

# Η νέα δικονομία των δημοσίων συμβάσεων: ακόμη μια χαμένη ευκαιρία

του Κωνσταντίνου Θ. Γιαννακόπουλου

Επίκουρου Καθηγητή Νομικής Σχολής  
Πανεπιστημίου Αθηνών

Το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό τα τελευταία χρόνια οδήγησε, πρωτίστως χάρη στην επίδραση του ευρωπαϊκού δικαίου, στην αναγνώριση δικαιωμάτων τόσο υπέρ των οικονομικών φορέων που διεκδικούν την ανάθεση μιας δημόσιας σύμβασης όσο και υπέρ των τρίτων μη συμβαλλόμενων ανταγωνιστών τους<sup>1</sup>. Αυτή η αναγνώριση, όμως, δεν θα μπορούσε να είναι αποτελεσματική χωρίς τη θέσπιση δικονομικών εγγυήσεων για τη δικαστική προστασία των παραπάνω δικαιωμάτων. Για τον λόγο αυτόν, οι «δικονομικές» οδηγίες 89/665/ΕΟΚ<sup>2</sup> και 92/13/ΕΟΚ<sup>3</sup> επέβαλαν στα κράτη-μέλη να ενεργοποιήσουν μηχανισμούς διασφάλισης αποτελεσματικών και ταχέων προσφυγών σε περίπτωση παραβίασης του παράγωγου ευρωπαϊκού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις ή των εθνικών διατάξεων ενσωμάτωσής του στις εθνικές έννομες τάξεις. Εξάλλου, ακόμη και στο πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων που δεν υπάγονται -ή δεν υπάγονται πλήρως- στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις, οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς πρέπει

να τυγχάνουν αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας<sup>4</sup>. Περαιτέρω, αναφορικά με το ζήτημα της προστασίας των τρίτων μη συμβαλλόμενων ανταγωνιστών μετά τη σύναψη μιας δημόσιας σύμβασης, το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (νυν Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης) έκρινε ότι οι μη επιτυχόντες υποψήφιοι ή προσφέροντες μπορούν να ζητήσουν τον έλεγχο της νομιμότητας της διαδικασίας εκτέλεσης της σύμβασης<sup>5</sup>.

Η ύπαρξη μιας σειράς αδυναμιών στους μηχανισμούς που θεσπίστηκαν στα κράτη-μέλη δεν επέτρεψαν την πλήρη επίτευξη των στόχων των «δικονομικών» οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ. Μεταξύ των αδυναμιών αυτών ξεχώριζε η απουσία προθεσμίας που καθιστά δυνατή την αποτελεσματική άσκηση προσφυγής μεταξύ της απόφασης για ανάθεση μιας σύμβασης και της σύναψης της σύμβασης αυτής. Αυτό μερικές φορές είχε ως αποτέλεσμα οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες φορείς, που επιθυμούν να καταστήσουν αμετάκλητες τις συνέπειες της αμφισβητούμενης απόφασης για ανάθεση, να επισπεύδουν την υπογραφή της σύμβασης («course à la signature»). Για να αντιμετωπιστεί η αδυναμία αυτή, ήταν αναγκαίο να προβλεφθεί ελάχιστη ανασταλτική προθεσμία κατά τη διάρκεια της οποίας αναστέλλεται η σύναψη της σχετικής σύμβασης, ασχέτως του αν η εν λόγω σύναψη γίνεται τη στιγμή της

(1) Βλ., αντί άλλων, Κ. Γιαννακόπουλου, Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των διοικητικών συμβάσεων, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα - Κομοτηνή 2006. Βλ., επίσης, την απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ) της 19ης Ιουνίου 2008, C-454/06, presstext Nachrichtenagentur, Χρ. Μητκίδη, Οι αλλοιώσεις των δημοσίων συμβάσεων κατά την εκτέλεσή τους, σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η υπόθεση Presstext, ΘΠΔΔ 10/2010, σ. 1017 επ..

(2) Οδηγία του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων (ΕΕ L 395 της 30.12.1989, σ. 33).

(3) Οδηγία του Συμβουλίου, της 25ης Φεβρουαρίου 1992, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων σχετικά με την εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων στις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων φορέων οι οποίοι λειτουργούν στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (ΕΕ L 76 της 23.3.1992, σ. 14).

(4) Βλ. την Εξιμηνευτική Ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με το κοινοτικό δίκαιο που εφαρμόζεται στην ανάθεση συμβάσεων οι οποίες δεν καλύπτονται ή καλύπτονται εν μέρει από τις οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις (2006/C 179/02). Βλ. και Α. Κατσιμέρου, Συμβάσεις κάτω από τα κοινοτικά χρηματικά όρια, ΔηΣΚΕ 2/2009, σ. 36 επ., Γ. Σαμπάνη/Χ. Συνοδινού, Συμβάσεις του Δημοσίου. Προστασία κάτω από τα ευρωπαϊκά κατώφλια, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα 2010.

(5) Βλ. την απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99 P, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψεις 75 επ..

υπογραφής της σύμβασης ή όχι<sup>6</sup>. Εξάλλου, προκειμένου να καταπολεμηθεί η παράνομη απευθείας ανάθεση συμβάσεων, δηλαδή η σημαντικότερη παράβαση του ευρωπαϊκού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις εκ μέρους μιας αναθέτουσας αρχής ή ενός αναθέτοντος φορέα, έπρεπε να προβλεφθεί αποτελεσματική, αναλογική και αποτρεπτική κύρωση. Συναφώς, κάθε σύμβαση που προκύπτει από παράνομη απευθείας ανάθεση έπρεπε να θεωρείται κατ' αρχήν ανενεργής, χωρίς να αποκλείονται, σε εξαιρετικές περιπτώσεις, οι εναλλακτικές κυρώσεις<sup>7</sup>. Τέλος, έπρεπε να ληφθούν τα κατάλληλα μέτρα ώστε να διασφαλιστεί η αποτελεσματική δικαστική προστασία των τρίτων μη συμβαλλόμενων ανταγωνιστών κατά την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων, ζήτημα που δεν καλυπτόταν από τις διατάξεις του παράγωγου ευρωπαϊκού δικαίου.

Συναφώς, η νέα «δικονομική» οδηγία 2007/66/EK δεν περιορίστηκε μόνο στη βελτίωση των υφιστάμενων εθνικών μηχανισμών προσφυγής κατά το στάδιο σύναψης των δημοσίων συμβάσεων. Απαιτήσε επιπλέον τη θέσπιση μιας νέας προσφυγής που επιτρέπει τη διαπίστωση, ακόμη και μετά την υπογραφή των εν λόγω συμβάσεων, ότι μπορεί να παραμένουν ανενεργές όσες συμβάσεις συνάπτονται κατά παράβαση των υποχρεώσεων διαφάνειας και προηγούμενου ανοίγματος της διαδικασίας ανάθεσής τους στον ανταγωνισμό<sup>8</sup>. Την ίδια στιγμή, έγινε δεκτό ότι

(6) Βλ. την αιτιολογική σκέψη 4 της οδηγίας 2007/66/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Δεκεμβρίου 2007, για την τροποποίηση των οδηγιών 89/665/EOK και 92/13/EOK του Συμβουλίου όσον αφορά τη βελτίωση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης δημοσίων συμβάσεων (EE L 335 της 20.12.2007, σ. 31).

(7) Βλ. τις αιτιολογικές σκέψεις 13 επ. της οδηγίας 2007/66/EK. Αξίζει να σημειωθεί ότι ο χαρακτηρισμός των παράνομων απευθείας αναθέσεων ως της σημαντικότερης μορφής παράβασης του ευρωπαϊκού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις δεν σημαίνει ότι μόνον ως προς τις περιπτώσεις αυτές πρέπει να προβλέπεται, υπό προϋποθέσεις, το ανενεργό των αποτελεσμάτων της σύμβασης. Άλλωστε, κατά τη διάρκεια διαγωνιστικών διαδικασιών, μπορούν να συντρέξουν πολύ σημαντικές παραβάσεις του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και του δικαίου του ανταγωνισμού, οι οποίες θα δικαιολογούσαν την ακυρότητα της μετέπειτα τυχόν συναφθείσας σύμβασης. Βλ., σχετικά, Κ. Γιαννακόπουλου, Η προστασία..., ό.π., ιδίως αρ. 117 επ..

(8) Βλ., αντί άλλων, Α. Γέροντα, Η παροχή αποτελεσματικής έννομης προστασίας στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Μια πρώτη προσέγγιση της οδηγίας 2007/66/EK της 11.12.2007 για την τροποποίηση των οδηγιών 89/665/EOK και 92/13/EOK του Συμβουλίου όσον αφορά τη βελτίωση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σε: Χαριστήριο εις Λουκά Θεοχαρόπουλο και Δήμητρα Κοντόγιωργα - Θεοχαροπού-

λου κράτη-μέλη δεν μπορούν να επικαλούνται απέναντι στα όργανα της Ένωσης το άρθρο 2, παρ. 6, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 89/665/EOK, προκειμένου να διατηρούν τα αποτελέσματα συμβάσεων που καταρτίστηκαν κατά παράβαση των υποχρεώσεων διαφάνειας και ανοίγματος στον ανταγωνισμό, διότι αυτό θα μπορούσε να συρρικνώσει το περιεχόμενο των διατάξεων του δικαίου της Ένωσης περί δημιουργίας της εσωτερικής αγοράς και να θίξει το ωφέλιμο αποτέλεσμα των διατάξεων των άρθρων 226 ΕΚ και 228 ΕΚ (νυν άρθρων 258 και 260 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης)<sup>9</sup>. Ενόψει των παραπάνω εξελίξεων του ευρωπαϊκού δικαίου, κατέστη προφανές ότι τα κράτη-μέλη δεν όφειλαν μόνο να εκσυγχρονίσουν τις υφιστάμενες διαδικασίες προσφυγής ή να θεσπίσουν την απευθείας προσφυγή κατά των δημοσίων συμβάσεων που προβλέπει η νέα «δικονομική» οδηγία. Όπως κατέδειξε και το γαλλικό Συμβούλιο της Επικρατείας (*Conseil d'Etat*) στην περίφημη απόφασή του «*Société Tropic Travaux Signalisation*», έπρεπε να προωθηθεί μια συνολική επανίδρυση του μηχανισμού δικαστικού ελέγχου των δημοσίων συμβάσεων, έτσι ώστε συμβαλλόμενοι και τρίτοι να μπορούν να αμφισβητούν το κύρος δημοσίων συμβάσεων ή μεμονωμένων όρων τους, καθώς και κάθε πράξης εκτέλεσης ή τροποποίησης των εν λόγω συμβάσεων<sup>10</sup>.

