή την παροχή υπηρεσιών που συνάπτουν Φορείς όπως η Εθνική Τράπεζα ή ένα ΚΤΕΛ ΑΕ ή ένας ανάδοχος δημόσιας υπηρεσίας ή ο ΟΤΕ ΑΕ δεν είναι δημόσιες διότι παρά τον πράγματι εν μέρει κοινωφελή σκοπό της δράσης τους συγκλίνουν λειτουργικά προς τους ιδιώτες.

Έτσι στο αρχικώς τεθέν ερώτημα προσήκει η απάντηση ότι σύμβαση που συνάπτει Φορέας που ανήκει στην υπό ευρεία έννοια Δημόσια Διοίκηση εφόσον αποβλέπει στην θεραπεία ανάγκης δημοσίου συμφέροντος είναι δημόσια.

iii. Ο νομικός ορισμός με βάση το συμβατικό αντικείμενο

Από τους νομοθετικούς ορισμούς η έννοια της δημόσιας σύμβασης φαίνεται να περιορίζεται σε εκείνες μόνο τις συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την κατασκευή έργου ή την προμήθεια αγαθών ή την παροχή υπηρεσιών ή την εκτέλεση μελετών.

Επειδή όμως όταν το Δημόσιο ή ένας ΟΤΑ ή ένα ΝΠΔΔ ή μία δημόσια Επιχείρηση ή ένας δημόσιος Οργανισμός θέλει να υλοποιήσει ένα έργο ή να προμηθευτεί αγαθά ή υπηρεσίες είτε προς άμεση εξυπηρέτηση αποκλειστικά των ιδίων αναγκών του είτε προς εξυπηρέτηση αναγκών των πολιτών, τις οποίες δεν μπορεί να ικανοποιήσει με δικά του μέσα, σε κάθε περίπτωση, έμμεσα στην πρώτη και άμεσα στη δεύτερη, επιδιώκει την θεραπεία του κοινού γενικού συμφέροντος μπορεί να διευρυνθεί από άποψη αντικειμένου η έννοια της δημόσιας σύμβασης.

23. Στην παρούσα εργασία ο όρος δημόσιος Φορέας θα χρησιμοποιείται στο εξής με τη στενή έννοια.

24. Υπό την έννοια του ποια είναι η κύρια δραστηριότητά του, η πηγή χρηματοδότησής του και ο σκοπός του.

Διαπιστώνεται, δηλαδή, με βάση την παραγωγική λογική μέθοδο ότι κοινό χαρακτηριστικό γνώρισμα των ανωτέρω φυσικών αντικειμένων αποτελεί το γεγονός ότι είτε εξυπηρετούν άμεσα την ίδια την παρεχόμενη στους ιδιώτες δημόσια υπηρεσία που αποτελεί υλική αρμοδιότητα των Φορέων τους (Π.χ. σύμβαση του ΥΠΕΧΩΔΕ για την κατασκευή χώρου υγειονομικής ταφής απορριμμάτων) είτε συμβάλλει έμμεσα στην εξασφάλιση των προϋποθέσεων παροχής της δημόσιας υπηρεσίας (Π.χ. σύμβαση προμήθειας φωτοτυπικών μηχανημάτων από ένα ΑΕΙ, βασική αποστολή του οποίου είναι η παροχή ανωτάτου επιπέδου γνώσης και η επιστημονική έρευνα). Συνεπώς οι συμβάσεις που έχουν όμοιο περιεχόμενο δεν υπάρχει λογικό επιχείρημα να αποκλειστούν από το εννοιολογικό περιεχόμενο της δημόσιας σύμβασης δομικό στοιχείο της οποίας συνιστά ο σκοπός δημοσίου συμφέροντος.

3. Ο νομολογιακής προέλευσης ορισμός της διοικητικής σύμβασης

Τα κριτήρια της νομικής φύσης του ενός τουλάχιστον επιδιώκοντος τη σύμβαση Φορέα, του σκοπού αυτής και του είδους του δικαίου που πρόκειται να διέπει την εκτέλεσή της χρησιμοποίησε και η νομολογία για να ορίσει τη διοικητική σύμβαση²⁵.

25. Όταν η προσυμβατική διαδικασία αφορά νομικά ή φυσικά πρόσωπα τα οποία επιδιώκουν ίδιο προσωπικό περιουσιακό ή ηθικό ή άλλου περιεχόμενου σκοπό τότε η έννομη τάξη συνήθως υπάγει τα υποκείμενα (Φορείς δικαιωμάτων και υποχρεώσεων) σε κανόνες ιδιωτικού δικαίου όπου κατισχύει η αρχή της «αυτονομίας» (υπό την έννοια της ελευθερίας σχηματισμού) και ισοτιμίας των βουλήσεών τους. Μάλιστα ο όρος «ιδιώτης» αποδίδει το υποκείμενο που δρα εν «αυτονομία» της βούλησής του και εν ισοτιμία με τα άλλα πρόσωπα. Υπάρχουν όμως περιπτώσεις όπου ο ενδιαφερόμενος Φορέας επιδιώκει δια της συμβάσεως την ικανοποίηση γενικού κοινωνικού σκοπού. Με κριτήριο συνεπώς το είδος του επιδιωκόμενου σκοπού αναγνωρίζονται συμβάσεις από τη μια μεριά ως ιδιωτικές και από την άλλη ως δημόσιες (Κριτήριο μερικώς λειτουργικό). Με τους ίδιους όρους όμως είναι δυνατό να διακριθούν οι συμβάσεις ανάλογα με τη «φύση» του δικαίου που τις διέπει (Οργανικό). Έτσι ιδιωτικές συμβάσεις νοούνται οι διεπόμενες από κανόνες του ιδιωτικού δικαίου και δημόσιες οι ρυθμιζόμενες κατά τρόπο ώστε το ένα υποκείμενο να τελεί σε εξουσιαστική σχέση έναντι του άλλου.

Τονίζεται πάντως ότι πολλές φορές με πρωτοβουλία ιδιωτών συστήνονται ενώσεις αυτών ή ομάδες περιουσίας με κοινωφελή σκοπό. Οι συμβάσεις που συνάπτουν οι Φορείς αυτοί είναι δημόσιες με τη χρήση του μερικώς λειτουργικού κριτηρίου.

Όμως τόσο ο συντακτικός όσο και ο απλός Νομοθέτης αλλά και η νομολογία προσθέτουν και δεύτερο οριστικό στοιχείο προκειμένου να προσδοθεί στο γένος σύμβαση το είδος δημόσια. Το δεύτερο αυτό στοιχείο είναι η ύπαρξη σχέσης του ενός τουλάχιστον εκ' των συμβαλλομένων προσώπων με το Κράτος. Η σχέση αυτή αφορά είτε στον τρόπο ίδρυσής τους, είτε στην προέλευση της περιουσίας τους, είτε στη διοίκησή τους περιλαμβανομένης της όποιας εποπτείας και τέλος στην πιθανή χορήγηση προνομίων έναντι άλλων ιδιωτών. Εφόσον συντρέχει και το δεύτερο αυτό στοιχείο πληρούται το λειτουργικό κριτήριο (Αμιγώς λειτουργικό ή λειτουργικό άνευ επιθετικού προσδιορισμού) και οι συμβάσεις είναι δημόσιες.

Από την άλλη μεριά διαπιστώνεται δεοντολογική διάκριση μεταξύ του Φορέα που ο συντακτικός ή κοινός Νομοθέτης θέλει ρητά να διέπεται καταρχήν για το σύνολο της δράσης του και την επιδίωξη του σκοπού του από το δημόσιο δίκαιο και αυτού που θέλει να υπάγεται καταρχήν στο ιδιωτικό δίκαιο (Τυπικό

Κατά την πάγια λοιπόν νομολογία, για τον χαρακτηρισμό μιας δημόσιας σύμβασης ως διοικητικής πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά οι τρεις κάτωθι προϋποθέσεις:

- α) Το ένα τουλάχιστον από τα συμβαλλόμενα μέρη να είναι το ελληνικό Δημόσιο ή ΝΠΔΔ.
- β) Με τη σύναψη της συμβάσεως να επιδιώκεται η ικανοποίηση σκοπού, τον οποίο ο νόμος έχει αναγάγει σε δημόσιο.
- γ) Το ελληνικό Δημόσιο ή ΝΠΔΔ, είτε βάσει του κανονιστικού καθεστώτος που διέπει τη σύμβαση, είτε βάσει των ρητρών που προβλέπονται κανονιστικώς και έχουν περιληφθεί στη σύμβαση και που αποκλίνουν από το κοινό δίκαιο, να βρίσκεται, προς ικανοποίηση του εν λόγω σκοπού, σε υπερέχουσα θέση απέναντι στο αντισυμβαλλόμενο μέρος, δηλαδή σε θέση μη προσιδιάζουσα στον δυνάμει των διατάξεων του ιδιωτικού δικαίου συναπτόμενο συμβατικό δεσμό²⁶.

Η θεωρία προσθέτει ότι ο σκοπός πρέπει να είναι άμεσος. Αυτό σημαίνει ότι το αντικείμενο της σύμβασης πρέπει να έχει σχέση με την άσκηση της δημόσιας υπηρεσίας η οποία αποτελεί το κύριο περιεχόμενο της καθ' ύλην αρμοδιότητας της εκάστοτε οργανωτικής μονάδας του Δημοσίου ή του ΝΠΔΔ²⁷. Επίσης προσθέτει ως δυνάμενα να συνάψουν διοικητική σύμβαση και τα διφυή νομικά πρόσωπα όταν ενεργούν ως φορείς άσκησης δημόσιας εξουσίας²⁸ (Αμιγώς οργανικό κριτήριο).

Καθίσταται σαφές ότι για τον ορισμό της διοικητικής σύμβασης η νομολογία δεν αρκέστηκε στο απλώς οργανικό κριτήριο με βάση το οποίο ορίζει τη διοικητική Αρχή του άρθρου 95 παρ. 1 περ. α) του Συν/τος και του άρθρου 45 παρ. 1 του ΠΔ 18/89 (ΦΕΚ 8 Α') αλλά προχώρησε στην εφαρμογή του τυπικού-οργανικού κριτηρίου.

Αντίθετα η λειτουργική προσέγγιση αφενός της θεωρίας για την οριοθέτηση της υπό ευρεία έννοια Δημόσιας Διοίκησης και αφετέρου της, κοινοτικής κατά βάση προέ-

οργανικό κριτήριο ή απλώς τυπικό). Στην πρώτη περίπτωση ο Φορέας χαρακτηρίζεται νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου (ΝΠΔΔ) και στη δεύτερη νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου (ΝΠΙΔ).

Με βάση την ανωτέρω θεώρηση η νομολογία, κατ' εφαρμογή του τυπικού κριτηρίου, ορίζει τη διοικητική σύμβαση και ο κοινοτικός και εθνικός Νομοθέτης ρυθμίζουν τη διαδικασία που προηγείται της κατάρτισης συμβάσεων που, κατ' εφαρμογή του λειτουργικού κριτηρίου, ορίζουν ως δημόσια.

26. Βλ. ΑΕΔ 21/97, 3/99, 10/03, 6, 12/07, ΣτΕ 2515/93, 4448/01, 1173/04, 3193/06, 1372/07.

27. Βλ. Απόστολος Γέροντας, Δημοσιονομικό Δίκαιο, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2005, σελ. 221, Επαμ. Π. Σπηλιωτόπουλος, ο.π., σελ. 205-206.

28. Βλ. Απόστολος Γέροντας, ο.π.

λευσης, νομοθεσίας για τη ρύθμιση του προσυμβατικού σταδίου των συμβάσεων κατασκευής έργων, προμήθειας προϊόντων και παροχή υπηρεσιών επιτρέπει την πρόσδοση πολύ ευρύτερου περιεχομένου στην έννοια της δημόσιας σύμβασης.

Διευρυμένη έννοια της δημόσιας σύμβασης υιοθετεί και η νομολογία του ΕΣ η οποία ερμηνεύοντας τη διάταξη του άρθρου 98 παρ. 1 περ. β' του Συν/τος αναφέρει ότι «...σε προληπτικό έλεγχο νομιμότητας από το Ελεγκτικό Συνέδριο υπάγονται πλέον όλες ανεξαιρέτως οι δημόσιες συμβάσεις μεγάλης οικονομικής αξίας, ήτοι οι συμβάσεις, στις οποίες συμβαλλόμενο είναι το δημόσιο ή άλλο νομικό πρόσωπο που εξομοιώνεται με αυτό, όπως τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου και οι δημόσιες επιχειρήσεις και οργανισμοί, ανεξαρτήτως της ειδικότερης νομικής τους μορφής. Η ευρεία αυτή ερμηνεία της διάταξης συνάδει προς το σκοπό του συντακτικού νομοθέτη, ο οποίος συνίσταται στη διασφάλιση της νομιμότητας και της διαφάνειας στη συμβατική δραστηριότητα του δημοσίου τομέα, από την οποία πηγάζουν σημαντικές οικονομικές υποχρεώσεις εις βάρος του κρατικού προϋπολογισμού ή των κατ' ιδίαν προϋπολογισμών των συμβαλλομένων νομικών προσώπων.... Και ναι μεν στους ως άνω φορείς, και ειδικότερα σε όσους λειτουργούν με τη μορφή ανώνυμης εταιρείας, της οποίας οι μετοχές έχουν εισαχθεί στο χρηματιστήριο, προσιδιάζει η τήρηση κανόνων της ιδιωτικής οικονομίας, οι συμβάσεις, όμως, που προτίθενται να συνάψουν οι φορείς αυτοί δεν εξαιρούνται ούτε κατά τις προαναφερόμενες συνταγματικές διατάξεις ούτε κατά το ν. 2741/1999, το περιεχόμενο του οποίου πρέπει να ερμηνεύεται σύμφωνα με το Σύνταγμα, από τον προληπτικό έλεγχο του Ελεγκτικού Συνεδρίου...»²⁹.

Συμπερασματικά, λοιπόν, ως δημόσιες συμβάσεις νοούνται εκείνες που συνάπτονται από Φορείς (υποκείμενα δικαίου) που ανήκουν στην υπό ευρεία έννοια Δημόσια Διοίκηση³⁰ και έχουν ως αντικείμενο τη θεραπεία του γενικού (κοινού) κοινωνικού συμφέροντος.

29. Βλ. Πράξη VI Τμ. ΕλΣυν. 20/04 επί της αίτησης άρσεως αμφισβήτησης του Προέδρου της ΟΛΠ ΑΕ. Επίσης βλ. Πράξη Ε' Κλιμ. ΕλΣυν. 451/06 και VI Τμ. ΕλΣυν. 10/07.

30. Στο εξής για την παρούσα εργασία με τον όρο Δημόσια Διοίκηση θα εννοείται η υπό το τυπικό ή οργανικό κριτήριο ευρεία Δημόσια Διοίκηση. Η εν ευρεία εννοία Δημόσια Διοίκηση απαρτίζεται από το σύνολο των Δημοσίων Νομικών Προσώπων (ΔΝΠ) όπως αυτά προσδιορίζονται κατά την κρατούσα νομική θεωρία περιλαμβανομένων και των ιδιωτών που εξοπλίζονται με προνόμια για την άσκηση της δραστηριότητάς τους. Επισημάνθηκε ήδη ότι με ακόμα ευρύτερη έννοια χρησιμοποιείται ο όρος «δημόσιος Τομέας ή «ευρύτερος δημόσιος Τομέας».

II. Κατηγοριοποίηση των δημοσίων συμβάσεων

Η κατηγοριοποίηση των δημοσίων συμβάσεων έχει νομική σημασία καθότι σχετίζεται με το εφαρμοστέο δίκαιο. Οι δημόσιες συμβάσεις διακρίνονται με κριτήριο τον κλάδο του δικαίου που τις διέπει σε διοικητικές και σε ιδιωτικού δικαίου.

Περαιτέρω με κριτήριο το αντικείμενο διακρίνονται σε άμεσα και έμμεσα εκτελέσιμες. Με το όρο έμμεσα εκτελέσιμη εννοείται η σύμβαση εκείνη που έχει ως αντικείμενο την διαμόρφωση των όρων για τη θέσπιση άλλης σύμβασης με την οποία συμπληρώνεται και υλοποιείται η αρχική. Στην κατηγορία αυτή ανήκουν οι προγραμματικές συμβάσεις και οι συμφωνίες-πλαίσιο.

1. Κατηγοριοποίηση των δημοσίων συμβάσεων με κριτήριο τον κλάδο του δικαίου που τις διέπει

Εκτός των διοικητικών συμβάσεων οι Φορείς της υπό στενή έννοια Δημόσιας Διοίκησης δύναται να συνάπτουν και συμβάσεις του ιδιωτικού δικαίου διότι δύναται να λειτουργούν και ως ιδιώτες (Fiscus). Η θέση αυτή ερείζεται, μεταξύ άλλων, στις διατάξεις του άρθρου 103 παρ. 2 και 3 του Συν/τος και στις διατάξεις περί εξωσυμβατικής ευθύνης του Δημοσίου και ειδικότερα στο άρθρο 104 του ΕισΝΑΚ³¹. Υπό τη νομική κατάσταση του ιδιώτη η εν στενή έννοια Δημόσια Διοίκηση διαχειρίζεται τη μη ιδιόχρηστη³² και κοινόχρηστη κινητή και ακίνητη περιουσία. Υπάρχουν λοιπόν δημόσιες συμβάσεις οι οποίες διέπονται από το ιδιωτικό δίκαιο. Παραδείγματα τέτοιων συμβάσεων αποτελούν συμβάσεις εργασίας ορισμένου ή αορίστου χρόνου, αγοράς ή μίσθωσης ακινήτων και λήψης δανείου εφόσον αφορούν στην άμεση εξυπηρέτηση της δημόσιας υπηρεσίας.

Αξίζει να σημειωθεί ότι, με την επικράτηση του οργανικού κριτηρίου για την διάκριση των διοικητικών συμβάσεων από αυτές του κοινού δικαίου, κάθε στάδιο δημόσιας σύμβασης που συνάπτει ΔΝΠ, εξαιρουμένων του Δημοσίου, των ΟΤΑ και των

31. Βλ. Επαμ. Π. Σπηλιωτόπουλος, ο.π., σελ. 36-37, 227-228 και 253-256, ΑΕΔ 3/99, Ολ. ΣτΕ 896-899/08, ΑΠ 1252/07, 1225/08.

32. Ιδιόχρηστα είναι τα κινητά και ακίνητα πράγματα που προορίζονται για την εξυπηρέτηση δημοσίων, δημοτικών, κοινοτικών ή θρησκευτικών σκοπών. Βλ. άρθρο 966 ΑΚ. Στα πράγματα αυτά τα όργανα της Δημόσιας Διοίκησης δεν έχουν εξουσία διάθεσης.

άλλων ΝΠΔΔ, ασχέτως του συμβατικού αντικειμένου, διέπεται επιφυλασσομένων των εκάστοτε ειδικών διατάξεων, από τους κανόνες του ιδιωτικού δικαίου από την εφαρμογή των οποίων κάθε διαφορά υπάγεται στα πολιτικά Δικαστήρια. Περαιτέρω στις συμβάσεις κατασκευής έργων, προμήθειας προϊόντων, παροχής υπηρεσιών και εκπόνησης μελετών το νομικό καθεστώς που διέπει το προσυμβατικό στάδιο εμπεριέχει λεπτομερείς κανόνες δημοσίας τάξεως. Αυτό σημαίνει ότι τα αρμόδια όργανα διοίκησης των ΔΝΠΔ στερούνται την ελευθερία δράσης που παρέχουν οι διατάξεις ενδοτικού δικαίου και υποχρεούνται στην εφαρμογή της αρχής της νομιμότητας κατ' αναλογία αυτής των διοικητικών οργάνων. Ωστόσο το νομικό αυτό «φαινόμενο» δεν είναι πρωτόγνωρο δεδομένου της ύπαρξης σωρείας διατάξεων αναγκαστικού δικαίου στον κλάδο του ιδιωτικού δικαίου.

Αυτό όμως που δύναται να δημιουργήσει συνταγματικές συγκρούσεις και ηθικοπολιτικά προβλήματα είναι η υπαγωγή των διαφορών αυτών στα πολιτικά δικαστήρια όπου εφαρμόζεται το συζητητικό δικονομικό σύστημα που έχει θεμέλιό του την εξουσία διάθεσης του αντικειμένου της δίκης. Πράγματι παρατηρείται το νομικώς «παράδοξο» διαφορές που προκαλούνται από την εφαρμογή της αυτής νομοθεσίας να υπάγονται σε διαφορετική δικαιοδοσία και δικονομικούς κανόνες. Έτσι ενώ οι διαφορές που προκαλούνται κατά το προσυμβατικό στάδιο μιας δημόσιας σύμβασης κατασκευής έργου που επιδιώκει να συνάψει το Δημόσιο μεταξύ αυτού και των ιδιωτών υπάγονται στα διοικητικά Δικαστήρια όμοιες διαφορές που προκαλούνται όταν αναθέτουσα Αρχή είναι δημόσια Εταιρεία ανήκουν στη δικαιοδοσία των πολιτικών Δικαστηρίων³³.

2. Κατηγοριοποίηση των δημοσίων συμβάσεων με κριτήριο το συμβατικό αντικείμενο

Α. Άμεσα εκτελέσιμες δημόσιες συμβάσεις. Ορισμοί

ι. Δημόσια σύμβαση κατασκευής έργου

Με βάση το άρθρο 2 παρ. 2 περ. β) του ΠΔ 60/07 με το οποίο ενσωματώθηκε

33. Για τα προβλήματα που δημιουργούνται στο πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων από την εφαρμογή των ίδιων ακριβώς διατάξεων από διαφορετικά Δικαστήρια με διαφορετικούς δικονομικούς κανόνες βλ. Προκ. Β. Παυλόπουλος, «Η εκδίκαση των διοικητικών διαφορών από διοικητικές συμβάσεις μετά την αναθεώρηση του Συντάγματος», σε: *Τιμητικός Τόμος για τα 170 χρόνια του Ελεγκτικού Συνεδρίου*, 2004, σελ.775 επ.

στην ελληνική έννομη τάξη η Οδηγία 2004/18/EK ως δημόσιες συμβάσεις έργων ορίζονται οι δημόσιες συμβάσεις *«... που έχουν ως αντικείμενο είτε την εκτέλεση, είτε συγχρόνως τη μελέτη και την εκτέλεση, εργασιών που αφορούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στο Παράρτημα I ή ενός έργου, είτε ακόμη την πραγματοποίηση, με οποιαδήποτε μέσα, ενός έργου το οποίο ανταποκρίνεται στις επακριβώς οριζόμενες από την αναθέτουσα αρχή ανάγκες.»*.

Σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ. 2 του Κώδικα που διέπει τις δημόσιες συμβάσεις έργων {Ν. 3669/08 (ΦΕΚ 116 Α΄/18.6.2008). Στο εξής ΚΔΣΕ} για να χαρακτηριστεί ένα έργο ως δημόσιο πρέπει να σχετίζεται με την υποδομή της Χώρας, να καλύπτει βασικές ανάγκες του κοινωνικού συνόλου, να συμβάλλει στην ανάπτυξη των παραγωγικών δυνατοτήτων, στην αύξηση του εθνικού προϊόντος, στην ασφάλεια της χώρας και γενικά να αποσκοπεί στη βελτίωση της ποιότητας ζωής του λαού. Κριτήριο συνεπώς διάκρισης ενός έργου σε δημόσιο ή ιδιωτικό είναι η έκταση και η ένταση της ωφελιμότητάς του στους πολίτες.

Ο όρος «έργο» γίνεται κατανοητός ως το αποτέλεσμα (η έννοια γένους) κάποιας πράξης (εργασίας, ενέργειας) ή ενός συνόλου επιμέρους εργασιών. Έτσι εκτέλεση (πραγματοποίηση) εργασιών σημαίνει κατασκευή, ενώ έργο είναι το κατασκευάσμα (Π.χ. κτίριο, δρόμος, γέφυρα αλλά και η κοινώς λεγόμενη ηλεκτρολογική εγκατάσταση ή ο ανελκυστήρας). Συναφώς ορίζεται και το «έργο» στο ανωτέρω άρθρο του ΠΔ 60/07 ως *«...το αποτέλεσμα ενός συνόλου οικοδομικών εργασιών ή εργασιών πολιτικού μηχανικού που προορίζεται να πληροί αυτό καθαυτό μια οικονομική ή τεχνική λειτουργία.»*.

Επίσης, νομικός ορισμός του όρου «έργου» υπάρχει και στο άρθρο 1 παρ. 3 του ΚΔΣΕ όπου ως *«...έργο νοείται κάθε νέα κατασκευή ή επέκταση ή ανακαίνιση ή επισκευή ή συντήρηση και η οικονομικά ή τεχνικά αυτοτελής λειτουργία, καθώς και κάθε σχετική ερευνητική εργασία, που απαιτεί τεχνική γνώση και επέμβαση.»*. Ο τελευταίος αυτός ορισμός διευρύνει την έννοια του έργου και σε ενότητες εργασιών που απλώς έχουν ένα οικονομοτεχνικό σκοπό ακόμα και αν δεν υλοποιούν το συναφές έργο. Υπό την ίδια θεώρηση ομαδοποιούνται και οι εργασίες σε δραστηριότητες στο Παράρτημα I του οικείου ΠΔ.

Αποτελούν συνεπώς συμβάσεις έργου και οι συμβάσεις που έχουν ως φυσικό αντικείμενο εργασίες μόνωσης, εγκατάστασης συστημάτων φωτισμού, επιχρίσεις

κονιαμάτων, λεπτοξυλουργικές εργασίες, επενδύσεις δαπέδων, χρωματισμούς και τοποθετήσεις υαλοπινάκων ακόμα και αν, εξ αρχής, δεν αποβλέπουν στην ολοκλήρωση των αντίστοιχων κατασκευασμάτων.

ii. Δημόσια σύμβαση προμήθειας αγαθών

Κατά το άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ) του ΠΔ 60/07 δημόσιες συμβάσεις προμηθειών είναι αυτές που αφενός δεν έχουν ως αντικείμενο την κατασκευή έργου ή ότι άλλο δύναται να αποτελεί, κατά νόμο, αντικείμενο μιας δημόσιας σύμβασης έργου και αφετέρου έχουν ως αντικείμενο την αγορά, τη χρηματοδοτική μίσθωση, τη μίσθωση ή τη μίσθωση-πώληση, με ή χωρίς δικαίωμα αγοράς, προϊόντων.

Σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ. 1 και 2 του Ν. 2286/95 (ΦΕΚ 19 Α') ως σύμβαση προμήθειας ορίζεται η έγγραφη εξ' επαχθούς αιτίας συναπτόμενη σύμβαση μεταξύ ενός προμηθευτή και ενός, υπό την ευρεία έννοια, δημόσιου Φορέα με αντικείμενο την αγορά, τη χρηματοδοτική μίσθωση και τη μίσθωση αγαθών.

Ο δεύτερος ορισμός, στη γενική του διατύπωση, διευρύνει το πεδίο εφαρμογής του όρου «δημόσια σύμβαση προμηθειών» από άποψη συμβαλλόμενων³⁴. Πράγματι το άρθρο 1 Ν. 2286/95 στην παρ. 1 καθιστά δυνατά υποκείμενα δημόσιας σύμβασης προμηθειών εκτός του Δημοσίου, των ΟΤΑ και των άλλων ΝΠΔΔ «...δ) τις δημόσιες και παραχωρηθείσες επιχειρήσεις και οργανισμούς ε) τις τράπεζες που ανήκουν στο νομικό πρόσωπο του Δημοσίου, είτε στο σύνολό τους είτε κατά πλειοψηφία, στ) τα κρατικά νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου, ζ) τις συνδεδεμένες επιχειρήσεις αυτών και η) τις ενώσεις που συγκροτούνται από έναν ή περισσότερους από τους παραπάνω φορείς.». Με βάση τη διάταξη αυτή ανάδοχοι παραχωρηθισών δημοσίων επιχειρήσεων και Τράπεζες του Δημοσίου όταν επιδιώκουν τη σύναψη σύμβασης προμήθειας κινητών αγαθών οφείλουν να τηρούν τις διατάξεις του οικείου νόμου. Οι Φορείς αυτοί, ως προελέχθη, δεν ανήκουν στη Δημόσια Διοίκηση.

Αντιθέτως ο κοινοτικός ορισμός διευρύνει το αντικείμενο. Έτσι σύμβαση προμή-

34. Στην παρ. 5 του άρθρου 1 προβλέπεται η εξαίρεση μεγάλου αριθμού δημοσίων Φορέων από τη ρυθμιστική εμβέλεια του οικείου νόμου. Επίσης στην παρ. 3. β) δίνεται η δυνατότητα με ΠΔ να εξαιρούνται κι άλλοι δημόσιοι Φορείς. Αυτό όμως δεν αντιστρατεύεται τη ευρύτητα που προσδίδεται στον όρο «φορέας» και συνακόλουθα στο όρο «δημόσια σύμβαση προμηθειών».

θειας προϊόντων συνιστά και η έχουσα αντικείμενο την απόκτηση από ΔΝΠ, με σχέση κατοχής δια μισθώσεως, συσκευών ανίχνευσης μεταλλικών αντικειμένων, των λεγομένων «μαγνητικών πυλών»³⁵. Αντίθετα δεν αποτελεί σύμβαση προμήθειας η αγορά ακινήτου καθόσον δεν εμπίπτει στην έννοια της προμήθειας αγαθών, που αναφέρεται σε προμήθεια κινητών πραγμάτων³⁶.

iii. Δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών

Σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2. α) του ΠΔ 60/07 ως δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών ορίζονται εκείνες οι συμβάσεις, πλην των δημοσίων συμβάσεων έργων ή προμηθειών, οι οποίες έχουν ως αντικείμενο την παροχή των υπηρεσιών που αναφέρονται στο Παράρτημα II.

Επισημαίνεται ότι για τον προσδιορισμό του όρου «υπηρεσία» ο Νομοθέτης χρησιμοποίησε αποφαιτικό ορισμό σε συνδυασμό με ειδολογική κατηγοριοποίηση-απαρίθμηση. Συγκεκριμένα, υπηρεσία είναι αφενός ότι δεν είναι έργο ή προμήθεια και αφετέρου κάθε ανθρώπινη πράξη που αναφέρεται σε προσαρτώμενα, στο κυρίως νομοθετικό κείμενο, παραρτήματα³⁷. Όπως αναφέρθηκε και για τον ορισμό του όρου «έργου» χρησιμοποιείται η νομοτεχνική της κατά κατηγορίες απαρίθμηση σε προσαρτημένο κείμενο³⁸.

Σύμβαση παροχής υπηρεσίας συνιστά και η έχουσα ως αντικείμενο την απόκτηση χρημάτων ή κεφαλαίων από δημόσιο Φορέα ακόμα και εάν δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των αναφερομένων κοινοτικών Οδηγιών. Πρόκειται για σύναψη συμβάσεως δανείου με πιστωτικό Ίδρυμα ή χρηματοπιστωτικό Οργανισμό για την πραγματοποίηση σκοπών της αρμοδιότητας του δημόσιου Φορέα ή και για αναχρηματοδότηση αρχικού δανείου³⁹.

Επίσης δημόσια σύμβαση υπηρεσίας συνιστά και η σύμβαση που συνάπτει δημό-

35. Βλ. Πράξη VI Τμ. ΕλΣυν. 79/04.

36. Βλ. Πράξη IV Τμ. ΕλΣυν. 171/06.

37. Βλ. παράρτημα II του ΠΔ 60/07 που ενσωμάτωσε τα παραρτήματα IΑ και IΒ της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ και παράρτημα XVII του ΠΔ 59/07 που ενσωμάτωσε το αντίστοιχο παράρτημα της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ.

38. Βλ. παράρτημα I του ΠΔ 60/07 που ενσωμάτωσε το παράρτημα I της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ και παράρτημα XII του ΠΔ 59/07 που ενσωμάτωσε το αντίστοιχο παράρτημα της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ.

39. Βλ. Πράξεις VI Τμ. ΕλΣυν. 219, 220/07, 155/08.

σιος Φορέας με αντικείμενο τη μίσθωση κλινών σε τουριστικά καταλύματα ή τη μίσθωση τουριστικών λεωφορείων στο πλαίσιο υλοποίησης θερινού προγράμματος διακοπών προς τους διοικούμενους⁴⁰.

iv. Δημόσια σύμβαση εκπόνησης μελετών

Με βάση το άρθρο 1 παρ. 1 του Ν. 3316/05 ως δημόσια σύμβαση μελετών ορίζεται η δημόσια σύμβαση που έχει ως αντικείμενο «...την εκπόνηση μελέτης ή την παροχή λοιπών υπηρεσιών μηχανικού, όπως αυτή ορίζεται στις κείμενες διατάξεις, καθώς και την παροχή υπηρεσιών άλλων ελευθέρων επαγγελματιών...». Στην παρ. 2. α) του ίδιου άρθρου ως μελέτη ορίζεται «...το αποτέλεσμα συστηματικής και αναλυτικής επιστημονικής και τεχνικής εργασίας και έρευνας σε συγκεκριμένο απλό ή σύνθετο γνωστικό αντικείμενο, που αποβλέπει ιδίως στην παραγωγή τεχνικού έργου ή στην επέμβαση σε τεχνικό έργο ή αφορά στο σχεδιασμό και την απεικόνιση τεχνικού έργου ή παραγωγικής διαδικασίας ή σε μεθόδους ανάπτυξης και σχεδιασμού του ευρύτερου χώρου...», ενώ στην παρ. 2 β) ορίζεται ότι παροχή υπηρεσιών στο πλαίσιο μελέτης τεχνικού έργου είναι η «...προσφορά γνώσεων και ικανοτήτων, με τη διάθεση κυρίως συγκεκριμένου επιστημονικού προσωπικού και άλλων μέσων...».

v. Σύμβαση παραχώρησης δημόσιας υπηρεσίας ή έργου.

Σύμβαση παραχώρησης είναι η σύμβαση που συνάπτει ένας δημόσιος Φορέας με ιδιώτη και έχει ως αντικείμενο την εκ' μέρους του πρώτου ανάθεση της άσκησης μιας δημόσιας υπηρεσίας ή έργου στο δεύτερο, με δικά του έξοδα και κινδύνους και με εργολαβικό αντάλλαγμα είτε αποκλειστικά το δικαίωμα (του αναδόχου) να εισπράττει την αμοιβή του από τους χρήστες-διοικούμενους των υπηρεσιών που αυτός παρέχει (δικαίωμα εκμετάλλευσης) είτε σε συνδυασμό με καταβολή αμοιβής⁴¹.

vi. Συμπράξεις δημοσίου και ιδιωτικού τομέα (ΣΔΙΤ)

Με βάση τα άρθρα 1 και 2 του Ν. 3389/05 (ΦΕΚ 232 Α'/22.9.2005) ως «Συμβά-

40. Βλ. Πράξεις VI Τμ. ΕλΣυν. 70, 72/04.

41. Βλ. άρθρα 2 παρ. 3 και 4 ΠΔ 60/07, 2 παρ. 3 ΠΔ 59/07 και Απόστολος Γέροντας, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2009, σελ. 82. Βλ. επίσης Ολ. ΣτΕ 606/08 κυρίως σκέψη 14.

σεις Σύμπραξης» ορίζονται οι έγγραφες εξ' επαχθούς αιτίας συμβάσεις συνεργασίας μεταξύ του Δημοσίου ή ΟΤΑ ή ΝΠΔΔ ή ανώνυμης Εταιρείας που το σύνολο του μετοχικού της κεφαλαίου ανήκει στον Δημόσιο ή ΟΤΑ ή ΝΠΔΔ ή σε άλλη ή άλλες ανώνυμες Εταιρείες όμοιας μετοχικής σύνθεσης με τη συμβαλλόμενη (Δημόσιοι Φορείς) και νομικών προσώπων του ιδιωτικού τομέα (Ιδιωτικοί Φορείς) για την εκτέλεση έργων ή και την παροχή υπηρεσιών⁴².

vii. Συμπληρωματική σύμβαση

Συμπληρωματική είναι μια δημόσια σύμβαση που συνάπτεται με υπάρχοντα και εκτελούντα αρχική σύμβαση ανάδοχο ή πάροχο οικονομικό φορέα και έχει ως αντικείμενο εργασίες ή υπηρεσίες που δεν περιλαμβάνονταν στην αρχικώς κατακυρωθείσα μελέτη ούτε στην αρχική σύμβαση.

Ο χαρακτηρισμός μιας σύμβασης ως συμπληρωματικής είναι νομικά σημαντικός διότι συνεπάγεται την εφαρμογή ειδικών ρυθμίσεων κατά παρέκκλιση των διατάξεων που ρυθμίζουν το στάδιο της προσυμβατικής διαδικασίας.

β. Έμμεσα εκτελέσιμες δημόσιες συμβάσεις. Ορισμοί

i. Συμφωνία-πλαίσιο

Με βάση τα άρθρα 8 του Ν. 3316/05, 2 παρ. 5 του ΠΔ 60/07 και 2 παρ. 4 του ΠΔ 59/07 η «συμφωνία-πλαίσιο» είναι μια σύμβαση που συνάπτεται μεταξύ μιας ή περισσότερων αναθετουσών Αρχών και ενός ή περισσότερων οικονομικών φορέων, 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, ενδεχομένως, τις προβλεπόμενες ποσότητες.

ii. Προγραμματική σύμβαση

Η νομολογία στηριζόμενη στη σχετική διάταξη του Κώδικα Δήμων και Κοινοτήτων⁴³ (Στο εξής ΚΔΚ) ορίζει ως προγραμματική σύμβαση εκείνη τη δημόσια

42. Για τους σκοπούς που εξυπηρετεί αυτή η μορφή συμβατικής δράσης κάποιων Φορέων της Δημόσιας Διοίκησης, τις διακρίσεις της και το δίκαιο που τη διέπει βλ. Απόστολος Γέροντας, ο.π., σελ. 129-145.

σύμβαση που θέτει το «...γενικό πλαίσιο για την οργάνωση και διαχείριση δημοσίων υπηρεσιών και την άσκηση κρατικών δραστηριοτήτων δια μέσου των Φορέων της τοπικής αυτοδιοίκησης ή της καθ' ύλην αποκεντρωμένης Διοίκησης, με τη μελέτη και εκτέλεση έργων και προγραμμάτων ανάπτυξης μιας περιοχής και την παροχή υπηρεσιών κάθε είδους.»⁴⁴. Παρόμοια οριοθετούνται στο άρθρο 12 του Ν. 3513/06 (ΦΕΚ 265 Α'/5.12.2006) οι προγραμματικές συμβάσεις της Εκκλησίας της Ελλάδος. Τέλος στο άρθρο 3 του Ν. 3316/05 η προγραμματική σύμβαση ρυθμίζεται με όρους εντολής του ιδιωτικού δικαίου.

γ. Άλλες περιπτώσεις συμβάσεων που συνάπτει η Δημόσια Διοίκηση

Στην κατηγορία των δημοσίων συμβάσεων δεν ανήκουν οι έχουσες ως αντικείμενο τη διαχείριση της ιδιωτικής περιουσίας ενός ΔΝΠ.

Περιπτώσεις τέτοιων συμβάσεων αποτελούν η σύμβαση με αντικείμενο την πώληση μετοχών δημόσιας Εταιρείας ή Επιχείρησης μικτής οικονομίας εν όψει αποκρατικοποίησης τους⁴⁵ καθώς και η έχουσα αντικείμενο την αγοραπωλησία ακινήτων⁴⁶. Επίσης δεν συνιστούν δημόσιες συμβάσεις όσες έχουν ως αντικείμενο την εκμίσθωση ή μίσθωση ακινήτου ή κινητού πράγματος που ανήκει στην ιδιωτική περιουσία του ΔΝΠ.

Οι ανωτέρω συμβάσεις, ακόμα και όταν η διαδικασία σύναψής τους και η εκτέλεσής τους ρυθμίζεται από ειδικές διατάξεις, δεν δύναται να χαρακτηριστούν ως δημόσιες καθότι έχουν αποκλειστικό ή προέχοντα ταμειακό σκοπό. Βέβαια ως ελέγχθη η αρχή της ειδικότητας επιβάλλει κάθε ΔΝΠ να δρα πάντοτε προς εξυπηρέτηση του σκοπού του, ο οποίος εν τέλει ικανοποιεί το δημόσιο συμφέρον. Όμως για να χαρακτηριστεί μια σύμβαση ως δημόσια γίνεται δεκτό ότι πρέπει να εξυπηρετεί τον δημόσιο σκοπό άμεσα και όχι έμμεσα όπως στην περίπτωση που αυτή συνάπτεται με σκοπό την αύξηση της περιουσίας του και γενικά την οικονομική διαχείρισή της.

43. Βλ. άρθρα 225 του Ν. 3463/06 (ΦΕΚ 114 Α') και 35 του προΐσχύοντος ΠΔ 410/95 (ΦΕΚ 231 Α') όπως αντικαταστάθηκε από το άρθρο 25 του Ν. 2738/99 (ΦΕΚ 180 Α'/9.9.1999).

44. Βλ. Πρακτικά Ολ. ΕλΣυν. 22^{ης} ΓΣ/22.9.2004.

45. Βλ. Ολ. ΣτΕ 606/08.

46. Βλ. Πράξη IV Τμ. ΕλΣυν. 64/04, 171/06 και 69/07.

Συνεπώς υπάρχουν συμβάσεις που συνάπτουν Φορείς ακόμα και της υπό στενή εννοία Δημόσιας Διοίκησης οι οποίες είναι ιδιωτικές και ρυθμίζονται από κανόνες υπαγόμενους στον κλάδο του ιδιωτικού δικαίου, διακρίνονται όμως από τις δημόσιες συμβάσεις που διέπονται κατά βάση από το ιδιωτικό δίκαιο. Η διάκριση αυτή αποτυπώνεται και στο νομικό πλαίσιο περί υπαγωγής στον προσυμβατικό έλεγχο.

