

ΠΑΝΤΕΙΟΝ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΚΟΙΝΩΝΙΚΩΝ ΚΑΙ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΕΠΙΣΤΗΜΩΝ

PANTEION UNIVERSITY OF SOCIAL AND POLITICAL SCIENCES



ΣΧΟΛΗ ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ

ΤΜΗΜΑ ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ

ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΜΕΤΑΠΤΥΧΙΑΚΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ

«ΔΙΚΑΙΟ, ΤΕΧΝΟΛΟΓΙΑ ΚΑΙ ΟΙΚΟΝΟΜΙΑ»

Η προσυμβατική ευθύνη στις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών,
εκτελέσεως έργων και υπηρεσιών

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ

Φωτεινή Μ. Σταφυλά

Αθήνα, Ιανουάριος 2023

Τριμελής Επιτροπή

Ελευθέριος Βόγκλης, Επίκουρος Καθηγητής Παντείου Πανεπιστημίου (Επιβλέπων)

Αντώνιος Χάνος, Αναπληρωτής Καθηγητής Παντείου Πανεπιστημίου

Φερενίκη Παναγοπούλου – Κουτνατζή, Επίκουρη Καθηγήτρια Παντείου
Πανεπιστημίου

Copyright© Φωτεινή Σταφυλά, 2023

All rights reserved. Με επιφύλαξη παντός δικαιώματος.

Απαγορεύεται η αντιγραφή, αποθήκευση και διανομή της παρούσας διπλωματικής εργασίας εξ ολοκλήρου ή τμήματος αυτής, για εμπορικό σκοπό. Επιτρέπεται η ανατύπωση, αποθήκευση και διανομή για σκοπό μη κερδοσκοπικό, εκπαιδευτικής ή ερευνητικής φύσης, υπό την προϋπόθεση να αναφέρεται η πηγή προέλευσης και να διατηρείται το παρόν μήνυμα. Ερωτήματα που αφορούν τη χρήση της διπλωματικής εργασίας για κερδοσκοπικό σκοπό πρέπει να απευθύνονται προς την συγγραφέα.

Η έγκριση της διπλωματικής εργασίας από το Πάντειον Πανεπιστήμιο Κοινωνικών και Πολιτικών Επιστημών δεν δηλώνει αποδοχή των γνώμων της συγγραφέα.

Συντομογραφίες

ΑΕΔ: Ανώτατο Ειδικό Δικαστήριο

ΑΕΠ: Ακαθάριστο Εγχώριο Προϊόν

ΑιτΕκθ: Αιτιολογική Έκθεση

ΑΚ/ΕισΝΑΚ: Αστικός Κώδικας/Εισαγωγικός Νόμος Αστικού Κώδικα

ΑΠ/ΑΠ (Ολ.): Άρειος Πάγος/Άρειος Πάγος Ολομέλεια

αρ.: αριθμός

Αρμ.: Αρμενόπουλος (νομικό περιοδικό του Δικηγορικού Συλλόγου Θεσσαλονίκης)

Βλ./Πρβλ.: Βλέπε/Παράβλεπε

γνμδ.: γνωμοδότηση

ΔιοικΔ:

ΔιΔικ:

ΔΕΚ/ΔΕΕ: Δικαστήριο Ευρωπαϊκής Κοινότητας/Δικαστήριο Ευρωπαϊκής Ένωσης

ΔΠρωτ: Διοικητικό Πρωτοδικείο

ΔΕφ: Διοικητικό Εφετείο

ΕΔΔΔ:

ΕΕ/ΕΕΕΕ: Επίσημη Εφημερίδα/Επίσημη Εφημερίδα Ευρωπαϊκής Ένωσης

ΕΕΕΔ: Ελληνική Επιθεώρηση Ευρωπαϊκού Δικαίου

ΕΕμπΔ: Επιθεώρηση Εμπορικού Δικαίου

ΕλλΔνη: Ελληνική Δικαιοσύνη (νομικό περιοδικό)

ΕλΣυν: Ελεγκτικό Συνέδριο

ΕΟΚ/ΕΚ/ΕΕ: Ευρωπαϊκή Οικονομική Κοινότητα/Ευρωπαϊκή Κοινότητα/ Ευρωπαϊκή Ένωση

εδ.: εδάφιο

επ.: επόμενα

Εφ.: Εφετείο

ΘΠΔΔ: Θεωρία και Πράξη Διοικητικού Δικαίου (νομικό περιοδικό)

ΚριτΕ: Κριτική Επιθεώρηση (νομικό περιοδικό)

ΜΠρ: Μονομελές Πρωτοδικείο

Ν.: Νόμος

Ν.Δ.: Νομοθετικό Διάταγμα

ΝοΒ: Νομικό Βήμα (νομικό περιοδικό του Δικηγορικού Συλλόγου Αθηνών)

ΝΠΔΔ: Νομικό Πρόσωπο Δημοσίου Δικαίου

ΝΠΙΔ: Νομικό Πρόσωπο Ιδιωτικού Δικαίου

όπ.αν.: όπου ανωτέρω

ΟΤΑ: Οργανισμός Τοπικής Αυτοδιοίκησης

παρ.: παράγραφος

Π.Δ.: Προεδρικό Διάταγμα

ΠΠρ: Πολυμελές Πρωτοδικείο

ΣΕΕ/ΣΛΕΕ : Συνθήκη για την Ευρωπαϊκή Ένωση/ Συνθήκη για την Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης

σελ.: σελίδα

σημ.: (υπο)σημείωση

σκ.: σκέψη

ΣτΕ/ΣτΕ (ΕΑ) /ΣτΕ (Ολ.): Συμβούλιο της Επικρατείας/Επιτροπή Αναστολών/Ολομέλεια

ΧρΙΔ: Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου (νομικό περιοδικό)

BGB: Bürgerlichesgesetzbuch (γερμανικός ΑΚ)

Abs.: Abschnitt

Περίληψη

Ως προσυμβατική ευθύνη στις δημόσιες συμβάσεις εννοείται η ευθύνη μίας αναθέτουσας αρχής προς αποζημίωση ενός οικονομικού φορέα για ορισμένη ζημιογόνο πράξη ή παράλειψη κατά το στάδιο της αναθέσεως μίας δημόσιας συμβάσεως προμηθείας, δηλαδή μίας δημόσιας συμβάσεως με αντικείμενο την προμήθεια αγαθών, την εκτέλεση εργασιών ή την παροχή υπηρεσιών. Ο όρος «δημόσια σύμβαση προμήθειας» έχει κοινοτική προέλευση και αναδεικνύει τον τομέα αυτόν ως χαρακτηριστικό σημείο άμεσης επίδρασης του κοινοτικού δικαίου στην συναλλακτική διοίκηση των κρατών μελών. Και οι δύο ισχύουσες Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ μεταφέρθηκαν στην ελληνική έννομη τάξη με τον νόμο 4412/2016.

Ωστόσο, ο Ν.4412/2016 δεν μεταφέρει μόνον τις δύο ως άνω κοινοτικές διατάξεις στην εθνική έννομη τάξη, ρυθμίζει επίσης διεξοδικώς την διαδικασία αναθέσεως για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών εν γένει· τούτο συμβαίνει είτε η συμβατική αξία εκτιμάται να είναι ίση ή ανώτερη προς τα χρηματικά όρια, τα οποία θέτουν οι Οδηγίες, είτε όχι. Επί πλέον αυτού, περιέχει υποχρεωτικές διατάξεις για την προσυμβατική ευθύνη για όλες τις αναθέτουσες αρχές, οι οποίες είναι οργανωμένες τόσο βάσει του δημοσίου όσο και βάσει του ιδιωτικού δικαίου. Ο Ν.4412/2016 συνιστά παράδειγμα ενιαίας εφαρμογής της νομοθεσίας και της δικαιοδοσίας.

Η προσυμβατική ευθύνη στις δημόσιες συμβάσεις διέπεται από τα άρθρα 197-198 ΑΚ, τα άρθρα 105-106 ΕισΝΑΚ, όταν η αναθέτουσα αρχή είναι το Δημόσιο, ΟΤΑ ή άλλο ΝΠΔΔ, καθώς και το άρθρο 373 Ν.4412/2016, το οποίο προβλέπει την μη περιορίσιμη αποζημιωτική ευθύνη της αναθέτουσας αρχής σε περίπτωση παράνομου αποκλεισμού ενός οικονομικού φορέα. Στο πεδίο των δημοσίων προμηθειών η επιδικαστέα αποζημίωση δεν «περιορίζεται» μόνον στο «αρνητικό διαφέρον», όπως αυτό εμφανίζεται κατά το στάδιο των διαπραγματεύσεων, αλλά είναι δυνατόν να καλύψει το διαφυγόν κέρδος της επίδικης συμβάσεως. Συνεπώς, μόνον ο ορθός προσδιορισμός της αιτιώδους συναφείας μεταξύ παρανομίας της αναθέτουσας αρχής και της ζημίας είναι σημαντικός. Κατ' αυτόν τον τρόπο, η έννομη προστασία του ζημιωθέντος οικονομικού φορέα κατά το στάδιο της αναθέσεως μίας δημόσιας συμβάσεως έχει καταστεί πράγματι αποτελεσματική από δικονομική και, κυρίως, από ουσιαστική άποψη

Λέξεις-κλειδιά

Δημόσιες συμβάσεις προμηθειών – προσυμβατική ευθύνη

Abstract

By pre-contractual liability in public procurement is meant the responsibility of a contracting authority to compensate an economic operator because of a harmful act or omission during the proceedings until the award of a public procurement contract, i.e. a contract with object supply of products, execution of works or provision of services. The term "public procurement contract" has an european origin and highlights this sector as a characteristic point of European law's direct influence upon the trading administration of the states members. Both applicable Directives 2014/24/EU and 2014/25/EU has been transposed into the greek legal order by the Law 4412/2016.

Nevertheless, not only does the Law 4412/2016 transpose the above mentioned european law provisions into the national legal order, it also establishes thorough rules on award proceedings for public procurement contracts in general, i.e. whether the contract value is estimated to be equal to or greater than the threshold amounts which are being set by the Directives, or not. Moreover, it contains mandatory provisions for the pre-contractual liability of contract authorities, which may be governed by public law, as well as civil law. Law 4412/2016 is an example of unanimous application of legislation and jurisdiction.

Pre-contractual liability in public procurement is ruled by the articles 197-198 of the Civil Code, the articles 105-106 of the Introductory Act to the Civil Code, when the contracting authority is the State or another legal person governed by public law, as well as the article 373 of Law 4412/2016, which provides the unconditional compensatory liability of the contracting authority in case of an illegal exclusion of an economic operator. In the field of public procurement the arbitrable compensation due to pre-contractual liability is not "limited" to the "negative interest", as it arises during the usual negotiation stage, but also may cover the lost profit of the disputed contract. Consequently, only the precise determination of causation between the wrong of the contracting authority and the harm is important. So, the legal protection of the injured economic operator during the stage of awarding a public contract has become really effective from a procedural and, above all, from a substantive point of view.

Key-words

Public procurement contracts – pre-contractual liability

Περιεχόμενα

Εισαγωγή.....	3
Κεφάλαιο πρώτο	5
Οι δημόσιες συμβάσεις προμηθειών, εκτελέσεως έργων και υπηρεσιών στην εθνική έννομη τάξη	5
I.- Γενική οριοθέτηση	5
1. Η ενωσιακή προέλευση του όρου «δημόσια σύμβαση».....	5
2.- Το ισχύον νομοθετικό καθεστώς για τις δημόσιες συμβάσεις: Ο Ν. 4412/2016...	7
II.- Οριοθέτηση του υποκειμενικού και αντικειμενικού πεδίου εφαρμογής του Ν.4412/2016	12
1. Τα υποκείμενα της δημόσιας σύμβασης	12
2. Το αντικείμενο των δημοσίων συμβάσεων	20
III.- Συστηματική κατάταξη των δημοσίων συμβάσεων στην εθνική έννομη τάξη	22
1. Η διάκριση μεταξύ «διοικητικών συμβάσεων» και «ιδιωτικών συμβάσεων του δημοσίου».....	22
2. Ενιαίο σύστημα δικαστικής προστασίας κατά την σύναψη (ανάθεση και εκτέλεση) δημοσίων συμβάσεων, διοικητικού ή ιδιωτικού δικαίου	25
Κεφάλαιο δεύτερο	29
Η ευθύνη της αναθέτουσας αρχής κατά το προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων προμηθειών, εκτελέσεως έργων και παροχής υπηρεσιών	29
I.- Έννοια και οριοθέτηση του προσυμβατικού σταδίου	29
1.- Η έναρξη και η λήξη της διαδικασίας αναθέσεως της σύμβασης	29
2.- Η νομική φύση της διακηρύξεως ως «εναρκτήριου λακτίσματος» του προσυμβατικού σταδίου	31
II.- Η νομική θεμελίωση της προσυμβατικής ευθύνης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων	33
1.- Η προσυμβατική ευθύνη κατ' ΑΚ 197-198.....	33
2.- Η προσυμβατική ευθύνη κατ' άρθρα 105-106 ΕισΝΑΚ.....	41
3.- Η προσυμβατική ευθύνη κατ' άρθρο 373 του Ν.4412/2016	46
4. Η σχέση μεταξύ των περισσότερων νομικών βάσεων της προσυμβατικής ευθύνης στις δημόσιες συμβάσεις	49

Κεφάλαιο τρίτο	52
Η αποζημίωση λόγω προσυμβατικής ευθύνης της αναθέτουσας αρχής στις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών, εκτελέσεως έργων και υπηρεσιών	52
I.- Εισαγωγικές παρατηρήσεις	52
II.- Ο νόμιμος λόγος της προσυμβατικής ευθύνης κατ' άρθρα 197-198 ΑΚ	53
1.- Συμπεριφορά αντίθετη προς την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη	53
2.- Υποκειμενική η ευθύνη της αναθέτουσας αρχής	63
III.- Ο νόμιμος λόγος προσυμβατικής ευθύνης κατ' άρθρα 105 και 106 ΕισΝΑΚ	64
1.- Παράνομη πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά την άσκηση της δημόσιας εξουσίας	64
2.- Αντικειμενική η ευθύνη της αναθέτουσας αρχής	67
IV.- Ο νόμιμος λόγος της προσυμβατικής ευθύνης κατ' άρθρο 373 Ν.4412/2016	68
1.- Πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση του ενωσιακού ή του εσωτερικού δικαίου	69
2.- Αποκλεισμός του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα από την διαδικασία συνάψεως ή από την σύναψη της σύμβασεως	74
3.- Η προηγούμενη ακύρωση της παράνομης πράξεως αποκλεισμού του ενδιαφερομένου	75
4.- Υποκειμενική και πάλι η ευθύνη	80
V.- Αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ νόμιμου λόγου ευθύνης και ζημίας	81
VI.- Η -επιδικαστέα λόγω προσυμβατικής ευθύνης- αποζημίωση	82
1.- Γενική οριοθέτηση της αποκαταστατέας ζημίας και της επιδικαστέας αποζημιώσεως. Έννοια και περιεχόμενο του «αρνητικού διαφέροντος» σε σχέση με το «θετικό διαφέρον» και το «οιονεί θετικό διαφέρον»	82
2.- Ειδικώς, η επιδικαστέα αποζημίωση λόγω προσυμβατικής ευθύνης στις δημόσιες συμβάσεις	86
3.- Η ένσταση συντρέχοντος πταίσματος	91
Συμπεράσματα	92

Εισαγωγή

Ο τομέας των δημοσίων συμβάσεων αποτελεί ένα θεμελιώδες στοιχείο για το επενδυτικό σύστημα εντός της ΕΕ, δεδομένου ότι μεγάλο μέρος των δημοσίων επενδύσεων στην οικονομία, το οποίο αντιστοιχεί σε ποσοστό 14% του ΑΕΠ της ΕΕ, διατίθεται μέσω αυτών. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με την Eurostat (2017), η αξία των συνολικών γενικών δημοσίων δαπανών για τα έργα, τις προμήθειες και υπηρεσίες εκτιμάται σε 2.000 δις. Ευρώ¹.

Βεβαίως, πάντοτε οι δημόσιες προμήθειες και τα δημόσια έργα ήταν ένα σημαντικό εργαλείο ασκήσεως κεντρικής και περιφερειακής οικονομικής και κοινωνικής πολιτικής από τα κράτη². Στην παρούσα, όμως, ευρωπαϊκή συγκυρία, οι δημόσιες προμήθειες θεωρούνται πιο σημαντικές από ποτέ, για όλους τους ενδιαφερομένους: για τους Ευρωπαίους πολίτες, με τη μορφή της πρόσβασης σε δημόσιες υπηρεσίες και αγαθά υψηλής ποιότητας· τις δημόσιες αρχές, με τη μορφή ενός ισχυρού εργαλείου για την διάθεση δημόσιων κονδυλίων κατά τρόπο παραγωγικό και στρατηγικό, ιδίως σε περιόδους οξείας δημοσιονομικής συγκυρίας· και, τέλος, για τις ευρωπαϊκές επιχειρήσεις, με τη μορφή των ωφελημάτων από την ενιαία αγορά μέσω της ακώλυτης συμμετοχής σε διαγωνιστικές διαδικασίες τόσο στον τόπο της εγκατάστασης όσο και σε άλλα κράτη μέλη. Ευλόγως, λοιπόν, καλούνται από την Επιτροπή της Ε.Ε. οι εθνικές δημόσιες αρχές να χρησιμοποιήσουν αυτό το εργαλείο απόδοσης των χρηματικών πόρων, προκειμένου να εξασφαλίζουν σταθερώς την βέλτιστη οικονομική απόδοση για τους δημόσιους πόρους και να συμβάλλουν στον μέγιστο δυνατό βαθμό σε μία περισσότερο καινοτόμο, βιώσιμη και ανταγωνιστική οικονομία χωρίς αποκλεισμούς. Αυτός είναι ο διττός στόχος στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, με το βλέμμα πάντοτε στραμμένο στην ολοκλήρωση της εσωτερικής αγοράς (άρθρα 3 παρ. 3 ΣΕΕ και 26 ΣΛΕΕ).

Εξ ίσου ευλόγως, ο τομέας των δημοσίων συμβάσεων αποτέλεσε νωρίς αντικείμενο παρέμβασης του κοινοτικού νομοθέτη. Το έτος 1971 εκδόθηκε η πρώτη

¹ Ανακοίνωση της Επιτροπής της 3^{ης} Οκτωβρίου 2017 προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, το Συμβούλιο, την Ευρωπαϊκή Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή και την Επιτροπή των Περιφερειών με τίτλο «*Να γίνουν οι δημόσιες συμβάσεις προμηθειών αποτελεσματικές μέσα στην Ευρώπη και για την Ευρώπη*» (COM(2017) 572 final. Η δε έκθεση Atkins (1988) υπολόγιζε την αξία των συμβάσεων αυτών σε ποσοστό 15% του ΑΕΠ των κρατών μελών.

² Κουτούπα – Ρεγκάκου Ευαν., *Οι αναθέτουσες αρχές κατά τις κοινοτικές οδηγίες- Η έννοια του οργανισμού δημοσίου δικαίου*, ΕΕΕυρΔ 2000.563 επ. (563). Κατά την αντίστοιχη Ανακοίνωση της Επιτροπής της 22ας Σεπτεμβρίου 1989 (ΕΕ C 311 της 12^{ης} Δεκεμβρίου 1989), οι συμβάσεις δημοσίων προμηθειών χρησιμοποιούνται κυρίως για να ευνοηθεί η μακροπρόθεσμη περιφερειακή ανάπτυξη, ενώ οι συμβάσεις δημοσίων έργων για την καταπολέμηση της ανεργίας.

Οδηγία 71/305/ΕΟΚ (ΕΕ L 185/5/1971) για τον «συντονισμό των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημοσίων έργων», την οποία ακολούθησε μία σειρά οδηγιών για την εναρμόνιση μεταξύ των κρατών μελών των διαδικασιών της ανάθεσης, αλλά και της δικαστικής προστασίας κατά το προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων προμηθειών, εκτελέσεως έργων και παροχής υπηρεσιών, σε κάθε περίπτωση διευρύνοντας την έννοια της δημοσίας συμβάσεως τόσο εξ υποκειμένου όσο και εξ αντικειμένου, πραγματώνοντας την βούληση της ΕΕ να παρέμβει με συνολικό και κανονιστικό τρόπο σε αυτόν τον τόσο καίριο από οικονομικής και κοινωνικοπολιτικής απόψεως τομέα.

Ενδεχομένως να είναι η διασύνδεση των δημοσίων συμβάσεων με την πολιτική, την οικονομία και την κοινωνία, η οποία κατέστησε και το δίκαιο, το οποίο διέπει αυτές, έναν σύνθετο τομέα, στον οποίον δρουν, συναντώνται και αλληλεπιδρούν οι ενωσιακοί με τους εθνικούς κανόνες, συμπεριλαμβανομένων και των συνταγματικών, το δημόσιο με το ιδιωτικό, το ουσιαστικό με το δικονομικό δίκαιο. Τούτο συμβαίνει ιδίως στο στάδιο πριν από την σύναψη της δημόσιας συμβάσεως, άλλως το προσυμβατικό στάδιο αυτών, το οποίο πραγματεύεται η παρούσα εργασία από την άποψη της αστικής ευθύνης της αναθέτουσας αρχής έναντι του “άλλου μέρους”, όχι του αντισυμβαλλομένου, αλλά του συμμετέχοντος στην ίδια διαδικασία και ζημιωθέντος εξ αιτίας παράνομης πράξεως ή παραλείψεως καταλογιστέας στην αρχή.

Στο **πρώτο κεφάλαιο** περιγράφεται το ισχύον νομοθετικό καθεστώς του Ν.4412/2016, αναλύεται το υποκειμενικό και αντικειμενικό εύρος των διατάξεων αυτού και αναδεικνύονται οι δημόσιες συμβάσεις, ως έκφανση της διάδρασης μεταξύ των περισσότερων κλάδων του δικαίου και παράδειγμα ενιαίας εφαρμογής της νομοθεσίας και ενιαίας παροχής δικαστικής προστασίας. Στο **δεύτερο κεφάλαιο**, μετά από την αναγκαία οριοθέτηση του εδώ ερευνώμενου σταδίου πριν από την σύναψη της συμβάσεως, συμφώνως πάντοτε προς τις διατάξεις του Ν.4412/2016, περιγράφονται, ως προς το θεμέλιο εφαρμογής αυτών, οι τρεις [δύο γενικές και μία ειδική] νομικές βάσεις, της προσυμβατικής ευθύνης στις δημόσιες συμβάσεις: οι διατάξεις των άρθρων 197-198 ΑΚ, των άρθρων 105-106 ΕισΝΑΚ και του άρθρου 373 Ν.4412/2016, με κατάληξη την καταγραφή της συρρέουσας σχέσεως μεταξύ τους. Στο **τρίτο κεφάλαιο** αναλύονται οι νόμιμες προϋποθέσεις της προσυμβατικής ευθύνης ανά νομική βάση, με τελικό σκοπό τον προσδιορισμό της επιδικαστέας αποζημιώσεως.-

Κεφάλαιο πρώτο

Οι δημόσιες συμβάσεις προμηθειών, εκτελέσεως έργων και υπηρεσιών στην εθνική έννομη τάξη

I.- Γενική οριοθέτηση

1. Η ενωσιακή προέλευση του όρου «δημόσια σύμβαση»

Ο όρος «δημόσια σύμβαση» αποτελεί νομικό τεχνικό όρο («terminus technicus») του κοινοτικού δικαίου³, καθώς χρησιμοποιήθηκε για πρώτη φορά στην Οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 18^{ης} Ιουνίου 1992 «για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών» (ΕΕ L 209/1/1992). Με τον όρο «δημόσια σύμβαση» ορίζεται η εξ επαχθούς αιτίας σύμβαση μεταξύ ενός παρέχοντος την υπηρεσία και μίας αναθέτουσας αρχής (Κράτους, ΟΤΑ, ΝΠΔΔ και «οργανισμών δημοσίου δικαίου»). Η δημόσια σύμβαση υπηρεσιών, κατά την άνω Οδηγία, ρητώς διακρίνεται από την «σύμβαση κρατικών προμηθειών» της Οδηγίας 77/62/ΕΟΚ (ΕΕ L 13/1/1977) και την «σύμβαση εκτελέσεως δημοσίου έργου» της Οδηγίας 71/305/ΕΟΚ. Η διαφοροποίηση κατά την χρήση του όρου είχε ουσιαστικό υπόβαθρο, καθώς οι δύο τελευταίες εφαρμόζονταν αποκλειστικώς στο Δημόσιο, τους ΟΤΑ και τα ΝΠΔΔ, ενώ η πρώτη εφαρμόσθηκε για πρώτη φορά σε έναν διευρυμένο κύκλο αναθετουσών αρχών, ο οποίος συμπεριέλαβε τους «οργανισμούς δημοσίου δικαίου», έναν ενωσιακής προελεύσεως ορισμό με αμιγώς λειτουργικό χαρακτήρα⁴. Ωστόσο, η διάσπαση του ρυθμιστικού πλαισίου για τον συντονισμό των διαδικασιών ανάθεσης προμηθειών, παρά τον κοινό στόχο της νομοθετικής παρέμβασης και την συχνή επικάλυψη και αλληλοσύνδεση του αντικειμένου των⁵, προφανώς δεν εξυπηρετούσε την στρατηγική χρήση των δημοσίων συμβάσεων, η οποία περιγράφηκε εισαγωγικώς.

³ Σπηλιωτόπουλος Επ., Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, 2017, Τόμος 1, 173 επ. (177-178).

⁴ Βλ. κατωτέρω, υπό II αρ.1. Πάντως, αμφότεροι οι όροι («κρατικές προμήθειες» και «δημόσια έργα») διατηρήθηκαν και στις τροποποιητικές Οδηγίες 93/36/ΕΟΚ (ΕΕ L 199/1/1983) «για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών» και 93/37/ΕΟΚ (ΕΕ L 199/54/1983) «για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων εκτελέσεως δημοσίων έργων», αμφοτέρων του Συμβουλίου της 14^{ης} Ιουνίου 1993, μολονότι οι τελευταίες απέκτησαν το ίδιο διευρυμένο υποκειμενικό πεδίο εφαρμογής με την «αδελφή» Οδηγία 92/50/ΕΟΚ.

⁵ Οι «μεικτές συμβάσεις» (προμηθειών & υπηρεσιών ή έργων) εμφανίζονται όλο και πιο συχνά λόγω και της εξέλιξης της τεχνολογίας, λ.χ. στον τομέα της πληροφορικής, στον οποίο προμήθειες προγραμμάτων και υπηρεσίες συντήρησης συνέχονται.

Πράγματι, με την Οδηγία 2004/18/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 31^{ης} Μαρτίου 2004 (ΕΕ L 134/114/2004) ρυθμίσθηκε για πρώτη φορά, επί σκοπώ συντονισμού των νομοθεσιών μεταξύ των κρατών μελών, με ενιαίο τρόπο η διαδικασία ανάθεσης στις «δημόσιες προμήθειες», οι οποίες εκτελούνται με «δημόσιες συμβάσεις», δηλαδή με «συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας, οι οποίες συνάπτονται εγγράφως 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». Τον ίδιο ορισμό διατήρησε και η ισχύουσα Οδηγία 2014/24/ΕΕ (ΕΕΕΕ L 94/65/2014), η οποία και κατήργησε την Οδηγία 2004/18/EK.

Άλλωστε, και σε επίπεδο διεθνούς εμπορικού δικαίου ο ορισμός «δημόσια σύμβαση» από τον Οργανισμό Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης (ΟΟΣΑ) στην «Συμφωνία για τις Δημόσιες Συμβάσεις» (2011) δεν διαχωρίζει την προμήθεια των αγαθών από εκείνη των υπηρεσιών ή τον συνδυασμό αυτών⁶. Στο ίδιο πλαίσιο, και το άρθρο 2 περίπτ. (j) και (k) του Πρότυπου Νόμου της Επιτροπής Διεθνούς Εμπορικού Δικαίου του Ο.Η.Ε. για τις Δημόσιες Συμβάσεις (2014) ορίζει με παρεμφερή τρόπο τόσο την δημόσια προμήθεια («*public procurement*») όσο και την δημόσια σύμβαση («*public contract*»)⁷.

Από την άποψη της εθνικής νομοθεσίας, ο όρος «δημόσια σύμβαση» χρησιμοποιήθηκε για πρώτη φορά στο Ν. 3021/2002 «Περιορισμοί στη σύναψη δημοσίων συμβάσεων με πρόσωπα που δραστηριοποιούνται ή συμμετέχουν σε επιχειρήσεις μέσων ενημέρωσης και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ 143 Α)⁸ σύμφωνα με το άρθρο 1 αρ. 3 αυτού, δημόσιες είναι οι συμβάσεις «που καταρτίζονται μεταξύ φυσικών προσώπων ή νομικών προσώπων ιδιωτικού δικαίου και του νομικού προσώπου του Ελληνικού Δημοσίου ή άλλων νομικών προσώπων του ευρύτερου δημόσιου τομέα και έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση έργου ή προμήθειας ή παροχής υπηρεσιών, η δε αξία τους υπερβαίνει το ποσό των διακοσίων πενήντα χιλιάδων (250.000) ευρώ ...». Σαφής είναι η επίδραση του κοινοτικού δικαίου, καθώς από τον άνω ορισμό απουσιάζουν αξιολογικά κριτήρια για τον χαρακτηρισμό μίας συμβάσεως ως

⁶ <https://www.oecd.org/gov/public-procurement>

⁷ <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/2011-model-law-on-public-procurement-e.pdf>

⁸ Πρόκειται για τον γνωστό νόμο για τον «βασικό μέτοχο». Πάντως, και το Π.Δ. 346/1988 περιέχει τον όρο «δημόσια σύμβαση υπηρεσιών», πλην όμως πρόκειται για «δίκαιο μεταφοράς» της Οδηγίας 92/50/ΕΟΚ.

δημόσιας, τα οποία απαντώνται, αντιθέτως, σε προϋφιστάμενα και απολύτως συναφή εθνικά νομοθετήματα⁹.

Κατά τα λοιπά, η χρήση του όρου περιορίστηκε στο λεγόμενο «δίκαιο μεταφοράς»¹⁰, του οποίου η ειδική ανάλυση **σήμερα** δεν θα προσέφερε, καθώς από 8 Αυγούστου 2016 ισχύει και εφαρμόζεται **μόνον** ο –θηριώδης από άποψη εκτάσεως- Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ 147 Α, διορθώσεις ΦΕΚ 200 και 206 Α).¹¹ υπό τον τίτλο «*Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ¹²)*», όπως αυτός τροποποιήθηκε με τον Ν.4782/2021 (ΦΕΚ 36 Α) «*Εκσυγχρονισμός, απλοποίηση και αναμόρφωση του ρυθμιστικού πλαισίου των δημοσίων συμβάσεων, ειδικότερες ρυθμίσεις προμηθειών στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας και άλλες διατάξεις για την ανάπτυξη, τις υποδομές και την υγεία*» και ισχύει από την 1^η Ιουνίου 2021 **για το σύνολο των δημοσίων συμβάσεων**, ήτοι των δημοσίων συμβάσεων εκτελέσεως έργων & μελετών, προμηθείας προϊόντων και παροχής υπηρεσιών.

2.- Το ισχύον νομοθετικό καθεστώς για τις δημόσιες συμβάσεις: Ο Ν. 4412/2016

Ο Ν. 4412/2016 αποτελεί, κατά τον τίτλο του και το άρθρο 1 παρ. 1 αυτού, την προσαρμογή του ελληνικού δικαίου στις Οδηγίες 2014/24 και 2014/25/Ε.Ε.· πλην όμως εάν η περιγραφή του νομοθετήματος περιοριζόταν στον χαρακτηρισμό «δίκαιο μεταφοράς» θα ήταν ελλιπής, καθώς ο συγκεκριμένος νόμος **δεν** διέπει **μόνον** εκείνες

⁹ Πρβλ. τον ορισμό του «δημόσιου έργου» στο άρθρο 1 παρ. 1 και 2 του Ν. 1418/1984 «*Δημόσια Έργα και ρυθμίσεις συναφών θεμάτων*», στις οποίες η έννοια των δημοσίων έργων αφορά τα έργα υποδομής, τα οποία «*καλύπτουν βασικές ανάγκες του κοινωνικού συνόλου, συμβάλλουν στην ανάπτυξη των παραγωγικών δυνατοτήτων, στην αύξηση του εθνικού προϊόντος, στην ασφάλεια της χώρας και γενικά αποσκοπούν στη βελτίωση της ποιότητας ζωής του λαού*», εντασσόμενα στο γενικό πλαίσιο της οικονομικής και κοινωνικής ανάπτυξης της χώρας, υλοποιώντας επιλογές του δημοκρατικού προγραμματισμού.

Επί του συγκεκριμένου ορισμού, βλ. Παυλόπουλο Πρ., «*1. Η έννοια του όρου «δημόσια έργα»*» σε «*Η σύμβαση εκτέλεσης δημόσιου έργου*», 1997, σελ. 23 επ. (24).

¹⁰ Οι προαναφερθείσες Οδηγίες 92/50, 93/36 και 93/37 μεταφέρθηκαν στην εθνική έννομη τάξη με τα Π.Δ. 261/1997 και 346/1998, 23/1993 και 370/199, αντιστοίχως. Βλ. επίσης, Γκασούκα Γερ., *Αποζημίωση σε διαγωνισμούς δημοσίων έργων, κρατικών προμηθειών και υπηρεσιών*, 2005, σελ. 1-6. Επίσης, η παρούσα εργασία δεν θα ασχοληθεί καθόλου με τον Ν.4281/2014 (ΦΕΚ Α), ο οποίος δημοσιεύθηκε στις 8 Αυγούστου 2014, προοριζόταν να ενσωματώσει στο εθνικό δίκαιο τις Οδηγίες 2004/17/ΕΚ, 2004/18/ΕΚ και την οικονομική Οδηγία 89/665/ΕΚ, πέραν των Π.Δ. 59 και 60/2007, πλην όμως καταργήθηκε από 1^η Ιουλίου 2016 (άρθρο 57 του Ν.4403/2016, ΦΕΚ Α 125), ημερομηνία, η οποία συνέπιπτε με τον χρόνο έναρξης ισχύος του, με αποτέλεσμα να μην εφαρμοσθεί ποτέ.

¹¹ Βλ. άρθρο 379 παρ. 1, με την επιφύλαξη ειδικών ρυθμίσεων, κατά την παρ. 2, οι οποίες ήταν πολλές και μετέθεσαν την έναρξη ισχύος μέχρι και το τέλος του έτους 2017.

¹² Η Οδηγία 2014/25/ΕΕ (ΕΕΕΕ L 94/243/2014) αφορά προμήθειες φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ.

τις συμβάσεις, οι οποίες έχουν εκτιμώμενη οικονομική αξία άνω των ορίων, τα οποία τίθενται από τις ίδιες τις Οδηγίες¹³ ως προϋπόθεση για την υπαγωγή μίας σύμβασης στο δικό τους πεδίο εφαρμογής, αλλ' **αντιθέτως διέπει**, κατά την ρητή διάταξη του άρθρου 1 παρ. 2 εδ. β του νόμου, τις δημόσιες συμβάσεις «*ανεξαρτήτως είδους και εκτιμώμενης αξίας*» και, συνακολούθως, **όλες τις δημόσιες συμβάσεις**, οι οποίες εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 5, το οποίο οριοθετείται ως εξής:

«Ως δημόσιες συμβάσεις» και ως «συμβάσεις έργων, μελετών, υπηρεσιών και προμηθειών» νοούνται οι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας, οι οποίες συνάπτονται γραπτώς μεταξύ ενός ή περισσότερων οικονομικών φορέων και μίας ή ενός ή περισσότερων αναθετουσών αρχών ή αναθετόντων φορέων, αντίστοιχα, και έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την εκπόνηση μελετών, την προμήθεια αγαθών ή την παροχή υπηρεσιών».

Πράγματι, ο Ν. 4412/2016 ρυθμίζει, κατά τρόπο ενιαίο και αποκλειστικό, όλες τις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών, προμηθειών και υπηρεσιών από την έναρξη της διαδικασίας ανάθεσης έως και την ολοκλήρωση εκτελέσεως αυτής¹⁴. Τούτο πράττει σε 374 άρθρα διαιρούμενα, κατά το άρθρο 2, σε τέσσερα Βιβλία, από τα οποία: α) το Βιβλίο I (άρθρα 2 έως 221) αφορά τις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών, προμηθειών και υπηρεσιών β) το Βιβλίο II (άρθρα 222 έως 338) αφορά τις δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών στους τομείς της ενέργειας, του ύδατος και των μεταφορών, οι οποίες εξαιρούνταν από την έννοια της δημόσιας συμβάσεως μέχρι την θέσπιση της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, γ) το Βιβλίο III (άρθρα 339 έως και 344) για ζητήματα «διακυβέρνησης» των αναθετουσών αρχών στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων και δ) το Βιβλίο IV (άρθρα 345-374) για την έννομη προστασία επί διαφορών αναφυόμενων είτε πριν την σύναψη της συμβάσεως είτε μετά την σύναψη και κατά την εκτέλεση αυτής.

¹³ Άρθρο 5 Ν.4412/2016 σε συνδυασμό με το άρθρο 4 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ· από 1^{ης} Ιανουαρίου 2022 έως και 31 Δεκεμβρίου 2023 τα όρια διαμορφώνονται σε 5.382.000 € για τις δημόσιες συμβάσεις εκτελέσεως έργων και 140.000 € και 215.000 € για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και παροχής υπηρεσιών των κεντρικών αναθετουσών αρχών και μη κεντρικών αναθετουσών αρχών, αντιστοίχως (Κανονισμός (ΕΕ) 2021/1952 της Επιτροπής της 15^{ης} Νοεμβρίου 2021 σε ΕΕΕΕ L398/23/11-11-2021).

¹⁴ Προς επίρρωση της γενικής εφαρμογής του Ν.4412/2016, στην διάταξη της παραγράφου 1 του άρθρου 3, το οποίο εντάσσεται στο Μέρος Α του Βιβλίου Ι για το πεδίο εφαρμογής, τις γενικές αρχές και τους κανόνες της διαδικασίας για την σύναψη (ανάθεση και εκτέλεση) των δημοσίων συμβάσεων, επαναλαμβάνεται ότι οι διατάξεις 3 έως 221 εφαρμόζονται «*ανεξαρτήτως εκτιμώμενης αξίας*»· το ίδιο και ΑιτΕκθ Ν.4412/2016 Κεφάλαιο Δ.

Ακριβώς επειδή ο Ν.4412/2016 έμελλε να αποτελέσει το εφ' εξής εφαρμοστέο εθνικό δίκαιο για τις δημόσιες συμβάσεις, ο εθνικός νομοθέτης ρητώς όρισε στο άρθρο 377 του Ν.4416/2016 ότι τα μέχρι την έναρξη ισχύος του εφαρμοστέα γενικά νομοθετήματα στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, αλλά και διατάξεις για την δικαστική προστασία, **καταργούνται**¹⁵. τούτο ισχύει ακόμη και για διατάξεις – «ιερές αγελάδες» του Δημοσίου Λογιστικού, όπως το άρθρο 135 του Ν. 4270/2014, κατά το οποίο εάν η σύμβαση καταρτίστηκε κατά παράβαση των ισχυουσών διατάξεων, είναι απόλυτα άκυρη και το οποίο καταργήθηκε με τις αντίθετες διατάξεις των άρθρων 368 και 369 του Ν. 4412/2016.¹⁶ Παραλλήλως δε, κατ' ενάσκηση της αποκλειστικής αρμοδιότητας έναντι του ενωσιακού νομοθέτη, ο εθνικός νομοθέτης συμπεριέλαβε στις διατάξεις αυτού και άρθρα, για τα οποία ο ίδιος όρισε ότι εφαρμόζονται αποκλειστικώς στις συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία κάτω των ορίων, όπως είναι τα άρθρα 116-128 του Ν. 4412/2016 (Βιβλίο Ι, Τμήμα ΙV, Ενότητα 3 υπό τον τίτλο «ΔΗΜΟΣΙΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΚΑΤΩ ΤΩΝ ΟΡΙΩΝ»). Επομένως, εφ' όσον δεν ορίζεται άλλως, όλες οι διατάξεις του νόμου έχουν **ένα** πεδίο εφαρμογής: τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών, εκτελέσεως έργων και υπηρεσιών, **αρκεί** να εμπίπτουν στον –ενωσιακής μεν προελεύσεως, γενικής δε ισχύος- ορισμό του άρθρου 2 παράγρ 1 περ. 5 του Ν.4412/2016.

Η ενιαία νομοθετική ρύθμιση των δημοσίων συμβάσεων έχει προδήλως ιδιαίτερη σημασία από απόψεως ουσιαστικού δικαίου. Τούτο, διότι με βάση το προγενέστερο νομοθετικό καθεστώς διακρινόταν καθέτως το πεδίο εφαρμογής των κοινοτικών οδηγιών και, εντεύθεν, του αντίστοιχου «δικαίου μεταφοράς» από το υπόλοιπο εθνικό δίκαιο δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών· συνακολούθως, γινόταν δεκτό, σε πλήρη αποδοχή της πάγιας νομολογίας του ΔΕΚ, ότι ο ορισμός μιας δημόσιας συμβάσεως ως συμβάσεως έργου ή προμηθειών ή υπηρεσιών ανάγεται στο κοινοτικό δίκαιο και δεν εξαρτάται από τον χαρακτηρισμό της ίδιας συμβάσεως με βάση την εθνική νομοθεσία.¹⁷ Τούτο, βεβαίως, ενδιέφερε για τις συμβάσεις «άνω των ορίων», οι οποίες και μόνον εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών. Υπό τον Ν.4412/2016, όμως, προβλέπεται και ισχύει μόνον μία και

¹⁵ Ενδεικτικώς: Ν. 2286/1995 και Π.Δ. 118/2007 για τις δημόσιες προμήθειες, Ν. 3669/2008 για τα δημόσια έργα, Ν. 3886/2010 για την δικαστική προστασία.

¹⁶ Σπηλιωτόπουλος Επ., όπ.αν., σελ. 183.

¹⁷ ΔΕΚ C-382/05, 18.7.2007, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκ. 30, Συλλογή 2007 I-06657 □ ΣτΕ(ΕΑ) 52/2018, ΣτΕ 2387/2009 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

μοναδική οριοθέτηση του αντικειμενικού πεδίου εφαρμογής του ίδιου νόμου και αυτή ανεξαρτήτως εκτιμώμενης αξίας. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί η έννοια του «δημοσίου τεχνικού έργου». Η νομολογία, ερμηνεύοντας και εφαρμόζοντας το άρθρο 3 του Ν. 3669/2008 «Κύρωση της κωδικοποίησης της νομοθεσίας κατασκευής δημοσίων έργων», παγίως δέχεται ως τεχνικό έργο κάθε νέα κατασκευή, επέκταση, ανακαίνιση, επισκευή, συντήρηση ή ερευνητική εργασία, η οποία απαιτεί τεχνική γνώση και επέμβαση και της οποίας το αποτέλεσμα συνδέεται άμεσα με το έδαφος ή το υπέδαφος κατά τρόπο διαρκή και σταθερό, ώστε να μπορεί να θεωρηθεί ότι αποτελεί συστατικό αυτού, κατά την έννοια του άρθρου 953 ΑΚ, δίχως να δύναται να αποχωριστεί αυτού χωρίς βλάβη ή αλλοίωση της ουσίας ή του προορισμού του. Πολλώ μάλλον δέχεται ότι πρόκειται για εκτέλεση εργασιών και όχι για τεχνικό έργο, όταν το αποτέλεσμα των εργασιών δεν καθίσταται συστατικό του εδάφους, καθώς και όταν για την επίτευξη του αποτελέσματος δεν απαιτείται η χρήση ειδικών τεχνικών γνώσεων και μεθόδων και η χρησιμοποίηση εξειδικευμένου επιστημονικού ή τεχνικού προσωπικού και ανάλογων τεχνικών μέσων και εγκαταστάσεων¹⁸. Από την άλλη πλευρά, το –ενωσιακής προελεύσεως¹⁹– άρθρο 2 παρ. 1 αρ. 7 του Ν. 4412/2016 περιέχει έναν σαφώς ευρύτερο ορισμό «...το αποτέλεσμα ενός συνόλου δομικών εργασιών ή εργασιών μηχανικού, το οποίο επαρκεί καθαυτό για την επιτέλεση οικονομικής ή τεχνικής λειτουργίας». Επειδή δε οι διατάξεις του Ν. 3669/2008 έχουν καταργηθεί από την έναρξη ισχύος του Ν. 4412/2016, η εφ' εξής νομολογία για τις οικείες διαφορές πρέπει αναγκαίως να αναπτυχθεί, βάσει του ορισμού του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 6 και 7 του Ν. 4412/2016 και μόνον, είτε πρόκειται για συμβάσεις άνω των ορίων είτε για συμβάσεις κάτω των ορίων των άνω Οδηγιών²⁰.

Εξ άλλου, η διαφοροποίηση μεταξύ δικαίου ενωσιακής και δικαίου εθνικής προελεύσεως, τα οποία εν τούτοις συνυπάρχουν εντός του ίδιου εθνικού νομοθετήματος δημοσίων συμβάσεων, ενεργοποιείται όταν ο νομοθέτης υιοθετεί την **εξαίρεση** από τις διατάξεις του Ν.4412/2016 συμβάσεων εκτελέσεως έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, τις οποίες είτε συνάπτουν συγκεκριμένοι φορείς²¹ είτε

¹⁸ ΣτΕ (Ολ.) 4936/1995 ΔΔικ. 1997.406. Ωστόσο, με την ΑΠ 1406/2017 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ έχει κριθεί ότι "δημόσια έργα" από τεχνική άποψη δεν είναι μόνο όσα συνδέονται με το έδαφος, το υπέδαφος ή τον υποθαλάσσιο χώρο, αλλά και "κάθε οικονομικά ή τεχνικά αυτοτελής λειτουργία, καθώς και κάθε σχετική ερευνητική εργασία που απαιτεί τεχνική γνώση και επέμβαση".

¹⁹ Άρθρο 2 παρ. 1 αρ. 6) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ

²⁰ Αντίθετος Ράικος Δ., Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2022. σελ. 57.

