



Άρθρο 22 του Ν. 4903/2022: η προβληματική εφαρμογή στους εκκρεμείς διαγωνισμούς των τροποποιημένων άρθρων 102 και 103 του Ν. 4412/2016

ΔΙΑΓΡΑΜΜΑ

Εισαγωγή

I. Οι απαιτήσεις του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης

II. Οι αποκλίσεις της εθνικής νομοθεσίας

III. Η αμφιλεγόμενη εθνική νομολογία

Συμπεράσματα

Κωνσταντίνος Θ. Γιαννακόπουλος

Καθηγητής Νομικής Σχολής ΕΚΠΑ



Εισαγωγή

- Το διαχρονικό δίκαιο της ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων συνδέεται προεχόντως με τη σταθερότητα των όρων διεξαγωγής των διαγωνιστικών διαδικασιών και με τον σεβασμό των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των υφιστάμενων και δυνητικών προσφερόντων. Κατισχύει δε ως ειδικότερο του δικαίου που διέπει την αναδρομικότητα και την άμεση εφαρμογή γενικώς των κανόνων δικαίου.
- Υπό το πρίσμα αυτού του ειδικού διαχρονικού δικαίου αρμόζει να εξεταστούν οι διατάξεις του άρθρου 22 του Ν. 4903/2022, με τις οποίες ο νομοθέτης προώθησε την άμεση κάμψη της αρχής της τυπικότητας, προβλέποντας την εφαρμογή στους εκκρεμείς διαγωνισμούς των άρθρων 42 και 43 του Ν. 4782/2021. Με τα άρθρα αυτά, επήλθαν τροποποιήσεις στα άρθρα 102 και 103 του Ν. 4412/2016 σχετικά με τη δυνατότητα διευκρίνισης ή συμπλήρωσης των προσφορών και την αναζήτηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης από τον προσωρινό ανάδοχο. Η ανάλυση επιμέρους στοιχείων αυτών των τροποποιήσεων αποτελεί πρόκριμα της διερεύνησης της συμβατότητας με το ενωσιακό δίκαιο των παραπάνω διατάξεων του Ν. 4903/2022.
- **Σκοπός της εισήγησης** είναι να δείξει η επίμαχη κάμψη της αρχής της τυπικότητας προάγεται χωρίς τις κατάλληλες δικαιοκρατικές εγγυήσεις.
- Θα εξεταστούν διαδοχικά οι απαιτήσεις του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (I), οι αποκλίσεις της εθνικής νομοθεσίας (II) και η αμφιλεγόμενη εθνική νομολογία (III).



I. Οι απαιτήσεις του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης

- « ...[Κ]ατά το άρθρο 56, παράγραφος 3, της οδηγίας 2014/24, [...] η αίτηση διευκρίνισης που υποβάλλεται σε οικονομικό φορέα δυνάμει της διατάξεως αυτής **δεν μπορεί** [...] να θεραπεύσει την παράλειψη προσκομίσεως εγγράφων ή παροχής πληροφοριών των οποίων η κοινοποίηση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της σύμβασης, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να τηρεί αυστηρά τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει. ...» (βλ., ΔΕΕ, 07.09.2021, C-927/19, Klairėdos regiono atliekų tvarkymo centras, σκέψεις 92 και 93, και την εκεί παρατεθείσα νομολογία).
- Το άρθρο 59, παρ. 4, εδάφιο β΄ της Οδηγίας 2014/24, *in fine*, προβλέπει τη **δυνατότητα συμπλήρωσης και διευκρίνισης ήδη υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης και όχι την παροχή δεύτερης ευκαιρίας υποβολής δικαιολογητικών.**