III. Στάδια της δημόσιας σύμβασης

Η όλη διαδικασία πραγματοποίησης της κατασκευής ενός έργου ή της προμήθειας ενός αγαθού ή μιας υπηρεσίας περιλαμβάνει δύο στάδια. Το πρώτο αφορά στο σύνολο εκείνων των πράξεων που προηγείται της κατάρτισης και το δεύτερο αυτών που έπεται και σχετίζονται με την εκτέλεση της συναφθείσας δημόσιας σύμβασεως.

Η κατάρτιση της σύμβασης συντελείται με την σύμπτωση των αντιτιθέμενων δηλώσεων βούλησης των διαλεγόμενων προσώπων. Ο ιδιώτης προτείνει και το ΔΝΠ αποδέχεται. Σε αντίθεση με τις ιδιωτικές συμβάσεις όπου ισχύει η αρχή του ατύπου των δικαιοπραξιών για την εγκυρότητα δημόσιας σύμβασης απαιτείται γραπτός τύπος. Ωστόσο η αποδοχή μπορεί να περιλαμβάνεται και σε ξεχωριστό έγγραφο. Στην περίπτωση αυτή η σύμβαση συνάπτεται αφ' ης η έγγραφη αποδοχή περιέρχεται στη σφαίρα επιρροής του ιδιώτη⁴⁷.

Ειδικά όσον αφορά τις διοικητικές συμβάσεις, αν σε ειδικό νόμο δεν ορίζεται διαφορετικά, η κατάρτιση γίνεται από και με την επίδοση στον επιλεγέντα οικονομικό φορέα της πράξης κατακύρωσης ή επιλογής. Στην περίπτωση αυτή το συμβατικό έγγραφο κείμενο έχει αποδεικτικό χαρακτήρα⁴⁸.

IV. Προσυμβατικό Στάδιο

1. Ισχύον δίκαιο

Το δίκαιο που διέπει το προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων διαφοροποιείται καταρχήν ανάλογα με τους τομείς της οικονομίας στους οποίους εντάσ-

47. Βλ. άρθρο 80 του Ν. 2362/95 {(ΦΕΚ 247 Α'/27.11.1995) «Περί Δημοσίου Λογιστικού, ελέγχου των δαπανών του Κράτους και άλλες διατάξεις» στο εξής ΚΔΔ} και 22 του ΚΔΔ/σίας.

48. Βλ. άρθρο 23 του ΚΔΔ/σίας.

σεται η δραστηριότητα που αναπτύσσει ένας δημόσιος Φορέας. Περαιτέρω το δίκαιο της προσυμβατικής δράσης ταξινομείται με βάση το συγκεκριμένο νομοθετικό πλαίσιο που διέπει τις ανωτέρω οριζόμενες συμβατικές κατηγορίες.

Α. Νομικό πλαίσιο που διέπει την προσυμβατική δράση ανάλογα με τον οικονομικό τομέα δραστηριοποίησης του δημόσιου Φορέα

Σε ορισμένους τομείς οικονομικής δραστηριότητας (Π.χ. προμήθεια ύδατος, παραγωγή, διακίνηση και παροχή ηλεκτρικής ενέργειας) επικρατεί σύστημα κλειστής αγοράς κυρίως λόγω της κρατικής παρέμβασης, με σκοπό την εξασφάλιση κάποιων αγαθών σε όλους τους πολίτες. Η κρατική παρέμβαση συνίσταται στη χορήγηση ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων σε δημόσιους Φορείς (Π.χ. ΔΕΗ ΑΕ, ΕΥΔΑΠ ΑΕ) για την τροφοδότηση, τη χρήση ή την εκμετάλλευση των δικτύων παροχής μιας συγκεκριμένης υπηρεσίας ή αγαθού (Π.χ. νερού, ηλεκτρικής ενέργειας). Περαιτέρω οι κρατικές Αρχές μπορούν να επηρεάζουν τη συμπεριφορά αυτών των Φορέων, ιδίως, με συμμετοχή στα κεφάλαιά τους ή με εκπροσώπηση στα όργανα διοίκησης, διαχείρισης ή/και εποπτείας τους. Το γεγονός αυτό κατέστησε αναγκαίο για του τομείς αυτούς τη θέσπιση ιδιαίτερου συστήματος σύναψης δημοσίων συμβάσεων.

Έτσι με την Οδηγία 93/38/ΕΟΚ (ΕΕ L 199 της 9.8.1993 σελ. 84-138), όπως εν συνεχεία τροποποιήθηκε με την Οδηγία 98/4/ΕΚ (ΕΕ L 101 της 1.4.1998 σελ. 1-16) επιχειρήθηκε ο συντονισμός των προσυμβατικών διαδικασιών κατάρτισης δημοσίων συμβάσεων ειδικά στους οικονομικούς τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών. Έως και την 31.1.2006 είχε εφαρμογή το ΠΔ 57/00 (ΦΕΚ 45 Α΄) το οποίο ενσωμάτωσε την ανωτέρω Οδηγία καθώς και οι ειδικοί κανόνες του εσωτερικού δικαίου που ίσχυαν ανάλογα με το είδος της σύμβασης. Από 2.2.2006 εφαρμόζονταν πέραν των ειδικών κατά κατηγορία συμβάσεων εθνικών κανόνων η Οδηγία 2004/17/ΕΚ καθότι είχε παρέλθει το απώτερο χρονικό διάστημα ενσωμάτωσής της στην ελληνική έννομη τάξη. Η Οδηγία αυτή είναι γνωστή και ως «τομεακή». Τέλος από τις 16.3.2007 ισχύει το ΠΔ 59/07 που ενσωμάτωσε την Οδηγία 2004/17/ΕΚ.

Στους υπόλοιπους ισχύει η λεγόμενη «κλασική» Οδηγία 2004/18/ΕΚ όπως αυτή ενσωματώθηκε με το Π.Δ. 60/07.

Κρίσιμο και πρωταρχικό συνεπώς ζήτημα για την επιλογή του εφαρμοστέου δικαίου αποτελεί η διάκριση του τομέα οικονομικής ζωής εντός του οποίου δραστηριοποιείται ο δημόσιος Φορέας⁴⁹.

B. Νομικό πλαίσιο που διέπει την προσυμβατική δράση ανάλογα με το είδος της σύμβασης

i. Δημόσια σύμβαση κατασκευής έργου

Όσον αφορά στις συμβάσεις δημοσίων έργων από 11.12.2000 έως και 27.9.2004 ίσχυε το ΠΔ 334/00 (ΦΕΚ 279 Α΄) με το οποίο ενσωματώθηκε η Οδηγία 93/37/ΕΟΚ (ΕΕ L 199 της 9.8.1993, σελ. 54 έως 83) και η τροποποιητική αυτής 97/52/ΕΟΚ (ΕΕ L 328 της 28.11.1997, σελ. 1 έως 59) και, εφόσον δεν ερχόταν σε αντίθεση με τους κανόνες του εν λόγω Διατάγματος, οι διατάξεις του Ν. 1418/84 (ΦΕΚ 23 Α΄) και του ΠΔ 609/85 (ΦΕΚ 223 Α΄). Από 28.9.2004 ετέθη σε ισχύ ο Ν. 3263/04 (ΦΕΚ 179 Α΄), ο οποίος επέβαλε πρότυπα τεύχη διακηρύξεων και κύριο τρόπο επιλογής εργολήπτη τη χαμηλότερη τιμή. Από 1.2.2006 έως και 15.3.2007 και για προϋπολογιζόμενη δαπάνη άνω των 6.242.000 ευρώ ίσχυσε, παράλληλα με τους Ν. 1418/84, 3263/04 και το ΠΔ 609/85, και η Οδηγία 2004/18/ΕΚ⁵⁰ ως άμεσα εφαρμοζόμενη λόγω καθυστέρησης ενσωμάτωσης. Για ποσό κάτω του προαναφερομένου ίσχυσε μόνο η εθνική νομοθεσία.

Από 16.3.2007 έως σήμερα ετέθη σε εφαρμογή το ΠΔ 60/07 που ενσωματώνει την ανωτέρω Οδηγία, όπως αυτή τροποποιήθηκε (περιλαμβανομένης της μείωσης του ελαχίστου χρηματικού ορίου εφαρμογής στο 5.278.000 ευρώ), ενώ από 18.6.2008 θεσπίστηκε και ο Ν. 3669/08 με τον οποίο έγινε η κύρωση της κωδικοποίησης της νομοθεσίας κατασκευής δημοσίων έργων.

ii. Δημόσια σύμβαση προμήθειας αγαθών

Το νομικό πλαίσιο που διήπε τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών έως την

49. Βλ. για παράδειγμα την Επ.Αν. ΣτΕ 503/08 που αφορά σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης από Δήμο με αντικείμενο την προμήθεια ενός συστήματος εξυγίανσης νερού με βάση φορητή μονάδα αφαλάτωσης θαλασσίου ύδατος.

50. Όταν επιχειρείται η σύναψη δημόσιας σύμβασης με εκτελέσιμο αντικείμενο στους τομείς ύδατος, ενέργειας, μεταφορών και τηλεπικοινωνιών έχει εφαρμογή η Οδηγία 2004/17/ΕΚ.

31.1.2006 περιελάμβανε το Ν. 2286/95, το ΠΔ 394/96 (ΦΕΚ 266 Α' – Διορθ. Σφαλμ. στο ΦΕΚ 275 Α' – Κανονισμός προμηθειών του Δημοσίου και ΝΠΔΔ' στο εξής ΚΠΔ) και το ΠΔ 370/95 {(ΦΕΚ 199 Α' με το οποίο ενσωματώθηκε η Οδηγία 93/36/ΕΟΚ (ΕΕ L 199 της 9.8.1993, σελ. 1 έως 53)}.

Μετά την 1.2.2006 και έως την 15.3.2007 ετέθη σε άμεση εφαρμογή η Οδηγία 2004/18/ΕΚ και έπαυσε η ισχύς του ΠΔ 370/95.

Από την 16.3.2007, παράλληλα με το Ν. 2286/95, ισχύει το ΠΔ 60/07 που ενσωμάτωσε την ανωτέρω Οδηγία, ενώ από 1.1.2008 καταργήθηκε το ΠΔ 394/96 και στη θέση του ισχύει ο νέος ΚΠΔ με το ΠΔ 118/07 (ΦΕΚ 150 Α').

Ειδικά για τις προμήθειες των Ο.Τ.Α ισχύει η κανονιστική πράξη του Υπουργού Εσωτερικών 11389/8.3.1993 (ΦΕΚ 185 Β' – Διόρθ. Σφάλμ. στο ΦΕΚ 550 Β') εκδοθείσα κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 11 παρ. 5 του Ν. 1797/98 (ΦΕΚ 164 Α') όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 38 παρ. 1 του Ν. 2000/91 (ΦΕΚ 206 Α' – Διόρθ. Σφάλμ. από το ΦΕΚ 6 Α'). Επίσης για κάποιους δημόσιους Φορείς υπάρχουν και ειδικοί Κανονισμοί προμηθειών όπως είναι π.χ ο Κανονισμός Προμηθειών της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς (ΝΠΔΔ) δυνάμει της υπ' αριθμ. 1/491/08 (ΦΕΚ 2425 Β'/1.12.2008- Διορθ.Σφαλμ. στο ΦΕΚ 61 Β'/21.1.09) αποφάσεως της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς και ο Κανονισμός Προμηθειών του Κέντρου Διεθνούς και Ευρωπαϊκού Οικονομικού Δικαίου δυνάμει της υπ' αριθμ. 4834/ΔΙΟΕ 236/09 (ΦΕΚ 195 Β'/5.2.2009) αποφάσεως του Υπουργού Οικονομίας και Οικονομικών.

iii. Δημόσια σύμβαση παροχής υπηρεσιών

Στις συμβάσεις υπηρεσιών έως την 31.1.2006 είχαν εφαρμογή διαδοχικά τα ΠΔ 346/98 (ΦΕΚ 230 Α'), 18/00 (ΦΕΚ 15 Α') και 101/03 (ΦΕΚ 95 Α') που ενσωμάτωναν την Οδηγία 92/50/ΕΟΚ (ΕΕ L 209 της 24.7.1992, σελ. 1 έως 24) και αναλογικά ο τότε ισχύον ΚΠΔ (ΠΔ 394/96). Από 1.2.2006 έως και 15.3.2007 ετέθη σε άμεση εφαρμογή η νέα Οδηγία 2004/18/ΕΚ και συνέχιζε να εφαρμόζεται αναλογικά ο ΚΠΔ. Από 16.3.2007 ισχύει το ΠΔ 60/07 που ενσωμάτωσε την ανωτέρω Οδηγία ενώ από 1.1.2008 εφαρμόζεται αναλογικά ο νέος ΚΠΔ (ΠΔ 118/07).

iv. Δημόσια σύμβαση εκπόνησης μελετών

Στις συμβάσεις μελετών και συναφών υπηρεσιών από 22.2.2005 ισχύει ο Ν. 3316/05 «Περί ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων εκπόνησης μελετών και παροχής υπηρεσιών» που εναρμονίζει το εθνικό δίκαιο προς τις διατάξεις των Οδηγιών 2004/18/EK και 2004/17/EK, όσον αφορά στη σύναψη και εκτέλεση των συμβάσεων εκπόνησης μελετών και παροχής λοιπών υπηρεσιών μηχανικού και των άλλων ελευθερίων επαγγελματιών των κατηγοριών μελετών της παραγράφου 2 του άρθρου 2 του ως άνω νόμου. Ταυτόχρονα ισχύουν οι διατάξεις του Ν. 716/77 «Περί μητρώου μελετητών και αναθέσεως και εκπονήσεως μελετών» (ΦΕΚ 255 Α') και των εκτελεστικών του διαταγμάτων, κατά το μέρος που διατηρήθηκαν σε ισχύ με την παρ. 4 του άρθρου 45 του Ν. 3316/05.

v. Συμπληρωματικές συμβάσεις

Όσον αφορά στις συμπληρωματικές συμβάσεις αυτές ρυθμίζονται από το νομικό πλαίσιο που διέπει την αρχική σύμβαση ανάλογα με τον οικονομικό τομέα δραστηριοποίησης της εκάστοτε αναθέτουσας Αρχής και το είδος της αρχικής σύμβασης.

Έτσι τις προϋποθέσεις σύναψης συμπληρωματικής σύμβασης στους ειδικούς τομείς δράσης του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών θέτουν οι διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 3 περ. ε) και στ) του ΠΔ 59/07 ενώ στους υπόλοιπους οικονομικούς τομείς οι όροι σύναψης συμπληρωματικών συμβάσεων κατασκευής έργων, προμήθειας αγαθών και παροχής υπηρεσιών τίθενται στις διατάξεις των άρθρων 25 περ. 2β) και 4α) και 72 του ΠΔ 60/07. Για τις δε συμβάσεις εκπόνησης μελετών τα αντίστοιχα ζητήματα διέπονται από τα άρθρα 10 παρ. 2 περ. ζ) και 29 του Ν. 3316/05.

vi. Συμφωνίες-πλαίσιο

Το νομικό πλαίσιο που καθορίζει τους όρους σύναψης και εκτέλεσης των συμφωνιών-πλαίσιο διαγράφεται στις διατάξεις των άρθρων 14 του ΠΔ 59/07 όταν η αναθέτουσα Αρχή δραστηριοποιείται στους ειδικούς τομείς, 8 του Ν. 3316/05 όταν το φυσικό αντικείμενο της επιδιωκόμενης εκτελέσιμης σύμβασης αφορά στην εκπόνηση μελέτης και 26 του ΠΔ 60/07 όταν ο εκάστοτε δημόσιος Φορέας δραστηριοποιείται

στους κλασικούς τομείς και το υλικό αντικείμενο της εκτελέσιμης σύμβασης σχετίζεται με έργα, προμήθειες και υπηρεσίες.

vii. Προγραμματικές συμβάσεις

Βασική πηγή δικαίου που διέπει τις προγραμματικές συμβάσεις που επιδιώκουν να συνάψουν ΟΤΑ αποτελούν οι διατάξεις του άρθρου 225 του Ν. 3463/06. Προϊσχύον δίκαιο θέσπιζε το άρθρο 35 του ΠΔ 410/95 όπως είχε αντικατασταθεί από το άρθρο 25 του Ν. 2738/99. Με παρόμοιο τρόπο στο άρθρο 12 του Ν. 3513/06 ρυθμίζονται οι προγραμματικές συμβάσεις της Εκκλησίας της Ελλάδος. Περαιτέρω το άρθρο 3 του Ν. 3316/05 διέπει τις προγραμματικές συμβάσεις που οι εκάστοτε δημόσιοι Φορείς επιθυμούν να συνάψουν για την εκπόνηση μελετών και συναφών υπηρεσιών.

Ειδικότερα όσον αφορά τους ΟΤΑ, με βάση τις οικείες διατάξεις, για τη σύναψη μιας προγραμματικής σύμβασης τουλάχιστον ένας εκ' των συμβαλλομένων πρέπει να είναι Δήμος ή Κοινότητα ή Νομαρχιακή Αυτοδιοίκηση ή Νομαρχιακό Διαμέρισμα των Ενιαίων Νομαρχιακών Αυτοδιοικήσεων ή σύνδεσμος Δήμων και Κοινοτήτων ή ΤΕΔΚ ή η ΕΝΑΕ ή η ΚΕΔΚΕ ή ΝΠΔΔ το οποίο συνιστούν ή στα οποία συμμετέχουν οι προαναφερόμενοι Οργανισμοί και Φορείς ή δημοτική Επιχείρηση Ύδρευσης και Αποχέτευσης (Ν. 1069/80) ή δημοτικό ή κοινοτικό Ίδρυμα ή Ίδρυμα Τριτοβάθμιας Εκπαίδευσης, περιλαμβανομένων και των Τεχνολογικών Εκπαιδευτικών Ιδρυμάτων. Οι ειδικά και περιοριστικά αναφερόμενοι αυτοί Φορείς μπορούν να συνάπτουν προγραμματικές συμβάσεις με το Δημόσιο, μεταξύ τους ή και με Φορείς του δημόσιου τομέα της παρ. 6 του άρθρου 1 του ν. 1256/1982, μεμονωμένα ή από κοινού. Αναγκαίο περιεχόμενο των συμβάσεων αυτών αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, ο σκοπός και το περιεχόμενο των μελετών, των έργων, των προγραμμάτων ή των υπηρεσιών, ο προϋπολογισμός τους, τα δικαιώματα και οι υποχρεώσεις των συμβαλλομένων, το χρονοδιάγραμμα εκτέλεσης της σύμβασης, οι πόροι από τους οποίους θα καλυφθούν οι αναλαμβανόμενες οικονομικές υποχρεώσεις και η διάρκεια της σύμβασης. Επίσης ορίζεται το όργανο παρακολούθησης της εφαρμογής της και οι αρμοδιότητές του, καθώς και ρήτρες σε βάρος του συμβαλλόμενου που παραβαίνει τους όρους της προγραμματικής σύμβασης.

2. Γενικό μοτίβο προσυμβατικής δράσης

Με βάση το ισχύον δίκαιο διαμορφώνεται ένα μοτίβο προσυμβατικής δράσης οι επιμέρους φάσεις του οποίου αποτελούν και το περιεχόμενο του ελέγχου από το ΕΣ.

Η διαδικασία που προηγείται της σύναψης δημόσιας σύμβασης διαιρείται σε τρία μέρη το καθένα από τα οποία περιλαμβάνει επιμέρους φάσεις.

Α. Προπαρασκευαστικό μέρος. Διαμόρφωση της βούλησης του αναθέτοντος Φορέα

Στο πρώτο μέρος κατατάσσονται οι προκαταρκτικές ενέργειες οι οποίες είναι απαραίτητες προκειμένου να ξεκινήσει η κυρίως διαγωνιστική ή διαπραγματευτική διαδικασία.

Καταρχήν το αρμόδιο διοικούν όργανο του δημόσιου Φορέα ή αναθέτουσας Αρχής που επιθυμεί τη σύναψη της συμβάσεως αποφαινεται για την αναγκαιότητα και τη σκοπιμότητα αυτής καθώς και για την κίνηση της όλης διαδικασίας. Οι νομικές αυτές πράξεις δεν δημιουργούν πάντοτε δικαιώματα ή υποχρεώσεις σε τρίτους και ως εκ τούτου η αμφισβήτησή τους δεν γεννά σε κάθε περίπτωση διαφορές υποκείμενες σε δικαιοδοτική κρίση. Δημιουργούν όμως πάντοτε ενδοδιοικητική νομική κατάσταση που κατατείνει στη χρήση δημοσίου χρήματος και ως εκ τούτου υπόκεινται σε δημοσιονομικό έλεγχο νομιμότητας από αρμόδια δικαστικά όργανα του ΕΣ είτε κατά τον έλεγχο των εκδιδόμενων τίτλων πληρωμής είτε στο πλαίσιο του προσυμβατικού ελέγχου.

Περιπτώσεις τέτοιων προκαταρκτικών ενεργειών συνιστά η πράξη έγκρισης του φακέλου του έργου στις συμβάσεις σύνταξης μελετών⁵¹ και η έγκριση περιβαλλοντικών όρων στις συμβάσεις κατασκευής δημοσίων έργων⁵².

Επίσης κατά το μέρος αυτό της προσυμβατικής διαδικασίας, προσδιορίζεται η πηγή χρηματοδότησης τόσο της διαδικασίας ανάθεσης όσο και της εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης. Χαρακτηριστικές πράξεις χρηματοδοτικής κάλυψης των δημοσίων συμβάσεων αποτελούν η ένταξη, δυνάμει κοινής Υπουργικής αποφάσεως, της εκάστοτε

51. Βλ. άρθρο 4 του Ν. 3316/05.

52. Βλ. άρθρο 14 ΚΣΔΕ και ΣτΕ 526/03.

προμήθειας στο Ενιαίο Πρόγραμμα Προμηθειών⁵³ και η απόφαση διοικητικού οργάνου για τη χρηματοδότηση δημοσίου έργου από το Πρόγραμμα Δημοσίων Επενδύσεων⁵⁴ ή την ένταξή του σε Επιχειρησιακό Πρόγραμμα Περιφέρειας⁵⁵.

Ειδικότερα όσον αφορά τις συμβάσεις δημοσίων έργων για την προεκτίμηση του κόστους του έργου λαμβάνονται υπόψη τα γενικά έξοδα και το όφελος της εργοληπτικής Εταιρείας. Το τελευταίο ορίζεται νομοθετικά ως ποσοστό⁵⁶. Όσον αφορά στο κόστος αξίζει να επισημανθεί η πιθανότητα αύξησή του κατά το στάδιο της εκτέλεσης συνεπεία απρόβλεπτων γεγονότων. Το σχετικό ζήτημα ρυθμίζεται νομοθετικά με το άρθρο 8 παρ. 2 του Ν. 1418/84 και τις κατ' εξουσιοδότηση αυτού σχετικές Υπουργικές αποφάσεις. Επίσης υπάρχει η δυνατότητα αναθεώρησης του κοστολογίου του έργου με το άρθρο 10 του Ν. 1418/84.

Ακολουθώς επιλέγεται το είδος της διαδικασίας ανάθεσης. Υπάρχουν οι εξής διαφορετικές διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων:

1. Η ανοικτή διαδικασία⁵⁷ όπου κάθε ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας μπορεί να υποβάλλει προσφορά,
2. η κλειστή διαδικασία⁵⁸ όπου κάθε οικονομικός φορέας μπορεί να υποβάλλει αίτημα συμμετοχής, αλλά μόνον οι επιλεγόμενοι οικονομικοί φορείς που προσκαλούνται από την αναθέτουσα Αρχή μπορούν να υποβάλλουν προσφορά,
3. η διαδικασία διαπραγμάτευσης διαγωνισμού χωρίς δημοσίευση προκήρυξης⁵⁹

53. Βλ. άρθρα 2 παρ. 1 του Ν. 2286/95, 4 παρ. 1 του ΚΠΑ και Πράξη VI Τμ. ΕλΣυν. 73/08.

54. Βλ. Πράξη VI Τμ. ΕλΣυν. 58/08.

55. Βλ. Πράξη Ε' Κλιμ. ΕλΣυν. 723/07.

56. Βλ. άρθρο 5 παρ. 4 ΠΔ 609/85 το περιεχόμενο του οποίου εμπεριέχεται πλέον στο άρθρο 17 παρ. 7 του ΚΣΔΕ. Επειδή στις κωδικοποιήσεις των νομικών διατάξεων πηγή δικαίου παραμένει το κωδικοποιημένο νομικό κείμενο οι παραπομπές που αφορούν στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων εκτέλεσης έργων ενίοτε γίνονται στις εκάστοτε σχετικές διατάξεις των νόμων που έχουν κωδικοποιηθεί, όπως είναι ο Ν. 1418/84 και το ΠΔ 609/85.

57. Βλ. άρθρα 2 παρ. 11 περ. α) και 22 του ΠΔ 60/07, 2 παρ. 9 περ. α) και 25 παρ. 1 και 2 του ΠΔ 59/07, 2 παρ. 12 περ. α) του Ν. 2286/95 και 1 παρ. 5 και 7 του Ν. 3316/05. Άλλως ανοικτή δημοπρασία κατά το άρθρο 3 περ. β) του ΚΔΣΕ.

58. Βλ. άρθρα 2 παρ. 11 περ. β) και 22 ΠΔ 60/07, 2 παρ. 9 περ. β) και 25 παρ. 1 και 2 του ΠΔ 59/07, 2 παρ. 12 περ. β) του Ν. 2286/95 και 1 παρ. 6 και 7 του Ν. 3316/05. Άλλως δημοπρασία με προεπιλογή κατά τα άρθρα 3 περ. β) και 23 του ΚΔΣΕ.

59. Βλ. άρθρα 2 παρ. 11 περ. δ) και 25 του ΠΔ 60/07, 2 παρ. 9 περ. γ) και 25 παρ. 1 και 2 του ΠΔ 59/07, 2 παρ. 12 περ. δ) του Ν. 2286/95 και 1 παρ. 7 και 10 παρ. 1 του Ν. 3316/05. Άλλως απευθείας ανάθεση κατά τα άρθρα 3 περ. γ) και 28 παρ. 3 του ΚΔΣΕ, αν και υποστηρίζεται ότι η διαδικασία με διαπραγμάτευση, καίτι ανάλογη, δεν εξομοιώνεται με την απευθείας ανάθεση. Βλ. Απόστολος Γέροντας, Δημοσιονομικό Δίκαιο, ο.π., σελ. 270. Επίσης η διαπίστωση αυτή βρίσκει έρεισμα και στο άρθρο 83 του ΚΔΔ όπου υπάρχει ξεχωριστή πρόβλεψη για κάθε μια απ' τις διαδικασίες αυτές.

στο πλαίσιο της οποίας, χωρίς προκήρυξη, η αναθέτουσα Αρχή διαβουλεύεται με τους οικονομικούς φορείς της επιλογής της και διαπραγματεύεται τους όρους της σύμβασης με έναν ή περισσότερους από αυτούς,

4. η διαδικασία διαπραγμάτευσης με δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού⁶⁰ στο πλαίσιο της οποίας, η αναθέτουσα Αρχή, αφού γνωστοποιήσει την πρόθεση της να συνάψει με σχετικώς διατυπωμένους όρους διαβουλεύεται με τους οικονομικούς φορείς της επιλογής της και διαπραγματεύεται τον επακριβή καθορισμό των όρων της σύμβασης με έναν ή περισσότερους από αυτούς,

5. η διαδικασία κατάρτισης δυνάμει των όρων προσυναφθείσας συμφωνίας-πλαισίου⁶¹, όπου αποσκοπεί στον προκαθορισμό των όρων που θα διέπουν τις συμβάσεις που πρόκειται να συναφθούν κατά τη διάρκεια συγκεκριμένης περιόδου, ιδίως όσον αφορά στις τιμές και, ενδεχομένως, τις προβλεπόμενες ποσότητες.

6. το δυναμικό σύστημα αγορών⁶², το οποίο δεν εφαρμόζεται στις συμβάσεις εκπόνησης μελετών και αναφέρεται σε μια περιορισμένη χρονικά καθ' ολοκληρίαν ηλεκτρονική διαδικασία και ανοικτή καθ' όλη τη διάρκειά της σε κάθε οικονομικό φορέα για αγορές τρέχουσας χρήσης,

7. ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός⁶³, ο οποίος επίσης δεν προβλέπεται στις συμβάσεις εκπόνησης μελετών και είναι μια επαναληπτική διαδικασία που βασίζεται σε έναν ηλεκτρονικό μηχανισμό παρουσίασης νέων, μειωμένων τιμών ή/και 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 και

8. ο ανταγωνιστικός διάλογος⁶⁴, ο οποίος εφαρμόζεται μόνο στις δημόσιες συμβάσεις που διέπονται από την λεγόμενη κλασική Οδηγία και αναφέρεται σε διαδικασία στην οποία κάθε οικονομικός φορέας μπορεί να ζητήσει να συμμετάσχει και

60. Βλ. άρθρα 2 παρ. 11 περ. δ) και 24 του ΠΔ 60/07, 2 παρ. 9 περ. γ) και 25 παρ. 1 και 3 του ΠΔ 59/07, 2 παρ. 12 περ. δ) του Ν. 2286/95 και 1 παρ. 7 και 10 παρ. 2 του Ν. 3316/05. Άλλως απευθείας ανάθεση κατά τα άρθρα 3 περ. γ) και 28 παρ. 2 του ΚΔΣΕ.

61. Βλ. άρθρα 2 παρ. 5 και 26 του ΠΔ 60/07, 2 παρ. 4 και 14 του ΠΔ 59/07 και 1 παρ. 4 και 8 του Ν. 3316/05.

62. Βλ. άρθρα 2 παρ. 6 και 27 του ΠΔ 60/07 και 2 παρ. 5 και 15 του ΠΔ 59/07.

63. Βλ. άρθρα 2 παρ. 7 και 28 του ΠΔ 60/07 και 2 παρ. 6 και 47 του ΠΔ 59/07.

64. Βλ. άρθρα 2 παρ. 11 περ. γ) και 23 του ΠΔ 60/07.

όπου, εν συνεχεία, η αναθέτουσα Αρχή διεξάγει διάλογο με τους υποψηφίους που έχουν γίνει δεκτοί προκειμένου να βρεθούν μία ή περισσότερες λύσεις που θα μπορούσαν να ικανοποιήσουν τις ανάγκες της και βάση της οποίας ή των οποίων (λύσης ή λύσεων) οι υποψήφιοι που επελέγησαν καλούνται να υποβάλλουν προσφορά.

Ειδικά στις συμβάσεις εκπόνησης μελετών⁶⁵ προβλέπονται και ιδιαίτερες διαδικασίες για την κατάρτιση προκαταρκτικής μελέτης και προμελέτης μετά από κοινή ή και διαφορετική προκήρυξη⁶⁶.

Για δημόσιες συμβάσεις όπου η χρηματική αξία του αντικειμένου τους είναι μικρή εφαρμόζεται και ο πρόχειρος διαγωνισμός⁶⁷.

Ο επιδιώκων την κατάρτιση δημόσιας σύμβασης Φορέας έχει διακριτική ευχέρεια ως προς την επιλογή της κλειστής ή ανοικτής διαδικασίας ανάθεσης⁶⁸. Αντίθετα τελεί υπό δεσμία αρμοδιότητα κατά την επιλογή της εξαιρετικής διαδικασίας της απευθείας ανάθεσης⁶⁹. Οι αρχές του εθνικού και κοινοτικού δικαίου επιβάλλουν ως κανόνα την ανοικτή διαδικασία⁷⁰.

Στη συνέχεια συντάσσεται και εγκρίνεται η προκήρυξη, εκτός της περίπτωσης επιλογής της απευθείας ανάθεσης χωρίς δημοσίευση διακήρυξης διαγωνισμού. Όταν η προκήρυξη κατατείνει στη σύναψη διοικητικής σύμβασης συνιστά κανονιστική διοικητική πράξη⁷¹. Η τελευταία αφ' ης δημοσιεύεται δεσμεύει τόσο τον προσκαλούντα δημόσιο Φορέα όσο και τους διοικούμενους, είτε απλώς ενδιαφερόμενους είτε συμμετέχοντες, οικονομικούς φορείς. Αντίθετα όταν επιδιώκεται σύναψη σύμβασης ιδιωτικού δικαίου η διακήρυξη αποτελεί πρόσκληση προς υποβολή πρότασης από τους ενδιαφερόμενους ιδιώτες⁷². Ο χρόνος δημοσίευσης της διακήρυξης καθορίζει και το εφαρμοστέο δίκαιο για την όλη προσυμβατική διαδικασία. Τούτο σημαίνει ότι εάν πριν

65. Με τον όρο αυτό υπενθυμίζεται ότι εννοούνται και υπηρεσίες που υπάγονται στην επιστημονικό και επαγγελματικό πεδίο των πολιτικών μηχανικών αλλά και συναφείς υπηρεσίες άλλων ελευθέρων επαγγελματιών.

66. Βλ. άρθρα 5-7 του Ν. 3316/05.

67. Βλ. άρθρα 83 παρ. 1 του ΚΔΛ, 2 παρ. 12 περ. γ) του Ν. 2286/95 και 3 περ. δ) και 29 του ΚΔΣΕ. Το τελευταίο άρθρο ρυθμίζει και την προφορική δημοπρασία.

68. Βλ. άρθρο 22 εδ. α' του ΠΔ 60/07, 25 παρ. 2 του ΠΔ 59/07 και 7 παρ. 1 εδ. β' του Ν. 3316/05. Επίσης Απόστολος Γέροντας, ο.π., σελ. 258-259.

69. Βλ. Πράξεις IV Τμ. ΕλΣυν. 43/06, 122/07.

70. Βλ. Απόστολος Γέροντας, ο.π., σελ. 259.

71. Βλ. Επαμ. Π. Σπηλιωτόπουλος, ο.π., σελ. 211.

72. Βλ. Ολ. ΣτΕ 3195/90, Ολ. ΑΠ 37/05, ΜΠρΑθ. 23393 και 29413/98.

τη δημοσίευση της προκήρυξης μεταβληθεί το κανονιστικό πλαίσιο που διέπει επιμέρους φάση του προπαρασκευαστικού μέρους ο αναθέτων Φορέας οφείλει να πράξει σύμφωνα με τους νέους κανόνες ακόμα κι αν χρειαστεί να ανακαλέσει ή να επανεκδώσει προγενέστερες πράξεις του⁷³.

Στη προκήρυξη καθορίζονται το συμβατικό αντικείμενο, η ακριβής διαδικασία και οι όροι διεξαγωγής του διαγωνισμού καθώς και το κριτήριο κατακύρωσης για την επιλογή του αναδόχου. Επίσης η προκήρυξη περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων, τα προσδιοριστικά στοιχεία της αναθέτουσας Αρχής, όπως η επωνυμία της και η ηλεκτρονική της διεύθυνση, την κατηγορία όπου εντάσσεται η συγκεκριμένη υπηρεσία ή το έργο, την ακριβή περιγραφή τους, τον τρόπο και χρόνο υποβολής των προσφορών και τις απαιτούμενες εγγυήσεις⁷⁴.

Ειδικά στις συμβάσεις δημοσίων έργων η διακήρυξη για τη δημοπράτηση καθορίζει και σύστημα υποβολής των προσφορών. Συστήματα υποβολής προσφορών είναι :

α) Η προσφορά ενιαίου ποσοστού έκπτωσης πάνω σε συμπληρωμένο τιμολόγιο της Υπηρεσίας. Προϋποθέτει μεταξύ άλλων προϋπολογισμό άνω των 750.000 ευρώ⁷⁵.

β) Η προσφορά επιμέρους ποσοστών έκπτωσης κατά ομάδες τιμών, σε συμπληρωμένο τιμολόγιο ομαδοποιημένων τιμών της Υπηρεσίας, με έλεγχο ομαλότητας των επιμέρους ποσοστών έκπτωσης⁷⁶.

γ) Η ελεύθερη συμπλήρωση ανοικτού τιμολογίου που μπορεί να περιλαμβάνει αναλυτικές τιμές ή περιληπτικές τιμές ή και κατ' αποκοπή τιμή⁷⁷.

δ) Η προσφορά που περιλαμβάνει μελέτη και κατασκευή με κατ' αποκοπή εργολαβικό αντάλλαγμα για το έργο ολόκληρο ή κατά τμήματα. Στο σύστημα αυτό αξιολογείται πρώτα η ποιότητα της προσφοράς (μελέτη) και στη συνέχεια εξετάζεται η

73. Βλ. Πράξη Ε΄ Κλιμ. ΕλΣυν. 866/06.

74. Οι πληροφορίες που οπωσδήποτε πρέπει να περιέχονται σε μια διακήρυξη, ως ελάχιστο περιεχόμενο αυτής, για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης διεπόμενης από το κοινοτικό δίκαιο περιλαμβάνονται στο Παράρτημα VIIA της Οδηγίας 2004/18/EK και στα Παραρτήματα XIII, XIV, XVA, XVB και XVI της Οδηγίας 2004/17/EK.

75. Βλ. άρθρα 4 παρ. 4 περ. α΄ του Ν. 1418/84, 6 του ΠΔ 609/85 και Πράξεις VI Τμ. ΕλΣυν. 180/06 και 89/07.

76. Βλ. άρθρα 4 παρ. 4 περ. β΄ του Ν. 1418/84 και 7 του ΠΔ 609/85.

77. Βλ. άρθρα 4 παρ. 4 περ. δ΄ του Ν. 1418/84 και 9 του ΠΔ 609/85.

οικονομική προσφορά⁷⁸.

Τα συστήματα αυτά μπορεί να εφαρμοστούν και σε συνδυασμό μεταξύ τους στη δημοπρασία του ίδιου έργου.

Με απόφαση που εκδίδεται από τον Υπουργό ΠΕΧΩΔΕ μπορεί να καθορίζεται ενιαίος τύπος διακήρυξης, ανάλογα με το σύστημα υποβολής προσφοράς. Σε κάθε περίπτωση η πρόσθεση νέου όρου χρειάζεται ειδική απόφαση του Υπουργού ΠΕΧΩΔΕ⁷⁹.

Τα βασικά κριτήρια κατακύρωσης είναι η αποκλειστικά χαμηλότερη τιμή και η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά⁸⁰. Όσον αφορά τις συμβάσεις δημοσίων έργων όπου δεν εφαρμόζεται το κοινοτικό δίκαιο (Όριο εφαρμογής της κοινοτικής νομοθεσίας είναι το ποσό των 5.278.000 ευρώ και από 1.1.2008 το ποσό των 5.150.000 ευρώ) αποκλειστικό κριτήριο επιλογής αναδόχου είναι η χαμηλότερη τιμή⁸¹.

Σε κάποιες περιπτώσεις προβλέπεται προαιρετικά η σύνταξη και έγκριση έγγραφων γνωστοποιήσεων της πρόθεσης σύναψης σύμβασης. Οι γνωστοποιήσεις αυτές αποβλέπουν στην πρόκληση έγκαιρης επιχειρηματικής διέγερσης στον ιδιωτικό τομέα και τελικώς στην εξασφάλιση του καλύτερου επιδιωκόμενου δημοσίου αγαθού. Χαρακτηριστικώς αναφέρονται η προκαταρκτική προκήρυξη⁸² και η προκήρυξη για την ύπαρξη συστήματος προεπιλογής των διαπραγματευόμενων οικονομικών φορέων⁸³. Κάποιες φορές η δημοσίευση των προκαταρκτικών γνωστοποιήσεων συνιστά τη νομική πράξη έναρξης της κύριας διαγωνιστικής ή διαπραγματευτικής διαδικασίας.

Παράλληλα συντάσσονται και κάποια συμπληρωματικά έγγραφα της προκήρυξης. Μεταξύ αυτών προβλέπεται η συγγραφή υποχρεώσεων που περιλαμβάνει αναλυτικά του γενικού και ειδικούς όρους διεξαγωγής της προσυμβατικής διαδικασίας και το περιγραφικό έγγραφο που περιέχει λεπτομερώς τις τεχνικές προδιαγραφές του φυσικού αντικείμενου που δεν είναι παρά τα απαιτούμενα κύρια χαρακτηριστικά του έργου ή του προϊόντος ή της υπηρεσίας ώστε αυτά να προσδιορίζονται πλήρως και

78. Βλ. άρθρα 4 παρ. 4 περ. ε' του Ν. 1418/84 και 10 του ΠΔ 609/85.

79. Βλ. Πράξη VI Τμ. ΕλΣυν. 17/07.

80. Βλ. άρθρα 51 του ΠΔ 60/07, 46 του ΠΔ 59/07 και 20 ΚΠΔ.

81. Βλ. άρθρο 26 παρ. 1 του ΚΣΔΕ.

82. Βλ. άρθρα 29 παρ. 1 του ΠΔ 60/07 και 12 παρ. 4 του Ν. 3316/05.

83. Βλ. άρθρα 31 παρ. 2 περ. β), 34 παρ. 3 και 44 του ΠΔ 59/07.

σαφώς⁸⁴.

Ο τεχνικός προσδιορισμός του ζητούμενου υλικού αντικειμένου δεν επιτρέπεται να οδηγεί αναγκαστικά σε επιλεγόμενο είδος που παρέχει ένας και μοναδικός οικονομικός φορέας διότι έτσι παραβιάζονται οι κατωτέρω αναλυόμενες θεμελιώδεις αρχές του ανταγωνισμού και της αξιοκρατίας. Από την άλλη μεριά όταν οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με αναφορά σε λειτουργικές απαιτήσεις, οι τελευταίες πρέπει να είναι τόσο ακριβείς ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση⁸⁵.

Β. Δεύτερο τμήμα του προσυμβατικού σταδίου. Δημοσιοποίηση της πρόθεσης του δημόσιου Φορέα για σύναψη δημόσιας σύμβασης

Στο δεύτερο μέρος υπάγονται οι προβλεπόμενοι τύποι δημοσιότητας ως υποχρέωση πληροφόρησης και διαφάνειας. Με την νομότυπη δημοσιοποίηση της προκήρυξης άρχεται η έννομη σχέση μεταξύ υποψηφίων οικονομικών φορέων και επιδιώκοντος τη σύναψη της σύμβασης εκάστοτε δημόσιου Φορέα, ο οποίος πλέον ευθύνεται όχι μόνο δημοσιονομικά αλλά και έναντι τρίτων.