²¹ Ενδεικτικώς: Η «Εταιρεία Αξιοποίησης Ακίνητης Περιουσίας Ηλεκτρονικού Εθνικού Φορέα Κοινωνικής Ασφάλισης (ε-ΕΦΚΑ) Μονοπρόσωπη Α.Ε.» των άρθρων 10 επ. του Ν. 4892/2022 (ΦΕΚ 28

συνάπτονται υπό συγκεκριμένες, έκτακτες περιστάσεις²². Τούτο πράττει, βεβαίως, με νόμο, πλην όμως *«με την επιφύλαξη των διατάξεων του ενωσιακού δικαίου»*, κατά την πάγια έκφραση, καθώς ο εθνικός νομοθέτης δεν δύναται να επέμβει περιοριστικώς στο υποκειμενικό ή αντικειμενικό πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2014/24 και 2014/25/ΕΕ, παρά μόνον υπό τους όρους του ίδιου του ενωσιακού δικαίου, άλλως η μη εφαρμογή ή η εσφαλμένη εφαρμογή διατάξεων του Ν. 4412/2016, οι οποίες αποτελούν *«δίκαιο μεταφοράς»*, πάντοτε σε συμβάσεις *«άνω των ορίων»* να συνιστά παραβίαση ενωσιακού δικαίου και η σχετική διαφορά να εμπίπτει στην δικαιοδοσία του ΔΕΕ.

Τέλος, υπό την άμεση επίδραση του ενωσιακού δικαίου και την νομοθετική πραγματικότητα του Ν. 4412/2016, ο όρος «δημόσια σύμβαση» απαντάται πλέον και στην ελληνική νομική θεωρία, ενώ μέχρι πρότινος δεν αναφερόταν καθόλου²³. ο όρος χρησιμοποιείται τόσο για τις διοικητικές όσο και τις ιδιωτικού δικαίου συμβάσεις της διοίκησης υπό την ευρεία έννοια αυτής²⁴, και μάλιστα προσδίδεται σε αυτές ευρύ περιεχόμενο: *«... υπό ευρεία έννοια δημόσιες συμβάσεις συνιστούν όλες εκείνες οι συμπτώσεις δηλώσεων βούλησης της διοίκησης με την ευρεία της έννοια και του αντισυμβαλλομένου της που κινούνται μεν από αντίθετα συμφέροντα πλην όμως κατευθύνονται στην παραγωγή ενός ηθελημένου κοινού νομικού αποτελέσματος»*, ώστε να καταλαμβάνουν και τις συμβάσεις εκποίησης ακινήτων και αξιών του Δημοσίου²⁵. Πάντως, η διεύρυνση του αντικειμένου των δημοσίων συμβάσεων, ώστε να καταλαμβάνει και νομικές πράξεις, όπως η εκποίηση, δεν ευρίσκει έρεισμα στις διατάξεις του Ν. 4412/2016²⁶.

Α'), κατά την διοίκηση και διαχείριση ως εντολοδόχος της ακίνητης περιουσίας του e-ΕΦΚΑ (άρθρο 12 παρ. 7).

²² Ενδεικτικώς, από την νομοθεσία κατά της διασποράς του COVID-19, βλ. άρθρο τρίτο της ΠΝΠ της 25^{ης} Φεβρουαρίου 2020 (ΦΕΚ Α' 42) και άρθρο 19 του Ν.4675/2020 (ΦΕΚ Α' 54).

²³ Δαγτόγλου Πρ., Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, 2014, σελ.323-337, στις οποίες δεν απαντάται ο όρος.

²⁴ Σπηλιωτόπουλος Επ, όπ.αν.· Ράικος Δ, όπ.αν., σελ. 17 επ.

²⁵ Ράικος Δ., όπ.αν., σελ. 10-11.

²⁶ Επιχείρημα από τα άρθρα 2 παρ. 1 αρ. 5 και 3 παρ. 1, εξ αντιδιαστολής από το άρθρο 10 περ. α) και την ΑιτΕκθ Κεφάλαιο Ε (Επιμέρους Ρυθμίσεις Μέρους Α Βιβλίου Ι εδάφ. β).

II.- Οριοθέτηση του υποκειμενικού και αντικειμενικού πεδίου εφαρμογής του Ν.4412/2016

1. Τα υποκείμενα της δημόσιας συμβάσεως

1.1 Οι αναθέτουσες αρχές (άρθρο 2 παρ. 1-4 Ν.4412/2016)

Τον ρόλο του «αφ' ενός συμβαλλομένου» σε μία δημόσια σύμβαση κατέχει πάντοτε μία «αναθέτουσα αρχή». Σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 1 αρ.1 του Ν.4412/2016 ως τέτοιες νοούνται το κράτος, οι αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου ή οι ενώσεις μίας ή περισσότερων από αυτές τις αρχές ή ενός ή περισσότερων από αυτούς τους οργανισμούς δημοσίου δικαίου²⁷. Οι εν λόγω «αναθέτουσες αρχές» διακρίνονται σε «κεντρικές κυβερνητικές αρχές» και στις υπόλοιπες «μη κεντρικές κυβερνητικές αρχές»²⁸. Περαιτέρω, σύμφωνα με τον ορισμό του άρθρου 2 παρ. 1 αρ. 4 « ως «οργανισμοί δημοσίου δικαίου» νοούνται οι οργανισμοί που έχουν όλα τα ακόλουθα χαρακτηριστικά: α) έχουν συσταθεί για τον συγκεκριμένο σκοπό της κάλυψης αναγκών γενικού συμφέροντος, που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα, β) έχουν νομική προσωπικότητα και γ) χρηματοδοτούνται, κατά το μεγαλύτερο μέρος, από τις κρατικές αρχές, τις αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου ή η διαχείριση των οποίων υπόκειται σε έλεγχο ασκούμενο από τους οργανισμούς αυτούς ή έχουν διοικητικό, διευθυντικό ή εποπτικό συμβούλιο, του οποίου περισσότερο από το ήμισυ των μελών διορίζεται από τις κρατικές αρχές, τις αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης ή από άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου».

Ο όρος «αναθέτουσες αρχές», καθώς και ο -πολύ κρίσιμος για την οριοθέτηση του υποκειμενικού πεδίου εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του Ν. 4412/2016- όρος «οργανισμός δημοσίου δικαίου», συνιστούν αυτοτελείς νομικές έννοιες του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, οι οποίες έχουν διαμορφωθεί διαχρονικώς από την πλούσια νομολογία του ΔΕΚ/ΔΕΕ²⁹ **βάσει**

²⁷ Η αναφορά θα περιορισθεί στο πλαίσιο της γενικής Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και όχι της τομεακής Οδηγίας 2014/25/ΕΕ για τους πρώην εξαιρούμενους τομείς ύδατος, ενέργειας, μεταφορών και ταχυδρομικών υπηρεσιών, τους οποίους αφορά το Βιβλίο II (άρθρα 222 έως 338).

²⁸ Άρθρο 2 αρ. 2 και 3. Οι «κεντρικές κυβερνητικές αρχές (ΚΚΑ)» αναφέρονται στο Προσάρτημα Α, Παράρτημα Ι του Ν. 4412/2016 και περιλαμβάνουν την Προεδρία της Δημοκρατίας, την Βουλή των Ελλήνων, τα Υπουργεία, τα Γενικά Επιτελεία, τα Πανεπιστήμια, τα Νοσοκομεία, συγκεκριμένους Οργανισμούς, τις Αποκεντρωμένες Διοικήσεις και τις Ανεξάρτητες Διοικητικές Αρχές. Οι «μη κυβερνητικές αρχές» είναι όσες δεν είναι κυβερνητικές.

²⁹ Βλ. την αιτιολογική σκέψη 10 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ «Η έννοια «αναθέτουσες αρχές» και ειδικότερα ο όρος «οργανισμοί δημοσίου δικαίου» έχουν εξεταστεί επανειλημμένως στη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης...».

λειτουργικών κριτηρίων. Ως αφετηρία αναφέρεται η απόφαση ΔΕΚ 31/87 της 20^{ης} Σεπτεμβρίου 1988, στην υπόθεση Gebroeders Beentjes BV³⁰, υπό το καθεστώς της πρώτης οδηγίας για τα δημόσια τεχνικά έργα, της 71/305/ΕΚ, στην οποία το Δικαστήριο είχε κρίνει ότι -χάριν του σκοπού της - η έννοια του Δημοσίου³¹ πρέπει να ερμηνεύεται βάσει λειτουργικών κριτηρίων, έτσι ώστε «*οργανισμός του οποίου [...] η σύνθεση και οι αρμοδιότητες προβλέπονται από το νόμο και ο οποίος εξαρτάται από τη δημόσια εξουσία με το διορισμό των μελών του, την εγγύηση για την τήρηση των υποχρεώσεων που απορρέουν από τις πράξεις του και τη χρηματοδότηση των συμβάσεων δημοσίων έργων με τη σύναψη των οποίων είναι επιφορτισμένος*» πρέπει να θεωρείται ότι υπάγεται στο δημόσιο, κατά την έννοια του άρθρου 1, στοιχείο β) της Οδηγίας, «*ακόμη κι αν δεν ανήκει τυπικά σ' αυτό*». Ακολούθησαν οι αποφάσεις Mannesmann Anlagenbau και Gemeente Arnhem³², οι οποίες απάντησαν σε κρίσιμα ερωτήματα, τα οποία αναφύονταν από τις τότε ισχύουσες κοινοτικές οδηγίες. Έκτοτε, δημιουργήθηκε πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, κατά την οποία η ερμηνεία του όρου «*αναθέτουσα αρχή*» βάσει λειτουργικών κριτηρίων υπαγορεύεται από τον διπλό σκοπό του ενωσιακού συστήματος δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ο οποίος συνίσταται αφ' ενός μεν στην αποσόβηση του κινδύνου μη ισότιμης μεταχείρισεως των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων κατά την σύναψη οποιασδήποτε δημόσιας συμβάσεως, αφ' ετέρου δε στον αποκλεισμό του ενδεχομένου «*ένας οργανισμός, ο οποίος χρηματοδοτείται ή ελέγχεται από το κράτος, τους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοικήσεως ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου να καθορίζει τη στάση του με βάση εκτιμήσεις μη οικονομικής φύσεως*»· εν όψει, επομένως, του διπλού σκοπού της αναπτύξεως ανταγωνισμού και της διαφάνειας, ο όρος «*οργανισμός δημοσίου δικαίου*» πρέπει να λαμβάνεται υπ' όψιν υπό την ευρεία έννοια.³³ Κατ' αυτόν τον τρόπο, εξασφαλίζεται η αποτελεσματική εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου των

³⁰ Κουτούπα – Ρεγκάκου Ευαν., όπ.αν., σελ. 565, η οποία επισημαίνει, επίσης, ότι η χρήση λειτουργικών κριτηρίων δεν ήταν άγνωστη στην ελληνική έννομη τάξη, καθώς είχε εισαχθεί με την χρήση του όρου «ευρύτερος δημόσιος τομέας», τον οποίον οριοθέτησε για πρώτη φορά το άρθρο 1 παρ. 6 του Ν. 1256/1982 και στον οποίον συμπεριελήφθησαν ρητώς και οι θυγατρικές εταιρείες των ΝΠΔΔ και εν γένει οι κρατικές επιχειρήσεις.

³¹ Υπενθυμίζεται ότι στην συγκεκριμένη Οδηγία δεν απαντάται ακόμη ο όρος «*οργανισμός δημοσίου δικαίου*».

³² ΔΕΚ C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG κ.λπ./Strohal Rotationsdruck GesmbH, Συλλογή 1998 I-73· ΔΕΚ C-360/96, 10.11.1998 Gemeente Arnhem, Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden/BFI Holding BV, Συλλογή 1998 I-6821 · επί των υποθέσεων, Γώγος Κ., *Η έννοια του οργανισμού δημοσίου δικαίου στην πρόσφατη νομολογία του ΔΕΚ για τις δημόσιες συμβάσεις*, σε ΕΕΕυρΔ 1999.79 επ. (81-83).

³³ ΔΕΚ C-237/99, 01.02.2001, Επιτροπή κατά Γαλλίας, σκ. 41-43, Συλλογή 2001 I-939· ΔΕΚ C-373/00, 27.02.2003, Adolf Trully GmbH, σκ. 43, Συλλογή 2003 I-1931.

δημοσίων συμβάσεων μεταξύ των κρατών μελών, καθώς αυτή επέρχεται με ομοιόμορφο τρόπο και δεν εξαρτάται από το νόημα, το οποίο προσδίδουν οι εθνικές αρχές στις εν λόγω έννοιες³⁴. Στο ίδιο πλαίσιο αυτό καθίσταται ευθέως σαφές ότι κρίσιμη έννοια για την οριοθέτηση του πεδίου εφαρμογής είναι η αόριστη νομική έννοια του «*οργανισμού δημοσίου δικαίου*», η οποία απαιτεί την **σωρευτική πλήρωση** των προβλεπόμενων προϋποθέσεων, η οποία πρέπει να είναι **ενεστώσα**, με συνέπεια ένας οργανισμός να εξέρχεται του πεδίου εφαρμογής του νόμου περί δημοσίων συμβάσεων εάν πάψει να πληροί έστω και ένα από τα κριτήρια³⁵, τα οποία αναλύονται ως εξής³⁶:

α) Ύπαρξη νομικής προσωπικότητας

Ένας «*οργανισμός δημοσίου δικαίου*» πρέπει να διαθέτει νομική προσωπικότητα σύμφωνα με την συστατική πράξη του, δίχως να ενδιαφέρει εάν η οργάνωση και η λειτουργία του φορέα διέπεται από το δημόσιο ή το ιδιωτικό δίκαιο. Η κρίση αυτή δεν προέρχεται μόνον από την νομολογία του ΔΕΕ³⁷. Με την απόφαση ΣτΕ (Ολ.) 3670/2006 έχει κριθεί σχετικώς ότι «... *το καθεστώς ιδιωτικού δικαίου ενός φορέα δεν συνιστά κριτήριο ικανό να αποκλείσει το χαρακτηρισμό του ως αναθέτουσα αρχή*»³⁸. Στο ίδιο θέμα είναι πάρα πολύ σημαντική, και από την οικονομική διάσταση του ζητήματος, η κρίση του Ελεγκτικού Συνεδρίου, το οποίο με επανειλημμένες αποφάσεις έχει κρίνει ότι, κατ' εφαρμογή των άρθρων 98 παρ. 1 εδάφ. β' του Συντάγματος και 324 του Ν. 4700/2000 (ΦΕΚ Α 127), είναι αρμόδιο για τον προληπτικό έλεγχο νομιμότητας δημοσίων συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας (ανώτερης του 1.000.000 ευρώ) όταν συμβαλλόμενοι είναι «*όλοι οι δημόσιοι οργανισμοί*» και ότι ως τέτοιοι νοούνται εκείνοι «*οι οποίοι, ανεξαρτήτως του νομικού τους ενδύματος (από το αν δηλαδή ανήκουν ή όχι στο δημόσιο τομέα) και της ιδιαίτερης οργανωτικής τους μορφής, ως παραχωρηθείσες ή δημόσιες επιχειρήσεις ή εταιρείες, και του νομικού καθεστώτος που τις διέπει, δημοσίου, ιδιωτικού ή μικτού δικαίου, οργανώνονται ως νομικά πρόσωπα με αρμοδιότητες που προβλέπονται από τον ιδρυτικό τους νόμο και εξαρτώνται από το Δημόσιο ή άλλο οργανισμό δημοσίου*

³⁴ Ράικος Δ., όπ.αν., σελ. 203.

³⁵ Με αυτήν την έννοια η συμπερίληψη ενός οργανισμού στο Παράρτημα των Οδηγιών ούτε εξαντλητική είναι ούτε δεσμευτική εις το διηνεκές. Βλ. Κουτούπα – Ρεγκάκου Ευαν., όπ.αν., σελ. 565.

³⁶ Εφ' όλων των προϋποθέσεων, βλ. Γώγο, όπ.αν., σελ. 83-90.

³⁷ ΔΕΚ C-214/00, 15.5.2003, Επιτροπή κατά Ισπανίας, σκ.53-55, Συλλογή 2003 I-4667.

³⁸ ΣτΕ (Ολ.) 3670/2006 σκ. 24, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. Η συγκεκριμένη απόφαση εκδόθηκε στο πλαίσιο της γνωστής δικαστικής υπόθεσης του «*βασικού μετόχου*» και αφορά την «ΕΡΓΟΣΕ Α.Ε.», ανώνυμη εταιρεία θυγατρική του «ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΥ ΣΙΔΗΡΟΔΡΟΜΩΝ ΕΛΛΑΔΟΣ Α.Ε. (ΟΣΕ)» με αντικείμενο την κατασκευή τεχνικών έργων σχετικών με την σιδηροδρομική δραστηριότητα.

δικαίου με τον διορισμό των μελών τους, ενώ δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα ...». Ως παραδείγματα τέτοιων φορέων από την νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου, τα οποία καταδεικνύουν το εύρος του πεδίου εφαρμογής των δημοσίων συμβάσεων, αξίζει να αναφερθούν η Εκκλησία της Ελλάδος, αλλά και η ανώνυμη εταιρεία «Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε Α.Ε.», μολονότι είναι θυγατρική της εισηγμένης στο Χρηματιστήριο Αξιών Αθηνών «ΔΕΗ Α.Ε.»³⁹.

β) Σύσταση του οργανισμού για την κάλυψη αναγκών γενικού συμφέροντος δίχως εμπορικό ή βιομηχανικό χαρακτήρα

Πρόκειται αναμφιβόλως για έννοια του κοινοτικού δικαίου⁴⁰, η οποία συγκεντρώνει τις περισσότερες δυσκολίες ερμηνείας και, κυρίως, εφαρμογής. Ενδεικτικό είναι ότι στην σκέψη 10 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ο ενωσιακός νομοθέτης προέβη σε μία «αυθεντική ερμηνεία» του όρου: «...Για τον σκοπό αυτόν (ενν. για την καλύτερη κατανόηση του όρου, χωρίς πρόθεση τροποποίησης της σημασίας τους, ως έχει διαμορφωθεί από τη νομολογία) θα πρέπει να διευκρινιστεί ότι ένας οργανισμός, ο οποίος λειτουργεί υπό κανονικές συνθήκες αγοράς, στοχεύει στο κέρδος και υφίσταται τις ζημιές που απορρέουν από την άσκηση της δραστηριότητάς του δεν θα πρέπει να θεωρείται «οργανισμός δημοσίου δικαίου» δεδομένου ότι έχει συσταθεί για να ικανοποιήσει ή του έχει ανατεθεί το καθήκον να ικανοποιήσει ανάγκες γενικού συμφέροντος οι οποίες θεωρούνται ότι έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα». Συνεπώς, αναμφιβόλως διακρίνουμε μεταξύ δραστηριοτήτων «γενικού συμφέροντος με εμπορικό ή βιομηχανικό χαρακτήρα», οι οποίες εξαιρούν έναν δημόσιο φορέα από την έννοια «αναθέτουσα αρχή», και δραστηριοτήτων «γενικού συμφέροντος χωρίς εμπορικό ή βιομηχανικό χαρακτήρα», οι οποίες (με την σωρευτική συνδρομή και των λοιπών κριτηρίων) εντάσσουν έναν δημόσιο φορέα στην ίδια έννοια.

Το ΔΕΚ/ΔΕΕ έχει κρίνει ότι, προκειμένου για την υπαγωγή ενός οργανισμού στο πραγματικό των άνω διατάξεων, εναπόκειται στο αρμόδιο δικαστήριο να εκτιμήσει, **σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση**, εάν υφίσταται τέτοια ανάγκη γενικού συμφέροντος χωρίς εμπορικό ή βιομηχανικό χαρακτήρα, λαμβάνοντας υπ' όψιν το σύνολο των σχετικών νομικών και πραγματικών

³⁹ ΕλΣυν (Τμήμα VI) 1535/2014, 4606/2014 (ΤΝΠ ΕλΣυν), με παραπομπή στα Πρακτικά της 6^{ης} Γεν.Συν.ΟΛ.ΕλΣυν της 6^{ης} Μαρτίου 2002· επίσης, ΕλΣυν (VII Τμήμα) 2016/2020 (από το αρχείο του Δικαστηρίου)

⁴⁰ ΔΕΚ C-373/00, όπ.αν.

δεδομένων. Προς τούτο, το ΔΕΕ διαχρονικώς έχει παράσχει **βασικές ενδείξεις**⁴¹, **συντιθέμενες από τις περιστάσεις υπό τις οποίες συστάθηκε ο οικείος οργανισμός, και τις συνθήκες, υπό τις οποίες ασκεί την δραστηριότητά του**⁴² : της επιδιώξεως κερδοσκοπικού σκοπού κατά κύριο λόγο, της ανάληψης κινδύνων συνδεομένων με την δραστηριότητα αυτήν, καθώς και της τυχόν δημόσιας χρηματοδότησης της οικείας δραστηριότητας. Συναφώς, έχει σημασία να εξακριβωθεί εάν ο συγκεκριμένος οργανισμός δρα υπό συνθήκες ανταγωνισμού και εάν είναι δυνατόν να αφεθεί να πτωχεύσει⁴³. Πάντως, η απουσία ανταγωνισμού δεν αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση για την υπαγωγή στην έννοια, πλην όμως και η ύπαρξη ανταγωνισμού δεν αρκεί για την εξαίρεση από την έννοια· η ύπαρξη αναπτυγμένου ανταγωνισμού δύναται να αποτελέσει ένδειξη ότι δεν πρόκειται για ανάγκη γενικού συμφέροντος μη βιομηχανικού ή μη εμπορικού χαρακτήρα⁴⁴. Ενδεικτικώς, έχει κριθεί ότι ανώνυμη εταιρεία του δημοσίου, η οποία έχει ως κύρια δραστηριότητα την κατασκευή, διαχείριση και εκποίηση του συνόλου των σωφρονιστικών καταστημάτων της χώρας, ασκεί δραστηριότητα γενικού συμφέροντος δίχως εμπορικό ή βιομηχανικό χαρακτήρα⁴⁵. Επίσης, ότι η ώθηση προς το εμπόριο, η οποία απορρέει από την διοργάνωση εκθεσιακών ή συνεδριακών εκδηλώσεων και άλλων παρεμφερών πρωτοβουλιών ικανοποιεί ανάγκες γενικού συμφέροντος, διότι δεν ωφελούνται μόνον οι παραγωγοί και έμποροι από έναν χώρο προωθήσεως των προϊόντων και εμπορευμάτων τους, αλλά και οι καταναλωτές από την πληροφόρηση, η οποία τους επιτρέπει να πραγματοποιούν τις επιλογές τους υπό τις καλύτερες συνθήκες⁴⁶.

Από την άποψη της εθνικής νομολογίας, αξίζει να αναφερθεί η υπ' αριθμόν 131/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης (Ακυρωτική Διαδικασία) ότι **δεν** αποτελεί οργανισμό δημοσίου δικαίου η ανώνυμη εταιρεία «ΚΕΝΤΡΙΚΗ ΑΓΟΡΑ ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗΣ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ (ΚΑΘ ΑΕ)», με μοναδικό μέτοχο την Ελληνική Εταιρεία Συμμετοχών και Περιουσίας (ΕΕΣΥΠ) και σκοπό *«τη διακίνηση-εμπορία, μέσω των χονδρεμπορικών επιχειρήσεων, των*

⁴¹ Βλ. και την Τεχνική Οδηγία της “ΕΝΙΑΙΑΣ ΑΡΧΗΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ” (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.) για την «Υπαγωγή στην έννοια του Οργανισμού Δημοσίου Δικαίου» (ΑΔΑ: 6ΕΖ7ΟΞΤΒ-ΔΛΠ).

⁴² ΔΕΚ C-373/00, όπ.αν., σκ. 44, C-18/01, 22.05.2003, Korhonen, σκ.48, Συλλογή 2003 I-05321.

⁴³ Εφ’ όλων των ανωτέρω, βλ. ΕλΣυν (VI), 1535/2014, η οποία παραπέμπει στην ΔΕΚ 18/01, όπ.αν.

⁴⁴ ΔΕΚ C-223/99 και συνεκδικαζόμενη C-260/99, 10.05.2001, Agorá, σκ. 38, Συλλογή 2001 I-03605.

⁴⁵ ΔΕΚ C-283/00, 16.10.2003, Επιτροπή κατά Ισπανίας, Συλλογή 2003 I-11697.

⁴⁶ ΔΕΚ C-223/99, όπ.αν.· πάντως το Δικαστήριο έκρινε τελικώς ότι η συγκεκριμένη δραστηριότητα έχει εμπορικό χαρακτήρα λόγω του ανταποδοτικού χαρακτήρα και της χρήσεως οικονομικών κριτηρίων κατά την άσκηση αυτής.

αγροτικών προϊόντων, τη διασφάλιση λειτουργίας της ελεύθερης αγοράς και του υγιούς ανταγωνισμού προς όφελος τόσο του παραγωγού όσο και του καταναλωτή, τη συμβολή στην ανάπτυξη των εξαγωγικών δραστηριοτήτων των χονδρεμπορικών επιχειρήσεων, την εκμίσθωση των εγκαταστάσεών της στις χονδρεμπορικές επιχειρήσεις, καθώς και σε βοηθητικές επιχειρήσεις, έναντι μισθώματος και την παροχή επ' αμοιβή συμβουλευτικών υπηρεσιών και τεχνογνωσίας προς φυσικά ή νομικά πρόσωπα στον τομέα του χονδρεμπορίου αγροτικών προϊόντων». Τούτο δε, διότι αφ' ενός μεν με τις άνω εκτιθέμενες δραστηριότητες, οι οποίες ασκούνται σε ανταγωνιστικό περιβάλλον, ικανοποιούνται ανάγκες εμπορικής φύσεως των ωφελουμένων και συναλλασσομένων επιχειρήσεων, αφ' ετέρου δε η οργάνωση και λειτουργία της δεν απέχει από τα γενικώς ισχύοντα για τις ανώνυμες εταιρείες, και η ίδια, τέλος, φέρει τον οικονομικό κίνδυνο από την άσκηση των ως άνω δραστηριοτήτων της, υποκείμενη και στον κίνδυνο πτωχεύσεως.

Από τα ανωτέρω εκτεθέντα φαίνεται ότι ως αποτέλεσμα της κατά περίπτωση κρίσεως του ΔΕΚ/ΔΕΕ δεν αποκλείονται μόνον οι φορείς, οι οποίοι έχουν συσταθεί για να ικανοποιούν **αποκλειστικώς** βιομηχανικές ή εμπορικές ανάγκες, με την προσφορά αγαθών ή υπηρεσιών σε αγορές, στις οποίες η πρόσβαση είναι ανοικτή, υπό συνθήκες πλήρους ανταγωνισμού, σε άλλους δημόσιους ή ιδιωτικούς φορείς⁴⁷. Και τούτο, καθώς είναι άνευ σημασίας το γεγονός ότι, εκτός από την αποστολή κάλυψης αναγκών γενικού συμφέροντος, ο εν λόγω φορέας ασκεί και άλλες δραστηριότητες που είναι κερδοσκοπικές, εφ' όσον εξακολουθεί να είναι επιφορτισμένος με την κάλυψη των αναγκών, τις οποίες είναι ειδικώς υποχρεωμένος να εξυπηρετεί. Αλλά ούτε και το τμήμα, το οποίο αντιπροσωπεύουν οι κερδοσκοπικές δραστηριότητες σε σχέση με το σύνολο των δραστηριοτήτων επηρεάζει τον χαρακτηρισμό του φορέα ως «οργανισμού δημοσίου δικαίου». Συνεπώς, εξαιρούνται μόνον οι οργανισμοί, οι οποίοι έχουν αποκλειστικώς δραστηριότητες ανάλογες με τις δραστηριότητες ενός ιδιώτη επιχειρηματία. Κατ' αυτόν τον τρόπο δεν εξαιρούνται οι επιχειρήσεις, οι οποίες, αν και δημόσιες, ασκούν κατά βάση εμπορικές δραστηριότητες και μάλιστα σε καθεστώς ανταγωνισμού. Με άλλες λέξεις, καταργείται εν τοις πράγματι η διάκριση μεταξύ «δραστηριοτήτων γενικού συμφέροντος με εμπορικό ή βιομηχανικό χαρακτήρα» και «δραστηριοτήτων γενικού συμφέροντος δίχως εμπορικό ή βιομηχανικό χαρακτήρα». Η επέκταση δε του

⁴⁷ Ράικος Δ., όπ.αν., σελ. 207.

ρυθμιστικού πεδίου των διατάξεων για τις δημόσιες συμβάσεις δεν προκαλεί μόνον πρακτικά προβλήματα δυσκαμψίας και ανελαστικότητας στους αποκλειόμενους φορείς αυτούς, αλλά κυρίως τους θέτει σε μειονεκτική θέση σε σχέση με τους ανταγωνιστές τους, γεγονός, το οποίο δεν συμβαδίζει προς τον φιλελεύθερο χαρακτήρα της Ένωσης⁴⁸. Ενδεχομένως, με βάση τα ανωτέρω να εξηγείται και η παρέμβαση του ενωσιακού νομοθέτη στην σκέψη 10 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

γ) Η άσκηση αποφασιστικού ελέγχου από το Κράτος, τους ΟΤΑ ή άλλους Οργανισμούς Δημοσίου Δικαίου μέσω της χρηματοδότησης ή του διορισμού της διοίκησης ή του ελέγχου της οικονομικής διαχείρισης

Το κριτήριο αυτό αντικατοπτρίζει την στενή σχέση εξάρτησης του συγκεκριμένου οργανισμού από το Δημόσιο, τους ΟΤΑ, τα ΝΠΔΔ και τα λοιπά δημόσια νομικά πρόσωπα, η οποία καθιστά «πιθανό» ότι οι σχετικές αποφάσεις κατά την ανάθεση μίας δημόσιας συμβάσεως να υπαγορεύονται από λόγους που δεν είναι οικονομικής φύσεως. Σε αυτήν την περίπτωση, ελλοχεύει ιδίως ο κίνδυνος της προτιμήσεως των ημεδαπών οικονομικών φορέων, με συνέπεια τον περιορισμό στην άσκηση των ενωσιακών ελευθεριών της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών και των εμπορευμάτων⁴⁹. Και αυτό το κριτήριο πάντως διαφοροποιείται κατά περίπτωση και δεν είναι απόλυτο. Έχει κριθεί ως προς την χρηματοδότηση, η οποία αρκεί να είναι και έμμεση, ότι «*όλες οι καταβολές στις οποίες προβαίνει μία αναθέτουσα αρχή δεν έχουν ως αποτέλεσμα να δημιουργούν ή να εντείνουν μία ειδική σχέση υποταγής ή εξαρτήσεως*». Οι συνδεόμενες, λ.χ. με μία συμβατική αντιπαροχή δεν εμπίπτουν σε αυτήν την κατηγορία.⁵⁰ Ενώ, ως προς την άσκηση αποφασιστικού ελέγχου, έχει κριθεί ότι η εν λόγω προϋπόθεση δεν δύναται να θεωρηθεί ότι πληρούται στην περίπτωση, κατά την οποία διενεργείται απλός, εκ των υστέρων έλεγχος· και τούτο, διότι ένας τέτοιος έλεγχος, εξ ορισμού, δεν παρέχει στον ασκούντα τον έλεγχο δημόσιο φορέα να επηρεάζει τις αποφάσεις του συγκεκριμένου οργανισμού σε θέματα δημοσίων συμβάσεων. Θα πρέπει, δηλαδή, η δημόσια αρχή να έχει την δυνατότητα να ελέγχει την τρέχουσα διαχείριση στον συγκεκριμένο φορέα, ως προς την κανονικότητα, την σφύρα, αποδοτική και ορθολογική άσκηση αυτής.⁵¹

⁴⁸ Κουτούπα-Ρεγκάκου Ευαν., όπ.αν. σελ. 568, 572.

⁴⁹ Βλ. ΔΕΚ C-380/98, 03.11.2000, University of Cambridge, σκ. 20, Συλλογή 2000 I-08035.

⁵⁰ Ράικος Δ., όπ.αν., σελ. 212-214· ΔΕΚ C-380/98, όπ.αν.

⁵¹ Ράικος Δ., όπ.αν., σελ. 214-215· ΔΕΚ C-373/00, όπ.αν., (και) σκ. 69.

1.2. Ο οικονομικός φορέας (άρθρο 2 παρ. 1 αρ. 11-13 Ν.4412/2016)

Το «αφ' ετέρου συμβαλλόμενο μέρος» μίας δημόσιας συμβάσεως είναι ο οικονομικός φορέας. Σύμφωνα με τον σχετικό ορισμό του άρθρου 2 παρ. 1 αρ. 11 ως τέτοιος είναι *«κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή δημόσιος φορέας ή ένωση αυτών των προσώπων ή φορέων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών συμπράξεων επιχειρήσεων, που προσφέρει στην αγορά εκτέλεση εργασιών ή/και έργου, προμήθεια προϊόντων ή παροχή υπηρεσιών.»*. Στην φάση, όμως, του προσυμβατικού σταδίου, ενδιαφέρον έχει ο οικονομικός φορέας, ο οποίος είναι είτε «προσφέρων» (άρθρο 2 παρ. 1 αρ. 12), επειδή έχει υποβάλει προσφορά σε όλες τις διαδικασίες, είτε «υποψήφιος» (άρθρο 2 παρ. 1 αρ. 13), επειδή έχει ζητήσει να του αποσταλεί ή έχει λάβει πρόσκληση συμμετοχής σε κλειστή διαδικασία (άρθρο 28), σε ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση (άρθρο 29), σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση (άρθρο 32), σε ανταγωνιστικό διάλογο (άρθρο 30) ή σε «σύμπραξη καινοτομίας» (άρθρο 31). Εάν δεν είναι τίποτα από τα δύο, τότε πρόκειται για πρόσωπο τρίτο προς την διαδικασία, το οποίο έχει, βεβαίως, την σημασία του ως προς την θεμελίωση του απαιτούμενου εννόμου συμφέροντος και, εντεύθεν, ως προς την ενεργητική νομιμοποίηση κατά την δικαστική αμφισβήτηση πράξεων του προσυμβατικού σταδίου.

Την έννομη θέση του οικονομικού φορέα ρυθμίζει το άρθρο 19 του Ν. 4412/2016, το οποίο καθιερώνει τον κανόνα (παρ. 1 εδάφ. α) ότι η οργάνωση του οικονομικού φορέα σε ατομική επιχείρηση (φυσικό πρόσωπο) ή κοινή επιχείρηση (νομικό πρόσωπο υπό την μορφή εταιρείας, συνεταιρισμού, κοινοπραξίας) δεν δύναται να αποτελέσει νόμιμη προϋπόθεση συμμετοχής σε διαδικασία ανάθεσης, ακόμη και όταν η νομοθεσία του κράτους μέλους της ανάθεσης της σύμβασης το προβλέπει. Επομένως, εν προκειμένω, πράγματι θα υπάρξει διαφορετική μεταχείριση των οικονομικών φορέων αναλόγως προς την εκτιμώμενη αξία της συμβάσεως, της οποίας επιδιώκουν την κατακύρωση: εάν πρόκειται για σύμβαση κάτω των ορίων του άρθρου 5 του Ν. 4412/2016, ο εν λόγω περιορισμός θα κριθεί από τα εθνικά δικαστήρια με βάση τις αντίθετες εθνικές διατάξεις· εάν πρόκειται για σύμβαση άνω των ορίων του ίδιου άρθρου, ο εν λόγω περιορισμός θα προσκρούει στην άνω διάταξη και, κατ' αρχήν, θα πάσχει ακυρότητα. Το δεύτερο ενδιαφέρον σημείο ως προς τον δυνάμει αντισυμβαλλόμενο μίας αναθέτουσας αρχής είναι ότι και οι δημόσιοι φορείς ρητώς συγκαταλέγονται στους οικονομικούς φορείς. Με αυτόν τον τρόπο, μία δημόσια επιχείρηση, λ.χ., δύναται να συμμετέχει σε διαδικασία ανάθεσης

είτε ατομικώς είτε σε οποιασδήποτε μορφής σύμπραξη με άλλον οικονομικό φορέα, ιδιωτικού ή δημοσίου δικαίου, εφ' όσον αυτονοήτως υπάρχει σχετική πρόβλεψη στην συστατική πράξη, και να υποβάλλει προσφορά στο πλαίσιο της ανοικτής διαδικασίας, πολλώ μάλλον να αξιώσει να λάβει πρόσκληση στο πλαίσιο των υπολοίπων διαδικασιών⁵².

2. Το αντικείμενο των δημοσίων συμβάσεων

Κατ' αρχάς η ανάλυση πρέπει να εκκινήσει από την παραδοχή ότι δεν είναι όλες οι «μορφές εκταμίευσης δημοσίου χρήματος» δημόσιες συμβάσεις παρά μόνον εκείνες, οι οποίες αποσκοπούν στην απόκτηση έργων, αγαθών ή υπηρεσιών μέσω δημόσιας συμβάσεως. Τούτο ορίζεται σαφώς στο άρθρο 1 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, όπου οριοθετείται το αντικείμενο της διαδικασίας για την σύναψη μίας συμβάσεως, καθώς και της ίδιας της συμβάσεως, η οποία εμπίπτει στο αντικειμενικό πεδίο του νόμου: «... είναι η απόκτηση, μέσω δημοσίας συμβάσεως, από μία ή περισσότερες αναθέτουσες αρχές έργων, αγαθών ή υπηρεσιών από οικονομικούς φορείς που επιλέγονται από τις εν λόγω αναθέτουσες αρχές, ανεξαρτήτως του κατά πόσον τα έργα, τα αγαθά ή οι υπηρεσίες προορίζονται για την εξυπηρέτηση σκοπού δημοσίου συμφέροντος». Η δε απόκτηση, είτε μέσω αγοράς ή μίσθωσης είτε μέσω άλλων συμβατικών μορφών, γίνεται αντιληπτή ως *απόκτηση ωφελειών* των σχετικών έργων, αγαθών ή υπηρεσιών, χωρίς να απαιτείται η μεταβίβαση της κυριότητας στις αναθέτουσες αρχές.⁵³ Υπό αυτήν την έννοια δεν υπάγεται κάθε χρηματοδότηση δραστηριότητας στην έννοια της δημόσιας συμβάσεως, αλλά ούτε και η απόκτηση αγαθού προς μεταπώληση⁵⁴. Περαιτέρω, κατά το άρθρο 1 παρ. 1 αρ. 5 η δημόσια σύμβαση έχει ως αντικείμενο «*την εκτέλεση έργων, την εκπόνηση μελετών, την προμήθεια αγαθών ή την παροχή υπηρεσιών*». Κάθε κατηγορία ορίζεται ως εξής:

Ως δημόσιες συμβάσεις εκτελέσεως έργου, νοούνται οι συμβάσεις με αντικείμενο:

α) την εκτέλεση ή συγχρόνως την μελέτη και την εκτέλεση *εργασιών*, οι οποίες

⁵² Βλ. Σκουρή Δ. /Φραγκάκης Ν., *Συνδυασμένη ερμηνεία και εφαρμογή ελληνικού και κοινοτικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών, Κοινοτική έννοια «οργανισμού δημοσίου δικαίου» - Η οδηγία 92/50/ΕΟΚ και η επιλογή διαδικασίας ανάθεσης - Ανάθεση μελετών σε δημόσιες επιχειρήσεις, ΔΕΗ (γνωμ.)*, ΝοΒ 1998.168 επ., σύμφωνα με την οποία είναι νομίμως δυνατή τόσο η απ' ευθείας ανάθεση στην ΔΕΗ Α.Ε. του έργου του τεχνικού συμβούλου από δημόσιο φορέα, δίχως αυτή η ανάθεση να εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 92/50/ΕΟΚ, καθώς συντρέχουν οι προϋποθέσεις του άρθρου 6 αυτής, ήδη άρθρο 11 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ= άρθρο 11 του Ν.4412/2016, όσο και η συμμετοχή της ΔΕΗ σε κοινοπρακτικό σχήμα για την συμμετοχή στην διαδικασία της αναθέσεως του ίδιου έργου.

⁵³ ΑιτΕκθ Κεφάλαιο Ε για τις επιμέρους ρυθμίσεις του Βιβλίου Ι· Οδηγία 2014/24/ΕΕ σκ. 4-9.

⁵⁴ Επιχείρημα και από το άρθρο 237 παρ.1 του Ν.4412/2016 (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ αλλά και από το άρθρο ΙΙ της «Συμφωνίας για τις Δημόσιες Συμβάσεις», όπ.αν.

αφορούν μία από τις δραστηριότητες του Παραρτήματος II του Προσαρτήματος Α και του Παραρτήματος I του Προσαρτήματος Β του Ν. 4412/2016, β) την εκτέλεση ή συγχρόνως την μελέτη και την εκτέλεση έργου· ως τέτοιο νοείται *το αποτέλεσμα* ενός συνόλου δομικών εργασιών ή εργασιών μηχανικού, το οποίο επαρκεί καθ' εαυτό για την επιτέλεση οικονομικής ή τεχνικής λειτουργίας (άρθρο 1 παρ. 1 αρ. 6 σε συνδ. με τον αρ. 7), και γ) την υλοποίηση με οποιοδήποτε μέσο έργου, ανταποκρινόμενου στις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής, η οποία ασκεί αποφασιστική επιρροή στο είδος ή την μελέτη του έργου. **Ως δημόσιες συμβάσεις προμηθειών** νοούνται οι συμβάσεις με αντικείμενο την αγορά, την χρηματοδοτική μίσθωση, την μίσθωση ή την μίσθωση πώληση, με ή χωρίς δικαίωμα αγοράς, προϊόντων. Μία σύμβαση προμηθειών είναι δυνατόν να περιλαμβάνει *παρεμπιπτόντως* εργασίες τοποθέτησης και εγκατάστασης (άρθρο 1 παρ. 1 αρ. 8). **Ως δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών** νοούνται οι συμβάσεις με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών, οι οποίες δεν εμπίπτουν στην έννοια της συμβάσεως μελετών και τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών (άρθρο 1 παρ. 1 αρ. 9 σε συνδ. με αρ. 7^α). Πολύ σημαντική διάταξη για τις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών είναι το άρθρο 10 του Ν. 4412/2016, στο οποίο προβλέπονται οι **εξαιρέσεις** από την έννοια των δημοσίων συμβάσεων· μεταξύ αυτών, οι συμβάσεις για την αγορά ή την μίσθωση ακινήτων, την παροχή δικαιοδοτικών υπηρεσιών (διαιτησίας και συμβιβασμού) και συγκεκριμένων νομικών υπηρεσιών (λ.χ. εκπροσώπηση ενώπιον δικαστηρίων), καθώς και συγκεκριμένων χρηματοπιστωτικών υπηρεσιών (χορήγηση δανείων), και, βεβαίως, οι συμβάσεις εργασίας. Τέλος, **ως μεικτές συμβάσεις** νοούνται οι συμβάσεις με αντικείμενο διαφορετικά είδη συμβάσεων (εκτελέσεως έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών), με αποτέλεσμα να ανατίθενται κατά τις διατάξεις εκείνες, στις οποίες υπάγεται το κύριο αντικείμενο της σχετικής συμβάσεως (άρθρο 4 παρ. 1, 2).⁵⁵

Ο νομικός χαρακτηρισμός μίας συμβάσεως ως εκτελέσεως έργου, προμήθειας αγαθών ή παροχής υπηρεσιών καθορίζει το αντίστοιχο νομικό καθεστώς, στο οποίο αυτή υπάγεται, με σημαντικές ουσιαστικές συνέπειες⁵⁶. Ενδεικτικώς υπενθυμίζεται ότι τα χρηματικά όρια για την υπαγωγή μίας συμβάσεως εκτελέσεως έργου στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ είναι πολύ υψηλότερα. Σε κάθε περίπτωση δε, ο νομικός χαρακτηρισμός δεν εξαρτάται από τον χαρακτηρισμό, τον οποίον έχει χρησιμοποιήσει η αναθέτουσα αρχή στην διακήρυξη ή τα μέρη στην

⁵⁵ Βλ. αναλυτικά Ράικος Δ., οπ.αν., σελ. 66 επ.

⁵⁶ Βλ. ανωτέρω, υπό Ι αρ. 2, για τον ορισμό του δημόσιου τεχνικού έργου και το εύρος αυτού.

σύμβαση, αλλά στηρίζεται στην φύση του αντικειμένου της συμβάσεως καθ' εαυτήν⁵⁷.

III.- Συστηματική κατάταξη των δημοσίων συμβάσεων στην εθνική έννομη τάξη

1. Η διάκριση μεταξύ «διοικητικών συμβάσεων» και «ιδιωτικών συμβάσεων του δημοσίου»

Ως γνωστόν, μέχρι τον Ν.1406/1983 (ΦΕΚ 182 Α) «*Ολοκλήρωση της δικαιοδοσίας των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων*», οι διαφορές από οποιεσδήποτε συμβάσεις, τις οποίες συνήπταν τα δημόσια νομικά πρόσωπα, ανεξαρτήτως οργάνωσης αυτών βάσει του δημοσίου ή του ιδιωτικού δικαίου, υπάγονταν στην δικαιοδοσία των πολιτικών δικαστηρίων. **Εξαιρέση** αποτελούσαν πάντοτε οι εκτελεστές πράξεις του προσυμβατικού σταδίου, οι οποίες σχετίζονται μεν, αλλά δεν βασίζονται στην σύμβαση και, άρα, «*αποσπώνται*» από αυτήν και ως «*αποσπαστές*» πράξεις δημιουργούν ακυρωτικές διαφορές ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας· τέτοιες πράξεις είναι ιδίως εκείνες, οι οποίες αφορούν την διακήρυξη του διαγωνισμού για την σύναψη της διοικητικής συμβάσεως, την σύνταξη του πίνακα κατατάξεως και αξιολογήσεως των προσφορών, την κατακύρωση, την ανάθεση ή την έγκριση του πρακτικού του διαγωνισμού ή και την άρνηση κατακυρώσεως, αναθέσεως ή εγκρίσεως του πρακτικού διαγωνισμού⁵⁸.

⁵⁷ Με την απόφαση ΣτΕ (ΕΑ) 630/2006 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, το Δικαστήριο έκρινε ότι πρόκειται περί δημοσίας συμβάσεως υπηρεσιών και όχι εκτελέσεως δημοσίου έργου σε διακήρυξη διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου, ο οποίος θα ανελάμβανε την αποκομιδή στερεών αποβλήτων, επικινδύνων και μη, αλλά λόγω των διαφορετικών μεθόδων διαχειρίσεως και τελικής διαθέσεως κάθε κατηγορίας αποβλήτων, έπρεπε να προηγηθεί η διαλογή και ο διαχωρισμός των επικινδύνων αποβλήτων από τα μη επικινδύνα στερεά απόβλητα και στη συνέχεια να επακολουθήσει η απομάκρυνσή τους από συγκεκριμένη οικιστική περιοχή με κατάλληλα οχήματα και προς νόμιμο αποδέκτη. Κατόπιν τούτου, δέχθηκε ως παραδεκτή την αίτηση αναστολής αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα κατά της διακηρύξεως, με βάση τις διατάξεις του Ν. 2522/1997, διότι έκρινε ότι, ως εκ του αντικειμένου (ανάθεση υπηρεσιών) και του προϋπολογισμού του διαγωνισμού εμπίπτει, στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 92/50/ΕΟΚ και, συνεπώς, και στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ και, περαιτέρω, στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 2522/1997, μολονότι ο εν λόγω διαγωνισμός είχε προκηρυχθεί ως διαγωνισμός για την κατασκευή έργου, ο οποίος δεν ενέπιπτε, εν όψει του προϋπολογισμού του, στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 93/37/ΕΟΚ και, ως εκ τούτου, ούτε στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ και του Ν. 2522/1997.