Στην Ελλάδα, οι νόμοι 2522/1997 και 2854/2000, οι οποίοι ενσωμάτωσαν τις «δικονομικές» οδηγίες 89/665/EOK και 92/13/EOK καθυστερημένα και κατόπιν σχετικής καταδίκης της χώρας μας<sup>11</sup>, εκσυγχρόνισαν τη δικονομία των δημοσίων συμβάσεων κυρίως μέσω της θέσπισης της σχετικής αίτησης ασφαλιστικών μέτρων. Ωστόσο, δεν κατόρθωσαν να διασφαλίσουν το απαιτούμενο επίπεδο αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας για όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, υποψηφίους και τρίτους. Κατ' αρχάς, οι παραπάνω νόμοι δεν ρύθμισαν ούτε το σύνολο των δημοσίων συμβάσεων και των

λου, Θεσσαλονίκη 2009, τ. II, σ. 61 επ., Κ. Σκουρή, Η νέα δικονομική οδηγία 2007/66/EK, ΔηΣΚΕ 2009, σ. 40 επ..

(9) Βλ. τις αποφάσεις του ΔΕΕ, της 18ης Ιουλίου 2007, C-503/04, Επιτροπή κατά Γερμανίας, σκέψεις 33 επ., και της 12ης Νοεμβρίου 2009, C-199/07, Επιτροπή κατά Ελλάδας, σκέψεις 24 και 25.

(10) Βλ. Κ. Γιαννακόπουλου, Η νομολογιακή επανίδρυση του δικαίου των διοικητικών συμβάσεων. Σχόλιο στην απόφαση του Conseil d'Etat, Ass., 16.7.2007, Société Tropic Travaux Signalisation, ΕφημΔΔ 4/2007, σ. 482 επ..

(11) Βλ. την απόφαση του ΔΕΕ της 19ης Σεπτεμβρίου 1996, C-236/95, Επιτροπή κατά Ελλάδας.

συμβάσεων παραχώρησης ούτε το στάδιο εκτέλεσης αυτών<sup>12</sup>, γεγονός που, ενόψει του παραδοσιακού συστήματος της διπλής δικαιοδοσίας και της διάκρισης μεταξύ ακυρωτικών και ουσιαστικών διοικητικών διαφορών, δημιούργησε ένα περίπλοκο και συχνά ασάφες σύστημα παροχής δικαστικής προστασίας. Εξάλλου, οι εν λόγω νόμοι, περιορίζοντας τις διατάξεις τους στις ελάχιστες απαιτήσεις του παράγωγου ευρωπαϊκού δικαίου, δεν εξόπλισαν τους εθνικούς δικαστές με τις κατάλληλες αρμοδιότητες, οι οποίες θα επέτρεπαν την αποτελεσματική προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού στο πλαίσιο της κατάρτισης και της εκτέλεσης των δημοσίων συμβάσεων. Συνεπώς, ο μεν διοικητικός δικαστής παρέμεινε δέσμιος των ορίων του ακυρωτικού ελέγχου<sup>13</sup>, ο δε πολιτικός δικαστής ουδέποτε προσαρμόστηκε στις απαιτήσεις του ευρωπαϊκού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων<sup>14</sup>. Επιπλέον, ο μεγάλος αριθμός των εκκρεμοσών υποθέσεων και τα συνήθη φαινόμενα κακοδιοίκησης οδήγησαν γρήγορα στην καταστρατήγηση των σύντομων δικονομικών προθεσμιών που πρόβλεψε ο νομοθέτης και στην υπέρμετρη επιβάρυνση της διαδικασίας λόγω του πρακτικού συνδυασμού της, κατά κανόνα, σιωπηρώς απορριπτόμενης προδικαστικής προσφυγής με την άσκηση των ποικίλων κοινών διοικητικών προσφυγών<sup>15</sup>. Περαιτέρω, τα κενά ως προς την παρεχόμενη δικαστική προστασία διευρύνθηκαν με τη διάταξη του άρθρου 4 παρ. 2 του ν. 2522/1997<sup>16</sup>, η οποία διασφάλιζε την ασυλία της σύμβασης κατά τρόπο που δημιούργησε σοβαρές αμφιβολίες τόσο ως προς τη συνταγματικότητά της όσο και ως προς τη συμβατότητά της με το ευρωπαϊκό δίκαιο<sup>17</sup>. Τέλος, σε ό,τι αφορά την αποζημίωση των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων, η παραπομπή του άρθρου 5, παρ.

1, πρώτο εδάφιο, του ν. 2522/1997 στα άρθρα 197 και 198 του Αστικού Κώδικα προκάλεσε ερωτήματα τόσο ως προς τον χαρακτήρα της επίμαχης ευθύνης ως αντικειμενικής ή υποκειμενικής όσο και ως προς τον προσδιορισμό της έκτασης της σχετικής αποζημίωσης<sup>18</sup>. Την ίδια στιγμή, η διάταξη της παρ. 2 του ίδιου άρθρου του ν. 2522/1997, σύμφωνα με την οποία η επιδίκαση αποζημίωσης προϋποθέτει την προηγούμενη ακύρωση ή την αναγνώριση της ακυρότητας της παράνομης βλαπτικής πράξης από τον αρμόδιο δικαστή, δικαιολογημένα έγινε αντικείμενο κριτικής ως προς τη συμβατότητά της, αφενός, με τις συνταγματικές βάσεις της αστικής ευθύνης της Δημόσιας Διοίκησης<sup>19</sup> και, αφετέρου, με την αρχή της ισοδυναμίας που πηγάζει από το ευρωπαϊκό δίκαιο<sup>20</sup>.

Μολονότι ο Έλληνας διοικητικός δικαστής κατόρθωσε, στο μέτρο που του επιτρέπουν οι συνταγματικές του αρμοδιότητες, να καλύψει πολλά από τα κενά των νόμων 2522/1997 και 2854/2000<sup>21</sup>, ο πρόσφατος ν. 3886/2010<sup>22</sup>, με τον οποίο ενσωματώθηκε η οδηγία 2007/66/ΕΚ και αντικαταστάθηκαν οι δύο παραπάνω νόμοι, δείχνει ότι ο Έλληνας νομοθέτης μάλλον δυσκολεύεται να επιταχύνει και να βελτιώσει ποιοτικά το έργο του<sup>23</sup>. Αφενός, πρόκειται για μια ακόμη καθυστερημένη νομοθετική ενσωμάτωση του παράγωγου

(12) Βλ. το άρθρο 1 του ν. 2522/1997 και το άρθρο 1 του ν. 2854/2000.

(13) Για τη δυσχέρεια επίκλησης του δικαίου του ανταγωνισμού στο πλαίσιο του ακυρωτικού ελέγχου, βλ. Κ. Γιαννακόπουλου, Η προστασία..., ό.π., αρ. 857.

(14) Αντί άλλων, βλ., σχετικά με τη με αριθ. 356/26.9.2006 Εγκύκλιο του Προέδρου του Αρείου Πάγου, Κ. Γιαννακόπουλου, Η υποχρέωση σύμφωνης με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνείας και εφαρμογής των κανόνων της διοικητικής δικονομίας, Εφημ.ΔΔ 1/2008, σ. 102 επ., ιδίως σ. 121, υποσ. 131.

(15) Βλ. το άρθρο 3 παρ. 2 του ν. 2522/1997.

(16) Βλ. και το άρθρο 2 παρ. 3 του ν. 2854/2000.

(17) Βλ. Ε. Σπηλιωτόπουλου, Αντισυνταγματικές διατάξεις των νόμων 2522/1997 και 2854/2000, Τμητικός Τόμος Κ. Μπέη, 2003, τόμος V, σ. 3939 επ., ιδίως σ. 3944, Κ. Γιαννακόπουλου, Η προστασία..., ό.π., ιδίως αρ. 117 επ., με αναφορές στο πρωτογενές ευρωπαϊκό δίκαιο.

(18) Βλ. Ε. Σπηλιωτόπουλου, Αντισυνταγματικές διατάξεις..., ό.π., σ. 3944 επ., Γ. Γκασούκα, Αποζημίωση σε διαγωνισμούς δημοσίων έργων, κρατικών προμηθειών, υπηρεσιών, εκδ. Σάκουλα, Αθήνα - Θεσσαλονίκη 2005, σ. 183 επ.

Ας σημειωθεί ότι, σύμφωνα με την πρόσφατη απόφαση του ΔΕΕ της 30ης Σεπτεμβρίου 2010, C-314/09, Strabag, η οδηγία 89/665/ΕΟΚ έχει την έννοια ότι απαγορεύει εθνική κανονιστική ρύθμιση που εξαρτά το δικαίωμα αποζημίωσης λόγω παράβασης, εκ μέρους αναθέτουσας αρχής, του δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων από τον υπαίτιο χαρακτήρα της παράβασης αυτής.