Καταρχήν προβλέπεται, καταρχάς προαιρετικά, αφενός η γνωστοποίηση της πρόθεσης δημοσίευσης στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή και αφετέρου η καθαυτή δημοσίευση της προκαταρκτικής προκήρυξης ή της όποιας προειδοποιητικής γνωστοποίησης της πρόθεσης ενός δημόσιου Φορέα να δημοπρατήσει δημόσιο αγαθό⁸⁶. Η τελευταία λαμβάνει χώρα είτε στο λεγόμενο «προφίλ αγοραστή», το οποίο δεν είναι παρά η ηλεκτρονική ιστοσελίδα του δημόσιου Φορέα, είτε αποστέλλεται προς διαδικτυακή προβολή στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή.

Ακολούθως και υποχρεωτικά οι προκηρύξεις διαγωνισμών δημοσίων συμβάσεων που εμπίπτουν στις διατάξεις του κοινοτικού δικαίου αποστέλλονται για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Στο εξής ΕΕΕΕ) και έπειτα στον

84. Βλ. άρθρα 33, 34 και 53 του ΠΔ 60/07 και 1 περ. β' του παραρτήματος VI της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ.

85. Βλ. άρθρο 53 παρ. 3 περ. β' του ΠΔ 60/07.

86. Η δημοσίευση των προκαταρκτικών γνωστοποιήσεων είναι υποχρεωτική μόνο στις περιπτώσεις που οι αναθέτουσες Αρχές ασκούν το δικαίωμά τους να μειώσουν τις προθεσμίες για την παραλαβή των προσφορών σύμφωνα με τα άρθρα 32 παρ. 4 του Π.Δ. 60/07 και 34 παρ. 1 περ. γ), εδ. ε' του ΠΔ 59/07.

εγχώριο τύπο⁸⁷.

Κατά την εθνική νομοθεσία απαιτείται δημοσίευση περίληψης της διακήρυξης σε ειδικό τεύχος του ΦΕΚ και επιπρόσθετα σε δύο τουλάχιστον ημερήσιες εφημερίδες. Όταν πρόκειται για νομαρχιακού επιπέδου έργα η τρίτη εφημερίδα στην οποία δημοσιεύεται η διακήρυξη πρέπει να είναι μία της Πρωτεύουσας του Νομού όπου θα εκτελεστούν τα έργα αν εκδίδεται εκεί ημερήσια εφημερίδα⁸⁸.

Μετά τη δημοσίευση της προκήρυξης και των άλλων συμβατικών τευχών επιβάλλεται η ύπαρξη χρονικού διαστήματος που μεσολαβεί μεταξύ αυτής και της έναρξης της κύριας διαγωνιστικής διαδικασίας ώστε να δύνανται οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς αφού εκτιμήσουν την οικονομοτεχνική τους δυνατότητα να ανταποκριθούν στις προϋποθέσεις του διαγωνισμού και να ετοιμάσουν τις προσφορές τους.

Αναλυτικότερα στους τομείς της οικονομίας όπου έχει εφαρμογή η κλασική Οδηγία το ζήτημα της μεσολάβησης επαρκούς χρονικού διαστήματος μεταξύ της προκήρυξης και της πράξης με την οποία ξεκινά η κυρίως διαγωνιστική διαδικασία ρυθμίζεται ως εξής⁸⁹:

α) Στις ανοικτές διαδικασίες η ελάχιστη προθεσμία παραλαβής των προσφορών ανέρχεται σε πενήντα δύο (52) ημέρες από την ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης διαγωνισμού στην Υπηρεσία Επίσημων Εκδόσεων της ΕΕ.

Στην περίπτωση που η αναθέτουσα Αρχή έχει δημοσιεύσει προκαταρκτική προκήρυξη, η ελάχιστη προθεσμία, μπορεί να περιορίζεται σε τριάντα έξι (36) ημέρες, αλλά δεν θα πρέπει σε καμία περίπτωση να είναι μικρότερη των είκοσι δύο (22) ημερών. Η προθεσμία των είκοσι δύο (22) ημερών αναφέρεται μόνο για την περίπτωση που η προκήρυξη προκαταρκτικής ενημέρωσης περιλαμβάνει όλα εκείνα τα στοιχεία και πλη-

87. Η δημοσίευση των προκηρύξεων στην ΕΕΕΕ πρέπει να ακολουθεί σε κάθε περίπτωση τα ειδικά υποδείγματα (τυποποιημένα έντυπα) που διατίθενται κάθε φορά στην επίσημη ιστοσελίδα της ΕΕ (Βλ. <http://simap.eu.int/>). Τα τυποποιημένα έντυπα αφορούν, εκτός στην προκήρυξη σύμβασης (Διαγωνισμού), και στην προκαταρκτική προκήρυξη, στην προκήρυξη για «προφίλ αγοραστή», και στη γνωστοποίηση της συναφθείσας σύμβασης.

88. Βλ. άρθρο 4 παρ. 5-8 ΠΔ 609/85, Ν. 3548/07 (ΦΕΚ 68 Α'/20.3.2007) και άρθρο 6 Ν. 3559/07 (ΦΕΚ 102 Α'/14.5.2007). Επίσης Πράξη VI Τμ. ΕλΣυν. 61/07.

89. Βλ. άρθρα 29-33 του ΠΔ 60/07. Στους οικονομικούς τομείς όπου έχει εφαρμογή το ΠΔ 59/07 ισχύουν οι παρεμφερείς διατάξεις των άρθρων 32-36 του αυτού ΠΔ και στις συμβάσεις με αντικείμενο την εκπόνηση μελετών ισχύουν οι διατάξεις των άρθρων 12-13 του Ν. 3316/05.

ροφορίες που απαιτούνται στην προκήρυξη σύμβασης (διαγωνισμού) και έχει αποσταλεί προς δημοσίευση μεταξύ ενός ελάχιστου διαστήματος πενήντα δύο (52) ημερών έως ενός μέγιστου διαστήματος 12 μηνών πριν από τη ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης διαγωνισμού.

Όταν η προκήρυξη καταρτίζεται και αποστέλλεται με ηλεκτρονικά μέσα στην ΕΕΕΕ, όλες οι ανωτέρω προθεσμίες παραλαβής των προσφορών μπορούν να συντμηθούν κατά επτά (7) ημέρες.

Σε επιπλέον πέντε (5) ημέρες από τις επτά (7) μπορεί να συντμηθεί η αρχική προθεσμία των πενήντα δύο (52) ημερών παραλαβής των προσφορών, όταν η αναθέτουσα αρχή παρέχει, με ηλεκτρονικό μέσο και από την ημερομηνία δημοσίευσης της προκήρυξης, ελεύθερη πρόσβαση στη συγγραφή υποχρεώσεων και σε όλα τα συμπληρωματικά έγγραφα, προσδιορίζοντας στο κείμενο της προκήρυξης τη διεύθυνση διαδικτύου στην οποία διατίθεται η εν λόγω τεκμηρίωση.

β) Στις κλειστές διαδικασίες, στις διαδικασίες με διαπραγμάτευση με δημοσίευση της προκήρυξης και στον ανταγωνιστικό διάλογο, η ελάχιστη προθεσμία παραλαβής των αιτήσεων συμμετοχής ανέρχεται σε τριάντα επτά (37) ημέρες από την ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης διαγωνισμού. Όταν η προκήρυξη καταρτίζεται και αποστέλλεται με ηλεκτρονικά μέσα στην ΕΕΕΕ, η προθεσμία παραλαβής των αιτήσεων συμμετοχής μπορεί να συντμηθεί κατά επτά (7) ημέρες.

Στις κλειστές διαδικασίες, η ελάχιστη προθεσμία παραλαβής των προσφορών ανέρχεται σε σαράντα (40) ημέρες από την ημερομηνία αποστολής της πρόσκλησης.

Στην περίπτωση που η αναθέτουσα Αρχή έχει δημοσιεύσει προκαταρκτική προκήρυξη, ισχύει ως προς τη δυνατότητα σύντμησης των προθεσμιών ότι και στις ανοικτές διαδικασίες.

Επίσης οι αρχικά αναφερόμενες σαράντα (40) ημέρες παραλαβής των προσφορών μπορεί να συντμηθούν κατά πέντε (5) ημέρες όταν η αναθέτουσα Αρχή παρέχει, με ηλεκτρονικό μέσο και από την ημερομηνία δημοσίευσης της προκήρυξης, ελεύθερη πρόσβαση στη συγγραφή υποχρεώσεων και σε όλα τα συμπληρωματικά έγγραφα, προσδιορίζοντας στο κείμενο της προκήρυξης τη διεύθυνση διαδικτύου στην οποία διατίθεται η εν λόγω τεκμηρίωση.

Στις κλειστές διαδικασίες και στις διαδικασίες με διαπραγμάτευση με δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, όταν επείγοντες λόγοι καθιστούν αδύνατη την τήρηση των ελάχιστων προθεσμιών, η προθεσμία παραλαβής των αιτήσεων συμμετοχής μπορεί να περιοριστεί με αιτιολογημένη απόφαση της αρμόδιας Υπηρεσίας σε προθεσμία όχι μικρότερη των 15 ημερών από την ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης διαγωνισμού και των 10 ημερών στην περίπτωση που η προκήρυξη απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα.

Στις κλειστές διαδικασίες η προθεσμία παραλαβής των προσφορών, στην περίπτωση του επείγοντος, δεν μπορεί να είναι μικρότερη των 10 ημερών από την ημερομηνία αποστολής της πρόσκλησης υποβολής προσφορών.

Όταν, για όλες τις παραπάνω διαδικασίες, και για οποιοδήποτε λόγο, η συγγραφή υποχρεώσεων και τα συμπληρωματικά έγγραφα ή πληροφορίες, μολονότι ζητούνται από τους ενδιαφερόμενους εμπρόθεσμα αλλά δεν παρέχονται από την αναθέτουσα Αρχή εντός των ειδικώς οριζόμενων προθεσμιών⁹⁰ ή όταν οι προσφορές μπορούν να συνταχθούν μόνο έπειτα από επιτόπια επίσκεψη ή από επιτόπια εξέταση εγγράφων προσαρτημένων στη συγγραφή υποχρεώσεων, οι προθεσμίες παραλαβής των προσφορών παρατείνονται ούτως ώστε όλοι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να μπορούν να λαμβάνουν γνώση όλων των αναγκαίων πληροφοριών για τη διατύπωση των προσφορών.

Όλες οι προθεσμίες υποβολής προσφορών αρχίζουν από την ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης διαγωνισμού στις ανοικτές διαδικασίες και από την ημερομηνία αποστολής της πρόσκλησης υποβολής προσφορών στις κλειστές διαδικασίες.

Γ. Ο κυρίως διαγωνισμός ή διαπραγμάτευση

Στο τρίτο τμήμα εντάσσεται η διεξαγωγή του διαγωνισμού ή της διαπραγμάτευσης περιλαμβανομένης της συγκρότησης των οικείων Επιτροπών που φέρουν τη σχετική ευθύνη της ομαλής ολοκλήρωσης.

Στις ανοικτές διαδικασίες η κυρίως διαδικασία ξεκινά με την υποβολή της προσφοράς μαζί με το σχετικό φάκελο ο οποίος περιέχει τα απαιτούμενα αποδεικτικά

90. Βλ. άρθρα 39 και 40 της Οδηγίας 2004/18/EK.

στοιχεία.

Στις κλειστές διαδικασίες, στις διαδικασίες διαπραγμάτευσης και στον ανταγωνιστικό διάλογο η πρώτη φάση του διαγωνισμού περιλαμβάνει την υποβολή αίτησης συμμετοχής δια της οποίας εκδηλώνεται το ενδιαφέρον των υποψηφίων οικονομικών φορέων να συμμετάσχουν. Ακολουθεί η εκ' μέρους των αρμοδίων Επιτροπών επιλογή εκείνων των υποψηφίων που πληρούν τα οριζόμενα στην προκήρυξη κριτήρια. Στην επόμενη φάση οι αναθέτουσες Αρχές προσκαλούν ταυτοχρόνως και γραπτώς τους επιλεγέντες υποψηφίους να υποβάλουν τις προσφορές τους ή να συμμετάσχουν σε διαπραγμάτευση ή, στην περίπτωση ανταγωνιστικού διαλόγου, στον διάλογο.

Σε όλες τις διαδικασίες πριν από την ποιοτική-τεχνική και οικονομική αξιολόγηση των προσφορών προηγείται έλεγχος για τη συνδρομή των όρων του τύπου παραδεκτού της προσφοράς. Στο πλαίσιο του ελέγχου αυτού εξετάζεται και η συνδρομή ή μη εκείνων των προϋποθέσεων που άπτονται της προσωπικής κατάστασης των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων.

Τα ελεγχόμενα γεγονότα αφορούν, μεταξύ άλλων, στην ύπαρξη ή μη άδειας επαγγελματικής δραστηριότητας⁹¹, στην τέλεση ή μη κάποιων εγκλημάτων από τους ίδιους τους οικονομικούς φορείς όταν αυτοί είναι φυσικά πρόσωπα ή τα στελέχη της διοίκησής τους όταν αυτά είναι νομικά πρόσωπα⁹², στη θέση ή μη του οικονομικού φορέα σε κατάσταση πτώχευσης, εκκαθάρισης, αναγκαστικής διαχείρισης ή άλλης παρόμοιας διαδικασίας προβλεπόμενης από τις διατάξεις της χώρας εγκατάστασής του⁹³ και στην ύπαρξη ή μη της απαιτούμενης οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του οικονομικού φορέα⁹⁴. Στις τυπικές προϋποθέσεις περιλαμβάνεται και η εκάστοτε απαιτούμενη ακριβής μορφή των αποδεικτικών στοιχείων.

Ειδικότερα στην περίπτωση των δημοσίων συμβάσεων κατασκευής έργων δικαίωμα συμμετοχής έχουν εργοληπτικές εταιρείες οι οποίες εντάσσονται σε ειδικό Μητρώο (ΜΕΕΠ) που τηρείται στο ΥΠΕΧΩΔΕ. Το έργο κατατάσσεται ανάλογα με την τεχνική του δυσκολία και το προϋπολογιζόμενο κόστος. Ομοίως κατηγοριοποιούνται και

91. Βλ. άρθρο 44 του ΠΔ 60/07.

92. Βλ. άρθρο 43 παρ. 1 του ΠΔ 60/07.

93. Βλ. άρθρο 43 παρ. 2 περ. α) του ΠΔ 60/07.

94. Βλ. άρθρο 45 του ΠΔ 60/07.

οι εργοληπτικές εταιρείες σε 7 κατηγορίες και 2 ειδικές ανά κατηγορία εργασίες⁹⁵.

Ο έλεγχος των τυπικών προϋποθέσεων στις κλειστές διαδικασίες, στις διαδικασίες διαπραγμάτευσης και στον ανταγωνιστικό διάλογο μπορεί να λαμβάνει χώρα, με το ίδιο περιεχόμενο, στο αρχικό στάδιο ελέγχου των αιτήσεων συμμετοχής.

Στην επόμενη φάση γίνεται ο έλεγχος και η αξιολόγηση των ποιοτικών χαρακτηριστικών της υποβαλλόμενης προσφοράς. Τα ποιοτικά χαρακτηριστικά αφορούν στην ικανοποίηση των τεχνικών απαιτήσεων του φυσικού αντικειμένου της σύμβασης και συνδέονται με κριτήρια όπως η τεχνολογική αξία, η αισθητική και λειτουργική ικανότητα, τα περιβαλλοντικά χαρακτηριστικά, το κόστος λειτουργίας, η αποδοτικότητα, η εξυπηρέτηση μετά την παράδοση του προσφερόμενου αγαθού και η τεχνική συνδρομή, η ημερομηνία παράδοσης και η προθεσμία παράδοσης ή εκτέλεσης.

Για την αποφυγή του αιφνιδιασμού των ενδιαφερομένων και την συμβατότητα της φάσης αυτής με τις βασικές αρχές που διέπουν την προσυμβατική διαδικασία των δημοσίων συμβάσεων η εκάστοτε αναθέτουσα Αρχή προβλέπει στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, ή στο περιγραφικό έγγραφο στην περίπτωση του ανταγωνιστικού διαλόγου, τη βαρύτητα (σχετική στάθμιση) που προσδίδει σε καθένα από τα επιλεγέντα κριτήρια κυρίως όταν έχει επιλεγεί ως τρόπος επιλογής αναδόχου η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά. Η στάθμιση αυτή μπορεί να εκφράζεται με τον καθορισμό μιας διακύμανσης («ψαλίδας») με κατάλληλο εύρος. Όταν, κατά τη γνώμη του δημοπρατούντος δημόσιου Φορέα, δεν είναι δυνατή η στάθμιση για λόγους που μπορούν να αποδειχθούν, ο Φορέας καθορίζει, στην προκήρυξη διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, ή στο περιγραφικό έγγραφο, στην περίπτωση του ανταγωνιστικού διαλόγου, τη φθίνουσα σειρά σπουδαιότητας των κριτηρίων αυτών⁹⁶.

Η επόμενη φάση περιλαμβάνει τον έλεγχο του οικονομικού σκέλους της προσφοράς.

Ακολουθεί η σύνταξη γνωμοδοτικής πράξης της αρμόδιας Επιτροπής διεξαγωγής της διαπραγμάτευσης ή του διαγωνισμού. Η πράξη αυτή προτείνει την κατακύρωση του

95. Βλ. άρθρα 15-16 του Ν. 1418/84.

96. Βλ. άρθρο 51 του ΠΔ 60/07.

συμβατικού αντικειμένου στο πρώτο στη τελική σειρά αξιολόγησης υποψήφιο οικονομικό φορέα.

Τελική πράξη της όλης προσυμβατικής διαδικασίας αποτελεί η πράξη του αρμοδίου αποφασίζοντος οργάνου της αναθέτουσας Αρχής με την οποία είτε εγκρίνεται η ανωτέρω γνωμοδότηση, είτε αιτιολογημένα το συμβατικό αντικείμενο κατακυρώνεται σε άλλο υποψήφιο, είτε η διαδικασία κηρύσσεται άγονη ή ασύμφορη.

Στο πλαίσιο του τρίτου μέρους της προσυμβατικής διαδικασίας κάθε πράξη των οργάνων της Αρχής οφείλει να είναι αιτιολογημένη. Αυτό σημαίνει να στηρίζεται σε πραγματικά περιστατικά αποδεικνύόμενα με στοιχεία. Άλλωστε η αξιολόγηση του τεχνικού και οικονομικού μέρους της προσφοράς αποτελεί ουσιαστική πραγματολογική κρίση διακριτικής ευχέρειας η οποία ελέγχεται μόνο ως προς την επάρκεια και σαφήνεια της αιτιολογία της.

Επίσης κατά τη διεξαγωγή της κύριας διαγωνιστικής ή διαπραγματευτικής διαδικασίας προβλέπεται η δυνατότητα άσκησης ενστάσεων, εκ' μέρους των συμμετεχόντων, ενώπιον ειδικώς οριζομένων οργάνων του δημοπρατούντος δημόσιου Φορέα. Οι απαντήσεις επί των ενστάσεων οφείλουν επίσης να είναι αιτιολογημένες.

Τέλος επισημαίνεται ότι προβλέπεται δυνατότητα προσωρινής και οριστικής δικαστικής προστασίας των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων.

3. Γενικές αρχές που διέπουν την προσυμβατική διαδικασία των δημοσίων συμβάσεων⁹⁷

Το στάδιο που προηγείται της κατάρτισης κάθε δημόσιας σύμβασης διέπεται από ορισμένες δικαιοϋκές αρχές⁹⁸. Οι θεμελιώδεις αυτές αρχές έχουν ως πηγή τόσο τις διατάξεις της πρωτογενούς ή παράγωγης κοινοτικής νομοθεσίας όσο το Σύνταγμα και τους ουσιαστικούς εθνικούς νόμους.

97. Η παρουσίαση και στοιχειώδη ανάλυση των γενικών αρχών που διέπουν την προσυμβατική διαδικασία των δημοσίων συμβάσεων είναι απαραίτητη καθότι η παραβίασή τους και μόνο συνιστά ουσιώδη νομική πλημμέλεια που κωλύει την υπογραφή της σύμβασης ή εμποδίζει την συνέχιση της προσυμβατικής διαδικασίας. Βλ. παρακάτω Μέρος Δεύτερο II. 2. Ε. β.

98. Βλ. Πράξεις VI Τμ. ΕλΣυν. 219-220/07 οι οποίες αφορούν στη διαδικασία σύναψης συμβάσεων δανείων Δήμου με Τράπεζα και στις οποίες γίνεται δεκτή η ευθεία εφαρμογή γενικών αρχών τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής έννομης τάξης.

Οι δικαιοῦκές αρχές κατά την κρατούσα στη νομική θεωρία άποψη⁹⁹ είναι, κατά το γένος, κανόνες συμπεριφοράς που ναι μεν δεν έχουν διατυπωθεί απερίφραστα απ' το Νομοθέτη προκύπτουν όμως από το σύνολο της νομοθεσίας (το ισχύον δίκαιο), διαπιστώνονται και διατυπώνονται γραπτά στη μείζονα σκέψη των δικαστικών αποφάσεων και εφαρμόζονται ελλείψει ειδικής ρυθμίσεως. Ερίζεται το ζήτημα για το αν πρόκειται εν τέλει για άγραφους κανόνες¹⁰⁰. Οι γενικές αρχές του δικαίου που πηγάζουν από νομικά κείμενα της εσωτερικής έννομης τάξης μπορούν να διακριθούν σε δύο βασικές κατηγορίες: «...α) αρχές συνταγματικού επιπέδου... και β) αρχές νομοθετικού επιπέδου... Η εν λόγω διάκριση σημαίνει ότι οι πρώτες έχουν υπέρτερη τυπική δύναμη σε σχέση αφενός με τους νόμους (τυπικούς και ουσιαστικούς) και αφετέρου με τις δεύτερες γενικές αρχές...»¹⁰¹.

Οι γενικές αρχές συνταγματικού επιπέδου που διέπουν τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων και θεμελιώνονται στο εσωτερικό δίκαιο είναι η αρχή της δράσης χάριν εξυπηρέτησεως του δημοσίου συμφέροντος, η αρχή της αποτελεσματικότητας και η αρχή της νομιμότητας. Δικαιοῦκές αρχές που πηγάζουν αποκλειστικά από το κοινοτικό δίκαιο είναι οι θεμελιώδεις κοινοτικές ελευθερίες και η αρχή της αμοιβαίας αναγνώρισης. Τέλος βασικές και ευρείας εφαρμογής στο χώρο της προσυμβατικής δράσης της Δημόσιας Διοίκησης νομικές αρχές είναι η αρχή της προστασίας του ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων, της διαφάνειας και της αναλογικότητας οι οποίες θεμελιώνονται τόσο σε διατάξεις του κοινοτικού όσο και του εσωτερικού δικαίου.

A. Η αρχή της δράσης προς εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος

Η έννοια του δημοσίου συμφέροντος είναι αόριστη νομική έννοια. Ο μόνος αρμόδιος κατά το Σύνταγμα να χαρακτηρίσει μια ωφέλεια ως γενικό κοινωνικό συμφέρον είναι το ίδιο το Σύνταγμα και η νομοθετική εξουσία.

99. Βλ. Ανδρομ. Γ. Μαρκαντωνάτου-Σκαλτσά, Γενικές αρχές στη νομολογία του ΣτΕ και του ΔΕΚ, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2007, σελ. 18-21, Επαμ. Π. Σπηλιωτόπουλος, ο.π., σελ. 79-80 και Βλάχσιος Ι. Παπαρηγορίου, ο.π., σελ. 40-44.

100. Βλ. Αναστ. Ι. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, 8^η εκδ., Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2005, σελ. 121 όπου απαντά καταφατικά. Αντίθετα Βλάχσιος Ι. Παπαρηγορίου, ο.π., σελ. 42.

101. Βλ. Αναστ. Ι. Τάχος, ο.π.

Περαιτέρω κάθε ΔΝΠ έχει εξ' ορισμού ένα συγκεκριμένο δημόσιο σκοπό¹⁰². Ο τελευταίος αποτελεί ειδικότερη εκδήλωση του δημοσίου συμφέροντος¹⁰³ και εξειδικεύεται στον ιδρυτικό ουσιαστικό νόμο εκάστου ΔΝΠ. Παράλληλα ο οικείος νόμος χορηγεί και τις αρμοδιότητες δια των οποίων διεξάγεται η δημόσια υπηρεσία και ικανοποιείται ο σκοπός.

Καταρχήν σύμφωνα με την εν λόγω δικαιοκή αρχή οι ενέργειες που τελούνται εντός της νομικά προσδιοριζόμενης δραστηριότητας πρέπει να συντελούν άμεσα ή έμμεσα στην καλύτερη εκπλήρωση των σκοπών του εκάστοτε δημόσιου Φορέα. Παρά ταύτα η πραγματική διοικητική δράση είναι αδύνατο να οριοθετηθεί στο σύνολό της από κανόνες. Έτσι στην περίπτωση που οι πράξεις των οργάνων της Δημόσιας Διοίκησης δεν εμπίπτουν σε ρητό κανονιστικό πλαίσιο οφείλουν έχουν τη μορφή εκείνη που τείνει στη θεραπεία του ειδικού δημόσιου σκοπού αλλά και του γενικότερου ωφέλους των μελών της συντεταγμένης κοινωνίας για τις ανάγκες και τις επιθυμίες των οποίων εν τέλει υπάρχουν. Η λειτουργία της αρχής αυτής έχει καθοριστική συμβολή στις πράξεις που η Δημόσια Διοίκηση εκδίδει κατά διακριτική ευχέρεια περιλαμβανομένων των ανακλητικών.

Ειδικότερα στον πεδίο της προσυμβατικής δράσης το δημόσιο συμφέρον συνίσταται στην ολοκλήρωση της διαδικασίας επιλογής αναδόχου και στην διεξαγωγή της με γνώμονα εν τέλει την άρτια εκτέλεση του αντικειμένου της σύμβασης. Έτσι έχει κριθεί ότι «...στην περίπτωση που με την απόφαση του αρμοδίου οργάνου της αναθέτουσας Αρχής απορρίπτεται η οικονομική προσφορά υποψηφίου ως υπερβολικά χαμηλή, παρά την αντίθετη γνωμοδότηση της Επιτροπής για την αξιολόγηση των προσφορών, αυτή θα πρέπει να αιτιολογείται πλήρως και ειδικώς, ούτως ώστε να προκύπτουν σαφώς οι λόγοι, για τους οποίους το αποφασίζον όργανο κρίνει ότι η ανάθεση του έργου στον συγκεκριμένο υποψήφιο παρίσταται επισφαλής για το δημόσιο συμφέρον, ήτοι για την άρτια εκτέλεση του αντικειμένου της σύμβασης.»¹⁰⁴.

102. Για παράδειγμα, ένα ΑΕΙ έχει σκοπό την παροχή ανωτάτου επιπέδου εκπαίδευσης και την επιστημονική έρευνα ενώ το ΙΚΑ την ασφαλιστική κάλυψη των μισθωτών εργαζόμενων στον ιδιωτικό τομέα. Όσον αφορά στο Δημόσιο υπάρχουν οι λεγόμενοι οργανικοί νόμοι που μεταξύ άλλων εξειδικεύουν τις εκ' του Συν/τος προκύπτουσες δημόσιες υπηρεσίες που αυτό οφείλει να εκπληρώνει ασκώντας δημόσια εξουσία.

103. Δημόσιο είναι το συμφέρον όταν υποκειμένο του είναι ο λαός μιας Πολιτείας.

104. Βλ. Πράξη VI Τμ. ΕλΣυν. 235/07.

Β. Αρχή της αποτελεσματικότητας

Η αρχή της αποτελεσματικότητας της Δημόσιας Διοίκησης θεμελιώνεται συνταγματικά μέσω της αρχής της νομιμότητας¹⁰⁵. Επιτάσσει τα ΔΝΠ να εκπληρώνουν ποιοτικά τους στόχους τους με τη μέγιστη δυνατή αξιοποίηση του δυναμικού και των μέσων που διαθέτουν.

Στο πλαίσιο της προσυμβατικού σταδίου η αρχή αυτή επιτάσσει η εκάστοτε αναθέτουσα Αρχή να αξιοποιεί, με βάση και το έμπυχο δυναμικό και υλικά μέσα που διαθέτει όσο το δυνατό πιο ορθολογικά τις δυνατότητές της για να επιτύχει τη σύναψη συμβάσεων με όσο το δυνατόν επωφελέστερους όρους και τη βελτίωση της σχέσης ποιότητας-κόστους.

Γ. Αρχή της νομιμότητος

Η αρχή της νομιμότητος έχει διττό περιεχόμενο. Ορίζει λοιπόν η εν λόγω αρχή αφενός ότι οι ενέργειες των οργάνων των ΔΝΠ δεν πρέπει να αντίκεινται στους κανόνες δικαίου που ρυθμίζουν τη δράση τους και αφετέρου ότι δικαιούνται να προβαίνουν μόνο στις ενέργειες εκείνες που προβλέπονται από τους κανόνες αυτούς.

Ενώ γίνεται δεκτό ότι στο πλαίσιο της ρυθμιστικής και περιοριστικής δράσης η Διοίκηση πράττει μόνο ότι επιτρέπεται από το δίκαιο, στο πλαίσιο της παροχικής και συναλλακτικής διοίκησης, όπου κατατάσσεται και η σύναψη συμβάσεων, υπάρχει διχογνωμία ως προς το περιεχόμενο της αρχής.

Όσον αφορά τις δημόσιες συμβάσεις που διέπονται από το ιδιωτικό δίκαιο η κρατούσα άποψη δέχεται ότι ως προς τη δυνατότητα σύναψης μιας σύμβασης το ενδιαφερόμενο ΔΝΠ δεν μπορεί παρά να κινηθεί εντός των πλαισίων που διαγράφουν οι οικείες διατάξεις εν' όψει και της αρχής της ειδικότητας, η οποία ορίζει ότι η σύνολη δράση κάθε ΔΝΠ οφείλει να κατατείνει στην ικανοποίηση του ειδικού σκοπού για το οποίο ιδρύθηκε το έκαστο ΔΝΠ. Η όποια εφαρμογή κανόνων του ιδιωτικού δικαίου αφορά στην επιλογή του αντικειμένου και τους όρους εκτέλεσης και λύσης μιας σύμβασης αλλά και πάλι αναλογικά διότι το ΔΝΠ δεν μπορεί να εξομοιωθεί με ιδιώτη¹⁰⁶.

105. Βλ. Πάνος Λαζαράτος, Το δικαίωμα ακροάσεως στη διοικητική διαδικασία, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 1992, σελ. 67 επ.

106. Βλ. Κων/νος. Θ. Γιαννακόπουλος, Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των διοικητικών συμβάσεων, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2006, σελ. 182 επ.

Η άποψη αυτή στηρίζεται, με γνώμονα το λειτουργικό κριτήριο εξομίωσης των ΔΝΠΔ με το Δημόσιο και τα ΝΠΔΔ, στην ανάλογη εφαρμογή των άρθρων 79-85 του ΚΔΛ αλλά και στο άρθρο 40 του ΝΔ 496/74 (ΦΕΚ 240 Α΄) «Περί λογιστικού των ΝΠΔΔ». Συγκεκριμένα στο άρθρο 79 του ΚΔΛ ορίζεται ότι «*Συμβάσεις, από τις οποίες δημιουργούνται υποχρεώσεις σε βάρος του Δημοσίου, δεν δύναται να συνομολογηθούν εάν δεν προβλέπονται από γενικές ή ειδικές διατάξεις ή δεν συντελούν στην εκπλήρωση των σκοπών του.*».

Όσον αφορά τις διοικητικές συμβάσεις η κυρίαρχη άποψη, ερειζόμενη σε τελλολογική συστολή της ανωτέρω διάταξης, δέχεται ότι η Δημόσια Διοίκηση δεν μπορεί να προβαίνει σε σύναψη σύμβασης παρά μόνο βάσει αρμοδιότητας που παρέχεται από σαφείς διατάξεις κάθε πηγής δικαίου¹⁰⁷. Έτσι για να συναφθεί διοικητική σύμβαση απαιτείται συμβατική αρμοδιότητα. Τέτοια υφίσταται και όταν απλά χορηγείται διακριτική ευχέρεια ως προς την επιλογή μεταξύ σύμβασης και έκδοσης μονομερούς διοικητικής πράξεως για την υλοποίηση της σκοπούμενης δημόσιας υπηρεσίας¹⁰⁸.

Η αντίθετη άποψη δέχεται ότι η γραμματική διατύπωση του άρθρου 79 του ΚΔΛ, με τη χρήση του διαζευκτικού «ή», συνηγορεί υπέρ της θέσης ότι η υπό στενή εννοία Δημόσια Διοίκηση μπορεί να συνάπτει νομίμως διοικητικές συμβάσεις, εφόσον αυτό δεν απαγορεύεται από το νόμο¹⁰⁹.

Ειδικότερα, ως προς το περιεχόμενο της αρχής της νομιμότητας στο προσυμβατικό στάδιο, κατά το οποίο αναζητείται και επιλέγεται ο αντισυμβαλλόμενος αλλά και σχηματοποιείται η πρόσκληση του ΔΝΠ προς αυτόν, εφόσον η επιδιωκόμενη σύμβαση είναι δημόσια, ορθότερη φαίνεται η ερμηνευτική λύση που δέχεται η κρατούσα προσέγγιση λόγω της λεπτομερούς ρύθμισης του όλου σταδίου από τις ειδικές διατάξεις και της συνακόλουθης εξάλειψης της δυνατότητας δημοσιονομικής δράσης υπό την αρχή της αυτονομίας της βούλησης.

107. Βλ. Επαμ. Π. Σπηλιωτόπουλος, ο.π., σελ. 95, 152 και 209 υπ. 12.

108. Βλ. Απ. Γέροντας, Σ. Λύτρας, Πρ. Παυλόπουλος, Γλ. Σιούτη, Σ. Φλογαίτης, Κ. Γιαννακόπουλος, Διοικητικό Δίκαιο, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σελ. 269 επ. Την άποψη αυτή απηχεί και η Πράξη Ζ΄ Κλιμ. ΕλΣυν. 124/08.

109. Βλ. Παύλου-Μιχαήλ Ευστρατίου, «Οι νέες διατάξεις του Κώδικα Δημοσίου Λογιστικού (Ν. 2362/95) για τις διοικητικές συμβάσεις», σε: *Διοικητική Δίκη*, 1997, σελ. 555.

Δ. Θεμελιώδεις κοινοτικές ελευθερίες

Οι θεμελιώδεις κοινοτικές ελευθερίες αφορούν στην ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων και κεφαλαίων η οποία κατοχυρώνεται στο άρθρο 28 της Συνθήκης περί Ιδρύσεως της Ευρωπαϊκής Κοινότητας (Στο εξής ΣυνθΕΚ), στην ελευθερία εγκατάστασης των προσώπων (Άρθρο 43 της ΣυνθΕΚ) και στην ελευθερία παροχής υπηρεσιών (Άρθρο 49 της ΣυνθΕΚ)¹¹⁰.

Ειδικά το άρθρο 28 της ΣυνθΕΚ ερμηνευόμενο διασταλτικά απαγορεύει κάθε συμπεριφορά που περιορίζει το ενδοκοινοτικό εμπόριο. Ειδικότερα, απαγορεύει τόσο τα κρατικά μέτρα που συνιστούν ολική ή μερική άρνηση εισαγωγής, εξαγωγής ή διέλευσης εμπορευμάτων, επιδρώντας άμεσα στην εισαγωγή τους (ποσοτικοί περιορισμοί) όσο και κάθε ρύθμιση που δύναται να εμποδίσει άμεσα ή έμμεσα το ενδοκοινοτικό εμπόριο και η οποία να μην επιτρέπει την εισαγωγή, την καθιστά όμως δυσχερέστατη ή εξαιρετικά δαπανηρή (μέτρα ισοδυνάμου αποτελέσματος)¹¹¹.

Αντίστοιχα το άρθρο 49 της ΣυνθΕΚ, απαγορεύει τόσο τα μέτρα που εμφανώς εμποδίζουν την ελεύθερη διασυνοριακή παροχή υπηρεσιών όσο και αυτά που, ακόμα κι αν εφαρμόζονται αδιακρίτως μεταξύ ημεδαπών και αλλοδαπών, ωστόσο, καθιστούν κατά τρόπο συγκεκριμένο αρκούντως αποτρεπτική την εφαρμογή τους από τους αλλοδαπούς.

Στο στάδιο που προηγείται της κατάρτισης των δημοσίων συμβάσεων οι κοινοτικές ελευθερίες επιβάλλουν την προστασία των συμφερόντων των εγκατεστημένων σε Κράτος-μέλος επιχειρηματιών οι οποίοι επιθυμούν να παραδώσουν αγαθά ή να παράσχουν υπηρεσίες στις αναθέτουσες Αρχές που είναι εγκατεστημένες σε άλλο Κράτος-μέλος¹¹².

Ειδικότερα έχει κριθεί ότι συνιστά παραβίαση του άρθρου 28 της ΣυνθΕΚ όρος προκήρυξης Δήμου με αντικείμενο την κατασκευή συστήματος ύδρευσης που επιβάλλει οι προς προμήθεια αγωγοί να ανταποκρίνονται αποκλειστικά σε πρότυπα του Κράτους-

110. Βλ. και άρθρο 14 ΣυνθΕΚ.

111. Βλ. Ευαγγελία Κουτούπα-Ρεγκάκου, Δημόσιες συμβάσεις και κοινοτικό δίκαιο: διαδικασίες ανάθεσης και έννομη προστασία, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη 1995 σελ. 204.

112. Βλ. ΔΕΚ C-380/98, University of Cambridge, Συλλογή 2000, σελ. I-08035, σκέψη 16 όπου παραπέμπει και στην αναλόγου πνεύματος απόφαση ΔΕΚ C-360/96, BFI Holding, Συλλογή 1998, σ. I-6821, σκέψη 41.

μέλους όπου εδράζεται η αναθέτουσα Αρχή¹¹³. Επίσης κρίθηκε ότι αποτελεί παραβίαση της ελευθερίας εγκατάστασης των επιχειρήσεων ρύθμιση Κράτους-μέλους που υποχρεώνει ποσοστό των συμβάσεων να συνάπτεται με οικονομικούς φορείς που εδρεύουν εντός των ορίων αρμοδιότητας της αναθέτουσας Αρχής. Θεωρήθηκε ότι τέτοιες ρυθμίσεις εμποδίζουν την ομαλή ροή του ενδοκοινοτικού εμπορίου¹¹⁴.

Αξίζει να τονισθεί ότι διακριτική μεταχείριση μεταξύ ευρωπαϊών υπηκόων με κριτήριο την κρατική ιθαγένειά τους γίνεται δεκτή, με βάση το άρθρο 45 της ΣυνθΕΚ, μόνο στην περίπτωση δραστηριοτήτων στενά συνδεδεμένων με την άσκηση δημόσιας εξουσίας και σύμφωνα με το άρθρο 46 της ΣυνθΕΚ εν όψει ανάγκης προστασίας της δημόσιας τάξης, της ασφάλειας και της υγείας.

Ε. Αρχή της αμοιβαίας αναγνώρισης

Η αρχή της αμοιβαίας αναγνώρισης επιβάλλει το κάθε Κράτος-μέλος να αντιμετωπίζει κάθε προϊόν που παράγεται σε άλλο Κράτος-μέλος και κυκλοφορεί νομίμως κατά το εσωτερικό δίκαιο στην επικράτειά του ως ισοδύναμο με τα αντίστοιχα προϊόντα που παράγονται και κυκλοφορούν νομίμως στη δική του επικράτεια. Στην έννοια του προϊόντος περιλαμβάνονται και οι τίτλοι σπουδών ή τα όποια αποδεικτικά τυπικών προσόντων έγγραφα.

Η αρχή αυτή εξειδικεύει το ρυθμιστικό περιεχόμενο των κοινοτικών ελευθεριών και της προστασίας του ανταγωνισμού.

Στο πεδίο της προσυμβατικής δράσης εν όψει κατάρτισης δημόσιας σύμβασης η εν λόγω αρχή τυγχάνει εφαρμογής στον καθορισμό των κριτηρίων συμμετοχής στη διαγωνιστική διαδικασία και στη συγγραφή υποχρεώσεων, ιδίως δε στη θέσπιση των τεχνικών προδιαγραφών του αντικειμένου της σύμβασης¹¹⁵.

ΣΤ. Αρχή της προστασίας του ελεύθερου και πραγματικού ανταγωνισμού

Η αρχή της προστασίας του ανταγωνισμού θεμελιώνεται στα άρθρα 5 παρ. 1 και

113. Βλ. ΔΕΚ C-45/87, Dundalk, Συλλογή 1988, σελ. I-4929.

114. Βλ. ΔΕΚ C-21/88, Du Pont de Nemours, Συλλογή 1990, σελ. I-889.

115. Βλ. άρθρα 50 παρ. 5 και 53 του ΠΔ 60/07, 26 του ΠΔ 59/07 και 11 παρ. 1 του Ν. 3316/05.

106 παρ. 2 του Συν/τος τα οποία σε συνδυασμό με το άρθρο 17 παρ. 1 καθιστούν ως κυρίαρχο και νομικώς προστατευόμενο οικονομικο-κοινωνικό σύστημα οργάνωσης αυτό της οικονομίας της αγοράς συστατικό στοιχείο της οποίας αποτελεί ο ανταγωνισμός μεταξύ των οικονομικών φορέων.

Κατοχυρώνεται επίσης στα άρθρα 81 και 82 της ΣυνθΕΚ. Το πρώτο απαγορεύει τη συντονισμένη δράση των επιχειρήσεων που αποσκοπεί να εμποδίσει την κινητήρια δύναμη της οικονομικής προόδου, την ιδιωτική πρωτοβουλία, ενώ το δεύτερο απαγορεύει την καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης στην αγορά που εν τέλει ομοίως καταπνίγει την επιχειρηματικότητα των ιδιωτών.