⁵⁸ Ράικος Δ., *Αγωγή αποζημιώσεως για προσυμβατικό «πταίσμα» (ν. 2522/1997) ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων*, ΚριτΕ 1999.160 επ. (166).

Με το άρθρο 1 παρ. 2 στοιχ. ι' σε συνδυασμό με το άρθρο 7 παρ. 2 του Ν.1406/1983 υπήχθησαν στην δικαιοδοσία των τριμελών διοικητικών εφετείων (σε πρώτο και τελευταίο βαθμό) οι διαφορές από «διοικητικές συμβάσεις». Εντεύθεν, τάχιστα δημιουργήθηκε το ζήτημα του ακριβούς προσδιορισμού της έννοιας «διοικητική σύμβαση», εν όψει μάλιστα του γεγονότος ότι εξακολούθησαν να ισχύουν διατάξεις στην νομοθεσία περί δημοσίων έργων, βάσει των οποίων η δικαιοδοσία επί των αναφερομένων από μία σύμβαση δημοσίου έργου διαφορών ανήκε στο πενταμελές (πολιτικό) εφετείο του τόπου της εκτελέσεως του έργου⁵⁹. Η σημασία της διακρίσεως αφορά, εκτός από την δικαιοδοσία και εντεύθεν τις εφαρμοστέες δικονομικές διατάξεις, και το ζήτημα του εφαρμοστέου ουσιαστικού δικαίου, διοικητικού ή ιδιωτικού, τόσο κατά το στάδιο της εκτελέσεως της συμβάσεως όσο και το προσυμβατικό στάδιο αυτής, το οποίο ενδιαφέρει στην παρούσα. Συντόμως, λόγω αρνητικής συγκρούσεως αρμοδιότητας μεταξύ του Εφετείου Αθηνών και του Συμβουλίου της Επικρατείας (ΣτΕ) επί διαφοράς από σύμβαση δημοσίου έργου, η οποία είχε ανακύψει μεταξύ της «Επιχειρήσεως Αστικών Συγκοινωνιών (ΕΑΣ)» και ιδιώτη, το Ανώτατο Ειδικό Δικαστήριο (ΑΕΔ) με την υπ' αριθμόν 10/1987 απόφαση⁶⁰ έλυσε το ζήτημα ως εξής: «... συμβάσεις προς κατασκευήν δημοσίων έργων εκ των οποίων γεννώνται διαφοραί υπαγόμεναι εις την δικαιοδοσίαν των διοικητικών δικαστηρίων νοούνται όχι όλαι αι συμβάσεις, αι συναπτόμεναι κατά την νομοθεσίαν περί δημοσίων έργων, αλλά μόνον εκείναι, αι οποίαι ως εκ της φύσεώς των, έχουν διοικητικόν χαρακτήρα, διότι η επί των διοικητικών διαφορών ουσίας δικαιοδοσία των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων πηγάζει εκ του άρθρου 94 παράγραφος 1 του Συντάγματος. Δοθέντος δε ότι η τελευταία αυτή συνταγματική διάταξις προβλέπει την αίτησιν ακυρώσεως μόνον κατά των εκτελεστών διοικητικών πράξεων των διοικητικών αρχών, εις τας οποίας περιλαμβάνονται και τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου, δεν δύναται να υπάρξει διοικητική διαφορά εκ συμβάσεως προς κατασκευήν δημοσίου έργου, εμπίπτουσα εις την κατά το άρθρο 94 παράγραφος 1 δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων, όταν το έργον εκτελείται χάριν νομικού προσώπου ιδιωτικού δικαίου, το οποίον είναι κύριος του έργου, έστω και αν το νομικό τούτον πρόσωπον ιδιωτικού δικαίου είναι δημοσία επιχείρησις ή ανήκει εις το Δημόσιον, προβλέπεται δε υπό του νόμου δι' αυτό η

⁵⁹ Άρθρο 16 του Ν.Δ.1266/1972 «Περί εκτελέσεως δημοσίων έργων», το οποίο επανέλαβε το άρθρο 13 του Ν.1418/1984 (ΦΕΚ Α' 23).

⁶⁰ ΑΕΔ 10/1987, ΕλλΔνη 1988.82· ομοίως, ΑΕΔ 45/1991 για την Ε.ΥΔ.Α.Π., Δίκη 1992.221 □ ΑΕΔ 10,15/1992, 21/1997, 1/2015 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

εφαρμογή της περί δημοσίων έργων νομοθεσίας, διότι η εφαρμογή της νομοθεσίας αυτής δεν δύναται να μεταβάλει τα εκ του Συντάγματος όρια της δικαιοδοσίας των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων».

Κατά τα ανωτέρω, προκειμένου για τον χαρακτηρισμό μίας συμβάσεως ως διοικητικής, υιοθετήθηκε το **«οργανικό κριτήριο»**, δηλαδή της οργάνωσης της αναθέτουσας αρχής υπό την μορφή του Κράτους, ΝΠΔΔ και των ΟΤΑ. Ωστόσο, το ανωτέρω οργανικό κριτήριο πρέπει να συντρέχει **σωρευτικώς** με δύο **«λειτουργικά»** στοιχεία: α) η σύμβαση να έχει ως αντικείμενο την άσκηση δημόσιας υπηρεσίας με λειτουργική έννοια⁶¹ ή να εξυπηρετεί σκοπό δημοσίου συμφέροντος, και β) η σύμβαση να διέπεται από εξαιρετικό νομικό καθεστώς, προνομίων και υποχρεώσεων, το οποίο επιφυλάσσει για την συμβαλλόμενη αναθέτουσα αρχή υπερέχουσα δικαιοπρακτική θέση έναντι του συμβαλλομένου και το οποίο πρέπει να προκύπτει είτε από τον νόμο είτε από την σύμβαση (λ.χ. μονομερής τροποποίηση όρων της συμβάσεως, επιβολή κυρώσεων, μονομερής λύση της συμβάσεως). Η ανωτέρω θέση αποτελεί την επικρατήσασα στην νομολογία άποψη για τις συμβάσεις εκτελέσεως έργων και προμηθειών, οι οποίες χαρακτηρίζονται ως ανταλλακτικές ή συναλλακτικές⁶², δηλαδή αμοτεροβαρείς συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας· αντιθέτως, η θεωρία είναι κατά κανόνα επικριτική, για τον λόγο ότι η υιοθέτηση του οργανικού κριτηρίου παραγνωρίζει την σύγχρονη ευρωπαϊκή και ελληνική διοικητική πραγματικότητα, στην οποία ευρείς τομείς της δημόσιας διοικήσεως ασκούνται από δημόσιες φορείς και επιχειρήσεις υπό την μορφή της ανώνυμης εταιρείας⁶³. Κατά τον Καθηγητή Δαγτόγλου (2014) διοικητικές είναι όλες, αλλά και μόνον οι συμβάσεις, οι οποίες αφορούν δικαιώματα και υποχρεώσεις δημοσίου δικαίου, με συνέπεια να μην είναι διοικητικές οι συμβάσεις, τις οποίες συνομολογεί η συναλλακτική διοίκηση: οι αγοραπωλησίες και οι μισθώσεις είναι κατ' αρχήν ιδιωτικού δικαίου, ακόμη και όταν συνδέονται εμμέσως με την λειτουργία της δημόσιας υπηρεσίας (λ.χ. αγορά πετρελαίου για την θέρμανση κτηρίων, όπου στεγάζονται οι δημόσιες υπηρεσίες)·

⁶¹ Σπηλιωτόπουλος Επ., όπ.αν., σελ. 13 επ. (αρ.20), σύμφωνα με τον οποίον η δημόσια υπηρεσία υπό ουσιαστική ή λειτουργική έννοια έχει ως αντικείμενο την παροχή αγαθών ή υπηρεσιών προς τους διοικουμένους, για την ικανοποίηση ορισμένων βασικών αναγκών τους, οι οποίες καθορίζονται κάθε φορά από την έννομη τάξη (λ.χ. εκπαίδευση, συγκοινωνία).

⁶² Για τους όρους, βλ. Δαγτόγλου Πρ., όπ.αν., σελ. 349 επ (αρ. 768-768β) και Σπηλιωτόπουλο Επ., όπ.αν., σελ. 176, αντιστοίχως.

⁶³ Σπηλιωτόπουλος Επ., όπ.αν., σελ. 176· Παυλόπουλος, Πρ., *Ζητήματα αστικής ευθύνης από διοικητικές συμβάσεις* σε «*Η σύμβαση εκτέλεσης δημόσιου έργου*», 1997, σελ. 315 επ. (316)· Ράικος Δ., *Αγωγή αποζημίωσης ...*, όπ.αν., σελ. 164)· ιδίου, *Δίκαιο ...*, όπ.αν., σελ. 17-20 και ιδίως 23-34.

αντιστρόφως, είναι διοικητικές οι συμβάσεις, τις οποίες συνάπτουν οι ιδιώτες με οργανισμούς κοινής ωφελείας.⁶⁴

Υπό το ισχύον νομοθετικό καθεστώς του Ν. 4412/2016 η ανωτέρω διάκριση σε δημόσιες διοικητικές συμβάσεις και σε δημόσιες συμβάσεις ιδιωτικού δικαίου **δεν φαίνεται να ασκεί ουσιώδη επιρροή** στις ουσιαστικές διατάξεις, οι οποίες διέπουν τόσο την διαδικασία αναθέσεως όσο και την εκτέλεση μίας δημόσιας συμβάσεως αυτής καθ' εαυτήν. Όπως ήδη έχει αναφερθεί, η εφαρμογή των οικείων διατάξεων δεν εξαρτάται ούτε από το δίκαιο, το οποίο διέπει την οργάνωση της αναθέτουσας αρχής, ούτε από τον σκοπό της συμβάσεως, και δη εάν αυτή εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον ή όχι. Όσον αφορά το πρώτο στοιχείο έχουμε αναφερθεί σε αυτό διεξοδικώς σε σχέση με την έννοια του «οργανισμού δημοσίου δικαίου». Όσον αφορά το δεύτερο στοιχείο, το δημόσιο συμφέρον αφ' ενός μεν δεν περιλαμβάνεται στον ορισμό της «δημόσιας συμβάσεως» του άρθρου 2 παρ. 1 αρ. 5 του Ν. 4412/2016, αφ' ετέρου δε ρητώς αποκλείεται από τους εκτιμώμενους παράγοντες για την υπαγωγή μίας διαδικασίας προμηθείας στο αντικειμενικό πεδίο εφαρμογής μίας δημόσιας συμβάσεως, σύμφωνα με το άρθρο 3 παρ. 2 του Ν.4412/2016. Κάθε μία από τις δύο κατηγορίες αποτελούν μόνον υποκατηγορία των δημοσίων συμβάσεων⁶⁵.

2. Ενιαίο σύστημα δικαστικής προστασίας κατά την σύναψη (ανάθεση και εκτέλεση) δημοσίων συμβάσεων, διοικητικού ή ιδιωτικού δικαίου

Αρχικώς, η δικαιοδοσία των δικαστηρίων επί των διαφορών των αναφερόμενων στο πλαίσιο μίας δημόσιας συμβάσεως ακολούθησε τον διαχωρισμό μεταξύ διοικητικών και ιδιωτικών συμβάσεων των δημοσίων νομικών προσώπων. Το Συμβούλιο της Επικρατείας παρέμεινε αρμόδιο για την εκδίκαση των ακυρωτικών διαφορών, οι οποίες δημιουργούνται από τις αποσπαστές πράξεις της Διοικήσεως· τα διοικητικά εφετεία κατέστησαν αρμόδια για την εκδίκαση των διαφορών, οι οποίες δημιουργούνται κατά την εκτέλεση της διοικητικής συμβάσεως δυνάμει του άρθρου 2 παρ.1 του Ν.1406/1983⁶⁶, ενώ τα διοικητικά πρωτοδικεία για την εκδίκαση των αγωγών αποζημιώσεως στο πλαίσιο των διοικητικών συμβάσεων, δυνάμει του άρθρου 6 παρ. 1 ΚΔΔικ⁶⁷. τα πολιτικά δικαστήρια παρέμειναν αρμόδια για την

⁶⁴ Δαγτόγλου Πρ., όπ.αν., σελ. 327-334 (αρ.741,742), 341-346 (αρ. 757 επ.).

⁶⁵ Σπηλιωτόπουλος Επ., όπ. αν., σελ.177 για τις διοικητικές συμβάσεις.

⁶⁶ ΣτΕ (ΟΛ.). 3707 -3709/1987 ΝοΒ 1990.696.

⁶⁷ Ράικος Δ., Δίκαιο ..., όπ.αν., σελ. 184.

εκδίκηση εν γένει των διαφορών από τις συμβάσεις ιδιωτικού δικαίου των δημοσίων νομικών προσώπων, δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου⁶⁸.

Σήμερα, στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων αυτή η διάσπαση δικαιοδοσίας και αρμοδιότητας δεν υφίσταται, καθώς έχει ενοποιηθεί τόσο η δικαιοδοσία όσο και η διαδικασία εκδικάσεως των διαφορών κατά το προσυμβατικό και το συμβατικό στάδιο αυτών. Κομβικής σημασίας γεγονός προς τούτο αποτέλεσε (και) σε αυτό το πεδίο η αναθεώρηση του Συντάγματος έτους 2001, καθώς στο συνταγματικό κείμενο ενσωματώθηκε η διάταξη του άρθρου 94 παρ. 3, σύμφωνα με την οποία: *«Σε ειδικές περιπτώσεις και προκειμένου να επιτυγχάνεται η ενιαία εφαρμογή της αυτής νομοθεσίας μπορεί να ανατεθεί με νόμο η εκδίκηση κατηγοριών ιδιωτικών διαφορών στα διοικητικά δικαστήρια ή κατηγοριών διοικητικών διαφορών ουσίας στα πολιτικά δικαστήρια»*. Οι διαφορές από τις δημόσιες συμβάσεις αποτέλεσαν μία τέτοια κατηγορία καθώς σε αυτήν συνέτρεχαν και οι τρεις προϋποθέσεις, τις οποίες έταξε ο συντακτικός νομοθέτης για την εφαρμογή το άνω κανόνα: α) πρόκειται για «ειδικές περιπτώσεις», δηλαδή για αρκούντως εξειδικευμένες κατηγορίες διαφορών, β) οι διαφορές αυτές προκύπτουν από την εφαρμογή του ίδιου νομοθετικού καθεστώτος, και γ) έχουν χαρακτήρα άλλοτε ιδιωτικής, άλλοτε διοικητικής διαφοράς υπαγόμενης κατά περίπτωση στα πολιτικά ή τα διοικητικά δικαστήρια, αντιστοίχως⁶⁹.

Η επιτραπείσα από το Σύνταγμα ενοποίηση δικαιοδοσίας έλαβε χώρα για πρώτη φορά με τον Ν.3886/2010 (ΦΕΚ Α 173) και την υπαγωγή στο τριμελές διοικητικό εφετείο του τόπου της εκτέλεσης όλων των διαφορών (προσωρινής και οριστικής δικαστικής προστασίας έναντι των αναθετουσών αρχών, δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου), οι οποίες θα ανέκυπταν έκτοτε κατά την διαδικασία πριν από την σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, εφ' όσον η σύμβαση ενέπιπτε στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2004/17/EK (L 134) και 2004/18/EK (L 134) · κατ' εξαίρεση μόνον το Συμβούλιο της Επικρατείας απέκτησε την αρμοδιότητα για τις δημόσιες συμβάσεις άνω των 15.000.000 ευρώ. Η ενιαία δικαιοδοσία ολοκληρώθηκε, όμως, με τον Ν. 4412/2016, όπως αυτός τροποποιήθηκε τελικώς με τις διατάξεις του Ν.4872/2021, καταργηθέντος βεβαίως, του Ν.3886/2010 δυνάμει του προαναφερθέντος άρθρου 379.

⁶⁸ Σοϊλεντάκης Ν., *Η προσυμβατική ευθύνη στο διοικητικό δίκαιο σε ΔιοικΔ 1998. 1 επ. (9,10)*.

⁶⁹ Χρυσανθάκης Χ., *«Η συνταγματική δυνατότητα ενιαίας εκδίκησης ιδιωτικών διαφορών και διοικητικών διαφορών ουσίας»*, σε ΕΔΔΔ 2002.215 επ.

Πλέον ο **κανόνας** είναι ότι αρμόδιο για την εκδίκαση όλων των διαφορών, οι οποίες προκύπτουν **τόσο** κατά το προσυμβατικό στάδιο **όσο** και κατά το συμβατικό στάδιο μίας δημόσιας συμβάσεως, ανεξαρτήτως της μορφής και οργάνωσης της αναθέτουσας αρχής ως νομικού προσώπου δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου και ανεξαρτήτως της εκτιμώμενης αξίας άνω ή κάτω των ορίων των Οδηγιών, είναι το κατά τόπον αρμόδιο **Διοικητικό Εφετείο**⁷⁰. Τούτο ορίζεται ρητώς στις εξής διατάξεις του Ν.4412/2016: του άρθρου 127 (για τις διαφορές από συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία κατώτερη ή ίση των ορίων του άρθρου 118 περί απ' ευθείας ανάθεσης, δηλαδή μέχρι 30.000 ευρώ), 175 (για τις διαφορές από συμβάσεις κατασκευής δημοσίου έργου), 205Α (για τις διαφορές από συμβάσεις προμηθείας ή παροχής υπηρεσιών), 345 και 372 (για τις διαφορές κατά την διαδικασία ανάθεσης και τροποποίησης όλων των συμβάσεων). Μάλιστα, έχει ήδη κριθεί ότι η ανωτέρω αποκλειστική αρμοδιότητα των διοικητικών εφετείων αφορά και την έκδοση διαταγής πληρωμής, με βάση τις διατάξεις των άρθρων 272^Α επ. ΚΔιοικΔ⁷¹, καθώς και την αξίωση από αδικαιολόγητο πλουτισμό σε περίπτωση ακυρότητας της δημόσιας συμβάσεως⁷².

Υπάρχουν δύο (2) εξαιρέσεις του κανόνα περί ενιαίας δικαιοδοσίας και αρμοδιότητας στις δημόσιες συμβάσεις: α) Οι διαφορές, οι οποίες αναφύονται κατά την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης έργων ή υπηρεσιών και δημοσίων συμβάσεων εκτιμώμενης αξίας άνω των 15.000.000 ευρώ, υπάγονται στην αρμοδιότητα του Συμβουλίου της Επικρατείας, ανεξαρτήτως και πάλιν όμως της μορφής της αναθέτουσας αρχής, με συνέπεια να άγονται προς κρίση ενώπιον του ανωτάτου ακυρωτικού Δικαστηρίου και διαφορές με δημόσιες επιχειρήσεις υπό την μορφή ανώνυμης εταιρείας. Και, β) Η αξίωση αποζημιώσεως, την οποία έχει ο παρανόμως αποκλεισθείς από την συμμετοχή σε διαδικασίες για την σύναψη μίας συμβάσεως ή από την ίδια την σύναψη αυτής, κατ' άρθρο 373 Ν.4412/2016. Για την εκδίκαση των συγκεκριμένων αποζημιωτικών διαφορών, η αρμοδιότητα των δικαστηρίων προσδιορίζεται με βάση τις γενικές διατάξεις, όπως ορίζει ρητώς το άρθρο 346 παρ. 3 του Ν.4412/2016, επαναλαμβάνοντας την διάταξη του άρθρου 3 παρ. 4 σε συνδυασμό με το άρθρο 9 του Ν.3886/2010. Σε αυτήν την περίπτωση, καθ' ύλην αρμόδια θα είναι τα διοικητικά πρωτοδικεία εφ' όσον πρόκειται για δημόσια

⁷⁰ Λαμπρόπουλος Ιωάν., *Ζητήματα δικαστικής προστασίας κατά το προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων, μετά τις αλλαγές του ν.4782/2021*, Διδικ 2022.54 επ. (55-56).

⁷¹ ΔΕΦΧανίων 2530/2019 ΔΔίκη 2020.829.

⁷² ΜΠρωτΛαμίας 74/2021, ΜΠρωτΗλείας 201/2021 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

διοικητική σύμβαση, με βάση την διάταξη του άρθρου 6 παρ. 1 και 2γ) ΚΔιοικΔ⁷³ ή τα καθ' ύλην αρμόδια πολιτικά δικαστήρια εφ' όσον πρόκειται για δημόσια σύμβαση ιδιωτικού δικαίου, με βάση το άρθρο 14 ΚΠολΔ. Τούτο σημαίνει ότι οι συγκεκριμένες αποζημιωτικές διαφορές είναι το περιορισμένο πεδίο, στο οποίο βρίσκεται ακόμη έδαφος εφαρμογής, από την άποψη της δικαιοδοσίας, η διάκριση μεταξύ δημόσιας διοικητικής συμβάσεως και δημόσιας συμβάσεως ιδιωτικού δικαίου, με βάση το «οργανικό» κριτήριο.

Εν τέλει, το Βιβλίο IV του Ν.4412/2016 περιλαμβάνει τόσο κανόνες δικονομικούς, όπως λ.χ. την υποχρέωση ασκήσεως προδικαστικής προσφυγής ενώπιον του ειδικώς προς τούτο συσταθέντος οργάνου, της «Αρχή Εξετάσεως Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)⁷⁴», όσο και κανόνες ουσιαστικούς, όπως είναι οι διατάξεις των άρθρων 368, για τις **περιοριστικώς** αναφερόμενες περιπτώσεις, κατά τις οποίες απαγγέλλεται η ακυρότητα μίας συμβάσεως, καθώς και του άρθρου 373, για τις νόμιμες προϋποθέσεις της προσυμβατικής ευθύνης και την, εξ αυτής, οφειλόμενη αποζημιώσεως προς τον ζημιωθέντα. Τούτο, βεβαίως, δεν σημαίνει ότι εξοβελίζονται άλλοι εφαρμοστέοι κανόνες δικαίου στην υποκατηγορία των διοικητικών συμβάσεων, όπως ήδη έχει κριθεί για τις διατάξεις των άρθρων 225 – 227 του Ν. 3852/2010 για την άσκηση προσφυγής νομιμότητας κατά των πράξεων οργάνων των ΟΤΑ.⁷⁵

⁷³ (Μον) ΔΠρωτΘεσσαλ 470/2022 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

⁷⁴ Ήδη έχει μετονομασθεί σε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. (άρθρο 3 του Ν.4912/2022 , Α' 59), με την οποία και συνενώθηκε.

⁷⁵ ΣτΕ 770/2021 (σκ. 14) σε Αρμενόπουλος 2022.854 επ.: η συγκεκριμένη απόφαση εκδόθηκε σε «δίκη-πιλότο» για την υποχρέωση του τρίτου να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, την οποία και αρνήθηκε το Δικαστήριο, κρίνοντας αντιθέτως ότι διατηρούνται οι εν λόγω ειδικές διατάξεις του Ν.3852/2010.

Κεφάλαιο δεύτερο

Η ευθύνη της αναθέτουσας αρχής κατά το προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων προμηθειών, εκτελέσεως έργων και παροχής υπηρεσιών

I.- Έννοια και οριοθέτηση του προσυμβατικού σταδίου

1.- Η έναρξη και η λήξη της διαδικασίας αναθέσεως της σύμβασης

Κατά τον Καθηγητή Σπηλιωτόπουλο (2017), στις δημόσιες συμβάσεις προσυμβατικό είναι το στάδιο, στο οποίο εκδηλώνεται η βούληση του αναθέτοντα φορέα για την σύναψη της σύμβασης και το οποίο περιλαμβάνει τον καθορισμό του αντικειμένου και των όρων της σύμβασης, καθώς και τον τρόπο επιλογής του αντισυμβαλλομένου⁷⁶.

Στις διατάξεις του Ν.4412/2016 δεν υπάρχει ορισμός, αλλά προσδιορίζονται εκείνες οι διαδικαστικές πράξεις της αναθέτουσας αρχής, οι οποίες σηματοδοτούν την έναρξη και την λήξη του προσυμβατικού σταδίου. Συγκεκριμένα, ως προς την έναρξη της διαδικασίας αναθέσεως διακρίνουμε τις εξής περιπτώσεις:

α) Σύμφωνα με το άρθρο 61 παρ. 1,2 και 3, για τις συμβάσεις «άνω των ορίων» η έναρξη του προσυμβατικού σταδίου συμπίπτει: αα) με την ημερομηνία αποστολής της σχετικής προκήρυξης σύμβασης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ε.Ε.· τούτο ισχύει για όλες τις διαδικασίες αναθέσεως των άρθρων 26 επ., στις οποίες απαιτείται προκήρυξη (ανοικτή διαδικασία, κλειστή διαδικασία, ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση, ανταγωνιστικός διάλογος και σύμπραξη καινοτομίας), και αβ) με την ημερομηνία αποστολής προς τους οικονομικούς φορείς της πρώτης πρόσκλησης συμμετοχής σε διαπραγμάτευση (χωρίς προκήρυξη).

β) Σύμφωνα με το άρθρο 120 παρ. 1 και 2 (σε συνδυασμό με το άρθρο 61 παρ.4), για τις συμβάσεις «κάτω των ορίων» η έναρξη του προσυμβατικού σταδίου συμπίπτει: βα) με την ημερομηνία δημοσίευσης της διακήρυξης στο “ΚΕΝΤΡΙΚΟ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟ ΜΗΤΡΩΟ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ” (ΚΗΜΔΗΣ), για τις ίδιες ως άνω διαδικασίες, στις οποίες απαιτείται προκήρυξη, και ββ) με την ημερομηνία αποστολής προς τους οικονομικούς φορείς της πρώτης πρόσκλησης υποβολής προσφοράς (για τις συμβάσεις, οι οποίες συνάπτονται με την ειδική διαδικασία της απ’ ευθείας ανάθεσης του άρθρου 118, ήτοι για τις συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία

⁷⁶ Σπηλιωτόπουλος Επ., όπ.αν., σελ. 179

από 2.500 έως 30.000 ευρώ) ή της πρώτης πρόσκλησης συμμετοχής σε διαπραγμάτευση.

Εξ άλλου, ως προς την περάτωση της διαδικασίας αναθέσεως εφαρμόζεται, ανεξαρτήτως εκτιμώμενης αξίας άνω του ορίου της απ' ευθείας αναθέσεως του άρθρου 118, το άρθρο 105 του Ν.4412/2016 υπό τον τίτλο «Κατακύρωση – σύναψη σύμβασης». Συγκεκριμένα, η υποχρεωτική σειρά των μερικότερων πράξεων της αναθέτουσας αρχής, οι οποίες πρέπει να λάβουν χώρα έως την περάτωση του σταδίου με την κατακύρωση, είναι η εξής: απόφαση κατακύρωσης ⇒ κοινοποίηση αποφάσεως και φακέλου σε όλους τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς ⇒ οριστικοποίηση της κατακύρωσης με την πλήρωση ορισμένων προϋποθέσεων ⇒ κοινοποίηση έγγραφης ειδικής πρόσκλησης στον ανάδοχο (παράγραφοι 1-4).

Η δε σύμβαση «... θεωρείται συναφθείσα...» με την κατά νόμον περάτωση του τελευταίου σταδίου της κοινοποιήσεως της πράξεως (παρ. 5 του άρθρου 105). Προκειμένου δε περί συμβάσεως, η οποία είτε βασίζεται σε συμφωνία πλαίσιο ή συνάπτεται στο πλαίσιο «δυναμικού συστήματος αγορών» είτε συνάπτεται με την διαδικασία της απ' ευθείας αναθέσεως, αυτή θεωρείται συναφθείσα με την κοινοποίηση της εντολής αγοράς (παράγραφος 6). Μάλιστα, προς επιβεβαίωση της, έστω και εμμέσως, καταργήσεως διατάξεων του δημοσιονομικού δικαίου από τον Ν.4412/2016, στην τελευταία περίπτωση η εντολή αγοράς επέχει την θέση του έγγραφου συμφωνητικού, το οποίο απαιτεί επί ποινή ακυρότητας το άρθρο 130 του Ν. 4270/2014. Ακριβώς για τον λόγο ότι η σύμβαση θεωρείται συναφθείσα με την κοινοποίηση της ειδικής προσκλήσεως από την αναθέτουσα αρχή στον ανάδοχο, διαχρονικώς γίνεται δεκτός από την νομολογία **ο αποδεικτικός και μόνον χαρακτήρας της έγγραφης συμβάσεως**⁷⁷. Τούτο επιβεβαιώνεται ρητώς και στο άρθρο 118 παρ. 3 Ν.4412/2016, προκειμένου περί δημοσίων συμβάσεων, οι οποίες ανατίθενται με το σύστημα της απ' ευθείας αναθέσεως, δηλαδή κατ' αρχήν με εκτιμώμενη αξία ίση ή κατώτερη των 30.000 ευρώ: «3. Μετά την έκδοση της απόφασης ανάθεσης, η αναθέτουσα αρχή τη δημοσιεύει στο ΚΗΜΔΗΣ, σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 38 και την κοινοποιεί στον οικονομικό φορέα. Η παράλειψη εκπλήρωσης υποχρέωσης του προηγούμενη εδαφίου καθιστά την σύμβαση αυτοδικαίως

⁷⁷Ράικος Δ., Δίκαιο ..., σελ. 575, ο οποίος, βεβαίως, επισημαίνει την νομοθετική απόκλιση σε σχέση με την μέχρι πρότινος κρατούσα άποψη ότι η σύμβαση εθεωρείτο καταρτισθείσα δια της κοινοποιήσεως στον ανάδοχο της κατακυρωτικής αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής ως εκείνης της μονομερούς πράξεως, η οποία ολοκλήρωνε την σύνθετη διαδικασία του διαγωνισμού.

άκυρη. Με την κοινοποίηση της απόφασης ανάθεσης η σύμβαση θεωρείται ότι έχει συναφθεί και η υπογραφή του σχετικού συμφωνητικού έχει αποδεικτικό χαρακτήρα. ...»

Εξ άλλου, το στάδιο αναθέσεως μίας δημόσιας συμβάσεως περατώνεται **και** με την **ματαίωση** της διαδικασίας συνάψεως αυτής, η οποία προβλέπεται από το άρθρο 106 Ν.4412/2016 σε τρεις (3) βασικές κατηγορίες περιπτώσεων: α) όταν ο διαγωνισμός αποβαίνει άγονος ή δεν προσέλθει ο ανάδοχος να υπογράψει την σύμβαση (παρ.1), β) όταν διαπιστώνεται παράτυπη διεξαγωγή της διαδικασίας ανάθεσης (παρ.2) και γ) όταν η σύμβαση δεν δύναται να εκτελεσθεί πλέον για λόγους αντικειμενικούς (παρ.3).

Κατά τ' ανωτέρω εκτεθέντα, η τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας της διακήρυξης ή της πρόσκλησης και η κοινοποίηση στον ανάδοχο της ειδικής πρόσκλησης για την υπογραφή της συμβάσεως ή η ματαίωση συνάψεως της συμβάσεως, συμπίπτουν, αντιστοίχως, με την έναρξη και την λήξη της διαδικασίας αναθέσεως μίας δημόσιας συμβάσεως, οριοθετώντας το στάδιο πριν από την σύμβαση, δηλαδή το προσυμβατικό στάδιο αυτής, τόσο χρονικώς όσο και διαδικαστικώς.

2.- Η νομική φύση της διακηρύξεως ως «εναρκτήριου λακτίσματος» του προσυμβατικού σταδίου

Το γεγονός ότι η έναρξη του προσυμβατικού σταδίου μίας δημόσιας συμβάσεως συμπίπτει με την τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας της διακηρύξεως ανάγεται στην νομική φύση αυτής, για την οποία συμφωνούν νομολογία και θεωρία.

Συγκεκριμένα, εφαρμοζομένης της διατάξεως του άρθρου 199 ΑΚ, για την σύναψη συμβάσεως δια πλειστηριασμού, η διακήρυξη συνιστά πρόσκληση, η οποία απευθύνεται σε απροσδιόριστο (συνήθως) κύκλο προσώπων (personam incertam), προς υποβολή προτάσεως, της οποίας η αποδοχή δια της κατακύρωσεως οδηγεί στην κατάρτιση της συμβάσεως. Οι προσφορές των οικονομικών φορέων είναι οι προτάσεις, τις οποίες υποβάλλουν οι ενδιαφερόμενοι για την σύναψη της συμβάσεως. Η κατακύρωση της συμβάσεως από την αναθέτουσα αρχή σε έναν ανάδοχο συνιστά αποδοχή της προσφοράς του και, συνακολούθως, της προτάσεώς του· μεταξύ δε της προσκλήσεως και της αποδοχής της προσφοράς μεσολαβεί το στάδιο των διαπραγματεύσεων, το οποίο ρυθμίζεται από τις διατάξεις των άρθρων 197-198 ΑΚ.⁷⁸

⁷⁸ Γεωργιάδης Απ.– Παυλόπουλος Π., *Η ευθύνη από τις διαπραγματεύσεις στο πλαίσιο των διοικητικών συμβάσεων* (γνμδ.), ΝοΒ 1987.701 επ. (703)· Ράικος Δ., *Αγωγή ...*, όπ.αν., 172-173·

Το ζήτημα της νομικής φύσεως της διακηρύξεως συνδέεται **και** με την δυνατότητα ματαίωσης της αναθέσεως, η οποία αποτελεί πράξη του προσυμβατικού σταδίου. Εφ' όσον πρόκειται για πρόσκληση προς υποβολή προτάσεων, κατ' άρθρο 199 ΑΚ, τότε δεν υφίσταται εκ μέρους του προκηρύξαντος τον διαγωνισμό υποχρέωση για την κατακύρωση της πρότασης, η οποία κρίνεται ως η συμφερότερη συμφώνως προς τα κριτήρια, τα οποία έχει θέσει ο ίδιος· επ' αυτού, με την απόφαση του ΑΠ 334/2015 έχει κριθεί ότι «... Εκείνος που προκήρυξε τη δημοπρασία είναι ελεύθερος να αρνηθεί την προσφορά έστω και αν αυτή πληροί τους απαιτούμενους όρους, ενδέχεται όμως να υπέχει τότε ευθύνη από διαπραγματεύσεις...». Πάντως, όπως ήδη έχει αναφερθεί, στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων η ματαίωση συνάψεως της συμβάσεως κατ' αρχήν επιτρέπεται από τον Ν.4412/2016, εν μέρει κατά δέσμια αρμοδιότητα (άρθρο 106 παρ.1) εν μέρει κατ' ενάσκηση διακριτικής ευχέρειας (άρθρο 106 παρ. 2,3), πάντοτε όμως κατόπιν ειδικώς αιτιολογημένης αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής.⁷⁹

Κατ' άλλη, μειοψηφική άποψη, η διακήρυξη αυτή καθ' εαυτήν αποτελεί πρόταση προς κατάρτιση «κανονιστικής συμβάσεως», της οποίας προτάσεως η αποδοχή προβλέπεται στην ίδια την διακήρυξη ως όρος ή προϋπόθεση έγκυρης συμμετοχής στον διεξαγόμενο διαγωνισμό· επιπροσθέτως, ρυθμίζει τις διάφορες φάσεις του διαγωνισμού επί τω τέλει καταρτίσεως της ειδικής ή ατομικής συμβάσεως με τον αναδειχθησόμενο ανάδοχο. Συνεπώς, μεταξύ του διακηρύσσοντος και των διαγωνιζομένων δεν υφίσταται απλώς κατάσταση διαπραγματεύσεων, αλλά «*επί πλέον και παράλληλως προς ταύτην αληθής συμβατικός δεσμός*»⁸⁰, με συνέπεια η παράβαση των υποχρεώσεων να δημιουργεί ενδοσυμβατική ευθύνη.⁸¹

Γεωργιάδης Απ., Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, 2012, §32 αρ.7 και §34 αρ.50 επ.· ΑΠ(ΟΛ.) 37/2005 ΕΛΛΔνη 2005.1040.

⁷⁹ ΑΠ 334/2015 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. Μαθιουδάκης Ιάκ., «Η ματαίωση διαγωνισμού δημόσιας σύμβασης υπό τον Ν.4412/2016 – Δώδεκα Παρατηρήσεις» σε Αρμενόπουλος 2018. 383 επ.· μάλιστα, κατά τον ίδιο έχει διαμορφωθεί «νομολογιακά γενική αρχή περί της (κατά κανόνα) αρμοδιότητας της δημόσιας αρχής να ματαιώνει τον διαγωνισμό με ανάκληση της διακήρυξης ή της κατακυρωτικής απόφασης.... Η δημόσια αρχή έχει, μεν, υποχρέωση να τηρεί μέχρι τέλους τους κανόνες της διαγωνιστικής διαδικασίας, την οποία έχει επιλέξει, όχι όμως και να ολοκληρώσει σε κάθε περίπτωση τον διαγωνισμό και να συνάψει την οικεία σύμβαση». Πάντως, η διατύπωση του άρθρου 106 δεν επιβεβαιώνει αυτήν την άποψη.

⁸⁰ Γρ.-Ευαγ., Καλαβρός Κ., Γνωμοδότηση σε ΝοΒ 28.1661 επ.· ΔΕΦΚομ. 33/1990 ΔΔικ 1990.429, η οποία δέχθηκε ότι η διακήρυξη αποτελεί πρόσκληση για την κατάρτιση συμβάσεως, ατ' άρθρο 709 ΑΚ. Έτσι, και Συνοδινός Χ., Αξίωση αποζημίωσης για παραβάσεις κατά το προσυμβατικό στάδιο κατάρτισης συμβάσεων του δημοσίου, απορρέουσα από το κοινοτικό δίκαιο σε ΚριτΕ 1999.201 επ. (230). Η άποψη αυτή είχε διατυπωθεί αρχικώς από τον Κουμάντο, όπ.αν., αρ. 10: «Δεν δύναται θεωρητικώς να αποκλεισθή, μ'όλον ότι πρακτικώς φαίνεται απολύτως ασυνήθης, η περίπτωσης πραγματικής ρητής συμβάσεως εκούσης ως αντικείμενον την υποχρέωσιν προς έντιμον διεξαγωγήν

II.- Η νομική θεμελίωση της προσυμβατικής ευθύνης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων

Η προσυμβατική ευθύνη της αναθέτουσας αρχής γεννάται στο στάδιο της αναθέσεως, όπως οριοθετήθηκε ανωτέρω κατά τ' ακραία όρια. Περαιτέρω, η προσυμβατική αυτή ευθύνη, δηλαδή η ευθύνη προς αποκατάσταση της ζημίας, την οποία υπέστη ένας οικονομικός φορέας εξ αιτίας μίας μη νόμιμης πράξεως ή παραλείψεως αυτής, η οποία έλαβε χώρα κατά το στάδιο της αναθέσεως της σύμβasεως, ερείδεται σε περισσότερες νομικές βάσεις: α) της ευθύνης από τις διαπραγματεύσεις, κατ' άρθρα 197-198 ΑΚ, β) της αστικής ευθύνης του Δημοσίου και λοιπών δημοσίων νομικών προσώπων, κατ' άρθρα 105-106 ΕισΝΑΚ και γ) της ευθύνης βάσει του άρθρου 373 Ν.4412/2016. Αμέσως κατωτέρω εξετάζονται οι περισσότερες νομικές βάσεις από την άποψη της νομοθετικής πρόβλεψης, της θεωρητικής θεμελίωσης και της νομολογιακής διαμόρφωσης.

1.- Η προσυμβατική ευθύνη κατ' άρθρα 197-198 ΑΚ.⁸²

Οι διατάξεις των άρθρων 197-198 ΑΚ έχουν ως εξής:

« Άρθρο 197 (Ευθύνη από τις διαπραγματεύσεις): Κρατά τις διαπραγματεύσεις για τη σύναψη σύμβασης τα μέρη οφείλουν αμοιβαία να συμπεριφέρονται σύμφωνα με την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη. Άρθρο 198 (Αποζημίωση λόγω ζημίας κατά τις διαπραγματεύσεις): Όποιος κατά τις διαπραγματεύσεις για τη σύναψη σύμβασης προξενήσει υπαίτια στον άλλο ζημία είναι υποχρεωμένος να την ανορθώσει και αν ακόμη η σύμβαση δεν καταρτίσθηκε. Για την παραγραφή της αξίωσης αυτής

των διαπραγματεύσεων και την εκ της τυχόν παραβάσεως της υποχρέωσης ταύτης ευθύνην. Εν τοιαύτη περιπτώσει πρόδηλον είναι ότι η ευθύνη είναι αμιγώς δικαιοπρακτική».

⁸¹ Βλ. και Γεωργιάδη, όπ.αν., §34 αρ. 55: «Δεν αποκλείεται, η προκήρυξη διαγωνισμού που περιέχει τους όρους διεξαγωγής του να αποτελεί ως προς τους τελευταίους πρόταση προς τους ενδιαφερομένους να μετάσχουν στον διαγωνισμό, η αποδοχή της οποίας λαμβάνει χώρα με την υποβολή της προσφοράς τους. Έτσι μεταξύ του προκηρύξαντος και του προσφέροντος καταρτίζεται σύμβαση με αντικείμενο τον καθορισμό των κανόνων διεξαγωγής του διαγωνισμού. Πρόκειται δηλαδή για μία σύμβαση που ρυθμίζει τις προσυμβατικές σχέσεις. Αυτού του είδους η σύμβαση έχει τις ίδιες συνεπειές με τη ρύθμιση των ΑΚ 197-198, δημιουργεί δηλαδή τις ίδιες εκατέρωθεν υποχρεώσεις. Η ιδιαίτερη σημασία της έγκειται στη λεπτομερή ρύθμιση πολύπλοκων διαπραγματεύσεων και στην ad hoc συγκεκριμενοποίηση των αρχών της καλής πίστης. Παράβαση των υποχρεώσεως μίας τέτοιας σύμβαση παράγει ενδοσυμβατική ευθύνη».

⁸² Ο Ελληνικός ΑΚ ήταν ο πρώτος ευρωπαϊκός κώδικας, ο οποίος περιέλαβε ρητή ρύθμιση για την ευθύνη από τις διαπραγματεύσεις και ακολούθησε ο ιταλικός ΑΚ (1942) με την διάταξη του άρθρου 1337, το οποίο αντιστοιχεί στο άρθρο 197 ΑΚ· ο Γερμανικός ΑΚ (BGB) το έπραξε με την §311 Abs.2 [Verschulden bei Vertragsverhandlungen,] κατά την ευρεία αναθεώρηση του Ενοχικού Δικαίου, η οποία ίσχυσε από 1-1-2002. Κατά τον Κουμάντος, όπ.αν., αρ. 5, η ευθύνη εκ των άρθρων 197-198 ΑΚ δεν συμπίπτει εννοιολογικώς με τον «ιστορικό πρόγονόν» της, την culpa in contrahendo του Rudolf Jhering (1861) (βλ. κα σημ. 192).

εφαρμόζεται αναλόγως η διάταξη για την παραγραφή των απαιτήσεων από αδικοπραξία».

Κατά την έννοια των άνω διατάξεων «ως διαπραγματεύσεις νοούνται οι προφορικές ή έγγραφες ανταλλαγές απόψεων των ενδιαφερομένων για τη σύναψη ορισμένης συμβάσεως με τις οποίες επιδιώκεται η βαθμιαία προσέγγιση των διαφορετικών αρχικών θέσεων σχετικά με τους όρους της υπό συζήτηση σύμβασης μέχρι την τελική σύμπτωσή τους ή την αδυναμία τέτοιας σύμπτωσης. Το στάδιο των διαπραγματεύσεων διαρκεί μέχρι την διακοπή τους και ματαίωση της σύμβασης ή την κατάρτισή της»⁸³.

Κατά την απολύτως κρατούσα στην θεωρία και την νομολογία θέση το στάδιο της ανάθεσης μίας διοικητικής συμβάσεως προσομοιάζει προς τις διαπραγματεύσεις για τη σύναψη συμβάσεως του Αστικού Δικαίου. Τέτοιες είναι νοητές στις διοικητικές συμβάσεις, σε αντίθεση προς τις μονομερείς πράξεις της διοικήσεως, με συνέπεια την κατ' αναλογία εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 197-198 ΑΚ κατά το στάδιο των διαπραγματεύσεων μίας τέτοιας συμβάσεως, το οποίο ταυτίζεται με το προσυμβατικό στάδιο αυτής⁸⁴. Η θεωρητική θεμελίωση της απόψεως έγκειται στην παραδοχή ότι η σύμβαση ως νομικό μόρφωμα αποτελεί κοινό μέγεθος του δημοσίου και ιδιωτικού δικαίου, καθώς τα βασικά χαρακτηριστικά είναι κοινά και στους δύο νομικούς χώρους: η ύπαρξη ενός πραγματικού αποτελούμενου από δύο ή περισσότερες δηλώσεις βουλήσεως, οι οποίες αντιτίθενται μεν ως προς το περιεχόμενό τους, συμπίπτουν δε ως προς το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα⁸⁵. Εντεύθεν,

⁸³ Καράσης Μ., «Η προσυμβατική ευθύνη κατ' ΑΚ 197-198», ΧρΙΔ 2005. 769 επ. (770)· ΑΠ 1435/2015 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

⁸⁴ Κουμάντος Γ., ΕρμΑΚ 197-198 αρ.20, ο οποίος επισημαίνει ότι «εις τον χώρο του δημοσίου δικαίου δεν νοούνται διαπραγματεύσεις, δεδομένου ότι η διοικητική πράξις είναι έκφρασις πολιτειακής βουλήσεως απορρεούσης εκ της εξουσίας της Πολιτείας και όχι εκ της συμφωνίας μεταξύ των ιδιωτών. Αλλά προκειμένου περί των λεγόμενων διοικητικών συμβάσεων, ουδείς λόγος συντρέχει όπως μη εφαρμοσθούν και επ' αυτών οι περί προσυμβατικής ευθύνης διατάξεις»· Καράσης Μ. σε ΑΚ Γεωργιάδη – Σταθόπουλου, άρθρα 197-198 αρ. 3· ιδίου, Η προσυμβατική ..., όπ.αν., σελ.771, Β-α· Γεωργιάδης Απ. – Παυλόπουλος Π., όπ.αν, σελ.703· Σοϊλεντάκης, Η προσυμβατική ..., όπ.αν., σελ.2 αρ.2· Μαργαρίτης Μ., Η αποζημίωση στα πολιτικά δικαστήρια για παράβαση των κανόνων διεξαγωγής των διαγωνισμών κατά το ν. 2522/1997, ΚριτΕπ 1999. 139 επ. (145).