(19) Βλ. Ε. Σπηλιωτόπουλου, Αντισυνταγματικές διατάξεις..., ό.π., σ. 3944 επ.. Βλ., επίσης, την απόφαση ΣτΕ Τμ. Β' 817/2010.

(20) Βλ. την απόφαση ΣτΕ Ολ. 606/2008, σκέψη 17.

(21) Ενδεικτικώς, αξίζει να γίνει αναφορά στην εφαρμογή του ν. 2522/1997 ακόμη και στις συμβάσεις που δεν εμπίπτουν πλήρως στο πεδίο εφαρμογής των ευρωπαϊκών οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις (βλ. τις αποφάσεις ΣτΕ ΕΑ 77/2005, 374 - 375/2005 και 399/2005), καθώς και στην πρόβλεψη δεκαπενθήμερης προθεσμίας από την εκπνοή της προθεσμίας άσκησης αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, εντός της οποίας η αναθέτουσα αρχή δεν επιτρέπεται, κατ' αρχήν, να συνάψει την επίμαχη σύμβαση (βλ. τις αποφάσεις ΣτΕ ΕΑ 82/2003, 226/2004, 1090/2006 και 509/2007).

(22) Βλ. το κείμενο του νόμου αυτού στη σ. 613 επ. του παρόντος τεύχους.

(23) Για μια κριτική ανάλυση της εξέλιξης της δικονομίας των δημοσίων συμβάσεων στην Ελλάδα, βλ. C. Yannakopoulos, Le droit hellénique face aux défis du contentieux des contrats publics, RFDA (υπό δημοσίευση).

ευρωπαϊκού δικαίου, η οποία έλαβε χώρα περίπου ένα χρόνο μετά την εκπνοή της σχετικής προθεσμίας (20.12.2009) και αφού οι εθνικές αρχές δέχτηκαν την πίεση αυτή τη φορά από την Ευρωπαϊκή Ένωση και το Διεθνές Νομισματικό Ταμείο, που περιέλαβαν τη συγκεκριμένη ενσωμάτωση στο «Μνημόνιο» για την εφαρμογή του μηχανισμού στήριξης της χώρας μας<sup>24</sup>. Αφετέρου, ο νέος νόμος μπορεί να εισάγει σημαντικές και αναγκαίες ρυθμίσεις, πλην όμως ο Έλληνας νομοθέτης πάλι περιορίζεται στην εφαρμογή των ελάχιστων απαιτήσεων του παράγωγου ευρωπαϊκού δικαίου, διστάζοντας να προβεί στην απαιτούμενη συστηματική αναδιάρθρωση της διοικητικής δικονομίας. Ο αποσπασματικός και ατελής χαρακτήρας των ρυθμίσεων αναδεικνύεται και στις τρεις βασικές καινοτομίες του ν. 3886/2010<sup>25</sup>: στο νέο καθεστώς της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων (Α), στο νέο ένδικο βοήθημα για τον έλεγχο του κύρους των συμβάσεων (Β) και στη νέα κατανομή των δικαιοδοτικών αρμοδιοτήτων (Γ).

## Α. Το νέο καθεστώς της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων

Η σημαντικότερη αλλαγή που επιφέρει ο νέος νόμος στο καθεστώς της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων συνίσταται στην πρόβλεψη ότι τόσο η άσκηση όσο και η προθεσμία άσκησης της εν λόγω αίτησης κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης, εκτός εάν με την προσωρινή διαταγή ο αρμόδιος δικαστής αποφανθεί διαφορετικά<sup>26</sup>. Συναφώς, ορίζεται ότι, εάν η σύμβαση υπογραφεί κατά παράβαση των παραπάνω διατάξεων, η εν λόγω υπογραφή δεν αντιτάσσεται στον ενδιαφερόμενο ούτε κωλύει την παροχή της προσήκουσας έννομης προστασίας<sup>27</sup>. Για τον λόγο αυτόν, ο αιτών οφείλει να ειδοποιεί σχετικά την αναθέτουσα αρχή με κάθε πρόσφορο μέσο, όπως τα ηλεκτρονικά και η τηλεομοιοτυπία, μέσα σε δέκα ημέρες από την άσκηση

(24) Βλ. το σημείο 4 iii, πρώτο εδάφιο, του Παραρτήματος IV του ν. 3845/2010 «Μέτρα για την εφαρμογή του μηχανισμού στήριξης της ελληνικής οικονομίας από τα κράτη-μέλη της ζώνης του Ευρώ και το Διεθνές Νομισματικό Ταμείο» (ΦΕΚ Α' 65/6.5.2010), όπου προβλέπεται ότι: «Η Κυβέρνηση θα ολοκληρώσει την αποτελεσματική ενσωμάτωση της οδηγίας 2007/66/ΕΚ για τις διαδικασίες προσφυγής στον τομέα της σύναψης δημοσίων συμβάσεων και ταυτόχρονα θα διασφαλίσει ότι η ευθύνη για την εξέταση των διαδικασιών ανάθεσης θα δίνεται στα διοικητικά δικαστήρια».

(25) Ας σημειωθεί ότι ο νέος νόμος περιλαμβάνει και διατάξεις σχετικά με τη ρύθμιση της συνεργασίας των ελληνικών αρχών με την Ευρωπαϊκή Επιτροπή (βλ. το άρθρο 10 του ν. 3886/2010).

(26) Βλ. το άρθρο 5 παρ. 2, πρώτο εδάφιο, του ν. 3886/2010.

(27) Βλ. το άρθρο 6 του ν. 3886/2010.

της αίτησης. Κατά τα λοιπά, η άσκηση αίτησης ασφαλιστικών μέτρων δεν κωλύει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, εκτός αν ορίζεται άλλως με την προσωρινή διαταγή που εκδίδεται από τον αρμόδιο δικαστή<sup>28</sup>. Ο τελευταίος μπορεί, με την κατάθεση της αίτησης και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών ημερών, να εκδώσει, αυτεπαγγέλτως ή κατόπιν αίτησης, προσωρινή διαταγή, που καταχωρίζεται κάτω από την αίτηση και περιέχει τα μέτρα τα οποία πρέπει να ληφθούν ως την έκδοση της απόφασης και στα οποία μπορεί να περιλαμβάνεται και η άρση της απαγόρευσης σύναψης της σύμβασης, εφόσον η αίτηση είναι προδήλως απαράδεκτη ή προδήλως αβάσιμη<sup>29</sup>.

Περαιτέρω, ο ν. 3886/2010 δεν επιφέρει ουσιώδεις αλλαγές ούτε ως προς τα πρόσωπα που έχουν έννομο συμφέρον να ασκήσουν αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ούτε ως προς τις βασικές προϋποθέσεις και τις συνέπειες τυχόν αποδοχής της αίτησης αυτής<sup>30</sup>. Οι νέες ρυθμίσεις στοχεύουν κυρίως στην προσαρμογή του εθνικού δικαίου στις ειδικότερες απαιτήσεις της οδηγίας 2007/66/ΕΚ και στην αντιμετώπιση αμφισβητούμενων ζητημάτων που είχαν ανακύψει κατά την εφαρμογή του ν. 2522/1997.

Συναφώς, διατηρείται ο θεσμός της υποχρεωτικής προδικαστικής προσφυγής, η δε νέα δεκαήμερη προθεσμία άσκησης της αφότου ο ενδιαφερόμενος έλαβε πλήρη γνώση της παράνομης πράξης ή παράλειψης<sup>31</sup> εμποδίζει την υπογραφή της σύμβασης<sup>32</sup>, γεγονός που αντιστοιχεί στην ελάχιστη σχετική προθεσμία (*stand still*) που απαιτεί η οδηγία 2007/66/ΕΚ.

Έξαλλου, ορίζεται ότι, σε διαφορές διεπόμενες από τον νέο νόμο, δεν εφαρμόζονται οι διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας ή εσωτερικών κανονισμών που προβλέπουν την άσκηση διοικητικών προσφυγών κατά εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της διαδικασίας διεξαγωγής δημοσίων διαγωνισμών<sup>33</sup>. Πρόκειται για μια ειδική ρύθμιση που ελαφρύνει τη σχετική διοικητική διαδικασία, αίροντας τις δικονομικές συνέ-

(28) Βλ. το άρθρο 5 παρ. 2, εδάφια δεύτερο και τρίτο, του ν. 3886/2010.

(29) Βλ. το άρθρο 5 παρ. 4 του ν. 3886/2010.

(30) Βλ. το άρθρο 2 και το άρθρο 5 παρ. 5, 6 και 7 του ν. 3886/2010.

(31) Κατά το άρθρο 4 παρ. 1 του ν. 3886/2010, ως πλήρης νοείται η γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου και της αιτιολογίας της.

(32) Βλ. το άρθρο 4 παρ. 1 σε συνδυασμό με το άρθρο 5 παρ. 2, πρώτο εδάφιο, του ν. 3886/2010.

(33) Βλ. το άρθρο 4 παρ. 6 του ν. 3886/2010.

πριες της παράλειψης άσκησης των λοιπών διοικητικών προσφυγών<sup>34</sup>.

Επιπλέον, προβλέπεται ρητώς πλέον ότι η παράλειψη της κοινοποίησης της προδικαστικής προσφυγής στον εκπρόσωπο ή τον αντίκλητο κάθε θιγομένου από τυχόν ολική ή μερική παραδοχή της δεν επάγεται απαράδεκτο της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων σε περίπτωση απόρριψης αυτής της προδικαστικής προσφυγής<sup>35</sup>. Η εν λόγω πρόβλεψη φαίνεται να επιλύει ένα ζήτημα επί του οποίου η νομολογία των αρμοδίων Τμημάτων του Συμβουλίου της Επικρατείας εμφάνισε αξιοσημείωτες διαφοροποιήσεις και παλιωδίες<sup>36</sup>.