Η αρχή αυτή καταλαμβάνει κάθε δράση των υποκειμένων της κοινοτικής έννομης τάξης καθότι υπηρετεί το θεμελιώδη και πρωταρχικό στόχο της Συνθήκης που είναι η ενοποίηση των αγορών. Συνεπώς εμπεριέχεται στο σύνολο των οικείων διατάξεων του παράγωγου κοινοτικού δικαίου¹¹⁶.

Στο χώρο των δημοσίων συμβάσεων η αρχή αυτή διαδραματίζει σημαντικό ρόλο καθότι και οι σχετικές Οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων έχουν ως σκοπό την εξασφάλιση και την ανάπτυξη πραγματικού ανταγωνισμού στην κοινοτική ενιαία αγορά¹¹⁷.

Επισημαίνεται ότι η εν λόγω αρχή έχει άμεση εφαρμογή κυρίως στις σχέσεις μεταξύ των συμμετεχόντων προκειμένου να προστατεύεται έκαστος διαγωνιζόμενος από πρακτικές των λοιπών που νοθεύουν τον ανταγωνισμό. Αντίθετα οι κανόνες του παράγωγου κοινοτικού δικαίου ρυθμίζουν κυρίως τις σχέσεις μεταξύ των εκάστοτε αναθετουσών Αρχών και των συμμετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία οικονομικών φορέων. Υπό την επιρροή της ανώτερης τυπικής ισχύος της αρχής οι διατάξεις των Οδηγιών εξειδικεύουν τις ρυθμίσεις αναστολής των αντιανταγωνιστικών συμπεριφορών της εκάστοτε αναθέτουσας Αρχής.

Με βάση την ανωτέρω διπλή ρυθμιστική κατεύθυνση η αρχή επιτάσσει η επιλογή

116. Βλ. Γεώργιος Σ. Καρύδης, Ευρωπαϊκό Δίκαιο Επιχειρήσεων και Ανταγωνισμού, Τόμος Ι: Θεμελιώδεις Ελευθερίες-Ανταγωνισμός-Κρατικές Ενισχύσεις, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σελ. 83.

117. Βλ. αιτιολογικές σκέψεις 21 και 36 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ και 4-10 της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ. Επίσης ΔΕΚ C-247/02, Sintesi Spa, Συλλογή 2004, I-9215, σκέψη 35, όπου αναφέρεται στις προϊσχύουσες ομοίου περιεχομένου Οδηγίες καθώς και Πράξη VI Τμ. ΕλΣυν. 53/03.

του αντισυμβαλλόμενου για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης να γίνεται μετά από ελεύθερο και πραγματικό ανταγωνισμό. Ελεύθερη είναι η διαγωνιστική διαδικασία όταν δια των όρων συμμετοχής εξασφαλίζεται η προσβασιμότητα όσο το δυνατό μεγαλύτερου αριθμού οικονομικών φορέων και πραγματική όταν αποτρέπεται δραστικά η όποιας μορφής συμπαιγνία μεταξύ υποψήφιων αναδόχων και αναθέτουσας Αρχής καθώς και η υιοθέτηση κοινής στάσης από τους υποψήφιους οικονομικούς φορείς.

Ζ. Αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων

Η αρχή της ισότητας κατοχυρώνεται στο άρθρο 4 του Συν/τος. Αποτελεί μαζί με την ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας και την ύπαρξη ανεξάρτητης δικαιοδοτικής λειτουργίας δικαιοπολιτική προϋπόθεση δημοκρατικής Πολιτείας¹¹⁸. Η εν λόγω αρχή επιτάσσει όμοια νομική μεταχείριση των ομοίων και ανόμοια των ανόμοιων προσώπων και καταστάσεων¹¹⁹.

Περαιτέρω η αρχή αυτή εξειδικεύεται στο πρωτογενές κοινοτικό δίκαιο με το άρθρο 12 της ΣυνθΕΚ το οποίο απαγορεύει τις διακρίσεις βάσει της ιθαγένειας. Επειδή η παραβίασή της συμπίπτει συχνά με την παραβίαση άλλων γενικών αρχών του πρωτογενούς κοινοτικού δικαίου στο στάδιο της δικαστικής προστασίας εφαρμόζεται καταρχήν ως επικουρική νομική βάση για την επίλυση των διαφορών¹²⁰.

Στο τομέα των δημοσίων συμβάσεων η αρχή της ισότητας θεσπίζεται ρητά στα άρθρα 2 της Οδηγίας 2004/18 και 10 της Οδηγίας 2004/17 και αφορά στην ίση μεταχείριση των υποψήφιων οικονομικών φορέων τόσο σε σχέση με την πρόσβαση στο διαγωνισμό όσο και κατά την πρόοδο αυτού.

Η. Αρχή της διαφάνειας

Η αρχή της διαφάνειας υπαγορεύει αφενός τη δημοσιότητα των διαδικασιών λήψης απόφασης και αφετέρου τη δημοσιοποίηση των αποτελεσμάτων της δράσης των οργάνων της Δημόσιας Διοίκησης. Συνταγματικό έρεισμα στο δεύτερο σκέλος αποτελεί

118. Βλ. Προδρ. Δ. Δαγτόγλου, Συνταγματικό Δίκαιο Ατομικά δικαιώματα, Τόμος Β, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2005, σελ. 1199.

119. Βλ. Κώστας Χ. Χρυσόγονος, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2002, σελ. 118.

120. Απόστολος Γέροντας, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, ο.π., σελ. 364-365.

το άρθρο 10 του Συν/τος. Ωστόσο η πρώτη επιταγή δεν κατοχυρώνεται συνταγματικά. Ο συντακτικός Νομοθέτης φαίνεται να υπολαμβάνει ότι ένας ελάχιστος βαθμός μυστικότητας είναι σύμφυτος με τη δράση των ΔΝΠ και κυρίως κατά την άσκηση δημόσιας εξουσίας¹²¹. Από την άλλη μεριά το Σύνταγμα με τα άρθρα 66 παρ. 1 και 93 παρ. 2-4 παρέχει μεγαλύτερες εγγυήσεις διαφάνειας επί της δράσης των άλλων πολιτειακών οργάνων.

Στο πλαίσιο του κοινοτικού οικοδομήματος η εν λόγω αρχή αν και δεν χαίρει υπέρτερης τυπικής ισχύος δια της αναφοράς της σε διατάξεις της οικείας Συνθήκης έχει ύψιστη ηθικοπολιτική σημασία καθότι συμβάλλει αντισταθμιστικά στην αναπλήρωση του δημοκρατικού ελλείμματος που το χαρακτηρίζει¹²².

Γίνεται δεκτό ότι η αρχή αυτή αποτελεί νομική απάντηση στο κοινωνικοπολιτικό φαινόμενο της διαφθοράς των πολιτειακών οργάνων¹²³.

Ειδικότερα στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων κατά τη συνταγματική αναθεώρηση του 2001 υπήρξε εξειδικευμένη ρύθμιση με τα άρθρα 14 παρ. 9 και 98 παρ. 1 περ. β' δια των οποίων ενισχύθηκε η διαφάνεια στις διαδικασίες ανάθεσής τους¹²⁴. Συγκεκριμένα με το άρθρο 14 παρ. 9 καθιερώθηκε ένας πρόσθετος λόγος αποκλεισμού από τη διαδικασία κατάρτισης αν και ετέθη ευθύς αμέσως ζήτημα συμβατότητας με το κοινοτικό δίκαιο.

Στο πλαίσιο της κοινοτικής έννομης τάξης, παρά την αρχική έλλειψη ρητής θεμελίωσης, το ΔΕΚ δέχτηκε την ύπαρξή της¹²⁵. Αργότερα ο κοινοτικός Νομοθέτης τη θέσπισε ρητά στα άρθρα 2 της Οδηγίας 2004/18 και 10 της Οδηγίας 2004/17.

121. Βλ. Κων/νος Θ. Γιαννακόπουλος, *Η αδιαφάνεια που απαιτεί ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός στο κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων*, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2003, σελ.74-76 όπου δέχεται ότι μόνο στις οριζόντιες σχέσεις, δηλαδή μεταξύ των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων, «... μια ορισμένη αδιαφάνεια φαίνεται να είναι απαραίτητη για την εγγύηση ενός πραγματικού ανταγωνισμού.». Βλ. Επίσης τα γενικής εφαρμογής άρθρα 5, 14 παρ. 10, 15 παρ. 4-6, 18 παρ. 1 και 19 του ΚΔΔ/σίας.

122. Βλ. την υπ' αριθμ. 17 Δήλωση που επισυνάφθηκε στην Τελική Πράξη της Συνθήκης του Maastricht η οποία αναφέρει ότι «*Η διαφάνεια της διαδικασίας λήψης αποφάσεων ενισχύει τη δημοκρατικότητα των οργάνων και την εμπιστοσύνη του κοινού στο διοικητικό μηχανισμό*».

123. Βλ. Απόστολος Παπακωνσταντίνου, «*Η διαφθορά στη δημόσια διοίκηση και την πολιτική: συνταγματικές πτυχές*», σε: *Επιθεώρησης δημοσίου δικαίου και διοικητικού δικαίου*, τευχ. 1/2004, σελ. 30 επ.

124. Βλ. Ευ. Γ. Μπαλτά, «*Η αρχή της διαφάνειας στις δημόσιες συμβάσεις*», σε: *Δημόσιες Συμβάσεις και Κρατικές Ενισχύσεις*, τευχ. 1-3/2006, σελ. 80 επ.

125. Βλ. ΔΕΚ C-87/94, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Βασιλείου του Βελγίου, Συλλογή 1996, σελ. I- 02043, σκέψη 54.

Κατά το ειδικότερο περιεχόμενό της η εν λόγω αρχή επιτάσσει την εξασφάλιση μιας ελάχιστης δημοσιότητας σε σχέση με τη διεξαγωγή και τους όρους της διαγωνιστικής διαδικασίας. Επίσης επιβάλλει την δια νόμου εξασφάλιση στους υποψήφιους οικονομικούς φορείς της ευχέρειας επαρκούς αιτιολόγησης των υποβαλλόμενων προσφορών. Τέλος εξαναγκάζει στην επαρκή και ειδική αιτιολόγηση πράξεων διακριτικής ευχέρειας στο προσυμβατικό στάδιο καθώς στην παροχή δυνατότητας σε κάθε ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα να λαμβάνει γνώση των πράξεων της αναθέτουσας Αρχής και της αιτιολογίας τους¹²⁶.

Θ. Αρχή της αναλογικότητας

Η αρχή της αναλογικότητας κατοχυρώνεται πλέον ρητά στο άρθρο 25 παρ. 1 εδ. δ' του Συν/τος. Επίσης αναγνωρίζεται ως μια από τις γενικές αρχές του κοινοτικού δικαίου¹²⁷ ενώ το Δικαστήριο των ανθρωπίνων δικαιωμάτων δέχεται ότι η εν λόγω αρχή απορρέει από τα άρθρα 6 παρ. 1, 8 παρ. 2, έως και 11 της Συνθήκης της Ρώμης και το άρθρο 1 του πρώτου πρόσθετου πρωτοκόλλου¹²⁸.

Το περιεχόμενο της αρχής αυτής αφορά στη σχέση της εκάστοτε νομικής ρύθμισης, περιλαμβανομένης και της ατομικής διοικητικής πράξης, με το σκοπό της. Συνίσταται στην επιταγή το επιβαλλόμενο μέτρο (ατομική διαταγή ή κανόνας) να είναι κατάλληλο και αναγκαίο με το σκοπό για τον οποίο θεσπίζεται.

Τόσο η έννοια της καταλληλότητας όσο και της αναγκαιότητας απαντώνται στη νομική θεωρία και νομολογία με ευρύ και στενό περιεχόμενο. Υπό την ευρεία έννοιά της η αρχή επιτάσσει το εκάστοτε μέτρο να μην είναι εκδήλως απρόσφορο (ή με άλλη λέξη ακατάλληλο) και υπερβολικό (ή με άλλες λέξεις να μην υπερακοντίζει το σκοπό ή να μη είναι εμφανώς διαγνώσιμη η κατ' ελάχιστον αναγκαιότητα του). Η εν στενή έννοια αρχή της αναλογικότητας επιβάλλει στάθμιση των δυσμενών συνεπειών με τα ωφέλη από την επιβολή του μέτρου. Κατά την εν στενή έννοια εφαρμογή της αρχής αναζητείται το μέ-

126. Βλ. Απόστολος Γέροντας, «θεμελιώδεις αρχές που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις-Οι πρόσφατες νομολογιακές προσεγγίσεις», σε: *Εφαρμογές δημοσίου δικαίου*, τευχ. II/2006, σελ. 409-415.

127. Βλ. ΔΕΚ C-137/04, Amy Rockler κατά Försäkringskassan, Συλλογή 2006, I-01441, σκέψη 22, αιτιολογική σκέψη 2 της Οδηγίας 2004/18/EK και Ερμηνευτική ανακοίνωση της Επιτροπής, της 12^{ης} Απριλίου 2000, σχετικά με τις συμβάσεις παραχώρησης.

128. Βλ. Ανδρομ. Γ. Μαρκαντωνάτου-Σκαλτσά, ο.π., σελ. 97.

τρο εκείνο που βλάπτει όσο το δυνατό λιγότερο κάποιο έννομο αγαθό, περιλαμβανομένων και των ατομικών δικαιωμάτων, ενώ ταυτόχρονα εξυπηρετεί αποτελεσματικότερα το συγκεκριμένο σκοπό. Η στάθμιση αυτή οδηγεί στην επιλογή όχι του απλώς λιγότερο καταναγκαστικού ή επαχθούς μέτρου αλλά του καταλληλότερου μεταξύ των διαθέσιμων επιλογών¹²⁹.

Κατά το στάδιο που προηγείται της κατάρτισης των δημοσίων συμβάσεων η αρχή της αναλογικότητας εφαρμόζεται στη φάση ελέγχου, εκ' των οργάνων της αναθέτουσας Αρχής, της συνδρομής των τυπικών προϋποθέσεων συμμετοχής στη διαγωνιστική διαδικασία¹³⁰.

129. Βλ. Ιουλία Παπαθεοδώρου, «Οι νομολογιακές αρχές που διέπουν την διεξαγωγή των διαγωνισμών του Δημοσίου», σε: *Θεωρία και Πράξη Διοικητικού Δικαίου*, τευχ. 9/2008, σελ. 1178-79, Ανδρομ. Γ. Μαρκαντωνάτου-Σκαλτσά, ο.π., σελ. 87-93. Με την ευρεία έννοια φαίνεται να παγιώνεται η εφαρμογή της αρχής από το ΣτΕ. Βλ. 1380, 2608/05, 25, 3606/07 και Ολομέλεια 250 και 3031/08. Κατ' εξαίρεση γίνεται strictu sensu εφαρμογή στις πράξεις αναγκαστικής απαλλοτρίωσης για τις οποίες βλ. ΣτΕ 673/02 και 1129/03. Επίσης για την strictu sensu εφαρμογή, την οποία αποδέχεται το ΔΕΚ βλ. Ανδρομ. Γ. Μαρκαντωνάτου-Σκαλτσά, ο.π., σελ. 112-118.

130. Βλ. Ιουλία Παπαθεοδώρου, ο.π., σελ. 1179-80 και Πράξεις ΣΤ' Κλιμ. ΕλΣυν. 55/08 και VI Τμ. ΕλΣυν. 77/08.

ΜΕΡΟΣ ΔΕΥΤΕΡΟ: ΤΟ ΔΙΚΑΙΟ ΤΗΣ ΕΛΕΓΚΤΙΚΗΣ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ

Ι. Το νομικό πλαίσιο του προσυμβατικού ελέγχου

Ο προσυμβατικός έλεγχος των δημοσίων συμβάσεων θεσπίστηκε για πρώτη φορά με το άρθρο 15 του Ν. 2145/93 (ΦΕΚ 88 Α΄ - Διόρθ. Σφάλμ. στα ΦΕΚ 108 Α΄ και 202 Α΄) ο οποίος προσέθεσε νέα παράγραφο στο άρθρο 19 του ΠΔ 774/80 (ΦΕΚ 189 Α΄) που αφορά στον προληπτικό έλεγχο των δημοσίων δαπανών.

Το περιεχόμενο των πρώτων τεσσάρων εδαφίων του ανωτέρω άρθρου είχε ως εξής: *«Προκειμένου περί εκτελέσεως έργων ή προμηθειών, από το Δημόσιο, τα Ν.Π.Δ.Δ. και τις δημόσιες επιχειρήσεις ή οργανισμούς, η δαπάνη των οποίων υπερβαίνει το ποσό του ενός δισεκατομμυρίου δραχμών, δύναται να διενεργείται, κατά τη διαδικασία των άρθρων 85 του ν. 1892/1990 και 77 του ν. 1943/1971 και μετά από πρόταση του αρμόδιου υπουργού, έλεγχος νομιμότητας από το Ελεγκτικό Συνέδριο και προ της υπογραφής της οικείας συμβάσεως. Για το σκοπό αυτόν υποβάλλεται σ' αυτό ο φάκελος με όλα τα σχετικά έγγραφα και στοιχεία, καθώς και το σχέδιο της σχετικής συμβάσεως. Στην περίπτωση που ο έλεγχος του Ελεγκτικού Συνεδρίου δεν ολοκληρωθεί μέσα σε προθεσμία δεκαπέντε ημερών από της υποβολής σε αυτό του σχετικού φακέλου, η σύμβαση δύναται να υπογραφεί. Αν ο έλεγχος αποβεί αρνητικός, η σύμβαση δεν υπογράφεται.»*. Στο τελευταίο εδάφιο περιέχονταν εξουσιοδότηση στους Υπουργούς Δικαιοσύνης και Οικονομικών με κοινή απόφαση τους να αυξομειώνουν το προβλεπόμενο χρηματικό όριο ελέγχου.

Το άρθρο 85 του Ν. 1892/1990 όπως συμπληρώθηκε από το άρθρο 77 του Ν. 1943/1971 (ΦΕΚ 50 Α΄) στο ε΄ εδάφιο για τη διαδικασία του ελέγχου παρέπεμπε στην ανάλογη εφαρμογή των σχετικών διατάξεων του ΠΔ 774/80.

Η ηθικοπολιτική αναγκαιότητα θέσπισής του εντοπίζεται στη διαφάνεια της δημόσιας ζωής και στη βελτίωση των σχέσεων Κράτους και πολίτη. Η νομική αναγκαιότητα θέσπισής του υπαγορεύεται από τη συνταγματική επιταγή για αποτελεσματικό έλεγχο των δημοσίων δαπανών.

Με βάση λοιπόν την ανωτέρω ρύθμιση ο προσυμβατικός έλεγχος ήταν προληπτικός και προαιρετικός, αφορούσε στις συμβάσεις προμηθειών και έργων και μόνο όσες ήταν δυνατό να προκαλέσουν δαπάνη άνω τους ενός δισεκατομμυρίου δραχμών. Η μη ολοκλήρωση του δε εντός δεκαπενθημέρου αφ' ης της υποβολής του

σχετικού φακέλου δημιουργούσε ένα είδος «τεκμηρίου» νομιμότητας της προσυμβατικής διαδικασίας.

Στην συνέχεια με το άρθρο 14 παρ. 2 Ν. 2702/99 (ΦΕΚ 70 Α΄) θεσπίστηκε ότι στο πεδίο εφαρμογής ανωτέρω άρθρου ενέπιπτε «... κάθε είδους σύμβαση της οποίας ο έλεγχος προτείνεται από τον αρμόδιο υπουργό.». Έτσι ο έλεγχος επεκτάθηκε στις συμβάσεις υπηρεσιών. Η διατύπωση της διάταξης με τη χρήση του όρου «είδος» σαφώς δεν είχε την έννοια της επέκτασης του ελέγχου σε κάθε σύμβαση ανεξαρτήτως ορίου δαπάνης. Η δε έκφραση «...της οποίας ο έλεγχος προτείνεται από τον αρμόδιο υπουργό.» δήλωνε την εμμονή στον κατά διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας Αρχής προσυμβατικό έλεγχο¹³¹.

Με βάση το μέχρι τότε ισχύον δίκαιο ο προληπτικός έλεγχος διενεργούνταν από ειδικώς προς τούτο οριζόμενα, με πράξη του Προέδρου του ΕΣ, Κλιμάκια τα οποία αποτελούνταν από έναν Αντιπρόεδρο και έναν Εισηγητή του εν λόγω Δικαστηρίου¹³². Οι εκδιδόμενες πράξεις των Ειδικών Κλιμακίων ονομαζόταν Πορίσματα Ελέγχου.

Με το άρθρο 8 παρ. 1 του Ν. 2741/99 (ΦΕΚ 199 Α΄) αντικαταστάθηκαν τα τέσσερα πρώτα εδάφια του άρθρου 15 του Ν. 2145/93 ως ακολούθως: «Για τις προμήθειες αγαθών του άρθρου 1 του Ν. 2286/95 (ΦΕΚ 19 Α'), η προϋπολογιζόμενη δαπάνη των οποίων υπερβαίνει το ποσό των πεντακοσίων εκατομμυρίων (500.000.000) δραχμών, καθώς και για την εκτέλεση έργων από το Δημόσιο, τα Ν.Π.Δ.Δ. και τις δημόσιες επιχειρήσεις ή οργανισμούς, η προϋπολογιζόμενη δαπάνη των οποίων υπερβαίνει το ποσό του ενός δισεκατομμυρίου (1.000.000.000) δραχμών, διενεργείται υποχρεωτικά έλεγχος νομιμότητας της οικείας σύμβασεως, πριν από τη σύναψή της, από κλιμάκιο του Ελεγκτικού Συνεδρίου. Το προηγούμενο εδάφιο ισχύει και στις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών, όταν το προϋπολογιζόμενο οικονομικό αντικείμενό του υπερβαίνει το ποσό των πεντακοσίων εκατομμυρίων (500.000.000) δραχμών. Εάν δεν διενεργηθεί ο έλεγχος, η σύμβαση που συνάπτεται είναι άκυρη. Το κλιμάκιο συγκροτείται από έναν Σύμβουλο και δύο Παρέδρους. Για το σκοπό αυτόν υποβάλλεται σε αυτό από τον αρμόδιο Υπουργό ή φορέα ο φάκελος με όλα τα σχετικά έγγραφα και στοιχεία, καθώς και το σχέδιο της οικείας

131. Βλ. Αλεξάνδρα Κοκκίδου, Οι αρμοδιότητες του Ελεγκτικού Συνεδρίου κατά το αναθεωρημένο άρθρο 98 του Συντάγματος, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2004, σελ. 28.

132. Με μοναδική εξαίρεση τη σύνθεση του Κλιμακίου που εξέδωσε το υπ' αριθμ. 10/15.7.1997 Πόρισμα. Βλ. Αλεξάνδρα Κοκκίδου, ο.π., σελ. 27 υπ. 37.

συμβάσεως. Αν ο έλεγχος αποβεί αρνητικός, η σύμβαση δεν συνάπτεται. Ο αρμόδιος Υπουργός ή φορέας μπορεί να ζητά τη διενέργεια ελέγχου νομιμότητας και για επί μέρους φάσεις της σχετικής διαδικασίας που προηγούνται της σύναψης της οικείας συμβάσεως. Ο έλεγχος του Ελεγκτικού Συνεδρίου ολοκληρώνεται μέσα σε ένα (1) μήνα από τη διαβίβαση σε αυτό του σχετικού φακέλου. Αν εντός δέκα (10) ημερών από την παρέλευση του χρόνου αυτού δεν επανέλθει ο φάκελος στον αρμόδιο φορέα, μπορεί να συναφθεί η αντίστοιχη σύμβαση χωρίς την εν λόγω προϋπόθεση.».

Με τη νομοθετική αυτή ρύθμιση ο έλεγχος κατέσται υποχρεωτικός επί ποινή ακυρότητας. Επιπλέον, αφενός διαφοροποιήθηκε το χρηματικό όριο ελέγχου ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης και αφετέρου προβλέφθηκε ρητώς ότι για τον εντοπισμό του εκλαμβάνεται η προϋπολογισθείσα δαπάνη. Επίσης δόθηκε η δυνατότητα τμηματικού ελέγχου, εν εξελίξει της όλης διαδικασίας. Η δυνατότητα αυτή υπηρετεί την αποτελεσματικότητα της διοικητικής δράσης υπό καθεστώς όπου προάρχει η νομιμότητα, είτε ως αρχή του διοικητικού δικαίου είτε εκδηλούμενη με διατάξεις αναγκαστικού ιδιωτικού δικαίου¹³³. Περαιτέρω ιδρύθηκε η αρμοδιότητα Κλιμακίου με αμιγώς δικαστική σύνθεση.

Επακολούθησε η σύσταση τριών Κλιμακίων με αποκλειστική αρμοδιότητα τον προσυμβατικό έλεγχο με την υπ' αριθμ. Φ.Γ/16805/13.10.99 απόφαση της Ολομέλειας του ΕΣ. Στο Ε' Κλιμάκιο ανετέθη ο έλεγχος της διαδικασίας που οδηγεί στη σύναψη συμβάσεων έργων, στο ΣΤ' Κλιμάκιο των συμβάσεων προμηθειών και στο Ζ' Κλιμάκιο των υπηρεσιών.

Η νέα διάταξη δημιούργησε ερμηνευτικό πρόβλημα ως προς το αν οι Φορείς και οι κατηγορίες προμηθειών που αναφέρονταν στην παρ. 5 του άρθρου 1 του Ν. 2286/95, ως εξαιρέσεις από το πεδίο εφαρμογής του νόμου αυτού, υπόκειντο σε προσυμβατικό έλεγχο. Παρά το γράμμα, έγινε δεκτό ότι οι Φορείς και οι προμήθειες που εξαιρούνταν από την εμβέλεια του Ν. 2286/95 ενέπιπταν στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 2741/99¹³⁴.

Νομοθετική εξαίρεση στην προληπτικότητα του ελέγχου εισήγαγε το άρθρο 39 παρ. 1 του Ν. 2778/99 (ΦΕΚ 295 Α') το οποίο ανέφερε ότι «*Κατ' εξαίρεση των προβλε-*

133. Βλ. Ιωάννης Καρκαλής, Αντιδιαφθορά και Ελεγκτικό Συνέδριο: εφαρμοσμένη δημοσιονομική ελεγκτική, Αντ. Ν. Σάκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2005, σελ. 150.

134. Βλ. Πρακτικό Ε' Κλιμ. ΕλΣυν. 31/01.

πομένων στην παράγραφο 7 του άρθρου 19 του π.δ. 774/1980 , όπως ισχύει, συμβάσεις που αφορούν την υλοποίηση προγραμμάτων του Κοινοτικού Πλαισίου Στήριξης και των Κοινοτικών Πρωτοβουλιών , ετών 1994 έως και 1999, καθώς και του Ταμείου Συνοχής, μπορούν να συναφθούν μέχρι τις 31.12.1999 και χωρίς να υποβληθεί σχέδιο σύμβασης με το σχετικό φάκελο για τον οριζόμενο στην παραπάνω διάταξη έλεγχο ή και πριν την ολοκλήρωση του παραπάνω ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο. Στις περιπτώσεις αυτές η συναφθείσα σύμβαση υποβάλλεται στο Ελεγκτικό Συνέδριο εντός δέκα (10) ημερών από την υπογραφή της. Εάν η σύμβαση και σχετικός φάκελος δεν υποβληθούν εντός της ανωτέρω προθεσμίας ή εάν ο έλεγχος του Ελεγκτικού Συνεδρίου αποβεί αρνητικός, η σύμβαση θεωρείται ως μηδέποτε συναφθείσα. Η ισχύς της παραγράφου αυτής αρχίζει από 28.9.1999.». Η διάταξη ήθελε να διευκολύνει τη διαδικασία απορρόφησης των κοινοτικών κονδυλίων καθότι κατά το χρόνο θέσπισής της εξέπνεε η προθεσμία υλοποίησης των σχετικών προγραμμάτων¹³⁵.

Με τη διάταξη του άρθρου 29 παρ. 1 του Ν. 2789/00 (ΦΕΚ 21 Α΄) εξαιρέθηκαν ρητώς του προσυμβατικού ελέγχου πλειάδα κατηγοριών συμβάσεων που συνάπτει το Δημόσιο ή ελεγχόμενοι απ' αυτό δημόσιοι Φορείς¹³⁶. Οι συμβάσεις αυτές έχουν ως κοινό γνώρισμα την διαχείριση της κινητής και ακίνητης περιουσίας όχι μόνο του Δημοσίου αλλά και της υπό ευρύτατη έννοια Δημοσίας Διοίκησης και δύσκολα μπορούν να χαρακτηριστούν δημόσιες. Συνεπώς παρά την ευρύτατη γραμματική διατύπωση της σχετικής διατάξεως του άρθρου 98 παρ. 1 περ. β΄ του Συν/τος υπό το καθεστώς του άρθρου 19 παρ. 7 του ΠΔ 774/80, ως ίσχυε πριν, αλλά και μετά την τροποποίηση του με το άρθρο 2 του Ν. 3060/02, το προσυμβατικό στάδιο των συμβάσεων αυτών δεν θα μπορούσε να υπαχθεί στον αναπτυσσόμενο δια της παρούσης έλεγχο του ΕΣ¹³⁷.

Η επόμενη σημαντική εξέλιξη ήταν η συνταγματική κατοχύρωση του ελέγχου με την προσθήκη στο άρθρο 98 παρ. 1 του Συν/τος της σχετικής διάταξης. Η διάταξη αυτή χορηγεί ευρύτατη εξουσία στο Νομοθέτη να εξειδικεύει τα επιμέρους ζητήματα ελέγχου των συμβάσεων που συνάπτει τόσο το Δημόσιο όσο και κάθε νομικό πρόσωπο που εξομοιώνεται με το Δημόσιο.

135. Βλ. Απόστολος Γέροντας, Δημοσιονομικό Δίκαιο, ο.π., σελ. 237.

136. Βλ. παρακάτω σε Μέρος Δεύτερο ΙΙ. 2. Β.

137. Βλ. παραπάνω σε Μέρος Πρώτο Ι.

Διατυπώνεται η άποψη ότι η διάταξη θεσπίζει ως ελάχιστο όριο εγγύησης τον έλεγχο όλων των κατηγοριών συμβάσεων του Δημοσίου. Σύμφωνα με την άποψη αυτή καμία εξαίρεση δε νοείται με διάταξη του κοινού Νομοθέτη στον έλεγχο των συμβάσεων του Δημοσίου, αφού η νομοθετική επιφύλαξη αφορά μόνο στα λοιπά νομικά πρόσωπα και όχι στο Δημόσιο¹³⁸. Αντιλέγεται ότι εάν ο συνταγματικός Νομοθέτης ήθελε την ανεξάρτητη εφαρμογή του ελέγχου σε κάθε κατηγορία συμβάσεων που επιδιώκει να συνάψει το Δημόσιο θα χρησιμοποιούσε αντίστοιχη νομοτεχνική διατύπωση μ' αυτή της α' περίπτωσης του άρθρου 98 παρ. 1 του Συν/τος. Αντίθετα, η χρήση χαλαρής διάζευξης δηλώνει σύνδεση ομοίων πραγμάτων και ως εκ' τούτου δεν γίνεται λογικά δεκτή η σύνδεση της αναφορικής πρότασης «όπως νόμος ορίζει» μόνο με τον ένα εκ' των όρων του πραγματικού, δηλαδή του όρου «άλλο νομικό πρόσωπο». Συνεπώς ο κοινός Νομοθέτης μπορεί να εξαιρεί κατηγορίες συμβάσεων για λόγους δημοσίου συμφέροντος ανεξαρτήτως του αν συμβαλλόμενο πρόσωπο είναι το Δημόσιο ή άλλος δημόσιος Φορέας.

Ακολούθησε η τροποποίηση του άρθρου 8 παρ. 1 του Ν. 2741/99 από το άρθρο 2 του Ν. 3060/02, το οποίο και συνεχίζει να αποτελεί τη βασική πηγή του δικαίου της ελεγκτικής του προσυμβατικού σταδίου εν είδει δικονομίας.

Η νέα διάταξη είχε ως εξής: *«Για τις προμήθειες αγαθών του άρθρου 1 του Ν. 2286/1995 (ΦΕΚ 19 Α'), η προϋπολογιζόμενη δαπάνη των οποίων υπερβαίνει το ποσό των πεντακοσίων εκατομμυρίων (500.000.000) δραχμών ή ενός εκατομμυρίου πεντακοσίων χιλιάδων (1.500.000) ευρώ, καθώς και για την εκτέλεση έργων από το Δημόσιο, τα Ν.Π.Δ.Δ. και τις δημόσιες επιχειρήσεις ή οργανισμούς, η προϋπολογιζόμενη δαπάνη των οποίων υπερβαίνει το ποσό του ενός δισεκατομμυρίου (1.000.000.000) δραχμών ή δύο εκατομμυρίων εννιακοσίων χιλιάδων (2.900.000) ευρώ, διενεργείται υποχρεωτικά έλεγχος νομιμότητας της οικείας σύμβασης, πριν από τη σύναψή της, από Κλιμάκια του Ελεγκτικού Συνεδρίου.*

Το προηγούμενο εδάφιο ισχύει και στις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών, όταν το προϋπολογιζόμενο οικονομικό αντικείμενό τους υπερβαίνει το ποσό των πεντακοσίων εκατομμυρίων (500.000.000) δραχμών ή ενός εκατομμυρίου πεντακοσίων χιλιάδων

138. Βλ. Ιωάννης Καρκαλής, ο.π., σελ. 152.

(1.500.000) ευρώ.

Εάν δεν διενεργηθεί ο έλεγχος, η σύμβαση που συνάπτεται είναι άκυρη.

Για το σκοπό του ελέγχου υποβάλλεται στο Κλιμάκιο από τον αρμόδιο Υπουργό ή φορέα ο φάκελος με όλα τα σχετικά έγγραφα και στοιχεία, ιδίως δε αυτά των οποίων η έλλειψη επιφέρει κατά την κείμενη νομοθεσία τον αποκλεισμό της συμμετέχουσας στο διαγωνισμό επιχείρησης.

Τα έγγραφα και τα στοιχεία, η έλλειψη των οποίων επιφέρει τον αποκλεισμό της επιχείρησης από το διαγωνισμό, μπορούν να συμπληρωθούν (υποβληθούν) και μετά την υποβολή των λοιπών δικαιολογητικών συμμετοχής στο διαγωνισμό, αλλά πριν την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών.

Ο αρμόδιος Υπουργός ή φορέας μπορεί να ζητεί τη διενέργεια ελέγχου νομιμότητας και για επί μέρους φάσεις της σχετικής διαδικασίας που προηγούνται της σύναψης της οικείας συμβάσεως.

Ο έλεγχος του Ελεγκτικού Συνεδρίου ολοκληρώνεται μέσα σε τριάντα (30) ημέρες από τη διαβίβαση σε αυτό του σχετικού φακέλου.

Τα Κλιμάκια συγκροτούνται από έναν Σύμβουλο και δύο Παρέδρους.

Τον Πρόεδρο μπορεί να αναπληρώνει Εισηγητής με τριετή τουλάχιστον υπηρεσία, στην οποία συνυπολογίζεται και η υπηρεσία του ως δόκιμου Εισηγητή

Αιτήσεις ανακλήσεως των Πράξεων των Κλιμακίων σε περίπτωση πλάνης περί τα πράγματα ή το νόμο υποβάλλονται στη γραμματεία του αρμόδιου τμήματος από αυτόν που έχει σπουδαίο έννομο συμφέρον προς τούτο ή από τον Γενικό Επίτροπο της Επικρατείας χάριν του δημοσίου συμφέροντος, μέσα σε δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της Πράξεως του Κλιμακίου στον οικείο φορέα και στον Γενικό Επίτροπο. Η αίτηση ανακλήσεως κοινοποιείται χωρίς υπαίτια καθυστέρηση, με επιμέλεια του αιτούντος, σε καθέναν που έχει έννομο συμφέρον. Ο Πρόεδρος του Τμήματος μπορεί να διατάζει τη γνωστοποίηση με οποιονδήποτε τρόπο της αιτήσεως ανακλήσεως και σε άλλους που έχουν κατά την κρίση του έννομο συμφέρον. Στις περιπτώσεις ασκήσεως αιτήσεως ανακλήσεως έχουν δικαίωμα να υποβάλουν σημειώματα και αυτοί που έχουν έννομο συμφέρον μέσα σε τρεις (3) εργάσιμες ημέρες από την κατάθεση των αιτήσεων στη Γραμματεία του αρμόδιου Τμήματος. Η προθεσμία για την υποβολή σημειωμάτων μπορεί να παραταθεί για τρεις (3) ακόμη εργάσιμες ημέρες. Τις αιτήσεις ανακλήσεως εξετάζει Τμήμα του Ελεγκτικού

Συνεδρίου, το οποίο και αποφαινεται επ' αυτών μέσα σε τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες από την κατάθεσή τους. Άλλη αίτηση ανακλήσεως δεν επιτρέπεται.

Το ίδιο Τμήμα εκδικάζει και την άρση της αμφισβήτησης για την έννοια των διατάξεων τυπικού νόμου, αν εκδόθηκαν γι' αυτές αντίθετες Πράξεις ή Πρακτικά Κλιμακίων ή συνθέσεων αυτών ή υπάρχει αμφιβολία για την αληθινή έννοια αυτών. Η αμφισβήτηση φέρεται ενώπιον του Τμήματος με πρωτοβουλία αυτού που έχει έννομο συμφέρον ή αυτεπαγγέλτως από τον προεδρεύοντα του οικείου Κλιμακίου ή από τον Πρόεδρο ή τον Γενικό Επίτροπο της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο. Σε περίπτωση αμφιβολίας η οικεία σύνθεση του Κλιμακίου παραπέμπει αμέσως το ζήτημα στο Τμήμα με πρακτικό της. Το Τμήμα οφείλει να εκδώσει πράξη άρσεως της αμφισβήτησης ή της αμφιβολίας μέσα σε τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες από την κατάθεση αυτής στη Γραμματεία του.».

Με τη νέα νομοθετική ρύθμιση επήλθαν οι κάτωθι μεταβολές οι οποίες στο μεγαλύτερο μέρος τους αποτελούν και ισχύον δίκαιο:

Α) Επιβλήθηκε δια της ενδεικτικής αναφοράς ο έλεγχος της κρίσης των οργάνων της αναθέτουσας Αρχής περί της συνδρομής των απαραίτητων προϋποθέσεων συμμετοχής των οικονομικών φορέων στη διαγωνιστική διαδικασία. Η διάταξη καθιστά σαφές ότι η παραβίαση των ουσιαστικών διατάξεων περί συμμετοχής στη διαγωνιστική διαδικασία αποτελεί ουσιώδη νομική πλημμέλεια λόγω της συνάρτησής της με τις αρχές του ελεύθερου και πραγματικού ανταγωνισμού και της διαφάνειας. Επίσης αποτελεί ένδειξη της έκτασης του ελέγχου των οργάνων του δημόσιου Φορέα καθότι επιτάσσει την υποβολή πλήρους αποδεικτικού υλικού ώστε να ελέγχεται η πληρότητα της αιτιολογίας. Εμμέσως συνάγεται ότι δεν υπάρχει εξουσία ελέγχου της ουσιαστικής βασιμότητας δηλ. της αλήθειας περί των πραγματικών περιστατικών.

Β) Απαλείφθηκε η υπό του προϊσχύσαντος δικαίου συνέπεια της νόμιμης κατάρτισης δημόσιας σύμβασης εφόσον εντός δεκαημέρου από την εκπνοή του μήνα για τον προληπτικό έλεγχο από το Κλιμάκιο δεν επανέλθει στην αναθέτουσα Αρχή το Πόρισμα ελέγχου. Έτσι η επιταγή για ολοκλήρωση του ελέγχου εντός τριάντα (30) ημερών αποτελεί προτροπή ταχείας διεκπεραίωσης. Συνακόλουθα η δημόσια σύμβαση που συνάπτεται λόγω καθυστέρησης του Κλιμακίου να αποφανθεί είναι άκυρη, μη παρά-

γουςα έννομα αποτελέσματα¹³⁹.

Γ) Προβλέφθηκε η δυνατότητα αναπλήρωσης του Παρέδρου από Εισηγητή με τριετή τουλάχιστον προϋπηρεσία. Αν και από το γράμμα του νόμου δεν απαντάται το ερώτημα για το αν δύναται να αναπληρωθούν και οι δύο Πάρεδροι, η εισηγητική έκθεση αναφέρει ότι σκοπός του Νομοθέτη ήταν να επεκταθεί «...η προβλεπόμενη στο άρθρο 13 παρ. 2 του Ν. 2298/95 δυνατότητα αναπλήρωσης του ενός Παρέδρου από Εισηγητή και στα Κλιμάκια ελέγχου των Συμβάσεων...». Συνεπώς ορθά η νομολογία των Κλιμακίων δεν δέχεται την αναπλήρωση και των δύο Παρέδρων από Εισηγητές¹⁴⁰.

Δ) Καθιερώθηκε δεύτερος βαθμός προληπτικού ελέγχου από Τμήμα του ΕΣ¹⁴¹.

Ε) Θεσπίστηκε σύστημα διασφάλισης της ενότητας της νομολογίας και διατήρησης της ασφάλειας των συναλλαγών. Συγκεκριμένα προβλέφθηκε η δυνατότητα άρσης αμφισβήτησης ή αμφιβολίας για την έννοια διατάξεων τυπικού νόμου¹⁴².

Περαιτέρω με το πέμπτο εδάφιο της εν λόγω ρύθμισης προστέθηκε η δυνατότητα συμπλήρωσης των απαιτούμενων δικαιολογητικών συμμετοχής στον εκάστοτε διαγωνισμό μέχρι και το χρόνο αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών. Η συγκεκριμένη διάταξη αποτελούσε ρύθμιση ουσιαστικού δικαίου της διαδικασίας που προηγείται της κατάρτισης μιας δημόσιας σύμβασης. Ως εκ' τούτου απευθυνόταν πρωταρχικά προς τα αρμόδια όργανα του εκάστοτε δημόσιου Φορέα που ευθύνονται για τη νόμιμη διεξαγωγή της προσυμβατικής διαδικασίας. Αν γινόταν δεκτό ότι άμεσο υποκείμενο της ρύθμισης ήταν το Κλιμάκιο και το Τμήμα τότε τα τελευταία καθίσταντο αμιγώς διοικητικά όργανα και αποδομούνταν η συνολική ρύθμιση περί προσυμβατικού ελέγχου. Πέραν τούτου η διάταξη ερχόταν σε ευθεία αντίθεση με την αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων¹⁴³. Έτσι με το άρθρο 9 παρ. 3 του Ν. 3090/02 καταργήθηκε το συγκεκριμένο εδάφιο.

