

Το έννομο συμφέρον αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα για την προσβολή πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων.

Νικόλαος Κ. Μαρκόπουλος

Παρέδρου Συμβουλίου της Επικρατείας

I. Εισαγωγή

1. Αποτελεί κοινώς αποδεκτή παραδοχή ότι ο τόπος του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων δεν είναι ένας τόπος διαυγής. Δικαστές, δικηγόροι, επιχειρηματίες, αναθέτουσες και εθνικές αρχές, το σύνολο δηλαδή της κοινότητας των ασχολουμένων με τον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, επιδίδονται συχνά σε έναν κοπιώδη και χρονοβόρο (για κάποιους και δαπανηρό) αγώνα κατανόησης πλήθους σκοτεινών έως εξεζητημένων εννοιών και διατάξεων, διατεταγμένων σε μια αρχιτεκτονικά περίπλοκη και δυσνόητη στον μη ειδικό νομοτεχνική δομή, αλλά και σε μια προσπάθεια αποκρυπτογράφησης νοημάτων και κρίσεων που διαβιούν στον μακροπερίοδο λόγο δικαστικών αποφάσεων. Ενίοτε, η ερμηνεία κάποιων εννοιών και διατάξεων εξελίσσεται σε γρίφους και οι γρίφοι εξελίσσονται σε δικαστικές διαμάχες. Και κάπως έτσι ξεστρατίζει ο πραγματικός σκοπός που υπηρετεί το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων: την ταχεία και με όρους διαφάνειας και ισότιμης συμμετοχής (δηλαδή, υγιούς ανταγωνισμού), ανάθεση μιας δημόσιας σύμβασης. Όμως, κάπως, κάπου και κάποτε η σύμβαση πρέπει να υπογραφεί!

2. Οι πλέον πρόσφατες νομολογιακές αναζητήσεις, οι οποίες διαδραματίζονται στις αίθουσες των εθνικών δικαστηρίων των κρατών μελών της Ε.Ε. και του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ), και ενδέχεται να επιφέρουν περαιτέρω επιπλοκές στο σύστημα ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, σχετίζονται με την ερμηνεία εννοιών και διατάξεων του ενωσιακού δικονομικού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και ειδικότερα με το ακόλουθο ερώτημα: *Έχει έννομο συμφέρον ο αποκλεισθείς, με πράξη της αναθέτουσας αρχής, υποψήφιος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης να προσβάλει πράξεις της διαγωνιστικής διαδικασίας που αφορούν τους ανταγωνιστές του όταν έχει πιθανολογηθεί στο πλαίσιο παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας ως νόμιμος ο αποκλεισμός του;*

II. Τα έως πρόσφατα κρατούντα στη νομολογία της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ

i. Το σύννηθες σενάριο

3. Διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας αποκλείεται από την περαιτέρω συμμετοχή του στον διαγωνισμό για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης (είτε κατά το στάδιο εξέτασης των προϋποθέσεων συμμετοχής είτε κατά το στάδιο αξιολόγησης των

τεχνικών ή οικονομικών προσφορών), λόγω του ότι η προσφορά του δεν εκπληρώνει όρους της σχετικής διακήρυξης. Στη συνέχεια ασκεί αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, με την οποία στρέφεται κατά της αποφάσεως αποκλεισμού του από την αναθέτουσα αρχή (ή τον αναθέτοντα φορέα), αμφισβητώντας τη νομιμότητά της, παραλλήλως δε στρέφεται κατά της συμμετοχής στον διαγωνισμό ανταγωνιστών του με αίτημα τον αποκλεισμό της προσφοράς τους (λόγω μη εκπλήρωσης των όρων συμμετοχής ή των τεχνικών ή οικονομικών όρων), προσβάλλοντας την απόφαση αποδοχής της προσφοράς τους ή την απόφαση προκρίσεώς τους σε επόμενο διαγωνιστικό στάδιο. Προβάλλει δε συναφώς ότι σε κάθε περίπτωση, δηλαδή, ακόμη και αν απορριφθούν οι αιτιάσεις κατά της αποφάσεως αποκλεισμού του, διατηρεί έννομο συμφέρον για την προβολή λόγων κατά της συμμετοχής ανταγωνιστών του. Και τούτο, υπό την έννοια ότι επιδιώκει τη ματαίωση ή ακύρωση του διαγωνισμού ώστε να θεμελιώσει προσδοκία για την ανάδειξή του ως μειοδότη- αναδόχου στον επαναληπτικό διαγωνισμό που μετά βεβαιότητας θα διεξαχθεί.