Από τον Κουμάντο, όπ.αν., τους Γεωργιάδη – Παυλόπουλο, όπ.αν. 704 και τον Σοϊλεντάκη, όπ.αν., σελ. 3 μνημονεύεται η ΕφΑθ 1441/1960, ΕλλΔνη 2.268, η οποία είχε κρίνει ότι δεν χωρεί εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 197-198 ΑΚ στην περίπτωση έκδοσης μονομερών διοικητικών πράξεων. Άρα, εξ αντιδιαστολής χωρεί τέτοια εφαρμογή στις διοικητικές συμβάσεις.

⁸⁵ Γεωργιάδης Απ.— Σταθόπουλος Μ., όπ. αν., σελ. 703, υποσημ. 10 με παραπομπές σε αλλοδαπή βιβλιογραφία. Βλ. και Δαγτόγλου Π., όπ.αν., σελ. 339: «η διοικητική σύμβαση επιτελεί τη συντονιστική λειτουργία της εναρμονίσεως δύο βουλήσεων», η οποία όμως προϋποθέτει «βασική νομική ισότητα» των συμβαλλομένων μερών, η οποία, με την σειρά της, καθίσταται δυνατή επειδή

και στις διοικητικές συμβάσεις εφαρμόζονται οι θεμελιώδεις νομικές έννοιες και οι γενικές αρχές, οι οποίες έχουν υιοθετηθεί και εφαρμόζονται στις συμβάσεις του Αστικού Κώδικα, μεταξύ δε των οποίων ιδίως εκείνες, οι οποίες αφορούν τον ρόλο και την σημασία των δηλώσεων βουλήσεως κατά την κατάρτιση της σύμβασης.

Από την πλευρά της νομολογίας των διοικητικών δικαστηρίων, με την ΣτΕ 3233/1998 έγινε δεκτό (σκ. 5) ότι «5. Επειδή, διά των διατάξεων των άρθρ. 197 και 198 του Αστικού Κώδικος, αι οποίαι, αποδίδουσai γενικάς αρχάς του δικαίου, τυγχάνουν και επί διοικητικών συμβάσεων, ως εν προκειμένω, αναλόγου εφαρμογής (πρβλ. Σ.τ.Ε. 670/1997), ...», με αποτέλεσμα να ερευνάται και η υπαιτιότητα του οργάνου, όπως απαιτεί η ΑΚ 198 εδ.1⁸⁶.

Έχει ήδη αναφερθεί ότι το προσυμβατικό στάδιο, αρχίζει με την δημοσίευση της διακήρυξης (άρθρα 61 και 120), καταλαμβάνει όλες τις φάσεις της διαγωνιστικής διαδικασίας και λήγει με την κατακύρωση ή την ματαίωση συνάψεως της σύμβασης, κατά τ' άρθρα 105 και 106 Ν.4412/2016: αυτό το στάδιο καλύπτει την «συναλλακτική επαφή», κατά την οποία τα μέρη οφείλουν να επιδεικνύουν μία γενική συμπεριφορά σύμφωνη με την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη, συμμορφούμενα προς την γενική ρήτρα, η οποία ενσωματώνεται στο πραγματικό της διατάξεως του άρθρου 197 ΑΚ. Εν τούτοις το στάδιο της αναθέσεως μίας δημόσιας σύμβασης **ελάχιστα κοινά εξωτερικά στοιχεία** εμφανίζει προς το στάδιο των διαπραγματεύσεων μίας σύμβασης του Αστικού Κώδικα, κατά το οποίο διεξάγονται «απροσδιορίστου διάρκειας προπαρασκευαστικές συζητήσεις»⁸⁷. αντιθέτως, στις δημόσιες συμβάσεις ο ίδιος ο νόμος⁸⁸ καθιερώνει ένα πολύ σφικτό και πυκνό πλέγμα εκατέρωθεν δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, τυπικών και ουσιαστικών, το οποίο καθιστά το στάδιο μία «κανονιστικώς προσδιορισμένη διαπραγμάτευση»⁸⁹: ελάχιστο

συγκατατίθεται σε τούτο η Διοίκηση χάριν της αποτελεσματικής λειτουργίας της. Ο ίδιος δέχεται (σελ. 334) ότι η Διοίκηση έχει πάντοτε ευχέρεια να συνάπτει συμβάσεις, εκτός εάν απαγορεύεται από το νόμο, δίχως βεβαίως αυτή η ευχέρεια να προσομοιάζει στην αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων, κατ' άρθρο ΑΚ 361, αλλά στην αρχή της αποτελεσματικής ασκήσεως των αρμοδιοτήτων της, η οποία απορρέει από το Σύνταγμα.

⁸⁶ Επίσης, οι ΣτΕ 665/2003, 3761/2004, 2091/2007 (η οποία επικύρωσε την ΔΕΦΑΘ 1427/1998), 2171/2015, 880/2016, 1678/2017 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. Η ΣτΕ 3211/2004 απέρριψε την προσφυγή αναδόχου λόγω ελλείψεως υπαιτιότητας του οργάνου της αναθέτουσας αρχής

⁸⁷ Μπαρμπαλιάς Π., *Η κατά τα άρθρα 197 και 198 Α.Κ. ευθύνη εκ των διαπραγματεύσεων*, ΝοΒ 22..733 επ. (734).

⁸⁸ Άρθρα 61 επ. Ν.4412/2016, όπως και οι αντίστοιχες διατάξεις σε όλα τα προϊσχύσαντα ειδικά νομοθετήματα περί εκτελέσεως δημοσίων έργων ή προμηθειών.

⁸⁹ Λαζαράτος Π., *Η ευθύνη από τις διαπραγματεύσεις στις δημόσιες συμβάσεις (με αφορμή τις ΣτΕ 451/2013, 1943/2013)*, ΘΠΔΔ 3 (2015).200 επ. (201). Κατά τον ίδιο, μάλιστα, δεν υφίσταται κενό στο δημόσιο δίκαιο, ώστε τα άρθρα 197-198 ΑΚ να τυγχάνουν εφαρμογής κατ' αναλογίαν· αντιθέτως,

υποχρεωτικό περιεχόμενο της διακηρύξεως, τήρηση προθεσμιών συμμετοχής, υποχρεωτικό περιεχόμενο προσφορών, προκαθορισμένα κριτήρια ανάθεσης και εκ των προτέρων γνωστοί συμβατικοί όροι είναι ορισμένες μόνον από τις πολλές, ποικίλες δεσμεύσεις κατά το προσυμβατικό στάδιο μίας δημόσιας συμβάσεως, οι οποίες συνθέτουν μία έννομη σχέση, στην οποία οι ενδιαφερόμενοι οφείλουν να εισέλθουν ανεπιφυλάκτως, προκειμένου να διεκδικήσουν εγκύρως την κατακύρωση της προμήθειας, της υπηρεσίας ή του έργου. Πρόκειται για την γνωστή δήλωση των συμμετεχόντων ότι «αποδέχονται τους όρους της διακηρύξεως», η οποία περιλαμβάνεται στις διακηρύξεις και αποκλείει την εκ των υστέρων αμφισβήτηση των όρων τους ως παράνομων και η οποία κρίνεται από τα δικαστήρια ως απολύτως έγκυρη, με αποτέλεσμα να στερείται ο εκ των υστέρων διώκων την ακύρωση της πράξεως του απαραίτητου εννόμου συμφέροντος προς τούτο. Κατ' ουσίαν, η εν λόγω δήλωση συνιστά εκ των προτέρων συμβατικό αποκλεισμό ή περιορισμό της προσυμβατικής ευθύνης κατ' άρθρα 197-198 ΑΚ, η οποία είναι δυνατή, εφ' όσον αφορά έναν συγκεκριμένο διαγωνισμό (ad hoc), είτε με μονομερή δήλωση του οικονομικού φορέα είτε με κοινή συμφωνία των μερών⁹⁰. Συγκεκριμένα, έχει επανειλημμένως κριθεί ότι «Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο που δεσμεύει τόσο την Αρχή που διενεργεί το διαγωνισμό όσο και τους διαγωνιζομένους (ΣτΕ 2551/2013, 2635/2009), οι ειδικές ρήτρες της οποίας υπερισχύουν των γενικών διατάξεων (ΣτΕ 2551/2013, 3434/2010). Όπως δε έχει κριθεί (ΣτΕ 5670/1996, 964, 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 2743/2003, 3602/2005, 3634/2007, 2635/2009 κ.ά.), η εργοληπτική επιχείρηση που συμμετέχει ανεπιφυλάκτως σ' ένα διαγωνισμό αποδέχεται πλήρως τη νομιμότητα της διακηρύξεως, με βάση την οποία διενεργείται η δημοπρασία για την ανάθεση της κατασκευής του έργου και επομένως δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους της, παρεμπίπτουσα, εκ των υστέρων αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακηρύξεως, με την ευκαιρία της προσβολής, ανάλογα με την έκβαση του διαγωνισμού για την εργοληπτική επιχείρηση, πράξεων που ανάγονται στη διεξαγωγή και τα αποτελέσματά του (ΣτΕ 3634/2007)»⁹¹. Ελλείνει

εφαρμόζονται ευθέως, πλην όμως χρήζουν προσαρμογής στην σχέση εξουσίας, η οποία υφίσταται, με συνέπεια να τυγχάνουν «προσαρμοσμένης εφαρμογής». Ο ίδιος, πάντως, προσθέτει ότι η διαφοροποίηση στην θεωρητική θεμελίωση δεν επιφέρει πρακτικές διαφορές.

⁹⁰ Σοϊλεντάκης Ν., όπ. αν., σελ. 3· Λαζαράτος, όπ.αν, σελ. 204, ο οποίος διαχωρίζει την περίπτωση της εκ των υστέρων αμφισβήτησεως του όρου ως παρανόμου από την παράβαση της διακηρύξεως, ως προς την οποία δεν χωρεί παραίτηση.

⁹¹ ΣτΕ 2434/2017 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. Βλ. και ΣτΕ 2185/2021 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ: η αποδοχή συνάγεται από την συμμετοχή στην διαγωνιστική διαδικασία και την ανεπιφύλακτη υπογραφή της συμβάσεως.

κοινών εξωτερικών στοιχείων, η ομοιότητα αναζητείται στα εσωτερικά στοιχεία της έννομης σχέσης μεταξύ των μερών κατά το προσυμβατικό στάδιο και συγκεκριμένα στην **γενική αρχή της καλής πίστης, κατ' άρθρο 288 ΑΚ**, η οποία διατρέχει όλους τους κλάδους του δικαίου και την οποία μεταφέρει αυτούσια η διάταξη του άρθρου 197 ΑΚ στο στάδιο των διαπραγματεύσεων⁹², **ως θεμέλιο της εμπιστοσύνης**⁹³. Στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης μίας δημόσιας συμβάσεως την εμπιστοσύνη επιδεικνύουν οι οικονομικοί φορείς προς την αναθέτουσα αρχή και έχει ως **περιεχόμενο** ότι κατά την διεξαγόμενη διαγωνιστική διαδικασία θα εφαρμόσει τον νόμο με αντικειμενικότητα, αμεροληψία και διαφάνεια, ενεργώντας κατ' αποτέλεσμα και χάριν των εννόμων συμφερόντων τους. Αυτή η εμπιστοσύνη, λαμβάνοντας υπ' όψιν ότι πρόκειται για ένα πεδίο δράσεως της συναλλακτικής/παροχικής διοικήσεως, από το οποίο ο ιδιώτης εξαρτά σε μεγάλο βαθμό έννομα συμφέροντα, απορρέει **και από την αρχή της προστατευόμενης (δικαιολογημένης) εμπιστοσύνης** του οικονομικού φορέα προς την αναθέτουσα αρχή⁹⁴ η οποία ερείδεται στην αρχή του κράτους δικαίου και, εντεύθεν, έχει συνταγματικό έρεισμα⁹⁵.

Όσον αφορά την **νομική φύση** της προσυμβατικής ευθύνης κατ' άρθρα 197-198 ΑΚ, ο επιστημονικός διάλογος επί του ζητήματος έχει, όχι μόνον θεωρητική, αλλά και πρακτική αξία, καθώς από την απάντηση σε αυτό εξαρτάται και η απάντηση στο ερώτημα με βάση ποιες διατάξεις (της συμβατικής ή της αδικοπρακτικής ευθύνης) θα πληρωθεί το εμφανές νομοθετικό κενό⁹⁶, το οποίο γίνεται δεκτό ότι υφίσταται -μεταξύ άλλων- και ως προς τα εξής ζητήματα, τα οποία μετά βεβαιότητας ενδιαφέρουν και τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών: του βαθμού πταίσματος του ζημιώσαντος (ΑΚ 330 ή ο ίδιος με την προς σύναψη σύμβαση), του βάρους αποδείξεως του πταίσματος (νόθος αντικειμενική ή υποκειμενική), της ευθύνης για αλλότριες πράξεις (ΑΚ 334 ή ΑΚ 922), της αποκαταστάσεως της ηθικής βλάβης (ΑΚ

⁹² Γεωργιάδης Απ., Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, 2012, §34, σελ. 503.

⁹³ Σπυριδάκης Ιωάν., Έκταση και περιεχόμενο της αποζημίωσης κατά το άρθρ. 198 ΑΚ (σχόλιο στην ΠΠρωτΘεσ 831/1977, ΝοΒ 1978.540, κατά τον οποίον η εμπιστοσύνη είναι ο άξονας της προσυμβατικής ευθύνης. Καράσης Μ., Η προσυμβατική ..., όπ.αν. υποσημ.11 «Καλή πίστη και εμπιστοσύνη τελούν σε άρρηκτη σχέση λόγου και συνέπειας. Η εμπιστοσύνη θεμελιώνεται στην καλή πίστη, η καλή πίστη θεμελιώνει την εμπιστοσύνη».

⁹⁴ Δαγτόγλου Πρ., όπ. αν, σελ. 174 επ. (175-176), ο οποίος χαρακτηρίζει την εμπιστοσύνη του ιδιώτη στην καλή πίστη, ειλικρίνεια και συνέπεια της διοικήσεως στοιχείο αναγκαίο κάθε δημοκρατικής πολιτείας.

⁹⁵ Λαζαράτος Π., όπ. αν., σελ. 202.

⁹⁶ Για την έννοια του κενού στον νόμο και τους τρόπους καλύψεως αυτού, βλ. Παπανικολάου Π., Μεθοδολογία του Ιδιωτικού Δικαίου και Ερμηνεία των Δικαιοπραξιών, 2000, σελ. 232 επ.

299 και 932) και της ευθύνης περισσοτέρων επί κοινού πταίσματος (ΑΚ 480 ή ΑΚ 926)⁹⁷.

Ομοθυμία υπάρχει ως προς την παραδοχή ότι πρόκειται για μία ενοχή από το νόμο (*ex lege*), δεδομένου ότι η τήρηση της υποχρεώσεως για καλόπιστη συμπεριφορά επιβάλλεται από το νόμο, ανεξαρτήτως της βουλήσεως των μερών· η ανάληψη της υποχρεώσεως για την διεξαγωγή των διαπραγματεύσεων επιδεικνύοντας μία γενικώς καλόπιστη συμπεριφορά δεν έχει αναληφθεί εκουσίως από τα διαπραγματευόμενα μέρη, αλλά έχει επιβληθεί από την έννομη τάξη. Αντιθέτως, ως προς την θεωρητική θεμελίωση αυτής της ενοχής από το νόμο, οι απόψεις δίστανται: Κατά την χρονικώς πρότερη άποψη (Καθηγητές Μπαλής, Κaráσης, Γεωργιάδης), οι διαπραγματεύσεις συνιστούν μία «οιονεί συμβατική σχέση εμπιστοσύνης», η οποία υποχρεώνει τους μετέχοντες σε αυτήν να τηρούν μία υπεύθυνη και ειλικρινή συναλλακτική συμπεριφορά· τούτο δε επειδή ο γενεσιουργός λόγος της ενοχής είναι η ιδιαίτερη σχέση εμπιστοσύνης μεταξύ των⁹⁸. Παρεμφερώς, ο Καθηγητής Σταθόπουλος δέχεται ότι πρόκειται για μία «ενοχή υπό ευρεία (ή καταχρηστική) έννοια», και όχι για ενοχή κατ' άρθρο 287 ΑΚ, διότι η υποχρέωση τηρήσεως αφορά μία γενική και όχι μία εξειδικευμένη συμπεριφορά, από την οποία όμως δεν λείπουν τα υπόλοιπα στοιχεία της ενοχής· οι ενοχές υπό ευρεία έννοια δεν υπόκεινται σε όλους τους κανόνες των ενοχών, όπως οι ΑΚ 335 επ., καθώς οι τελευταίοι είναι καταστρωμένοι με βάση την έννοια της ενοχής κατά την ΑΚ 287⁹⁹. Κατά τον Καθηγητή Κουμάντο, «η προσυμβατική ευθύνη ομοιάζει μάλλον προς την ευθύνη εξ αδικοπραξίας» και, εξ αυτού του λόγου, πρόκειται για «οιονεί αδικοπραξία», στην οποία εφαρμόζονται, και για την κάλυψη των κενών, οι διατάξεις περί αδικοπραξία· επιχείρημα υπέρ της απόψεως αυτής παρέχει και η ρύθμιση του άρθρου 198 εδάφιο 2 ΑΚ, με την απαίτηση συνδρομής της υπαιτιότητας και την πενταετή παραγραφή της

⁹⁷ Κaráσης Μ., *Η προσυμβατική ...*, όπ.αν., σελ.769

⁹⁸ Γεωργιάδης Απ., όπ. αν· Κaráσης Μ., *Η προσυμβατική ...*, όπ. αν., σελ. 769-770 και στην υποσημ. 10, στην οποία παραθέτει από τον Μπαλή Γ., ΓενΑρχ (1961) §87, σελ. 235: «Από της ενάρξεως [των διαπραγματεύσεων] έκαστον των μερών έναντι του ετέρου δεν υπέχει απλώς τα εις πάντα κοινωνικών ανθρώπων επιβαλλόμενα καθήκοντα, αλλ' εισέρχεται έναντι του ετέρου εις ιδιαίτεράν σχέσιν αμοιβαίας εμπιστοσύνης, παρομοίαν προς την συμβατικήν, δεδομένου ότι αμφότερα έχουσι προ οφθαλμόν ότι, είναι δυνατόν να καταλήξωσιν εις συμβατικόν δεσμόν. Οίον μέτρον καλής πίστεως και συναλλακτικής ευθύτης επιβάλλεται υπό την σύμβασιν (330), το αυτό πρέπει να τηρηθή και κατά το προπαρασκευαστικόν στάδιον».

⁹⁹ Σταθόπουλος Μ., Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 1979, §3 Χ, σελ. 61 επ· ομοίως, Ράικος Δ., *Αγωγή ...*, όπ.αν., σελ. 160 επ. (169).

αξιώσεως αποζημιώσεως από τις διαπραγματεύσεις¹⁰⁰. Τέλος, κατά τρίτη γνώμη (Καθηγητές Παπαντωνίου, Σπυριδάκης, Παντελίδου) ότι πρόκειται για τρίτο είδος ευθύνης ανεξάρτητο και αυτοτελές τόσο έναντι της συμβατικής όσο και έναντι της αδικοπρακτικής ευθύνης¹⁰¹. Ως εκ τούτου, η ευθύνη προς αποζημίωση των άρθρων 197-198 ΑΚ είναι ευθύνη πρωτογενής, καθώς δεν συνδέεται με προϋφιστάμενη ενοχή, η οποία ν' αθετείται και η οποία θα την μετέτρεπε σε δευτερογενή, αλλά γεννάται ευθέως ως συνέπεια της υπαίτιας κακόπιστης συμπεριφοράς κατά το στάδιο των διαπραγματεύσεων. Τέλος, πρόκειται για υποκειμενική ευθύνη, δεδομένου ότι απαιτείται υπαιτιότητα του προσώπου για την συνδρομή της. Όσον αφορά την κάλυψη του νομοθετικού κενού στις διατάξεις των άρθρων 197-198 ΑΚ, μόνον από τον Καθηγητή Καράση υποστηρίζεται ότι εφαρμόζονται οι συμβατικοί κανόνες επί της σχέσεως αυτής ως «οιονεί σχέση εμπιστοσύνης». Κατά τα λοιπά, γίνεται δεκτό ότι για την κάλυψη των κενών εφαρμόζονται οι διατάξεις για τη συμβατική ή αδικοπρακτική ευθύνη, οι οποίες αρμόζουν στην συγκεκριμένη περίπτωση, συνηθέστερα δε της αδικοπρακτικής (Γεωργιάδης), καθώς η ευθύνη προς τις διαπραγματεύσεις ευρίσκεται πλησιέστερα σε αυτήν¹⁰².

Από την νομολογία, με την υπ' αριθμόν 1786/2007 απόφαση του Αρείου Πάγου (ΑΠ) κρίθηκε ότι *«Η ευθύνη δε εκ των διαπραγματεύσεων δεν είναι ευθύνη εξ αδικοπραξίας, αλλά εξ αθετήσεως ειδικής ενοχής που υφίσταται εκ του νόμου»*. Το ίδιο δέχθηκε και η ΑΠ 1435/2015 απόφαση, ότι *«η ευθύνη από τις διαπραγματεύσεις διαφέρει από την αδικοπραξία»*. Για τον ίδιο λόγο και το Εφετείο Κρήτης με την υπ' αριθμόν 39/2020 απόφαση αρνήθηκε την αξίωση για την χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης ως μη νόμιμη. Στην ίδια κατεύθυνση κινούνται και πολλές αποφάσεις των δικαστηρίων σε πρώτο βαθμό¹⁰³. Από την άλλη πλευρά, με την υπ' αριθμόν 10.956/1996 απόφαση του Εφετείου Αθηνών κρίθηκε ότι ο ασφαλιστικός πράκτορας είναι προστήσας, κατ' άρθρο 922 ΑΚ, του ασφαλιστή ως κυρίου της υποθέσεως, με συνέπεια να καταλογισθεί στον τελευταίο η εκ μέρους του πρώτου υπαίτια καθυστέρηση στην σύναψη της ασφαλιστικής συμβάσεως, για την οποία

¹⁰⁰ Κουμάντος Γ., όπ.αν, αρ. 9.

¹⁰¹ Παπαντωνίου Ν., Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, 1983, σελ. 340· Σπυριδάκης Ιωάν., Γενικές Αρχές, 1987, σελ. 680· Μαργαρίτης Μ., όπ.αν., σελ. 146· Σοϊλεντάκης Ν., όπ.αν., σελ. 3· Παντελίδου Κ., Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, 2016, §8, σελ. 348· Τσολακίδης Ζ., *Η προσυμβατική ευθύνη στο σύστημα του Αστικού Κώδικα* σε ΕφΑΔ 2009.264 επ. (270-271).

¹⁰² Μαργαρίτης Μ., όπ.αν..

¹⁰³ ΑΠ 1786/2007 ΝοΒ 2009.1351· 1435/2015 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΕφΚρ 39/2020 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· το ίδιο και ΠΠρΑθ 1083/2011, ΜΠρΑθ 4402/2013, 4612/2013 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

ταυτοχρόνως διαβεβαίωνε τον ενδιαφερόμενο περί του αντιθέτου, με αποτέλεσμα ο τελευταίος να μην καλύπτεται ασφαλιστικώς όταν επήλθε ο ασφαλιστικός κίνδυνος· η ευθύνη του ασφαλιστή θεμελιώθηκε στις διατάξεις των άρθρων 197 και 198 ΑΚ. Επίσης, με την υπ' αριθμόν 11.518/1988 απόφαση του Εφετείου Αθηνών επιδικάσθηκε χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης, διότι κρίθηκε ότι η προσυμβατική ευθύνη οργανώνεται με βάση τις διατάξεις περί αδικοπραξίας, υιοθετώντας την άποψη του Καθηγητή Κουμάντου.¹⁰⁴

Συμπερασματικώς, από την επισκόπηση της νομολογίας **δεν** προκύπτει ότι **σήμερα** γίνεται δεκτή η οργάνωση της προσυμβατικής ευθύνης με βάση τις διατάξεις περί αδικοπραξιών. Το ζήτημα της χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλάβης αντιμετωπίζεται με την συνδρομή της συρροής προσυμβατικής και αδικοπρακτικής ευθύνης ως ειδικότερης μορφής συρροής αξιώσεων υπό στενή έννοια¹⁰⁵, και συγκεκριμένα εκείνων από τις διατάξεις των άρθρων 197-198 ΑΚ και της διατάξεως του άρθρου 919 ΑΚ, καθώς κρίνεται ότι η συγκεκριμένη συμπεριφορά κατά τις διαπραγματεύσεις πληροί το πραγματικό της προσβολής των χρηστών συναλλακτικών ηθών, ακόμη και αν εξέλιπε το στάδιο των διαπραγματεύσεων. Για παράδειγμα, με την υπ' αριθμόν 1302/2010 απόφαση του Αρείου Πάγου κρίθηκε ότι *«Αν ο συμβαλλόμενος κατά το στάδιο των διαπραγματεύσεων επιδείξει συμπεριφορά αντίθετη με τα χρηστά ήθη αποκρύπτοντας με πρόθεση από τον αντισυμβαλλόμενο περιστατικά τα οποία αν γνώριζε ο τελευταίος θα μπορούσαν να τον επηρεάσουν στην κατάρτιση της συμβάσεως τότε παράλληλα με την ευθύνη από τις διαπραγματεύσεις θεμελιώνεται και αξίωση από αδικοπραξία, εφόσον συντρέχουν και οι υπόλοιπες προϋποθέσεις σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 919 και 914 επ. ...(Ολ. ΑΠ 10/91)»*.

Κατά την προσωπική άποψη, είναι αναμφίβολο ότι η προσυμβατική ευθύνη δεν είναι ενδοσυμβατική ή αδικοπρακτική ευθύνη, αλλά μία ειδική ευθύνη εκ του νόμου. Τα ρυθμιστικά κενά των άρθρων 197-198 ΑΚ, τα οποία υφίστανται και στο ειδικότερο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, καθώς τούτο παραπέμπει στις ίδιες ως

¹⁰⁴ ΕφΑθ 11.518/1986 ΕλλΔνη 1988.916· το ίδιο και ΠΠρΞάνθης 20/2007 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

¹⁰⁵ Συρροή αξιώσεων υπό στενή έννοια υπάρχει όταν μία και η αυτή πράξη συνιστά ταυτοχρόνως αθέτηση της δικαιοπραξίας και αδικοπραξία. Βλ. σχετικώς Καράσης Μ., *Συρροή δικαιοπρακτικής και αδικοπρακτικής ευθύνης. Ένα ψευδοπρόβλημα*, ΕλλΔνη 2005.633 επ.(637-638)· συρροή αξιώσεως δέχθηκε και η υπ' αριθμόν 5382/1988 απόφαση του Εφετείου Αθηνών, ΕλλΔνη 1990.155, η οποία δέχθηκε την εφαρμογή του άρθρου 926 ΑΚ, όταν η υπαίτια πράξη κατά το στάδιο των διαπραγματεύσεων, συνιστάμενη στην παραβίαση της υποχρέωσης διαφωτίσεως συνιστά και αδικοπραξία.

άνω διατάξεις για τον προσδιορισμό της αποζημιώσεως, θα καλυφθούν από τον εφαρμοστή του δικαίου αναλόγως προς την φύση κάθε επιμέρους ζητήματος, με την κατά περίπτωση εφαρμογή των γενικών διατάξεων της ενδοσυμβατικής ή της αδιοπρακτικής ευθύνης. Λ.χ., ορθό είναι ότι δεν καταφάσκειται εκ των προτέρων η επιδίκαση χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλάβης σε κάθε περίπτωση προσυμβατικής ευθύνης της αναθέτουσας αρχής, ενώ, αντιθέτως, αρμόζει περισσότερο η εφαρμογή της εις ολόκληρον ευθύνη των υπαίτιων αναθετουσών αρχών, οι οποίες συμπράττουν σε μία διαδικασία αναθέσεως δημόσιας προμήθειας, παρά η ευθύνη για διαιρετή παροχή, κατ' άρθρο 480 ΑΚ.

2.- Η προσυμβατική ευθύνη κατ' άρθρα 105-106 ΕισΝΑΚ

Η διάταξη του άρθρου 105 ΕισΝΑΚ ορίζει επί λέξει ότι:

«Για παράνομες πράξεις ή παραλείψεις των οργάνων του δημοσίου κατά την άσκηση της δημόσιας εξουσίας που τους έχει ανατεθεί, το δημόσιο ενέχεται σε αποζημίωση, εκτός αν η πράξη ή η παράλειψη έγινε κατά παράβαση διάταξης, που υπάρχει για χάρη του γενικού συμφέροντος. Μαζί με το δημόσιο ευθύνεται εις ολόκληρον και το υπαίτιο πρόσωπο, με την επιφύλαξη των ειδικών διατάξεων για την ευθύνη των υπουργών». Η διάταξη του άρθρου 106 ΕισΝΑΚ επεκτείνει την ευθύνη (και) του άρθρου 105 στους ΟΤΑ και τα λοιπά ΝΠΔΔ για τις πράξεις ή παραλείψεις των οργάνων που βρίσκονται στην υπηρεσία τους.

Όπως ανέπτυξε ο τέως Πρόεδρος της Ελληνικής Δημοκρατίας Καθηγητής Προκόπιος Παυλόπουλος στον εισιτήριο λόγο στην Ακαδημία Αθηνών (2022) με θέμα «Θεσμικές διατάξεις της συνταγματικής κατοχύρωσης της αστικής ευθύνης του Δημοσίου. Οι διακυμάνσεις του διαλόγου θεωρίας και νομολογίας»,¹⁰⁶ η αστική ευθύνη του Δημοσίου, των ΝΠΔΔ, των ΟΤΑ και των νομικών προσώπων του δημοσίου τομέα με διφυή χαρακτήρα, δηλαδή η ευθύνη αυτών ν' αποκαθιστούν πλήρως κάθε ζημία ιδιωτών, φυσικών ή νομικών προσώπων, για παράνομες πράξεις ή παραλείψεις των οργάνων τους, η οποία προβλέπεται στα άρθρα 105 και 106 ΕισΝΑΚ, έχει προ πάντων συνταγματική κατοχύρωση, έστω και αν τούτο δεν αναφέρεται ρητώς στο ισχύον Σύνταγμα: όταν μια ζημιόγόνος δραστηριότητα του Δημοσίου δεν είναι σύμφωνη με τους ισχύοντες κανόνες δικαίου παραβιάζει την Αρχή του Κράτους Δικαίου και την Αρχή της Νομιμότητας, με συνέπεια να γεννά υποχρέωση επανόρθωσης της προκληθείσας ζημίας του ιδιώτη, προκειμένου ν'

¹⁰⁶ <https://www.kathimerini.gr/politics/562193704/prokopis-paylopoylos-i-omilia-stin-akadimia-athinon/>

αποκατασταθεί η αρχή αυτή. Η αστική ευθύνη του Κράτους ερείδεται στα άρθρα 4 παρ. 5 («οι Έλληνες πολίτες συνεισφέρουν χωρίς διακρίσεις στα δημόσια βάρη, ανάλογα με τις δυνάμεις τους») και 20 παρ. 1 («Καθένας έχει δικαίωμα στην παροχή έννομης προστασίας από τα δικαστήρια και μπορεί να αναπτύξει σ' αυτά τις απόψεις του για τα δικαιώματα ή συμφέροντά του, όπως νόμος ορίζει») του Συντάγματος. Επίσης, η αστική ευθύνη του Κράτους έχει έρεισμα και στις διατάξεις του ευρωπαϊκού κοινοτικού δικαίου και συγκεκριμένα στις διατάξεις των άρθρων 19 παρ. 1 εδάφιο β' ΣυνθΕΕ και 291 παρ. 1 ΣΛΕΕ¹⁰⁷, οι οποίες επιβάλλουν την αποτελεσματική δικαστική προστασία έναντι παραβιάσεων διατάξεων ενωσιακού δικαίου, η οποία πρέπει να συνίσταται όχι απλώς στην αναγνώριση της παραβίασης, αλλά και στην ανόρθωση της ζημίας των θιγόντων από αυτήν.

Ειδικότερα, η συνταγματική θεμελίωση της αστικής (ή εξωσυμβατικής) ευθύνης της Δημόσιας Διοίκησης ερείδεται στο άρθρο 4 παρ. 5 του Συντάγματος, επειδή οι προκαλούμενες ζημίες συνιστούν ειδικά δημόσια βάρη για τους διοικουμένους, οι οποίες τις έχουν υποστεί ως συνέπειες της -κατ' εξαίρεση- παράνομης δραστηριότητας της Δημόσιας Διοίκησης· ως εκ τούτου δημιουργούν δυσμενή κατάσταση και, συνεπώς, άνιση επιβάρυνση των ζημιωθέντων έναντι των λοιπών διοικουμένων, ενώ τα ειδικά αυτά δημόσια βάρη, γενικεύονται με την αποζημίωση «αφού τα έσοδα του Δημοσίου ή του συγκεκριμένου δημόσιου νομικού προσώπου που καταβάλλει την αποζημίωση, αποτελούν δημόσια βάρη, τα οποία επιβάλλονται κατά τρόπο γενικό, βάσει αντικειμενικών κριτηρίων, σύμφωνα με την συνταγματική τάξη»¹⁰⁸. Στο άρθρο 20 παρ.1 του Συντάγματος ερείδεται, επειδή η αποκατάσταση της ζημίας, την οποία έχει υποστεί ένα φυσικό ή νομικό πρόσωπο, μέσω της καταβολής αποζημιώσεως αποτελεί και αυτή περιεχόμενο της συνταγματικώς προστατευόμενης δικαστικής προστασίας.

Όπως προεκτέθηκε στο αμέσως προηγούμενο κεφάλαιο, και τα διοικητικά δικαστήρια εφαρμόζαν τις ΑΚ 197-198 στις διαφορές από το προσυμβατικό στάδιο των διοικητικών συμβάσεων. Ωστόσο, ήδη από τις αρχές της δεκαετίας του 1990 η αστική ευθύνη του Δημοσίου, κατ' άρθρο 105 ΕισΝΑΚ, είχε γίνει δεκτή και στον

¹⁰⁷ Η πρώτη διάταξη ορίζει επί λέξει ότι «Τα κράτη μέλη προβλέπουν τα ένδικα βοηθήματα και μέσα που είναι αναγκαία για να διασφαλίζεται η πραγματική δικαστική προστασία στους τομείς που διέπονται από το δίκαιο της Ένωσης» και η δεύτερη ότι | «1. Τα κράτη μέλη θεσπίζουν όλα τα μέτρα εσωτερικού δικαίου που είναι αναγκαία για την εφαρμογή των νομικά δεσμευτικών πράξεων της Ένωσης»

¹⁰⁸ Σπηλιωτόπουλος Επ., όπ.αν., σελ. 198-199

τομέα των διοικητικών συμβάσεων ως ένας θεσμός, ο οποίος επιτελεί επανορθωτική λειτουργία ύστερα από την διαπίστωση παραβιάσεων του νόμου από τα όργανα της αναθέτουσας αρχής. Με την υπ' αριθμόν 3024/1990 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών είχε κριθεί ότι «Τέλος, από το συνδυασμό των διατάξεων των πιο πάνω άρθρων 2 παρ. 2 του ν.1406/1983, 105 και 106 του ΕισΝΑΚ, συνάγεται ότι η ευθύνη του Δημοσίου ή του άλλου νομικού προσώπου δημόσιου δικαίου προς αποζημίωση, όταν ανακύπτει από παράνομες ζημιογόνες νομικές πράξεις ή υλικές ενέργειες ή παραλείψεις τέτοιων πράξεων ή ενεργειών των οργάνων τους, οι οποίες συντελούνται στα πλαίσια λειτουργίας διοικητικής σύμβασης, αν από κανονιστική διάταξη ή από γενική αρχή του δικαίου των διοικητικών συμβάσεων δεν εισάγεται ειδική, διαφορετική τυχόν, ρύθμιση της παραπάνω ευθύνης ρυθμίζεται και αυτή (αφού τα πιο πάνω όργανα ενεργούν και μέσα στα πλαίσια της ανάπτυξης της συμβατικής δραστηριότητας της Διοίκησης, κατ' ενάσκηση δημοσίας εξουσίας), από τις γενικές διατάξεις των άρθρων 105 και 106 του ΕισΝΑΚ». Η υπόθεση αφορούσε την κατά το έτος 1985 διακήρυξη για την διενέργεια δημόσιων διαρκών διαγωνισμών προς πώληση στην αγορά της (τότε) ΕΟΚ ορισμένων ποσοτήτων σκληρού σιταριού, με βάση κοινοτικούς κανονισμούς για την κοινή οργάνωση αγοράς στον σχετικό τομέα γεωργικών προϊόντων. Η εν λόγω απόφαση ήταν από τις πρώτες, η οποία έταμε το ζήτημα της εφαρμογής των άρθρων 104-106 ΕισΝΑΚ στις συμβάσεις του Δημοσίου, των ΟΤΑ και των ΝΠΔΔ υπέρ της εφαρμογής αυτών, με αντιστοίχιση προς την διάκριση μεταξύ διοικητικών συμβάσεων και συμβάσεων ιδιωτικού δικαίου του Κράτους¹⁰⁹.

Στην συνέχεια, και με την υπ' αριθμόν 451/2013 απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας¹¹⁰, η οποία εκδόθηκε επί υποθέσεως προμηθείας οργάνων επικοινωνίας, δηλαδή στο πλαίσιο της σύμβασης, η οποία κάλυπτε της ιδιωτικού δικαίου ανάγκες του Δημοσίου, κρίθηκε ότι το Δημόσιο υπέχει ευθύνη προς αποζημίωση, κατ' άρθρο 105 ΕισΝΑΚ, και στην περίπτωση εκδόσεως από την Διοίκηση παράνομων πράξεων κατά την διαδικασία της διενέργειας διαγωνισμού για την σύναψη διοικητικής σύμβασης. Και στην περίπτωση, δηλαδή, αυτή **η ευθύνη του Δημοσίου της αποζημίωση είναι αδικοπρακτική, η οποία συντρέχει με την ευθύνη του Δημοσίου κ.λπ. κατ' άρθρα 197-198 ΑΚ: «...Και ναι μεν στο στάδιο**

¹⁰⁹ ΔΕΦΑΘ 3024/1990, ΝοΒ 1991.1286. Για την απόφαση αυτήν, Παυλόπουλος Π., «Ζητήματα αστικής ευθύνης από διοικητικές συμβάσεις II», όπ.αν., σελ. 313 επ.

¹¹⁰ ΣτΕ (7μελές) 451/2013, ΔΔικ 2013.1073.

αυτό ευθύνη του Δημοσίου μπορεί να θεμελιωθεί και της διατάξεις των άρθρων 197 και 198 του Αστικού Κώδικα, αναλόγως εφαρμοζόμενες (ΣτΕ 2091/2007), με τις οποίες ρυθμίζεται η ευθύνη των συμβαλλομένων μερών κατά το στάδιο των διαπραγματεύσεων και κατά τις οποίες η αποζημίωση του ζημιωθέντος κατά το στάδιο αυτό συνίσταται μόνο στο αρνητικό διαφέρον (διαφέρον διάψευσης εμπιστοσύνης), δεν νοείται δε ως ζημία που μπορεί να αποκατασταθεί το απολεσθέν διαφέρον από τη μη εκπλήρωση σύμβασης που δεν συνήφθη (ΑΠ 1175, 197/2007, 1242/2005, 1678/2001, 1565, 1346/2000 κ.ά.), η ευθύνη του Δημοσίου κατά τις διατάξεις αυτές, οι οποίες στοιχούν την κατά το ιδιωτικό δίκαιο ελευθερία των συμβάσεων και τη συναφή με αυτήν, κατ' αρχήν, έλλειψη νομικής υποχρέωσης για την σύναψη σύμβασης (ΑΠ 197/2007), δεν αποκλείει ευθύνη του Δημοσίου κατά το άρθρο 105 ΕισΝΑΚ (πρβ. ΑΠ 1132/1977, ΑΠ 1941/1988)...». Κατά την λήψη της αποφάσεως κατεγράφη μικρή μειοψηφία (2 συμβούλων): «Επί των διοικητικών συμβάσεων, όχι και επί των μονομερών διοικητικών πράξεων, έχουν εφαρμογή οι διατάξεις των άρθρων 197 και 198 ΑΚ,... Η προσυμβατική αυτή υποχρέωση βαρύνει τόσο τον ιδιώτη όσο και το όργανο του Δημοσίου ως διαπραγματευόμενου.... Η αξίωση του διαφέροντος εκπλήρωσης δεν μπορεί να στηριχθεί στη διάταξη του άρθρου 105 του ΕισΝΑΚ, με την εκδοχή ότι η τελευταία αυτή διάταξη παρέχει ευρύτερη αποζημίωση σε σχέση με το διαφέρον εμπιστοσύνης των άρθρων 197 και 198 ΑΚ. Και τούτο διότι δεν τίθεται ζήτημα εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 105 του ΕισΝΑΚ, αφού η τελευταία προϋποθέτει για την εφαρμογή της πράξη οργάνου του Δημοσίου κατά την άσκηση της δημοσίας εξουσίας που του έχει ανατεθεί. Η διοικητική σύμβαση με αντικείμενο την προμήθεια από το Δημόσιο οργάνων επικοινωνίας δεν συνάπτεται στο πλαίσιο άσκησης δημοσίας εξουσίας, αλλά στο πλαίσιο του άρθρου 104 του ΕισΝΑΚ....»¹¹¹.

Επισκοπώντας την νομολογία, η άποψη ότι το άρθρο 105 Ν.4412/2016 διέπει την προσυμβατική ευθύνη του Δημοσίου και των ΝΠΔΔ και, μέσω του άρθρου 106, των ΟΤΑ και των συνδεδεμένων επιχειρήσεων, πρέπει να θεωρηθεί κρατούσα

¹¹¹ Βλ. απόφαση, σκ. 4 και 5. Τα ζητήματα του υπολογισμού της αποζημιώσεως βάσει του εύρους της ζημίας θα εξετασθούν στο επόμενο κεφάλαιο. Πάντως, από την μειοψηφούσα Σύμβουλο δεν τέθηκε ζήτημα δικαιοδοσίας των πολιτικών δικαστηρίων ως λογική απόρροια της υπαγωγής της υποθέσεως στο άρθρο 104 ΕισΝΑΚ, σύμφωνα με το οποίο «Για πράξεις ή παραλείψεις των οργάνων του δημοσίου που ανάγονται σε έννομες σχέσεις του ιδιωτικού δικαίου ή σχετικές με την ιδιωτική του περιουσία, το δημόσιο ευθύνεται κατά τις διατάξεις του Αστικού Κώδικα για τα νομικά πρόσωπα». Ομοίως

σήμερα στη νομολογία τόσο του ΣτΕ όσο και των δικαστηρίων της ουσίας¹¹². Σημειωτέον ότι οι αποφάσεις έχουν εκδοθεί επί περιπτώσεων διαγωνισμών εφ' όλων των αντικειμένων της δημόσιας συμβάσεως (προμηθείας αγαθών, εκτελέσεως δημοσίου έργου και παροχής υπηρεσιών), δίχως να εξετάζεται εάν η προμήθεια εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον ή όχι, ακόμη και πριν από την εφαρμογή των διατάξεων του Ν.4412/2016.

Στο ίδιο ως άνω πλαίσιο, η εφαρμογή του άρθρου 105 ΕισΝΑΚ στο προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων διοικητικών συμβάσεων δεν αμφισβητείται από την θεωρία, ενίοτε με την επιφύλαξη ότι δεν τυγχάνουν εφαρμογής άλλες ειδικές διατάξεις ή γενική αρχή του διοικητικού δικαίου· η κατάφαση της αστικής ευθύνης κατ' άρθρα 105-106 ΕισΝΑΚ θεωρείται ως περισσότερο συμβατή με τις εξουσιαστικές σχέσεις του δημοσίου δικαίου, οι οποίες αναπτύσσονται στο προσυμβατικό στάδιο, όπου λαμβάνει χώρα η μονομερής δράση της Διοικήσεως μέσω των αποσπαστών πράξεων. Μάλιστα, κατά τον Καθηγητή Λαζαράτο (2013), *«στην συντριπτική πλειοψηφία των περιπτώσεων η «αντισυναλλακτική» συμπεριφορά του Δημοσίου θα είναι και παράνομη κατ' άρθρο 105 ΕισΝΑΚ»*.¹¹³ Κατά τον ίδιο, επίσης, δεν χωρεί και παραίτηση από την αξίωση του άρθρου 105 ΕισΝΑΚ, ούτε και δια της (εγκύρου) παραιτήσεως από την αξίωση αποζημιώσεως κατ' άρθρα 197-198 ΑΚ με την συμμετοχή στο διαγωνισμό και την αποδοχή των όρων της διακηρύξεως, διότι σε αυτήν την περίπτωση θα ετίθετο ζήτημα σύγκρουσης με την συνταγματική θεμελίωση της αστικής ευθύνης του Δημοσίου.

Το βέβαιον είναι ότι η εφαρμογή του άρθρου 105 ΕισΝΑΚ διευρύνει την έννομη προστασία των οικονομικών φορέων, έστω και εν μέρει δεδομένου ότι εφαρμόζεται μόνον στις διοικητικές συμβάσεις ως υποκατηγορίας -πλέον- των δημοσίων συμβάσεων, και εντάσσεται στον χώρο των εγγυήσεων του κράτους δικαίου. Τούτο δε, επειδή σε συνέχεια της πάγιας νομολογίας ότι η διακήρυξη του διαγωνισμού συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο, το οποίο δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους, έχει κριθεί με την υπ' αριθμόν

¹¹² ΣτΕ 1943/2013, 3766/2013, 3692/2015, 1678/2017, 1679/2017, 2437/2017· ΔΕΦΑΘ 2164/2016, 567/2017· ΔΠρΘεσσαλ 470/2022 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

¹¹³ Σπηλιωτόπουλος, όπ.αν., σελ. 190 υποσημ. 30 «Η ευθύνη του Δημοσίου, των ΝΠΔΔ και των ΟΤΑ από παράνομες αποσπαστές διοικητικές πράξεις είναι εξωσυμβατική και ρυθμίζεται από το διοικητικό δίκαιο», δηλαδή από τα άρθρα 105 και 106 ΕισΝΑΚ· Παυλόπουλος Π., Ζητήματα αστικής ευθύνης από διοικητικές συμβάσεις (II) σε Η σύμβαση εκτέλεσης δημοσίου έργου (Άρθρα και Γνωμοδοτήσεις), 1997, σελ. 321 επ. (322-330), ο οποίος συμπεριλαμβάνει στις ειδικές διατάξεις και τις ΑΚ 197-198· Ράικος Δ., Δίκαιο ..., σελ. 1017 επ.· Λαζαράτος, όπ.αν., σελ. 202.