Με το άρθρο 3 του ίδιου νόμου ορίστηκε ότι: «Οι συμβάσεις για την εκτέλεση συμπληρωματικών εργασιών σε έργα εκτελούμενα από το Δημόσιο, τα Ν.Π.Δ.Δ. και τις δη-

139. Βλ. ο.π., σελ. 157.

140. Βλ. ο.π. για την αντίθετη άποψη.

141. Τα ζητήματα που ανακύπτουν από την εφαρμογή αυτής της ρύθμισης αποτελούν αντικείμενο εκτεταμένης ανάλυσης σε Μέρος Δεύτερο ΙΙΙ.

142. Παρακάτω, σε Μέρος Δεύτερο ΙV., γίνεται παρουσίαση της διαδικασίας αυτής.

143. Βλ. Ιωάννης Καρκαλής, ο.π.

μόσιες επιχειρήσεις, που έχουν συναφθεί μέχρι την έναρξη ισχύος της διάταξης αυτής, υποβάλλονται, κατ' εξαίρεση των προβλεπομένων στην παρ. 7 του άρθρου 19 του Π.Δ. 774/1980, όπως ισχύει, για έλεγχο νομιμότητας στο Ελεγκτικό Συνέδριο (Ε.Σ.). Στις περιπτώσεις αυτές η συναφθείσα σύμβαση υποβάλλεται στο Ελεγκτικό Συνέδριο (Ε.Σ.) μέσα σε είκοσι (20) ημέρες από την έναρξη ισχύος της διάταξης αυτής. Εάν η σύμβαση και ο σχετικός φάκελος δεν υποβληθούν για έλεγχο μέσα στην ανωτέρω προθεσμία ή εάν ο έλεγχος του Ελεγκτικού Συνεδρίου (Ε.Σ.) αποβεί αρνητικός, η σύμβαση θεωρείται ως μηδέποτε συναφθείσα.».

Αποτελεί συχνό φαινόμενο κατά τη διάρκεια εκτέλεσης μιας σύμβασης έργου να προκύπτει η ανάγκη τέλεσης πρόσθετων εργασιών. Όπως αναλύθηκε η ανάθεση συμπληρωματικών εργασιών στον ανάδοχο της κύριας σύμβασης έργου αποτελεί εξαιρετική περίπτωση και εξαρτάται από αυστηρές προϋποθέσεις. Ο Νομοθέτης θέλησε να ελεγχθεί από το ΕΣ η νομιμότητα των συμπληρωματικών συμβάσεων, έστω και μετά την κατάρτισή τους, με ποινή ακυρότητας. Μάλιστα προσέδωσε στην ακυρότητα περιεχόμενο όμοιο με αυτό των άκυρων δικαιοπραξιών στο ιδιωτικό δίκαιο επιβεβαιώνοντας την άποψη ότι για την εκταμίευση του δημοσίου χρήματος δεν ισχύει ούτε το τεκμήριο νομιμότητας των διοικητικών οργάνων ούτε η ακυρωσιμότητα εφόσον πρόκειται για πράξεις διοικούντων οργάνων ΝΠΙΔ.

Τέθηκε το ερώτημα εάν ο κατ' εξαίρεση κατασταλτικός έλεγχος θα αφορά κάθε συμπληρωματική σύμβαση ανεξαρτήτως του ύψους της προϋπολογιζόμενης δαπάνης τόσο της ίδιας όσο και της αρχικής σύμβασης ή όχι. Κρίθηκε ότι η διάταξη είχε εφαρμογή σε συμπληρωματικές συμβάσεις των οποίων οι αρχικές συμβάσεις υπερέβαιναν το ποσό του 1.000.000 δρχ ή των 2.900.000 ευρώ και είχαν ελεγχθεί από το ΕΣ ή είχαν συναφθεί προ της ισχύος του Ν. 2741/99, ο οποίος επέβαλλε την υποχρεωτικότητα του προσυμβατικού ελέγχου¹⁴⁴. Επίσης κρίθηκε ότι στον έλεγχο εμπίπτουν μόνο εκείνες οι συμπληρωματικές συμβάσεις των οποίων η αξία του αντικειμένου τους αυτή καθαυτή υπερβαίνει το ανωτέρω ποσό¹⁴⁵. Με την ερμηνεία αυτή περιορίστηκε το πεδίο εφαρμογής της διάταξης. Αν και το γράμμα του νόμου, όπως δια-

144. Βλ. Πρακτικό Ε' Κλιμ. ΕλΣυν. 271/02.

145. Βλ. Πρακτικά Ε' Κλιμ. ΕλΣυν. 248, 268/02.

τείνεται και η μειοψηφούσα νομολογιακή άποψη¹⁴⁶, δεν στηρίζει την επιλεγείσα ερμηνευτική λύση, ωστόσο η εισηγητική έκθεση του νόμου αποσαφηνίζει τη βούληση του ιστορικού Νομοθέτη αφού αναφέρει ότι η εν λόγω ρύθμιση αφορά σε μικρό αριθμό εκκρεμών συμβάσεων με αντικείμενο την εκτέλεση συμπληρωματικών εργασιών σε δημόσια έργα και οι οποίες αφορούν το αντικείμενο της αρχικής σύμβασης, η οποία ελέγχθηκε από το ΕΣ¹⁴⁷.

Στη συνέχεια το ΕΣ με την υπ. αριθμ. Φ.Γ8/15686/8.7.2002 απόφαση της Ολομέλειας (ΦΕΚ 1242 Β') επέφερε κάποιες μεταβολές στη αρμοδιότητα λειτουργούντων Κλιμακίων χωρίς όμως να αλλάξει την αρχική κατανομή.

Επακολούθησε το άρθρο 12 παρ. 27 του Ν. 3310/05 με το οποίο ορίστηκε ότι : « *Ο προβλεπόμενος από τη διάταξη της παρ. 7 του άρθρου 19 του Π.Δ. 774/1980 «Περί κωδικοποίησης εις ενιαίον κείμενον των περί Ελεγκτικού Συνεδρίου ισχυουσών διατάξεων κ.λπ.» (ΦΕΚ 189 Α'), όπως αυτή προστέθηκε με την πρώτη περίοδο του άρθρου 15 του Ν. 2145/ 1993 (ΦΕΚ 88 Α') και ισχύει μετά την αντικατάστασή της από την παρ. 1 του άρθρου 8 του Ν. 2741/1999 (ΦΕΚ 199 Α') και την τροποποίησή της από το άρθρο 2 του Ν. 3060/2002 (ΦΕΚ 242 Α') και το άρθρο 9 του Ν. 3090/ 2002 (ΦΕΚ 329 Α'), έλεγχος νομιμότητας επί των συμβάσεων προμήθειας αγαθών του άρθρου 1 του Ν. 2286/1995 (ΦΕΚ 19 Α'), παροχής υπηρεσιών και για την εκτέλεση έργων διενεργείται υποχρεωτικά, πριν από τη σύναψή τους, από Κλιμάκια του Ελεγκτικού Συνεδρίου, εφόσον η προϋπολογιζόμενη δαπάνη τους υπερβαίνει το ποσό του ενός εκατομμυρίου (1.000.000,00) ευρώ.*».

Η μείωση του ορίου υπαγωγής στον προσυμβατικό έλεγχο ανεστάλη από 7.6.2005 έως 31.10.2005 με το άρθρο 21 του Ν. 3345/05 (ΦΕΚ 118 Α') και επανήλθε σε ισχύ με το Ν. 3414/05 (ΦΕΚ 279 Α').

Η θέσπιση κοινού ορίου για την υπαγωγή στον προσυμβατικό έλεγχο οδήγησε στην διαφυγή από το ΕΣ, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης, μεγάλου αριθμού συμβάσεων προμηθειών και υπηρεσιών. Ωστόσο παραμένει η δυνατότητα προληπτικού ελέγχου δια της θεώρησης των χρηματικών ενταλμάτων που εκδίδονται προς εκτέλεση της σύμβασεως.

146. Βλ. Απόστολος Γέροντας, ο.π., σελ. 239 υπ. 174 και 175.

147. Βλ. Εισηγητική Έκθεση του Ν. 3060/02, Κεφ. Α' σκέψη 4.

Στη συνέχεια με τις παρ. 3 και 4 του άρθρου 25 του Ν. 3614/07 (ΦΕΚ 267 Α΄) ορίστηκε ότι: «3. Ο προβλεπόμενος, από τη διάταξη της παρ. 27 του άρθρου 12 του ν. 3310/2005 (ΦΕΚ 30 Α΄), έλεγχος νομιμότητας επί των συγχρηματοδοτούμενων συμβάσεων προμηθειών αγαθών, παροχής υπηρεσιών και εκτέλεσης έργων διενεργείται υποχρεωτικά πριν από τη σύναψή τους από κλιμάκια του Ελεγκτικού Συνεδρίου εφόσον η προϋπολογιζόμενη δαπάνη υπερβαίνει το ποσό των πέντε (5) εκατομμυρίων ευρώ, (χωρίς Φ.Π.Α.). Ο έλεγχος αυτός περατώνεται εντός τριάντα (30) ημερολογιακών ημερών από της κατάθεσης του σχετικού φακέλου στο Ελεγκτικό Συνέδριο. Σε περίπτωση που από τον έλεγχο διαπιστωθεί έλλειψη στοιχείων, αυτά ζητούνται από τον αρμόδιο φορέα κατά τρόπο πλήρη και εξαντλητικό πριν την παρέλευση της ανωτέρω προθεσμίας. Ο έλεγχος ολοκληρώνεται μετά την κατάθεση και των συμπληρωματικών στοιχείων σε κάθε περίπτωση εντός αποκλειστικής προθεσμίας δεκαπέντε (15) ημερών από της καταθέσεως αυτών. Εάν παρέλθουν οι ανωτέρω προθεσμίες χωρίς το σχέδιο σύμβασης να έχει απορριφθεί με αιτιολογημένη πράξη του Ελεγκτικού Συνεδρίου, τούτο θεωρείται εγκεκριμένο.

4. Οι προγραμματικές συμβάσεις, οι οποίες συνάπτονται μεταξύ δύο αναθετουσών αρχών, όπως αυτές ορίζονται στην παρ. 9 του άρθρου 1 του ν. 3316/2005, και αφορούν συγχρηματοδοτούμενα έργα, δεν εμπίπτουν στον προβλεπόμενο από την παρ. 27 του άρθρου 12 του ν. 3310/2005, όπως ισχύει, έλεγχο νομιμότητας του Ελεγκτικού Συνεδρίου, εφόσον το ύψος του προϋπολογισμού των έργων τα οποία αφορά η προγραμματική σύμβαση είναι κατώτερο των δέκα (10) εκατομμυρίων ευρώ. Για τις συμβάσεις ανάθεσης έργων προμηθειών και υπηρεσιών συμπεριλαμβανομένων και των μελετών που συνάπτονται στο πλαίσιο των προγραμματικών συμβάσεων εφαρμόζονται τα προβλεπόμενα από την παράγραφο 3 του παρόντος άρθρου.».

Ο Έλληνας Νομοθέτης επέλεξε την αύξηση των ορίων των προϋπολογισμών των συγχρηματοδοτούμενων από κοινοτικούς πόρους δημοσίων συμβάσεων επί των οποίων διενεργείται προσυμβατικός έλεγχος, επικαλούμενος λόγους εξορθολογισμού και επιτάχυνσης των διαδικασιών υλοποίησης κοινοτικών προγραμμάτων και απορρόφησης κοινοτικών κονδυλίων¹⁴⁸.

Με βάση την ανωτέρω ρύθμιση εάν η συγχρηματοδοτούμενη δημόσια σύμβαση

148. Βλ. Εισηγητική Έκθεση του Ν. 3614/07, Ειδικές Ρυθμίσεις Μέρος Ι, άρθρο 25.

είναι προγραμματική τότε το όριο ανέρχεται σε δέκα (10) εκατομμύρια ευρώ, (χωρίς Φ.Π.Α.). Το όριο παραμένει στα πέντε (5) εκατομμύρια ευρώ, (χωρίς Φ.Π.Α.), εφόσον πρόκειται για επιμέρους, εκτελεστική της όλης προγραμματικής, σύμβαση. Περαιτέρω η διάταξη επαναφέρει για αυτή την κατηγορία συμβάσεων το πλάσμα της εγκυρότητας εάν δεν ολοκληρωθεί ο έλεγχος εντός των οριζόμενων αποκλειστικών προθεσμιών.

Τέλος με πρόσφατη νομοθετική ρύθμιση¹⁴⁹ επετράπη η αναπλήρωση του Παρέδρου του Κλιμακίου από Εισηγητή με διετή τουλάχιστον υπηρεσία, στην οποία συνυπολογίζεται και η υπηρεσία του ως δόκιμου Εισηγητή.

II. Ο πρωτοβάθμιος έλεγχος

1. Η νομική φύση των Κλιμακίων και της ελεγκτικής τους εξουσίας

Το Κλιμάκιο αποτελεί δικαστικό¹⁵⁰ σχηματισμό και απαρτίζεται από ένα (1) Σύμβουλο και δύο (2) Παρέδρους¹⁵¹. Ως ελέχθη τον Πάρεδρο μπορεί να αναπληρώνει Εισηγητής με διετή τουλάχιστον υπηρεσία, στην οποία συνυπολογίζεται και η υπηρεσία του ως δόκιμου Εισηγητή¹⁵².

Η φύση των σχηματισμών του ΕΣ ως δικαστικών δεν αμφισβητείται. Η γραμματική όμως διατύπωση του άρθρου 98 του Συν/τος όπου για τη θέσπιση των αρμοδιοτήτων του ΕΣ γίνεται η χρήση των όρων «έλεγχος», «γνωμοδότηση» και «εκδίκαση» οδηγεί στο συμπέρασμα ότι το ΕΣ δεν έχει μόνο δικαιοδοτικές αρμοδιότητες. Η ανάθεση μη δικαιοδοτικών αρμοδιοτήτων σε Δικαστές δεν είναι ζήτημα που αφορά μόνο στη λειτουργία του ΕΣ. Υπενθυμίζεται ενδεικτικά η αρμοδιότητα του

149. Βλ. άρθρο 57 παρ. 1 του Ν. 3659/08 (ΦΕΚ 77 Α').

150. Με βάση τα άρθρα 1 και 2 του ΠΔ 1225/81, της λεγόμενης Δικονομίας του ΕΣ, το Κλιμάκιο αποτελεί δικαιοδοτικό πολιτειακό όργανο καθότι ο όρος αυτός χρησιμοποιείται ως έννοια γένους σε σχέση με τον όρο δικαστικό με το οποίο φαίνεται να εννοείται η επίλυση διαφορών. Στην ελληνική έννομη τάξη είναι ορθότερο να γίνεται αντίστροφη χρήση των όρων δικαστικό και δικαιοδοτικό δεδομένου ότι ο όρος δικαστικό χρησιμοποιείται ως έννοια γένους από το Σύνταγμα – π.χ. άρθρα 6 παρ. 1, 9 παρ. 1, 89 παρ. 3 εδ. β' – ενώ οι όροι δικαιοσύνη και εκδίκαση αφορούν στην επίλυση διαφορών η οποία υπό το δόγμα του νομικού θετικισμού αποδίδεται ακριβέστερα με το όρο δικαιοδοσία: δίδω δίκαιο: επιβάλλω συμπεριφορά κατά το νομικό κανόνα.

151. Οι οποίοι είναι δικαστικοί λειτουργεί κατά το άρθρο 3 παρ. 1 του Οργανισμού του Ελεγκτικού Συνεδρίου (ΠΔ 774/80).

152. Εισηγητής και δόκιμος Εισηγητής αποτελούν τους κατώτερους βαθμούς ιεραρχίας των δικαστικών λειτουργιών κατά το άρθρο 55 παρ. 1 περ. Γ του Ν. 1756/88 (ΦΕΚ 35 Α'): Κώδικας οργανισμού δικαστηρίων και κατάσταση δικαστικών λειτουργιών.

ΣτΕ για την, σύμφωνα με το άρθρο 95 παρ. 1 περ. δ) του Συν/τος, επεξεργασία των κανονιστικών ΠΔ αλλά και τα γνωμοδοτικά καθήκοντα του ανωτάτου Δικαστικού Συμβουλίου επί των υπηρεσιακών μεταβολών των δικαστικών λειτουργών κατά το άρθρο 90 του Συν/τος.

Η φύση του ελέγχου του προσυμβατικού σταδίου των δημοσίων συμβάσεων διχάζει θεωρία και νομολογία. Το ζήτημα έχει εξαιρετική σημασία διότι άπτεται της επιλογής του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαδικασία ελέγχου, την έκταση του ελέγχου και τη δεσμευτικότητα της οικείας απόφασης.

Κατά τη μία άποψη ο έλεγχος των Κλιμακίων είναι δικαστικός ενώ κατά τη δεύτερη προσέγγιση ο έλεγχος είναι διοικητικός¹⁵³. Το ΕΣ με συντριπτική πλειοψηφία στην Ολομέλεια έκρινε ότι τα Κλιμάκια, μετά την συνταγματική αναθεώρηση του 2001 και τη ρητή κατοχύρωση στο άρθρο 98 παρ. 1 περ. β του προσυμβατικού ελέγχου, είναι Δικαστήρια τα οποία δικαιοδοτούν σε πρώτο βαθμό επί των διαφορών που ανακύπτουν στο στάδιο που προηγείται της κατάρτισης δημοσίων συμβάσεων¹⁵⁴. Αντίθετα με την απόφαση 20/05 του Ανωτάτου Ειδικού Δικαστηρίου (Στο εξής ΑΕΔ) κρίθηκε ότι το ΕΣ κατά τον έλεγχο συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας, στις οποίες αντισυμβαλλόμενος είναι το Δημόσιο ή άλλο νομικό πρόσωπο που εξομοιώνεται από την άποψη αυτή με το Δημόσιο, δεν ασκεί δικαιοδοτική εξουσία, ούτε ενεργεί ως Δικαστήριο, ούτε διεξάγει δίκη, ούτε επιλύει διαφορές υποκαθιστάμενο στη δικαιοδοσία άλλων δικαστηρίων.

Σε μια προσπάθεια συγκερασμού των ανωτέρω απόψεων και συστηματικής συνδυαστικής ερμηνείας των οικείων συνταγματικών διατάξεων υιοθετήθηκε, καθ' όμοιο τρόπο που το Σύνταγμα οργανώνει το δικαστικό έλεγχο νομιμότητας των κανονιστικών διαταγμάτων, η εκδοχή της ισχύος παράλληλου διπλού ελέγχου νομιμότητας της προσυμβατικής δράσης. Από τη μια μεριά ο καθολικός προληπτικός δικαστικός έλεγχος νομιμότητας του ΕΣ και από την άλλη ο μερικός κατασταλτικός δι-

153. Για τη άποψη που χαρακτηρίζει τον έλεγχο διοικητικό βλ. αντί άλλων Κων/νος Δ. Βολτής, «Ο έλεγχος νομιμότητας συμβάσεων του δημοσίου από το Ελεγκτικό Συνέδριο», σε: *Τιμητικός Τόμος για τα 170 χρόνια του Ελεγκτικού Συνεδρίου*, 2004, σελ. 22-24. Για την αντίθετη άποψη βλ. αντί άλλων Νικολέτα Ρένεση, «Λειτουργικές δημόσιες δαπάνες: Η διεύρυνση της έννοιας της δημόσιας δαπάνης στη νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου», σε: *Τιμητικός Τόμος για τα 170 χρόνια του Ελεγκτικού Συνεδρίου*, 2004, σελ. 794 υπ. 18.)

154. Βλ. Πρακτικά Ολ. ΕλΣυν. 23^{ης} ΓΣ/23.2.2005.

καιοδοτικός έλεγχος νομιμότητας των πολιτικών ή διοικητικών Δικαστηρίων¹⁵⁵.

Με βάση το άρθρο 19 παρ. 7 εδ. α', β' και γ' του ΠΔ 774/80, ως ισχύει μετά τις σχετικές τροποποιήσεις, αντικείμενο της ελεγκτικής κρίσης του Κλιμακίου είναι το σχέδιο της υπό κατάρτιση δημόσιας σύμβασης και η όλη προσυμβατική (διαγωνιστική ή μη στην περίπτωση απευθείας ανάθεσης) διαδικασία που προηγείται της σύναψής της. Το Κλιμάκιο μπορεί να αποφαίνεται και για επιμέρους φάσεις της διαγωνιστικής διαδικασίας εφόσον όμως αυτές έχουν περατωθεί.

2. Η διαδικασία ενώπιον των Κλιμακίου

Α. Έναρξη της διαδικασίας

Με βάση το άρθρο 19 παρ. 7 εδ. α, β και γ του ΠΔ 774/80, ως ισχύει μετά τις σχετικές τροποποιήσεις, η διαδικασία του προσυμβατικού ελέγχου κινείται με την υποβολή στο ΕΣ του σχεδίου σύμβασης και των λοιπών στοιχείων του φακέλου από τον αρμόδιο Υπουργό ή την αρμόδια Προϊστάμενη Αρχή και γενικώς τον νόμιμο εκπρόσωπο του δημόσιου Φορέα, που είναι η αναθέτουσα Αρχή κατά του ορισμούς του ισχύοντος κοινοτικού δικαίου¹⁵⁶. Γίνεται δεκτό ότι η ελεγκτική διαδικασία δεν μπορεί να κινηθεί από συμμετέχοντα οικονομικό φορέα στη δημοπράτηση του αντικειμένου της επιδιωκόμενης σύμβασης¹⁵⁷. Η άποψη αυτή συγκλίνει στη θεώρηση της μη δικαιοδοτικής λειτουργίας του Κλιμακίου. Έτσι το έγγραφο υποβολής του σχεδίου της σύμβασης, μετά του προβλεπόμενου φακέλου με όλα τα σχετικά έγγραφα και στοιχεία, δεν στρέφεται κατά κάποιου άλλου προσώπου ως αντιδίκου. Όμως η Ολομέλεια του ΕΣ στο επίμαχο Πρακτικό της 23^{ης} ΓΣ/23.2.2005 αναφέρει ότι «...μπορεί να προσφύγει όχι μόνο ο αρμόδιος υπουργός ή φορέας, όπως ορίζει η ανωτέρω διάταξη, αλλά και οποιοσδήποτε έχει έννομο συμφέρον προς τούτο, της τοιαύτης δυνατότητάς του απορρέουσας ευθέως από την ως άνω συνταγματική διάταξη της περιπτ. β' της παραγρ. 1 του άρθρου 98 του Συντάγματος, η οποία δεν θέτει οιονδήποτε περιορισμό.».

155. Βλ. Ιωάννης Τζεβελεκάκης, ο.π., σελ. 919-920 υπ. 13 και Νικόλαος Μηλιώνης, Ο θεσμικός ρόλος του Ελεγκτικού Συνεδρίου, Αντ. Ν. Σάκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2005, σελ. 351. Επίσης βλ. Πράξη VI Τμ. ΕλΣυν. 38/07.

156. Βλ. Πράξεις Ε' Κλιμ. ΕλΣυν. 284/05, 397/07, ΣΤ' Κλιμ. ΕλΣυν. 258/07, Ζ' Κλιμ. ΕλΣυν. 226/06, 144/07.

157. Βλ. Ιωάννης Καραβοκύρης, «Ο προσυμβατικός έλεγχος νομιμότητας από το Ελεγκτικό Συνέδριο», σε: *Θεωρία και Πράξη Διοικητικού Δικαίου*, τευχ. 9/2008, σελ. 1151.

B. Αρμοδιότητα

Σύμφωνα με τις ανωτέρω αναφερόμενες ισχύουσες διατάξεις αναγκαίοι όροι για τη θεμελίωση της αρμοδιότητας των Κλιμακίων είναι το είδος της σύμβασης, η φύση του συμβατικού αντικειμένου, η προϋπολογισθείσα δαπάνη εκτέλεσής της, μη περιλαμβανομένου του προβλεπόμενου ΦΠΑ, και ο χρόνος που ζητείται ο έλεγχος.

Έτσι σε προσυμβατικό έλεγχο υπόκεινται δημόσιες συμβάσεις και όχι συμβάσεις που συνάπτονται για εξυπηρέτηση ταμειευτικών σκοπών των δημοσίων Φορέων. Περαιτέρω οι δημόσιες συμβάσεις υπάγονται στην ελεγκτική εξουσία των Κλιμακίων μόνο εφόσον έχουν ως υλικό αντικείμενο την κατασκευή έργων, την προμήθεια κινητών πραγμάτων, την παροχή υπηρεσιών και την εκπόνηση μελετών. Στην αρμοδιότητα των Κλιμακίων υπάγονται επίσης οι συμβάσεις παραχώρησης δημόσιας υπηρεσίας ή έργου καθώς και οι προγραμματικές συμβάσεις¹⁵⁸.

Όσον αφορά τις συμπληρωματικές συμβάσεις το ΕΣ νομολογεί ότι υπόκεινται σε προσυμβατικό έλεγχο και αυτές που άπτονται αρχικών που λόγω ποσού δεν υποβλήθηκαν σε έλεγχο, εφόσον το αθροιζόμενο ποσό της αρχικής κύριας σύμβασης και της συμπληρωματικής υπερβαίνει το όριο του νόμου¹⁵⁹.

Με κριτήρια το είδος της σύμβασης και τη φύση του συμβατικού αντικειμένου εξαιρούνται του προσυμβατικού ελέγχου οι συμβάσεις:

- α) προμηθειών αμυντικού υλικού συναπτόμενες μεταξύ Κρατών,
- β) παροχής εγγυήσεων και εκχωρήσεων κρατικών απαιτήσεων δυνάμει κύριας σύμβασης δανεισμού καθώς και αγοράς, πώλησης ή μίσθωσης ακινήτων από δημόσιο Φορέα,
- γ) παροχής χρηματοοικονομικών, νομικών, οργανωτικών και συναφών υπηρεσιών σε υπό αποκρατικοποίηση ΔΝΠ, τις οποίες συνάπτει με ημεδαπό ή αλλοδαπό Οίκο συμβούλων είτε ο αρμόδιος Υπουργός στην εποπτεία του οποίου υπάγεται το ΔΝΠ είτε ο Υπουργός Οικονομικών όταν το ΔΝΠ είναι Επιχείρηση μικτής οικονομίας ή δημόσια Εταιρεία και η πλειοψηφία των μετοχών ανήκει στο Δημόσιο,
- δ) παροχής οικονομικών και άλλων συμβουλών και υπηρεσιών από τη δημόσια Επιχείρηση κινητών αξιών (Στο εξής ΔΕΚΑ ΑΕ) προς το Δημόσιο,

158. Βλ. ο.π., σελ. 1150.

159. Βλ. Πράξη VI Τμ. ΕλΣυν. 48/03.

ε) αποδοχής και πληρωμής χρεών του Δημοσίου ή ΝΠ του ευρύτερου δημόσιου τομέα από τη ΔΕΚΑ ΑΕ,

στ) αγοράς, διαχείρισης και πώλησης κινητών αξιών γενικά, συμπεριλαμβανομένων και τίτλων του ελληνικού Δημοσίου,

ζ) οποιασδήποτε μορφής που συνάπτει η ΔΕΚΑ ΑΕ, ύστερα από έγκριση του Υπουργού Οικονομικών, με σκοπό τη διαχείριση και αξιοποίηση των κινητών αξιών που βρίσκονται στην κυριότητά της,

η) εγγύησης του Δημοσίου, παρεχόμενης με απόφαση του Υπουργού Οικονομικών, για τις συμβατικές υποχρεώσεις που αναλαμβάνει η ΔΕΚΑ ΑΕ,

θ) εσωτερικού ή εξωτερικού δανεισμού του Κράτους που συνάπτει για λογαριασμό του Δημοσίου ο Οργανισμός διαχείρισης δημοσίου χρέους, (Στο εξής ΟΔΔΧ) ο οποίος αποτελεί ΝΠΔΔ,

ι) συναπτόμενες μεταξύ του ελληνικού Δημοσίου, δια κοινής αποφάσεως του εκάστοτε αρμόδιου Υπουργού και του Υπουργού Οικονομικών, και ξένων Κυβερνήσεων με αντικείμενο τη χρηματοδότηση εκτέλεσης παραγωγικών έργων ή την κάλυψη αμυντικών δαπανών,

ια) συναπτόμενες μεταξύ του ελληνικού Δημοσίου, δια κοινής αποφάσεως του εκάστοτε αρμόδιου Υπουργού και του Υπουργού Οικονομικών, και αλλοδαπών ιδιωτών με αντικείμενο την παροχή πιστώσεων ή πιστωτικών διευκολύνσεων σε ένα ή περισσότερα ξένα νομίσματα και

ιβ) που προβλέπονται στο άρθρο 14 παρ. 3 του Ν. 2801/00, τις οποίες συνάπτει ο Υπουργός Οικονομικών ως εκπρόσωπος του ελληνικού Δημοσίου με απευθείας ανάθεση και οι οποίες απαιτούνται για την προετοιμασία, την έκδοση και τη διάθεση των τίτλων προεσόδων¹⁶⁰.

Επίσης τα Κλιμάκια δεν έχουν δικαίωμα δικαστικού ελέγχου όταν η δημόσια σύμβαση έχει καταρτιστεί και εκτελείται¹⁶¹.

Περαιτέρω, όπως αναφέρθηκε και ανωτέρω, δυνάμει της υπ' αριθμ. Φ.Γ/16805/

160. Βλ. Ιωάννης Καραβοκύρης, ο.π., σελ. 1150-1151 και Γεώργιος Κούρτης, «Διαφάνεια και έλεγχος των δημοσίων συμβάσεων από το Ελεγκτικό Συνέδριο», σε: *Διοικητική Δίκη*, τευχ. 5/2004, σελ. 1125-1127.

161. Βλ. Πράξεις VI Τμ. ΕλΣυν. 35/05, 46, 158, 177, 225, 227, 233/06, 38, 62, 71, 172/07.

13.10.99 αποφάσεως της Ολομέλειας του ΕΣ η ελεγκτική εξουσία κατανέμεται καθ' ύλην σε τρία Κλιμάκια. Στο Ε' Κλιμάκιο υπάγονται οι συμβάσεις κατασκευής έργων, στο ΣΤ' Κλιμάκιο οι συμβάσεις προμηθειών και στο Ζ' Κλιμάκιο οι συμβάσεις εκπόνησης μελετών και παροχής υπηρεσιών.

Στις περιπτώσεις όπου μια επιδιωκόμενη σύμβαση αφορά σε διαφορετικά είδη (μικτή) η αρμοδιότητα κρίνεται με κριτήριο του ποιο είδος κατέχει υπερέχουσα θέση και αυτό προκύπτει ειδικότερα από την χρηματική προεκτίμηση των επιμέρους αγαθών ή εργασιών που συνθέτουν το όλο συμβατικό αντικείμενο¹⁶².

Γ. Εξεύρεση του εφαρμοστέου δικαίου που διέπει το ελεγχόμενο προσυμβατικό στάδιο

Αφού το Κλιμάκιο αποφανθεί για την καθ' ύλην αρμοδιότητά του οφείλει να εξεύρει το δίκαιο που διέπει το προσυμβατικό στάδιο του υποβαλλόμενου σχεδίου συμβάσεως ή τις επιμέρους φάσεις της προσυμβατικής διαδικασίας των οποίων αιτάται ο δικαστικός έλεγχος. Κρίσιμα στοιχεία για την επιλογή του εφαρμοστέου δικαίου είναι η νομική φύση της σύμβασης, το είδος του συμβατικού αντικειμένου και το ύψος της προϋπολογιζόμενης δαπάνης.

Αξίζει να σημειωθεί ότι παρότι τα κριτήρια αφενός διαπίστωσης της αρμοδιότητας και αφετέρου της επιλογής του εφαρμοστέου επί της συγκεκριμένης σύμβασης δικαίου είναι τα ίδια αποβλέπουν ωστόσο σε διαφορετικό σκοπό. Είναι χαρακτηριστική η περίπτωση όπου ενώ το αναγκαίο όριο της προϋπολογιζόμενης δαπάνης για την υπαγωγή μιας δημόσιας σύμβασης κατασκευής έργου στον έλεγχο των Κλιμακίων είναι το 1.000.000 ευρώ για την εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου στη ίδια σύμβαση η προεκτιμώμενη αξία οφείλει να υπερβαίνει τα 5.278.000 ευρώ¹⁶³.

Δ. Πληρότητα του υποβαλλόμενου φακέλου

Για να προχωρήσει στον ουσιαστικό έλεγχο νομιμότητας του προσυμβατικού σταδίου το αρμόδιο Κλιμάκιο ελέγχει την πληρότητα των στοιχείων του υποβαλλόμενου φακέλου. Αν τα υποβληθέντα στοιχεία είναι ανεπαρκή το Κλιμάκιο μπορεί να αναβάλλει

162. Βλ. άρθρο 2 παρ. γ) και δ) του ΠΔ 60/07 και Πράξη VI Τμ. ΕλΣυν. 230/06.

163. Βλ. Πράξη Ε' Κλιμ. ΕλΣυν. 315/08.

την οριστική κρίση και ζητήσει την αποστολή συμπληρωματικών στοιχείων. Στην περίπτωση αυτή διακόπτεται η προβλεπόμενη 30νθήμερη προθεσμία ολοκλήρωσης του ελέγχου, η οποία ως ελέχθη είναι ενδεικτική¹⁶⁴. Είναι χαρακτηριστική η συναφής κρίση των Κλιμακίων ότι «... Ο αρμόδιος Υπουργός ή φορέας οφείλει να υποβάλει στο αρμόδιο Κλιμάκιο πλήρη φάκελο με όλα τα έγγραφα και στοιχεία, άλλως, όταν δεν υποβλήθηκαν μερικά ουσιώδη από αυτά, το Κλιμάκιο μη μπορώντας εξαιτίας των ελλείψεων αυτών να οδηγηθεί σε ασφαλή κρίση ως προς το αν κωλύεται ή όχι η υπογραφή του ελεγχόμενου σχεδίου σύμβασης, εκδίδει προδικαστική πράξη και διατάσσει τη συμπλήρωσή τους, οπότε στην περίπτωση αυτή διακόπτεται η τριακονθήμερη προθεσμία μέχρι την υποβολή των ελλειπόντων ουσιωδών στοιχείων (πρβλ. Α.Ε.Δ. 1/1990 και Σ.Τ.Ε. 2660/1996, 616/2000, 1028/2003 κ.ά.)»¹⁶⁵.

Ε. Έκταση ελέγχου

Έως την θέση σε ισχύ του Ν. 2741/99 υπήρξε εντονότατη μεθοδολογική αμηχανία και ως προς την έκταση του ελέγχου μεταξύ των ειδικών Κλιμακίων¹⁶⁶. Μετά την ψήφιση του Ν. 3060/02 τα αρμόδια Κλιμάκια στη μείζονα σκέψη των Πράξεων που εκδίδουν αποφαινόμενα ότι από το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο προκύπτει προδήλως ότι: «... ο έλεγχος από Κλιμάκιο (δικαστικό σχηματισμό) του Ελεγκτικού Συνεδρίου της νομιμότητας των πράξεων, που εκδίδονται στο πλαίσιο της διαδικασίας για την ανάδειξη αναδόχου ...στοχεύει στη διαπίστωση τυχόν νομικών πλημμελειών στις πράξεις της διαδικασίας αυτής, που προηγείται της κατάρτισης της σχετικής σύμβασης. Περαιτέρω, στο πλαίσιο του ελέγχου αυτού το Κλιμάκιο δεν υποκαθιστά τα αρμόδια διοικητικά όργανα στην ουσιαστική εκτίμηση των πραγμάτων και δεν ελέγχει την ορθότητα των τεχνικών κρίσεων της Διοίκησης ή τις κρίσεις σκοπιμότητας. Τέλος, με τις διατάξεις αυτές, γίνεται έντονη υπόδειξη ταχείας διεκπεραίωσης του ελέγχου νομιμότητας, η δε τριακονθήμερη προθεσμία, που τάσσεται για την ολοκλήρωσή του, δεν έχει αποκλειστικό, αλλά ενδεικτικό

164. Για την άποψη που θεωρεί ότι η προθεσμία είναι αποκλειστική βλ. Κων/νος Δ. Βολτής, ο.π., σελ. 26.

165. Βλ. Πράξεις Ε' Κλιμ. ΕλΣυν. 703, 750/07.

166. Βλ. Αλεξάνδρα Κοκκίδου, Ο προληπτικός έλεγχος των δημοσίων συμβάσεων προμηθειών από το Ελεγκτικό Συνέδριο, Πανεπιστημιακές εκδόσεις Παντείου Πανεπιστημίου, Αθήνα 2001, σελ. 115-119.

χαρακτήρα και, ως εκ τούτου, η τυχόν παραβίασή της δεν συνεπάγεται ακυρότητα της πράξης του Κλιμακίου.»¹⁶⁷.

Ο προσυμβατικός έλεγχος είναι ειδικός, εξαιρετικός, προληπτικός έλεγχος νομιμότητας πράξεων των Φορέων της Δημόσιας Διοίκησης που προηγούνται της κατάρτισης σύμβασης ως πράξεων αφενός ανάληψης δημοσιολογιστικής υποχρέωσης έναντι τρίτου-πιστωτή και αφετέρου αναγνώρισης υποχρέωσης ορισμένης δαπάνης και δέσμευσης δημοσίου χρήματος προς εκταμίευση¹⁶⁸.

Ο έλεγχος καταρχήν, εκτείνεται στο σύνολο των πράξεων που συνθέτουν την όλη προσυμβατική διαδικασία. Επειδή όμως βασικός σκοπός του προσυμβατικού ελέγχου είναι η εμπέδωση κλίματος εμπιστοσύνης ανάμεσα στους συναλλασσόμενους οικονομικούς φορείς και πολίτες και τις αναθέτουσες Αρχές, ο έλεγχος επικεντρώνεται στα ζητήματα τα οποία είτε τίθενται από τους ίδιους τους δημόσιους Φορείς, είτε αποτέλεσαν αντικείμενο διαφωνίας ανάμεσα σε μέλη Επιτροπών Διαγωνισμού ή περιεχόμενο ενστάσεων, προσφυγών ή και απλώς καταγγελιών¹⁶⁹.

ι. Διαπίστωση νομικών πλημμελειών

α. Η έννοια της νομικής πλημμέλειας στον πρωτοβάθμιο έλεγχο

Το Κλιμάκιο, λοιπόν, προβαίνει σε έλεγχο της εξωτερικής και εσωτερικής νομιμότητας όλων των πράξεων που συνθέτουν την προσυμβατική διαδικασία καθώς και της νομιμότητας των όρων του σχεδίου της σύμβασης. Η έκταση όμως του ελέγχου νομιμότητας δεν είναι η ίδια με αυτή του ακυρωτικού ελέγχου των διοικητικών πράξεων. Τούτο διότι ο έλεγχος του Κλιμακίου εξαντλείται στη διαπίστωση της δράσης των οργάνων της αναθέτουσας Αρχής σύμφωνα με υποστηρίξιμη ερμηνευτική εκδοχή των εφαρμοστέων διατάξεων¹⁷⁰. Πρόκειται για σύστημα οριακού ελέγχου νομιμότητας με βάση τη θεωρία της δυνατής ερμηνείας του νόμου¹⁷¹. Κατά τη θεωρία αυτή παρανομία ή

167. Πρβλ. ΣτΕ 3385/90, 1127/00. Επίσης βλ. Πράξεις Ε΄ Κλιμ. ΕλΣυν. 81, 97, 101, 284, 293/05, 457/07, Ζ΄ Κλιμ. ΕλΣυν. 158/05, 27, 29, 31, 226/06, 100, 414/07.

168. Η ΑΕΔ 20/05 επίσης έκρινε ότι ο προβλεπόμενος στο άρθρο 19 παρ. 7 εδ. α΄ του ΠΔ 774/80 έλεγχος είναι έλεγχος νομιμότητας. Βλ. επίσης Νικολέτα Ρενέση, ο. π., σελ. 801 υπ. 27 και Κων/νος Δ. Βολτής ο. π., σελ. 25.

169. Βλ. Ιωάννης Καραβοκύρης, ο.π., σελ. 1149-1150.

170. Βλ. ο.π., σελ. 1150.

171. Βλ. Αλεξάνδρα Κοκκίδου, ο.π., σελ. 120 και 122-124 και ΣτΕ Επ.Αν. 315/99, 308/01, 800/04.

νομική πλημμέλεια συντελείται όταν η κρινόμενη πράξη δεν μπορεί να δικαιολογηθεί υπό καμία ερμηνευτική προσέγγιση των εφαρμοστέων διατάξεων¹⁷².

Με βάση λοιπόν αυτή την έννοια της νομικής πλημμέλειας το Κλιμάκιο πριν αποφανθεί για την ακυρότητα του σχεδίου της σύμβασης ή της μέχρι τούδε προσυμβατικής διαδικασίας οφείλει να ελέγξει εάν τα αρμόδια όργανα της αναθέτουσας Αρχής έδρασαν στηριζόμενα σε κανόνα δικαίου που προκύπτει από επιστημονικά αποδεκτή ερμηνεία των εφαρμοστέων διατάξεων. Η κρίση αυτή λαμβάνει χώρα μόνο εφόσον υπάρχει ασάφεια της νομικής διάταξης η οποία προκύπτει από τις διαφορετικές ερμηνείες που έχουν διατυπωθεί είτε από τη Διοίκηση δια εγκυκλίων είτε από την επιστημονική κοινότητα είτε από τη νομολογία. Εάν η διάταξη είναι σαφής δεν καταλείπεται περιθώριο αποδοχής διάφορης ερμηνείας.