- **Δεν επιτρέπεται η τροποποίηση**, κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, **ουσιωδών όρων του διαγωνισμού** (βλ., ΔΕΕ, 5.4.2017, C-298/15, UAB Borta, σκέψεις 70 επ.). Σε αντίθεση με ό,τι ισχύει στο γενικό διαχρονικό δίκαιο (βλ., αντί άλλων, ΔΕΕ, 26.3.2015, C-596/13P, Επιτροπή κατά Moravia Gas Storage a.s., σκέψη 33), **ο χαρακτηρισμός των όρων του διαγωνισμού ως ουσιωδών ή μη εξαρτάται όχι από τον χαρακτήρα τους ως ουσιαστικών ή διαδικαστικών, αλλά από την προστασία των δυνητικών προσφερόντων**, δηλαδή από το εάν στους παραπάνω όρους μπορούσε να στηριχθεί η απόφαση των τελευταίων να μην λάβουν μέρος στον διαγωνισμό (πρβλ. ΔΕΕ, 5.10.2000, C-16/98, Επιτροπή κατά Γαλλίας, ΔΕΕ, 12.11.2009, σκέψη 109, C-199/07, Επιτροπή κατά Ελλάδος, σκέψη 39, και ΔΕΕ, 5.4.2017, C-298/15, UAB Borta, σκέψη 74).
- **Η λειτουργική ανεξαρτησία της ΕΑΔΗΣΥ**, που είναι η αρμόδια εθνική αρχή για την εκδίκαση των προσφυγών, **κατοχυρώνεται κυρίως από την παράγραφο 8 του άρθρου 2 της Οδηγίας 89/665**, η οποία ορίζει ότι *«τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε να καθίσταται δυνατή η αποτελεσματική εκτέλεση των αποφάσεων που λαμβάνουν τα αρμόδια για τις διαδικασίες προσφυγής όργανα»*. **Η διάταξη αυτή δεν επιτρέπει την ανατροπή των αποφάσεων της ΕΑΔΗΣΥ μέσω της εθνικής νομοθεσίας.**



II. Οι αποκλίσεις της εθνικής νομοθεσίας

- Υποβαθμίζοντας την αρχή της τυπικότητας μέσω του υπερτονισμού των τυπολατρικών εκδοχών εφαρμογής της, ο Έλληνας νομοθέτης απέκλινε αισθητώς από τις απαιτήσεις του ενωσιακού δικαίου.
- Θέτοντας ως όριο τη μη ουσιώδη τροποποίηση της επίμαχης προσφοράς, με το άρθρο 42 του Ν. 4782/2021, που τροποποίησε το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, ο εθνικός νομοθέτης θεώρησε ότι αποδίδει ορθότερα το πνεύμα του άρθρου 56, παρ. 3, της Οδηγίας 2014/24 η πρόβλεψη ως θεμιτής ακόμη και της δυνατότητας συμπλήρωσης μη υποβληθέντος εγγράφου που αναφέρεται σε αντικειμενικώς εξακριβώσιμα γεγονότα. Η παραπάνω πρόβλεψη δεν συμβαδίζει με την προαναφερθείσα νομολογία του ΔΕΕ.



- Με το άρθρο 43 του Ν. 4782/2021, που τροποποίησε το άρθρο 103 του Ν. 4412/2016, επανήλθε η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να χορηγήσει, εκτός των άλλων, μια **δεύτερη ευκαιρία στον προσωρινό ανάδοχο** να προσκομίσει δικαιολογητικά κατακύρωσης που δεν είχε υποβάλει εντός της αρχικώς ταχθείσας προθεσμίας.
 - Απόκλιση από το γράμμα της παραγράφου 4, εδάφιο β', του άρθρου 59 της Οδηγίας 2014/24, *in fine*
 - Απόκλιση από τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Παροχή στην αναθέτουσα αρχή μιας χρονικώς απεριόριστης δυνατότητας να καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο να συμπληρώσει ελλείποντα δικαιολογητικά. Ευνοούνται ενδεχόμενες αθέμιτες συνεννοήσεις μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του προσωρινού αναδόχου.