Ο νέος νόμος, σταθμίζοντας μεταξύ κακοδιοίκησης και δικαιολογημένης καθυστέρησης κατά την άσκηση του διοικητικού έργου, ορίζει επίσης ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να δεχθεί ολικώς ή μερικώς την προδικαστική προσφυγή και μετά την πάροδο της δεκαπενθήμερης πλέον σχετικής προθεσμίας, έως την προτεραία της πρώτης ορισθείσας δικάσιμου της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, στην περίπτωση δε αυτή καταργείται αντιστοίχως η δίκη επί της εν λόγω αίτησης<sup>37</sup>. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί επίσης να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία για την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής, ακόμη και μετά την άσκηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, το αργότερο έξι ημέρες πριν από την, αρχική ή μετ' αναβολή, δικάσιμο της αίτησης αυτής<sup>38</sup>, γεγονός που οδηγεί σε αναβολή της συζήτησης, αλλά και αποκλίνει από τη γενική αρχή ότι, στο πλαίσιο του ακυρωτικού ελέγχου, η νομιμότητα της προσβαλλόμενης πράξης κρίνεται ενόψει των στοιχείων που υπάρχουν κατά την έκδοση της πράξης αυτής. Ας σημειωθεί ότι, κατά τον νέο νόμο, το δικαστήριο, σταθμίζοντας τις συντρέχουσες σε κάθε περίπτωση συνθήκες και εφόσον κρίνει ότι η παράλειψη αιτιολόγησης ή η καθυστερημένη αιτιολόγηση της απόρριψης της προδικαστικής προσφυγής καθιστά ιδιαίτερος δυσχερή την ουσιαστική παροχή έννομης προστασίας, μπορεί πλέον, με την απόφαση

επί της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, να επιβάλλει αυτεπαγγέλτως χρηματική κύρωση στην αρχή<sup>39</sup>.

Τέλος, επαναπροσδιορίζονται οι προθεσμίες μέσα στις οποίες πρέπει να γίνουν οι κλητεύσεις (όχι λιγότερο από δεκαπέντε ημέρες από τη συζήτηση), να λάβει χώρα η εκδίκαση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων (όχι πάνω από τριάντα ημέρες από την κατάθεσή της)<sup>40</sup> και να εκδοθεί η σχετική απόφαση (εντός είκοσι ημερών από την εκδίκασή της)<sup>41</sup>. Προβλέπεται δε ότι, εφόσον η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων γίνει δεκτή, η αναθέτουσα αρχή «μπορεί να συμμορφωθεί προς το διατακτικό ή και το εν γένει περιεχόμενο της απόφασης» και να ανακαλέσει ή να τροποποιήσει κατάλληλα τη διοικητική πράξη που προκάλεσε τη διαφορά ή, επί παράλειψης, να εκδώσει την οφειλόμενη ρητή πράξη<sup>42</sup>. Η ρύθμιση αυτή έχει ατυχή, από νομοτεχνική άποψη, διατύπωση<sup>43</sup> και μπορεί να οδηγήσει σε κατάργηση της δίκης<sup>44</sup>. Πλην όμως, απηχεί τα πορίσματα της νομολογίας και διευκολύνει την αποτελεσματικότητα και την ταχύτητα του διοικητικού έργου, χωρίς να θίγει τη δικαστική προστασία των ενδιαφερομένων<sup>45</sup>.

Δεν χωρεί αμφιβολία ότι όλες οι παραπάνω ρυθμίσεις συμβάλλουν σημαντικά στον εκσυγχρονισμό του θεσμού της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, προς την κατεύθυνση της αντιμετώπισης της συνεχιζόμενης πρακτικής επίσπευσης της υπογραφής της σύμβασης. Ωστόσο, την ίδια στιγμή, οι εν λόγω ρυθμίσεις αναπαράγουν βασικές επιλογές του προϋφιστάμενου νομικού πλαισίου οι οποίες δεν διευκολύνουν την αποτελεσματική δικαστική προστασία των ενδιαφερομένων.

Ειδικότερα, ο νέος νόμος δεν αποφεύγει την κριτική που, κατά τα προαναφερθέντα, ασκήθηκε στη διάταξη του άρθρου 4 παρ. 2 του ν. 2522/1997, καθώς ορίζεται εκ νέου ότι, με την επιφύλαξη του αυτόθροου ανα-

(34) Πρβλ. την από 28.9.2010 έκθεση του Επιστημονικού Συμβουλίου της Βουλής, σ. 4 επ..

(35) Βλ. το άρθρο 4 παρ. 2 του ν. 3886/2010.

(36) Βλ., ενδεικτικώς, τις αποφάσεις ΣτΕ ΕΑ Δ' 334/1999 (παραδεκτή η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, εφόσον η προδικαστική προσφυγή τελικώς απορρίφθηκε), Β' 246/2009 (απαράδεκτη η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων σε κάθε περίπτωση) και Δ' 572/2009 (παραδεκτή η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων σε κάθε περίπτωση).

(37) Βλ. το άρθρο 4 παρ. 4, τρίτο εδάφιο, του ν. 3886/2010.

(38) Βλ. το άρθρο 4 παρ. 4, τέταρτο εδάφιο, του ν. 3886/2010.

(39) Βλ. το άρθρο 4 παρ. 5 του ν. 3886/2010.

(40) Βλ. το άρθρο 5 παρ. 3 του ν. 3886/2010.

(41) Βλ. το άρθρο 5 παρ. 6, τρίτο εδάφιο, του ν. 3886/2010.

(42) Βλ. το άρθρο 5 παρ. 8, πρώτο εδάφιο, του ν. 3886/2010.

(43) Όπως επισημαίνει το Επιστημονικό Συμβούλιο της Βουλής στην από 28.9.2010 έκθεσή του (σ. 7), «η προβλεπόμενη δυννητική συμμόρφωση προς δικαστική απόφαση, και μάλιστα προς το διατακτικό της, ξενίζει, ενόψει της διάταξης της παρ. 5 του άρθρου 95 του Συντάγματος».

(44) Βλ. το άρθρο 5 παρ. 8, δεύτερο εδάφιο, του ν. 3886/2010.

(45) Βλ. Κ. Γιαννακόπουλου, Η συμμόρφωση της Διοίκησης στις αποφάσεις της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας, σε: Τιμητικός Τόμος του Συμβουλίου της Επικρατείας - 75 χρόνια, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα - Θεσσαλονίκη 2004, σ. 525 επ.. Βλ. και τις μεταγενέστερες αποφάσεις ΣτΕ 2059/2007 και 3312/2009.

σταλτικού αποτελέσματος της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων ως προς τη σύναψη της σχετικής σύμβασης, εάν το δικαστήριο ακυρώσει πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής μετά τη σύναψη της σύμβασης, η τελευταία δεν θίγεται, εκτός αν πριν από τη σύναψη αυτής είχε ανασταλεί η διαδικασία κατακύρωσης του διαγωνισμού με απόφαση ασφαλιστικών μέτρων ή προσωρινή διαταγή<sup>46</sup>. Η εμμονή του νομοθέτη στη συγκεκριμένη ρύθμιση εμφανίζεται ακόμη πιο αδικαιολόγητη, εάν ληφθεί υπόψη ότι, στο πλαίσιο της προσφυγής για την κήρυξη της σύμβασης ως άκυρης, προβλέπεται πλέον ρητώς η διαβάθμιση των συνεπειών της πλημμελούς κατάρτισης μιας δημόσιας σύμβασης<sup>47</sup>.

Επίσης, το νέο καθεστώς αποζημίωσης, το οποίο αφορά και τις περιπτώσεις στις οποίες μπορεί να ασκηθεί ευθεία προσφυγή ακυρότητας κατά της σύμβασης, εμφανίζει όλες τις προαναφερθείσες αδυναμίες του καθεστώτος του άρθρου 5 του ν. 2522/1997, στο μέτρο που προβλέπεται εκ νέου η -αναλογική αυτή τη φορά- εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 197 και 198 του Αστικού Κώδικα<sup>48</sup> και επαναλαμβάνεται η απαίτηση της προηγούμενης ακύρωσης της παράνομης πράξης ή παράλειψης από το αρμόδιο δικαστήριο ως προϋπόθεση της επιδίκασης της αποζημίωσης, τουλάχιστον εφόσον η δικαστική κήρυξη της ακυρότητας δεν καθίσταται ανέφικτη λόγω παραλείψεων του ίδιου του ενδιαφερομένου<sup>49</sup>. Ωστόσο, ο νέος νόμος ορίζει ότι, εάν ο ενδιαφερόμενος, ο οποίος αποκλείστηκε παρανόμως από τη συμμετοχή σε διαγωνισμό ή την ανάθεση σύμβασης του νέου νόμου, αποδείξει ότι θα του ανετίθετο η σύμβαση, αν δεν είχε επιλοχωρήσει η παρανομία, τότε δικαιούται αποζημίωση κατά τις γενικές διατάξεις<sup>50</sup>. Πρόκειται για μια νέα ρύθμιση που ενισχύει την προστασία των ενδιαφερομένων αναφορικά με το εύρος της αποζημίωσής τους.