Η θεωρία της δυνατής νομικής ερμηνείας των διατάξεων απαντάται και σε δύο ακόμα περιπτώσεις.

Η πρώτη υπάρχει στο πλαίσιο εκδίκασης αίτησης ασφαλιστικών μέτρων κατά πράξεων των οργάνων της αναθέτουσας Αρχής που εκδίδονται στο στάδιο που προηγείται της κατάρτισης δημόσιας σύμβασης.

Με βάση το άρθρο 3 παρ. 5 εδ. α' του Ν. 2522/97 (ΦΕΚ 178 Α') που ορίζει ότι *«Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, γίνεται δεκτή, εφόσον πιθανολογείται σοβαρά η παράβαση κανόνα του κοινοτικού ή του εσωτερικού δικαίου και η λήψη του μέτρου είναι αναγκαία για να αρθούν τα δυσμενή από την παράβαση αποτελέσματα ή να αποτραπεί η ζημία των συμφερόντων του αιτούντος.»* γίνεται δεκτό ότι εφόσον είναι εν προκειμένω εξίσου υποστηρίξιμες τουλάχιστον δύο αντίθετες ή διαφορετικές ερμηνευτικές απόψεις, δεν πιθανολογείται σοβαρά παράβαση κανόνα δικαίου¹⁷³.

172. Η ανωτέρω θεωρητική προσέγγιση της έννοιας της παράβασης νόμου δεν είναι άγνωστη στην ελληνική έννομη τάξη. Έχει ως θεμέλιο την νομική δογματική σύμφωνα με την οποία ο νόμος είναι σύστημα διατάξεων που αποτελούν πηγή του δικαίου. Η νομική επιστήμη κατά το νομικό θετικισμό έχει ως γνωστικό αντικείμενο τους κανόνες δικαίου τους οποίους εντοπίζει και επαναδιατυπώνει με τη μέθοδο του δικανικού συλλογισμού ο οποίος περιλαμβάνει και την ερμηνεία των, επίλογων, καταρχήν, ως εφαρμοστέων, διατάξεων για κάθε συγκεκριμένη περίπτωση. Νομική διάταξη και κανόνας δικαίου δεν ταυτίζονται. Το πρώτο αποτελεί ον ενώ το δεύτερο δέον. Συχνότατα στη θεωρία και νομολογία χρησιμοποιείται το ίδιο λεξιλόγιο για να εκφράσει τόσο έννοιες που αναφέρονται στο περιεχόμενο των νόμων όσο και έννοιες που αναφέρονται στο δεοντολογικό επίπεδο του κόσμου. Για παράδειγμα με τον όρο διάταξη εννοείται ο κανόνας δικαίου. Όμως αυτό δεν είναι ακριβές και τούτο αποδεικνύεται και από την σχολιαζόμενη θεωρητική «κατασκευή».

173. Βλ. ΣτΕ Επ.Αν. 6/98, 11/00, 131/01, 700/02 Μειοψηφία, 569/03, 383, 800/04, 79, 261/06,

Η δεύτερη απαντάται κατά την εκδίκαση των αγωγών κακοδικίας κατά δικαστικών λειτουργών.

Κατά τη διάταξη του άρθρου 6 παρ. 1 του Ν. 693/1977 (ΦΕΚ 262 Α΄) «Περί εκδικάσεως αγωγών κακοδικίας»: «Οι δικαστικοί λειτουργοί ευθύνονται κατά την άσκηση των αναγομένων εις την δικαστικήν λειτουργίαν καθηκόντων των, μόνον ένεκα δόλου, βαρείας αμελείας ή αρνησιδικίας εφόσον εκ τούτων προέκυψε ζημία εκ του ενάγοντα». Για την ύπαρξη δε βαρείας αμέλειας σε περίπτωση εσφαλμένης εφαρμογής ή ερμηνείας κανόνα δικαίου πρέπει να πρόκειται για ακραία περίπτωση, κατά την οποία η ερμηνευτική εκδοχή που έγινε δεκτή ή η γενόμενη εφαρμογή βρίσκεται σε έκδηλη αντίθεση προς το ρητό γράμμα αυτού ή προς τη σαφή και ανεπίδεκτη αμφιβολίας πραγματική έννοια του και τη συγκλίνουσα γνώμη της θεωρίας και νομολογίας, ώστε η αντίθετη να μη δύναται να θεωρηθεί αντικειμενικά υποστηρίξιμη¹⁷⁴.

β. Περί του ουσιώδους χαρακτήρα της νομικής πλημμέλειας

Η διαπίστωση νομικής πλημμέλειας δεν οδηγεί δίχως άλλο σε αρνητική κρίση ως προς την υπογραφή του σχεδίου της σύμβασης ή ως προς την ακυρότητα της επιμέρους φάσης της προσυμβατικής διαδικασίας. Απαιτείται η νομική πλημμέλεια να είναι ουσιώδης¹⁷⁵.

Επισημαίνεται ότι για να είναι μια νομική πλημμέλεια ουσιώδης δεν αρκεί να μην ερείδεται επί υποστηρίξιμης ερμηνευτικής εκδοχής. Ουσιώδης είναι μια παράβαση όταν

769, 829, 832/07, 256, 498/08. Εκφράστηκε και η άποψη ότι η «... κρίση για την συνδρομή περιπτώσεως σοβαρής πιθανολόγησεως παραβάσεως νόμου απόκειται κάθε φορά, κατά την έννοια του νόμου, στην εκτίμηση του Δικαστηρίου, εν όψει της συγκεκριμένης ερμηνευτικής λύσεως στην οποία αυτή άγεται, είναι δε αδιάφορο από την άποψη αυτή ότι είναι υποστηρίξιμη και άλλη ερμηνευτική εκδοχή, διότι μόνο το γεγονός αυτό, που συντρέχει άλλωστε αυτονοήτως σε κάθε σχεδόν περίπτωση ερμηνείας κανόνος δικαίου, δεν αρκεί να αποκλείσει την σοβαρή πιθανολόγηση παραβάσεώς του. Εξίσου δε υποστηρίξιμη ερμηνεία δεν πρέπει, τελικώς, να νοείται διότι το Δικαστήριο οφείλει, κατά την έννοια του νόμου, να καταλήγει, ακόμη και κατά πιθανολόγηση, σε κρατούσα ερμηνευτική εκδοχή. Άλλως, εν όψει της ανωτέρω πάντοτε συντρεχούσης δυνατότητας πολλαπλών ερμηνειών, δεν θα συνέτρεχε ποτέ περίπτωση χορηγήσεως ασφαλιστικού μέτρου, παρά την προς τούτο επιταγή τόσο του εθνικού όσο και του κοινοτικού νομοθέτη, εφ' όσον συντρέχουν βεβαίως οι λοιπές νόμιμες προϋποθέσεις.» Βλ. ΣτΕ Επ.Αν. 700/02 Πλειοψηφία.

174. Βλ. Δικαστήριο Αγωγών Κακοδικίας (Στο εξής ΔΑΚ) 1 και 29/04. Η προγενέστερη νομολογία (ΔΑΚ 8 και 12/03), ήταν πιο ελαστική για τους δικαστικούς λειτουργούς καθότι σε περίπτωση όπου το γράμμα του νόμου δεν ήταν σαφές έθετε ως προϋπόθεση για την ύπαρξη βαρείας αμέλειας την αντίθεση της επιλεγείσας ερμηνείας στην ομόφωνη γνώμη της νομικής φιλολογίας και νομολογίας πράγμα που σήμαινε ότι όπου δεν υπήρχε ομόφωνη ερμηνευτική εκδοχή δεν ήταν δυνατό να θεμελιωθεί βαρεία αμέλεια.

175. Βλ. Αλεξάνδρα Κοκκίδου, ο.π. και Ιωάννης Καραβοκύρης, ο.π.

αφορά σε διατάξεις που συγκεκριμενοποιούν θεμελιώδεις δικαιοῦκές αρχές του σταδίου που προηγείται της κατάρτισης δημοσίων συμβάσεων. Τέτοιες αρχές, όπως προαναπύχθηκε, είναι αυτές της προστασίας του πραγματικού και ελεύθερου ανταγωνισμού, της διαφάνειας κατά τη διενέργεια των διαγωνισμών, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της αμεροληψίας των διοικητικών οργάνων και της αρχής της χρηστής διοικήσεως υπό την έννοια της συνέπειας, εντιμότητας και ειλικρίνειας στις πράξεις της διαδικασίας¹⁷⁶.

Συνεπώς το Κλιμάκιο διακρίνει τις νομικά προβλεπόμενες επιμέρους πράξεις που συνθέτουν την όλη ελεγχόμενη προσυμβατική δράση σε ουσιώδεις και μη. Σε επόμενο στάδιο, και μόνο για τα ουσιώδη μέρη, εξετάζει εάν η κάθε επιμέρους πραγματοποιηθείσα πράξη στηρίζεται σε νομικό κανόνα συναγόμενο υπό κάποια επιστημονικώς αποδεκτή ερμηνευτική εκδοχή των εφαρμοστέων διατάξεων. Το Κλιμάκιο για να αποφανθεί ότι κωλύεται η υπογραφή της επιδιωκόμενης σύμβασης πρέπει, σωρευτικά, η αναθέτουσα Αρχή να ενεργήσει στηριζόμενη σε μη υποστηρίξιμη ερμηνευτική εκδοχή της εφαρμοστέας διάταξης και η πλημμέλεια αυτή να είναι ουσιώδης.

Ο έλεγχος ομοιάζει με τον έλεγχο νομιμότητας των πράξεων διακριτικής ευχέρειας όπως αυτός διεξάγεται στο σύστημα του ακυρωτικού ελέγχου από το ΣτΕ και τα αρμόδια Διοικητικά Δικαστήρια. Δεν είναι όμως το ίδιο πράγμα διότι ενώ στη διακριτική ευχέρεια όλες οι εντός των ορίων αυτής πράξεις της Διοίκησης είναι νόμιμες, αντίθετα, στη προσυμβατική δράση της Διοίκησης υπάρχουν και πράξεις που εκδίδονται κατά δέσμια αρμοδιότητα και οι οποίες ή είναι νόμιμες ή πλημμελείς, κατά την έννοια της θεωρίας της δυνατής ερμηνείας του νόμου.

Μεταξύ άλλων έχει κριθεί ότι συντρέχει ουσιώδης νομική πλημμέλεια όταν:

α) η αναθέτουσα Αρχή, προκειμένου να συγκροτήσει την Επιτροπή Αξιολόγησης των προσφορών σε διαγωνισμό, επιλέγει, ως μέλος αυτής, πρόσωπο, το οποίο φέρει την ιδιότητα μέλους του συλλογικού οργάνου, που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα για την κατακύρωση των αποτελεσμάτων του. Τούτο δε, διότι με τον τρόπο αυτό, και ανε-

176. Βλ. Πάνος Λαζαράτος, «Η έκταση του ελέγχου νομιμότητας μεγάλων συμβάσεων από το Ελεγκτικό Συνέδριο (γνωμ.)», σε: *Θεωρία και Πράξη Διοικητικού Δικαίου*, τευχ. 9/2008, σελ. 1155 και Αλεξάνδρα Κοκκίδου, ο.π., σελ. 116-117.

ξαρτήτως της ουσιαστικής συμμετοχής του μέλους αυτού στη λήψη αποφάσεων των ανωτέρω οργάνων, ουσιαστικά παρακάμπτεται το γνωμοδοτικό στάδιο του διαγωνισμού, που αποτελεί ουσιώδη τύπο της διαδικασίας αυτού καθότι στους διενεργούμενους δημόσιους διαγωνισμούς η θεσμοθέτηση σταδίων της διαδικασίας ανάδειξης του αναδόχου αποβλέπει στην κατά αντικειμενικό και διαφανή τρόπο επιλογή του¹⁷⁷.

β) παραλείπεται η αποστολή προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ της ανακοίνωσης μετάθεσης των κρίσιμων ημερομηνιών υποβολής των προσφορών και αποσφράγισης αυτών, κατά παράβαση των σχετικών διατάξεων¹⁷⁸.

γ) παραλείπεται η υποβολή μελέτης περιβαλλοντικών επιπτώσεων και η συνακόλουθη έγκριση περιβαλλοντικών όρων πριν από την έκδοση απόφασης περί εγκρίσεως του αποτελέσματος δημοπρασίας. Η πλημμέλεια δεν καλύπτεται από τη μεταγενέστερη έκδοση της πράξης έγκρισης των περιβαλλοντικών όρων κατασκευής και λειτουργίας του έργου από τον ήδη ανάδοχο αυτού. Τούτο διότι με τον τρόπο αυτό είναι πιθανό να επέλθει ουσιώδης μεταβολή του οικονομικού αντικειμένου της συναφθείσας σύμβασης, κατά παράβαση των αρχών της διαφάνειας και ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό, ιδίως όταν προβλέπεται στην προκήρυξη ειδικό κονδύλιο για τα έξοδα εκπόνησης της σχετικής περιβαλλοντικής μελέτης και λήψης των λοιπών αναγκαίων μέτρων¹⁷⁹.

δ) οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από δημόσιο διαγωνισμό σε περίπτωση που η εγγυητική επιστολή που καταθέτει περιλαμβάνει υπόσχεση καταβολής του ποσού της εγγύησης μέσα σε πέντε εργάσιμες και όχι ημερολογιακές ημέρες. Η ουσιώδης αυτή απόκλιση στη γραμματική διατύπωση της κατατεθείσας εγγυητικής επιστολής από το περιγραφόμενο στο νόμο αναγκαίο περιεχόμενό της υστερεί, ως προς την έκταση των δικαιωμάτων της αναθέτουσας Αρχής, έναντι εκείνης που προκύπτει από τη σχετικώς εκφρασθείσα νομοθετική βούληση, παρέχοντας στον εγγυητή τη δυνατότητα για βραδύτερη εκπλήρωση των υποχρεώσεών του, προς βλάβη των συμφερόντων της Αρχής. Τονίζεται ότι η διέπουσα κάθε δημόσιο διαγωνισμό, που διεξάγεται για την επιλογή του αναδόχου του αντικειμένου δημόσιας σύμβασης, αρχή της τυπικότητας της διαδικασίας

177. Βλ. Πράξεις VI Τμ. ΕλΣυν. 29/05, 10/07.

178. Βλ. Πράξη VI Τμ. ΕλΣυν. 19/07.

179. Βλ. Πράξεις VI Τμ. ΕλΣυν. 100/04, 33/07 και Ολ. ΣτΕ 526/03, 2175/04.

καθιστά τις σχετικές με την παροχή εγγυήσεων διατάξεις της οικείας διακήρυξης ουσιώδεις τύπους, η παράβαση των οποίων οδηγεί σε ακυρότητα της προσφοράς, προκειμένου σε κάθε περίπτωση να διασφαλισθεί επαρκής δέσμευση του εγγυητή ότι θα καταβάλει άμεσα και απρόσκοπτα στην αναθέτουσα Αρχή το ποσό της εγγύησης, εάν ο υποψήφιος οικονομικός φορέας αθετήσει τις απορρέουσες από τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό υποχρεώσεις¹⁸⁰.

ε) οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη φάση του ελέγχου της συνδρομής των τυπικών προϋποθέσεων αλλά συμμετέχει μέχρι και τη φάση της αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών παρότι δεν προσκόμισε τα απαιτούμενα από το νομικό πλαίσιο και την προκήρυξη δικαιολογητικά όπως είναι το πιστοποιητικό:

1. περί ονομαστικοποίησης των μετοχών της ενδιαφερόμενης εταιρίας που εκδίδει η αρμόδια Αρχή και η αναλυτική κατάσταση με τα στοιχεία των μετόχων της εταιρίας και με τον αριθμό των μετοχών κάθε μετόχου, όπως τα στοιχεία αυτά είναι καταχωρημένα στο βιβλίο μετόχων της εταιρίας, το πολύ τριάντα εργάσιμες ημέρες πριν από την ημέρα υποβολής της προσφοράς.

Επισημαίνεται ότι η προσκόμιση των επίμαχων δικαιολογητικών κατά την υποβολή της προσφοράς συνιστά ουσιώδη τυπική προϋπόθεση για τη συμμετοχή ανώνυμης εταιρίας στο διαγωνισμό, απορρέουσα ευθέως από τις διατάξεις των άρθρων 8 του Ν. 3310/05, όπως αυτό τροποποιήθηκε με το άρθρο 8 του Ν. 3414/05, 1 και 3 του ΠΔ 82/96 με τίτλο «*Ονομαστικοποίηση των μετοχών Ελληνικών Ανωνύμων Εταιρειών που μετέχουν στις διαδικασίες ανάληψης έργων ή προμηθειών του Δημοσίου ή των νομικών προσώπων δημοσίου τομέα*» (ΦΕΚ 66 Α΄) ακόμη και αν δε μνημονεύεται ρητώς στη διακήρυξη. Ως εκ τούτου, η μη υποβολή αυτών καθιστά την προσφορά της συμμετέχουσας εταιρίας απαράδεκτη¹⁸¹.

2. περί μη θέσεως της υποψήφιας εταιρίας υπό εκκαθάριση και δη, ενόψει της όλως γενικής διατύπωσης των σχετικών νομοθετικών διατάξεων και της οικείας διακήρυξης, ανεξαρτήτως του εάν πρόκειται για διαδικασία εκούσιας εκκαθάρισης, βά-

180. Βλ. Πράξεις VI Τμ. ΕλΣυν. 43, 65, 146/07.

181. Βλ. Πρακτικά Ολ. ΕλΣυν. 27^{ης} ΓΣ/29.11.2000 και Πράξεις VI Τμ. ΕλΣυν. 80, 221/06, 35, 77, 94/07.

σει της γενικής διάταξης του άρθρου 47α του θεσμικού Ν. 2190/20 ή ειδικής (αναγκαστικής), κατά τα οριζόμενα στις ειδικές διατάξεις των άρθρων 17 και επ. του ΝΔ 3562/56 (ΦΕΚ 226 Α΄) ή των άρθρων 46 και επ. του Ν. 1892/90.

3. περί μη κινήσεως οιασδήποτε διαδικασίας θέσης της συμμετέχουσας εταιρίας υπό αναγκαστική διαχείριση, σύμφωνα με όσα προβλέπονται στα άρθρα 1034 και επ. του ΚΠολΔ, καθώς και αναγκαστική εκκαθάριση. Προς απόδειξη δε της μη υπάρξεως εκκρεμών διαδικασιών θέσης αυτής σε αναγκαστική διαχείριση και αναγκαστική εκκαθάριση, η ενδιαφερόμενη εταιρία υποχρεούται να υποβάλει με την προσφορά της τα σχετικά πιστοποιητικά της αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής και μόνο σε περίπτωση, κατά την οποία δεν εκδίδονται τα προαναφερόμενα πιστοποιητικά, ο εκπρόσωπος του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα οφείλει, επί ποινή ακυρότητας της προσφοράς, να συνυποβάλλει, πέραν του πιστοποιητικού της δικαστικής ή διοικητικής αρχής περί της αδυναμίας έκδοσης αυτών, ένορκη βεβαίωση, στην οποία θα βεβαιώνεται αφενός η αδυναμία έκδοσης των ως άνω πιστοποιητικών, αφετέρου η μη κίνηση, εκ μέρους οποιουδήποτε δανειστή/πιστωτή της εταιρίας, διαδικασίας δυνάμενης να καταλήξει στη θέση αυτής σε αναγκαστική διαχείριση και αναγκαστική εκκαθάριση¹⁸².

Τονίζεται ότι η ανωτέρω έλλειψη δε δύναται σε καμία περίπτωση να θεωρηθεί επουσιώδης, πρωτίστως διότι συνάπτεται με τη βεβαιότητα της αναθέτουσας Αρχής περί του ότι η εν λόγω επιχείρηση δύναται αυτοβούλως να αναλάβει την εκτέλεση της σύμβασης, επιπροσθέτως δε με τις αρχές της ισότητας των διαγωνιζομένων και του ελεύθερου ανταγωνισμού κατά την υποβολή της προσφοράς τους στους δημόσιους διαγωνισμούς¹⁸³. Ενόψει, άλλωστε, της αυστηρώς τυπικής διαδικασίας των δημοσίων διαγωνισμών, είναι μεν δυνατή η εκ των υστέρων συμπλήρωση νομίμως κατ' αρχάς υποβληθέντων στοιχείων και δικαιολογητικών για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό, όχι όμως και η αναπλήρωση μη υποβληθέντων με την προσφορά ή μη νομίμως υποβληθέντων δικαιολογητικών και στοιχείων¹⁸⁴.

4. που εκδίδεται από τα Ταμεία κοινωνικής ασφάλισης, στα οποία είναι ασφαλι-

182. Βλ. Πράξη VI Τμ. ΕλΣυν. 77/07.

183. Βλ. Πράξη VI Τμ. ΕλΣυν. 167/06.

184. Βλ. Πράξεις VI Τμ. ΕλΣυν. 90, 105/04, 67/06. Επίσης ΣτΕ 2660/04, 2910/05.

σμένο το προσωπικό της υποψήφιας επιχείρησης, περί ασφαλιστικής ενημερότητας της ίδιας της εταιρίας (του νομικού προσώπου) για τα απασχολούμενα υπ' αυτής πρόσωπα, συμπεριλαμβανομένων και των μελών του διοικητικού συμβουλίου της εταιρίας, εφόσον τα τελευταία απασχολούνται με σχέση εξαρτημένης εργασίας στο οικείο νομικό πρόσωπο¹⁸⁵.

στ) η αναθέτουσα Αρχή παραλείπει να προσδιορίσει το στοιχείο της ποσότητας του υπό προμήθεια είδους καθιστώντας τη διακήρυξη ασαφή¹⁸⁶.

Αντίθετα δεν συνιστά ουσιώδη νομική πλημμέλεια:

α) η μη αναπομπή εκ' μέρους του αποφασίζοντος οργάνου της διαφωνίας του περί της επάρκειας της αιτιολόγησης υπερβολικά χαμηλής προσφοράς εφόσον αυτό, για την λήψη της τελικής απόφασης επιλογής αναδόχου, απλώς επανέλαβε τον τύπο ανάδειξης της συμφερότερης προσφοράς, χρησιμοποιώντας τη βαθμολογία που είχε δοθεί ήδη από το γνωμοδοτικό όργανο, την Επιτροπή Αξιολόγησης των προσφορών, στις προσφορές των εναπομεινάντων στον διαγωνισμό οικονομικών φορέων, χωρίς να προβεί σε νέα αξιολόγηση αυτών. Η αναπομπή της εφαρμογής του τύπου ανάδειξης της συμφερότερης προσφοράς στην Επιτροπή Αξιολόγησης Προσφορών θα οδηγούσε στο ίδιο αποτέλεσμα. Υπενθυμίζεται η υποχρέωση του αρμοδίου αποφασίζοντος οργάνου του δημόσιου Φορέα να αιτιολογεί την απόφασή του για την απόρριψη του υποψηφίου αναδόχου, προκειμένου να καθίσταται εφικτός ο δικαστικός έλεγχος της κρίσης αυτής. Ειδικότερα, είναι νόμιμη η αιτιολογία της οικείας απόφασης, όταν προκύπτουν τα στοιχεία που έλαβε υπόψη της η αναθέτουσα Αρχή, ενώ αυτή (η αιτιολογία) δύναται να συμπληρώνεται και από τα λοιπά στοιχεία του φακέλου¹⁸⁷.

β) η αποδοχή εμπροθέσμως υποβληθείσης προσφοράς στο φάκελο της οποίας δεν αναγράφεται η καταληκτική ημερομηνία και ώρα του διαγωνισμού, εφόσον η ημερομηνία και η ώρα διενέργειας του διαγωνισμού αναγράφονται ρητά στη διακήρυξη καθώς και η αποδοχή χειρόγραφης και όχι δακτυλογραφημένης προσφοράς, εφόσον η σχετική πρόβλεψη στη διακήρυξη δεν επισύρει ως ποινή την απόρριψη της προσφοράς ως απαράδεκτης, αλλά η σχετική υποχρέωση υφίσταται προκειμένου να καταστήσει την

185. Βλ. Πράξεις VI Τμ. ΕλΣυν. 56, 57/04, 77/07. Επίσης ΣτΕ Επ.Αν. 856/05, 3/06.

186. Βλ. Πράξη VI Τμ. ΕλΣυν. 198/07.

187. Βλ. Πράξεις VI Τμ. ΕλΣυν. 76/04, 26/07.

προσφορά ευανάγνωστη και κατανοητή¹⁸⁸.

γ) ο μη αποκλεισμός υποψήφιου ο οποίος, ενώ αρχικώς υπέβαλε υπεύθυνη δήλωση που συνιστούσε, κατά τον οικείο όρο της διακήρυξης, αναγκαίο δικαιολογητικό συμμετοχής, με θεώρηση του γνησίου της υπογραφής από αναρμόδιο όργανο, στη συνέχεια, έστω και εκπρόθεσμα, προσκόμισε νομοτύπως υπογεγραμμένη την υπεύθυνη δήλωση¹⁸⁹.

γ. Η αιτιολόγηση των πράξεων των οργάνων της αναθέτουσας Αρχής

Ειδική περίπτωση ουσιώδους νομικής πλημμέλειας αποτελεί η ανεπαρκής, γενική και ασαφής αιτιολόγηση των πράξεων που εκδίδουν οι εκάστοτε αναθέτουσες Αρχές¹⁹⁰. Ως αιτιολογία νοείται η παράθεση των γεγονότων και των συγκεκριμένων στοιχείων που τα αποδεικνύουν. Η πλημμελής αιτιολόγηση συνιστά εκ' πλαγίου παράβαση νόμου καθώς καθιστά ανέφικτο τον έλεγχο της ορθότητας της υπαγωγής. Ειδικότερη περίπτωση πράξεων που χρήζουν επαρκούς και σαφούς αιτιολογίας είναι αυτές που προϋποθέτουν ουσιαστικές κρίσεις¹⁹¹.

Ειδικότερα στις διοικητικές συμβάσεις τυγχάνει εφαρμογής και το άρθρο 17 του ΚΔΔ/σίας που ορίζει ότι: «1. Η ατομική διοικητική πράξη πρέπει να περιέχει αιτιολογία, η οποία να περιλαμβάνει τη διαπίστωση της συνδρομής των κατά νόμο προϋποθέσεων για την έκδοσή της. 2. Η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική, επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, εκτός αν προβλέπεται ρητώς στο νόμο ότι πρέπει να περιέχεται στο σώμα της πράξης». Το άρθρο αυτό επιτρέπει η αιτιολογία να συμπληρώνεται από στοιχεία του φακέλου¹⁹².

Πάντως το ΕΣ επεκτείνει αναλογικά την εφαρμογή κανόνων του διοικητικού δικαίου και σε δημόσιες συμβάσεις που συνάπτουν ΔΝΠ που διέπονται καταρχήν από το ιδιωτικό δίκαιο¹⁹³.

188. Βλ. Πράξη Ζ' Κλιμ. ΕλΣυν. 184/08.

189. Βλ. Πράξη VI Τμ. ΕλΣυν. 225/07.

190. Βλ. άρθρα 37 του ΠΔ 60/07 και 57 παρ. 3 και 4 του ΠΔ 69/07.

191. Βλ. παρακάτω Μέρος Δεύτερο II. 2. Ε. iii.

192. Βλ. Πράξη VI Τμ. ΕλΣυν. 117/07.

193. Βλ. Πράξη VI Τμ. ΕλΣυν. 72/07 για την εφαρμογή του άρθρου 20 παρ. 2 του ΚΔΔ/σίας περί ειδικότερης αιτιολογίας όταν το αποφασίζον όργανο αποκλίνει από την απλή γνώμη αρμοδίου προς τούτο γνωμοδοτικού οργάνου σε προσυμβατική διαδικασία δημόσιας σύμβασης της ΔΕΠΑΝΟΜ ΑΕ.

Μεγαλύτερη είναι η σπουδαιότητα της αναλυτικής αιτιολογίας για τον αποτελεσματικό έλεγχο της νομιμότητας της προσυμβατικής διαδικασίας όταν το αρμόδιο διοικητικό όργανο έχει διακριτική ευχέρεια για την έκδοση μιας διοικητικής πράξης διότι μόνο έτσι είναι εφικτός ο έλεγχος της υπέρβασης των άκρων ορίων.

Μερικές από τις περιπτώσεις όπου απαιτείται ειδική, σαφής και πλήρη αιτιολογία αποτελούν κατά τη νομολογία του ΕΣ οι αποφάσεις του:

α) Πρυτανικού Συμβουλίου ΑΕΙ, με βάση το άρθρο 1 παρ.1 του Ν. 2083/92 (ΦΕΚ 159 Α΄)-«*Εκσυγχρονισμός της Ανώτατης Εκπαίδευσης*», για πραγματοποίηση δαπανών κατά παρέκκλιση από τις ισχύουσες διατάξεις περί εκτελέσεως δημοσίων έργων, αναθέσεως μελετών και περί προμηθειών του δημόσιου τομέα¹⁹⁴.

β) εκάστοτε αρμόδιου οργάνου του δημοπρατούντος δημόσιου Φορέα για σύναψη συμπληρωματικής σύμβασης μετά από διαπραγμάτευση με τον αρχικώς συμβληθέντα οικονομικό φορέα¹⁹⁵.

γ) αρμόδιου οργάνου της εκάστοτε αναθέτουσας Αρχής (Π.χ. του Διοικητικού Συμβουλίου Δημοτικής Επιχείρησης Ύδρευσης-Αποχέτευσης ή του ΙΚΑ), με την οποία εγκρίνεται η διακήρυξη και η δημοπράτηση έργου με το σύστημα μελέτη-κατασκευή¹⁹⁶.

ii. Η εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών

Το Κλιμάκιο ελέγχει και το ουσιαστικό μέρος της προσυμβατικής διαδικασίας. Όμως η ουσιαστική κρίση εκτείνεται μέχρι την πλάνη περί τα πράγματα¹⁹⁷. Οι διαπιστώσεις των αρμοδίων διοικητικών οργάνων της αναθέτουσας Αρχής αναφορικά με το εάν έλαβε ή όχι χώρα συγκεκριμένο γεγονός στη συγκεκριμένη διαδικασία επιλογής ως αναδόχου υποψήφιου οικονομικού φορέα αποτελούν παραδοχές περί της αληθείας των πραγμάτων και είναι ανέλεγκτες από το Κλιμάκιο, οι δε σχετικοί προβαλλόμενοι ισχυρισμοί πλήττοντας πεδίο ανέλεγκτης ουσιαστικής κρίσης των οργάνων της Δημόσιας Διοίκησης είναι διαδικαστικά απαράδεκτοι. Το Κλιμάκιο δέχεται τα πραγματικά περιστατικά όπως τα εξέλαβε η αναθέτουσα Αρχή με βάση τα στοιχεία που είχε στη διά-

194. Βλ. Πράξη VI Τμ. ΕλΣυν. 215/07.

195. Βλ. Πράξεις VI Τμ. ΕλΣυν. 98, 192, 197, 216, 232/06, 52, 108, 155, 215/07.

196. Βλ. Πράξεις VI Τμ. ΕλΣυν. 37, 199/07.

197. Βλ. Πάνος Λαζαράτος, ο.π., σελ. 1156.

θεσή της και τα οποία αποστέλλονται σε φάκελο και στο Κλιμάκιο προκειμένου να ελεγχθεί μήπως υπάρχει εσφαλμένη αντίληψή τους. Συνεπώς δεν ελέγχεται η ακρίβεια των πραγματικών περιστατικών, ούτε έχουν εφαρμογή τα άρθρα 70 και 97-101 του ΠΔ 1225/81 (ΦΕΚ 304 Α΄) τα οποία ρυθμίζουν την απόδειξη στις υποθέσεις της αρμοδιότητας του ΕΣ (Άρθρα 17 παρ. 6 και 8 του ΠΔ 774/80 και 137 ΠΔ 1225/81). Επειδή όμως σε κάθε περίπτωση ο έλεγχος νομιμότητας περιλαμβάνει και την ορθότητα της υπαγωγής χρειάζεται πλήρης γνώση του ιστορικού. Την νομική αυτή αναγκαιότητα εξυπηρετούν τα άρθρα 16 παρ. 1 του ΠΔ 774/80 και 132 παρ. 2 και 3 του ΠΔ 1225/81 τα οποία χορηγούν ευελιξία στον τρόπο συλλογής πληροφοριών προς επιβεβαίωση του πραγματικού της υπόθεσης.

iii. Οι ουσιαστικές κρίσεις

Επισημαίνεται ότι κατά τη νομολογία του ΕΣ «... στο πλαίσιο του ελέγχου αυτού το Κλιμάκιο δεν υποκαθιστά τα αρμόδια διοικητικά όργανα στην ουσιαστική εκτίμηση των πραγμάτων και δεν ελέγχει την ορθότητα των τεχνικών κρίσεων της Διοίκησης ή τις κρίσεις σκοπιμότητας.»¹⁹⁸. Ως ουσιαστική εκτίμηση εννοείται αφενός η συλλογιστική λειτουργία της αντίληψης των πραγμάτων (στο πλαίσιο της οποίας, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, ελέγχεται η πλάνη περί αυτών και η οποία κατ' ακριβολογία είναι αισθητικο-νοητική κρίση περί του αν τα αρμόδια όργανα της Διοίκησης ορθά-αληθώς κατανόησαν-αντιλήφθηκαν το περιεχόμενο των αποδεικτικών μέσων, κυρίως εγγράφων) και αφετέρου η πρόσδοση ακριβούς περιεχομένου στις αόριστες (ή πραγματικές) αξιολογικές έννοιες (κυρίως νοητική κρίση). Κατηγορία τέτοιων εννοιών είναι και οι τεχνικές κρίσεις.

Περαιτέρω ως κρίση σκοπιμότητας νοείται η στάθμιση του κατά πόσο τα επιλεγόμενα, προς εκπλήρωση των σκοπών της αναθέτουσας Αρχής, μέσα είναι τα βέλτιστα. Αντίθετα η κρίση περί του αν η υπό κατάρτιση σύμβαση εξυπηρετεί τα συμφέροντα της αναθέτουσας Αρχής αποτελεί μορφή ελέγχου νομιμότητας. Τούτο διότι το συμφέρον κάθε ΔΝΠ είναι η εκπλήρωση των οριζόμενων στο νόμο ή στο καταστατικό σκοπών του. Άλλωστε ο κανόνας αυτός πηγάζει από τη γενική διάταξη του άρθρου 79

198. Βλ. Πράξεις Ε΄ Κλιμ. ΕλΣυν. 81, 97, 101/05, 703, 750/07, Ζ΄ Κλιμ. ΕλΣυν. 158/05, 27, 29, 31/06, 414/2007. Επίσης πρβλ. ΣτΕ 3385/90, 1127/00.

του ΚΔΛ που ορίζει ότι: «Συμβάσεις, από τις οποίες δημιουργούνται υποχρεώσεις σε βάρος του Δημοσίου, δεν δύναται να συνομολογηθούν εάν δεν προβλέπονται από γενικές ή ειδικές διατάξεις ή δεν συντελούν στην εκπλήρωση των σκοπών του.»¹⁹⁹.

Ειδικότερα όσον αφορά στην κρίση των αρμοδίων οργάνων του αναθέτοντος Φορέα επί τεχνικών ζητημάτων, όπως είναι η συμβατότητα των προσφορών με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης και η αξιολόγησή τους, επισημαίνεται ότι έλεγχος του Κλιμακίου αρκείται στην ύπαρξη ειδικής και εμπεριστατωμένης αιτιολογίας, και της τυχόν υπέρβασης των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας του οργάνων αυτών.

Είναι χαρακτηριστική η νομολογία του ΕΣ ως προς την επιταγή της αναλυτικής αιτιολόγησης των αξιολογικών κρίσεων κατά την οποία «... από τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, οι οποίες διέπουν το σύνολο της διαδικασίας σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, συνάγεται ότι κατά το στάδιο της αξιολόγησης και βαθμολόγησης των προσφορών των διαγωνιζομένων, όπως επίσης και επί υποβολής σχετικών ενστάσεων από αυτούς, απαιτείται πλήρης και επαρκής αιτιολογία ως προς τα στοιχεία που ελήφθησαν υπ' όψιν από την αναθέτουσα αρχή και οδήγησαν στη συγκριτική υπεροχή ενός εξ αυτών και την επιλογή του ως αναδόχου, ώστε να μην καταλείπεται αμφιβολία ως προς την ορθότητα της ως άνω κρίσης. Σε διαφορετική περίπτωση, καθίσταται πλημμελής η κατά τα ανωτέρω αξιολόγηση και βαθμολόγηση, επιφέροντας ακυρότητα της ακολουθηθείσας διαδικασίας.»²⁰⁰.

Μέχρι πρόσφατα το ΕΣ δεχόταν ότι εφόσον υφίστανται διαφωνίες μεταξύ των μελών των οικείων Επιτροπών που ευθύνονται για την διεξαγωγή των ελεγχόμενων προσυμβατικών διαδικασιών οι οποίες προκύπτουν ή συνοδεύονται από υποβολή ενστάσεων, προσφυγών ή και δημοσιοποίηση καταγγελιών είναι επιτρεπτός, κατ' εξαίρεση, και ο έλεγχος της ορθότητας των επίμαχων τεχνικών ζητημάτων²⁰¹. Όμως η νομολογία αυτή φαίνεται να εγκαταλείπεται καθότι συνάδει σε μια θεώρηση αμιγούς και αποκλειστικής δικαιοδοσίας των Κλιμακίων επί των διαφορών του προσυμβατικού σταδίου των δημοσίων συμβάσεων.

199. Βλ. Πάνος Λαζαράτος, ο.π., σελ. 1156-1158.

200. Βλ. Πράξεις VI Τμ. ΕλΣυν. 224/06, 86/07.

201. Βλ. Πρακτικά Ολ. ΕλΣυν. 15^{ης} ΓΣ/21.05.2003.

iv. Ο παρεμπίπτοντος έλεγχος

Ως προς την έκταση του προσυμβατικού ελέγχου αμφιλεγόμενο ζήτημα αποτελεί η εξέταση εννόμων σχέσεων του ιδιωτικού ή δημοσίου δικαίου που αποτελούν μεν προϋποθέσεις νομιμότητας του σταδίου προ της ανάδειξης αναδόχου αλλά δεν αποτελούν το κύριο αντικείμενο της ελεγκτικής δικαστικής διαδικασίας. Πρόκειται για την έκταση του παρεμπίπτοντος ελέγχου, κυρίως επί των διοικητικών πράξεων, που διενεργείται από τα Κλιμάκια.

Γίνεται δεκτό ότι η αναλογική εφαρμογή της γενικής διάταξης του άρθρου 17 παρ. 3 του ΠΔ 774/80 οδηγεί στη δυνατότητα παρεμπίπτοντος ελέγχου της νομιμότητας ακόμη και ατομικών διοικητικών πράξεων εφόσον επηρεάζουν ουσιωδώς την όλη προδικασία κατάρτισης της σύμβασης²⁰².

Ο προβληματισμός για την έκταση του παρεμπίπτοντος ελέγχου στο πλαίσιο του προσυμβατικού ελέγχου αίρεται με τη παραδοχή της δισημίας των πράξεων των οργάνων των ΔΝΠ που επιδιώκουν τη σύναψη σύμβασης. Το νομικώς δυσπόστατο των βιοτικών γεγονότων εμφανίζεται και όταν ο νόμος προσδίδει σε μια υλική ενέργεια ή δήλωση βούλησης προσώπου τόσο συνέπειες αστικής φύσης όσο και ποινικές. Στο προσυμβατικό στάδιο οι ενέργειες των οργάνων της εκάστοτε αναθέτουσας Αρχής αποτελούν αφενός είτε διοικητικές πράξεις μιας σύνθετης διοικητικής ενέργειας όταν πρόκειται να συναφθεί διοικητική σύμβαση είτε δικαιοπραξίες στο πλαίσιο των διαπραγματεύσεων όταν πρόκειται να συναφθεί σύμβαση ιδιωτικού δικαίου και αφετέρου επιμέρους νομικές πράξεις της σύνθετης δημοσιολογιστικής διαδικασίας εκταμίευσης δημοσίου χρήματος που τελειώνει με την έκδοση του χρηματικού εντάλματος²⁰³.

Επισημαίνεται πάντως ότι ο χαρακτηρισμός της όποιας διεύρυνσης του προσυμβατικού ελέγχου ως παρεμπίπτοντος δεν είναι ακριβής διότι κατά τη νομολογία του ίδιου του ΕΣ ο δικαστικός αυτός έλεγχος είναι έτσι κι αλλιώς ευρύτατος κι αυτεπάγ-

202. Βλ. αντίθετη άποψη σε Κων/νος Δ. Βολτής, ο.π., σελ. 30-35.

203. Βλ. Νικολέτα Ρενέση, ο.π., σελ. 796 υπ. 20. Συναφής είναι και η προσέγγιση της διπλής λειτουργίας του Κράτους, οικονομικής και διοικητικής. Κάθε μία εξ' αυτών έχει αυτοτέλεια και ως εκ' τούτου επιβάλλεται η οριοθέτηση τόσο του δικαστικού όσο και του διοικητικού ελέγχου κυρίως των δισημων πράξεων στο πλαίσιο της προσυμβατικής δράσης. Στο πλαίσιο αυτό προτείνεται ο περιορισμός των παρεμπίπτοντος ελέγχου που δύναται να διενεργεί το ΕΣ κατά τον προσυμβατικό έλεγχο επί του κύρους των διοικητικών πράξεων μόνο στην τήρηση της εξωτερικής νομιμότητας. Βλ. Κων/νος Δ. Βολτής, ο.π., σελ. 35.