- Η έλλειψη ρητής σχετικής διάταξης απέκλειε την άμεση εφαρμογή των ουσιωδών τροποποιήσεων που επήλθαν με τα άρθρα 42 και 43 του Ν. 4782/2021 στις εκκρεμείς κατά το χρόνο έναρξης ισχύος τους διαγωνιστικές διαδικασίες (βλ. ΣτΕ ΕΑ 306/2021, σκέψη 10· *contra* ΔΕφΑθ 376/2021, σκέψη 9, και ΔΕφΠει 48/2022, σκέψη 7). Με το άρθρο 22 του Ν. 4903/2022, ο εθνικός νομοθέτης κάλυψε αυτό το κενό διαχρονικού δικαίου, προβλέποντας ρητώς την παραπάνω άμεση εφαρμογή, εκτός από τις περιπτώσεις στις οποίες έχει χωρήσει οριστικός αποκλεισμός του οικονομικού φορέα ή έχει εκδοθεί αντίθετη απόφαση αρμοδίου δικαστηρίου.
 - Δυσμενής διάκριση σε βάρος δυνητικών προσφερόντων που θα είχαν συμμετάσχει στον διαγωνισμό αν γνώριζαν από την αρχή ότι θα είχαν μια δεύτερη ευκαιρία (ιδιαίτερος χρήσιμη ως προς την ασφαλιστική ή φορολογική ενημερότητα) να υποβάλουν και, συνακόλουθα, να εξασφαλίσουν τα απαιτούμενα δικαιολογητικά σε μεταγενέστερο από τον κανονικώς προβλεπόμενο χρόνο.
 - Ανατροπή τυχόν εκδοθείσας αντίθετης απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ, γεγονός που δεν συμβαδίζει με τη διασφάλιση της ανεξαρτησίας της τελευταίας.



III. Η αμφιλεγόμενη εθνική νομολογία

- Η εξέλιξη της εθνικής νομολογίας κατέστησε **άνευ πρακτικού ενδιαφέροντος το ζήτημα της άμεσης εφαρμογής στους εκκρεμείς διαγωνισμούς του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016**, όπως αυτό τροποποιήθηκε με το άρθρο 42 του Ν. 4782/2021, διότι, τελικώς, η νομολογία αναίρεσε τον ουσιώδη χαρακτήρα των σχετικών τροποποιήσεων, ερμηνεύοντας τες σύμφωνα με την πάγια ευρωπαϊκή και εθνική νομολογία που είχε διαμορφωθεί βάσει του προγενέστερου καθεστώτος (βλ. ΣτΕ 147/2022, σκέψη 34, 725/2022, σκέψη 35, 1552-3/2022, σκέψη 15, 1612/2022, σκέψη 12, 1894/2022, σκέψη 14· βλ. και ΔΕφΘεσσ 398/2022, σκέψη 11, ΔεφΠατρ 79/2022, σκέψη 12· ως προς τις αντίθετες αρχικές τάσεις της νομολογίας, βλ., αντί άλλων, ΔΕφΑθ 2076/2021, σκέψη 8)
- Η «δεύτερη ευκαιρία» υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης **δεν αμφισβητείται ως προς συμβατότητά της με το ενωσιακό δίκαιο** (βλ. ΣτΕ 1020/2022, σκέψη 12 ΣτΕ 1904/2020, σκέψη 12 , 1/2020, ΣτΕ ΕΑ. 241/2019, σκέψεις 11 και 12, 37/2019, σκέψη 9)
 - α) Παραγνώριση της μεταφοράς του άρθρου 59, παρ. 4, εδάφιο β΄ της Οδηγίας 2014/24, *in fine*, από το άρθρο 103 του Ν. 4412/2016
 - β) Αλυσιτελής επίκληση της νομολογίας του ΔΕΕ σχετικά με την αναγνώριση σχετικής διακριτικής ευχέρειας στον εθνικό νομοθέτη, δεδομένου ότι και η νομολογία αυτή απαγορεύει να θεραπευθεί η παράλειψη προσκόμισης δικαιολογητικών που ζητούνται επί ποινή αποκλεισμού (βλ. ΔΕΕ, 28.2.2018, C-523/16 και C-536/16, MA.T.I. SUD SpA, σκέψεις 51 και 52)
 - γ) Αδικαιολόγητη άρνηση ανάγκης προδικαστικής παραπομπής στο ΔΕΕ (ΣτΕ 1894/2022, σκέψη 17)