ii. Η τύχη της αιτήσεως

4. Σύμφωνα με την έως πρόσφατα παγία νομολογία της Επιτροπής Αναστολών (Ε.Α.) του Συμβουλίου της Επικρατείας (ΣτΕ) η εκδίκαση της σχετικής αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων ακολουθεί τον κανόνα της κατά προτεραιότητα εξετάσεως των αιτιάσεων που στρέφονται κατά της απόφασης αποκλεισμού του διαγωνιζομένου υποψηφίου. Και τούτο, διότι, εφόσον οι αιτιάσεις αυτές απορριφθούν και κατά συνέπεια πιθανολογηθεί νόμιμη η απόφαση αποκλεισμού του, τότε, ο εν λόγω διαγωνιζόμενος καθίσταται, πλέον, τρίτος ως προς τον διαγωνισμό και στερείται εννόμου συμφέροντος να προβάλλει αιτιάσεις κατά της αποδοχής της προσφοράς άλλου διαγωνιζομένου, εξαιρουμένων των λόγων που αφορούν σε παράβαση του ενιαίου μέτρου κρίσεως (βλ. ενδεικτικώς Ε.Α. 106/2013, 411/2013, 274/2012, 684/2009, 43/2007). Ομοίως δε, στερείται εννόμου συμφέροντος για την προβολή λόγων, η αποδοχή των οποίων θα οδηγούσε σε ματαίωση του διαγωνισμού με ενδεχόμενο την επαναπροκήρυξή του, δεδομένου ότι η προσδοκία ματαίωσης διαγωνισμού και προκηρύξεως νέου δεν αποτελεί λόγο δυνάμενο να στηρίξει το έννομο συμφέρον προς παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας, ούτε ασκεί επιρροή, από την άποψη αυτή, το γεγονός ότι ο αποκλεισθείς υποψήφιος έχει ασκήσει αίτηση ακυρώσεως κατά της περί αποκλεισμού του πράξεως της αναθέτουσας αρχής (βλ. ενδεικτικώς Ε.Α. 154/2016, 731, 430/2012, 877/2010).

iii. Οι νομολογιακοί κανόνες

5. Από την ανωτέρω συνοπτική επί του ζητήματος παράθεση της νομολογίας συνάγονται τρεις βασικοί κανόνες, οι οποίοι έχουν διαπλασθεί νομολογιακώς και τηρούνταν με συνέπεια από την Επιτροπή Αναστολών του ΣτΕ, έως πρόσφατα:

1. Υποψήφιος σε διαγωνιστική διαδικασία, ο οποίος αποκλείστηκε από την περαιτέρω συμμετοχή στον διαγωνισμό και άσκησε ανεπιτυχώς αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κατά της αποφάσεως αποκλεισμού του θεωρείται τρίτος ως προς τη διαγωνιστική διαδικασία, υπό την έννοια ότι δεν ανήκει

πλέον στον κύκλο συμφερόντων των πράγματι ενδιαφερομένων, έχοντας απολέσει τον ιδιαίτερο νομικό σύνδεσμό του (αυτόν του διαγωνιζόμενου υποψηφίου) με τη διαγωνιστική διαδικασία. Ο διαγωνισμός πλέον δεν τον αφορά.