γελτος μη εξαρτώμενος από αιτήματα διαδίκων. Ο αιτών δημόσιος Φορέας τον προσυμβατικό έλεγχο στην πραγματικότητα μηνύει το γεγονός της κίνησης και εξέλιξης της προσυμβατικής διαδικασίας. Επιλαμβάνεται το Κλιμάκιο εφαρμόζοντας την ανακριτική αρχή. Επιπλέον γίνεται δεκτό ότι τόσο στο προληπτικό όσο και στο κατασταλτικό έλεγχο των δημοσίων δαπανών δεν ισχύει το τεκμήριο νομιμότητας των διοικητικών πράξεων²⁰⁴. Τουναντίον οι πράξεις τις Διοίκησης ως προς τη δημοσιολογιστική τους ενέργεια τεκμαίρονται άκυρες έως την δικαστική αναγνώριση της εγκυρότητάς τους. Υπό τη νομική αυτή εφαρμοστέα θεώρηση δεν νοείται παρεμπόδιση ελέγχος λόγω ακριβώς της ευρύτατης έκτασης του αντικειμένου της ελεγκτικής δικαστικής διαδικασίας.

ΣΤ. Τεχνική του ελέγχου

Ως αναπτύχθηκε ο προσυμβατικός έλεγχος νομιμότητας των δημοσίων συμβάσεων είναι καθολικός και πρέπει να ολοκληρωθεί σε σύντομο χρονικό διάστημα. Όμως η προσυμβατική διαδικασία είναι εκ' των πραγμάτων πολύπλοκη γεγονός που καθιστά την αποτελεσματικότητα ενός νομοθετικά χρονικώς περιορισμένου ελέγχου επισφαλή. Με σκοπό την εξισορρόπηση των αντικρουόμενων αναγκαιοτήτων απ' τη μια μεριά της εμπέδωσης διαφάνειας στη δημόσια οικονομική λειτουργία και από την άλλη της αποφυγής υπερβολικής παρακώλυσης του διοικητικού έργου τα Κλιμάκια εφαρμόζουν μια συγκεκριμένη τεχνική ελέγχου που διακρίνεται σε τρεις φάσεις.

Στην πρώτη φάση ελέγχονται, βάσει προσυντασσόμενων πινάκων που καταγράφουν τα ουσιώδη κατά το νόμο σημεία της προσυμβατικής διαδικασίας, εάν τα αρμόδια όργανα του αναθέτοντος δημόσιου Φορέα έδρασαν σύμφωνα με όσα ορίζουν οι οικείες διατάξεις. Στο πλαίσιο της φάσης αυτής ελέγχονται όλες οι πράξεις των οργάνων της αναθέτουσας Αρχής που συνθέτουν την όλη προσυμβατική διαδικασία.

Στη δεύτερη φάση ελέγχεται διεξοδικότερα το τρίτο μέρος της προσυμβατικής διαδικασίας και κυρίως εάν νομίμως αποκλείσθηκαν από τη διαγωνιστική διαδικασία οι οικονομικοί φορείς στους οποίους δεν έγινε η κατακύρωση του προκηρυσσόμενου συμβατικού αντικειμένου.

204. Τα διοικητικά Δικαστήρια νομολογούν αντίθετα. Βλ. ΣτΕ 206/07 και ΔΕφΑθ. 27/09.

Στην τελευταία φάση γίνεται πλήρης και εξωνυχιστικός έλεγχος της προσφοράς του επιλεγέντος οικονομικού φορέα. Στην ελεγκτική αυτή φάση το Κλιμάκιο λειτουργεί όπως και το αποφασίζουν για την τελική επιλογή αρμόδιο διοικητικό όργανο ο δε εισηγητής συμπληρώνει πίνακα ο οποίος καταδεικνύει αφενός αν η επιλεγείσα Επιχείρηση πληρεί ένα προς ένα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά συμμετοχής και αφετέρου την επάρκεια των στοιχείων που στηρίζουν την αξιολογική τεχνικοοικονομική υπεροχή της. Επίσης ελέγχεται η νομική βασιμότητα των ενστάσεων που πιθανώς έχουν υποβληθεί εις βάρος του επιλεγέντος οικονομικού φορέα από συνυποψήφιας Επιχειρήσεις καθώς και η πληρότητα των οικείων κρίσεων των αρμοδίων Επιτροπών²⁰⁵.

3. Η νομική φύση της ελεγκτικής απόφασης του Κλιμακίου

Το Κλιμάκιο λειτουργεί ως Συμβούλιο και αποφαινεται εκδίδοντας Πράξη²⁰⁶. Το περιεχόμενο της Πράξης εμπεριέχει δικανικό συλλογισμό. Το διατακτικό της Πράξης αφορά στο αν κωλύεται ή όχι η υπογραφή της σύμβασης ή στο εάν είναι νόμιμη ή μη η επιμέρους πράξης της όλης διαδικασίας που προηγείται της κατάρτισης της σύμβασης. Το Κλιμάκιο δεν συνεδριάζει δημοσίως, ούτε η απόφαση του δημοσιεύεται σε δημόσια συνεδρίαση. Δεν εφαρμόζονται, δηλαδή, οι παράγραφοι 2 και 3 του άρθρου 93 του Συν/τος όπως επιτρέπει και η παράγραφος 2 εδ. β του άρθρου 98 του Συν/τος²⁰⁷. Αν υποβληθεί νέα αίτηση το Κλιμάκιο παραπέμπει στο αρμόδιο Τμήμα²⁰⁸.

Η ελεγκτική κρίση του Κλιμακίου δεν είναι δικαστική απόφαση²⁰⁹. Αποτελεί κατά το τυπικό κριτήριο δικαστική πράξη καθότι διενεργείται από τακτικούς δικαστές.

205. Βλ. Ιωάννης Δ. Σαρμάς, Κράτος και δικαιοσύνη, το δημόσιο χρήμα υπό έλεγχο, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2003, σελ. 452-453.

206. Μετά την ψήφιση του Ν. 2741/99 και πριν τη θέση σε ισχύ του άρθρου 2 του Ν. 3060/02 η απόφαση του Κλιμακίου είχε νομολογιακά επικρατήσει να αποκαλείται Πρακτικό. Βλ. Κοκκίδου Αλεξάνδρα, Οι αρμοδιότητες του Ελεγκτικού Συνεδρίου κατά το αναθεωρημένο άρθρο 98 του Συντάγματος, ο.π., σελ. 40.

207. Βλ. Ιωάννης Καραβοκύρης, ο.π., σελ. 1151.

208. Βλ. Πράξη VI Τμ. ΕλΣυν. 51/07.

209. Ο χαρακτηρισμός της απόφασης (υπό την έννοια του τελικού κειμένου της ελεγκτικής νοητικής εργασίας) ως δικαστικής απόφασης ή μη έχει μείζονα σημασία για τις περαιτέρω έννομες συνέπειές της. Υπενθυμίζεται ότι το ΑΕΔ με την 20/05 απόφασή του απεφάνθη ότι οι Πράξεις των Κλιμακίων, όπως και των Τμημάτων καθώς και τα Πρακτικά Συνεδρίασης της Ολομέλειας του ΕΣ, κατά την άσκηση ελέγχου των μεγάλης οικονομικής αξίας δημοσίων συμβάσεων, δεν αποτελούν δικαιοδοτικές αποφάσεις, αλλά αποφάνσεις, «πράξεις», που μπορούν να λαμβάνονται και απαγγέλλονται σε μη δημόσια συνεδρίαση και που μπορούν να μην είναι ειδικά και εμπεριστατωμένα αιτιολογημένες.

Είναι κρίση νομική διότι εκφέρεται δια δικανικού συλλογισμού. Όμως δεν επιλύει διαφορά υπό την έννοια της εξάλειψης διατάραξης έννομης σχέσης: διατάραξης που προκλήθηκε από την αμφιβολία για το κατά νόμω ορθώς πράττειν ανάμεσα σε υποκείμενα της έννομης σχέσης πρόσωπα. Έτσι η απόφαση του Κλιμακίου αφενός δεν παράγει δεδικασμένο και αφετέρου ανακαλείται.

Επίσης η Πράξη του Κλιμακίου δεν είναι γνήσια διοικητική πράξη διότι αφενός δεν αποτελεί δήλωση βούλησης διοικητικού αλλά δικαστικού οργάνου και αφετέρου με βάση το άρθρο 19 παρ. 7 εδ. δ του ΠΔ 774/80, ως ισχύει μετά τη τροποποίηση με το άρθρου 2 του Ν. 3060/02, ανακαλείται αποκλειστικά υπό ετέρου δικαστικού οργάνου, το Τμήμα, το οποίο συγκροτείται από περισσότερους και ιεραρχικά ανώτερους δικαστές²¹⁰. Πάντως παράγει δεσμευτικότητα η οποία αφορά αποκλειστικά την αναθέτουσα Αρχή η οποία οφείλει να συμμορφωθεί με το σκεπτικό και το διατακτικό της απόφασης.

Ένα επόμενο ζήτημα που συνάπτεται με την δεσμευτικότητα των Πράξεων των Κλιμακίων είναι η σχέση τους με τις αποφάσεις των Δικαστηρίων επί αιτήσεων λήψης ασφαλιστικών μέτρων. Ο Ν. 2522/97 με τον οποίο ενσωματώθηκε κοινοτικό δίκαιο προστασίας των διαγωνιζομένων για την επιλογή αναδόχου προς σύναψη δημοσίας συμβάσεως προβλέπει τη δυνατότητα άσκησης αίτησης και λήψης απόφασης ασφαλιστικών μέτρων. Οι αιτήσεις αυτές ασκούνται είτε στο Μονομελές Πρωτοδικείο είτε στην Επιτροπή Αναστολών του ΣτΕ ανάλογα με τον αν επίκειται σύναψη δημόσιας σύμβασης ιδιωτικού ή δημοσίου δικαίου αντίστοιχα.

Ανέκυψε το λοιπόν το ζήτημα της έκδοσης αντίθετων αποφάσεων των Κλιμακίων με τα ανωτέρω Δικαστήρια. Το ΑΕΔ απεφάνθη ότι δεν υπάρχει σύγκρουση δικαιοδοτικών οργάνων²¹¹.

Περαιτέρω ετέθη το ερώτημα της υποχρέωσης συμμόρφωσης των Κλιμακίων στο όποιας μορφής δεδικασμένο παράγουν οι αποφάσεις των ανωτέρω Δικαστηρίων. Επ' αυτού το ΕΣ κρίνει ότι κατά τη διενέργεια του προσυμβατικού ελέγχου των δημόσιων συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας (Κλιμάκια και Τμήμα), δεν δεσμεύεται από το προσωρινό δεδικασμένο απόφασης Μονομελούς Πρωτοδικείου ή της Επιτροπής Ανα-

210. Βλ. άρθρο 7 παρ. 3 του ΠΔ 774/80.

211. Βλ. ΑΕΔ 32/01 και 20/05.

στολών του ΣτΕ²¹². Πάντως γίνεται δεκτό, και ορθά, ότι η Διοίκηση εφόσον το νομικό ζήτημα κριθεί οριστικά από τα αρμόδια Δικαστήρια αλλά με τρόπο διάφορο των Κλιμακίων οφείλει να συμμορφωθεί με τη δικαιοδοτική κρίση των πρώτων. Επίσης κατά μείζονα λόγο η ύπαρξη Πράξης του Κλιμακίου για την επίδικη προσυμβατική διαδικασία δεν κωλύει την άσκηση αίτησης ασφαλιστικών μέτρων.

III. Ο δευτεροβάθμιος έλεγχος

1. Η νομική φύση του Τμήματος και της προβλεπόμενης διαδικασίας

Ο Νομοθέτης αντιλήφθηκε το επισφαλές της μίας και μόνο κρίσης επί της νομιμότητας της διοικητικής διαδικασίας που προηγείται της συνάψεως δημόσιας συμβάσεως και θέσπισε δυνατότητα δεύτερης δικανικής κρίσης. Με το άρθρο 2 του Ν. 3060/02 καθιερώθηκε δεύτερος βαθμός προσυμβατικού ελέγχου ο οποίος διεξάγεται σύμφωνα με την Φ.Γ8/15686/8.7.02 απόφαση της Ολομέλειας του Ελεγκτικού Συνεδρίου (ΦΕΚ 1242 Β΄) από το VI Τμήμα²¹³. Το τελευταίο αποτελείται από έναν αντιπρόεδρο ή το νόμιμο αναπληρωτή του, ως Πρόεδρο, δύο συμβούλους, δύο παρέδρους και το γραμματέα. Οι παρέδροι δεν έχουν αποφασιστική γνώμη²¹⁴. Αναμφίβολα το Τμήμα αποτελεί κατά το τυπικό κριτήριο Δικαστήριο. Όμως η ενώπιον αυτού διαδικασία είναι μεν δικαστική αλλά όχι δικαιοδοτική²¹⁵. Αντικείμενο της προληπτικής ελεγκτικής κρίσης είναι η ορθότητα της κατά το νόμο κρίσης του Κλιμακίου και εμμέσως της αναθέτουσας Αρχής και όχι η επίλυση νομικής διαφοράς²¹⁶.

212. Βλ. Πράξεις VI Τμ. ΕλΣυν. 34, 55, 208/07.

213. Πριν από τη θέση σε ισχύ του Ν. 3060/02 γινόταν νομολογιακά δεκτή η δυνατότητα ανατροπής των αρνητικού περιεχομένου Πρακτικών των Κλιμακίων. Ο όρος «Πρακτικά» είχε επικρατήσει κατά ανάλογη εφαρμογή της χρήσης του από τα οικεία Τμήματα όταν αυτά αποφαινόταν επί αμφιβολιών των Παρέδρων ή των Επιτρόπων για τη θεώρηση ή μη ενταλμάτων πληρωμής δαπανών κατ' εφαρμογή του άρθρου 21 παρ. 4 του ΠΔ 774/80. Αρμόδιο να αποφανθεί ήταν το ίδιο το Κλιμάκιο. Λόγος ανάκλησης είχε θεωρηθεί η επίκληση και προσκόμιση στοιχείων που είτε προέκυψαν μετά την έκδοση της πράξης της οποίας ζητείται η ανάκληση, είτε δεν ελήφθησαν υπόψη από αυτό κατά την έκδοσή της και όχι των αυτών στοιχείων για νέα, διαφορετική εκτίμηση και κρίση. Βλ. Αλεξάνδρα Κοκκίδου, Οι αρμοδιότητες του Ελεγκτικού Συνεδρίου κατά το αναθεωρημένο άρθρο 98 του Συντάγματος, ο.π., σελ. 38.

214. Βλ. άρθρο 7 παρ. 3 του Π.Δ. 774/80.

215. Η απόφαση του ΑΕΔ 20/05 ταυτίζει την έννοια του Δικαστηρίου με την δικαιοδοτική εξουσία. Η ταύτιση είναι εσφαλμένη διότι το ίδιο το Σύνταγμα ορίζει ότι τα Δικαστήρια εκδίδουν και μη δικαιοδοτικές πράξεις.

216. Ως προελέχθη και για τη διαδικασία ενώπιον του Κλιμακίων ο ακριβής νομικός χαρακτηρισμός της διαδικασίας ενώπιον του Τμήματος έχει σημαντικές συνέπειες ως προς το εφαρμοστέο δίκαιο. Μετά τη συνταγματική κατοχύρωση του προληπτικού ελέγχου του σταδίου που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων και τη νομοθετική πρόβλεψη δεύτερου βαθμού ελέγχου κατόπιν άσκησης

2. Προδικασία

A. Η άσκηση της αίτησης ανάκλησης

Η διαδικασία ενώπιον του VI Τμήματος εκκινείται με την υποβολή αιτήσεως ανάκλησης κατά Πράξης Κλιμακίου. Η αίτηση ανάκλησης, που δεν αποτελεί ένδικο μέσο, ασκείται με κατάθεση σχετικού εγγράφου στη Γραμματεία του VI Τμήματος του ΕΣ.

Σημειώνεται ότι στην αιτιολογική έκθεση του Ν. 3060/02 αναφέρεται ρητά ότι το Τμήμα «... θα πρέπει να επιλαμβάνεται και της αιτήσεως ανακλήσεως Πράξεων, ως ενδίκου βοηθήματος πλέον, ...». Υπό την κλασική νομική ερμηνευτική η άντληση ενός τόσο σαφούς επιχειρήματος υπέρ της δικαιοδοτικής φύσης της διαδικασίας ενώπιον του Τμήματος αποκλείει την εφαρμογή της συστηματικής και αντικειμενικής τελολογικής ερμηνείας²¹⁷. Συνεπώς, αν το Τμήμα εκδικάζει ως πρωτοβάθμιο δικαστήριο τις υποθέσεις που άγονται ενώπιόν του με το ένδικο βοήθημα της αίτησης ανάκλησης τότε για τα δικονομικά ζητήματα που δεν ρυθμίζονται από το άρθρο 2 του Ν. 3060/02 έχουν ανάλογη εφαρμογή οι διατάξεις του Π.Δ. 1225/81 και ιδίως οι αφορώσες στο ένδικο βοήθημα της έφεσης κατά κατολογιστικών των υπολόγων πράξεων.

Όμως η ανωτέρω ερμηνευτική προσέγγιση οδηγεί σε διαμόρφωση αντισυνταγματικού κανόνα δικαίου. Τούτο διότι, με βάση τα άρθρα 93 παρ. 1, 94 παρ. 1 και 2 και 95 του Συν/τος, σε συνδυασμό ερμηνευόμενα, αρμόδια Δικαστήρια για την προσωρινή ή οριστική επίλυση των διαφορών που προκύπτουν στο στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων είναι τα πολιτικά εφόσον η υπό κατάρτιση σύμβαση είναι ιδιωτική και το ΣτΕ εφόσον είναι διοικητική. Ο θεσπιζόμενος στο άρθρο 98 παρ. 1 περ. β του Συν/τος προσυμβατικός έλεγχος είναι μεν δικαστικός αλλά μη δικαιοδοτικός. Συνεπώς η ευθεία εφαρμογή δικονομικών διατάξεων που αφο-

αίτησης ανάκλησης της Πράξης του Κλιμακίου έχουν διατυπωθεί δύο διαμετρικά αντίθετες απόψεις για τη νομική φύση του προσυμβατικού ελέγχου. Κατά την 20/05 του ΑΕΔ ο προσυμβατικός έλεγχος αποτελεί διοικητικό έλεγχο. Κατά την Ολομέλεια του ΕΣ αποτελεί δικαιοδοτική λειτουργία. Στη προσπάθεια συγκερασμού των δύο θεωρήσεων φαίνεται να γίνεται δεκτή και εφαρμοστέα η άποψη ότι ο προσυμβατικός έλεγχος είναι δικαστικός μεν αλλά μη δικαιοδοτικός έλεγχος. Η προσπάθεια αυτή είναι σε εξέλιξη και αυτό εκδηλώνεται στις νομολογιακές εφαρμογές. Στην καταγραφή του δευτεροβάθμιου προσυμβατικού ελέγχου επισημαίνονται και οι επιμέρους λύσεις επί ζητημάτων της διαδικασίας.

217. Για μια πρώτη προσέγγιση των ερμηνευτικών μεθόδων βλ. Κώστας Μ. Σταμάτης, Η θεμελίωση των νομικών κρίσεων: ένα κριτικά πρακτικό πρότυπο ερμηνείας του δικαίου, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2009, σελ. 382-407.

ρούν σε αμιγώς δικαιοδοτικά ζητήματα είναι εσφαλμένη. Επίσης και η ανάλογη εφαρμογή πρέπει να γίνεται με φειδώ καθότι απαιτείται να εξακριβώνεται η ύπαρξη ακούσιου κενού και η ομοιότητα των ρυθμιζόμενων περιπτώσεων. Η κατάθεση γίνεται αποκλειστικά στη Γραμματεία του οικείου Τμήματος. Δεν εφαρμόζονται αναλογικά οι διατάξεις του άρθρου 52 του ΠΔ 1225/81 που ρυθμίζουν τη δυνατότητα κατάθεσης του ενδίκου μέσου έφεσης κατά καταλογιστικών πράξεων σε οποιαδήποτε δημόσια Αρχή. Τούτο διότι για κάθε ζήτημα της δικαστικής διαδικασίας προσυμβατικού ελέγχου της νομιμότητας της διοικητικής προδικασίας επιλογής αναδόχου και των σχεδίων δημοσίων συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας που ρυθμίζεται ρητά, κατά τρόπο ειδικό και εξαιρετικό από τις προαναφερόμενες διατάξεις του Ν. 3060/02, δεν χωρεί καμία εξαίρεση κατά την ερμηνεία και εφαρμογή τους²¹⁸. Αντίθετα γίνεται δεκτή η ανάλογη εφαρμογή του άρθρου 53 του ΠΔ 1225/81 προκειμένου να ελεγχθεί το ορισμένο του αιτήματος. Έτσι, όταν ζητείται η ανάκληση και κάθε Πράξης προγενέστερης ή μεταγενέστερης συναφούς με την Πράξη του Κλιμακίου, απορρίπτεται ως απαράδεκτη διότι είναι εντελώς αόριστη και ανεπίδεκτη δικαστικής εκτίμησης²¹⁹. Κατά τη θεώρηση του δευτεροβάθμιου προσυμβατικού ελέγχου ως διοικητικής διαδικασίας ορθότερη είναι η αναλογική εφαρμογή του άρθρου 4 παρ. 1 εδ. γ' και παρ. 3 του ΚΔΔ/σιας²²⁰.

Το ζήτημα της νομότυπης άσκησης της αίτησης ανακλήσεως, όπως και κάθε προϋπόθεσης του παραδεκτού αυτής, εξετάζεται αυτεπαγγέλτως.

Το Τμήμα συνεκδικάζει τις συναφείς αιτήσεις ανάκλησης²²¹.

Τέλος ορίζεται ρητά ότι άλλη αίτηση ανάκλησης κατά της ίδιας Πράξης του Κλιμακίου δεν επιτρέπεται.

218. Βλ. Πράξη VI Τμ. ΕλΣυν. 18/07.

219. Βλ. Πράξεις I Τμ. ΕλΣυν. 2093, 607/05 και VI Τμ. ΕλΣυν. 154/07.

220. Πρέπει να επισημανθεί ότι υπό την εκδοχή της δευτεροβάθμιας προσυμβατικής διαδικασίας ως διοικητικής ελεγκτικής διαδικασίας εφόσον προκύπτει διαδικαστικό ζήτημα που δεν ρυθμίζεται ρητά από το άρθρο 19 παρ. 7 του ΠΔ 774/80 τυγχάνουν εφαρμογής, δυνάμει ρητής προβλέψεως, μόνο τα άρθρα 135, 137 και δια του 140 τα άρθρα 79, 80 και 138 του ΠΔ 1225/81 καθώς και τα γενικής εφαρμογής επί δικαιοδοτικών και μη καθηκόντων των σχηματισμών του ΕΣ άρθρα 7-11 και 15-18 του ΠΔ 774/80. Εάν το διαδικαστικό πρόβλημα δεν επιλύεται με τις διατάξεις των προγενέστερων άρθρων ορθότερο είναι να αναζητούνται νομικές λύσεις με ανάλογη εφαρμογή διατάξεων ουσιαστικού διοικητικού δικαίου και τελευταίως με αναλογική εφαρμογή διοικητικών δικονομικών διατάξεων.

221. Βλ. Πράξη VI Τμ. ΕλΣυν. 77/07.

Β. Η νομιμοποίηση για την άσκηση αίτησης ανάκλησης

Στην άσκηση της αίτησης νομιμοποιείται ενεργητικώς ο έχων σπουδαίο έννομο συμφέρον. Η συνδρομή εννόμου συμφέροντος, και δει σπουδαίου, του ιδιώτη, που αιτείται την ανάκληση της Πράξης του Κλιμακίου, αποτελεί αναγκαία διαδικαστική προϋπόθεση της διαδικασίας ενώπιον του VI Τμήματος που ερευνάται αυτεπαγγέλτως και η έλλειψη της οποίας καθιστά την αίτηση απορριπτέα ως απαράδεκτη. Για τη συνδρομή του εννόμου συμφέροντος απαιτείται η ύπαρξη βλάβης από την απόφαση του Κλιμακίου και αντίστοιχα ωφέλειας από την ανάκλησή της. Επιπρόσθετα, θα πρέπει το επικαλούμενο έννομο συμφέρον να είναι προσωπικό, υπό την έννοια της ύπαρξης ιδιαίτερου (ατομικού) δεσμού του αιτούντος με την προσβαλλόμενη πράξη και τις εξ' αυτής απορρέουσες συνέπειες, μη αρκούντος του γενικού ενδιαφέροντος που οποιοσδήποτε διοικούμενος θα μπορούσε να επιδείξει για την τήρηση της αρχής της νομιμότητας, όσον αφορά τις διαδικασίες που προηγούνται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας. Πρέπει, επιπλέον, το έννομο συμφέρον αυτού να είναι άμεσο και ενεστώς. Απαιτείται, δηλαδή, η παραδοχή των λόγων ανάκλησης να είναι άμεσο και ενεστώς. Απαιτείται, δηλαδή, η παραδοχή των λόγων ανάκλησης να συνεπάγεται ευθέως ευμενή μεταβολή στη θιγείσα από την πληττόμενη πράξη νομική ή πραγματική κατάσταση του αιτούντος, και όχι απλή προσδοκία ή ελπίδα κτήσης από αυτόν δικαιώματος στο μέλλον²²².

Έννομο συμφέρον υφίσταται στο πρόσωπο της αναθέτουσας Αρχής όταν το Κλιμάκιο αποφαινεται ότι κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου της συμβάσεως. Επίσης έννομο συμφέρον είναι δυνατό να συντρέξει και στο πρόσωπο των μετασχουσών στη διαγωνιστική διαδικασία οικονομικών φορέων. Δικαίωμα άσκησης αίτησης ανάκλησης έχει και ο Γενικός Επίτροπος χάριν του δημοσίου συμφέροντος.

Η συνδρομή σπουδαίου εννόμου συμφέροντος δεν απαντάται σε αντίστοιχη δικονομική διάταξη ως προϋπόθεση του παραδεκτού ενδίκου βοηθήματος ή μέσου. Ο Νομοθέτης προφανώς θέλει να περιορίσει τη νομιμοποίηση σε όσους αξιώνουν ωφέλεια από την ανάκληση της Πράξης του Κλιμακίου. Αντίστοιχη περιστολή της έννοιας του

222. Βλ. Πράξεις VI Τμ. ΕλΣυν. 33, 47, 59, 75, 112/05, 101, 102, 126/06, 112/07 και πρβλ. Πράξη IV Τμ. ΕλΣυν. 38/03.

εννόμου συμφέροντος απαντάται στον ΚΔΔ/σίας²²³ που στο άρθρο 5 παρ. 2 ορίζει ότι για τη λήψη γνώσης ιδιωτικών εγγράφων τα οποία φυλάσσονται στην υπό στενή εννοία Δημόσια Διοίκηση απαιτείται ειδικό έννομο συμφέρον.

Πάντως ο όρος «σπουδαίο» αποτελεί αόριστη νομική έννοια που εξειδικεύεται με τη χρήση των διδαγμάτων της κοινής πείρας. Συνεπώς στην περίπτωση που το Κλιμάκιο κρίνει ότι η υπογραφή δημόσιας σύμβασης δεν κωλύεται παρότι αμφισβητήθηκε διοικητικά ή και δικαστικά η νομιμότητα της κατακυρωτικής πράξης, ο δεύτερος κατά σειρά μειοδοσίας καταταγείς και αποκλεισθείς οικονομικός φορέας έχει σπουδαίο έννομο συμφέρον να αιτηθεί ανάκληση²²⁴. Αντίθετα η τρίτη κατά σειρά μειοδότρια, καταρχήν, δεν έχει ωφέλεια από την ανάκληση Πράξης του Κλιμακίου που έκρινε ότι δεν συντρέχει λόγος μη υπογραφής της σύμβασης μεταξύ της αναθέτουσας Αρχής και του πρώτου στην τελική κατάταξη μειοδότη αν και αυτό κρίνεται όχι μόνο από διατακτικό αλλά και από το αιτιολογικό της Πράξης καθότι επίμαχο ζήτημα μπορεί να αποτέλεσε και η νομιμότητα συμμετοχής του δεύτερου μειοδότη ή οι όροι της διακήρυξης για τη νομιμότητα των οποίων η αιτούσα διατύπωσε επιφύλαξη.

Γ. Η προθεσμία για την άσκηση αίτησης ανάκλησης

Η αίτηση ανάκλησης ασκείται εντός δεκαπέντε (15) ημερολογιακών ημερών. Η προθεσμία είναι ανατρεπτική²²⁵ και εκκινείται από την επομένη²²⁶ της κοινοποίησης της Πράξης του Κλιμακίου στον αρμόδιο για την διεξαγωγή της διαδικασίας επιλογής αναδόχου δημόσιο Φορέα. Έγκυρη κοινοποίηση συνιστά και η έγγραφη γνωστοποίηση με τηλεομοιοτυπία (fax), η οποία και αποδεικνύεται από το σχετικό έγγραφο επιβεβαίωσης αποστολής - παραλαβής του. Δεν ασκεί καμία επιρροή το πότε έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης η αναθέτουσα Αρχή ή ο επικαλούμενος έννομο συμφέρον για την άσκηση της αίτησης ανάκλησης²²⁷.

Η κοινοποίηση ως αφετηριακό γεγονός της δεκαπενθήμερης προθεσμίας ισχύει

223. Υπενθυμίζεται ότι πρόκειται για τον Ν. 2690/99 (ΦΕΚ 45 Α') «Κύρωση του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας και άλλες διατάξεις».

224. Βλ. Πράξεις VI Τμ. ΕλΣυν 156 και 237/07 με μειοψηφία.

225. Βλ. Πράξεις VI Τμ. ΕλΣυν. 207/06, 100, 116, 168/07.

226. Βλ. άρθρο 10 παρ. 7 του ΚΔΔ/σίας και 241 ΑΚ. Όμοια το άρθρο 45 παρ. 1 του ΠΔ 1225/81.

227. Βλ. Πράξεις VI Τμ. ΕλΣυν. 18, 168/07.

για κάθε πρόσωπο που επικαλείται σπουδαίο έννομο συμφέρον προσβολής της Πράξης του Κλιμακίου. Προς την ερμηνευτική αυτή εκδοχή συνηγορεί η γραμματική προσέγγιση της σχετικής διάταξης η οποία δεν προβλέπει κοινοποίηση της Πράξης σε άλλο πρόσωπο πλην της αναθέτουσας Αρχής. Άλλωστε, η πρωτοβάθμια διαδικασία από το Κλιμάκιο σκοπεί στον ταχύ και οριακό έλεγχο νομιμότητας της συναλλακτικής δράσης της Δημόσιας Διοίκησης η οποία από το όλο νομοθετικό πλαίσιο και κυρίως τον υποδεικνυόμενο χρόνο περάτωσης και την έκταση του ελέγχου δεν πρέπει να παρακωλύεται υπερβολικά. Επίσης, πρέπει να ληφθεί υπόψη και το γεγονός ότι κάθε νομιμοποιούμενος προς άσκηση αίτησης ανάκλησης για τη δικαστική ανατροπή της σε βάρος του κρίσης του Κλιμακίου οφείλει να επιδείξει τη δέουσα επιμέλεια και το εύλογο από τις περιστάσεις ενδιαφέρον, ώστε να λάβει γνώση της κοινοποιηθείσας στην αναθέτουσα Αρχή πράξης²²⁸.

Βέβαια με βάση το γράμμα του νόμου η προθεσμία δεν θα έπρεπε να εκκινείται για κανένα πρόσωπο εφόσον δεν έχει συντελεστεί η κοινοποίηση και στον Γενικό Επίτροπο. Όμως προφανώς η παρατατική διάταξη δεν υπονοεί σώρευση αλλά παράθεση διαφορετικών περιπτώσεων. Συνεπώς η προθεσμία για το Γενικό Επίτροπο κινείται από την επομένη της προς αυτόν κοινοποίησης.

Δ. Η κοινοποίηση της αίτησης ανάκλησης

Η αίτηση ανάκλησης κοινοποιείται χωρίς υπαίτια καθυστέρηση, με επιμέλεια του αιτούντος, σε καθέναν που έχει έννομο συμφέρον να συμμετάσχει στη δικαστική διαδικασία ενώπιον του VI Τμήματος. Η νομική φύση της κοινοποίησης και οι συνέπειές της δεν αποσαφηνίζονται στο άρθρο 2 του Ν. 3060/02.

Κατά τη νομολογία του ΕΣ η κοινοποίηση ή μη της αίτησης ανακλήσεως σε όποιον έχει έννομο συμφέρον εξετάζεται αυτεπαγγέλτως και η αρνητική διαπίστωση συνεπάγεται, κατ' ανάλογη εφαρμογή του άρθρου 65 του ΠΔ 1225/81²²⁹, το απαράδεκτο

228. Βλ. Πράξεις VI Τμ. ΕλΣυν. 97/06, 18, 38/07 και Πρακτικά Ολ. ΕλΣυν. 25^{ης} ΓΣ/26.10.2005, δεύτερο ερώτημα.

229. Στο άρθρο 65 του Π.Δ. 1225/1981 ορίζεται ότι: «1. Εάν τις των διαδίκων δεν εμφανισθή κατά την συζήτησιν, το δικαστήριο εξετάζει αυτεπαγγέλτως αν εκλητεύθη νομίμως και εμπροθέσμως. 2. Εάν τις των διαδίκων δεν εκλητεύθη (...), το δικαστήριο κηρύσσει απαράδεκτον την συζήτησιν, ορίζει νέαν τακτήν δικάσιμον, δι' απλής σημειώσεως επί του πινακίου και διατάσσει την κατ' αυτήν εγγραφήν της υποθέσεως και την νόμιμον κλήτευσιν των διαδίκων (...).

της συζήτησεως. Στην περίπτωση αυτή διατάσσεται η κοινοποίηση της υπό κρίση αίτησης, με επιμέλεια της Γραμματείας του Τμήματος, στα πρόσωπα τα οποία έχουν έννομο συμφέρον και ορίζεται νέα δικάσιμος με απλή σημείωση στο πινάκιο²³⁰. Ορίζεται δε ρητώς ότι τη γνωστοποίηση μπορεί να διατάξει και ο Πρόεδρος του Τμήματος.

Ο χαρακτηρισμός της κοινοποίησης ως κλήτευση προς συζήτηση είναι αμφιβόλου ορθότητας. Η αδιάστικτη γραμματική διατύπωση δεν επιτρέπει τη σύνδεση της παράλειψης κοινοποίησης με τις έννομες της έλλειψης κλήτευσης στην επ' ακροατηρίω συζήτηση. Περαιτέρω, όπως έχει επισημανθεί, κατά τη σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία η διαδικασία ενώπιον του Τμήματος δεν είναι δίκη. Συνεπώς η γνωστοποίηση της κατάθεσης αίτησης ανάκλησης έχει σκοπό απλώς να ενημερωθούν οι έχοντες έννομο συμφέρον προκειμένου να συμβάλλουν δια της υποβολής σχετικών σημειωμάτων στο σχηματισμό της δήλωσης βούλησης του διοικητικού οργάνου της αναθέτουσας Αρχής. Δεν έχει ούτε το χαρακτήρα ανακοίνωσης δίκης με σκοπό τη συμμετοχή τρίτου έχοντος έννομο συμφέρον σ' αυτή. Μάλιστα τόσο η πρόβλεψη σπουδαίου για την άσκηση αίτησης ανάκλησης εννόμου συμφέροντος όσο και η αποκλειστική προθεσμία υποβολής σημειώματος σε άμεσο χρόνο από την κατάθεσή της συνηγορούν στο ότι η σχετική κοινοποίηση δεν προβλέφθηκε για την παροχή δικαστικής προστασίας αλλά για την υποβοήθηση της τήρησης της αρχής της νομιμότητας από την αναθέτουσα Αρχή.

Το έννομο συμφέρον του προσώπου προς το οποίο επιτάσσεται η κοινοποίηση είναι το ίδιο με αυτό που αποτελεί προϋπόθεση του παραδεκτού της αίτησης ανάκλησης και άρα πρέπει να είναι ομοίως σπουδαίο. Κατά αληθή έννοια η γνωστοποίηση της κατάθεσης αίτησης ανάκλησης σκοπεί στη παροχή δυνατότητας σε όποιον καίτι είχε ίδιο έννομο συμφέρον αίτησης δεν την άσκησε ή την άσκησε εκπρόθεσμα.

Ε. Συμμετοχή μη αιτούντος την ανάκληση στη διαδικασία ενώπιον του Τμήματος

Εναλλακτική δυνατότητα συμμετοχής στη διαδικασία ενώπιον του Τμήματος αποτελεί το δικαίωμα υποβολής σημειώματος. Απαιτείται έννομο συμφέρον το οποίο λο-

230. Βλ. Πράξη VI Τμ. ΕλΣυν. 84/07.

γικά πρέπει να είναι σπουδαίο διότι προκαλεί αντίφαση η παραδοχή διευρυμένου νοηματικού περιεχομένου του όρου έννομο συμφέρον για την υποβολή σημειώματος και περιορισμένου για την άσκηση αίτησης ανάκλησης, δεδομένου και του κοινού σκοπού των δύο αυτών τρόπων συμμετοχής στον δευτεροβάθμιο προσυμβατικό έλεγχο. Η προθεσμία είναι τρεις (3) εργάσιμες ημέρες από την κατάθεση της αίτησης ανάκλησης στη Γραμματεία του VI Τμήματος, η οποία μπορεί να παραταθεί για τρεις (3) ακόμη εργάσιμες ημέρες. Η υποβολή σημειώματος δεν έχει χαρακτήρα παρέμβασης. Αντιστοιχεί σε υπόμνημα μέσω του οποίου προτάσσονται και αναπτύσσονται οι νομικοί και πραγματικοί ισχυρισμοί. Πάντως το οικείο Τμήμα νομολογεί διαφορετικά²³¹.

Αξίζει να σημειωθεί ότι ο Νομοθέτης ονοματίζει το έγγραφο με το οποίο προβάλλονται νομικά επιχειρήματα και πραγματικοί ισχυρισμοί σημείωμα και όχι παρέμβαση ή υπόμνημα γεγονός το οποίο καταδεικνύει την αποφυγή αυστηρών και παγίων δικονομικών όρων και εμμέσως τη θεώρηση της ρυθμιζόμενης διαδικασίας ως μη δικαιοδοτικής. Η όλη διαδικασία προνοεί για τη δυνατότητα των μετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία οικονομικών φορέων να μπορούν μαζί με την αναθέτουσα Αρχή να επιλύσουν προδικαστικά υπό την αιγίδα ενός μεγάλου Σώματος της Διοίκησης νομικά ζητήματα προ της σύναψης δημόσιας συμβάσεως. Η διαδικασία αντιστοιχεί στις ειδικές διοικητικές προσφυγές.

Γίνεται δεκτό ότι η υπέρ αυτής κατακύρωση μειοδότηρια εταιρεία δύναται να συμμετάσχει δια υποβολής σημειώματος σε διαδικασία που άνοιξε με αίτηση ανάκλησης από την αναθέτουσα Αρχή κατά Πράξης που έκρινε ότι κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης²³². Στην περίπτωση που το Κλιμάκιο κρίνει ότι η υπογραφή δημόσιας σύμβασης δεν κωλύεται και ο δεύτερος κατά σειρά μειοδοσίας καταταγείς και αποκλεισθείς οικονομικός φορέας αιτηθεί την ανάκληση τόσο η νικήτρια μειοδότηρια επιχείρηση όσο και η αναθέτουσα Αρχή έχουν δικαίωμα να υποβάλλουν σημειώματα²³³.

3. Η κύρια διαδικασία ενώπιον του Τμήματος

Η προδιαδικασία ενώπιον του Τμήματος περατώνεται με την πάροδο του χρόνου

231. Βλ. Πράξη VI Τμ. ΕλΣυν. 237/07.

232. Βλ. Πράξη VI Τμ. ΕλΣυν. 84/07.

233. Βλ. Πράξεις VI Τμ. ΕλΣυν. 156, 237/07.

υποβολής των σημειωμάτων.

Στη συνέχεια ακολουθεί δημόσια συνεδρίαση κατά τη διεξαγωγή της οποίας το οικείο Τμήμα του ΕΣ εφαρμόζει αναλογικά τα άρθρα 8, 11 παρ. 1, 15 παρ. 1, 23 – 29 του Κεφαλαίου Ζ΄ περί θεμελιωδών δικονομικών αρχών του Π.Δ. 1225/81 και 9 του ΠΔ 774/80. Ειδικότερα σε κάθε δημόσια συνεδρίαση παρίσταται αφενός, ως διάδικος, το Δημόσιο εκπροσωπούμενο από τον Υπουργό Οικονομίας και Οικονομικών και δια του Παρέδρου του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους και αφετέρου ο Γενικός Επίτροπος της Επικρατείας. Επιπλέον ο υποβάλλων σημείωμα θεωρείται παρεμβαίνων ενώ γίνεται δεκτή και η υποβολή υπομνημάτων ακόμη και μετά τη δημόσια συνεδρίαση. Επίσης η αίτηση ανάκλησης μπορεί να συμπληρώνεται με υπόμνημα που υποβάλλεται μεταγενέστερα της δημόσιας συζήτησης²³⁴.

Παρατηρείται ότι η αναλογική εφαρμογή των ανωτέρω δικονομικών διατάξεων είναι προβληματική²³⁵. Πάντως όταν αναθέτουσα Αρχή είναι δημόσια Υπηρεσία του Δημοσίου²³⁶ η παρουσία δύο εκπροσώπων του στην κύρια διαδικασία δικαιολογείται λόγω του διοικητικού χαρακτήρα του ελέγχου. Υπό την εκδοχή της αμιγούς δικαιοδοτικής διαδικασίας, πέραν των άλλων, θα συνέτρεχε και παράβαση της θεμελιώδους δικονομικής αρχής της ισότητας των διαδίκων.

Μετά την επ' ακροατηρίω συζήτηση, κατ' εφαρμογή των άρθρων 79, 80 και 140 του ΠΔ 1225/81 ορίζεται εισηγητής, Σύμβουλος ή Πάρεδρος, και μετά ακολουθεί διάσκεψη όπου εξετάζεται η προσβαλλόμενη Πράξη του Κλιμακίου καθώς και οι ισχυρισμοί του αιτούντος και των υποβαλλόντων σημειώματα. Το Τμήμα αποφαινεται εντός τριάντα (30) εργάσιμων ημερών από την κατάθεση της αίτησης ανάκλησης. Η προθεσμία είναι ενδεικτική. Τούτο συνάγεται από την ανάλογη εφαρμογή του άρθρου 10 παρ. 5 εδ. α΄ του ΚΔΔ/σίας που ορίζει ότι: *«Οι προθεσμίες για τη Διοίκηση είναι ενδεικτικές, εκτός αν από τις διατάξεις που τις προβλέπουν προκύπτει ότι είναι αποκλειστικές.»*.