2437/2017 απόφαση του ΣτΕ ότι οι όροι και προϋποθέσεις του διαγωνισμού περιλαμβάνονται στην διακήρυξη του διαγωνισμού, «...ώστε να μην καταλείπεται, εν προκειμένω, έδαφος εφαρμογής των άρθρων 197-198 του Αστικού Κώδικα» και, άρα, να αποκλείεται εν ταυτώ η σχετική νομική βάση της αξιώσεως.

3.- Η προσυμβατική ευθύνη κατ' άρθρο 373 του Ν.4412/2016

Ήδη από το πρώτο κεφάλαιο της παρούσας μελέτης κατέστη σαφές ότι δεν θα ήταν λογικό η προσυμβατική ευθύνη να παραμείνει εκτός της κανονιστικής εμβέλειας του Ν. 4412/2016. Θα αποτελούσε εσωτερική αντινομία να παραμείνει αρρύθμιστο το συγκεκριμένο ζήτημα εντός ενός νομοθετικού συστήματος, το οποίο ρυθμίζει κατά τρόπο ενιαίο, αλλά και εξαντλητικό, τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών, από την λήψη της απόφασης για την πραγματοποίηση έως και την παραλαβή του αντικειμένου των. Πράγματι, ο Ν.4412 περιέχει ειδική ρύθμιση, την διάταξη του άρθρου 373 υπό τον τίτλο «Αξίωση αποζημίωσης», σύμφωνα με την οποία ορίζεται ότι:

«1. Ο ενδιαφερόμενος, ο οποίος αποκλείσθηκε από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή από τη σύναψη της, κατά παράβαση κανόνα του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του εσωτερικού δικαίου, δικαιούται να αξιώσει από την αναθέτουσα αρχή αποζημίωση, κατ' ανάλογη εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 197 και 198 Α.Κ.. Αν ο ενδιαφερόμενος αποδείξει ότι θα του ανετίθετο η σύμβαση, αν δεν είχε εμφοιλωρήσει η παράβαση, τότε δικαιούται αποζημίωση κατά τις γενικές διατάξεις. Κάθε διάταξη που αποκλείει ή περιορίζει την αξίωση αυτή δεν εφαρμόζεται.

2. Για την επιδίκαση της αποζημίωσης απαιτείται η προηγούμενη ακύρωση της παράνομης πράξης ή παράλειψης από την ΑΕΠΠ ή το αρμόδιο, σύμφωνα με το προηγούμενο άρθρο, δικαστήριο. Η προϋπόθεση αυτή δεν απαιτείται στην περίπτωση του άρθρου 370, της παρ. 2 του άρθρου 371 και της παρ. 7 του άρθρου 372 ή όταν, εν γένει, δεν καθίσταται εφικτή η δικαστική κήρυξη της ακυρότητας για λόγους μη συνδεόμενους με παραλείψεις του ενδιαφερομένου».

Το άρθρο 373 εντάσσεται στο σύστημα της έννομης προστασίας του Βιβλίου IV (άρθρα 345 έως 374) υπό τον γενικό τίτλο «ΕΝΝΟΜΗ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΚΑΤΑ ΤΗ ΣΥΝΑΨΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ», του οποίου το πεδίο εφαρμογής οριοθετείται στο άρθρο 345 παρ. 1 και 2, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 134 του Ν. 4782/2021 και ισχύει από 1^{ης} Σεπτεμβρίου 2021· συγκεκριμένα εφαρμόζεται:

α) Στις διαφορές, οι οποίες αναφύονται κατά την διαδικασία ανάθεσης και τροποποίησης συμβάσεων του Ν.4412/2016, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη του ορίου των 30.000 ευρώ, το οποίο είναι (σήμερα) το όριο της απ' ευθείας αναθέσεως, κατ' άρθρα 118 και 328 για τις συμβάσεις προμηθειών, εκτελέσεως έργων και υπηρεσιών, και του ορίου των 60.000 ευρώ για τις συμβάσεις ενεργειών τεχνικής βοήθειας των άρθρων 119 και 329. Και

β) Στις διαφορές, οι οποίες αναφύονται κατά την διαδικασία ανάθεσης συμφωνιών πλαίσιο, συμβάσεων παραχώρησης, δυναμικών συστημάτων αγορών, καθώς και των τροποποιήσεων αυτών.

Συνεπώς, η εν λόγω διάταξη του άρθρου 373 καταλαμβάνει την συντριπτική πλειοψηφία των δημοσίων συμβάσεων, κατά την ισχύουσα νομοθεσία.

Εν πρώτοις πρέπει να αναφερθεί ότι η ανωτέρω διάταξη έχει και αυτή ενωσιακή προέλευση, την Οδηγία 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 21^{ης} Ιουνίου 1989 (L 395/33/1989), η οποία είχε ως σκοπό την θέσπιση διαδικαστικών μηχανισμών στα κράτη μέλη, ώστε, σύμφωνα με την σκέψη 4, *«η απουσία ή η ανεπάρκεια αποτελεσματικών μέσων προσφυγής, σε ορισμένα κράτη μέλη»* να μην αποτρέπει της κοινοτικές επιχειρήσεις *«να δοκιμάσουν την τύχη τους στο εκάστοτε κράτος μέλος της αναθέτουσας αρχής»* με την παροχή πλήρους δικαστικής προστασίας, από το στάδιο των ασφαλιστικών μέτρων έως και την αποζημίωση, εκείνων, οι οποίοι υπέστησαν ζημία από την παράβαση του κοινοτικού δικαίου. Παρά το γεγονός ότι τα κράτη μέλη όφειλαν να ενσωματώσουν την Οδηγία στην εσωτερική έννομη τάξη της μέχρι και την 21^η Δεκεμβρίου 1991, η Ελλάδα παρέλειψε να το πράξει, με συνέπεια η ΕΕ ν' ασκήσει προσφυγή εναντίον της Ελληνικής Δημοκρατίας ενώπιον του ΔΕΚ, το οποίο και εξέδωσε την απόφαση της 19^{ης} Σεπτεμβρίου 1996 (Υπόθεση C-236/1995), με την οποία δέχθηκε ότι η χώρα παρέβη την υποχρέωση της συμμόρφωσης¹¹⁴. Εν όψει της προσφυγής της ΕΕ εναντίον της Ελλάδος, η χώρα προέβη στην θέσπιση του Ν. 2522/1997 (ΦΕΚ Α 178)) υπό τον τίτλο *«Δικαστική προστασία κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης συμβάσεων δημόσιων έργων, κρατικών προμηθειών και υπηρεσιών σύμφωνα με την οδηγία 89/665/ΕΟΚ»*. Το άρθρο 5 αυτού υπό τον τίτλο *«Αξίωση αποζημίωσης»* έχει επί λέξει ως εξής:

«1. Ο ενδιαφερόμενος, ο οποίος αποκλείστηκε από τη συμμετοχή ή την ανάθεση δημόσιου έργου, προμήθειας ή υπηρεσίας, κατά παράβαση κανόνα του κοινοτικού ή του

¹¹⁴ ΔΕΚ C-236/95, 19-9-1995, Επιτροπή κατά Ελλάδος, Συλλογή 1996 I-04459.

εσωτερικού δικαίου, δικαιούται να αξιώσει από την αναθέτουσα αρχή αποζημίωση, κατ' εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 197-198 Α.Κ. Κάθε διάταξη που αποκλείει η περιορίζει την αξίωση αυτή δεν εφαρμόζεται».

Στην συνέχεια, το άρθρο 5 του Ν. 2522/1997 καταργήθηκε με το άρθρο 12 του Ν. 3886/2010, καθώς το άρθρο 9 αυτού περιείχε ίδιου ακριβώς περιεχομένου ρύθμιση, όπως και η ισχύουσα του άρθρου 373¹¹⁵. Υπενθυμίζεται, πάντως, ότι το πεδίο εφαρμογής των δύο πρώτων περιοριζόταν στις δημόσιες συμβάσεις άνω των ορίων των τότε εν ισχύει Οδηγιών.

Συγκρίνοντας τις διατάξεις, τόσο οι διαφορές όσο και οι ομοιότητες μεταξύ των άρθρων 373 του Ν.4412/2016 και του 5 Ν.2522/1997 είναι εμφανείς. Κατ' αρχάς και οι δύο διατάξεις οριοθετούν την υποχρέωση της αποζημίωσης μόνον στην περίπτωση, κατά την οποία ο ενδιαφερόμενος αποκλείστηκε κατά το προσυμβατικό στάδιο, και απαιτούν, κατ' αρχήν, προηγούμενη ακύρωση της παράνομης πράξης ή παράλειψης. Από την άλλη πλευρά, η μεν ισχύουσα ρύθμιση ομιλεί για εφαρμογή με αναλογία, η δε προγενέστερη για ευθεία εφαρμογή των άρθρων 197-198 ΑΚ, και οι δύο, όμως, μόνον ως προς τον προσδιορισμό της αποζημιώσεως. Τέλος, η αξίωση αποζημιώσεως αυτήν καθ' εαυτήν ενισχύθηκε με την ισχύουσα σε σχέση με την προηγούμενη διάταξη.

Κατά την γνώμη μου, και η προσυμβατική ευθύνη του άρθρου 373 Ν.4412/2016 καθιερώνεται ως μία ευθύνη από τον νόμο, όπως και η ευθύνη των άρθρων 197-198 ΑΚ ή των άρθρων 105-106 ΕισΝΑΚ, καθώς προβλέπεται απ' ευθείας από τον νόμο, δίχως να εξαρτάται από την βούληση των μερών ή από προηγούμενη άδικη πράξη των οργάνων των αναθετουσών αρχών υπό την έννοια του άρθρου 914 ΑΚ. Επειδή, ακριβώς δε, καταλαμβάνει δημόσιες συμβάσεις ακόμη και με χαμηλή ή μέση εκτιμώμενη αξία, καθίσταται, από την άποψη του εφαρμοστέου δικαίου, **η σημαντικότερη νομική βάση** της προσυμβατικής ευθύνης. Εν τέλει, η θέσπιση της συγκεκριμένης διατάξεως κατά τέτοιο τρόπο, ώστε να έχει ακριβώς αυτό το μεγάλο ρυθμιστικό εύρος, εντάσσει αυτήν στον χώρο των εγγυήσεων

¹¹⁵ Οι διατάξεις του Ν.2522/1997, με εξαίρεση το άρθρο 6, καταργήθηκαν με το άρθρο 12 του Ν. 3886/2010 (ΦΕΚ Α 173) «Δικαστική προστασία κατά τη σύναψη δημόσιων συμβάσεων - Εναρμόνιση της ελληνικής νομοθεσίας με την Οδηγία 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 21ης Ιουνίου 1989 (L 395) και την Οδηγία 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 25ης Φεβρουαρίου 1992 (L 76), όπως τροποποιήθηκαν με την Οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 11ης Δεκεμβρίου 2007 (L 335)». Ο Ν.3886/2010 καταργήθηκε και αυτός με το άρθρο 377 του Ν.4412/2016, όπως ήδη έχει αναφερθεί. Σημειώνεται και οι δύο νόμοι αφορούσαν τις «άνω των ορίων» δημόσιες συμβάσεις.

εφαρμογής του κράτους δικαίου και της αρχής της νομιμότητας με την ευρεία έννοια, δεδομένου ότι εγγυάται την αποτελεσματική εφαρμογή των εν λόγω αρχών στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων¹¹⁶.

4. Η σχέση μεταξύ των περισσότερων νομικών βάσεων της προσυμβατικής ευθύνης στις δημόσιες συμβάσεις

Δεν χωρεί αμφιβολία ότι και μόνον η παράθεση τριών νομικών βάσεων προσυμβατικής ευθύνης στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων θέτει αμέσως ζήτημα συρροής νόμων και προτεραιότητας εφαρμογής ενός εξ αυτών¹¹⁷.

Κατ' αρχάς, όπως έχει ήδη αναλυθεί, ο Ν.4412/2016 καθιερώνει ένα ενιαίο σύστημα αναθέσεως και εκτελέσεως των δημοσίων συμβάσεων, ανεξαρτήτως αντικειμένου και εκτιμώμενης αξίας και κυρίως ανεξαρτήτως εάν πρόκειται για δημόσια σύμβαση διοικητικού ή ιδιωτικού δικαίου. Η ίδια διαπίστωση αποτυπώνεται και στο ενιαίο σύστημα δικαιοδοσίας του Βιβλίου IV για τις συμβάσεις προμηθειών, εκτελέσεως έργων και υπηρεσιών άνω των 30.000 ευρώ, στο οποίο ανήκει και το άρθρο 373 για την προσυμβατική ευθύνη (αξίωση αποζημίωσης). Προς επίρρωση των ανωτέρω πρέπει να αναφερθεί το άρθρο 346 υπό τον τίτλο «Προστασία κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων», το οποίο καθιερώνει τις γενικές αρχές της δικαστικής προστασίας και του οποίου η παράγραφος 3 έχει επί λέξει ως εξής:

«3. Διαφορές που προκύπτουν από την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων του παρόντος νόμου και αφορούν αξιώσεις αποζημίωσης εκδικάζονται από τα αρμόδια δικαστήρια, σύμφωνα με της γενικές διατάξεις κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 373».

Πράγματι, οι ανωτέρω διατάξεις των άρθρων 346 και 373 Ν.4412/2016 είναι εκείνες, οι οποίες απαρτίζουν το σύστημα αστικής ευθύνης της αναθέτουσας αρχής στο προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων.

Έχοντας, λοιπόν, υπ' όψιν τον σκοπό του νόμου και την συστηματική ένταξη της διατάξεως στο όλο σύστημα αυτού, πρέπει να γίνει δεκτό ότι **η ειδική νομοθετική ρύθμιση του άρθρου 373 Ν.4412/2016 αποκλείει την εφαρμογή τόσο**

¹¹⁶ Ράικος Δ., Αξίωση ..., όπ.αν., σελ. 176-177, ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι για τον ίδιο η θεσπιζόμενη διάταξη είναι ένα είδος μηχανισμού κυρώσεως των παραβάσεων της υπό ευρεία έννοια αρχής της νομιμότητας, μέσω του οποίου εντάσσεται αυτή σε αυτόν τον χώρο εγγυήσεων, συμπληρώνοντας την λειτουργική αποστολή των διατάξεων των άρθρων 105-106 ΕισΝΑΚ.

¹¹⁷ Καράσης Μ., Συρροή ..., όπ.αν., σελ. 634 επ. Η συρροή νόμων (Gesetzeskonkurrenz) ορίζεται ως «η συρροή περισσότερων κανόνων δικαίου, οι οποίοι για ένα και το αυτό βιοτικό γεγονός που εμπίπτει στη νομοτυπική τους μορφή προβλέπουν διαφορετικές (στενότερες, ευρύτερες ή ανομοιογενείς συνέπειες» Διακρίνεται δε σε σωρευτική συρροή, διαζευκτική ή αποκλειστική. Η τελευταία αναπτύσσεται όταν μεταξύ των περισσότερων κανόνων δικαίου υπάρχει σχέση ειδικότητας ή επικουρικότητας.

των άρθρων 197-198 ΑΚ όσο και των άρθρων 105-106 ΕισΝΑΚ σε όσες περιπτώσεις εμπίπτουν στο αντικειμενικό πεδίο εφαρμογής της. Όχι μόνον επειδή η διάταξη τελεί σε σχέση ειδικότητας (*lex specialis*) προς αυτές, από την άποψη των προϋποθέσεων της ευθύνης προς αποζημίωση, αλλά κυρίως διότι τούτο εξυπηρετεί την τελολογία της ρυθμίσεως¹¹⁸.

Τούτο έχει επιβεβαιωθεί και από την νομολογία, και μάλιστα κατά τον αντίστροφο τρόπο, δηλαδή με τον αποκλεισμό εφαρμογής της διατάξεως του άρθρου 373 σε όσες συμβάσεις εκφεύγουν του αντικειμενικού πεδίου εφαρμογής του. Συγκεκριμένα με την υπ' αριθμόν 470/2022 απόφαση του Τριμελούς Διοικητικού Πρωτοδικείου Θεσσαλονίκης κρίθηκε ότι σε συμβάσεις κάτω των ορίων του άρθρου 345 Ν.4412/2016 **δεν** εφαρμόζεται η διάταξη του άρθρου 373 Ν.4412/2016, με συνέπεια να μην απαιτείται η προηγούμενη ακύρωση της πράξεως της διαδικασίας αναθέσεως, η οποία και προσέβαλε τα έννομα συμφέροντα του ενδιαφερομένου και προκάλεσε την επίδικη ζημία, όπως απαιτεί το άρθρο 373, αλλά μόνον οι διατάξεις των άρθρων 105-106 ΕισΝΑΚ, των οποίων η εφαρμογή δεν αποκλείεται από τις διατάξεις των άρθρων 197-198 ΑΚ. Μάλιστα, το Δικαστήριο έκρινε ότι ουδεμία επιρροή ασκεί στην μη εφαρμογή της εν λόγω διατάξεως η εκούσια επιλογή της αναθέτουσας αρχής να τηρήσει μία εκ των διαδικασιών αναθέσεως, κατ' άρθρο 116 Ν.4412/2016 (και όχι την απ' ευθείας ανάθεση του άρθρου 118). Επισημαίνεται, πάντως, ότι τ' ανωτέρω προϋποθέτουν ότι τα κρίσιμα πραγματικά περιστατικά εντοπίζονται σε παράνομο αποκλεισμό από την διαδικασία αναθέσεως ή την ανάθεση αυτήν καθ' εαυτήν. Άλλως, δεν χωρεί εφαρμογή της διατάξεως του άρθρου 373 Ν.4412/2016, ακόμη και αν η διαδικασία αναθέσεως εμπίπτει στο αντικειμενικό πεδίο εφαρμογής από την άποψη της εκτιμώμενης αξίας, και σε αυτήν την περίπτωση πρέπει να εξετάζονται οι λοιπές βάσεις.

Σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης ανακύπτει το ζήτημα της δεύτερης συρροής νόμων στο προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων, εκείνης μεταξύ των άρθρων 105-106 ΕισΝΑΚ και των άρθρων 197-198 ΑΚ στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων διοικητικού δικαίου, συμφώνως πάντοτε προς το «οργανικό κριτήριο», δηλαδή όταν η αναθέτουσα αρχή είναι το Δημόσιο ή ΟΤΑ ή άλλο ΝΠΔΔ. Κατά την νομολογία του ανωτάτου ακυρωτικού, όπως προεκτέθηκε, **στο προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων διοικητικών συμβάσεων η αστική ευθύνη του Δημοσίου,**

¹¹⁸ Ράικος Δ., για το άρθρο 5 του Ν.2522/1997 σε *Αγωγή ...*, όπ.αν., σελ. 177-178.

κατ' άρθρο 105 ΕισΝΑΚ, δεν αποκλείεται από την εφαρμογή των άρθρων 197-198 ΑΚ, αλλ' αντιθέτως, εκ του αποτελέσματος τουλάχιστον, την απορροφά¹¹⁹. Η θεωρητική θεμελίωση της απόψεως αυτής έγκειται στην διαφορετική αιτία της συμβατικής δραστηριότητας του Δημοσίου και των λοιπών δημοσίων νομικών προσώπων: δεν συμβάλλονται επειδή μετέχουν της αρχής της ελευθερίας των συμβάσεων, κατ' άρθρο 361 ΑΚ, αλλά επειδή είναι υποκείμενα στην αρχή της νομιμότητας με την ευρεία έννοια.

Κατά τ' ανωτέρω εκτεθέντα, δεν θα ήταν αδικαιολόγητο το συμπέρασμα ότι, σε περίπτωση παράνομου αποκλεισμού υποψηφίου οικονομικού φορέα, **πρακτικώς** η αναλογική εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 197-198 ΑΚ, εν όψει της ειδικής ρυθμίσεως του άρθρου 373 Ν.4412/2016 και του άρθρου 105 ΕισΝΑΚ, έχει περιορισθεί της δημόσιες συμβάσεις, οι οποίες έχουν αξία ίση ή κατώτερη των 30.000 ευρώ και εν γένει του εκάστοτε ορίου της απ' ευθείας αναθέσεως και οι οποίες συνάπτονται από νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου του δημοσίου τομέα. Τούτο δεν πρέπει να εκλαμβάνεται με αρνητικό τρόπο, αντιθέτως· η πράξη έχει καταδείξει ότι η συγκεκριμένη διαδικασία απ' ευθείας αναθέσεως μεταξύ μίας αναθέτουσας αρχής, ενδεχομένως και με την οργανωτική μορφή μίας ανώνυμης εταιρείας, και ενός υποψηφίου αναδόχου, η οποία εκκινεί με την κοινοποίηση ατομικής προσκλήσεως, στην οποία (πρέπει να) περιγράφονται όλοι οι (τεχνικοί και οικονομικοί) όροι της υπό σύναψη συμβάσεως, προσομοιάζει απολύτως προς το στάδιο των διαπραγματεύσεων κατ' άρθρα 197-198 ΑΚ.-

¹¹⁹ Σοϊλεντάκης Ν., όπ.αν. σελ. 8-9·Λαζαράτος, όπ.αν., σελ. 203-204.. Αντιθέτως, Παυλόπουλος Πρ., *Ζητήματα*, όπ.αν., σελ. 327 και Σπηλιωτόπουλος Επ., όπ.αν., σελ. 205 (αρ. 203).

Κεφάλαιο τρίτο

Η αποζημίωση λόγω προσυμβατικής ευθύνης της αναθέτουσας αρχής στις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών, εκτελέσεως έργων και υπηρεσιών

I.- Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Ακόμη και η απλή επισκόπηση των νομίμων προϋποθέσεων για την κατάφαση της προσυμβατικής αποζημιωτικής ευθύνης οδηγεί στο συμπέρασμα ότι υφίστανται διαφορές μεταξύ των τριών διαφορετικών νομικών βάσεων, δηλαδή της ευθύνης από διαπραγματεύσεις των άρθρων 197-198 ΑΚ, της αστικής ευθύνης του Δημοσίου του άρθρου 105 και της ευθύνης του άρθρου 373 Ν.4412/2016. Επιγραμματικώς:

α) Η κατ' άρθρα 197-198 ΑΚ ευθύνη από τις διαπραγματεύσεις απαιτεί: αα) ύπαρξη προσυμβατικού σταδίου μίας δημόσιας συμβάσεως, δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου, αβ) αντισυναλλακτική συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής, αγ) υπαιτιότητα των οργάνων της, α) επέλευση ζημίας και αε) αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ του νόμιμου λόγου ευθύνης, δηλαδή της υπαίτιας αντισυναλλακτικής συμπεριφοράς, και της επελθούσας ζημίας¹²⁰.

β) Η κατ' άρθρα 105-106 ΕισΝΑΚ αστική ευθύνη απαιτεί: βα) ύπαρξη προσυμβατικού σταδίου μίας δημόσιας διοικητικής συμβάσεως, ββ) παράνομη πράξη ή παράλειψη ή υλική ενέργεια των οργάνων του Δημοσίου, των ΟΤΑ και των λοιπών ΝΠΔΔ κατά την ενάσκηση της εξουσίας τους ως οργάνων αναθετουσών αρχών, βγ) επέλευση ζημίας και βδ) αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ του νόμιμου λόγου ευθύνης, δηλαδή της παράνομης πράξεως ή παραλείψεως και της επελθούσας ζημίας¹²¹.

γ) Η κατ' άρθρο 373 Ν.4412/2016 ευθύνη απαιτεί: γα) ύπαρξη προσυμβατικού σταδίου μίας δημόσιας συμβάσεως, δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου, εκτιμώμενης αξίας ίσης ή ανώτερης των ορίων της απ' ευθείας αναθέσεως, γβ) παράνομη πράξη ή παράλειψη των οργάνων της αναθέτουσας αρχής, δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου, η οποία συνίσταται σε παραβίαση του ενωσιακού ή του εθνικού δικαίου, γγ) επέλευση ζημίας, συνισταμένης στον αποκλεισμό του ενδιαφερόμενου από την διαδικασία συνάψεως ή από την σύναψη της συμβάσεως εξ αιτίας της παράνομης πράξεως ή παραλείψεως, γδ) ακύρωση της παράνομης πράξεως ή παραλείψεως από το αρμόδιο δικαστήριο (Διοικητικό Εφετείο ή Συμβούλιο της Επικρατείας), γε) αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ του νόμιμου λόγου ευθύνης, δηλαδή παραβίαση κανόνα του

¹²⁰ Γεωργιάδης Απ., όπ.αν., §34, σελ. 504.

¹²¹ ΣτΕ 451/2013, όπ. αν.

ενωσιακού ή εσωτερικού κανόνα δικαίου, η οποία οδήγησε στον παράνομο αποκλεισμό του ενδιαφερομένου, και της επελθούσας ζημίας.

Μετά βεβαιότητας κοινή είναι η πρώτη προϋπόθεση, η ύπαρξη προσυμβατικού σταδίου ως σταδίου γενέσεως της ευθύνης, το οποίο οριοθετήθηκε στο προηγούμενο κεφάλαιο. Οι λοιπές, διαφορετικές μεταξύ τους νόμιμες προϋποθέσεις ευθύνης εξετάζονται ανά νομική βάση κατωτέρω.

II.- Ο νόμιμος λόγος της προσυμβατικής ευθύνης κατ' άρθρα 197-198 ΑΚ

1.- Συμπεριφορά αντίθετη προς την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη

Όπως ήδη έχει αναφερθεί, το άρθρο 197 ΑΚ επιβάλλει στα μέρη την αμοιβαία υποχρέωση κατά τις διαπραγματεύσεις «να συμπεριφέρονται σύμφωνα με την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη». Το άρθρο 198 ΑΚ προβλέπει ότι «Όποιος κατά τις διαπραγματεύσεις προξενήσει στον άλλο ζημία είναι υποχρεωμένος να την ανορθώσει». Επομένως, η μεν πρώτη διάταξη περιλαμβάνει πρωτεύοντα κανόνα δικαίου, ο οποίος επιβάλλει γενική υποχρέωση τηρήσεως καλόπιστης συμπεριφοράς κατά το προσυμβατικό στάδιο¹²², επεκτείνοντας την εφαρμογή της ΑΚ 288 και στο στάδιο αυτό. Η επιλογή της γενικής ρήτρας της καλής πίστεως ως στοιχείου του πραγματικού της ΑΚ 197 σηματοδοτεί μία «θεμελιώδη δικαιοηθική αρχή», η οποία αποσκοπεί στην διαμόρφωση της σχέσεως μεταξύ των συναλλασσομένων ως μίας έννομης σχέσεως, στην οποία τα μέρη εισέρχονται αναλαμβάνοντας την νομική υποχρέωση να επιδεικνύουν αμοιβαία εμπιστοσύνη και αμοιβαίο σεβασμό των εκατέρωθεν συμφερόντων¹²³. Η διάταξη θεωρείται ότι προάγει την κοινωνική αλληλεγγύη¹²⁴. Η δε δεύτερη διάταξη του άρθρου 198 ΑΚ περιλαμβάνει την «κύρωση», τις συνέπειες της αθετήσεως της υποχρεώσεως αυτής ή, αντιστρόφως, της τηρήσεως κακόπιστης συμπεριφοράς κατά το προσυμβατικό στάδιο, επιτελώντας την αντίστοιχη λειτουργία των διατάξεων των άρθρων 330 και 914 ΑΚ.

Ως καλή πίστη νοείται η αντικειμενική καλή πίστη, δηλαδή η ευθύτητα, εντιμότητα και ειλικρίνεια, την οποία πρέπει να τηρεί κανείς στις συναλλαγές· ως

¹²² Ότι πρόκειται για υποχρέωση τηρήσεως μίας γενικής συμπεριφοράς κατά τις διαπραγματεύσεις, και όχι μίας συγκεκριμένης, άλλως θα επρόκειτο για ενοχή κατ' άρθρο 287 ΑΚ, βλ. Σταθόπουλο Μ., Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, όπ. αν.

¹²³ Σπυριδάκης Ιωάν., όπ.αν.· Καράσης Μ., *Η προσυμβατική ...*όπ.αν., 769· Τσολαδίκης Ζ., όπ.αν., σελ. 267-269.

¹²⁴ Σοϊλεντάκης Ν., όπ.αν.

συναλλακτικά ήθη εννοούνται οι συνήθειες, οι οποίες κρατούν στις συναλλαγές ή σε ορισμένες κατηγορίες συναλλαγών.¹²⁵ Σε σχέση με την έννοια της καλής πίστεως, πάγια είναι η νομολογία ότι «...συμπεριφορά των μερών σύμφωνη με την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη είναι η επιβαλλόμενη στα μέρη συναλλακτική ευθύτητα κατά την αντίληψη του έμφορονος συναλλασσομένου, η τήρηση δηλαδή από τα μέρη των τρόπων ενέργειας που γενικώς ακολουθούνται στις εντίμως διεξαγόμενες συναλλαγές, ...». ¹²⁶ Εξ άλλου, το γεγονός ότι τα συναλλακτικά ήθη αναφέρονται σε παρατακτική σύνδεση προς την καλή πίστη, ενώ στην διάταξη του άρθρου 288 ΑΚ αναφέρονται ως ένα στοιχείο, το οποίο πρέπει να λαμβάνεται υπ' όψιν κατά την εκπλήρωση της παροχής, δεν θεωρείται επαρκές για να μεταβάλλει τον χαρακτήρα των συναλλακτικών ηθών ως ενός από τα στοιχεία, τα οποία προσδιορίζουν τις επιταγές της καλής πίστεως κατά την εξειδίκευση αυτής ανά περίπτωση. Τούτο διότι τα συναλλακτικά ήθη εξ ορισμού αποτελούν απλώς συνήθειες/τρόπους δράσης, τα οποία έχουν σχηματισθεί και επικρατήσει στην συναλλακτική πραγματικότητα και αφορούν είτε σε κατηγορίες συναλλακτικών σχέσεων είτε σε ορισμένο επαγγελματικό κύκλο ή τόπο, και όχι κανόνες δικαίου. Άρα, τηρούνται ή δεν τηρούνται, αλλά δεν παραβιάζονται. Εντεύθεν, η μη τήρηση αυτών καθ' εαυτήν δεν ενέχει αξιολογική κρίση για την επίδειξη ή όχι καλόπιστης συμπεριφοράς. Ωστόσο, αναμφιβόλως συντελούν στην διαμόρφωση ενός κανόνα καλόπιστης συμπεριφοράς.

Η υποχρέωση τηρήσεως καλόπιστης συμπεριφοράς κατά τις διαπραγματεύσεις εκτείνεται καθ' όλη την διάρκεια της «συναλλακτικής επαφής», από την έναρξη έως και την λήξη του σταδίου των διαπραγματεύσεων, και μάλιστα η πρόοδος των διαπραγματεύσεων θεωρείται παράγοντας επιτακτικός της ευθύνης. Αντιστοίχως, στις δημόσιες συμβάσεις από την δημοσίευση της διακηρύξεως ή την κοινοποίηση της προσκλήσεως έως και την κατακύρωση/ανάθεση της σύμβασης ή την ματαίωση αυτής.

Ωστόσο, ήδη από την συμπερίληψη της γενικής ρήτρας της καλής πίστεως στο πραγματικό της διατάξεως του άρθρου 197 ΑΚ γεννάται ζήτημα για την συγκεκριμενοποίηση της αξιολογικής έννοιας «καλή πίστη» στην κρινόμενη ατομική περίπτωση, υπό την έννοια ότι πρέπει να εξειδικευθούν οι πράξεις και οι παραλείψεις στο στάδιο των διαπραγματεύσεων, οι οποίες θεωρούνται ως κακόπιστη συμπεριφορά. Στην συγκεκριμενοποίηση αυτή προβαίνει ο δικαστής επί τη βάσει

¹²⁵ Γεωργιάδης Απ., Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, §2 σελ. 25 επ. (αρ. 19 και 24).

¹²⁶ Ενδεικτικώς: ΑΠ 1100/2020, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, 1232/2000 ΧρΙΔ 2001.300.

πλειόνων συνήθως ενδιάμεσων αξιολογικών κριτηρίων (κατώτερης βαθμίδας αφαιρέσεως), τα οποία προέρχονται από επιτυχή νομολογιακά προηγούμενα, την δογματική του δικαίου και από δεδομένα δικαιοσυγκριτικής θεώρησης, κατ' εφαρμογή της μεθοδολογίας του «*κινήτου συστήματος*».¹²⁷

Χάριν της συγκεκριμενοποιήσεως της αόριστης νομικής έννοιας «καλή πίστη» η θεωρία και η νομολογία έχουν διαπλάσει ορισμένους «τύπους» υποχρεώσεων καλόπιστης συμπεριφοράς, των οποίων η παραβίαση κατ' αρχήν πληροί το πραγματικό του άρθρου 198 ΑΚ¹²⁸, δίχως να παραγνωρίζεται το γεγονός ότι κάθε περίπτωση πρέπει να κρίνεται με βάση τις δικές της συνθήκες και ιδιαιτερότητες. Εναργές παράδειγμα το εξής: κατ' αρχήν από την θεωρία και την νομολογία αποκρούεται ως ασυμβίβαστη προς την αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων (ΑΚ 361) η υποχρέωση συνάψεως της συμβάσεως ως ενοχή απορρέουσα από την γενική υποχρέωση καλόπιστης συμπεριφοράς του άρθρου 197 ΑΚ, καθώς η διακοπή των διαπραγματεύσεων, ακόμη και η αυθαίρετη και αδικαιολόγητη, δεν συνιστά αυτή καθ' εαυτήν παράβαση της αρχής της καλής πίστεως, απλώς δημιουργεί υποχρέωση έγκαιρης ενημερώσεως¹²⁹. Ωστόσο, η απόκρουση δεν γίνεται κατά τρόπο ανενδοίαστο: όταν οι διαπραγματεύσεις έχουν προχωρήσει τόσο πολύ, ώστε η υπογραφή της συμβάσεως να είναι απλώς μία «τυπική» υπόθεση, η υπαναχώρηση από την σύναψη αυτής θα ήταν δυνατόν να θεωρηθεί πράγματι κακόπιστη συμπεριφορά κατά τις διαπραγματεύσεις¹³⁰. Ειδικότερα, ως βασικές υποχρεώσεις κατά το προσυμβατικό στάδιο αναφέρονται οι εξής¹³¹:

α) Η υποχρέωση διερευνήσεως των πραγματικών και νομικών όρων της υπό διαπραγματεύση συμβάσεως και διαφωτίσεως του έτερου μέρους περί αυτών (Offenbarungspflicht): Η υποχρέωση διαφωτίσεως αποσκοπεί στην διαφύλαξη της δικαιοπρακτικής ελευθερίας της βουλήσεως των μερών και έχει ως αντικείμενο την παροχή στον αντισυμβαλλόμενο πληροφοριών και διευκρινίσεων σε σχέση με τους νομικούς και πραγματικούς όρους της συμβάσεως. Τέτοιες πληροφορίες πρέπει να είναι δυνατόν να επηρεάσουν την δικαιοπρακτική απόφαση του άλλου μέρους, το

¹²⁷ Παπανικολάου Π., όπ.αν., σελ. 95 επ. (103 επ., αρ. 138-140).

¹²⁸ Κυρίως Κουμάντος, όπ.αν., αρ.45-48.

¹²⁹ Γεωργιάδης Απ., Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, όπ.αν. §34, 506 (αρ.8).

¹³⁰ Καράσης Μ., *Η προσυμβατική ...*, όπ.αν., σελ. 771· Γεωργιάδης Απ., όπ.αν., περιλαμβάνει στην περιπτωσιολογία την αδικαιολόγητη ματαίωση της συμβάσεως παρά τις περί αντιθέτου ρητές διαβεβαιώσεις· ΑΠ 1232/2000, όπ.αν..

¹³¹ Ράικος Δ., όπ.αν.,170-171·Καράσης Μ., *Η προσυμβατική...*, όπ.αν., σελ.771 επ.· Τσολακίδης Ζ., *Η αποζημίωση στην προσυμβατική ευθύνη*, 2020, 88-89.

οποίο «... δεν μπορεί άλλοθεν να αρνηθεί» αυτές...»¹³² Η στάθμιση των συμφερόντων των διαπραγματευομένων μερών οδηγεί στην εύλογη οριοθέτηση της υποχρέωσης παροχής πληροφοριών, υπό την έννοια ότι στο πλαίσιο της ελευθερίας των συμβάσεων κάθε πρόσωπο οφείλει να συγκεντρώνει τις αναγκαίες για την διαμόρφωση της βουλήσεως αυτού του ιδίου πληροφορίες και να τις αξιοποιεί κατά το δοκούν, ακόμη δε και να αξιοποιεί την δική του πληροφοριακή υπεροχή προς εξυπηρέτηση των δικών του συμφερόντων («*αρχή της πληροφοριακής αυτοϋπευθυνότητας – informationelle Selbstverantwortung*). Κατά τ' ανωτέρω, υποχρέωση διαφώτισεως υφίσταται μόνον όταν το ένα μέρος δεν γνωστοποιεί εκείνες τις ουσιώδεις πληροφορίες για την υπό σύναψη σύμβαση, τις οποίες κατέχει ή είναι σε θέση να κατέχει, αντίθετα προς το άλλο μέρος¹³³. Το τελευταίο συνεπάγεται ότι δεν υφίσταται γενική υποχρέωση διαφώτισεως εφ' όλων των ζητημάτων της υπό διαπραγμάτευση συμβάσεως, αλλά η υποχρέωση είναι σχετική και γεννάται μόνον κατ' εξαίρεση. Αντιστοίχως, νομολογιακώς γίνεται δεκτό ότι «...η υποχρέωση αυτή της διαφώτισης και προστασίας δεν φτάνει μέχρι το σημείο να επεκτείνεται και σε όσα θέματα το άλλο μέρος θα όφειλε και θα μπορούσε να πληροφορηθεί με δική του επιμελή έρευνα...»¹³⁴.

Επομένως, απαιτείται οριοθέτηση της υποχρέωσης in concreto και προς τούτο χρησιμοποιούνται και πάλι κριτήρια, και δη η φύση της συμβάσεως ως κερδοσκοπικής, λόγω της οποίας θεωρείται ότι η υποχρέωση γεννάται σε περιορισμένη έκταση, καθώς και οι ιδιότητες των διαπραγματευομένων. **Τούτο δεν δύναται να ισχύσει στις δημόσιες συμβάσεις**, οι οποίες είναι μεν συμβάσεις «εξ επαχθούς αιτίας», πλην όμως σε αυτές οι αναθέτουσες αρχές βαρύνονται με την ιδιαίτερη υποχρέωση να ενεργούν με πλήρη διαφάνεια και χάριν προστασίας τόσο του δημοσίου συμφέροντος όσο και των ιδιωτικών συμφερόντων και του ελεύθερου ανταγωνισμού· η υποχρέωση αυτή προκύπτει ευθέως από το άρθρο 18 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το οποίο καθιερώνει την γενική αρχή του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων ότι «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου

¹³² Γεωργιάδης Απ. – Παυλόπουλος Π., όπ.αν., σελ. 704· Ράικος Δ., όπ.αν., σελ.170-171· Καράσης Μ., *Η προσυμβατική...*, όπ.αν., 772.

¹³³ Καράσης Μ., *Η προσυμβατική ...*, όπ. αν.· Βαλτούδης Αν., *Ζητήματα περιεχομένου και έκτασης της αποζημίωσης στην προσυμβατική ευθύνη* σε ΧρίΔ 2005.688 επ. (689)· Τσολακίδης Ζ., όπ.αν.,243 επ.

¹³⁴ ΑΠ 1302/2010, 1435/2015 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας των ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης». Στο ίδιο πλαίσιο καθιερώνεται και η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής κατά την διαδικασία αναθέσεως μίας συμβάσεως με ανοικτό διαγωνισμό να απαντά στις διευκρινιστικές ερωτήσεις των ενδιαφερομένων, και μάλιστα με χρήση της ηλεκτρονικής πλατφόρμας των δημοσίων συμβάσεων, ώστε να λαμβάνουν γνώση όλοι οι δυνάμει υποψήφιοι (βλ. άρθρα 67 παρ. 2 και 3 του Ν. 4412/2016, για την υποχρέωση παροχής διευκρινιστικών πληροφοριών από την αναθέτουσα αρχή στις άνω και κάτω των ορίων συμβάσεις, αντιστοίχως).

Επειδή η υποχρέωση διαφωτίσεως διατρέχει ολόκληρο το στάδιο των διαπραγματεύσεων, όπως προειπώθηκε, τα μέρη παραβιάζουν την εν λόγω υποχρέωση και όταν δεν διαθέτουν εξ αρχής σοβαρή πρόθεση για διαπραγμάτευση επί σκοπώ συνάψεως της συμβάσεως και, παρά ταυτα, αρχίζουν να διαπραγματεύονται. Η σοβαρή πρόθεση προϋποθέτει ενδελεχή έλεγχο και πλήρη βεβαιότητα ότι η σύναψη, όπως και η εκπλήρωση της συμβάσεως, είναι και πραγματικώς και νομικώς εφικτές· εντεύθεν, ότι δεν υφίστανται λόγοι ακυρωσίας (ΑΚ 140-141) ή ακυρότητας (ΑΚ 174) ή μη εκπληρώσεως της συμβάσεως εξαιτίας φυσικής ή νομικής αδυναμίας παροχής.¹³⁵ Μάλιστα, όσο προχωρούν οι διαπραγματεύσεις και καταγράφεται μεγαλύτερος βαθμός συγκλίσεως ή αποκλίσεως των μερών, υπάρχει ανάλογη επίταση της υποχρεώσεως ενημερώσεως εκάστου διαπραγματευόμενου να ενημερώσει τον άλλο ότι είναι διατεθειμένος να υποχωρήσει από αυτές και να μην προβεί στην σύναψη της συμβάσεως¹³⁶.

Η υποχρέωση αληθείας δύναται να ενυπάρχει στην υποχρέωση διαφωτίσεως, αλλά υφίσταται και ανεξαρτήτως αυτής και μάλιστα ως γενική υποχρέωση, σχεδόν απόλυτη. Οι παρεχόμενες πληροφορίες, είτε αυτοβούλως είτε κατόπιν ερωτήματος, πρέπει να είναι πλήρεις και αληθείς· άλλως, το ερωτώμενο μέρος οφείλει να μην απαντήσει¹³⁷.

Νομολογιακώς υπάρχουν παραδείγματα παραβάσεως της υποχρεώσεως διαφωτίσεως στις δημόσιες συμβάσεις. Με την υπ' αριθμόν 1837/1987 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών κρίθηκε ότι η αναθέτουσα αρχή παραβαίνει την εν λόγω υποχρέωση όταν δεν παρέχει τα πραγματικά στοιχεία κόστους του υπό

¹³⁵ Καράσης, *Η προσυμβατική...*, όπ.αν., σελ. 772.

¹³⁶ Κατά τον Κουμάντο, όπ.αν., αρ. 46, η εν λόγω υποχρέωση συνιστά ιδιαίτερη κατηγορία παραβάσεως της αρχής της καλής πίστεως.

¹³⁷ Καράσης, *Η προσυμβατική...*, όπ.αν., σελ. 772· Βαλτούδης, όπ.αν., 689.

κατασκευή έργου, αλλά θέτει υπόψη των διαγωνιζομένων πλημμελή μελέτη και ανακριβή κοστολόγηση προμέτρησης των κατ' αποκοπή εργασιών, επί των οποίων ζήτησε έκπτωση μειοδοσίας από τους διαγωνιζόμενους, με αποτέλεσμα να προκαλεί εξ αμελείας στον αντισυμβαλλόμενο *“πλάνη στα πραγματικά αίτια της βουλήσεώς του, δηλαδή σφαλερή γνώση των περιστατικών που στη συνέχεια δηλώθηκε απ' αυτόν κατά την κατάρτιση της συμβάσεως”*, η οποία είναι, όμως, έγκυρη (καθώς η πλάνη δεν προκλήθηκε λόγω απάτης, ΑΚ 147-149)¹³⁸. Επίσης, με την υπ' αριθμόν 311/2004 απόφαση του Εφετείου Λαρίσης κρίθηκε ως δικαιολογημένη η άρνηση του πλειοδότη – μισθωτή να προσέλθει να υπογράψει το έγγραφο της συμβάσεως, διότι ο εκμισθωτής - νομικό πρόσωπο από υπαιτιότητα συνιστάμενη *«σε παραβίαση των αρχών που πρέπει να κρατούν κατά τις διαπραγματεύσεις»*, αποσιώπησε ότι ο προηγούμενος εκμισθωτής κατακρατούσε αυθαιρέτως τις μίσθιες εκτάσεις και τις καλλιεργούσε, παρότι είχε λήξει η σύμβαση μίσθωσης, με συνέπεια να μην δύναται να τον αποβάλει και να παραδώσει τη χρήση τους στον νέο μισθωτή, παρότι καταρτίσθηκε πρωτόκολλο εγκατάστασης, καθώς εάν (ο νέος μισθωτής) γνώριζε την κατάσταση αυτή ούτε θα συμμετείχε στον διαγωνισμό ούτε θα πλειοδοτούσε¹³⁹. Γενικώς, η ανωτέρω ευθύνη ανακύπτει συνήθως σε περιπτώσεις σφαλμάτων, ανακριβειών κ.λπ. μελέτης δημοσίου έργου, διάστασης μεταξύ των συμβατικών τευχών και προμετρήσεων και εν γένει στοιχείων που επηρεάζουν το κόστος του έργου, όπως λ.χ. διαφορετική φύση εδάφους, απόσταση μεταφοράς υλικών κ.λπ.¹⁴⁰ Από την άλλη πλευρά, έχει κριθεί με την ΣτΕ 2434/2017 ότι η διακήρυξη ενός διαγωνισμού περιλαμβάνει όλους τους όρους αυτούς, με αποτέλεσμα να μην καταλείπεται περιθώριο εφαρμογής στις διατάξεις των άρθρων 197-198 ΑΚ· άρα, κρίθηκε κατ' ουσίαν ότι η υποχρέωση διαφωτίσεως εκπληρώνεται με την διακήρυξη.