Επιπλέον, καθώς ούτε αυτή τη φορά επέλεξε να υπαγάγει στο ίδιο καθεστώς και τις εκτός πεδίου εφαρμογής των ευρωπαϊκών οδηγιών δημόσιες συμβάσεις<sup>51</sup>, ο νομοθέτης δεν βελτιώνει το επίπεδο δικα-

στικής προστασίας στον τομέα της ανάθεσης όσον από αυτές εμφανίζουν βέβαιο διασυνοριακό ενδιαφέρον. Κατά τούτο, στον τομέα αυτόν, εξακολουθεί να υπάρχει ανάγκη σύμφωνης με το ευρωπαϊκό δίκαιο ερμηνείας των εθνικών δικονομικών κανόνων ή και αναλογικής εφαρμογής των ρυθμίσεων της οδηγίας 2007/66/ΕΚ<sup>52</sup>. Εξάλλου, ορίζοντας ότι, εάν ο ενδιαφερόμενος δεν άσκησε ή άσκησε ανεπιτυχώς την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων και η σύμβαση υπογράφηκε και ολοκληρώθηκε η εκτέλεσή της πριν από τη συζήτηση του κύριου ενδίκου βοηθήματος, μπορεί να καταργηθεί η σχετική δίκη κατ' ανάλογη εφαρμογή της παρ. 2 του άρθρου 32 του π.δ/τος 19/1989<sup>53</sup>, ο νέος νόμος φαίνεται να απομειώνει ουσιαδώς τη δικαστική προστασία ακόμη και στον τομέα των συμβάσεων που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις. Συναφώς, η εν λόγω ρύθμιση δεν δικαιολογείται ευχερώς, διότι, ακόμη και μετά την υπογραφή και την ολοκλήρωση μιας σύμβασης, οι τρίτοι μη συμβαλλόμενοι ανταγωνιστές διατηρούν αντικειμενικώς δικαιολογημένο έννομο συμφέρον να ακυρωθεί αυτή η σύμβαση, λόγω της πλημμελούς διαδικασίας κατάρτισής της, ώστε, σε επόμενες διαγωνιστικές διαδικασίες, ο ανάδοχος να μη μπορεί να επικαλείται σε βάρος τους την εμπειρία που απέκτησε παρανόμως<sup>54</sup>.

## **Β. Το νέο ένδικο βοήθημα για τον έλεγχο του κύρους των συμβάσεων**

Ανατρέποντας μια μακροχρόνια παράδοση του ελληνικού διοικητικού δικαίου<sup>55</sup>, ο ν. 3886/2010 προβλέπει, για πρώτη φορά, τη δυνατότητα άσκησης ενός διαπλαστικού ενδίκου βοηθήματος ευθέως κατά μιας σύμβασης. Ειδικότερα, στον νέο νόμο ορίζεται ότι, εξαιρουμένων των περιπτώσεων που μνημονεύονται στην

(46) Βλ. το άρθρο 7 παρ. 2 του ν. 3886/2010.

(47) Βλ. το άρθρο 8 παρ. 3, 4 και 5 του ν. 3886/2010.

(48) Βλ. το άρθρο 9 παρ. 1, πρώτο εδάφιο, του ν. 3886/2010.

(49) Βλ. το άρθρο 9 παρ. 2 του ν. 3886/2010.

(50) Βλ. το άρθρο 9 παρ. 1, δεύτερο εδάφιο, του ν. 3886/2010.

(51) Βλ. το άρθρο 1 του ν. 3886/2010. Βλ., σχετικά με την αντίθετη επιλογή του Γάλλου νομοθέτη, ο οποίος υπήγαγε σε ενιαίο καθεστώς όλες τις δημόσιες συμβάσεις, τους νόμους αρ. 92-10 της 4ης Ιανουα-

ρίου 1992 και αρ. 93-1416 της 29ης Ιανουαρίου 1993, *L. Richer*, *Droit des contrats administratifs*, 7ème éd., LGDJ, 2010, n° 244. Βλ., επίσης, την ordonnance αρ. 2009-515 της 7ης Μαΐου 2009 και το διάταγμα αρ. 2009-1456 της 27ης Νοεμβρίου 2009, περί μεταφοράς στην εθνική έννομη τάξη της οδηγίας 2007/66/ΕΚ. Βλ., συναφώς, *St. Braconnier/F. Marchand*, *L'achèvement de la transposition de la directive «Recours»* : le décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009, *Contrats et Marchés publics* n° 1, Janvier 2010, σ. 1.

(52) Βλ. *Γ. Σαμπάνη/Χ. Συνοδινού*, ό.π., σ. 66 επ. και σ. 73 επ., *Χ. Συνοδινού*, *Η προσωρινή δικαστική προστασία κάτω από τα οικονομικά κατώφλια*, ΘΠΔΔ 10/2010, σ. 1023 επ..

(53) Βλ. το άρθρο 7 παρ. 3 του ν. 3886/2010.

(54) Πρβλ. την απόφαση ΣτΕ 649/2010 (σκέψη 4).

(55) Βλ. *Κ. Γιαννακόπουλου*, *Η προστασία...*, ό.π., αρ. 818 επ. και 841 επ..

παρ. 7 του άρθρου 8 του νόμου αυτού, οι ενδιαφερόμενοι μπορεί να ζητήσουν την κήρυξη της ακυρότητας σύμβασης που υπογράφηκε, εφόσον ανατέθηκε χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή δεν τηρήθηκε η υποχρέωση αναστολής της σύναψης, κατ' εφαρμογή της παραγράφου 2 του άρθρου 5<sup>56</sup> ή, σε περίπτωση σύναψης συμφωνίας-πλασιού και εφαρμογής δυναμικού συστήματος αγορών, όταν παραβιάζονται οι υποχρεώσεις που προκύπτουν από τη δεύτερη περίπτωση του δευτέρου εδαφίου της παρ. 4 του άρθρου 26 και τις παραγράφους 5 και 6 του άρθρου 27 του π.δ/τος 60/2007<sup>57</sup>. Παρά το περιορισμένο πεδίο εφαρμογής της, η εισαγωγή αυτού του νέου ενδίκου βοηθήματος σηματοδοτεί το τέλος της παραδοσιακής ασυλίας της συναφθείσας σύμβασης έναντι των τρίτων μη συμβαλλομένων. Η ασυλία αυτή είχε αμφισβητηθεί από τη θεωρία<sup>58</sup>, επιβίωνε όμως στη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, το οποίο υπεραμυνόταν της θεωρίας των αποσπαστών πράξεων<sup>59</sup>. Εφεξής, θα είναι πλέον πολύ δύσκολο για τον διοικητικό δικαστή να απορρίπτει ως απαράδεκτα διαπλαστικά ένδικα βοηθήματα με τα οποία τρίτοι ανταγωνιστές θα αμφισβητούν ευθέως το κύρος πράξεων (μονομερών ή συμβατικών) που νοθεύουν τον ανταγωνισμό, είτε αυτές εφαρμόζουν τους λεγόμενους αμιγώς συμβατικούς όρους είτε προβαίνουν σε ανεπίτρεπτη μεταβολή των τελευταίων<sup>60</sup>. Παρομοίως, δεν θα είναι εύκολο να αμφισβητηθεί το γεγονός ότι, ανεξαρτήτως της προϋπολογισθείσας αξίας τους, όλες οι συμβάσεις των δημοσίων νομικών προσώπων που είναι πλέον ανοικτές στον ανταγωνισμό -και, ειδικότερα, όσες από αυτές είναι διοικητικές συμβάσεις- εμ-

φρανίζουν περισσότερο κοινά στοιχεία με τις μονομερείς διοικητικές πράξεις παρά με τις συμβάσεις που συνάπτονται μεταξύ ιδιωτών<sup>61</sup>. Κατά τούτο, φαίνεται μάλλον αδικαιολόγητη η διατήρηση διαφορετικού καθεστώτος δικαστικής προστασίας, αφενός από τα διοικητικά και αφετέρου από τα πολιτικά δικαστήρια, για τις συμβάσεις που δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του παράγωγου ευρωπαϊκού δικαίου, για τις οποίες ισχύει ακόμη η διάκριση μεταξύ διοικητικών συμβάσεων και συμβάσεων ιδιωτικού δικαίου.

Περαιτέρω, στο πλαίσιο άσκησης του νέου ενδίκου βοηθήματος ορίζεται εύστοχα ότι η κήρυξη μιας σύμβασης ως άκυρης έχει ως αποτέλεσμα την αναδρομική ακυρότητά της και οι αξιώσεις των μερών διέπονται από τις διατάξεις περί αδικαιολόγητου πλουτισμού<sup>62</sup>. Ωστόσο, η ειδικότερη πρόβλεψη ότι, αν ο ανάδοχος γνώριζε ή όφειλε να γνωρίζει την ακυρότητα της σύμβασης, δεν γεννάται έναντι της Διοίκησης αξίωσή του, κατά τις διατάξεις περί αδικαιολόγητου πλουτισμού, ή η εν λόγω αξίωσή του ικανοποιείται μόνο εν μέρει<sup>63</sup>, θα μπορούσε να θεωρηθεί υπέρμετρος περιορισμός των περιουσιακών δικαιωμάτων του αναδόχου, ιδίως στην περίπτωση κατά την οποία η σύμβαση καταρτίστηκε με την κοινοποίηση σε αυτόν της πράξης κατακύρωσης του διαγωνισμού που προηγήθηκε<sup>64</sup> και η αναθέτουσα αρχή είχε αγνοήσει επισημάνσεις του αναδόχου αναφορικά με τυχόν πλημμέλειες της διαδικασίας ανάθεσης.