- **Η άμεση εφαρμογή στους εκκρεμείς διαγωνισμούς του άρθρου 43 του Ν. 4782/2021 θεωρείται συμβατή με τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, χωρίς ανάγκη υποβολής προδικαστικού ερωτήματος στο ΔΕΕ, παρά την απουσία *ad hoc* νομολογίας του τελευταίου.**
 - α) Επίκληση κανόνων και αρχών του γενικού διαχρονικού δικαίου που δεν είναι κατάλληλοι για τη ρύθμιση του ειδικού καθεστώτος τροποποίησης των όρων διακήρυξης εκκρεμούς διαγωνιστικής διαδικασίας (βλ. τις σκέψεις 20, 21 και 24 της απόφασης ΣτΕ 1894/2022)**
 - β) Αναφορά στην αμφιλεγόμενη νομολογία του Ανώτατου Διοικητικού Δικαστηρίου (βλ. ΣτΕ 2141/2019, σκέψη 16, 2029/2015, σκέψη 5 και ΣτΕ ΕΑ 237/2021, σκέψη 12, 240-1/2019, σκέψη 12, 291, σκέψη 14, 133/2019, σκέψη 11, 129/2018, σκέψη 14) που νομιμοποιεί την άμεση εφαρμογή νέων διατάξεων σε εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες με μόνο κριτήριο ότι οι εν λόγω διατάξεις είναι ευνοϊκές για όλους όσοι έχουν ήδη συμμετάσχει στον διαγωνισμό (βλ. τη σκέψη 18 της απόφασης ΣτΕ 1894/2022· στην ίδια κατεύθυνση, βλ. επίσης τις αποφάσεις ΔΕφΠει 48/2022, σκέψη 7, και ΔΕφΕθ 376/2021, σκέψη 9, οι οποίες δημοσιεύθηκαν πριν την ψήφιση του Ν. 4093/2022)**
 - γ) Οι κρίσιμες τροποποιήσεις εκλαμβάνονται ως απλές διαδικαστικές διατάξεις που δεν είναι τόσο ουσιώδεις ώστε να μπορούσαν να προσελκύσουν δυνητικούς προσφέροντες (βλ. τη σκέψη 25 της απόφασης ΣτΕ 1894/2022)**
 - δ) Υποβάθμιση της ανεξαρτησίας της ΕΑΔΗΣΥ (βλ. τη σκέψη 25 της απόφασης ΣτΕ 1894/2022)**



Συμπεράσματα

- Η πρόβλεψη άμεσης εφαρμογής στις εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες των τροποποιημένων άρθρων 102 και 103 του Ν. 4412/2016 εντάσσεται σε ένα **πλαίσιο κρίσης του κράτους δικαίου** στη Χώρα μας και στην Ευρώπη, το οποίο δεν συνδέεται τόσο με τις αποκλίσεις της εθνικής νομοθεσίας από τις απαιτήσεις του ενωσιακού δικαίου, όσο με τον **πλημμελή δικαστικό έλεγχο** αυτών των αποκλίσεων.
- Ο εθνικός δικαστής διακατέχεται από μια **θεσμική εσωστρέφεια**, αποφεύγοντας να υποβάλλει -ή υποβάλλοντας καθυστερημένα- προδικαστικά ερωτήματα στο ΔΕΕ και προωθώντας μια **παράδοξη σύμφωνη με το εθνικό δίκαιο ερμηνεία του ενωσιακού δικαίου**.
- Η τυχόν καθυστέρηση απάντησης στα προδικαστικά ερωτήματα εκ μέρους του ΔΕΕ δεν αποτελεί πειστική δικαιολογία. Η **συστηματική έκδοση αντιφατικών αποφάσεων** μεταξύ των Διοικητικών Εφετείων και **πλειάδας παραπεμπτικών προς την Ολομέλεια αποφάσεων των Τμημάτων του ΣτΕ** προκαλεί μια εξίσου μεγάλη καθυστέρηση στην διαλεύκανση των ερμηνευτικών ζητημάτων.
- Η **καταχρηστική επίκληση της θεωρίας της σαφούς πράξης (acte clair)**, χωρίς την ύπαρξη *ad hoc* νομολογίας του ΔΕΕ, ως προβαλλόμενη αιτιολογία άρνησης υποβολής προδικαστικού ερωτήματος προς το τελευταίο, αντιφάσκει με την παράλληλη απαίτηση, στην πράξη, να υπάρχει *ad hoc* νομολογία της Ολομέλειας του ΣτΕ προκειμένου να θεωρηθεί ότι συντρέχει πρόδηλη παρανομία στο πλαίσιο της προσωρινής δικαστικής προστασίας.