β) Η υποχρέωση σοβαράς και ταχείας προωθήσεως των διαπραγματεύσεων μέχρι καταρτίσεως εγκύρου συμβάσεως ή ταχείας αναγγελίας της τυχόν αποφάσεως περί διακοπής αυτών, άλλως υποχρέωση μη διαψεύσεως της εμπιστοσύνης του άλλου μέρους καταλαμβάνει πρωτίστως την υποχρέωση μη ματαιώσεως της συμβάσεως, η

¹³⁸ ΔΕΦΑΘ 1837/1987 ΕλλΔνη 1988.218.· Το συγκεκριμένο πραγματικό αποτέλεσε το αντικείμενο της γνμδ. του Γεωργιάδη Απ.- Παυλόπουλος Πρ., όπ.αν.,704-705. Επί του ίδιου κατά βάση πραγματικού έκριναν και οι ΔΕΦΑΘ 206/1991 απόφαση, ΔΔίκη 1991.1172 και ΣτΕ 3233/1998 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

¹³⁹ Στην παραβίαση της υποχρεώσεως διαφωτίσεως κατατάσσει ο Βαλτούδης Αν., όπ.αν.,690 παραδείγματα από την γερμανική νομολογία: η ανάθεση έργου, όταν έχει ήδη προαποφασιστεί η ανάθεση του έργου σε τρίτο, η ψευδής διαβεβαίωση για την κατακύρωση του έργου στον υπερθεματιστή ενός διαγωνισμού που ματαιώθηκε και η ανάθεση του έργου, αμέσως μετά σε τρίτον.

¹⁴⁰ ΣτΕ 3229/1998, 1222/2009, 548/2004, 2210/2009 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

οποία, όπως έχει ήδη αναφερθεί, κατ' αρχήν επιτρέπεται στο ιδιωτικό δίκαιο, βάσει της αρχής της ελευθερίας των συμβάσεων (ΑΚ 361), δίχως να αποκλείεται όμως η γνωστοποίηση της διακοπής των διαπραγματεύσεων και μη υπογραφής της σκοπούμενης συμβάσεως να λαμβάνει χώρα σε τέτοιο χρονικό σημείο, ώστε να θεωρείται κακόπιστη συμπεριφορά¹⁴¹. Από την πρόσφατη νομολογία, με την ΑΠ 1100/2020 κρίθηκε ότι «...ενώ διαπραγματεύσεις είναι οι προφορικές ή έγγραφες ανταλλαγές απόψεων των ενδιαφερομένων για τη σύναψη συμβάσεως, με τις οποίες επιδιώκεται η βαθμιαία προσέγγιση των διαφορετικών αρχικών θέσεων τους σχετικά με τους όρους της υπό συζήτηση συμβάσεως μέχρι και την τελική σύμπτωσή τους ή την αδυναμία τέτοιας σύμπτωσης. Η αδικαιολόγητη διακοπή των διαπραγματεύσεων τότε μόνο αντίκειται στις αρχές της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών, όταν οι διαπραγματεύσεις είχαν ουσιαστικώς περατωθεί με συμφωνία των ενδιαφερομένων επί όλων των αφορώντων τη σύμβαση σημείων και υπολείπονταν η απαιτούμενη από το νόμο ή τη συμφωνία των μερών τυπική κατάρτισή της ή όταν υπήρχαν διαβεβαιώσεις ότι θα καταρτιζόταν η σκοπούμενη σύμβαση (ΑΠ 1232/2000, ΑΠ 1678/2001, ΑΠ 554/2011). Έτσι, η ευθύνη από τις διαπραγματεύσεις έχει εφαρμογή και επί ματαιώσεως κατάρτισεως της συμβάσεως σε χρόνο, κατά τον οποίο οι διαπραγματεύσεις μεταξύ των μερών έχουν τερματισθεί οριστικώς με συμφωνία τούτων επί όλων των αφορώντων τη σύμβαση σημείων και δεν υπολείπεται παρά μόνον η τυπική υπογραφή της συμβάσεως, περί της οποίας ο υπαίτιος της ματαιώσεως είχε δώσει στον αντισυμβαλλόμενο σαφείς διαβεβαιώσεις ότι θα πρέπει να θεωρείται αυτή ως βεβαία (ΑΠ 12/2006, ΑΠ 197/2007)». Η υπόθεση αφορούσε διεθνή πώληση προϊόντων χάλυβα και «το ζήτημα που τίθεται εν προκειμένω είναι, αν η αποχώρηση της εκκαλούσας από τις διαπραγματεύσεις, στις ..., ήταν αντίθετη στην καλή πίστη, επειδή στην ενάγουσα, από τη συμπεριφορά της εναγομένης και ιδίως τις επικαλούμενες διαβεβαιώσεις της τελευταίας, δημιουργήθηκε αντικειμενικά η πεποίθηση ότι επέκειτο η κατάρτιση της υπό διαπραγμάτευση συμβάσεως πωλήσεως και αν η διάψευση της εμπιστοσύνης αυτής προκάλεσε στην εφεσίβλητη-ενάγουσα ζημία που συνδέεται αιτιωδώς με την διακοπή των διαπραγματεύσεων». Η υπαναχώρηση της εναγομένης-

¹⁴¹ Με την ΑΠ 1232/2000, ΧρΙΔ 2001.300, κρίθηκε ότι «Κατά τη γενικότερη αρχή της συμβατικής ελευθερίας και σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 187 ΑΚ που ορίζει ότι η πρόταση για την σύναψη συμβάσεως αποσθίνεται αν αποκρούστηκε ή αν δεν έγινε αποδεκτή έγκαιρα, η διακοπή των διαπραγματεύσεων και η μη αποδοχή της προτάσεως προς κατάρτιση συμβάσεως, αποτελεί δικαίωμα του διαπραγματευόμενου μέρους...».

αγοράστριας από την υπογραφή της συμβάσεως θεωρήθηκε δικαιολογημένη, διότι δεν αποδείχθηκε ότι είχε δώσει ρητές διαβεβαιώσεις προς την ενάγουσα-πωλήτρια για την υπογραφή της· αντιθέτως είχε επισημάνει ότι απαιτείται συμφωνία σε όλα τα σημεία, ιδίως στον τρόπο πληρωμής. Σημαντική κρίση περιλαμβάνει η απόφαση και ως προς τον χρόνο της διακοπής των διαπραγματεύσεων ως στοιχείο συναλλακτικώς κακόπιστης συμπεριφοράς: *«...Την πτωτική τάση των τιμών, που επικαλείται η εφεσίβλητη, την γνώριζε και η ίδια, αφού κατά κοινή πείρα η αγορά του προϊόντος αυτού είναι ολιγοπωλιακή και δεν μπορεί, αυτό, το πέρα από τη σφαίρα επιρροής της εκκαλούσας, αντικειμενικό γεγονός της συγκεκριμένης αγοράς, να θεωρηθεί ότι αποτελεί στοιχείο της συναλλακτικής της συμπεριφοράς. Σε μια τέτοια περίπτωση θα καθιερωνόταν ο κανόνας ότι η διακοπή των διαπραγματεύσεων σε περίοδο διακύμανσης των τιμών θα ήταν τελικά απαγορευμένη, που προφανώς καταλύει την ελευθερία των διαπραγματευομένων...»*.

Έχουμε ήδη αναφερθεί ότι στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων η ματαίωση καταρτίσεως της συμβάσεως κατ' αρχήν επιτρέπεται, αλλά και ρυθμίζεται στο άρθρο 106 Ν.4412/2016 είτε κατά δέσμια αρμοδιότητα είτε κατ' ενάσκηση διακριτικής ευχέρειας, πάντοτε όμως με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, δεδομένου ότι η απόφαση περί ματαίωσης είναι εκτελεστή πράξη και προσβάλλεται ως μη νόμιμη. Προβλέπεται, όμως, περίπτωση, κατά την οποία ο ίδιος ο νόμος ορίζει πότε επέρχεται **οπωσδήποτε** το χρονικό σημείο, μετά το οποίο η ματαίωση υπογραφής της συμβάσεως θεωρείται παραβίαση της υποχρεώσεως καλόπιστης συναλλακτικής συμπεριφοράς, κατ' άρθρα 197-198 ΑΚ: το άρθρο 105 παρ.8 Ν.4412/2016 ορίζει επί λέξει ότι:

«Εάν η αναθέτουσα αρχή δεν απευθύνει την πρόσκληση της παρ. 4 εντός χρονικού διαστήματος εξήντα (60) ημερών από την οριστικοποίηση της απόφασης κατακύρωσης, με την επιφύλαξη της ύπαρξης επιτακτικού λόγου ή αντικειμενικών λόγων ανωτέρας βίας, ο ανάδοχος δικαιούται να απέχει από την υπογραφή του συμφωνητικού, χωρίς να εκπέσει η εγγύηση συμμετοχής του, καθώς και ν' αναζητήσει αποζημίωση ιδίως δυνάμει των άρθρων 197-198 ΑΚ».

Συνεπώς, εν προκειμένω συντρέχει περίπτωση, κατά την οποία ο ίδιος ο νόμος εξειδικεύει την γενική ρήτρα της υποχρεώσεως καλόπιστης συμπεριφοράς της αναθέτουσας αρχής στο προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων. Η αναθέτουσα αρχή πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει συγκεκριμένο λόγο, και μάλιστα εκτός της σφαίρας επιρροής της, ώστε να δικαιολογήσει για ποιόν λόγο δεν

προέβη στην κατακύρωση της συμβάσεως, προβαίνοντας στην πρόσκληση για την υπογραφή του εγγράφου αυτής. Άλλως, ο ανάδοχος απαλλάσσεται των νομίμων υποχρεώσεων αυτού και δη της προσκομιδής της εγγυητικής επιστολής και η ίδια ενέχεται προς αποζημίωση από τις διαπραγματεύσεις.

Τέλος, περίπτωση διάψευσης της εμπιστοσύνης του διαπραγματευομένου συντρέχει και όταν υφίστανται νομικά ελαττώματα στην λήψη αποφάσεως εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, λ.χ. αναρμοδιότητα του αποφαινόμενου οργάνου¹⁴².

γ) Η υποχρέωση προστασίας των εννόμων συμφερόντων του έτερου διαπραγματευόμενου μέρους (Schutzpflicht) αποδόθηκε στην ΑΠ 1232/2000 ως μία από τις δύο βασικές υποχρεώσεις απορρέουσες από την ΑΚ 197 και δη ως υποχρέωση «...β) προστασίας του άλλου μέρους με τη δημιουργία συνθηκών ασφάλειάς του, ...». ¹⁴³ Η εν λόγω υποχρέωση συνίσταται στην περιφρούρηση των προσωπικών και περιουσιακών εννόμων αγαθών του έτερου διαπραγματευόμενου μέρους, και όχι μόνον των απόλυτων τέτοιων (λ.χ. προσωπικότητας, σωματικής ακεραιότητας, περιουσίας). Έχοντας αναπτυχθεί από την νομολογία του γερμανικού ακυρωτικού και την γερμανική επιστήμη στο διαφορετικό νομικό περιβάλλον του γερμανικού ΑΚ (BGB)¹⁴⁴, φαίνεται ότι γίνεται δεκτό και από την ελληνική νομολογία ότι κατά το προσυμβατικό στάδιο υφίσταται υποχρέωση προστασίας ή πρόνοιας και ασφάλειας των εννόμων αγαθών του άλλου μέρους, δίχως να εξετάζεται εάν και σε ποιο βαθμό το προστατευτέο αγαθό συνδέεται εγγενώς με την υπό διαπραγμάτευση σύμβαση και ότι, σε αρνητική απάντηση, η επελθούσα ζημία δεν σχετίζεται με την ματαίωση ή την ελαττωματικότητα αυτής. Κατά τον Καθηγητή Καράση (2005)¹⁴⁵ η υποχρέωση αυτή πρέπει ν' αποκρούεται ως μη συναφής με τις διαπραγματεύσεις, ως «συμπτωματική», επειδή εκδηλώνεται επ' ευκαιρία των διαπραγματεύσεων, έχοντας μόνον χρονική σύνδεση με αυτές, και επειδή το πραγματικό της σχετικής υποχρεώσεως εμπίπτει στην έννοια της αδιοπραξίας της ΑΚ 914. Κατά τον Καθηγητή Τσολακίδη (2020), πρέπει να θεωρηθεί ως «τύπος» υποχρεώσεως τηρήσεως καλόπιστης συμπεριφοράς, μόνον εάν «...διαγνωσθεί ιδιαίτερη υποχρέωση του ενός μέρους, αφορώσα την διαφύλαξη συγκεκριμένου προσωπικού ή περιουσιακού αγαθού που τίθεται σε κίνδυνο

¹⁴² ΣΤΕ (ΕΑ) 1840/1992 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

¹⁴³ ΑΠ 1232/2000: η υπό στοιχεία α) υποχρέωση είναι η υποχρέωση διαφώτισεως, ενώ οι επί πλέον υποχρεώσεις είναι η ταχεία και επιμελής προώθηση των διαπραγματεύσεων μέχρι την κατάρτιση της συμβάσεως και η έγκαιρη αναγγελία τυχόν αποφάσεως για την διακοπή τους.

¹⁴⁴ Κουμάντος, όπ.αν., αρ. 48.

¹⁴⁵ Καράσης Μ., *Η προσυμβατική...*, όπ.αν., σελ. 772-773.

λόγω της διαπραγματεύσεως», δηλαδή απαιτεί μία αξιολογική και λειτουργική σύνδεση με την υπό διαπραγμάτευση σύμβαση. Γενικώς, η θεωρία δεν επιδοκιμάζει την διεύρυνση του προστατευτικού πεδίου της προσυμβατικής ευθύνης και προς την κατεύθυνση να συμπεριλαμβάνονται μη συναφείς προς το αντικείμενο υποχρεώσεις, ιδίως λόγω της εφαρμογής των διατάξεων περί αδικοπραξιών, οι οποίες θα συρρέουν κατά κανόνα λόγω ταυτίσεως των πραγματικών περιστατικών¹⁴⁶.

Περίπτωση εντασσόμενη στην υποχρέωση προστασίας των εννόμων αγαθών του αντισυμβαλλομένου είναι η **υποχρέωση εχεμυθείας**, παραβίαση της οποίας υπάρχει όταν «εμπιστευτικά στοιχεία» του διαπραγματευόμενου μέρους καθίστανται γνωστά σε τρίτους, ενάντια προς την βούληση αυτού, με πράξη ή παράλειψη του έτερου μέρους ή όταν τα ίδια στοιχεία χρησιμοποιούνται από το έτερο μέρος για δικούς του σκοπούς μη συναφείς με την υπό διαπραγμάτευση σύμβαση. Προς επίρρωση δε αυτού, στο άρθρο 21 του Ν.4412/2016 υπό τον τίτλο «Εχεμύθεια» επιβάλλονται αμοιβαίως υποχρεώσεις εχεμυθείας: η αναθέτουσα αρχή δεν αποκαλύπτει πληροφορίες, οι οποίες έχουν διαβιβασθεί από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς στην αναθέτουσα αρχή και έχουν χαρακτηριστεί ως εμπιστευτικές· ενδεικτικώς σε αυτήν την κατηγορία ανήκουν τα τεχνικά ή εμπορικά απόρρητα και οι εμπιστευτικές πτυχές των προσφορών (παρ.1,3,5)· αντιστοίχως, δύναται να επιβάλλει στους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς την διασφάλιση του εμπιστευτικού χαρακτήρα των πληροφοριών, τις οποίες παρέχουν καθ' όλη την διάρκεια της διαδικασίας για την σύναψη των συμβάσεων (παρ. 2). Ως τέτοιες, όμως, δεν χαρακτηρίζονται εκείνες οι πληροφορίες, οι οποίες χρησιμοποιούνται εν γένει για την αξιολόγηση μίας προσφοράς. Η εν λόγω υποχρέωση εχεμυθείας πρέπει να συνδυάζεται κατά την εφαρμογή της και με τον γενικό κανόνα του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, κατ' άρθρο 18 παρ.1, συμφώνως προς τον οποίον η προστασία των ιδιωτικών συμφερόντων είναι ένα από τα στοιχεία, τα οποία πρέπει να προσδιορίζουν την δράση της αναθέτουσας αρχής.

¹⁴⁶ Εφ' όλων των ανωτέρω, βλ. Τσολακίδη Ζ., Η αποζημίωση ..., σελ. 133-154· η παραβίαση των υποχρεώσεων προστασίας του άλλου μέρους και της υποχρεώσεως εχεμυθείας ως «τύπος» αποδοκιμαζόμενης συμπεριφοράς εξετάζεται ως πρώτος μεταξύ των τεσσάρων «τύπων», μη συνδεόμενος με την σύμβαση.

2.- Υποκειμενική η ευθύνη της αναθέτουσας αρχής

Όπως ήδη έχει αναφερθεί και προκύπτει ευθέως από την ΑΚ 198 η συνδρομή της προσυμβατικής ευθύνης απαιτεί την ύπαρξη υπαιτιότητας στο πρόσωπο του ζημιώσαντος, η οποία κρίνεται με βάση το άρθρο 330 ΑΚ¹⁴⁷:

«Ο οφειλέτης ενέχεται, αν δεν ορίσθηκε κάτι άλλο, για κάθε αθέτηση της υποχρέωσής του από δόλο ή αμέλεια, δική του ή των νομίμων αντιπροσώπων του. Αμέλεια υπάρχει όταν δεν καταβάλλεται η επιμέλεια που απαιτείται στις συναλλαγές».

Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή θα ευθύνεται όταν στο όργανο αυτής καταλογίζεται ακόμη και ελαφρά αφηρημένη αμέλεια¹⁴⁸. Συνεπώς, απαιτείται το αρμόδιο όργανο της αναθέτουσας αρχής να μην έχει επιδείξει την προσοχή και περίσκεψη, την οποία είχε υποχρέωση να επιδείξει κατά την άσκηση των υπηρεσιακών καθηκόντων του. Πάντως, η υπαιτιότητα αποτελεί στοιχείο του πραγματικού, διαφορετικό «κατά το ποιόν» από την παρανομία και, άρα, δεν συνίσταται στην παραβίαση της υποχρέωσης για την τήρηση καλόπιστης συμπεριφοράς, διότι τούτο οδηγεί σε σύγχυση δύο διακριτών μεταξύ τους προϋποθέσεων: της υπαιτιότητας και του παρανόμου¹⁴⁹.

Είναι πρόδηλο ότι το ζήτημα περιπλέκεται αφ' ης στιγμής η αστική ευθύνη του Δημοσίου κατ' άρθρα 105-106 ΕισΝΑΚ, η οποία συρρέει κατά περίπτωση με την ευθύνη των ΑΚ 197 και 198, είναι αντικειμενική. Σε κάθε περίπτωση, υπό το σύστημα του ΑΚ, *«προκειμένου να θεμελιωθεί ευθύνη προς αποζημίωση, η αποδοκιμασία της συμπεριφοράς πρέπει να συνοδεύεται από αποδοκιμασία του φορέα της, υπό την έννοια ότι αυτή η επένεργεια στον εξωτερικό κόσμο πρέπει να μπορεί να αποδοθεί σε, ομοίως, αποδοκιμαζόμενη εσωτερική του διάθεση»*, με άλλες λέξεις απαιτείται υπαιτιότητα.¹⁵⁰ Κατά τον Καθηγητή Σπηλιωτόπουλο (2017), οι

¹⁴⁷ ΑΠ 1302/2010 ΝοΒ 2011.37· κατά τον Καράση Μ., *Η προσυμβατική...*, όπ.αν., 773, ο βαθμός του προσυμβατικού πταίσματος αντιστοιχεί προς τον ισχύοντα στην εκάστοτε σύμβαση· το ίδιο και Μαργαρίτης Μ., όπ.αν.

¹⁴⁸ Για την έννοια της αμέλειας και τις διακρίσεις της στο αστικό δίκαιο, βλ. Σταθόπουλος Μ., όπ. αν., σελ. 157 επ. (170).

¹⁴⁹ Την τάση αυτή της νομολογίας είχαν επισημάνει ο Κουμάντος, όπ.αν., αρ. 50 και ο Σπυριδάκης, όπ.αν, ήδη από τις αρχές της δεκαετίας του 1970 και προδήλως συνδέεται με την διεύρυνση της έννοιας του «παρανόμου», βλ.και Καράση, *Η προσυμβατική ...*, όπ.αν· Μαργαρίτης Μ., όπ.αν., σελ. 147-148.

¹⁵⁰ Τσολακίδης, *Η προσυμβατική ευθύνη ...*, όπ.αν., σελ. 271-272. Επίσης, ενδεικτικώς για τον επιβαλλόμενο διαχωρισμό των δύο όρων, βλ. Δωρής Φ., *Ζητήματα αστικής ευθύνης από ιστορικοσυγκριτική και δικαιοσυγκριτική σκοπιά* σε ΧρίΔ 2007.673 επ.(675), ο οποίος καταγράφει ως ιστορικοσυγκριτικό πόρισμα ότι και οι τρεις μορφές αστικής ευθύνης (ενδοσυμβατική, αδικοπρακτική, προσυμβατική) απαιτούν μία αρνητική αξιολόγηση σε επίπεδο πράξης (αντικειμενικά) και μία αντίστοιχη σε επίπεδο εσωτερικής στάσης (υποκειμενικά) του ζημιώσαντος.

περιπτώσεις ελλείψεως υπαιτιότητας του οργάνου περιορίζονται κατ' ελάχιστον κυρίως στην ασάφεια των εφαρμοστέων διατάξεων, καθώς η αμέλεια «...*μπορεί να τεκμαίρεται από τις υπηρεσιακές ενέργειες του οργάνου ή την παράλειψη τέτοιων ενεργειών*»¹⁵¹. Πλην όμως ερωτάται εάν η συναγωγή τέτοιων τεκμηρίων συνιστά ταύτιση και πάλι των δύο προϋποθέσεων, υπαιτιότητας και παρανόμου.

III.- Ο νόμιμος λόγος προσυμβατικής ευθύνης κατ' άρθρα 105 και 106 ΕισΝΑΚ

1.- Παράνομη πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά την άσκηση της δημόσιας εξουσίας

Παράνομη είναι η πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής όταν είναι αντίθετη προς το θετό αναγκαστικό δίκαιο. Ο κανόνας, ο οποίος παραβιάστηκε, δύναται να προέρχεται από οποιονδήποτε κλάδο του δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου, καθώς και του ευρωπαϊκού κοινοτικού δικαίου¹⁵². Κατά την νομολογία του ΔΕΚ ευθύνη του Δημοσίου γεννάται σε περίπτωση παραβάσεως του πρωτογενούς και του παράγωγου ευρωπαϊκού δικαίου από πράξεις ή παραλείψεις οποιουδήποτε πολιτειακού οργάνου της νομοθετικής, εκτελεστικής ή της δικαστικής εξουσίας.¹⁵³

Σε κάθε περίπτωση, όμως, πρέπει η παραβιασθείσα διάταξη να έχει τεθεί (τουλάχιστον και) χάριν των ιδιωτών, προστατεύοντας (και) τα δικαιώματα ή τα έννομα συμφέροντα αυτών, και όχι μόνον το δημόσιο συμφέρον ή το συμφέρον του δημοσίου νομικού προσώπου. Κατ' αυτόν τον τρόπο, περιορίζεται η αστική ευθύνη του Κράτους από τον προστατευτικό σκοπό (Schutzzweck) του κανόνα δικαίου, έστω και αν από την παράβαση αυτήν προσβλήθηκε εμμέσως δικαίωμα ιδιώτη¹⁵⁴.

Άλλωστε, η αποδοκιμασία στο δεύτερο επίπεδο προϋποθέτει την αποδοκιμασία στο πρώτο, το πταίσμα προϋποθέτει την παρανομία.

¹⁵¹ Σπηλιωτόπουλος Επ., όπ.αν., σελ. 216 επ. (αρ. 238 & υποσημ. 217).

¹⁵² Δαγτόγλου Πρ., όπ.αν., σελ. 801 επ. (807)· Σπηλιωτόπουλος Επ., όπ.αν., σελ. 206 επ. (αρ. 222).

¹⁵³ Η ευθύνη προς αποζημίωση των κρατών μελών λόγω παραβάσεως του κοινοτικού δικαίου καθιερώθηκε ως αρχή του κοινοτικού δικαίου με την ΔΕΚ C-6/90 και 9/90, 14-11-1990, Francovich, Συλλογή 1990, σ. I-5357, σκ. 31 επ. (37). Ακολούθησαν οι αποφάσεις Brasserie du Pêcheur [ΔΕΚ της 5^{ης} Μαρτίου 1996, C-46/93 και 48/93, Συλλογή 1996, σ. I-1029], Hedley Lomas [ΔΕΚ της 23^{ης} Μαΐου 1996, C-5/94, Συλλογή 1996, σ. I-2553], Dillenkofer [ΔΕΚ της 8^{ης} Οκτωβρίου 1996, C-178 και 179/94, Συλλογή 1996, σ. I-4845] και Köbler [ΔΕΚ της 30ής Σεπτεμβρίου 2003, Köbler, C-224/01, Συλλογή 2003, σ. I-10239]. Με την τελευταία τέθηκαν οι προϋποθέσεις της ευθύνης από πράξεις των δικαιοδοτικών οργάνων των κρατών μελών, τις οποίες διευκρίνισε περαιτέρω και παγίωσε η απόφαση Traghetti [ΔΕΚ της 13^{ης} Ιουνίου 2006, C-173/03, Συλλογή 2006, σ. I-5177].

¹⁵⁴ Δαγτόγλου, όπ.αν., σελ. 810 (αρ.1428)· Σπηλιωτόπουλος, όπ.αν., σελ. 208 (αρ.224).

Τέτοια διάταξη θα χαρακτηριζόταν ενδεχομένως η διάταξη του άρθρου 118 παρ. 5 του Ν.4412/2016, η οποία απαγορεύει τις απ'ευθείας αναθέσεις συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών επιστημονικών υπηρεσιών συνολικού προϋπολογισμού σε ποσοστό άνω του 10% επί του ετήσιου προϋπολογισμού της αναθέτουσας αρχής, επί ποινή ακυρότητας των συμβάσεων πέραν του ορίου τούτου.

Από την άλλη πλευρά, δεδομένου ότι οι διατάξεις του Ν. 4412/2016 ρυθμίζουν κανονιστικώς το περιεχόμενο μίας διακήρυξης, τα κριτήρια ανάθεσης και τους λόγους αποκλεισμού ενός υποψηφίου (άρθρα 61 επ. και 71 επ.), εκ παραλλήλου δε επιβάλλουν στην αναθέτουσα αρχή να τηρεί απαρεγκλίτως -μεταξύ άλλων- τις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχειρίσεως και του ελεύθερου ανταγωνισμού (άρθρο 18 παρ.1), κάθε πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής, αντίθετη προς τους όρους της διακήρυξης, κατ' ουσίαν παραβιάζει τις διατάξεις του συγκεκριμένου νόμου. Συνεπώς, δεν φαίνεται να έχει πλέον νόημα η διερεύνηση της νομικής φύσεως της παραβιάσεως της διακηρύξεως καθ' εαυτήν, εάν δηλαδή συνιστά παραβίαση κατ' ουσίαν διατάξεως νόμου ή όχι, όταν πρόκειται για διοικητική σύμβαση,¹⁵⁵ καθώς η ελεγχόμενη παρανομία ανάγεται πάντοτε στο επίπεδο του τυπικού νόμου.¹⁵⁶

Στο ερώτημα με ποιες νομικές πράξεις ή παραλείψεις της Διοικήσεως (δηλαδή, μη συμπεριλαμβανομένων των υλικών ενεργειών) πραγματώνεται η παρανομία της αναθέτουσας αρχής κατά το προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων – διοικητικών συμβάσεων, η μέχρι σήμερα απάντηση από την θεωρία και την νομολογία απαριθμεί μία σειρά «αποσπαστών» διοικητικών πράξεων, οι οποίες λαμβάνουν χώρα πριν από την σύναψη της σύμβασεως, από την διακήρυξη έως και την κατακύρωση της σύμβασεως, και οι οποίες έχουν ήδη αναφερθεί και στην παρούσα.¹⁵⁷

Ωστόσο, ο Ν.4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με αντικατάσταση πολλών και κρίσιμων διατάξεων αυτού από τον Ν 4782/2021, διαφοροποιήθηκε και ως προς αυτό το σημείο, προδήλως χάριν οικονομίας χρόνου και δυνάμεων και, εντεύθεν, μειώσεως του γενικού κόστους: **σήμερα πραγματική εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής, μεταγενέστερη της διακηρύξεως, είναι μόνον μία: η απόφαση**

¹⁵⁵ Άλλωστε, και οι σχετικές διατάξεις του Ν.4412/2016 (λ.χ. 360 παρ.1, 372 παρ.1) ρυθμίζουν την προσβολή ως άκυρης μίας εκτελεστής πράξεως της αναθέτουσας αρχής λόγω αντιθέσεως αυτής στην εσωτερική και ενωσιακή νομοθεσία.

¹⁵⁶ Έτσι κατ' ουσίαν και Γκασούκας Γ., όπ.αν., σελ. 99 επ. (99-100), με ευρύτερες αναφορές σε περισσότερες νομικές βάσεις.

κατακύρωσης. Αυτή η πράξη γνωστοποιείται σε όλους τους συμμετέχοντες, οι οποίοι μέχρι και την παραλαβή της δεν γνωρίζουν ούτε ποιος άλλος οικονομικός φορέας έχει λάβει μέρος έχοντας υποβάλει προσφορά ούτε το περιεχόμενο των προσφορών των υπολοίπων· αυτή η πράξη ενσωματώνει και όλες τις προηγούμενες (έγκριση δικαιολογητικών, πίνακα κατάταξης, αποκλεισμό υποψηφίου κ.ά.) και, εν τέλει, μόνον κατ' αυτής χωρεί ένσταση ενώπιον της αναθέτουσας αρχής (για συμβάσεις εκτελέσεως έργων ή αναθέσεως τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών με αξία ίση ή κατώτερη των 60.000 ευρώ) ή προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ (για όλες τις υπόλοιπες άνω των 30.000 ευρώ, κατά τις οποίες ακολουθείται μία από τις αναφερόμενες στο άρθρο 26 διαδικασίες αναθέσεως). Τ' ανωτέρω ρητώς ορίζονται στα άρθρα 98, 99 και 100 Ν.4412/2016. Επί προσθέτως, παράνομη πράξη, ωστόσο, η οποία γεννά αξίωση αποζημιώσεως, αποτελεί **και η ματαίωση** του διαγωνισμού εφ' όσον αποφασίζεται κατά παράβαση των οικείων διατάξεων¹⁵⁸.

Πάντως, παράνομη δεν είναι μόνον η πράξη ή παράλειψη, η οποία έχει προηγουμένως ακυρωθεί από τα αρμόδια δικαστήρια· με άλλες λέξεις, η προηγούμενη ακύρωση της πράξεως δεν είναι προαπαιτούμενο της διαγνώσεως της παρανομίας. Δεν πρέπει να λησμονείται ότι το πεδίο εφαρμογής των άρθρων 105 και 106 ΕισΝΑΚ εκτείνεται στο προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων με εκτιμώμενη αξία ίση ή κατώτερη των 30.000 ευρώ, και δεν εφαρμόζεται το άρθρο 373 Ν.4412/2016, το οποίο θέτει ως προϋπόθεση την προηγούμενη ακύρωση της παράνομης πράξεως ή παραλείψεως. Συνεπώς, η αγωγή αποζημιώσεως είναι αυτοτελής και ανεξάρτητη της προηγούμενης ακυρώσεως της πράξεως, κατ' εφαρμογή του άρθρου 19 του Ν 1868/1989, και η νομιμότητα της ζημιογόνου πράξεως θα κριθεί παρεμπιπτόντως από το δικαστήριο της αγωγής οπότε η όλη διαφορά θα κριθεί από την άποψη του αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ παράνομης πράξεως ή παραλείψεως και πράγματι επελθούσας ζημίας του καυχώμενου ως φορέα της αξιώσεως αποζημιώσεως, κατ' άρθρα 105-106 ΕισΝΑΚ¹⁵⁹.

¹⁵⁸ ΣΤΕ 3692/2015 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

¹⁵⁹ Βλ. και ΔΠρΘεσσαλ 470/2022 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, το οποίο έκρινε αγωγή αποζημιώσεως κρίνοντας παρεμπιπτόντως την μη νομιμότητα της ζημιογόνου πράξεως, πλην όμως απορρίπτοντας αυτήν επί της ουσίας.

2.- Αντικειμενική η ευθύνη της αναθέτουσας αρχής

Κατ' αρχάς, υποκείμενο της προσυμβατικής ευθύνης κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων προμηθειών, εκτελέσεως έργων και παροχής υπηρεσιών, ερειδόμενης στις διατάξεις των άρθρων 105 και 106 ΕισΝΑΚ, δύναται να είναι δημόσιο νομικό πρόσωπο, το οποίο διέπεται κατ' αρχήν από το διοικητικό δίκαιο, δηλαδή τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου (ΝΠΔΔ) και οι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης (ΟΤΑ) πρώτου και δευτέρου βαθμού. Ευθύνη κατ' άρθρα 105 και 106 ΕισΝΑΚ έχουν μεν τα διφυή νομικά πρόσωπα και οι ανεξάρτητες αρχές με αυτοτελή νομική προσωπικότητα ή οικονομική αυτοτέλεια για την άσκηση του σκοπού τους, πλην όμως οι παράνομες πράξεις ή παραλείψεις κατά το προσυμβατικό στάδιο μίας δημόσιας συμβάσεως προμηθειών πρέπει αναγκαίως να έχουν λάβει χώρα κατά την ενάσκηση των καθηκόντων δημόσιας εξουσίας, η οποία τους έχει ανατεθεί. Συνεπώς, για την κατάφαση της αστικής ευθύνης κατ' άρθρα 105-106 ΕισΝΑΚ πρέπει προηγουμένως να καταφάσκει και ο λειτουργικός σύνδεσμος με την άσκηση δημόσιας εξουσίας από το συγκεκριμένο δημόσιο νομικό πρόσωπο¹⁶⁰.

Περαιτέρω, αυτή η αστική ευθύνη του Δημοσίου, των ΟΤΑ και των ΝΠΔΔ είναι ευθύνη αντικειμενική, δηλαδή ανεξάρτητη από την υπαιτιότητα (δόλο ή αμέλεια) του οργάνου της αναθέτουσας αρχής. Η άποψη ότι, όταν οι διατάξεις των άρθρων 105 και 106 ΕισΝΑΚ συρρέουν με την διάταξη του άρθρου 198 ΑΚ, απαιτείται και στην περίπτωση αυτή υπαιτιότητα του οργάνου¹⁶¹, δεν γίνεται δεκτή από την νομολογία του ανωτάτου ακυρωτικού δικαστηρίου και, συνακολούθως, των δικαστηρίων της ουσίας, τα οποία δέχονται το αντίστροφο: ότι οι διατάξεις των άρθρων 197-198 ΑΚ δεν αποκλείουν την εφαρμογή των άρθρων 105-106 ΕισΝΑΚ, με συνέπεια να εφαρμόζουν μόνον τις τελευταίες δίχως απαίτηση αποδείξεως εκ μέρους του ενάγοντος της συνδρομής υπαιτιότητας στο πρόσωπο του οργάνου της αναθέτουσας αρχής. Προς επίρρωση δε τούτου συντρέχει και το γεγονός ότι το ΔΕΚ ουδέποτε συμπεριέλαβε, ούτε στην υπόθεση Francovitch (1990) ούτε μεταγενεστέρως, το στοιχείο της υπαιτιότητας στις προϋποθέσεις για την στοιχειοθέτηση της αστικής ευθύνης του Κράτους εξαιτίας παραβάσεως κανόνα του πρωτογενούς ή παραγώγου κοινοτικού δικαίου.

¹⁶⁰ Βλ. για την «Τράπεζα της Ελλάδος (ΤτΕ)» κατά την άσκηση του ελέγχου της τραπεζικής πίστωσης ΣτΕ 2938/2001 ΕΕμπΔ 2002.864 σε συνδυασμό με την ΣτΕ 2873/2010 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1950/2008 ΕΛΛΔνη 2010.712· για το «Ανώτατο Συμβούλιο Επιλογής Προσωπικού (ΑΣΕΠ)» ΣτΕ 2783/2015 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

¹⁶¹ Βλ. Σπηλιωτόπουλος Επ., όπ.αν., σελ. 209.

IV.- Ο νόμιμος λόγος της προσυμβατικής ευθύνης κατ' άρθρο 373 Ν.4412/2016

Όπως ήδη έχει αναφερθεί, η διάταξη του άρθρου 373 Ν.4412/2016 εντάσσεται στο πλήρες σύστημα για την έννομη προστασία των οικονομικών φορέων κατά την σύναψη δημοσίων συμβάσεων, οι οποίες εμπίπτουν στο αντικειμενικό πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν.4412/2016.¹⁶² Η συστηματική αυτή ένταξη σημαίνει ότι, προκειμένου μία διαφορά να υπαχθεί στο άρθρο 373 Ν.4412/2016, πρέπει ο νόμιμος λόγος ευθύνης να έχει ανακύψει αποκλειστικώς από την έναρξη του σταδίου έως και την απόφαση της κατακυρώσεως ή την απόφαση της ματαιώσεως συνάψεως.

Περαιτέρω, όπως η διάταξη έχει διαφοροποιηθεί διττώς, ήδη από την προγενέστερη του άρθρου 9 του Ν.3886/2010, σε σχέση προς την αρχική διάταξη του άρθρου 5 του Ν.2522/1997, κατόπιν δηλαδή αφ' ενός μεν της συμπληρώσεως αυτής με το νέο εδάφιο β', αφ' ετέρου δε της διορθώσεως προς την κατεύθυνση της νομικής ακριβολογίας με την ρητή αναφορά σε κατ' αναλογία εφαρμογή των άρθρων 197-198 ΑΚ, επιβεβαιώνεται ότι η παραπομπή στις διατάξεις των άρθρων 197-198 ΑΚ δεν αφορά το παράνομο¹⁶³, αλλά μόνον την αποκαταστατέα ζημία. Με άλλες λέξεις, προκύπτει ευθέως ότι ο πρωτεύων κανόνας δικαίου της διατάξεως είναι ότι «η αναθέτουσα αρχή ευθύνεται για τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από την διαδικασία συνάψεως ή την ίδια την σύμβαση κατά παράβαση του εσωτερικού ή του ενωσιακού δικαίου». Η καταβλητέα αποζημίωση (δευτερεύων κανόνας δικαίου) υπολογίζεται όπως η ίδια διάταξη ορίζει: είτε κατ' αναλογία των ΑΚ 197-198 είτε με βάση τις γενικές διατάξεις, αναλόγως με την αποδειχθείσα έκταση της αποκαταστατέας ζημίας. Ενδεχομένως, νομοτεχνικώς να ήταν ορθότερο να έχει παραλειφθεί και η διάταξη του άρθρου 197 ΑΚ. Συνεπώς, δύο (2) είναι τα στοιχεία του πραγματικού και εντεύθεν του νόμιμου λόγου ευθύνης, όπως ήδη έχει αναφερθεί εισαγωγικώς: α) Υπαίτια πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση του ενωσιακού ή του εσωτερικού δικαίου και β) αποκλεισμός του ενάγοντος- οικονομικού φορέα από την διαδικασία αναθέσεως ή την ίδια την σύμβαση εξ αιτίας της υπό (α) πράξεως ή παραλείψεως.

¹⁶² Διατάξεις για την έννομη προστασία περιλαμβάνονται στο Ν.4412/2016 και σε άλλες περιπτώσεις, όπως λ.χ. στο άρθρο 127 για τις δημόσιες συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία ίση ή κατώτερη των ορίων της απ' ευθείας αναθέσεως.

¹⁶³ Γκασούκας Γ., όπ. αν., σελ.139 -145· άλλως, Μαργαρίτης Μ., όπ.αν., σελ. 146 (§3.2.3)

1.- Πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση του ενωσιακού ή του εσωτερικού δικαίου.

1.1 Παράβαση του ενωσιακού (πρωτογενούς και παραγώγου) δικαίου

Η παράβαση του ενωσιακού δικαίου, πρωτογενούς και παραγώγου, συμπεριλαμβάνεται στον νόμιμο λόγο της προσυμβατικής ευθύνης των αναθετουσών αρχών ως «φυσική» συνέπεια στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων της καίριας νομολογίας του ΔΕΚ/ΔΕΕ για την αστική ευθύνη του Κράτους σε περίπτωση παραβίασεως του κοινοτικού δικαίου εκ μέρους των οργάνων του. Ειδικότερα, προστατευτέα τυγχάνει η -κατ' άρθρο 26 παρ. 2 ΣΛΕΕ- εσωτερική αγορά, δηλαδή ο χώρος «χωρίς εσωτερικά σύνορα μέσα στον οποίο εξασφαλίζεται η ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων, των προσώπων, των υπηρεσιών και των κεφαλαίων», συνακολούθως δε οι αντίστοιχες διατάξεις των συνθηκών (28, 29 και 34 επ., 49 επ. και 56 επ. και 63 επ. ΣΛΕΕ), καθώς και οι συνδεδεμένες με αυτές αρχές της ίσης μεταχειρίσεως, της διαφάνειας και της προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού¹⁶⁴. Το ίδιο πλαίσιο προστασίας αποτυπώνεται, σε επίπεδο εθνικής νομοθετικής ρύθμισης, και στο άρθρο 18 παρ. 1 του Ν.4412/2016. Στην συνέχεια θα προσεγγίσουμε το πλαίσιο αυτό μέσω της νομολογίας του ΔΕΚ/ΔΕΕ σε χαρακτηριστικές περιπτώσεις.

Στην υπόθεση «Dundalk» 45/87¹⁶⁵, το Συμβούλιο της αστικής περιφέρειας Dundalk στην Ιρλανδία προκήρυξε διαγωνισμό για την κατασκευή ενός κεντρικού αγωγού ύδρευσης στο πλαίσιο ενός ευρύτερου σχεδίου για την υδροδότηση της περιοχής· στις τεχνικές προδιαγραφές των συμβατικών τευχών συμπεριέλαβε την προδιαγραφή «4.29», σύμφωνα με την οποία «Οι αγωγοί πίεσης από αμιαντοτσιμέντο πρέπει να ανταποκρίνονται στην ιρλανδική τεχνική προδιαγραφή 188-1975 βάσει του συστήματος Irish Standard Mark Licensing που διαχειρίζεται το Ινστιτούτο της έρευνας και των βιομηχανικών προδιαγραφών...». Εξ αιτίας της αρνήσεως των αρμοδίων οργάνων της αναθέτουσας αρχής ακόμη και να εξετάσουν προσφορά ενδιαφερόμενου, ο οποίος χρησιμοποιούσε αγωγούς κατασκευής ισπανικής εταιρείας, οι οποίοι δεν χρησιμοποιούσαν το εθνικό πρότυπο 188-1975, η Επιτροπή των ΕΚ προσέφυγε κατά της Ιρλανδίας. Το ΔΕΚ έκρινε ότι κράτος μέλος παραβαίνει τις

¹⁶⁴ Οδηγία 2014/24/ΕΕ, σκ. 1

¹⁶⁵ ΔΕΚ Υπόθεση 45/87, 22.9.1988, Dundalk, σκ. 19, Συλλογή 1988.4929· Επί της υποθέσεως, Κουτούπα-Ρεγκάκου Ευαν., Δημόσιες Συμβάσεις και Κοινοτικό Δίκαιο (Διαδικασίες Ανάθεσης και Έννομη Προστασία), Θεσσαλονίκη, 1995, σελ. 204-207.

υποχρεώσεις, τις οποίες υπέχει από το άρθρο 30 της (τότε) ΣυνθΕΟΚ για την **απαγόρευση ποσοτικών περιορισμών επί των εισαγωγών, καθώς και όλων των μέτρων ισοδυνάμου αποτελέσματος**, εφόσον επιτρέπει σε δημόσιο συλλογικό όργανο, του οποίου οι πράξεις καταλογίζονται στο εν λόγω κράτος, να περιλάβει στην προκήρυξη για την υποβολή προσφορών προς σύναψη συμβάσεως εκτελέσεως δημοσίου έργου ρήτρα, η οποία επιβάλλει τα χρησιμοποιούμενα υλικά να είναι σύμφωνα προς εθνική τεχνική προδιαγραφή. Τούτο διότι μια τέτοια ρήτρα δύναται να αποτελεί φραγμό στις εισαγωγές κατά το μέτρο εκείνο, το οποίο δύναται να έχει ως συνέπεια την μη υποβολή προσφορών εκ μέρους επιχειρηματιών, οι οποίοι χρησιμοποιούν υλικά ισοδύναμα προς τα υλικά, τα οποία βεβαιώνεται ότι ανταποκρίνονται προς τις εθνικές προδιαγραφές¹⁶⁶. Το Δικαστήριο θεώρησε, εν ολίγοις, την εν λόγω τεχνική προδιαγραφή της διακήρυξης ως μέτρο ισοδυνάμου αποτελέσματος προς τον ποσοτικό περιορισμό των εισαγωγών, άρα ως αντικείμενη προς την ΣυνθΕΟΚ.

Περαιτέρω, στην υπόθεση C-3/88 “Re Data Processing”¹⁶⁷ η Επιτροπή των ΕΚ προσέφυγε κατά της Ιταλικής Δημοκρατίας επειδή η ιταλική νομοθεσία επέτρεπε μόνον σε δημόσιες επιχειρήσεις να συνάπτουν συμβάσεις με αντικείμενο την απόκτηση εξοπλισμού και του αναγκαίου υλικού για την εκτέλεση συστημάτων πληροφορικής, καθώς και τον σχεδιασμό και την τεχνική διαχείριση των συστημάτων αυτών, επικαλούμενη ότι αναπτύσσονται ειδικές σχέσεις δημόσιας εξουσίας (οι οποίες εξαιρούνται από την ελευθερία εγκαταστάσεως). Το ΔΕΚ απέρριψε τον ισχυρισμό αυτόν και έκρινε ότι όταν κράτος μέλος επιφυλάσσει αποκλειστικώς στις εταιρείες, οι οποίες ελέγχονται κατά πλειοψηφία ή πλήρως, αμέσως ή εμμέσως, από το ίδιο το κράτος ή τον δημόσιο τομέα, την δυνατότητα να συνάπτουν συμβάσεις για την εγκατάσταση συστημάτων πληροφορικής για λογαριασμό της δημόσιας διοικήσεως, τούτο συνιστά παράβαση των υποχρεώσεων του Κράτους από τα άρθρα 52 και 59 της ΣυνθΕΟΚ καθώς και από την οδηγία 77/62 περί συντονισμού των διαδικασιών συνάψεως συμβάσεων κρατικών προμηθειών. Συνεπώς, ο αποκλεισμός επιχειρήσεων από δημόσιες συμβάσεις προμηθείας αγαθών και παροχής υπηρεσιών

¹⁶⁶ Πρβλ. άρθρο 54 «Τεχνικές Προδιαγραφές» του Ν. 4412/2016, το οποίο αντιστοιχεί στο άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και το οποίο ορίζει στην παράγραφο 2 «Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα την δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων».

¹⁶⁷ ΔΕΚ C-3/88, 5.12.1989, Συλλογή 1989.4035· επί της υποθέσεως, Κουτούπα-Ρεγκάκου Ευαν., Δημόσιες ..., σελ. 212-213.