Εξάλλου, σταθμίζοντας την αρχή της νομιμότητας με το δημόσιο συμφέρον για τη συνέχιση της εκτέλεσης της σύμβασης, ο νέος νόμος προβλέπει ότι το αρμόδιο δικαστήριο, εκτιμώντας τις περιστάσεις και, ιδίως, το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, τη σοβαρότητα της παράβασης και τη συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής, μπορεί να κηρύξει την ακυρότητα μόνο του ανεκτέλεστου μέρους της σύμβασης ή να συντάξει τη διάρκειά της<sup>65</sup>. Εξάλλου, εφόσον επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος, τους οποίους οριοθετεί ο ίδιος ο νέος νόμος, επιβάλλουν τη διατήρηση των αποτελεσμάτων της σύμβασης, το δικαστήριο μπορεί να μην την κηρύξει άκυρη<sup>66</sup> και να επιβάλλει, όπως και

(56) Η κήρυξη της ακυρότητας υπογραφείσας σύμβασης δεν μπορεί λοιπόν να ζητηθεί από εκείνον που προηγουμένως άσκησε αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, εκτός αν η αναθέτουσα αρχή παραβίασε την υποχρέωση να μην προβεί στην υπογραφή της σύμβασης, κατά τα οριζόμενα στην παρ. 2 του άρθρου 5 του ν. 3886/2010.

(57) Βλ. το άρθρο 8 παρ. 1 του ν. 3886/2010.

(58) Βλ. Κ. Γιαννακόπουλου, Η προστασία..., ό.π., ιδίως αρ. 797 επ..

(59) Συναφώς, προκειμένου να διασωθεί το παραδεκτό αιτήσεων ακυρώσεων που στρέφονται ευθέως κατά διοικητικών συμβάσεων, το Συμβούλιο της Επικρατείας επιστράτευσε τη θεωρία της τεκμαιρόμενης αποσπαστής πράξης με την οποία η Διοίκηση αποφασίζει να συνάψει μια σύμβαση, καθώς το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο δεν δέχεται τη δυνατότητα τέτοιας ευθείας προσβολής. Βλ. τις αποφάσεις ΣτΕ 1506-1507-1508-1509/2005, 1627/2007, 3010/2009 και 2685/2010.

(60) Για ένα παράδειγμα τέτοιας απόρριψης, βλ. την απόφαση ΣτΕ 1932/2002. Βλ., όμως, και τις αποφάσεις ΣτΕ 1908/2001, 3814/2005 και 3673/2007.

(61) Βλ. C. Yannakopoulos, L'apport de la protection de la libre concurrence à la théorie du contrat administratif, RDP 2008, σ. 421 επ., ιδίως σ. 432 επ..

(62) Βλ. το άρθρο 8 παρ. 2, πρώτο εδάφιο, του ν. 3886/2010.

(63) Βλ. το άρθρο 8 παρ. 2, τρίτο εδάφιο, του ν. 3886/2010.

(64) Βλ. το άρθρο 23 του ν. 2690/1999 (Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας).

(65) Βλ. το άρθρο 8 παρ. 3 του ν. 3886/2010.

(66) Βλ. το άρθρο 8 παρ. 4 του ν. 3886/2010.

στην προαναφερθείσα περίπτωση της μερικής ακύρωσης, εναλλακτικές κυρώσεις<sup>67</sup>. Είναι προφανές ότι πρόκειται για δικαστικές κρίσεις που προσιδιάζουν μάλλον προς τον ουσιαστικό έλεγχο της διοικητικής δράσης. Σε κάθε περίπτωση, η ενίσχυση του ρυθμιστικού ρόλου του διοικητικού δικαστή αναφορικά με τη διατήρηση των εννόμων αποτελεσμάτων και την εξέλιξη της εκτέλεσης της συναφθείσας σύμβασης μπορεί να υπερβαίνει τα όρια όχι τόσο των συνταγματικών όσο των πραγματικών δυνατοτήτων του, καθώς ο εν λόγω δικαστής καλείται να προβεί σε εκτιμήσεις σκοπιμότητας τις οποίες μάλλον το ίδιο το συμβαλλόμενο δημόσιο νομικό πρόσωπο ή, άλλως, μια ανεξάρτητη αρχή θα ήταν σε θέση να κάνουν<sup>68</sup>.

Επιπλέον, ορίζεται ότι το νέο ένδικο βοήθημα ασκείται εντός προθεσμίας τριάντα ημερών, η οποία υπολογίζεται υπό τους ειδικότερους όρους της παρ. 6 του άρθρου 8 του νέου νόμου, και, πάντως, όχι μετά την πάροδο έξι μηνών από την επομένη της σύναψης της σύμβασης<sup>69</sup>. Μολοντί αποτελεί πρόβλεψη της ίδιας της οδηγίας 2007/66/ΕΚ, ο αποκλεισμός της δυνατότητας άσκησης της προσφυγής για την κήρυξη μιας σύμβασης ως άκυρης μετά την πάροδο έξι μηνών από την επομένη της σύναψης της σύμβασης αυτής μπορεί να καταστεί ιδιαίτερα περιοριστικός για τη δικαστική προστασία των τρίτων μη συμβαλλόμενων ανταγωνιστών, εξαιτίας της ενδεχόμενης έλλειψης δημοσίευσης ή κοινοποίησης της εν λόγω σύναψης.

Τέλος, αξ σημειωθεί ότι, αναφορικά με την προσωρινή δικαστική προστασία, η θέσπιση της νέας προσφυγής κήρυξης της σύμβασης ως άκυρης συμπληρώνεται από την πρόβλεψη περί αναλογικής εφαρμογής των διατάξεων του νέου νόμου σχετικά με την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων. Εντούτοις, στην εν λόγω περίπτωση, στην οποία εφαρμόζεται και η διαδικασία της προσωρινής διαταγής, η προθεσμία και η κατάθεση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων δεν έχει αυτόθροο ανασταλτικό αποτέλεσμα. Αν δε η αίτηση γίνει δεκτή, το δικαστήριο μπορεί να διατάξει την αναστολή της περαιτέρω εκτέλεσης της σύμβασης<sup>70</sup>.

(67) Βλ. το άρθρο 8 παρ. 5 του ν. 3886/2010.

(68) Βλ. Κ. Γιαννακόπουλου, Η προστασία..., ό.π., ιδίως αρ. 839 επ. και 864 επ..

(69) Βλ. το τρίτο εδάφιο της ίδιας παραγράφου του άρθρου 8 του ν. 3886/2010.

(70) Βλ. το άρθρο 8 παρ. 8 του ν. 3886/2010.

## Γ. Η νέα κατανομή των δικαιοδοτικών αρμοδιοτήτων

Με τον ν. 3886/2010, ο Έλληνας νομοθέτης προβαίνει, για πρώτη φορά, σε εφαρμογή της ρήτρας του άρθρου 94 παρ. 3 του Συντάγματος, δημιουργώντας ένα ενιαίο πεδίο δικαιοδοσίας (*bloc de compétences*) υπέρ των διοικητικών δικαστηρίων. Την ίδια στιγμή, στο εσωτερικό της διοικητικής δικαιοσύνης, η αρμοδιότητα εκδίκασης του μεγαλύτερου μέρους των σχετικών διαφορών μεταφέρεται από το Συμβούλιο της Επικρατείας στα Διοικητικά Εφετεία.

Πιο συγκεκριμένα, ορίζεται ότι αρμόδιο δικαστήριο για την εκδίκαση όλων των διαφορών του νόμου αυτού, εκτός από εκείνες που αφορούν τις αξιώσεις αποζημίωσης, θα είναι, κατ' αρχήν, το Διοικητικό Εφετείο της έδρας της αναθέτουσας αρχής, με τριμελή σύνθεση<sup>71</sup>. Οι εν λόγω διαφορές εκλαμβάνονται μάλλον ως ακυρωτικές<sup>72</sup>, οι δε αποφάσεις που θα εκδίδονται θα είναι αμετάκλητες<sup>73</sup>, δηλαδή δεν θα υπάγονται σε έφεση ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας. Οι αιτήσεις προσωρινής δικαστικής προστασίας θα εκδικάζονται από τον Πρόεδρο Εφετών του οικείου Διοικητικού Εφετείου ή από τον Εφέτη που αυτός ορίζει. Σε περίπτωση, όμως, ιδιαίτερης σπουδαιότητας της υπόθεσης, ο παραπάνω Πρόεδρος ή ο Εφέτης μπορεί να εισάγουν την αίτηση σε τριμελές συμβούλιο του δικαστηρίου, στο οποίο προεδρεύει ο Πρόεδρος Εφετών και μετέχει ο Εφέτης Εισηγητής<sup>74</sup>. Κατ' εξαίρεση, διαφορές του ίδιου νόμου που αφορούν συμβάσεις παραχώρησης δημοσίων έργων ή υπηρεσιών, συμβάσεις που εμπíπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2004/17/ΕΚ ή συμβάσεις με προϋπολογισμό μεγαλύτερο των 15.000.000 ευρώ, περιλαμβανομένου του ΦΠΑ, θα εκδικάζονται από το Συμβούλιο της Επικρατείας<sup>75</sup>. Αντιθέτως, κατά τον νέο νόμο, η φύση και η κατανομή των δικαιοδοτικών αρμοδιοτήτων αναφορικά με τις αξιώσεις αποζημίωσης των ενδιαφερο-

(71) Βλ. το άρθρο 3 παρ. 1, πρώτο εδάφιο, του ν. 3886/2010.

(72) Σύμφωνα με το άρθρο 3 παρ. 1, δεύτερο εδάφιο, του ν. 3886/2010, «Με την επιφύλαξη των διατάξεων του παρόντος νόμου, για την εκδίκαση των διαφορών αυτών εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις του π.δ. 18/1989 (ΦΕΚ 8 Α')».

(73) Βλ. το άρθρο 3 παρ. 1, πρώτο εδάφιο, του ν. 3886/2010.

(74) Βλ. το άρθρο 3 παρ. 2 του ν. 3886/2010.

(75) Βλ. το άρθρο 3 παρ. 2 του ν. 3886/2010. Αξ σημειωθεί ότι από τη διατύπωση της εν λόγω διάταξης οι διαφορές από συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών φαίνεται να υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του νέου νόμου, καίτοι τούτο δεν προβλέπεται στο άρθρο 1 του νόμου αυτού.