234. Βλ. Πράξεις VI Τμ. ΕλΣυν. 154, 237/07.

235. Βλ. ανωτέρω Μέρος Δεύτερο II. 3. υπ. 198, III. 1. υπ. 205 και III. 2. Α. υπ. 209.

236. Βλ. Πράξεις VI Τμ. ΕλΣυν. 145, 150/07.

4. Η έκταση του δευτεροβάθμιου ελέγχου

Ο δευτεροβάθμιος έλεγχος της προσυμβατικής διοικητικής διαδικασίας δεν έχει την ίδια έκταση με τον πρωτοβάθμιο. Αν και η έκταση του εν λόγω ελέγχου δεν ρυθμίζεται ρητά τόσο η συστηματική θεώρηση των διατάξεων που ρυθμίζουν την οργάνωση της οικείας διαδικασίας όσο και ο σκοπός της ταχείας διεκπεραίωσης του οριακού αυτού ελέγχου υποδηλώνουν επανέλεγχο μόνο επί των αμφισβητούμενων νομικών ζητημάτων. Έτσι ορθά το Τμήμα ελέγχει την Πράξη του Κλιμακίου για πλάνη περί τα πράγματα ή το νόμο αλλά μόνο εντός των ορίων που θέτουν οι προβαλλόμενοι λόγοι ανακλήσεως²³⁷.

Πλάνη περί τα πράγματα αποτελεί η εσφαλμένη γνώση των πραγματικών περιστατικών όπως αυτά προκύπτουν από στοιχεία που προσκομίστηκαν από την αναθέτουσα Αρχή στο Κλιμάκιο και επί τη βάση των οποίων έπραξαν κατά την προσυμβατική διαδικασία και τα αρμόδια όργανά της. Η προσκόμιση ενώπιον του Τμήματος αποδεικτικού στοιχείου (π.χ. δημοσίου εγγράφου κοινωνικοασφαλιστικού Φορέα) που εκδόθηκε μεταγενέστερα της απόφασης του Κλιμακίου καίτι αποδεικνύει γεγονός συντελεσμένο προ της υποβολής του οικείου φακέλου στο Κλιμάκιο (π.χ. την καταβολή ασφαλιστικών εισφορών από συμμετέχοντα οικονομικό φορέα) δεν δύναται να θεμελιώσει πραγματική πλάνη του Κλιμακίου. Το ίδιο ισχύει και στην περίπτωση που το αποδεικτικό στοιχείο προϋπήρχε μεν αλλά δεν αποτέλεσε στοιχείο του υποβληθέντος στο Κλιμάκιο φακέλου.

Όσον αφορά την πλάνη περί το νόμο πρέπει να υπενθυμισθεί ότι αρνητική κρίση του Κλιμακίου σημαίνει ότι αφενός η Διοίκηση έδρασε κατά τρόπο που δεν μπορεί να βρει νόμιμο έρεισμα σε καμία ερμηνευτική εκδοχή των εφαρμοστέων διατάξεων και αφετέρου ότι έδρασε εσφαλμένα επί ζητήματος το οποίο είναι ουσιώδες για την ορθή διεξαγωγή της όλης προσυμβατικής διαδικασίας.

Κατά τον δευτεροβάθμιο έλεγχο το Τμήμα στο πλαίσιο της διερεύνησης πλάνης περί το νόμο εξετάζει αφενός εάν υφίσταται υποστηρίξιμη ερμηνευτική εκδοχή ως νομική βάση της δράσης του Φορέα και αφετέρου μήπως η πλημμέλεια δεν είναι ουσιώδης.

237. Βλ. Πράξη VI Τμ. ΕλΣυν. 69/07.

Στην περίπτωση που μια αρνητική Πράξη του Κλιμακίου στηρίζεται σε πλείονες αιτιολογίες (ή καλύτερα δικαιολογίες) και ο αιτών την ανάκληση δεν τις προσβάλλει όλες τότε η αίτηση είναι αλυσιτελής.

Επίσης το Τμήμα απορρίπτει, ως απαράδεκτους εκείνους τους ισχυρισμούς δια των οποίων επιχειρείται, το πρώτον ενώπιον του Τμήματος, η μεταγενέστερη της κατακυρωτικής απόφασης θεραπεία των νομικών πλημμελειών της προσυμβατικής διαδικασίας²³⁸. Η νομολογία αυτή του Τμήματος είναι ορθή διότι σε διαφορετική περίπτωση το ΕΣ θα υποκαθιστούσε το δημόσιο Φορέα στο διοικητικό του έργο καταστρατηγώντας παράλληλα τη συνταγματική επιταγή για δικαστικό έλεγχο. Ομοίως το Τμήμα απορρίπτει ως απαράδεκτες αιτιάσεις συμμετεχουσών Επιχειρήσεων που δεν αποτέλεσαν αντικείμενο ενστάσεων κατά τα αντίστοιχα στάδια του διαγωνισμού, με τη σκέψη ότι δια της μη προβολής τους οι εν λόγω Επιχειρήσεις απεδέχθησαν ως σύννομες όλες τις πράξεις της αναθέτουσας Αρχής²³⁹.

Εάν η απόφαση του Κλιμακίου είναι αρνητική και το Τμήμα κρίνει επί των αμφισβητούμενων ζητημάτων ότι η δράση της Διοίκησης, κατά την ορθή κρίση του Κλιμακίου, είναι καταρχάς ουσιωδώς και έπειτα εκδήλως (υπό την έννοια της έλλειψης υποστηρίξιμης νομικής κάλυψης της δράσης της αναθέτουσας Αρχής) πλημμελής, οφείλει να απορρίψει την αίτηση ανάκλησης.

Αν το Τμήμα αποφαινεται διαφορετικά επί αρνητικής²⁴⁰ ή θετικής²⁴¹ Πράξης του Κλιμακίου, κρίνοντας βάσιμη αίτηση ανάκλησης, ανακαλεί την ελεγχόμενη Πράξη. Στη συνέχεια, έχοντας επιλύσει το αμφισβητούμενο νομικό ζήτημα, κρίνει επί του κυρίου αντικειμένου της ελεγκτικής διαδικασίας χωρίς να προχωρεί σε νέο καθολικό έλεγχο της νομιμότητας της προσυμβατικής διαδικασίας.

Το Τμήμα ανακαλεί και αναπέμπει στο Κλιμάκιο εφόσον δεν έχει ολοκληρωθεί ο πρωτοβάθμιος καθολικός έλεγχος. Αυτό συμβαίνει καταρχάς όταν το Κλιμάκιο δεν ξεκίνησε καν τον έλεγχο καθότι απεφάνθη (εσφαλμένως κατά το Τμήμα) ότι στερείται αρμοδιότητας ελέγχου και απείχε αυτού είτε λόγω ύψους προϋπολογιζόμενης δαπά-

238. Βλ. Πράξη VI Τμ. ΕλΣυν. 77/07.

239. Βλ. ο.π.

240. Βλ. Πράξεις Τμ. VI ΕλΣυν. 67/03, 26/07.

241. Βλ. Πράξη Τμ. VI ΕλΣυν. 235/07.

νης²⁴², είτε λόγω συμβατικού αντικειμένου²⁴³, είτε λόγω υπογραφής της σύμβασης και έναρξης εκτέλεσής της πριν την υποβολή του σχεδίου για έλεγχο²⁴⁴. Ομοίως αποφαίνεται το Τμήμα όταν το Κλιμάκιο διαπίστωσε (εσφαλμένως κατά το Τμήμα) ουσιώδη νομική πλημμέλεια σε ενδιάμεση φάση του προσυμβατικού σταδίου και εξέφρασε οριστική κρίση χωρίς να ελέγξει τη νομιμότητα των επόμενων φάσεων²⁴⁵.

A. Η συγγνωστή πλάνη ως λόγος ανάκλησης Πράξης του Κλιμακίου

Το VI Τμήμα του ΕΣ διευρύνει το δευτεροβάθμιο προσυμβατικό έλεγχο ελέγχοντας και την υποκειμενική υπόσταση της δημοσιολογιστικής παράβασης. Εφόσον προβάλλεται, ελέγχει και την υποκειμενική υπαιτιότητα των δρώντων οργάνων της εκάστοτε αναθέτουσας Αρχής. Έτσι εάν το Τμήμα, συμφωνώντας με την κρίση του Κλιμακίου²⁴⁶, διαπιστώσει εκ' μέρους των οργάνων του δημοπρατούντος δημόσιου Φορέα είτε έκδηλη επιστημονικώς εσφαλμένη ερμηνεία ή εφαρμογή των διατάξεων (πλάνη περί το νόμο) είτε εσφαλμένη εκτίμηση ως προς την ύπαρξη των περιστατικών που αποτελούν τις κατά νόμο προϋποθέσεις για την έκδοση μιας πράξης του προσυμβατικού σταδίου (πλάνη περί τα πράγματα)²⁴⁷ δεν δύναται να εκφέρει οριστική κρίση εάν δεν αποφανθεί περί της ύπαρξης ή μη πρόθεσης καταστρατήγησης των εφαρμοστέων διατάξεων.

Ως προς το παραδεκτό του σχετικού λόγου ανάκλησης νομολογείται ότι «... σε επίκληση και συναφώς απόδειξη συγγνωστής πλάνης ως προς τη νομιμότητα διαγωνιστικής διαδικασίας νομιμοποιείται μόνο η αναθέτουσα Αρχή, στο πρόσωπο της οποίας, περιοριστικά, θα πρέπει να έχει συντρέξει η εν λόγω εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή του νόμου.»²⁴⁸.

242. Βλ. Πράξη Τμ. VI ΕλΣυν. 83/08.

243. Βλ. Πράξη Τμ. VI ΕλΣυν. 5/07.

244. Βλ. Πράξεις Τμ. VI ΕλΣυν. 15, 172/07.

245. Βλ. Πράξη Τμ. VI ΕλΣυν. 19/07.

246. Εάν το Τμήμα άγεται σε διαφορετική από το Κλιμάκιο ερμηνεία των εφαρμοστέων διατάξεων οφείλει να ανακαλέσει λόγω πλάνης περί το νόμο. Το ίδιο οφείλει να κάνει αν κρίνει ότι το Κλιμάκιο πλανήθηκε ως προς τη συνδρομή των κατά νόμο προϋποθέσεων επιλέγοντας εσφαλμένη είτε νομική είτε πραγματική βάση.

247. Π.χ. το γεγονός της ύπαρξης ονομαστικών μετοχών ως προϋπόθεση για την αποδοχή προσφοράς συμμετάσχουσας Επιχείρησης. Βλ. Πράξη VI Τμ. ΕλΣυν. 101/08.

248. Βλ. Πράξη Τμ. VI ΕλΣυν. 210/07.

Ο νομολογιακής κατασκευής λόγος ανάκλησης αρνητικής Πράξης Κλιμακίου για συγγνωστή νομική πλάνη συνάδει με τον χαρακτήρα του δημοσιονομικού δικαίου. Το δημοσιολογιστικό δίκαιο είναι κατά βάση κυρωτικό-πειθαρχικό δίκαιο και ομοιάζει με το ποινικό διότι ενέχει δια του καταλογισμού ή την άρνηση θεώρησης εντάλματος, άμεσα στην πρώτη περίπτωση και έμμεσα στη δεύτερη, ψόγο στο πρόσωπο του υπό ευρεία εννοία διαχειριστή για την μη ορθή δημοσιονομική λειτουργία. Ο ψόγος δε προϋποθέτει κατάγνωση κάποιας μορφής υπαιτιότητας²⁴⁹. Επειδή ακριβώς ο δημοσιονομικός έλεγχος της διαχείρισης του δημοσίου χρήματος αποβλέπει εν τέλει στην εξακρίβωση της προσωπικής ευθύνης τόσο του διατάκτη αλλά κυρίως του υπολόγου θα ήταν αντίθετο στα άρθρα 2 παρ. 1 και 20 του Συν/τος προ της δια οποιασδήποτε μορφής οριστική τακτοποίηση της διαχείρισης, περιλαμβανομένου κατά μείζονα λόγο του καταλογισμού, να μη λαμβάνεται υπόψη ο βαθμός υπαιτιότητας του διαχειριστή.

Διαχειριστής δημοσίου χρήματος είναι με την ευρύτερη έννοια και το δρών ως όργανο δημόσιου Φορέα πρόσωπο εφόσον με τις νομικές πράξεις δημιουργεί άμεσα ή έμμεσα χρηματικές υποχρεώσεις του Φορέας έναντι τρίτων. Αφ' ης κινείται η διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης τα αρμόδια όργανα της αναθέτουσας Αρχής υπόκεινται στο πεδίο επιρροής των κανόνων του δημοσιονομικού δικαίου και ευθύνονται προσωπικά για την διάθεση δημοσίου χρήματος. Οι κανόνες που διέπουν τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης δεν είναι αμιγώς αντικειμενικοί. Είναι χαρακτηριστική άλλωστε η ρητή πρόβλεψη της συνδρομής του υποκειμενικού στοιχείου για τη θεμελίωση αποζημίωσης από παράνομη δράση της αναθέτουσας Αρχής κατά το προσυμβατικό στάδιο ακόμα και για τις διοικητικές συμβάσεις²⁵⁰ σε αντίθεση με τον αντικειμενικό χαρακτήρα της αστικής ευθύνης της υπό στενή έννοια Δημόσιας Διοίκησης²⁵¹. Άλλωστε και η ευθύνη του υπολόγου είναι νόθος αντικειμενική²⁵².

249. Βλ. αντίθετη άποψη σε Αλεξάνδρα Κοκκίδου, «Η αίτηση ανάκλησης ενώπιον του VI Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου», σε: *Τιμητικός Τόμος για τα 170 χρόνια του Ελεγκτικού Συνεδρίου*, 2004, σελ. 376.

250. Βλ. άρθρα 5 του Ν. 2522/97 και 198 ΑΚ.

251. Βλ. άρθρα 105 και 106 του ΕισΝΑΚ.

252. Βλ. άρθρα 56 παρ. 2 εδ. β' και 5 του ΚΔΛ, 27 παρ. 3 εδ. γ' και 43 παρ. 1 εδ. β' του ΠΔ 774/80. Βλ επίσης αντί άλλων Ολ. ΕλΣυν. 661/08 και 1531/06. Μάλιστα σε άλλη απόφαση, την 2829/06 της Ολομέλειας του ΕΣ, φαίνεται να υπάρχει απόκλιση από την κρατούσα άποψη περί καταλογιστέας ευθύνης ακόμη και όταν υπάρχει ελαφρά αφηρημένη αμέλεια και να γίνεται δεκτή, επί το επιεικέστερον, η θεμελίωση της ευθύνης de facto υπολόγου ΟΤΑ σε ελαφρά συγκεκριμένη αμέλεια.

Θα μπορούσε μάλιστα να υποστηριχτεί ότι τα αρμόδια όργανα της εκάστοτε αναθέτουσας Αρχής που ευθύνονται για την ορθή διεξαγωγή της όλης προσυμβατικής διαδικασίας υπάγονται στη ρυθμιστική εμβέλεια των άρθρων 33 παρ. 1 περ. α) και 56 παρ. 4 περ. α) του ΚΔΛ όπου θεσπίζεται ευθέως υποκειμενική δημοσιολογιστική ευθύνη.

Η κρίση περί συνδρομής συγγνωστής πλάνης θεμελιώνεται με βάση την έμμεση απόδειξη. Λαμβάνονται υπόψη, μεταξύ άλλων, ως τεκμήρια για τη διαπίστωση έλλειψης υπαιτιότητας, το δυσερμήνευτο των εφαρμοστέων διατάξεων²⁵³, η ύπαρξη εγκυκλίου της Διοίκησης²⁵⁴ ή γνωμοδότησης του ΝΣΚ²⁵⁵ που υποδείκνυαν την εφαρμοσθείσα ερμηνευτική εκδοχή, η διεξαγωγή της διαγωνιστικής διαδικασίας υπό συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού²⁵⁶ και η απειρία του διενεργούντος το δημόσιο διαγωνισμό Φορέα²⁵⁷.

Το οικείο Τμήμα του ΕΣ για το σχηματισμό της τελικής του κρίσης ως προς την ανάκληση ή μη της Πράξης του Κλιμακίου σταθμίζει και πιθανούς λόγους δημοσίου συμφέροντος που επιβάλλουν τη θετική κρίση για την υπογραφή του ελεγχόμενου σχεδίου σύμβασης. Η ύπαρξη δημοσίου συμφέροντος ως αυτοτελούς λόγου ανάκλησης αρνητικής Πράξης του Κλιμακίου δεν γίνεται επί του νόμου βασίμου δεκτή. Όμως ο σχετικός λόγος συνεκτιμάται για τη θεμελίωση συγγνωστής πλάνης. Εάν το δημόσιο συμφέρον επιτάσσει την άμεση υπογραφή της σύμβασης τότε δικαιολογείται η επιεικέστερη αντιμετώπιση της ενδιάθετης στάσης των αρμοδίων οργάνων ως προς την τήρηση της νομιμότητας κατά τη διεξαγωγή της όλης προσυμβατικής διαδικασίας.

5. Η νομική φύση της απόφασης του Τμήματος και οι έννομες συνέπειές της

Τονίστηκε ήδη ότι το ΕΣ κατά τον προσυμβατικό έλεγχο των δημοσίων συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας, δεν ασκεί δικαιοδοτική εξουσία, διεξάγοντας δίκη και επιλύοντας διαφορές υποκαθιστάμενο στη δικαιοδοσία άλλων Δικαστηρίων, οι

253. Βλ. Πράξη Τμ. VI ΕλΣυν. 56/08. Εάν οι ερμηνευόμενες εφαρμοστέες διατάξεις είναι σαφείς και ευρέως γνωστές όπως είναι αυτές περί λειτουργίας των συλλογικών διοικητικών οργάνων τότε δεν δύναται να στοιχειοθετηθεί νομική πλάνη. Βλ. Πράξη Τμ. VI ΕλΣυν. 260/07.

254. Βλ. Πράξη Τμ. VI ΕλΣυν. 22/08.

255. Βλ. Πράξη Τμ. VI ΕλΣυν. 23/08.

256. Βλ. Πράξη Τμ. VI ΕλΣυν. 3/08.

257. Βλ. Πράξη Τμ. VI ΕλΣυν. 97/07.

δε Πράξεις των Κλιμακίων και του VI Τμήματος, δεν αποτελούν δικαιοδοτικές αποφάσεις, αλλά αποφάνσεις που μπορούν να λαμβάνονται και απαγγέλλονται σε μη δημόσια συνεδρίαση και που μπορούν να μην είναι ειδικά και εμπεριστατωμένα αιτιολογημένες.

Ακολούθως, οι Πράξεις, που εκδίδονται από το Τμήμα τούτο, κατά τη διαδικασία του άρθρου 2 του Ν. 3060/02, όπως ισχύει, επί αιτήσεων ανάκλησης κατά των Πράξεων των αρμοδίων Κλιμακίων, με τις οποίες αυτά αποφαινούνται για τη νομιμότητα της διαδικασίας ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας, ασχέτως αν τηρούνται οι διατυπώσεις δημοσιότητας του άρθρου 93 παρ. 2 και 3 του Συν/τος, αποτελούν πράξεις εκδιδόμενες κατά την άσκηση προληπτικού δικαστικού ελέγχου, οι οποίες δεν παράγουν δεδικασμένο, δεν υπόκεινται σε οποιοδήποτε ένδικο μέσο και δεν έχουν το χαρακτήρα οριστικών δικαστικών αποφάσεων²⁵⁸. Επομένως δεν είναι δυνατή η άσκηση αίτησης αναθεώρησης κατά Πράξης του VI Τμήματος, αφού, σύμφωνα με το άρθρο 105 του ΠΔ 1225/81 και το άρθρο 62 του ΠΔ 774/80, στο έκτακτο ένδικο μέσο της αίτησης αναθεώρησης υπόκεινται οι οριστικές δικαστικές αποφάσεις των Τμημάτων του ΕΣ²⁵⁹.

Γίνεται επίσης δεκτό, και ορθά, ότι κατά Πράξης του Τμήματος που έχει εκδοθεί κατόπιν υποβολής ενώπιόν του αίτησης ανάκλησης Πράξης του Κλιμακίου, δεν χωρεί αίτηση ανάκλησης. Τούτο διότι με τις ειδικότερες διατάξεις του εν λόγω άρθρου θεσπίζεται ειδικό καθεστώς για τη συγκεκριμένη διαδικασία. Με τις διατάξεις αυτές ρυθμίζονται εξαντλητικά οι αρμοδιότητες του οικείου Τμήματος και δεν καταλείπεται περιθώριο αναλογικής ή ευθείας εφαρμογής ούτε διατάξεων του ΠΔ 774/80 που προβλέπουν την οίκοθεν ή την κατόπιν αίτησης ανάκληση ή την αναθεώρηση των Πράξεων αυτού²⁶⁰, ούτε των γενικών αρχών του διοικητικού δικαίου περί ανάκλησης των διοικητικών πράξεων. Η ερμηνεία αυτή συνάδει και προς τον επιδιωκόμενο από το νομοθέτη σκοπό της ταχείας διεκπεραίωσης του ελέγχου και της μη συνακόλουθα παρακώλυσης υπερβολικά της συναλλακτικής δράσης της Διοίκησης, η οποία (δράση)

258. Βλ. Πράξεις VI Τμ. ΕλΣυν. 7, 50, 176, 205/2006.

259. Βλ. αντίθετη άποψη σε Γεώργιος Κούρτης, ο.π., σελ. 1131.

260. Βλ. άρθρο 29 παρ. 3 του ΠΔ 774/80, το οποίο αμφισβητείται αν έχει εφαρμογή μόνο στον καταστατικό έλεγχο λογαριασμών και απολογισμών, όπως επιγράφεται το Κεφάλαιο Η' στο οποίο εντάσσεται και τούτο διότι το εν λόγω ΠΔ είναι κωδικοποιητικό.

θα κινδύνευε να ματαιωθεί αν γινόταν δεκτή δυνατότητα «εις το διηνεκές» ανάκλησης των ως άνω Πράξεων του Τμήματος²⁶¹.

Περαιτέρω, τόσο το ΣτΕ όσο και το Μονομελές Πολιτικό Πρωτοδικείο, σε περίπτωση που εκκρεμεί ενώπιον τους αίτηση ακυρώσεως κατά πράξεως αναθέσεως προμηθείας, δημοσίου έργου ή υπηρεσίας, δεν κωλύονται να ασκήσουν την, κατά τα άρθρα 94 και 95 παρ. 1 εδ. α' του Συν/τος, αρμοδιότητά τους, εάν, πριν από τη συζήτηση της αιτήσεως, το ΕΣ, διατυπώνοντας, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 19 παρ. 7 του ΠΔ 774/1980, το πόρισμα του, θεωρήσει ότι η εν λόγω πράξη εκδόθηκε κατά παράβαση νόμου ή πλάνη περί τα πράγματα. Η δίκη διατηρεί, στην περίπτωση αυτή, το αντικείμενο της, η δε απόφαση των Δικαστηρίων που θα εκδοθεί επί της προαναφερθείσας αιτήσεως θα έχει δύναμη δεδικασμένου για τα υπαγόμενα στη δικαιοδοσία των νομικής φύσεως ζητήματα που επιλύει. Διαφορετική εκδοχή θα δημιουργούσε έλλειμμα δικαστικής προστασίας και θα αντέβαινε προς τις διατάξεις των άρθρων 20 παρ. 1, 94 και 95 παρ. 1 του Συν/τος, σε αρμονία προς τις οποίες πρέπει να ερμηνεύεται η διάταξη του άρθρου 98 παρ. 1 περ. β του Συν/τος²⁶².

IV. Άλλες αρμοδιότητες του Τμήματος

Επιπλέον, το VI Τμήμα έχει ρόλο ενοποιητικό της νομολογίας των Κλιμακίων ελέγχου συμβάσεων. Προς τούτο είναι αρμόδιο να αίρει τις αμφισβητήσεις για την έννοια διατάξεων τυπικού νόμου, που γεννώνται σε δύο περιπτώσεις:

α) είτε όταν εκδόθηκαν για τις διατάξεις αυτές αντίθετες Πράξεις ή Πρακτικά Κλιμακίων ή συνθέσεων αυτών,

β) είτε όταν υπάρχει αμφιβολία για την αληθινή έννοια αυτών.

Ετέθη το ζήτημα εάν με τη σχετική διάταξη ιδρύονται δύο διαφορετικές διαδικασίες άρσης αμφισβήτησης περί της έννοιας διάταξης τυπικού νόμου ή αντίθετα θεσπίζονται απλώς δύο διαφορετικοί λόγοι θεμελίωσης δικαιώματος προσφυγής στην αρμοδιότητα του Τμήματος να άρει την ερμηνευτική διχογνωμία ή αμφιβολία.

Στην αρχή το ΕΣ δέχθηκε ότι με την εν λόγω ρύθμιση θεσπίστηκε μία αρμοδιότη-

261. Βλ. Πρακτικά Ολ. ΕλΣυν. 25^{ης} ΓΣ/26.10.2005 και 20^{ης} ΓΣ/11.10.06 οι κρίσεις των οποίων είναι, με βάση το άρθρο 22 του ΠΔ 774/80, υποχρεωτικές για το Τμήμα. Βλ. επίσης Πράξεις VI Τμ. ΕλΣυν. 113, 114, 115, 122, 123/05, 176, 205/06, 153, 154/07.

262. Βλ. ΑΕΔ 20/05.

τα ενεργοποιούμενη σε δύο περιπτώσεις. Περαιτέρω έκρινε ότι, του νόμου μη διακρίνοντας, και στις δύο αυτές περιπτώσεις αμφισβήτησης, η αίτηση για την άρση αυτής φέρεται ενώπιον του Τμήματος τόσο από αυτόν που έχει έννομο συμφέρον ή από το Γενικό Επίτροπο της Επικρατείας, όπως επί αιτήσεως ανακλήσεως, όσο και από τον Πρόεδρο του ΕΣ, καθώς και αυτεπαγγέλτως από τον προεδρεύοντα του Κλιμακίου²⁶³.

Η νομολογία αυτή μεταστράφηκε. Έτσι γίνεται πλέον δεκτό ότι το VI Τμήμα του ΕΣ, εκτός της κρίσης επί των αιτήσεων ανάκλησης, είναι αρμόδιο επί δύο διαφορετικών νομικών ζητημάτων που εισάγονται ενώπιόν του με διαφορετικές τυπικές προϋποθέσεις:

α) να αίρει την αμφισβήτηση που αφορά την έννοια των διατάξεων τυπικού νόμου, όταν εκδόθηκαν γι' αυτές αντίθετες πράξεις ή πρακτικά των Κλιμακίων ή συνθέσεων αυτών, ύστερα από αίτηση όποιου έχει έννομο συμφέρον, ή του Προέδρου του Κλιμακίου ή του Προέδρου ή του Γενικού Επιτρόπου της Επικρατείας και

β) να απαντά στην αμφιβολία σχετικά με την αληθινή έννοια διατάξεων τυπικού νόμου που θέτει ενώπιόν του αποκλειστικά και μόνο η οικεία σύνθεση του Κλιμακίου με πρακτικό της.

Συνεπώς ο εκάστοτε αιτών, αναθέτων δημόσιος Φορέας ή διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας, την άρση της αμφισβήτησης οφείλει να επικαλείται και να αποδεικνύει ότι συντρέχουν οι κατά το νόμο απαιτούμενες προϋποθέσεις αυτής (έκδοση αντίθετων πράξεων ή πρακτικών των Κλιμακίων ή συνθέσεων αυτών). Εάν επιχειρεί να θεμελιώσει το αίτημα του είτε σε αντίθετες αποφάσεις μεταξύ Κλιμακίου και Τμήματος ή μεταξύ Τμημάτων καθώς και εάν ζητά άρση αμφιβολίας για την έννοια διάταξης τυπικού νόμου η αίτησή του θα απορριφθεί ως απαράδεκτη²⁶⁴.

263. Βλ. Πράξη VI Τμ. ΕλΣυν. 20/04.

264. Βλ. Πράξεις VI Τμ. ΕλΣυν. 128, 200/07, 36, 39/08

ΕΠΙΛΟΓΟΣ

Φέτος συμπληρώνονται δέκα χρόνια από τη θέσπιση του υποχρεωτικού προσυμβατικού ελέγχου.

Ομολογουμένως η συμβολή του ΕΣ στην άσκηση πίεσης για την τήρηση της νομιμότητας στο προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων είναι σημαντική²⁶⁵.

Όμως ένα ερώτημα, που σχετίζεται και με τη σχέση του προληπτικού ελέγχου με τις άλλες μορφές δικαιοδοτικής εξουσίας επί των διαφορών που ανακύπτουν κατά το προσυμβατικό στάδιο και χρήζει απάντησης, είναι αν πράγματι το υπάρχον νομικό σύστημα ανταποκρίνεται ικανοποιητικά στην επιταγή για εξασφάλιση της διαφάνειας στην συναλλακτική και παροχική δράση της Δημόσιας Διοίκησης.

Για να αντιληφθούμε αμυδρά τις νομικές και ηθικοπολιτικές διαστάσεις του ανωτέρω ερωτήματος ας υποθέσουμε ότι ένας δημόσιος Φορέας καταρτίζει δημόσια σύμβαση χωρίς την άσκηση του προσυμβατικού ελέγχου.

Σύμφωνα με τις εκτενώς αναλυθείσες ανωτέρω οικείες διατάξεις η σύμβαση θεωρείται άκυρη. Η έννοια της ακυρότητας δεν αποσαφηνίζεται από τις ειδικές εφαρμοστέες διατάξεις. Αν υποθεθεί ότι εξαρτάται από το χαρακτήρα της δημόσιας σύμβασης ως ιδιωτικού ή διοικητικού δικαίου τότε ανακύπτουν τα κάτωθι νομικά προβλήματα.

Στην περίπτωση, που η σύμβαση διέπεται από το ιδιωτικό δίκαιο, θεωρείται ως μη γενόμενη²⁶⁶ και ο αντισυμβαλλόμενος δεν έχει ουδεμία αξίωση έναντι του Δημοσίου, ακόμα κι αν εκπληρώνει τις συμβατικές του υποχρεώσεις, παρά μόνο κατά τις διατάξεις περί αδικαιολόγητου πλουτισμού²⁶⁷, η εφαρμογή των οποίων καθιστά άσκηση επί χάρτου τον προληπτικό δημοσιονομικό έλεγχο²⁶⁸. Από την άλλη μεριά τέτοιας μορφής κύρωση αντιστρατεύεται ευθέως και βιαίως το δημόσιο συμφέρον θέτοντας σε κίνδυνο την επαρκή ικανοποίηση στοιχειωδών κοινωνικών αναγκών.

Στην περίπτωση που η σύμβαση είναι διοικητική προκύπτουν τα κάτωθι νομικά

265. Για τη σημαντικότητα του επιτελούμενου έργου βλ. την ετήσια έκθεση του ΕΣ οικονομικού έτους 2006 (ΦΕΚ 2710 Β').

266. Βλ. άρθρα 174 και 180 ΑΚ.

267. Βλ. άρθρο 904 ΑΚ.

268. Βλ. Πράξεις Ι Τμ. ΕλΣυν. 244/07 και VII Τμ. ΕλΣυν. 207/07.

«αδιέξοδα»:

α) Επειδή δεν υπάρχει στην ελληνική έννομη τάξη ένδικο βοήθημα με αίτημα την αναγνώριση της ακυρότητας διοικητικής σύμβασης²⁶⁹, ο αξιών την πληρωμή του αντισυμβαλλόμενος του Δημοσίου ή ΝΠΔΔ έχει ως μοναδική δυνατότητα να ασκήσει ευθεία αγωγή με επικουρική βάση τον αδικαιολόγητο πλουτισμό στο αρμόδιο Διοικητικό Εφετείο²⁷⁰.

Το τελευταίο ενίοτε ελέγχει μόνο το υποστατό ή μη της γενόμενης και εκτελούμενης σύμβασης και όχι τις προϋποθέσεις σύναψής της, κατ' εφαρμογή του τεκμηρίου της νομιμότητας και της απαγόρευσης του παρεμπίπτοντος ελέγχου των ατομικών διοικητικών πράξεων, όπως είναι και οι πράξεις του προσυμβατικού σταδίου²⁷¹, περιλαμβανομένου του οικείου ελέγχου από το ΕΣ.

Με την ανωτέρω νομική ερμηνευτική «κατασκευή» εάν έχει τελεστεί διαφθορά κατά τη σύναψη διοικητικής σύμβασης αυτή δεν κολάζεται καθότι, εν τέλει, ο εκάστοτε ανάδοχος, καίτι παρανόμως επιλεγείς, θα πληρωθεί με βάση τελεσίδικη απόφαση Διοικητικού Δικαστηρίου, η οποία εξοπλισμένη με τη δύναμη του δεδικασμένου εκφεύγει πλέον της ελεγκτικής εξουσίας του ΕΣ²⁷².

Εάν αντιθέτως γίνει δεκτό ότι το αρμόδιο Διοικητικό Εφετείο υποχρεούται να ερευνήσει τη νομιμότητα της διαδικασίας που προηγείται της κατάρτισης της συμβάσεως, και, εφ' όσον διαπιστώσει τη μη νομιμότητα της, να προσέλθει στην περαιτέρω έρευνα της επικουρικής βάσης της αγωγής²⁷³ τότε επανερχόμαστε στην ίδια προβληματική με εκείνη που προαναφέρθηκε για τις διεπόμενες από το ιδιωτικό δίκαιο δημόσιες συμβάσεις.

Η ανωτέρω προβληματική οδηγεί, δυστυχώς, στην κυνική αξιολογική κρίση του μέσου ανθρώπου ότι «τελικά κι ο έλεγχος αυτός είναι μια τρύπα στο νερό».

Η περαιτέρω έρευνα για την εξεύρεση τελέσφορης νομικής λύσης αποτελεί την επόμενη επιστημονική πρόσκληση και πρόκληση.

269. Βλ. άρθρα 45 ΠΔ 18/89, 63 και 71 του Ν. 2717/99 (ΦΕΚ 97 Α') «Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας» (Στο εξής ΚΔΔ/μιας). Επίσης Βλ. ΣτΕ 972/98 Ολ., 1197/00, 895, 1186/06, 1401/07.

270. Βλ. ΣτΕ 3815/03. Αντίθετα το ΔΕφΠ 1817/05 έκρινε ότι η αρμοδιότητα ανήκει στο Διοικητικό Πρωτοδικείο.

271. Βλ. ΔΕφΑθ. 3166/94, 3072/02, 27/09.

272. Βλ. άρθρα 6 παρ. 2 περ. α), 197 του ΚΔΔ/μιας και 17 παρ. 3 του ΠΔ 774/80.

273. Βλ. ΔΕφΑθ. 3072/02 μειοψ., 2669/05 και ΣτΕ 1287/06.

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

1. Γέροντας Απ., Λύτρας Σ., Παυλόπουλος Πρ., Σιούτη Γλ., Φλογαΐτης Σ., Γιαννακόπουλος Κ., Διοικητικό Δίκαιο, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2004.
2. Γέροντας Απόστολος, Δημοσιονομικό Δίκαιο, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2005.
3. Γέροντας Απόστολος, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2009.
4. Γιαννακόπουλος Θ. Κων/νος, Η αδιαφάνεια που απαιτεί ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός στο κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2003.
5. Γιαννακόπουλος Θ. Κων/νος, Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των διοικητικών συμβάσεων, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2006.
6. Δαγτόγλου Δ. Προδρ., Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2004.
7. Δαγτόγλου Δ. Προδρ., Συνταγματικό Δίκαιο Ατομικά δικαιώματα, Τόμος Β, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2005.
8. Καρκαλής Ιωάννης, Αντιδιαφθορά και Ελεγκτικό Συνέδριο: εφαρμοσμένη δημοσιονομική ελεγκτική, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2005.

9. Καρύδης Σ. Γεώργιος, Ευρωπαϊκό Δίκαιο Επιχειρήσεων και Ανταγωνισμού, Τόμος Ι: Θεμελιώδεις Ελευθερίες-Ανταγωνισμός-Κρατικές Ενισχύσεις, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2004.
10. Κοκκίδου Αλεξάνδρα, Ο προληπτικός έλεγχος των δημοσίων συμβάσεων προμηθειών από το Ελεγκτικό Συνέδριο, Πανεπιστημιακές εκδόσεις Παντείου Πανεπιστημίου, Αθήνα 2001.
11. Κοκκίδου Αλεξάνδρα, Οι αρμοδιότητες του Ελεγκτικού Συνεδρίου κατά το αναθεωρημένο άρθρο 98 του Συντάγματος, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2004.
12. Κουτούπα-Ρεγκάκου Ευαγγελία, Δημόσιες συμβάσεις και κοινοτικό δίκαιο: διαδικασίες ανάθεσης και έννομη προστασία, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη 1995.
13. Λαδάς Παναγιώτης, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου II, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2009.
14. Λαζαράτος Πάνος, Το δικαίωμα ακροάσεως στη διοικητική διαδικασία, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 1992.
15. Μακρυδημήτρης Αντώνης, Δημόσια Διοίκηση-Στοιχεία διοικητικής οργάνωσης, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2006.
16. Μαρκαντωνάτου-Σκαλτσά Γ. Ανδρομ., Γενικές αρχές στη νομολογία του ΣτΕ και του ΔΕΚ, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2007.
17. Μηλιώνης Νικόλαος, Ο θεσμικός ρόλος του Ελεγκτικού Συνεδρίου, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2005.

18. Παπαγρηγορίου Ι. Βλάσιος, Εισηγήσεις Διοικητικού Δικαίου, τευχ. 1, 3^η εκδ., Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2006.
19. Σαρμάς Δ. Ιωάννης, Κράτος και δικαιοσύνη, το δημόσιο χρήμα υπό έλεγχο, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2003.
20. Σπηλιωτόπουλος Π. Επαμ., Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου Ι, 12^η εκδ., Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2007.
21. Σταμάτης Μ. Κώστας, Η θεμελίωση των νομικών κρίσεων: ένα κριτικά πρακτικό πρότυπο ερμηνείας του δικαίου, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2009.
22. Τάχος Ι. Αναστ., Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, 8^η εκδ., Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2005.
23. Χρυσόγονος Χ. Κώστας, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2002.

ΑΡΘΡΟΓΡΑΦΙΑ

1. Βολτής Δ. Κων/νος, «Ο έλεγχος νομιμότητας συμβάσεων του δημοσίου από το Ελεγκτικό Συνέδριο», σε: *Τιμητικός Τόμος για τα 170 χρόνια του Ελεγκτικού Συνεδρίου*, 2004.
2. Γέροντας Απόστολος, «θεμελιώδεις αρχές που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις-Οι πρόσφατες νομολογιακές προσεγγίσεις», σε: *Εφαρμογές δημοσίου δικαίου*, τευχ. II/2006.
3. Ευστρατίου Παύλου-Μιχαήλ, «Οι νέες διατάξεις του Κώδικα Δημοσίου Λογιστικού (Ν. 2362/95) για τις διοικητικές συμβάσεις», σε: *Διοικητική Δίκη*, 1997.
4. Καραβοκύρης Ιωάννης, «Ο προσυμβατικός έλεγχος νομιμότητας από το Ελεγκτικό Συνέδριο», σε: *Θεωρία και Πράξη Διοικητικού Δικαίου*, τευχ. 9/2008.
5. Κοκκίδου Αλεξάνδρα, «Η αίτηση ανάκλησης ενώπιον του VI Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου», σε: *Τιμητικός Τόμος για τα 170 χρόνια του Ελεγκτικού Συνεδρίου*, 2004.
6. Κούρτης Γεώργιος, «Διαφάνεια και έλεγχος των δημοσίων συμβάσεων από το Ελεγκτικό Συνέδριο», σε: *Διοικητική Δίκη*, τευχ. 5/2004.
7. Λαζαράτος Πάνος, «Η έκταση του ελέγχου νομιμότητας μεγάλων συμβάσεων από το Ελεγκτικό Συνέδριο (γνωμ.)», σε: *Θεωρία και Πράξη Διοικητικού Δικαίου*, τευχ. 9/2008.

8. Μπαλτά Γ. Ευ., «Η αρχή της διαφάνειας στις δημόσιες συμβάσεις», σε: *Δημόσιες Συμβάσεις και Κρατικές Ενισχύσεις*. τευχ. 1-3/2006.
9. Παπαθεοδώρου Ιουλία, «Οι νομολογιακές αρχές που διέπουν την διεξαγωγή των διαγωνισμών του Δημοσίου», σε: *Θεωρία και Πράξη Διοικητικού Δικαίου*, τευχ. 9/2008.
10. Παπακωνσταντίνου Απόστολος, «Η διαφθορά στη δημόσια διοίκηση και την πολιτική: συνταγματικές πτυχές», σε: *Επιθεώρησις δημοσίου δικαίου και διοικητικού δικαίου*, τευχ. 1/2004.
11. Παυλόπουλος Β. Προκ., «Η εκδίκαση των διοικητικών διαφορών από διοικητικές συμβάσεις μετά την αναθεώρηση του Συντάγματος», σε: *Τιμητικός Τόμος για τα 170 χρόνια του Ελεγκτικού Συνεδρίου*, 2004.
12. Ρένεση Νικολέτα, «Λειτουργικές δημόσιες δαπάνες: Η διεύρυνση της έννοιας της δημόσιας δαπάνης στη νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου», σε: *Τιμητικός Τόμος για τα 170 χρόνια του Ελεγκτικού Συνεδρίου*, 2004.
13. Τζεβελεκάκης Ιωάννης, «Μια εφαρμογή της θεωρίας των διφυών νομικών προσώπων», σε: *Τιμητικός Τόμος για τα 170 χρόνια του Ελεγκτικού Συνεδρίου*, 2004.