στον τομέα της πληροφορικής συνιστά **παραβίαση της ελευθερίας της εγκαταστάσεως και της παροχής υπηρεσιών**, ως ειδικότερων, μάλιστα, εκφάνσεων της αρχής της ισότητας από την άποψη του ευρωπαϊκού κοινοτικού δικαίου. Επισημαίνεται ότι για παράβαση των άρθρων 30, 52 και 59 της Συνθήκης ΕΟΚ καταδικάσθηκε η Ιταλική Δημοκρατία και στην υπόθεση Lottomatica¹⁶⁸, καθώς μάλιστα απλώς προετίθετο να συντάξει πρόσκληση προς υποβολή προσφορών για την ανάθεση του συστήματος αυτοματοποιήσεως του παιγνιδιού lotto, επιφυλάσσοντας την συμμετοχή στον σχετικό διαγωνισμό μόνο σε οργανισμούς, εταιρείες, ομίλους ή κοινοπραξίες, το κεφάλαιο των οποίων, είτε χωριστά είτε ως σύνολο, ελέγχεται κατά πλειοψηφία από το δημόσιο.

Η **αρχή της διαφάνειας** συνδέεται με την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των διακρίσεων και αποτελεί την βάση του παράγωγου ενωσιακού δικαίου στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων. Προδήλως την διαφάνεια εξυπηρετεί η δημοσιότητα της προκηρύξεως ενός διαγωνισμού¹⁶⁹. Παράλειψη της δημοσιεύσεως της προκηρύξεως στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ενώσεως αποτελεί έναν από τους τρεις λόγους αναδρομικής ακυρότητας της συναφθείσας δημόσιας συμβάσεως· επισημαίνεται ότι τέτοιος λόγος δεν προβλέπεται για την μη δημοσίευση της προκηρύξεως ανοικτού διαγωνισμού «κάτω των ορίων». Έντονος, λοιπόν, ο κυρωτικός χαρακτήρας της απαγγελλόμενης ακυρότητας για την παράβαση της θεμελιώδους αρχής της διαφάνειας στις δημόσιες συμβάσεις, από την άποψη του ενωσιακού δικαίου.

Ωστόσο, το κορυφαίο παράδειγμα του κανονιστικού εύρους του παραγώγου δικαίου στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων παραμένει, κατά την γνώμη μου, η **υπόθεση του «βασικού μετόχου»**, δηλαδή η απαγόρευση σώρευσης στο αυτό πρόσωπο ή σε συγγενικά μεταξύ τους πρόσωπα των ιδιοτήτων του προμηθευτή ή αντισυμβαλλομένου του δημοσίου αφ' ενός και του επιχειρηματία ή διευθυντή Μέσων Μαζικής Ενημέρωσης (ΜΜΕ) αφ' ετέρου. Το ασυμβίβαστο των ιδιοτήτων κατ' αρχάς προβλέφθηκε, με την συνταγματική αναθεώρηση του έτους 2001, στο άρθρο 14 παρ. 9 του Συντάγματος και στην συνέχεια εξειδικεύθηκε με τον Ν.3021/2002, όπως τροποποιήθηκε με τους Ν.3310/2005 και 3414/2005. Από την άλλη πλευρά, η διάταξη του άρθρου 24 εδάφιο (α) της Οδηγίας 93/37 προέβλεπε

¹⁶⁸ ΔΕΚ C-272/91, 26-4-1994, Συλλογή 1994.1409· επί της υποθέσεως Κουτούπα-Ρεγκάκου Ευαν., Δημόσιες ..., σελ. 214-215.

¹⁶⁹ Σημειολογικώς, η Ενότητα 2 του Τμήματος ΙΙΙ "Διεξαγωγή Διαδικασίας" περιλαμβάνει τα άρθρα 61-70 και τιτλοφορείται "Δημοσιότητα και Διαφάνεια".

κατά τρόπο περιοριστικό εκείνες τις περιπτώσεις επαγγελματικού ασυμβιβάστου, οι οποίες, εφ' όσον συντρέχουν στο πρόσωπο του μειοδότη, οδηγούν στον αποκλεισμό του από την υπογραφή της συμβάσεως. Η σύγκρουση μιας διατάξεως συνταγματικού επιπέδου με μια διάταξη του παραγώγου κοινοτικού δικαίου φαινόταν βεβαία. Με την απόφαση της 16^{ης} Δεκεμβρίου 2008¹⁷⁰ επί τριών προδικαστικών ερωτημάτων, τα οποία είχε υποβάλει η Ολομέλεια του ΣτΕ με την υπ' αριθμόν 3670/2006 απόφαση, το ΔΕΕ αποφάνθηκε ότι το άρθρο 24 εδάφιο α' της οδηγίας 93/37 για τον συντονισμό των διαδικασιών αναθέσεως των δημοσίων έργων απαριθμεί κατά τρόπο εξαντλητικό τις αιτίες, οι οποίες μπορούν να δικαιολογήσουν τον αποκλεισμό ενός εργολήπτη από την συμμετοχή σε διαγωνισμό, για λόγους στηριζόμενους σε αντικειμενικά στοιχεία και απόμεινους των επαγγελματικών ιδιοτήτων του. Κατά συνέπεια, **το άρθρο αυτό εμποδίζει τα κράτη μέλη ή τις αναθέτουσες αρχές να συμπληρώνουν τον κατάλογο, τον οποίο περιέχει, με πρόσθετους λόγους αποκλεισμού στηριζόμενους σε κριτήρια σχετικά με την επαγγελματική ιδιότητα**¹⁷¹. Ωστόσο, το ΔΕΕ έκρινε ότι η εξαντλητική απαρίθμηση του άνω άρθρου **δεν αποκλείει** και την ευχέρεια των κρατών μελών να διατηρούν σε ισχύ ή να θεσπίζουν **ουσιαστικούς κανόνες** αποσκοπώντας, μεταξύ άλλων, στην διασφάλιση στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων της τήρησης της **αρχής της ίσης μεταχείρισης**, καθώς και της αρρήκτως συνδεδεμένης **αρχής της διαφάνειας**, τις οποίες οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να τηρούν σε κάθε διαδικασία ανάθεσης μιας τέτοιας σύμβασης. Πράγματι, οι εν λόγω αρχές σημαίνουν, ιδίως, ότι στους διαγωνιζομένους πρέπει να επιφυλάσσεται ίση μεταχείριση τόσο κατά τον χρόνο, τον οποίον προετοιμάζουν τις προσφορές τους, όσο και κατά τον χρόνο, τον οποίον οι προσφορές τους αποτιμώνται από την αναθέτουσα αρχή· για τον λόγο αυτόν αποτελούν την βάση των οδηγιών των σχετικών με τις διαδικασίες σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, με αποτέλεσμα το καθήκον των αναθετουσών αρχών να τηρούν τις αρχές αυτές αποτελεί την ίδια την ουσία των οδηγιών αυτών. Το Δικαστήριο τόνισε, όμως, ότι τα επιπλέον μέτρα, τα οποία ένα κράτος μέλος δύναται να λάβει υπόκεινται **στη γενική αρχή της αναλογικότητας**, η οποία διέπει το

¹⁷⁰ ΔΕΕ: C-213/07, Μηχανική κατά Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοτηλεόρασης, 16.12.2008, ΕΕμπΔ 2012.585 επ.

¹⁷¹ Επισημαίνεται ότι οι λόγοι αποκλεισμού ενός οικονομικού φορέα απαριθμούνται περιοριστικώς στα άρθρα 73 και 74 του Ν. 4412/2016, τα οποία αντιστοιχούν στο άρθρο 57 παρ. 1-6 και στο ίδιο άρθρο 57 παραγρ. 7 της Οδηγίας 2014/24, αντιστοίχως.

κοινοτικό δίκαιο και δεν συνάδει προς το αμάχητο τεκμήριο ασυμβιβάστου μεταξύ των ως άνω ιδιοτήτων. Στην συνέχεια, με την απόφαση 3470/2011, η Ολομέλεια του ΣτΕ, υιοθετώντας μία σύμφωνη προς την αρχή της αναλογικότητας ερμηνεία, η οποία άλλωστε αποτελεί αρχή και της ελληνικής έννομης τάξεως (άρθρο 25 παρ. 1 εδ. τελευταίο), δέχθηκε ότι η διάταξη του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος θεσπίστηκε προς αποτροπή του κινδύνου ασκήσεως αθέμιτης επιρροής από τα μέσα ενημέρωσης στην διαδικασία της αναθέσεως των δημοσίων έργων προμηθειών και υπηρεσιών, ενισχυόμενης με τον τρόπο αυτόν της όλης οικονομικής λειτουργίας του κράτους, και δεν απαγορεύει κατά τρόπο απόλυτο την ανάθεση δημοσίας συμβάσεως σε διαγωνιζόμενο αποκλειστικώς και μόνον εκ του γεγονότος ότι στο πρόσωπό του συντρέχει μια εκ των ασυμβιβάστων ιδιοτήτων· για τον λόγο δε αυτόν αναθέτει στον κοινό νομοθέτη να εξειδικεύσει τις κυρώσεις, μια από τις οποίες είναι η απαγόρευση συνάψεως της συμβάσεως· άλλως, θα ήταν αντίθετη προς την αρχή της αναλογικότητας, η οποία κατά την ρητή βούληση του αυτού συνταγματικού νομοθέτη πρέπει να εφαρμόζεται στην εσωτερική έννομη τάξη. **Υπό αυτήν την ερμηνεία το άρθρο 14 παρ. 9 του Συντάγματος επιβάλλει, ώστε μόνη η συνδρομή μιας εκ των ασυμβιβάστων ιδιοτήτων να μην είναι ικανή να οδηγήσει στην απαγόρευση αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως, αν δεν αποδεικνύεται, περαιτέρω, ότι κατά τη διαδικασία της αναθέσεως της συγκεκριμένης δημοσίας συμβάσεως, το φέρον την προαναφερθείσα ιδιότητα πρόσωπο προέβη αποδεδειγμένως σε παράνομη ή αθέμιτη ενέργεια, προκειμένου να επιτύχει να του ανατεθεί, τελικώς, η εν λόγω δημόσια σύμβαση.** Κατόπιν τούτου, έκρινε ως αντισυνταγματικές τις διατάξεις των άρθρων 2 και 3 του Ν.3021/2002, καθώς εισήγαν την γενική και απόλυτη απαγόρευση συνάψεως δημοσίων συμβάσεων σε περίπτωση του ως άνω ασυμβιβάστου¹⁷².

1.2 Παράβαση του εσωτερικού δικαίου

Λαμβανομένου υπ' όψιν πάντοτε του ευρύτατου αντικειμενικού πεδίου της διατάξεως (≥ 30.000 ευρώ εκτιμώμενη αξία συμβάσεως των βασικών μορφών), το οποίο συνεπάγεται η παράβαση του ενωσιακού δικαίου να μην δύναται να αποτελέσει την νόμιμη βάση της αγωγής καθ' όσον δεν θα αφορά σύμβαση «άνω των ορίων», η

¹⁷² Για την υπόθεση του “βασικού μετόχου” και τις προεκτάσεις της στο πεδίο της “συγκρούσεως” του εθνικού (συνταγματικού) και κοινοτικού δικαίου, καθώς και την δημιουργική θεσμική “συνομιλία” μεταξύ ΣτΕ και ΔΕΕ μέχρι και πριν από την έκδοση της αποφάσεως 3470/2011, βλ. Παπαδοπούλου Λ., “Εθνικό Σύνταγμα και Κοινοτικό Δίκαιο: Το ζήτημα της υπεροχής”, 2009, σελ. 492-533. Συναφώς, βλ. και ΔΕΦΑΘ 567/2017 (ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ), με την οποία επιδικάσθηκε -μετά από 13 χρόνια εκκρεμοδικίας- πλήρης αποζημίωση λόγω παράνομου αποκλεισμού μειοδότη, με βάση τις διατάξεις του Ν.3021/2002, και ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

παράβαση του εσωτερικού δικαίου αποκτά σημαντικό ειδικό βάρος, τόσο από την άποψη της νομικής βάσεως όσο και από την άποψη της ουσιαστικής βάσεως της αγωγής.

Σε κάθε περίπτωση, λοιπόν, περιλαμβάνει τις διατάξεις του Ν.4412/2016 ακόμη και αν πρόκειται για διατάξεις μεταφοράς της Οδηγίας 2014/24, υπό την αυτονόητη προϋπόθεση ότι η εφαρμογή τους δεν περιορίζεται στις «άνω των ορίων» συμβάσεις του άρθρου 5.. Επίσης, και κάθε άλλη ειδική διάταξη θετού αναγκαστικού δικαίου, η οποία δεν έχει καταργηθεί, ρητώς ή σιωπηρώς, από τις διατάξεις του Ν. 4412/2016. Βεβαίως, δεν θα ήταν δυνατόν να εξαιρεθούν οι γενικές αρχές του αστικού δικαίου, όπως η αρχή της καλής πίστεως (ΑΚ 288), η οποία άλλωστε διατρέχει και το δημόσιο δίκαιο υπό την προϋπόθεση της επιτυχούς συγκεκριμενοποίησης αυτής στην ατομικώς κρινόμενη περίπτωση. Αρκεί και πάλι να πρόκειται για κανονιστική διάταξη, εξ αιτίας της παραβάσεως της οποίας επήλθε ο αποκλεισμός του οικονομικού φορέα από την διαδικασία αναθέσεως ή την σύναψη της συμβάσεως.

2.- Αποκλεισμός του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα από την διαδικασία συνάψεως ή από την σύναψη της συμβάσεως

Αποτελεί επιλογή του νομοθέτη, ώστε το σύστημα έννομης προστασίας του άρθρου 373 να ενεργοποιείται μόνον όταν η συνέπεια της παραβάσεως συνίσταται στον παράνομο αποκλεισμό οικονομικού φορέα από την διαδικασία της αναθέσεως ή την ίδια την σύμβαση. Συνεπώς, δεν προστατεύονται άλλες περιπτώσεις παράνομης προσβολής έστω και του ίδιου εννόμου αγαθού του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. λ.χ., η παράβαση της υποχρεώσεως πλήρους διαφωτίσεως με την διακήρυξη, απορρέουσα (και) από την ΑΚ 197 πλέον των ειδικών διατάξεων του Ν.4412/2016, υπάγεται στο πραγματικό της συγκεκριμένης διατάξεως, **μόνον όταν** ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας εμποδίσθηκε να υποβάλει προσφορά εξ αιτίας της πλημμελούς παροχής ουσιαστών πληροφοριών εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, και όχι όταν υπέβαλε χαμηλότερη προσφορά βάσει της οποίας και αναδείχθηκε ανάδοχος¹⁷³. Στην έννοια του παράνομου αποκλεισμού ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα υπάγεται και η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, κατά παράβαση του

¹⁷³ ΣτΕ 2185/2021 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· αγωγή αποζημιώσεως του αναδόχου μετά την υπογραφή της συμβάσεως δεν έχει ευνοϊκή πρόβλεψη ούτε με βάση τις λοιπές νομικές βάσεις, ιδίως των ΑΚ 197-198, εν όψει της νομολογιακής θέσεως για την ανεπιφύλακτη αποδοχή της διακηρύξεως εκ μέρους του αναδόχου, η οποία στερεί από τον ανάδοχο το έννομο συμφέρον. Βλ. ΣτΕ 1071/2014 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

ενωσιακού ή εσωτερικού δικαίου. Με την ΣτΕ 3692/2015 κρίθηκε, κατόπιν ακυρώσεως της αποφάσεως ενός Δήμου για την ματαίωση ενός διαγωνισμού αρχιτεκτονικής μελέτης, ότι εσφαλμένως το δικαστήριο της ουσίας απέρριψε αγωγή αποζημιώσεως, επειδή (σκ. 7) *«εκ μόνου του λόγου ότι ο Δήμος είχε κατά νόμον την ευχέρεια να μην προβεί σε ανάθεση της (οριστικής) μελέτης στους αναιρεσείοντες, δεν μπορεί να αποκλεισθεί άνευ ετέρου η δυνατότης να αποδειχθεί ότι τα αναιρεσείοντα μελετητικά γραφεία θα ανελάμβαναν και την εκπόνηση της μελέτης, ήτοι ότι θα κατακυρωνόταν υπέρ αυτών το αποτέλεσμα του επίμαχου διαγωνισμού»*, με συνέπεια να αναιρεθεί η απόφαση του δικαστηρίου της ουσίας επειδή *«... δεν προκύπτει ότι το δικάσαν δικαστήριο ερεύνησε το ζήτημα εάν με βάση τους προβληθέντες ... ισχυρισμούς, εστοιχειοθετείτο επαρκώς η πιθανότητα να τους ανετίθετο η εκπόνηση της μελέτης του ανωτέρω έργου, εάν δεν είχε παρανόμως ... ματαιωθεί η διαδικασία»*.

Περαιτέρω, ο αποκλεισμός του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα πρέπει να αφορά την «συγκεκριμένη σύμβαση», όχι όμως υπό την στενή έννοια της συμβάσεως, στην οποία κατατείνει η εν εξελίξει διαγωνιστική διαδικασία, αλλά και υπό την έννοια της συμβάσεως ομοίου αντικειμένου, στην διαδικασία αναθέσεως της οποίας ο αιτών την έννομη προστασία θα εδύνατο να έχει λάβει μέρος εάν δεν αποκλειόταν παρανόμως¹⁷⁴. Ωστόσο, τρίτος ως προς την σύμβαση πρέπει να είναι ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας, και όχι εν γένει ως προς την διαγωνιστική διαδικασία. Ισχύει και ο αντίστροφος περιορισμός: δεν είναι ενδιαφερόμενος ο αναδειχθείς ως μειοδότης, με τον οποίον και συνεβλήθη η αναθέτουσα αρχή¹⁷⁵. Περαιτέρω, έχει ήδη αναφερθεί ότι η ανεπιφύλακτη συμμετοχή στον διαγωνισμό στερεί από τον προσφεύγοντα το έννομο συμφέρον να προσβάλλει όρο της διακηρύξεως (ως την αιτία του αποκλεισμού του), ενώ σε περίπτωση συμμετοχής στην διαγωνιστική διαδικασία με επιφύλαξη, το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος περιορίζεται μόνον στο αντίστοιχο τμήμα αυτής, το οποίο είχε ως συνέπεια τον παράνομο αποκλεισμό του προσφεύγοντος¹⁷⁶.

3.- Η προηγούμενη ακύρωση της παράνομης πράξεως αποκλεισμού του ενδιαφερομένου

Ρητώς ορίζεται στην παράγραφο 2 του άρθρου 373 ότι, για την επιδίκαση της αποζημιώσεως, απαιτείται η προηγούμενη ακύρωση της παράνομης πράξεως ή

¹⁷⁴ βλ. ΔΕΦΘεσσαλ 39/2020 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

¹⁷⁵ ΣτΕ 2185/2021 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

¹⁷⁶ ΣτΕ 860/2020 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

παραλείψεως από την Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. ή το αρμόδιο δικαστήριο. Ρητώς ορίζονται, επίσης, και οι περιπτώσεις, στις οποίες **δεν** απαιτείται η προϋπόθεση αυτή σε σχέση με την κήρυξη της συμβάσεως ως άκυρης: πρόκειται για την περίπτωση του άρθρου 370 (όταν η ίδια η Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. δεν κηρύσσει την ακυρότητα της συμβάσεως για λόγους δημοσίου συμφέροντος), του άρθρου 371 παρ. 2 (όταν η Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. κηρύσσει άκυρο μόνον το ανεκτέλεστο τμήμα της συμβάσεως, κρίνοντας με βάση το στάδιο εκτελέσεως της συμβάσεως, την σοβαρότητα της παραβάσεως και την συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής), του άρθρου 372 παρ. 7 (όταν πριν από την σύναψη της συμβάσεως είχε ήδη ανασταλεί η διαδικασία συνάψεως αυτής με απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. ή με απόφαση ασφαλιστικών μέτρων ή προσωρινή διαταγή) και όταν, εν γένει, δεν καθίσταται εφικτή η δικαστική κήρυξη της ακυρότητας για λόγους που δεν συνδέονται με παραλείψεις του ενδιαφερομένου¹⁷⁷.

Κατά την νομολογία του ΣτΕ, η εν λόγω προϋπόθεση αποτελεί διαδικαστική προϋπόθεση της αξιώσεως αποζημιώσεως, εντεύθεν προϋπόθεση του παραδεκτού της αγωγής αποζημιώσεως. Για τον λόγο, άλλωστε, αυτόν έχει κριθεί ότι, όταν με την αίτηση ακυρώσεως ενώπιον του ΣτΕ ή του Διοικητικού Εφετείου *“αμφισβητείται η νομιμότητα πράξεων της Διοικήσεως στο πλαίσιο διαγωνισμού για τη σύναψη σύμβασης δημόσιας προμήθειας, η δίκη δεν στερείται του αντικειμένου της ως εκ του ότι κατά το χρόνο συζητήσεως της αιτήσεως ακυρώσεως η σχετική σύμβαση έχει καταρτισθεί ή και εκτελεσθεί ούτε συντρέχει, για το λόγο αυτό, απαράδεκτο του ενδίκου βοηθήματος, και ειδικότερα έλλειψη εννόμου συμφέροντος του αιτούντος”*¹⁷⁸. Κατά μία άλλη γνώμη στην θεωρία¹⁷⁹ πρόκειται για προϋπόθεση του νόμου βασίμου της αγωγής, καθ’ όσον αφορά την επιδίκαση της αποζημιώσεως, και όχι την εκδίκαση της αγωγής· υπό αυτήν την έννοια, παράνομη είναι μόνον η πράξη της αναθέτουσας αρχής, η οποία έχει ακυρωθεί, το οποίο, όμως, δεν αναφέρεται στον πρωτεύοντα κανόνα δικαίου της παραγράφου 1. Σε κάθε περίπτωση “το πράσινο φως” για την θέσπιση της συγκεκριμένης διατάξεως, είτε ως διαδικαστικής προϋποθέσεως είτε ως όρου του νόμου βασίμου, παρείχε το άρθρο 2 παρ.6 της Οδηγίας 89/665, της οποίας,

¹⁷⁷ Λ.χ. όταν η προσβαλλόμενη πράξη δεν ισχύει λόγω λήξεως της ισχύος της, με συνέπεια την κατάργηση της δίκης, κατ’ άρθρο 32 του Π.Δ/τος 18/1989, το οποίο δεν καταργήθηκε από την διάταξη του άρθρου 5 του Ν. 2522/1997.βλ. ΣτΕ (Ολ.) 3716/2007.

¹⁷⁸ ΣτΕ 444/2022, 817/2010 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ με παραπομπή στις ΣτΕ 4282/2009, 266/2009, 4489/2005, 1327/2003, 1926/1989, 1748/1988.

¹⁷⁹ Ράικος Δ., Δίκαιο ..., σελ. 1011-1012

άλλωστε, το άρθρο 373 αποτελεί δίκαιο μεταφοράς, όπως και οι προϊσχύσασες διατάξεις. Το ως άνω άρθρο 2.6 προβλέπεται ότι:

« Τα κράτη μέλη μπορούν να προβλέπουν ότι, όταν ζητείται αποζημίωση για το λόγο ότι απόφαση ελήφθη παρανόμως, πρέπει πρώτα να ακυρώνεται η προσβαλλόμενη απόφαση από αρμόδιο προς τούτο όργανο. ».

Βάσει δε αυτής της διατάξεως, το ΔΕΕ έχει κρίνει επί του συγκεκριμένου ζητήματος ότι δεν είναι αντίθετη προς την κοινοτική ρύθμιση «εθνική δικονομική ρύθμιση, ..., η οποία εξαρτά την δυνατότητα ασκήσεως οποιασδήποτε αξιώσεως αστικού δικαίου, σε περίπτωση παραβάσεως των κανόνων που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάθεση αυτών, από την προϋπόθεση να έχει αναγνωριστεί κατά τρόπο απρόσβλητο η παράβαση του κανόνα από τμήμα προσφυγών δημόσιων συμβάσεων ή από δικαστήριο επιλαμβανόμενο προσφυγής κατά της αποφάσεως του εν λόγω τμήματος προσφυγών».¹⁸⁰

Ωστόσο, η ευχέρεια των κρατών μελών να ρυθμίζουν τους λεπτομερείς δικονομικούς κανόνες των αγωγών αποζημιώσεως, στο πλαίσιο της Οδηγίας 89/665 δεν είναι απεριορίστη, αλλά υπόκειται στις ενωσιακές αρχές της “ισοδυναμίας” και της “αποτελεσματικότητας”. Η μεν πρώτη επιβάλλει την υποχρέωση, ώστε οι λεπτομερείς αυτοί κανόνες να μην είναι λιγότεροι ευνοϊκοί από εκείνους, οι οποίοι αφορούν παρόμοια ένδικα βοηθήματα, τα οποία προβλέπονται για την προστασία των δικαιωμάτων, τα οποία αντλούνται από την εσωτερική σχέση· η δε δεύτερη, να μην καθιστούν πρακτικώς αδύνατη ή εξαιρετικώς δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων, τα οποία απορρέουν από την ενωσιακή έννομη τάξη¹⁸¹. Ως “μη αποτελεσματική” κρίθηκε ρύθμιση του αυστριακού ομοσπονδιακού νόμου περί αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων, η οποία προβλέπει αποσβεστική προθεσμία έξι (6) μηνών από την ανάθεση της συμβάσεως,, ανεξαρτήτως της γνώσεως του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα· το ΔΕΕ έκρινε ότι σε περίπτωση, κατά την οποία δεν έχει δημοσιευθεί προηγούμενη προκήρυξη διαγωνισμού, η ως άνω εξάμηνη προθεσμία ενέχει τον κίνδυνο να μην καταστεί δυνατόν το θιγόμενο πρόσωπο να συλλέξει τα αναγκαία για μια ενδεχόμενη αγωγή πληροφοριακά στοιχεία, πράγμα το οποίο

¹⁸⁰ ΔΕΕ C-300/17, 7-8-2018, Hochtief AG, σκ.39-41.

¹⁸¹ Ότι η αρχική ρύθμιση του άρθρου 5 παραγρ. 2 του Ν.2522/1997 αντικαθίσταται στην αρχή της ισοδυναμίας λόγω της διατάξεως του άρθρου 19 του Ν. 1868/1989 και την εισαχθείσα αυτοτέλεια της αγωγής ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων, βλ. Συνοδινός Χ., Αξίωση αποζημιώσεως ..., όπ.αν., σελ. 211 επ. (216).

εμποδίζει την άσκησή της¹⁸². Την ίδια θέση έχει υιοθετήσει και το ΣτΕ και για το στάδιο της προσωρινής προστασίας, και όχι μόνον για την οριστική επίλυση της διαφοράς.

Τέλος, προκειμένου για την ακύρωση της πράξεως απαραίτητη προϋπόθεση αποτελεί η **υποχρεωτική** τήρηση της διοικητικής προδικασίας ενώπιον της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., συνισταμένης στην **άπαξ** άσκηση προδικαστικής προσφυγής από τον **ενδιαφερόμενο**, η οποία διέπεται από τα άρθρα 360-371 του Ν.4412/2016. Ο νόμος διακρίνει με κριτήριο το αντικείμενο μεταξύ της προδικαστικής προσφυγής:

α) κατά της παράνομης εκτελεστής πράξεως ή παραλείψεως της αναθέτουσας αρχής κατά το στάδιο της αναθέσεως (άρθρα 360-367), και

β) κατά της παράνομης συμβάσεως (άρθρα 368-371)· της τελευταίας μάλιστα κατά κανόνα αναδρομικώς (ex tunc, άρθρο 371 παρ.1), δηλαδή από τον χρόνο συνάψεως, και μόνον για τρεις (3) περιοριστικώς αναφερόμενους στο άρθρο 368 λόγους : βα) όταν η αναθέτουσα αρχή ανέθεσε την σύμβαση, δίχως να έχει προβεί στην δημοσίευση προκήρυξης στην ΕΕΕΕ· ββ) όταν η αναθέτουσα αρχή προέβη στην σύναψη της συμβάσεως, δίχως να τηρήσει την υποχρέωση αναστολής αυτής σύμφωνα με το άρθρο 364, και βγ) όταν υφίστανται συγκεκριμένες παραβάσεις υποχρεώσεων σε περίπτωση συμφωνίας-πλαίσιο και εφαρμογής δυναμικών αγορών.

Εννοείται ότι κεντρικό στοιχείο αποτελεί η έννοια του “ενδιαφερομένου”, με άλλες λέξεις του “έχοντος το έννομο συμφέρον” να προσβάλλει την πράξη αποκλεισμού ως παράνομη. Ισχύει, κατ’ αρχήν, η **γενική διαπίστωση** ότι η έννοια του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος στις δημόσιες συμβάσεις είναι ευρύτερη από εκείνη στην άσκηση της αιτήσεως ακυρώσεως ή αναστολής εκτελέσεως.¹⁸³ Περαιτέρω, η Οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Δεκεμβρίου 2007, για την τροποποίηση των οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου, προσδιόρισε τον όρο “**ενδιαφερόμενος**” στο άρθρο 2α παρ. 2 εδαφ. 2,3 ως εξής:

¹⁸² ΔΕΕ C-166/14, 26-11-2015, MedEval, σκ. 36-44.

¹⁸³ Για το έννομο συμφέρον στην προδικαστική προσφυγή, βλ. Ράικος Δ., Δίκαιο ..., σελ. 805-820· ο ίδιος παραπέμπει (808) στην ΣτΕ (ΕΑ) 145/2019: «...το έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής παρίσταται διευρυμένο σε σχέση με τα γενόμενα δεκτά επί αιτήσεων αναστολή, εκτείνεται δε και στις περιπτώσεις εκείνες που ο ενδιαφερόμενος να του ανατεθεί σύμβαση του ν.4412/2016 δεν υφίσταται μεν άμεση και ενεστώσα βλάβη, από την πράξη ή την παράλειψη της αναθέτουσας αρχής, ενδέχεται όμως να υποστεί ζημία από αυτές στη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας...».

“Οι προσφέροντες θεωρούνται ως ενδιαφερόμενοι εφόσον δεν έχουν αποκλεισθεί ακόμη οριστικά. Ο αποκλεισμός είναι οριστικός εφόσον έχει κοινοποιηθεί στους ενδιαφερομένους προσφέροντες και έχει θεωρηθεί νόμιμος από ανεξάρτητο όργανο προσφυγής ή, εάν δεν μπορεί πλέον να ασκηθεί προσφυγή. Οι υποψήφιοι θεωρούνται ως ενδιαφερόμενοι αν η αναθέτουσα αρχή δεν έχει παράσχει πληροφορίες σχετικά με την απόρριψη της αίτησής τους πριν από την κοινοποίηση της απόφασης ανάθεσης στους ενδιαφερόμενους προσφέροντες”.

Παρέπεται, επομένως, ότι **μόνον ο οριστικώς αποκλεισθείς στερείται εννόμου συμφέροντος** κατ’ αρχάς για την ακύρωση της παράνομης πράξεως ή παραλείψεως της αναθέτουσας αρχής, η οποία προκάλεσε αιτιωδώς τον αποκλεισμό αυτού, και στην συνέχεια για την άσκηση της αποζημιωτικής αγωγής. Ως τέτοιος θεωρείται ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος είτε δεν στράφηκε κατά της πράξεως αποκλεισμού του είτε, εστράφη μεν κατ’ αυτής, πλην όμως ο αποκλεισμός του κατέστη οριστικός με την δημοσίευση απορριπτικής αποφάσεως (κατά της οποίας –εννοείται- δεν εστράφη)¹⁸⁴. Η διαφοροποίηση έχει να κάνει με το **επίκαιρο** της αμφισβήτησεως της νομιμότητας του αποκλεισμού και την εντεύθεν θεμελίωση του απαραίτητου εννόμου συμφέροντος, το οποίο απαιτείται για την προδικαστική προσφυγή βάσει του άρθρου 360 παρ. 1:

«Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας...».

Λαμβανομένου υπ’ όψιν στην παρούσα εργασία εξετάζεται η ακύρωση του παράνομου αποκλεισμού ως διαδικαστική προϋπόθεση της αποζημιωτικής αγωγής, δεν θα υπάρξει επέκταση σε ζητήματα, τα οποία επιλύονται κατά κανόνα σε ένα προγενέστερο στάδιο. Για παράδειγμα, αποτέλεσε αντικείμενο πλούσιας νομολογίας κατά πόσον έχει έννομο συμφέρον ο οριστικώς αποκλεισθείς από τον διαγωνισμό να αμφισβητήσει τις πράξεις της αναθέτουσας αρχής, οι οποίες εκδόθηκαν μετά από τον αποκλεισμό του, δεδομένου ότι ως προς αυτές κατέστη τρίτος, λ.χ. να ζητά τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του, ώστε να ματαιωθεί η σύναψη της συμβάσεως.¹⁸⁵ Άλλωστε, κατά την γνώμη μου, σταδιακώς η σχετική νομολογία θα προσαρμοσθεί

¹⁸⁴ Για την νομολογιακή έννοια του «οριστικώς αποκλεισθέντος», βλ. Ράικος Δ., Δίκαιο..., σελ. 920-924.

¹⁸⁵ Διεξοδική ανάλυση από Χατζηγιαννάκη Β., *Το έννομο συμφέρον προσφέροντος σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης - Η έννοια του οριστικώς αποκλεισθέντος*, ΕΔΔΔ 2019.14 επ.

στα άρθρα 99 και 100, όπως ισχύουν σήμερα με τον Ν.4782/2021, και θα κρίνει επί ζητημάτων της, τα οποία θα ανακύπτουν από και μετά την τελευταία κατακυρωτική πράξη, η οποία είναι και η μόνη, η οποία κοινοποιείται στους προσφέροντες.

Μετά από την ολοκλήρωση της διοικητικής διαδικασίας, είτε με αποδοχή είτε με απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής, έπεται η αίτηση για την δικαστική προστασία. Κατά της αποφάσεως της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. προβλέπεται η άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως από τον θιγόμενο δι' αυτής ενδιαφερόμενο, αναλόγως προς την αποδοχή ή την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής, ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου της έδρας της αναθέτουσας αρχής ή ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, εφ' όσον η εκτιμώμενη αξία της συμβάσεως ισούται ή υπερβαίνει το ποσό των 15.000.000 ευρώ (άρθρο 372), ανεξαρτήτως της οργανωτικής δομής της αναθέτουσας αρχής. Η ακύρωση των πράξεων αναθέσεως της συμβάσεως δεν επιδρά στο κύρος της ήδη συναφθείσας συμβάσεως, κατά την ρητή διάταξη του άρθρου 372 παρ. 11, εκτός εάν είχε συναφθεί κατά παράβαση της αναστολής, οπότε ο ενδιαφερόμενος, ο οποίος επέτυχε την ακύρωση της παράνομης πράξεως δικαιούται αποζημίωση κατά το άρθρο 373. Εντεύθεν, αναδεικνύεται και το σημαντικό ειδικό βάρος της διατάξεως του άρθρου 373 Ν.4412/2016 ως εκπλήρωση της αρχής της αποτελεσματικότητας στην έννομη προστασία των οικονομικών φορέων. Πέραν της γενικής παρατηρήσεως ότι προβλέπονται σύντομες προθεσμίες για την ταχεία εκκαθάριση των υποθέσεων, ορισμένες μάλιστα εκ των οποίων προκάλεσαν και την αντίδραση του ανωτάτου ακυρωτικού¹⁸⁶, ούτε η δικονομία του πράγματος δεν θα αποτελέσει αντικείμενο της παρούσας.

4.- Υποκειμενική και πάλι η ευθύνη

Αποτελεί επιλογή του νομοθέτη του άρθρου 373 η κατ' αναλογία εφαρμογή του άρθρου 198 ΑΚ ως προς την οφειλόμενη αποζημίωση λόγω της αστικής ευθύνης της αναθέτουσας αρχής. Συνεπώς, ο αποκλεισμός του ενδιαφερομένου πρέπει να είναι και παράνομος και υπαίτιος. Εφ' όσον ο νόμος δεν ορίζει άλλως, ο βαθμός του

¹⁸⁶ Αρχής γενομένης με την υπ' αριθμόν 147/2022 και η υπ' αριθμόν 444/2022 απόφαση του ΣτΕ (ΣΤ' Τμήμα) έκρινε ότι αντίκειται στο άρθρο 20 παραγρ. 1 του Συντάγματος και την δικονομική Οδηγία 89/665/ΕΚ η διάταξη της παραγράφου 7 του άρθρου 372, κατά την οποία ο αρμόδιος Πρόεδρος του οικείου Διοικητικού Εφετείου ή του οικείου σχηματισμού ή της Ολομελείας του ΣτΕ αποφαινεται σε πολύ σύντομη προθεσμία δύο ημερών επί του αιτήματος αναστολής *“με προσωρινή διαταγή που περιέχει όλως συνοπτική αιτιολογία”*, για τον λόγο ότι η αποτελεσματική απονομή της δικαιοσύνης εμπεριέχει και την ορθή απονομή αυτής· η υπόθεση εκκρεμεί στην Ολομέλεια. Επί της δικονομικής διαδικασίας, βλ. Λαμπρόπουλος, όπ.αν.

πταίσματος του οργάνου της αναθέτουσας αρχής αρκεί να είναι και η ελαφρά αμέλεια. (ΑΚ 330).

V.- Αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ νόμιμου λόγου ευθύνης και ζημίας.

Απαραίτητη προϋπόθεση για την κατάφαση κάθε μορφής ευθύνης προς αποζημίωση, άρα και της προσυμβατικής, ανεξαρτήτως νομικής βάσεως, είναι η ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ ζημιογόνου γεγονότος και επιζήμιου αποτελέσματος. Ο σύνδεσμος αυτός υφίσταται όταν, σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας, η φερόμενη ως ζημιογόνος πράξη ή παράλειψη ή υλική ενέργεια, κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων και ενόψει των ειδικών συνθηκών της συγκεκριμένης περίπτωσης, ήταν εξ αντικειμένου ικανή και πρόσφορη να επιφέρει τη ζημία¹⁸⁷.

Η διάγνωση του αιτιώδους συνδέσμου στην προσυμβατική ευθύνη εμφανίζει σαφείς ιδιαιτερότητες, συνδεδεμένες με αμφότερους τους πόλους του συλλογισμού. Νόμιμο λόγο ευθύνης συνιστά μία *συγκεκριμένη* υπαίτια και κακόπιστη συμπεριφορά· τούτο σημαίνει ότι, ανεξαρτήτως των “τύπων” κακόπιστης συμπεριφοράς, πρέπει η νομική αιτία να εντοπίζεται σε κάθε κρινόμενη ατομικώς περίπτωση, και μάλιστα ως προς τον χρόνο, κατά τον οποίον αυτή πληρούται, καθώς αυτό το στοιχείο πρέπει να σηματοδοτεί και την έναρξη της ευθύνης. Το στάδιο των διαπραγματεύσεων είναι μία διαδικασία, η οποία εξελίσσεται σε διαδοχικά, απολύτως διακριτά στάδια στις διαγωνιστικές διαδικασίες, με συνέπεια να μην εμφανίζεται λογικό να συνδέονται αιτιωδώς με την μεταγενέστερη, υπαίτια και κακόπιστη συμπεριφορά δαπάνες, οι οποίες πραγματοποιήθηκαν κατά την έναρξη των διαπραγματεύσεων, όταν κάθε ενδιαφερόμενος αποφάσιζε να λάβει μέρος στις διαπραγματεύσεις, προετοιμάζοντας την συμμετοχή του, φέροντας τον οικονομικό κίνδυνο αυτή να μην ευοδωθεί. Επίσης, ιδιαιτερότητα εμφανίζει και το επιζήμιο αποτέλεσμα, δεδομένου ότι το στάδιο των διαπραγματεύσεων αρχίζει και στην συνέχεια εξελίσσεται, δίχως κατ’ αρχήν να γεννάται νομική υποχρέωση εκάστου των διαπραγματευομένων να συνάψει σύμβαση· άρα, η ματαίωση της συμβάσεως δεν είναι η μόνη ζημία: η κατάρτιση έγκυρης, αλλά ελαττωματικής συμβάσεως, η κατάρτιση άκυρης συμβάσεως και η μη κατάρτιση της συμβάσεως λόγω υπαίτιας και κακόπιστης διακοπής των διαπραγματεύσεων δύνανται να είναι “τύποι” της

¹⁸⁷ Πρόκειται για την κρατούσα στην ελληνική έννομη τάξη θεωρία της πρόσφορης αιτιότητας (*causa adequata*). Σταθόπουλος Μ., όπ.αν., σελ. 271 επ.· Γεωργιάδης Απ., Ενοχικό Δίκαιο – Γενικό Μέρος, §10, σελ. 142.

αποδοκιμαζόμενης συμπεριφοράς¹⁸⁸. Για τους ανωτέρω λόγους, το ζημιογόνο αποτέλεσμα δεν είναι οπωσδήποτε η συμμετοχή του διαγωνιζομένου στον διαγωνισμό, ώστε να δικαιούται «κατ' αρχήν ό,τι θα είχε εάν δεν συμμετείχε στον διαγωνισμό»¹⁸⁹, ακόμη και αν η παράνομη πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής εντοπίζεται στην αρχή της διαδικασίας, λ.χ. στην παράνομη προκήρυξη, καθώς και σε αυτήν την περίπτωση αιτιώδης συνάφεια υφίσταται μόνον με «ό,τι θα είχε» εάν δεν είχε εμφιλοχωρήσει η παράνομη αυτή πράξη.

VI.- Η -επιδικαστέα λόγω προσυμβατικής ευθύνης- αποζημίωση

1.- Γενική οριοθέτηση της αποκαταστατέας ζημίας και της επιδικαστέας αποζημιώσεως. Έννοια και περιεχόμενο του «αρνητικού διαφέροντος» σε σχέση με το «θετικό διαφέρον» και το «οιονεί θετικό διαφέρον»

Το άρθρο 198 ΑΚ θεσπίζει την υποχρέωση του διαπραγματευόμενου προς σύναψη συμβάσεως μέρους να αποκαταστήσει την ζημία, την οποία προκάλεσε στο έτερο διαπραγματευόμενο μέρος επιδεικνύοντας υπαίτια και κακόπιστη συμπεριφορά κατά την διεξαγωγή των διαπραγματεύσεων.

Κατ' αρχάς, για την διάγνωση της ζημίας εφαρμόζεται και στην προσυμβατική ευθύνη η θεωρία της διαφοράς¹⁹⁰: συγκρίνεται η σημερινή, πραγματική περιουσιακή κατάσταση του ζημιωθέντος μέρους με την υποθετική περίπτωση, κατά την οποία η περιουσία αυτή θα ευρισκόταν εάν δεν είχε μεσολαβήσει ο νόμιμος λόγος ευθύνης. Επειδή, ωστόσο, με τα άρθρα 197-198 ΑΚ δεν προστατεύεται ένα συγκεκριμένο περιουσιακό αγαθό, αλλά επιτάσσεται μία γενική συμπεριφορά, η σύγκριση της περιουσιακής καταστάσεως, πριν και μετά το ζημιογόνο γεγονός, στηρίζεται στην απομείωση της αξίας της περιουσίας ως συνόλου, δηλαδή αποκαθίσταται η «καθαρώς οικονομική ζημία» (pure economic loss)¹⁹¹. Περαιτέρω, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι το άρθρο 198 ΑΚ δεν περιορίζει την αποκαταστατέα ζημία, θέτοντας όριο στην επιδικαστέα αποζημίωση¹⁹², σε αυτήν

¹⁸⁸ Επί της προβληματικής του αιτιώδους συνδέσμου στην προσυμβατική ευθύνη, Τσολακίδης Ζ., Η αποζημίωση ..., σελ. 96-114.

¹⁸⁹ Άλλως, Γκασούκας Γ., όπ.αν., σελ. 61.

¹⁹⁰ Σταθόπουλος Μ., όπ.αν., §8 σελ. 244-Γεωργιάδης Απ., Ενοχικό Δίκαιο..., όπ.αν., σελ.133.

¹⁹¹ Τσολακίδης Ζ., Η αξίωση ..., σελ. 57.

¹⁹² Σε αντίθεση προς τα άρθρα 145 και τα 231 παρ. 2 ΑΚ, τα οποία περιορίζουν το διαφέρον (την αποζημίωση) μέχρι του ορίου του διαφέροντος από έγκυρη δικαιοπραξία ή σύμβαση,

περιλαμβάνεται τόσο η θετική όσο και η αποθετική ζημία του ζημιωθέντος· επομένως, η καταβλητέα αποζημίωση προβλέπεται ως πλήρης, και όχι ως εύλογη. Το τιθέμενο ζήτημα αφορά στην έκταση της αποκαταστατέας ζημίας, δηλαδή ποιά ακριβώς μείωση περιουσίας και ποια διαφυγόντα κέρδη περιλαμβάνει αυτή.

Κατά την κρατούσα εξ αρχής άποψη στην θεωρία¹⁹³ στην προσυμβατική ευθύνη αποκαθίσταται η ζημία, η οποία προκλήθηκε από την διάψευση της εμπιστοσύνης του ζημιωθέντος προς τον ζημιώσαντα, η οποία εμπόδισε αυτόν να αρνηθεί το ζημιογόνο γεγονός. Πρόκειται για εκδήλωση της «αρνητικής προστασίας της εμπιστοσύνης», επιδικάζεται το «αρνητικό της συμβάσεως διαφέρον ή διαφέρον διαψεύσεως εμπιστοσύνης», ώστε ο ζημιωθείς να περιαχθεί στην περιουσιακή κατάσταση, στην οποία θα ευρισκόταν εάν δεν είχε επιδείξει την διαψευσθείσα εμπιστοσύνη προς τον ζημιώσαντα¹⁹⁴. Πρόκειται για έναν όρο προσδιοριστικό της εκτάσεως της αποζημιώσεως και αντιδιαστέλλεται προς το «διαφέρον εκπληρώσεως» ή «θετικό διαφέρον», το οποίο επιδικάζεται στο πλαίσιο ενδοσυμβατικής ευθύνης και ανάγεται στην υποθετική εκπλήρωση της συμβάσεως, Παρά ταυτα, δεν πρόκειται για δύο διακεκριμένα είδη χρηματικής αποζημιώσεως, αλλά για δύο τυπολογικές μορφές αυτής¹⁹⁵, οι οποίες διαφοροποιούνται μεταξύ τους ως προς τον νόμιμο λόγο ευθύνης: στην μεν πρώτη, πρόκειται για την τήρηση μίας υπαιτίως κακόπιστης συμπεριφοράς κατά το στάδιο των διαπραγματεύσεων· στην δε δεύτερη, πρόκειται για την μη εκπλήρωση ή την μη προσήκουσα εκπλήρωση μίας συμβάσεως· από αυτήν την άποψη, το γεγονός ότι στην προσυμβατική ευθύνη κατ' αρχήν δεν επιδικάζεται «διαφέρον εκπληρώσεως» συμβαδίζει προς τις γενικές αρχές της αποζημιώσεως, καθώς κατά κανόνα ελλείπει μία ουσιώδης προϋπόθεση: η αιτιώδης συνάφεια με το ζημιογόνο γεγονός. Τούτο, όμως, δεν καθιστά το «αρνητικό διαφέρον» μία a priori μικρότερη αποζημίωση από την επιδικαστέα ως «θετικό διαφέρον»¹⁹⁶. Εν κατακλείδι, το «αρνητικό διαφέρον» συνιστά μία μορφή πλήρους αποζημιώσεως για «όλες αλλά

«διακόπτοντας» κατ' ουσίαν νομοθετικώς τον αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ ζημιογόνου πράξεως και ζημίας. Βλ. Καράσης Μ., *Η ευθύνη εκ των διαπραγματεύσεων*, ΝοΒ 26.592 επ. (595)

¹⁹³ Ενδεικτικώς: Σταθόπουλος Μ., όπ.αν., σελ. 236-241· Γεωργιάδης Απ., *Ενοχικό Δίκαιο*, §11 σελ.159· Παντελίδου Κ., όπ.αν., σελ. 353-354

¹⁹⁴ Η θεωρία του «αρνητικού διαφέροντος» προέρχεται από τον Rudolf Jhering στην μελέτη «*Culpa in Contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*» (1861)· βλ. σχετικώς Σταθόπουλο Μ., όπ.αν., σελ. 237 (σημ. 17)· αναλυτικώς, Τσολακίδης Ζ., όπ. αν. σελ. 26-29.