μένων<sup>76</sup> και τις διαφορές που άπτονται του κύρους, της ερμηνείας, της εκτέλεσης ή της λύσης μιας σύμβασης -εξαιρουμένων των περιπτώσεων της νεοπαγούς προσφυγής για την κήρυξη της σύμβασης ως άκυρης και της συναφούς αίτησης ασφαλιστικών μέτρων<sup>77</sup>- θα εξακολουθούν να διέπονται από τις γενικές διατάξεις.

Η δημιουργία ενιαίου πεδίου δικαιοδοσίας υπέρ της διοικητικής δικαιοσύνης αποτελεί εύστοχη επιλογή, η οποία ανταποκρίνεται στον ουσιαστικό διοικητικό χαρακτήρα που εμφανίζει, από θεσμική-οντολογική άποψη, το σύνολο των συμβάσεων των δημοσίων νομικών προσώπων που πρέπει να είναι ανοικτές στον ανταγωνισμό<sup>78</sup>. Ωστόσο, είναι άξιο απορίας το γεγονός ότι η ενεργοποίηση της ρήτρας ενιαίας δικαιοδοσίας του άρθρου 94 παρ. 3 του Συντάγματος δεν στηρίχθηκε επισήμως στην παραπάνω θεωρητική διαπίστωση ή στη συναφή ανάγκη διασφάλισης κατάλληλων δικονομικών εγγυήσεων<sup>79</sup>, αλλά σε αόριστες πιέσεις της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Πιο συγκεκριμένα, στην αιτιολογική έκθεση του ν. 3886/2010 αναφέρεται ρητώς ότι *«η ενοποίηση της δικαιοδοσίας θεωρήθηκε αναγκαία εξ αιτίας της έντονης αμφισβήτησης που εκφράστηκε κατ' επανάληψη, από παράγοντες της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, για την επάρκεια και ποιότητα της δικαστικής προστασίας που παρέχεται από τα Μονομελή Πρωτοδικεία, στις περιπτώσεις ανάθεσης συμβάσεων από φορείς με μορφή νομικών προσώπων ιδιωτικού δικαίου»*. Ανεξάρτητα από τις όποιες αδυναμίες εμφάνισε η εφαρμογή του ν. 2522/1997 από τα πολιτικά δικαστήρια, προκαλεί ιδιαίτερα αρνητική εντύπωση το γεγονός ότι, ως προς ένα μείζον θεσμικό ζήτημα, όπως είναι η επάρκεια και η ποιότητα της πολιτικής δικαιοσύνης, η Κυβέρνηση, που είχε τη σχετική νομοθετική πρωτοβουλία, δεν διατύπωσε ευθέως τη γνώμη της αλλά αποδέχτηκε άκριτα και κάλυψε τις επιλογές της πίσω από τέτοιου είδους άτυπες παρεμβάσεις ανώνυμων «παραγόντων» της Ευρωπαϊκής Επιτροπής. Ίσως η εξήγηση να βρίσκεται

στη μετεξέλιξη που γνωρίζει η νομοθετική λειτουργία υπό το καθεστώς εφαρμογής του «Μνημονίου», υπό την έννοια ότι η συμμόρφωση σε αυτό έχει αναχθεί σε απολύτως επαρκή αιτιολογία ψήφισης μιας νέας νομοθετικής διάταξης, με αποτέλεσμα η Κυβέρνηση να θεωρεί πλέον μάλλον περιττή τη θεμελίωση των επιλογών της σε σταθμίσεις συνταγματικών κανόνων και αρχών. Συναφώς, μολοντί δεν έγινε ρητή αναφορά στην αιτιολογική έκθεση του ν. 3886/2010, φαίνεται να αρκούσε το γεγονός ότι η επίμαχη μεταφορά των σχετικών διαφορών από τα πολιτικά στα διοικητικά δικαστήρια είχε ήδη προβλεφθεί, όπως προαναφέρθηκε, στο «Μνημόνιο».

Σε κάθε περίπτωση, ο συνδυασμός της παραπάνω μεταφοράς με την περαιτέρω μεταφορά του μεγαλύτερου μέρους των ίδιων διαφορών από το Συμβούλιο της Επικρατείας στα Διοικητικά Εφετεία έγινε με τρόπο που δημιουργεί σοβαρές αμφιβολίες ως προς την επάρκεια, την απλότητα και την αποτελεσματικότητα του νέου μηχανισμού παροχής δικαστικής προστασίας.

Κατ' αρχάς, η αναγνώριση της δυνατότητας άσκησης διαπλαστικού ενδίκου βοηθήματος κατά της ίδιας της σύμβασης και η επέκταση των αντίστοιχων αρμοδιοτήτων του αρμόδιου δικαστή δημιουργούν ένα πεδίο δικαστικού ελέγχου που, όπως προαναφέρθηκε, προσιδιάζει μάλλον προς τις ουσιαστικές διοικητικές διαφορές. Κατά τούτο, η επιλογή να αντιμετωπίζονται οι διαφορές που μεταφέρθηκαν από τα πολιτικά στα διοικητικά δικαστήρια ως ακυρωτικές διοικητικές διαφορές δεν μπορεί να εξηγηθεί παρά μόνον από το γεγονός ότι το Συμβούλιο της Επικρατείας, το οποίο παραμένει αρμόδιο για ορισμένες από τις διαφορές αυτές, δεν θα αντιμετώπιζε με ιδιαίτερη συμπάθεια τη διεύρυνση των περιπτώσεων στις οποίες καλείται να προβεί σε ουσιαστικό έλεγχο της διοικητικής δράσης. Ωστόσο, η διαχείριση των επίμαχων διαφορών ως ακυρωτικών διοικητικών διαφορών σηματοδοτεί μια επιδείνωση των όρων άσκησης του δικαιώματος δικαστικής προστασίας και των ειδικότερων εκφάνσεων αυτού, όπως του δικαιώματος απόδειξης. Συναφώς, οι ενδιαφερόμενοι που προηγουμένως μπορούσαν να ασκήσουν απρόθεσμα αναγνωριστική αγωγή ακυρότητας κατά πράξεων της αναθέτουσας αρχής ενώπιον των πολιτικών δικαστηρίων, που πρόβιαναν σε ουσιαστικό δικαστικό έλεγχο, θα είναι πλέον υποχρεωμένοι να ασκούν αίτηση ακυρώσεως εντός προθεσμίας εξήντα ημερών από την πλήρη γνώση των

(76) Βλ. το άρθρο 3 παρ. 4 του ν. 3886/2010.

(77) Βλ. τις προμνησθείσες ρυθμίσεις του άρθρου 8 του ν. 3886/2010.

(78) Βλ. Κ. Γιαννακόπουλου, Η δυνατότητα ενιαίας δικαιοδοσίας επίλυσης ιδιωτικών και διοικητικών διαφορών σύμφωνα με το άρθρο 94 παρ. 3 του Συντάγματος, ΕΑΔΔ 2005, σ. 258 επ..

(79) Βλ. Π. Παυλόπουλου, Η εκδίκαση των διοικητικών διαφορών από διοικητική σύμβαση μετά την αναθεώρηση του Συντάγματος, σε: Τιμητικός Τόμος για τα 170 χρόνια του Ελεγκτικού Συνεδρίου. Διαφάνεια & ανεξαρτησία στον έλεγχο του δημοσίου χρήματος, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα - Κομοτηνή 2004, σ. 775 επ., ιδίως 782 επ..

ιδίων πράξεων και, συναφώς, θα στερούνται της δυνατότητας να παρουσιάσουν χρήσιμα αποδεικτικά μέσα. Δεν είναι δε διόλου προφανές ότι αυτή η επιδείνωση ικανοποιεί τις απαιτήσεις του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης και των άρθρων 6 παρ. 1 και 13 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου. Και τούτο, πρωτίστως διότι το δημόσιο συμφέρον της ορθής οργάνωσης της δικαιοσύνης, το οποίο συνδέεται με την ενεργοποίηση της ρήτρας του άρθρου 94 παρ. 3 του Συντάγματος και την απομείωση του φόρτου υποθέσεων που βαρύνουν το έργο του Συμβουλίου της Επικρατείας, προφανώς θα μπορούσε να εξυπηρετηθεί με τη διαχείριση των επίμαχων διαφορών ως ουσιαστικών διοικητικών διαφορών, γεγονός που, εκτός των άλλων, θα επέτρεπε την αποτελεσματικότερη επίκληση του δικαίου του ανταγωνισμού έναντι της άσκησης δημόσιας εξουσίας.

Επιπλέον, η πρόβλεψη ότι οι αποφάσεις των Διοικητικών Εφετείων θα είναι αμετάκλητες δημιουργεί ερωτηματικά όχι τόσο ως προς την ενδεχόμενη αντισυνταγματικότητα της απαγόρευσης της έφεσης ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας<sup>80</sup>, όσο ως προς την απουσία μηχανισμού ενοποίησης της νομολογίας. Αν κανείς αναλογιστεί ότι η κατανομή της αρμοδιότητας εκδίκασης των ιδίων διαφορών σε δύο Τμήματα του Συμβουλίου της Επικρατείας οδήγησε, κατά τα προαναφερθέντα, σε σημαντικές και επανειλημμένες αποκλίσεις της νομολογίας τους<sup>81</sup>, δύσκολα μπορεί να αποκλειστεί η επανάληψη του ίδιου φαινομένου, και μάλιστα με μεγαλύτερη ένταση, στην περίπτωση της κατανομής της ίδιας αρμοδιότητας σε εννέα Διοικητικά Εφετεία. Περαιτέρω, τα τελευταία κινδυνεύουν να βρεθούν αντιμέτωπα με πολύ μεγάλο αριθμό υποθέσεων, ιδίως λόγω του αυτόθροου ανασταλτικού αποτελέσματος της αίτησης ασφαλιστών μέτρων, το οποίο θα αποτελεί σημαντικό κίνητρο κατάχρησης της

(80) Εν προκειμένω, σε κάθε περίπτωση, δεν προκύπτει ότι η εν λόγω ρύθμιση παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας αναφορικά με τον όποιο περιορισμό του δικαιώματος δικαστικής προστασίας. Πρβλ. την απόφαση ΕΔΔΑ, 14.12.2006, Ζουμπουλίδης κατά Ελλάδος (αριθ. προσφυγής 77574/01), ΝοΒ 2007, σ. 206 επ., σκέψη 23, Κ. Χρυσόγону, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, 3η έκδ., εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα 2006, σ. 459.