¹⁹⁵ Καράσης Μ., *Η ευθύνη ...*, όπ.αν..594 (σημ. 26).

¹⁹⁶ Για την σχέση θετικού και αρνητικού διαφέροντος, βλ. Τσολακίδης Ζ., όπ.αν., σελ. 29-32.

και μόνον εκείνες τις ζημίες, θετικές και αποθετικές, που δεν θα είχε υποστεί ο ζημιωθείς, αν γνώριζε την πραγματικότητα»¹⁹⁷.

Αντιστοίχως, η ίδια άποψη συνιστά πάγια νομολογία, ακόμη και όταν δέχεται ότι η ευθύνη από τις διαπραγματεύσεις καταλαμβάνει και την περίπτωση της υπαίτιας και κακόπιστης ματαιώσεως της συμβάσεως “την τελευταία στιγμή”. «Σε μία τέτοια περίπτωση εκείνος που ματαιώσε τη σύμβαση μη τηρώντας τη συμπεριφορά, που επιβάλλουν η καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη, είναι υποχρεωμένος να ανορθώσει τη ζημία την οποία υπέστη ο αντισυμβαλλόμενος που πίστεψε ως επικείμενη την κατάρτισή της. Ως ζημία νοείται το καλούμενο αρνητικό της σύμβασης διαφέρον ή διαφέρον εμπιστοσύνης, δηλαδή η ζημία που υπέστη ο διαπραγματευόμενος επειδή πίστεψε στην κατάρτιση της σύμβασης και την οποία θα είχε αποφύγει αν από την αρχή τηρούσε αρνητική στάση και όχι το διαφέρον εκπλήρωσης της σύμβασης αφού τα μέρη δεν είχαν νομική υποχρέωση για τη σύναψή της. Αποκαθίσταται ιδίως η ζημία που αυτός υπέστη, διότι, πιστεύοντας δικαιολογημένα ότι επίκειται κατάρτιση της σύμβασης, υποβλήθηκε σε δαπάνες ή απέκρουσε άλλη ευκαιρία προς σύναψη συμβάσεως»¹⁹⁸.

Κατά τ’ ανωτέρω εκτεθέντα, ο κανόνας ότι αποκαθίσταται το «αρνητικό διαφέρον» συγκεκριμενοποιείται **ενδεικτικώς** ως προς τις θετικές ζημίες, ως εξής: έξοδα ταξιδιού και διαμονής στον τόπο των διαπραγματεύσεων, αμοιβές προς απασχοληθέντες επαγγελματίες (δικηγόρο, μηχανικό, οικονομικό ελεγκτή, συμβολαιογράφο κ.ά.), επενδυτική δαπάνη στο αντικείμενο της –τελικώς μη συναφθείσας συμβάσεως- εν όψει βέβαιας συνάψεως αυτής. Όσον αφορά τα διαφυγόντα κέρδη, περιλαμβάνει το ματαιωθέν κέρδος από την σύναψη άλλης συμβάσεως, πλην όμως παρόμοιας, δηλαδή «με τους αυτούς ή ευνοϊκότερους όρους, άρα όχι δυσμενέστερους «προς εκείνους της ματαιωθείσας»¹⁹⁹. Δεν αποκαθίσταται, όμως, το διαφυγόν κέρδος της ίδιας συμβάσεως. Το επιχείρημα υπέρ αυτής της απόψεως δεν είναι αμιγώς εννοιοκρατικό, αλλά ερείδεται στην αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων, κατ’ ΑΚ 361: εφ’ όσον δεν υφίσταται υποχρέωση συνάψεως μίας

¹⁹⁷ Βαλτούδης Αν., όπ.αν., σελ. 690. Κουμάντος, όπ.αν., αρ. 77-79.

¹⁹⁸ ΑΠ 347/2018 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· επίσης, ΑΠ 1387/2021, 606/2015, 1231/2008 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. Ορθώς παρατηρείται (Τσολακίδης Ζ., όπ.αν., σελ. 22) ότι η ονομασία «διαφέρον» αποδίδεται από την θεωρία στην αποζημίωση, και όχι την ζημία, όπως πράττει η νομολογία, καθώς και ότι η διαφορά δεν είναι απλώς ορολογική, αλλά οδηγεί εμμέσως στο συμπέρασμα ότι ως ζημία αποκαθίσταται μόνον ότι εννοιολογικώς περιλαμβάνει το «αρνητικό διαφέρον».

¹⁹⁹ Καράσης Μ., *Η προσυμβατική ...*, όπ.αν., σελ. 773· ΑΠ 1242/2005, 628/1995 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· αντίθετος Βαλτούδης Αν., όπ.αν.

συμβάσεως στο προσυμβατικό στάδιο, δεν δύναται να αξιωθεί «ισοσθενής» προστασία με εκείνη, η οποία παρέχεται στο συμβατικό²⁰⁰.

Επί της ανωτέρω κρατούσας απόψεως περί αρνητικού διαφέροντος εκφράσθηκαν παλαιόθεν αντιρρήσεις. Κατά τον Καθηγητή Καρασή, η ΑΚ 198 καθιερώνει αποκατάσταση του διαφέροντος «γενικώς» ή –έστω- του διαφέροντος εμπιστοσύνης, «*το οποίον εις την συγκεκριμένην περίπτωσιν δύναται να είναι το αρνητικόν ή να συμπίπτη προς το θετικόν διαφέρον, τούτο δε αναλόγως του αποτελέσματος εις το οποίον η εφαρμογή και λειτουργία των κανόνων της αιτιώδους συναφείας εκάστοτε οδηγεί*». Εάν, στην συγκεκριμένη περίπτωση, η υπαίτια και κακόπιστη συμπεριφορά του ζημιώσαντος μέρους οδήγησε στην ματαίωση συνάψεως έγκυρης συμβάσεως και ο ζημιωθείς είχε πιστέψει δικαιολογημένως στην σύναψη της συμβάσεως, τότε δικαιούται να περιαχθεί στην θέση, την οποία θα είχε εάν η σύμβαση συνήπτετο εγκύρως (ή περιείχε τους ευνοϊκότερους για τον ίδιο όρους). Τούτο δε, διότι σε αυτήν την περίπτωση το αιτιωδώς συνδεδόμενο με την ζημιογόνο συμπεριφορά αποτέλεσμα, άρα η ζημία, είναι η ματαίωση της συμβάσεως. Σε αυτήν την περίπτωση, η αποζημίωση αντιστοιχεί στο «θετικό διαφέρον» έστω και αν δεν ταυτίζεται εννοιολογικώς με αυτό· σε αυτήν την περίπτωση γίνεται λόγος για το «*οιονεί θετικό διαφέρον*».²⁰¹

Κατ' αυτόν τον τρόπο, το βάρος δίδεται στην αιτιώδη συνάφεια, και όχι στην εκ των προτέρων υπαγωγή ενός κονδυλίου στην έννοια του αρνητικού διαφέροντος ή όχι, και μάλιστα ως παράγοντα χαρακτηρισμού της αποκαταστατέας ζημίας, η οποία παραπέμπει στην νομική εννοιοκρατία (Begriffsjurisprudenz), η οποία, όμως, ως μέθοδος έχει εγκαταλειφθεί²⁰².

Η νομολογία έχει χρησιμοποιήσει την αιτιώδη συνάφεια για τον αποκλεισμό αποκαταστάσεως δαπανών, οι οποίες υπάγονται εκ πρώτης όψεως στην έννοια του “αρνητικού διαφέροντος”. Με την ΑΠ 994/2004 και κυρίως με την, κατόπιν παραπομπής στην Ολομέλεια, 37/2005 πέραν του ζητήματος της εκτάσεως της αποκαταστατέας ζημίας σε περίπτωση υπαίτιας και κακόπιστης ματαίωσης της συμβάσεως και υπογραφής με τρίτον μη συμμετασχόντα στον διαγωνισμό, εντεύθεν

²⁰⁰ Μαργαρίτης Μ., όπ.αν., σελ. 149-150.

²⁰¹ Καρασής Μ., *Η ευθύνη ...*, όπ.αν., σελ. 594· ο ίδιος, *Η προσυμβατική ...*, όπ.αν., σελ. 773.

²⁰² Ο Καθηγητής Κουμάντος, όπ.αν., αρ. 77 χαρακτηρίζει την έννοια «... *δημιούργημα εν πολλοίς μάταιον της πανδεκτιστικής σχολαστικής ...*», ανεξαρτήτως ότι δέχεται ότι εκ του αποτελέσματος είναι ορθή, πλην όμως στο αυτό αποτέλεσμα θα κατέληγε και ο ορθός καθορισμός του ζημιογόνου γεγονότος και η ορθή εκτίμηση της αιτιώδους συναφείας· Παπαντωνίου Ν., όπ.αν., σελ.345· Σπυριδάκης, Γενικές Αρχές, 1987,σελ.683-684·

διακοπής διαπραγματεύσεων υπό ειδικές περιστάσεις, ως προς το οποίο (ζήτημα) επιβεβαιώθηκε η πάγια θέση για την επιδίκαση **αποκλειστικώς του αρνητικού διαφέροντος**, απορρίφθηκε η αποκατάσταση των δαπανών, στις οποίες προέβη ο ενδιαφερόμενος στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας για την πώληση μετοχών τραπεζικής εταιρείας **πριν από** την -αναγνωρισθείσα ως υπαίτια και κακόπιστη- ματαίωση της συμβάσεως, για τον λόγο ότι ήταν προγενέστερες και, ως εκ τούτου μη συνδεόμενες αιτιωδώς με το επιζήμιο αποτέλεσμα (την μη σύναψη)²⁰³.

2.- Ειδικώς, η επιδικαστέα αποζημίωση λόγω προσυμβατικής ευθύνης στις δημόσιες συμβάσεις.

Ως μια γενική διαπίστωση, στο προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων προμηθειών, εκτελέσεως έργων και υπηρεσιών τα πράγματα εμφανίζονται **κατά πολύ διαφοροποιημένα** έναντι της επί της αρχής διδασκαλίας. Η διαφοροποίηση αυτή οφείλεται αντικειμενικώς σε δύο καίριους παράγοντες: στην ευθεία εφαρμογή των άρθρων 105 και 106 ΕισΝΑΚ στο προσυμβατικό στάδιο των διοικητικών συμβάσεων και τον, εκ της αδικοπρακτικής ευθύνης του Δημοσίου, υπολογισμό της αποζημιώσεως σύμφωνα με τις γενικές διατάξεις του αστικού δικαίου, και στην Οδηγία 89/665, η οποία απαίτησε την αποτελεσματική προστασία των διαγωνιζομένων και κατά την επιδίκαση αποζημιώσεως, δίχως κανέναν περιορισμό, τον οποίον συνιστά το αρνητικό διαφέρον, υπό την έννοια ότι δεν περιλαμβάνει το διαφυγόν κέρδος από την *συγκεκριμένη* σύμβαση.

2.1 Αποζημίωση λόγω παράνομου αποκλεισμού

Πράγματι, με την ήδη αναφερθείσα ΣτΕ 451/2013 έγινε αποδεκτό, όχι μόνον ότι οι διατάξεις περί αστικής ευθύνης του Δημοσίου εφαρμόζονται στις διοικητικές συμβάσεις, αλλά και ότι, εφ' όσον πληρούνται οι νόμιμες προϋποθέσεις των άρθρων 105 και 106 ΕισΝΑΚ, σε περίπτωση παράνομου αποκλεισμού διαγωνιζόμενου **η αποζημίωση υπολογίζεται με βάση την γενική διάταξη του άρθρου 298 ΑΚ**, σύμφωνα με την οποία αποκαθίσταται τόσο η θετική ζημία όσο και το διαφυγόν κέρδος, καθώς και ότι οφείλεται **και χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης** κατ' άρθρο 932 ΑΚ συνεπεία της αδικοπρακτικής ευθύνης της αναθέτουσας αρχής. Συγκεκριμένα το ανώτατο ακυρωτικό δικαστήριο απεφάνθη ως εξής (σκ. 5):

“5. Επειδή, την ίδια κατά τ' ανωτέρω ευθύνη υπέχει το Δημόσιο και στην περίπτωση έκδοσης από τη Διοίκηση παράνομων πράξεων κατά τη διαδικασία της διενέργειας

²⁰³ ΑΠ 994/2004, ΧρΠΔ 2005.24 και ΑΠ (ΟΛ.) 37/2005, ΕλλΔνη 2005.1040.

διαγωνισμού για τη σύναψη διοικητικής σύμβασης. Και στην περίπτωση, δηλαδή, αυτή η ευθύνη του Δημοσίου προς αποζημίωση είναι αδικοπρακτική και εκτείνεται μέχρι την αποκατάσταση και διαφυγόντος κέρδους, σύμφωνα με το άρθρο 298 του Αστικού Κώδικα. Επομένως, ο παρανόμως αποκλεισθείς σε διαγωνισμό για σύναψη διοικητικής σύμβασης μπορεί να ζητήσει ως αποζημίωση ό,τι θα αποκέρδαινε από την κατακύρωση υπέρ αυτού του αποτελέσματος του διαγωνισμού, εφόσον αποδείξει τον, κατά τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ του παράνομου αποκλεισμού του και της ζημίας του εκ της μη υπέρ αυτού κατακύρωσης του αποτελέσματος του διαγωνισμού, δηλαδή εφόσον αποδείξει ότι θα του ανετίθετο η σύμβαση, αν δεν είχε εμφοιλοχωρήσει η παράβαση. Η αναζήτηση δε διαφυγόντος κέρδους υπό την ανωτέρω έννοια ουδόλως αποκλείεται εκ του ότι η αδικοπρακτική ευθύνη του Δημοσίου ανακύπτει σε διοικητικό στάδιο που προηγείται της σύναψης της σύμβασης...Προς τα ανωτέρω, άλλωστε, συμβαδίζει και η διάταξη του άρθρου 9 παρ. 1 του ν. 3886/2010 (Α 173) ...”.

Όπως ήδη δε έχει αναφερθεί, η τελευταία διάταξη είναι η πρόδρομος της διατάξεως του άρθρου 373 παραγρ. 2 εδάφιο β’ Ν.4412/2016, σύμφωνα με το οποίο ισχύει πλέον ότι:

“... Αν ο ενδιαφερόμενος αποδείξει ότι θα του ανετίθετο η σύμβαση, αν δεν είχε εμφοιλοχωρήσει η παράβαση, τότε δικαιούται αποζημίωση κατά τις γενικές διατάξεις. Κάθε διάταξη που αποκλείει ή περιορίζει την αξίωση αυτή δεν εφαρμόζεται”.

Κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, σε αυτόν τον νομολογιακός διόλου σπάνιο “τύπο” αποδοκιμαζόμενης συμπεριφοράς κατά το προσυμβατικό στάδιο στις δημόσιες συμβάσεις, το διαφυγόν κέρδος περιλαμβάνει ό,τι ο αποκλεισθείς θα αποκέρδαινε από την κατακύρωση υπέρ αυτού του αποτελέσματος του διαγωνισμού, εφ’ όσον αποδείξει τον αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ του παράνομου αποκλεισμού (νόμιμος λόγος ευθύνης) και της ζημίας, την οποία υπέστη από το γεγονός ότι θα του ανετίθετο η σύμβαση εάν δεν εμφοιλοχωρούσε η παράβαση. Συνεπώς, για τον προσδιορισμό του ποσού της αποζημιώσεως δεν λαμβάνεται υπ’ όψιν η αποζημίωση, την οποία ο αποκλεισθείς θα ελάμβανε από την μη εκπλήρωση της συμβάσεως, καθ’ όσον τέτοιο διαφέρον έχει διαφορετική γενεσιουργό αιτία, δηλαδή την μη εκπλήρωση της συμβάσεως²⁰⁴. Άρα, δεν πρόκειται σίγουρα για «διαφέρον εκπληρώσεως», αλλά

²⁰⁴ Με την ΔΕΦΑΘ 458/2016 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ απορρίφθηκε σχετική αξίωση αποκλεισθέντος αναδόχου εκτελέσεως δημοσίου έργου, όπως απορρίφθηκε και το κονδύλιο για την επιδίκαση του νόμου

μάλλον για «οιονεί θετικό διαφέρον». Ανεξαρτήτως εννοιολογικών προσδιορισμών, το διαφέρον αφορά το διαφυγόν κέρδος από **την ίδια την μη συναφθείσα σύμβαση**, και όχι από άλλη, όπως συμβαίνει στην περίπτωση του αρνητικού διαφέροντος. Σε αυτό το πλαίσιο, τα δικαστήρια απορρίπτουν αξίωση για τα ακαθάριστα κέρδη και αφαιρούν το κόστος πωλήσεων ή εκτελέσεως εργασιών. Μάλιστα, κατά κόρον χρησιμοποιείται και ο φορολογικός συντελεστής καθαρού κέρδους ποσοστού 10% επί της αξίας της συμβάσεως εκτελέσεως δημοσίου έργου, δυνάμει του άρθρου 36^α παρ. 1 του Ν. 3323/1955²⁰⁵.

Όσον αφορά την θετική ζημία, η σχετική αξίωση αποκρούεται εφ' όσον τα σχετικά κονδύλια δεν τελούν σε αιτιώδη συνάφεια με το ζημιολόγο γεγονός. Τέτοια είναι τα κονδύλια, τα οποία αφορούν δαπάνες, στις οποίες η αποκλεισθείσα επιχείρηση υποχρεούται να προβεί και, εν τέλει, πράγματι προβαίνει για την συμμετοχή στον διαγωνισμό (κόστος μελετών, παραγωγή προοπτικών σχεδίων, πρόσθετη προετοιμασία, έκδοση και παράταση εγγυητικής επιστολής). Για τον ίδιο λόγο απορρίπτονται τα δικαστικά έξοδα (δικηγορικές και λοιπές αμοιβές), στα οποία υποβλήθηκε για την άσκηση ενδίκων βοηθημάτων (αίτηση ακύρωσης και αναστολής) κατά του παράνομου αποκλεισμού. Αντιθέτως, κρίθηκε ότι συνιστά θετική ζημία η μελέτη της οριστικής εφαρμογής, στην οποία ο διαγωνιζόμενος προέβη μετά από την ανάδειξη αυτού σε μειοδότη και πριν την παράνομη ματαίωση του διαγωνισμού²⁰⁶.

Προς απόδειξη δε του αιτιώδους συνδέσμου ο αποκλεισθείς πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει ότι διέθετε όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά έγγραφα για την κατακύρωση σε αυτόν του διαγωνισμού κατά τον χρόνο της παράνομης κατακύρωσης σε άλλον διαγωνιζόμενο ή της παράνομης ματαίωσης της συμβάσεως. Εννοείται ότι αιτιώδης συνάφεια υφίσταται μόνον εάν αποδεικνύει την κατακύρωση βάσει της προσφερόμενης χαμηλότερης τιμής, καθώς οικονομική προσφορά απλώς εντός του προϋπολογισμού δεν αρκεί²⁰⁷.

προβλεπομένου εργολαβικού οφέλους 23% επί του εργολαβικού ανταλλάγματος, καθώς τούτο αντιπροσωπεύει τα ακαθάριστα έσοδα.

²⁰⁵ ΣΤΕ 1678/2017, 1943/2013, ΔΕΦΑΘ 458/2016, ΔΕΦΑΘ 2164/2016, ΔΕΦΛαρ 343/2006 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. Βλ. όμως και ΔΕΦΑΘ 567/2017, όπ.αν., η οποία επεδίκασε στον αποκλεισθέντα παρανόμως βάσει του Ν.3201/2002 ως διαφυγόν κέρδος «το σύνολο του εργολαβικού ανταλλάγματος που θα ελάμβανε αυτή από την εκτέλεση της συμβάσεως δυνάμει της οικονομικής προσφοράς ... και όχι το καθαρό κέρδος αυτής ... λόγω εφαρμογής επί της ως άνω οικονομικής προσφοράς του συντελεστή καθαρού κέρδους 10%...».

²⁰⁶ ΣΤΕ 1679/2017, ΔΠΡΑΘ 11.275/2019, 7010/2020 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

²⁰⁷ ΔΠρΘεσσαλ 470/2022, όπ.αν.

Ωστόσο, πρέπει να αναφερθεί ότι τα ανωτέρω ισχύουν εφ' όσον η διαφορά διέπεται είτε από τις διατάξεις των άρθρων 105 και 106 ΕισΝΑΚ είτε από εκείνη του άρθρου 373 Ν.4412/2016. Δηλαδή, εφ' όσον πρόκειται για δημόσιες διοικητικές συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία κάτω των 30.000 ευρώ, στην πρώτη περίπτωση, ή για συμβάσεις άνω των 30.000 ευρώ ανεξαρτήτως οργανώσεως της αναθέτουσας αρχής και διέποντος την σύμβαση δικαίου. Υπό αυτήν την άποψη, ως μάλλον άστοχη εμφανίζεται η -έστω και ως ενδεικτική- παραπομπή στα άρθρα 197 -198 ΑΚ στην περίπτωση του άρθρου 105 παραγρ. 8 Ν.4412/2016, κατά την οποία ματαιώνεται η σύναψη της σύμβασεως επειδή η αναθέτουσα αρχή δεν αποστέλλει εμπροθέσμως την πρόσκληση στον ήδη αναδειχθέντα ως ανάδοχο. Σε αυτήν την περίπτωση, η κατάφαση επιδικάσεως αποζημίωσης ίσης προς το διαφυγόν κέρδος της μη -τελικώς- συναφθείσας σύμβασεως εμφανίζεται απολύτως δικαιολογημένη και θα έπρεπε να παραπέμψει στις γενικές διατάξεις, όπως πράττει και με το άρθρο 373. Εν πάση περιπτώσει, αναγκαίως αναφύεται ζήτημα για τις υπόλοιπες συμβάσεις, δηλαδή για εκείνες με αξία υπολειπόμενη του ορίου της απ' ευθείας αναθέσεως, τις οποίες συνάπτει ένα πολύ μεγάλο τμήμα αναθετουσών αρχών, οι οποίες είναι οργανωμένες κατά το ιδιωτικό δίκαιο (αστικό ή εμπορικό). Κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, σε αυτές εφαρμόζεται ο γενικώς παραδεδεγμένος κανόνας του αρνητικού διαφέροντος, καθώς δεν υφίσταται ούτε αδικοπρακτική ευθύνη της αναθέτουσας αρχής (όπως θα συνέβαινε εάν εφαρμόζονταν οι διατάξεις των ΕισΝΑΚ 105-106) ούτε η ειδική ευθύνη εκ του Ν.4412/2016 (όπως θα συνέβαινε εάν η επίδικη ανάθεση υπαγόταν στο άρθρο 373).

Δεδομένου, όμως, ότι τέτοια εξαίρεση δεν συνάδει, από τελολογικής απόψεως, με την ενιαία εφαρμογή κανόνων και το ενιαίο σύστημα προστασίας του Ν.4412/2016, ενδεχομένως να είναι ζήτημα χρόνου η επιδίκαση του διαφυγόντος κέρδους της ματαιωθείσας σύμβασεως και σε αυτήν την υποκατηγορία των δημοσίων συμβάσεων επί τη βάση, εν τέλει, της μειωθηφικής απόψεως, η οποία είχε αναπτυχθεί για την νομική φύση της προκηρύξεως: εφ' όσον γίνει δεκτό ότι η προκήρυξη του διαγωνισμού, η οποία περιέχει και τους όρους διεξαγωγής αυτού, αποτελεί ως προς τους τελευταίους πρόταση προς τους ενδιαφερομένους να μετάσχουν στον διαγωνισμό, τότε δια της υποβολής της προσφοράς ενός εκάστου των ενδιαφερομένων συνάπτεται αντίστοιχη σύμβαση μεταξύ αναθέτουσας αρχής και υποψηφίου με αντικείμενο την διεξαγωγή κατά τους τεθέντες - «συμφωνηθέντες»

όρους. Σε μία τέτοια περίπτωση, παράβαση των υποχρεώσεων κατ' άρθρο 197-198 ΑΚ θα παρήγε ενδοσυμβατική ευθύνη.²⁰⁸

2.2 Αποζημίωση λόγω παραβάσεως της υποχρεώσεως διαφωτίσεως

Περαιτέρω, σε περίπτωση πράξεως ή παραλείψεως της αναθέτουσας αρχής, η οποία παραβιάζει υπαιτίως την υποχρέωση διαφωτίσεως, πλην όμως οδηγεί σε σύναψη ελαττωματικής, πλην όμως έγκυρης συμβάσεως εκτελέσεως δημοσίου έργου, ανακύπτει ευθύνη της αναθέτουσας αρχής, απορρέουσα από τα άρθρα 197-198 ΑΚ, να αποκαταστήσει την ζημία, η οποία προξενήθηκε από την αιτία αυτή στον ανάδοχο. Όπως ήδη έχει αναφερθεί, συνήθως τέτοιες περιπτώσεις συνιστά η εσφαλμένη κοστολόγηση από τις υπηρεσίες της αναθέτουσας αρχής του προς ανάθεση έργου, με αποτέλεσμα ο προϋπολογισμός του έργου να αφίσταται από το πραγματικό κόστος εκτελέσεως συγκεκριμένων εργασιών. Σε αυτές τις περιπτώσεις, η αποκαταστατέα ζημία περιορίζεται στο «διαφυγόν κέρδος», κατ' άρθρο 298 εδ.2 ΑΚ, ήτοι στην διαφορά, η οποία προκύπτει από την σύγκριση της περιουσιακής καταστάσεως του αναδόχου, η οποία προέκυψε από την εκτέλεση της συμβάσεως με εκείνη, η οποία θα προέκυπτε, εν όψει και της συνηθισμένης πορείας των πραγμάτων ή των ειδικών περιστάσεων και, ιδίως των προπαρασκευαστικών μέτρων, εάν επιτυγχανόταν η σύναψη αυτής χωρίς την επίδραση της πλάνης και, συνεπώς, με όρους επωφελέστερους για τον ανάδοχο²⁰⁹.

2.3 Αποζημίωση λόγω συνάψεως άκυρης συμβάσεως

Ειδική, τέλος, ρύθμιση υπάρχει και στην περίπτωση, κατά την οποία η σύμβαση κηρυχθεί άκυρη από την Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., κατ' άρθρα 368-369 Ν.4412/2016· σε αυτήν την περίπτωση, και πάλι ο ίδιος ο νόμος στο άρθρο 371 παρ. 1 ορίζει τις συνέπειες, καθορίζοντας αφ' ενός μεν ότι η ακυρότητα έχει αναδρομική ισχύ, προφανώς από τον χρόνο της κατακύρωσης, αφ' ετέρου δε ότι οι αξιώσεις των μερών διέπονται από τις διατάξεις περί αδικαιολογήτου πλουτισμού (ΑΚ 904 επ.) και εκδικάζονται από τα αρμόδια δικαστήρια σύμφωνα με τις γενικές διατάξεις²¹⁰.

2.4 Χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης

Από τα ανωτέρω εκτεθέντα ήδη έχει προκύψει ότι αξίωση για την αποκατάσταση ηθικής βλάβης αναγνωρίζεται ευθέως, λαμβανόμενων υπ' όψιν αφ' ενός μεν ότι η

²⁰⁸ Βλ. ανωτέρω, Κεφάλαιο δεύτερο, αρ. 2 και τις υποσημειώσεις 78 και (ιδίως) 79.

²⁰⁹ Βλ. ΔΕΦΑΘ 1837/1987, 1922/1990, 206/1991, ΣτΕ 3233/1998 κ.ά.

²¹⁰ Προκειμένου για άκυρη στο σύνολο αυτής διοικητική σύμβαση, αρμόδιο είναι και πάλι το διοικητικό εφετείο, διότι θεωρείται ότι η διαφορά δημιουργήθηκε από διοικητική σύμβαση, βλ. ΣτΕ 3710/2010, 1402/2016 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

ευθύνη κατ' άρθρα 105-106 ΕισΝΑΚ χαρακτηρίζεται ως αδικοπρακτική, αφ' ετέρου δε ότι η διάταξη του άρθρου 299 ΑΚ περιλαμβάνεται στις «γενικές διατάξεις» για την επιδίκαση αποζημιώσεως, στις οποίες παραπέμπει το άρθρο 373 Ν.4412/2016· τούτο έχει ως συνέπεια, εφ' όσον ο παράνομος αποκλεισμός διαγωνιζομένου πληροί και το πραγματικό των ΑΚ 914 και 919, να επιδικάζεται και χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης κατ' άρθρο ΑΚ 932.²¹¹

3.- Η ένσταση συντρέχοντος πταίσματος

Το συντρέχον πταίσμα του ζημιωθέντος ενδιαφερομένου, κατ' ΑΚ 300, μειώνει την επιδικαστέα αποζημίωση από προσυμβατική ευθύνη της αναθέτουσας αρχής, κατά το ποσοστό, το οποίο το δικαστήριο κρίνει ότι τούτος συνετέλεσε στην πρόκληση ή την έκταση της ζημίας. Για παράδειγμα, το γεγονός ότι η εργολήπτρια εταιρεία είχε την δυνατότητα να ελέγξει, δια των συμβούλων αυτής, την ακρίβεια των προμετρήσεων των κατ' αποκοπήν εργασιών, όπως και το κατ' αποκοπήν συμφωνηθέν τίμημα, κατά το μεσολάβησαν χρονικό διάστημα μεταξύ της διακηρύξεως και της υπογραφής, θεμελιώνει συντρέχον πταίσμα αυτής. Επίσης, ο ανάδοχος βαρύνεται με συντρέχον πταίσμα, επειδή δεν ζήτησε, ως όφειλε, πληροφορίες και διευκρινίσεις σε όρους της συμβάσεως. Σε ορισμένες, μάλιστα, περιπτώσεις, η συντρέχουσα υπαιτιότητα του αναδόχου εξικνείται μέχρι την απόρριψη εν όλω της αξιώσεως αποζημιώσεως. Σχετικώς, απορρίφθηκε σχετική αξίωση του αναδόχου, ο οποίος, μολονότι είχε υποχρέωση από την διακήρυξη και την δυνατότητα, να επισκεφθεί την περιοχή του έργου και να ενημερωθεί για κάθε τυχόν πρόβλημα κατά την κατασκευή προτού υποβάλλει την προσφορά, το παρέλειψε²¹².-

²¹¹ Συνοδινός Χ., όπ.αν., σελ. 231

²¹² ΣτΕ 3233/1998, ΔΕΦΑΘ 4349/1997, 2492/1997, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

Συμπεράσματα

Ως προσυμβατική ευθύνη του Δημοσίου, των ΟΤΑ, των ΝΠΔΔ και των - εξομοιούμενων προς αυτά από την άποψη του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων- «οργανισμών δημοσίου δικαίου» ορίζεται η ευθύνη αυτών προς αποζημίωση για παράνομες και ζημιογόνες πράξεις ή παραλείψεις των οργάνων τους κατά το στάδιο της ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων προμηθειών αγαθών, εκτελέσεως έργων και παροχής υπηρεσιών. Η προσυμβατική ευθύνη στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων του Δημοσίου, των ΟΤΑ και των ΝΠΔΔ, ως μορφή αστικής ευθύνης, θεμελιώνεται και αυτή στα άρθρα 4 παρ. 5 και 20 παρ. 1 του Συντάγματος, καθώς και στα άρθρα 19 παρ. 1 ΣυνθΕΕ και 291 παρ. 1 ΣΛΕΕ. Σε επίπεδο τυπικού νόμου, εφαρμοστέες τυγχάνουν οι συρρέουσες διατάξεις των άρθρων 197-198 ΑΚ, μέσω των οποίων μεταφέρεται η αρχή της καλής πίστης ως γενικής αρχής του δικαίου και στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, των άρθρων 105-106 ΕισΝΑΚ και του άρθρου 373 Ν.4412/2016. Το τελευταίο αναδεικνύεται στην πιο σημαντική νομική βάση της προσυμβατικής ευθύνης, καθώς ρυθμίζει την αποζημιωτική αγωγή σε περίπτωση παράνομου αποκλεισμού ενός «ενδιαφερόμενου» οικονομικού φορέα, ο οποίος δεν είναι ο ανάδοχος, στην πλειοψηφία των συναπτόμενων δημοσίων συμβάσεων.

Κεντρικό άξονα στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων αποτελεί πλέον το μόνο ισχύον νομοθέτημα, ο Ν. 4412/2016, λόγω της κανονιστικής εμβέλειας αυτού, η οποία καθορίζεται από τα υποκειμενικά όρια εφαρμογής του. Ο, χρησιμοποιούμενος προς τούτο, όρος «οργανισμός δημοσίου δικαίου» καταλείπει εκτός του πεδίου εφαρμογής μόνον τους ασκούντες κερδοσκοπική εμπορική και βιομηχανική δραστηριότητα δημόσιους φορείς. Και τούτο ισχύει ανεξαρτήτως εκτιμώμενης αξίας της συμβάσεως, με συνέπεια το πεδίο εφαρμογής του Ν.4412/2016 να καταλαμβάνει τόσο τις δημόσιες συμβάσεις «κάτω των ορίων» όσο και εκείνες «άνω των ορίων» της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, όπως κάθε διετία αυτά προσδιορίζονται από την ΕΕ. Παραλλήλως, ως νέο, πολύ σημαντικό στοιχείο εισφέρεται και το γεγονός ότι η εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος δεν συνιστά πλέον *conditio sine qua non* για τον χαρακτηρισμό μίας συμβάσεως ως δημόσιας· συνακολούθως, οι «διοικητικές συμβάσεις» και οι «συμβάσεις ιδιωτικού δικαίου των φορέων του δημοσίου τομέα» αποτελούν υποκατηγορίες της μίας και μόνης έννοιας «δημόσια σύμβαση». Σε αντιστοίχιση προς την νέα πραγματικότητα της συνύπαρξης υπό την σκέπη ενός και μόνον νομοθετήματος σχεδόν όλων των μορφών συναλλακτικής δράσης σχεδόν όλων των φορέων του δημόσιου τομέα της οικονομίας, ευρίσκεται η υιοθέτηση και

εφαρμογή ενός και μόνον συστήματος έννομης προστασίας για όλες τις δημόσιες συμβάσεις, ανεξαρτήτως αντικειμένου (προμηθειών, έργων, υπηρεσιών), οργανώσεως της αναθέτουσας αρχής (δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου) και εκτιμώμενης αξίας (άνω ή κάτω των ορίων της Οδηγίας 2014/24). Κάνοντας χρήση της θεσμικής αδείας του άρθρου 94 παρ. 3 του Συντάγματος, ο κοινός νομοθέτης καθιέρωσε την ενιαία δικαιοδοσία για τις διαφορές, οι οποίες ανακύπτουν κατά το στάδιο της αναθέσεως μίας δημόσιας σύμβασης. Πράγματι, το Διοικητικό Εφετείο (και το Συμβούλιο της Επικρατείας για συμβάσεις προϋπολογιζομένης αξίας άνω των 15.000.000 ευρώ) είναι αποκλειστικώς αρμόδιο να εκδικάζει την αίτηση ακυρώσεως του βλαπτόμενου οικονομικού φορέα κατά της παράνομης πράξεως ή παραλείψεως κάθε αναθέτουσας αρχής, η οποία επέφερε τον αποκλεισμό του· της ακυρώσεως δε αυτής ακολουθεί η αποζημιωτική αγωγή ενώπιον των αρμοδίων κατά τις γενικές διατάξεις δικαστηρίων, όπως ορίζει το άρθρο 373 Ν.4412/2016 (διοικητικό πρωτοδικείο ή πολιτικά δικαστήρια). Κατ' αυτόν τον τρόπο έχει δημιουργηθεί ένα στέρεο και ασφαλές δικαιοσύνη περιβάλλον, το οποίο, σε συνέργεια με την ταχεία εκκαθάριση των διαφορών, είναι σε θέση να παράγει αδιαμφισβήτητη ωφέλεια για όλους τους συμμετέχοντες, αλλά και την εθνική οικονομία εντός της ενιαίας ευρωπαϊκής αγοράς.

Μειονέκτημα, βεβαίως, αποτελεί η μεγάλη έκταση του Ν.4412/2016, η οποία συνιστά αποτρεπτικό παράγοντα για την εμπέδωση των αρχών του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων από όλους τους μετέχοντες: της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, της διαφάνειας, της αναλογικότητας, της προστασίας των ιδιωτικών συμφερόντων, αλλά και του δημοσίου συμφέροντος, του ανταγωνισμού.

Εν τέλει, όμως, το μείζον στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων είναι ότι η προστασία του ιδιώτη έναντι της παρανομίας της αναθέτουσας αρχής έχει καταστεί πράγματι αποτελεσματική. Με την σύμπραξη θεωρίας, (εθνικής και ενωσιακής) νομολογίας και (εθνικού και ενωσιακού) νομοθέτη σε έναν δημιουργικό διάλογο, επετεύχθη να αναγνωρίζεται ως νόμω βάσιμη η αξίωση του αποκλεισθέντος από την σύναψη σύμβασης υποψηφίου για την επιδίκαση διαφέροντος, το οποίο δεν είναι το “θετικό διαφέρον” από την μη εκπλήρωση της ματαιωθείσας σύμβασης, ελλείπει της απαραίτητης νομικής αιτίας, συμπίπτει όμως με αυτό, δεδομένου ότι περιλαμβάνει το διαφυγόν κέρδος από την *ίδια και όχι άλλη, ίδια ή επωφελέστερη, σύμβαση*.-

Βιβλιογραφικές παραπομπές

- Βαλτούδης Αν., Ζητήματα περιεχομένου και έκτασης της αποζημίωσης στην προσυμβατική ευθύνη σε ΧρΙΔ Ε/2005.688.
- Γεωργιάδης Απ.– Παυλόπουλος Π., Η ευθύνη από τις διαπραγματεύσεις στο πλαίσιο των διοικητικών συμβάσεων (γνμδ.), ΝοΒ 35.701.
- Γεωργιάδης Απ., Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, Αθήνα, 2012.
- Γεωργιάδης Απ., Ενοχικό Δίκαιο – Γενικό Μέρος, Αθήνα, 1999.
- Γκασούκας Γ., Αποζημίωση σε διαγωνισμούς δημοσίων έργων, κρατικών προμηθειών, υπηρεσιών (ζημία – παράνομος αποκλεισμός- αντικειμενική ευθύνη), Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2005.
- Γώγος Κ., Η έννοια του οργανισμού δημοσίου δικαίου στην πρόσφατη νομολογία του ΔΕΚ για τις δημόσιες συμβάσεις, ΕΕΕυρΔ 1999.79 επ..
- Δαγτόγλου Πρ., Γενικό Διοικητικό Δίκαιο (7^η έκδοση), Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2014.
- Δωρής Φ., Ζητήματα αστικής ευθύνης από ιστορικοσυγκριτική και δικαιοσυγκριτική σκοπιά (προδημοσίευση από τον Τιμητικό Τόμο για τον Κ. Κεραμέα), Ζ/2007.673 επ.
- Καλαβρός Γρ.-Ευαγ., Καλαβρός Κ., Γνωμοδότηση , ΝοΒ 28.1661.
- Καράσης Μ., Η ευθύνη εκ των διαπραγματεύσεων (Νομοτεχνική κριτική του άρθρ. 198§1 Α.Κ.), ΝοΒ 26.592.
- Καράσης Μ., σε Γεωργιάδη Απ.– Σταθόπουλου Μ., Αστικός Κώδιξ (κατ' άρθρον ερμηνεία), Τόμος Ι, Γενικαί Αρχαί, Αθήναι, 1978.
- Καράσης Μ., Η προσυμβατική ευθύνη κατ' ΑΚ 197-198 , ΧρΙΔ Ε/2005. 769 επ.
- Καράσης Μ., Συρροή δικαιοπρακτικής και αδικοπρακτικής ευθύνης. Ένα ψευδοπρόβλημα, ΕλλΔνη 2005.633.
- Κουμάντος Γ., Ερμηνεία Αστικού Κώδικος (ΕρμΑΚ), Τόμος, Β, Άρθρα 197-198 Αθήναι, 1971.
- Κουτούπα – Ρεγκάκου Ευαν., Δημόσιες Συμβάσεις και Κοινοτικό Δίκαιο (Διαδικασίες Ανάθεσης και Έννομη Προστασία) σε Μελέτες Διοικητικού Δικαίου 2, Θεσσαλονίκη, 1995.
- Κουτούπα – Ρεγκάκου Ευαν., Οι αναθέτουσες αρχές κατά τις κοινοτικές οδηγίες- Η έννοια του οργανισμού δημοσίου δικαίου, ΕΕΕυρΔ 2000.563.
- Λαζαράτος Π., Η ευθύνη από τις διαπραγματεύσεις στις δημόσιες συμβάσεις (με αφορμή τις ΣτΕ 451/2013, 1943/2013), ΘΠΔΔ 2015.200.

Λαμπρόπουλος Ιωάν., Ζητήματα δικαστικής προστασίας κατά το προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων, μετά τις αλλαγές του ν.4782/2021, ΔιΔικ 2022.54.

Μαθιουδάκης Ιάκ., Η ματαίωση διαγωνισμού δημόσιας σύμβασης υπό τον Ν.4412/2016 – Δώδεκα Παρατηρήσεις, Αρμ. 2018. 383.

Μαργαρίτης Μ., Η αποζημίωση στα πολιτικά δικαστήρια για παράβαση των κανόνων διεξαγωγής των διαγωνισμών κατά το ν. 2522/1997, ΚριτΕπ 1999.139.

Μπαρμπαλιάς Π., Η κατά τα άρθρα 197 και 198 Α.Κ. ευθύνη εκ των διαπραγματεύσεων, ΝοΒ 22.733.

Παπαδοπούλου Α., Εθνικό Σύνταγμα και Κοινοτικό Δίκαιο: Το ζήτημα της υπεροχής, Αθήνα-Κομοτηνή 2009.

Παπανικολάου Π., Μεθοδολογία του Ιδιωτικού Δικαίου και Ερμηνεία των Δικαιοπραξιών, Αθήνα, 2000.

Παπαντωνίου Ν., Γενικές Αρχές του Αστικού Δικαίου (3^η έκδοση), Αθήνα, 1983.

Παντελίδου Κ., Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2016.

Παυλόπουλος, Πρ., Η σύμβαση εκτέλεσης δημόσιου έργου (Άρθρα και Γνωμοδοτήσεις), 1997.

Παυλόπουλος Πρ., Εισιτήριο λόγος στην Ακαδημία Αθηνών, 2022, <https://www.kathimerini.gr/politics/562193704/prokopis-paylopoylos-i-omilia-stin-akadimia-athinon/>

Ράικος Δ., Αγωγή αποζημιώσεως για προσυμβατικό «πταίσμα» (ν. 2522/1997) ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων, ΚριτΕ 1999.160.

Ράικος Δ., Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2022.

Σκουρής Δ. /Φραγκάκης Ν., Συνδυασμένη ερμηνεία και εφαρμογή ελληνικού και κοινοτικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών, Κοινοτική έννοια «οργανισμού δημοσίου δικαίου»-Η οδηγία 92/50/ΕΟΚ και η επιλογή διαδικασίας ανάθεσης-Ανάθεση μελετών σε δημόσιες επιχειρήσεις, ΔΕΗ (γνωμ.), ΝοΒ 1998.168.

Σοϊλεντάκης Ν., Η προσυμβατική ευθύνη στο διοικητικό δίκαιο σε ΔιοικΔ Ι (1998).1.

Σπηλιωτόπουλος Επ., Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου (13^η έκδοση), Αθήνα, 2017, Τόμος 1.

Σπυριδάκης Ιωάν., Έκταση και περιεχόμενο της αποζημίωσης κατά το άρθρ. 198 ΑΚ (σχόλιο στην ΠΠρωτΘεσ 831/1977), ΝοΒ 26.540.

Σπυριδάκης Ιωάν, Γενικές Αρχές (ΓενΑρχ), Αθήνα-Κομοτηνή, 1987.

Σταθόπουλος Μ., Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, Ι, Αθήνα, 1979.

Συνοδινός Χ., Αξίωση αποζημίωσης για παραβάσεις κατά το προσυμβατικό στάδιο κατάρτισης συμβάσεων του δημοσίου, απορρέουσα από το κοινοτικό δίκαιο, ΚριτΕ 1999.201.

Τσολακίδης Ζ., Η προσυμβατική ευθύνη στο σύστημα του Αστικού Κώδικα, ΕφΑΔ 2009.264.

Τσολακίδης Ζ., Η αποζημίωση στην προσυμβατική ευθύνη, ΜΟΝΟΓΡΑΦΙΕΣ ΙΔΙΩΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ (Διεύθυνση Δ.Χ. Λιάπης), Αθήνα, 2020,.

Χατζηγιαννάκης Β., Το έννομο συμφέρον προσφέροντος σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης - Η έννοια του οριστικώς αποκλεισθέντος, ΕΔΔΔ 2019.14.

Χρυσανθάκης Χ., Η συνταγματική δυνατότητα ενιαίας εκδίκασης ιδιωτικών διαφορών και διοικητικών διαφορών ουσίας, ΕΔΔΔ 2002.215.

Επίσης:

Αιτιολογική Έκθεση του Ν. 4412/2016

<https://www.oecd.org/gov/public-procurement>

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/2011-model-law-on-public-procurement-e.pdf>