(81) Ας σημειωθεί ότι στο άρθρο 10 του ν. 3900/2010 «Εξορθολογισμός διαδικασιών και επιτάχυνση διαδικασιών της διοικητικής δίκης και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α' 213/17.12.2010) προβλέπεται τροποποίηση του άρθρου 52 του π. δ/τος 18/1989, ώστε Επιτροπή Αναστολών που διαπιστώνει αντίθετη νομολογία να παραπέμπει την υπόθεση στην Επιτροπή της Ολομέλειας υπό πενταμελή σύνθεση.

υποβολής προσφυγών στα δικαστήρια αυτά, όπως μαρτυρεί και η εμπειρία της εφαρμογής της αρχικής διάταξης του άρθρου 204 παρ. 3 του ν. 2717/1999 (Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας), η οποία αντικαταστάθηκε τελικώς από τη διάταξη του άρθρου 29 παρ. 2 του ν. 2915/2001. Αναφορικά δε με την πρόβλεψη μονομελούς σύνθεσης των Διοικητικών Εφετείων στο πλαίσιο της προσωρινής δικαστικής προστασίας, η επιδιωκόμενη ταχύτητα στην άσκηση του δικαστικού ελέγχου μπορεί να μην επιτευχθεί, λόγω της ενδεχόμενης συχνής προσφυγής στη δυνατότητα που δίνει ο νέος νόμος για παραπομπή των σχετικών υποθέσεων σε σχηματισμό τριμελούς σύνθεσης.

Σε κάθε περίπτωση, ενώ η προβληματική της προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού έχει καταδείξει τον παρωχημένο χαρακτήρα της δικονομικής διάκρισης μεταξύ κατάρτισης και εκτέλεσης μιας δημόσιας σύμβασης<sup>82</sup>, η διατήρηση της εν λόγω διάκρισης και η συνακόλουθη συνύπαρξη ποικίλων ακυρωτικών ή/και ουσιαστικών διαφορών στο πλαίσιο της εξέλιξης στον χρόνο μιας τέτοιας σύμβασης δημιουργεί σοβαρούς κινδύνους όχι μόνον απλών νομολογιακών διαφοροποιήσεων, αλλά και γενικότερων αντιφάσεων και σύγχυσης στο εσωτερικό του συστήματος απονομής δικαιοσύνης.

Για παράδειγμα, σύμφωνα με τον νέο νόμο, η νομιμότητα των αποσπαστών πράξεων που προηγούνται της σύναψης μιας διοικητικής σύμβασης η αξία της οποίας υπερβαίνει το ποσό των 15.000.000 ευρώ θα ελέγχεται με αίτηση ακύρωσης ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, ενώ το κύρος της ίδιας σύμβασης, εάν η αναθέτουσα αρχή τη συνάψει χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, θα ελέγχεται επίσης από το Συμβούλιο της Επικρατείας αλλά με την άσκηση προσφυγής για την κήρυξη της ακυρότητάς της, η οποία κατ' ουσίαν οδηγεί σε ουσιαστικό έλεγχο.

Εξάλλου, δεδομένου ότι ο νέος νόμος θεσπίζει πεδίο ενιαίας δικαιοδοσίας των διοικητικών δικαστηρίων μόνο στο πλαίσιο κατάρτισης και όχι στο πλαίσιο εκτέλεσης των δημοσίων συμβάσεων, η νομιμότητα μιας απόκλισης της πράξης ανάθεσης μιας σύμβασης από τη διακήρυξη του διαγωνισμού που προηγήθηκε της σύναψής της θα ελέγχεται με αίτηση ακύρωσης ενώπιον του οικείου Διοικητικού Εφετείου, ενώ η νομιμότητα της ίδιας ακριβώς απόκλισης, όταν αυτή προ-

(82) Βλ. Κ. Γιαννακόπουλου, Η προστασία..., ό.π., *passim*.

κύπτει από το κείμενο της ίδιας της σύμβασης ή από μια πράξη εκτέλεσής της, θα γίνεται αντικείμενο ενός ελέγχου που θα εμφανίζει ιδιαίτερα περίπλοκη γεωμετρία. Πιο συγκεκριμένα, καθώς στην τελευταία περίπτωση απόκλισης θα μπορούσε κάλλιστα να θεωρηθεί ότι συντρέχει σύναψη νέας σύμβασης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ο έλεγχος της νομιμότητάς της θα διενεργείται από τα διοικητικά ή από τα πολιτικά δικαστήρια, με προσφυγή για κήρυξη της ακυρότητας, αίτηση ακύρωσης, προσφυγή ουσίας ή αναγνωριστική αγωγή ακυρότητας, ανάλογα με την ιδιότητα του προσφεύγοντος (συμβαλλομένου ή τρίτου), τη φύση της επίμαχης σύμβασης (διοικητικής ή ιδιωτικού δικαίου) και τον χαρακτήρα της προσβαλλόμενης πράξης (συναφθείσας σύμβασης, αποσπαστής διοικητικής πράξης ή πράξης εκτέλεσης αμιγώς συμβατικού όρου). Η όποια δε προσπάθεια συστηματοποίησης του υφιστάμενου νομοθετικού καθεστώτος καταλήγει πλέον να είναι μάλλον αδύνατη, εάν ληφθεί υπόψη ότι, αφενός, το άρθρο 23 του νεώτερου νόμου 3894/2010 για την «Επιτάχυνση και διαφάνεια υλοποίησης Στρατηγικών Επενδύσεων»<sup>83</sup> παραπέμπει στη διάταξη του άρθρου 3 του ν. 3886/2010, ενώ διέπει και συμβάσεις που μπορεί να μην εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των ευρωπαϊκών οδηγιών. Αφετέρου, στο άρθρο 47 παρ. 4 του ν. 3900/2010 προβλέπεται ότι «*με την επιφύλαξη των διατάξεων του ν. 3886/2010 (ΦΕΚ 173 Α'), οι αιτήσεις ακυρώσεως κατά πράξεων της διαδικασίας που προηγείται της σύναψης συμβάσεων δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών υπάγονται στην αρμοδιότητα των τριμελών διοικητικών εφετείων που αποφαίνονται ανεκκλήτως*».

(83) ΦΕΚ Α' 204/2.12.2010.

Συναφώς, γεννάται το ερώτημα για ποιον λόγο άραγε ο Έλληνας νομοθέτης, με αφορμή τη συμμόρφωσή του προς τις απαιτήσεις της οδηγίας 2007/66/ΕΚ, δεν προέβη στη θέσπιση ενός ενιαίου δικονομικού καθεστώτος για κάθε διαφορά που γεννάται κατά την κατάρτιση και την εκτέλεση όλων των συμβάσεων -ή τουλάχιστον των δημοσίων συμβάσεων και των συμβάσεων παραχώρησης- που συνάπτει το σύνολο των δημοσίων νομικών προσώπων<sup>84</sup>.

\* \* \*

Φαίνεται πως ακόμη μια ευκαιρία χάθηκε. Με τον νέο νόμο, που θα τεθεί πλήρως σε εφαρμογή από την 1η Ιανουαρίου 2011<sup>85</sup>, ο Έλληνας νομοθέτης είχε την ευκαιρία να διαμορφώσει ένα ενιαίο πλαίσιο δικονομικής διαχείρισης της συμβατικής δραστηριότητας των δημοσίων νομικών προσώπων, το οποίο θα ανταποκρινόταν στην ανάγκη ριζικού εκσυγχρονισμού του εν λόγω τομέα. Βέβαια, ο ν. 3886/2010 εισάγει σημαντικές καινοτομίες που θα ενισχύσουν τις εγγυήσεις δικαστικής προστασίας των ενδιαφερομένων. Ωστόσο, οι ρυθμίσεις του παραμένουν αποσπασματικές, περιορίζονται στις ελάχιστες απαιτήσεις που πηγάζουν από το παράγωγο ευρωπαϊκό δίκαιο και, κατά τούτο, αναπαράγουν ένα σύστημα πολλαπλών ταχυτήτων και αντίστροφων δυσμενών διακρίσεων. Οι διοικητικοί δικαστές λοιπόν και, τούτη τη φορά πολύ περισσότερο οι Εφέτες Διοικητικών Δικαστηρίων, καλούνται να αναλάβουν τη δύσκολη αποστολή της προσαρμογής του εν λόγω συστήματος στις ιδιαίτερες συνθήκες της οικονομικής πραγματικότητας των δημοσίων συμβάσεων.

(84) Πρβλ. Κ. Γιαννακόπουλου, Η προστασία..., ό.π., σφ. 900.

(85) Βλ. τα άρθρα 11 και 13 του ν. 3886/2010. Βλ., επίσης, το άρθρο 47 παρ. 4, δεύτερο εδάφιο, του ν. 3900/2010: «*Οι εκκρεμείς έως την 31η Δεκεμβρίου 2010 διαφορές του ν. 3886/2010 εκδικάζονται από τα δικαστήρια ενώπιον των οποίων εκκρεμούν*».