2. Η προσδοκία ματαίωσης του διαγωνισμού και συμμετοχής σε επαναληπτικό διαγωνισμό, κατά τον οποίο δύναται να αναδειχθεί ανάδοχος, δεν θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων. Πρόκειται για συνεπή εφαρμογή της δογματικής και νομολογιακής θεμελιώσεως της εννοίας του εννόμου συμφέροντος στο εθνικό δικονομικό δίκαιο, σύμφωνα με την οποία το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι ενεστώς, δηλαδή, και η βλάβη να είναι υπαρκτή, αλλά και η νομική ή πραγματική κατάσταση ή η ιδιότητα του αιτούντος να υφίστανται και να μην είναι μελλοντικές ή ενδεχόμενες⁴.
3. Το γεγονός ότι ο αποκλεισθείς υποψήφιος έχει ήδη ασκήσει (ή έστω δύναται να ασκήσει) αίτηση ακυρώσεως κατά της απόφασης αποκλεισμού του, επιδιώκοντας οριστική δικαστική προστασία, δεν αποτελεί λόγο αναστολής της προσδώσεως σε αυτόν κατά την προσωρινή δικαστική προστασία (δίκη ασφαλιστικών μέτρων) της ιδιότητας του τρίτου σε σχέση με τον διαγωνισμό.

III. Η επανεξέταση της νομολογίας

6. Όμως, και οι τρεις ως άνω νομολογιακοί κανόνες τελούν υπό αναθεώρηση στην πολύ πρόσφατη νομολογία της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ. Το γεγονός αυτό οφείλεται στην νεότερη ερμηνευτική επεξεργασία από το ΔΕΕ κρίσιμων εννοιών και διατάξεων των δικονομικών οδηγιών 89/665/ΕΟΚ⁴ (L 395) και 92/13/ΕΚ⁵ (L 76), όπως έχουν αντικατασταθεί και ισχύουν από την οδηγία 2007/66/ΕΚ (L 335) και 2014/23/ΕΕ (L 94), με τις αποφάσεις της 4ης.7.2013, Fastweb, C-100/12 [στο εξής “Fastweb”], της 5ης Απριλίου 2016, Puligienica Facility Esco SpA, C-689/13 [στο εξής “PFE”], της 21ης.12.2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, C-355/15 [στο εξής “Bietergemeinschaft”], και της 11ης.5.2017, Archus και Gama [στο εξής “Archus”]. Με τις αποφάσεις αυτές το ΔΕΕ, απαντώντας σε προδικαστικά ερωτήματα που του υποβλήθηκαν, επέλυσε ζητήματα σχετικά με το έννομο συμφέρον προσφέροντος για την άσκηση αποτελεσματικής προσφυγής, κατά την έννοια των διατάξεων της δικονομικής οδηγίας 89/665/ΕΟΚ ή της συναφούς οδηγίας 92/13/ΕΟΚ.

IV. Οι κρίσιμες διατάξεις των δικονομικών οδηγιών

7. Οι διατάξεις των ανωτέρω δικονομικών οδηγιών, τις οποίες κλήθηκε, μέσω της διατύπωσης προδικαστικών ερωτημάτων από εθνικά δικαστήρια, να ερμηνεύσει το ΔΕΕ είναι τα άρθρα 1 παρ. 1 και 3 και 2^α της οδηγίας 89/665 ή της συναφούς οδηγίας 92/13/ΕΟΚ⁶. Οι διατάξεις αυτές του άρθρου 1 ορίζουν ότι «1. [...] Τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε, ... οι αποφάσεις που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές να υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και, ιδίως, όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών, ... λόγω του ότι οι αποφάσεις αυτές έχουν ληφθεί κατά παράβαση της κοινοτικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων ή των εθνικών κανόνων που μεταφέρουν την εν λόγω νομοθεσία. [...] 3. Τα κράτη μέλη μεριμνούν

ώστε οι διαδικασίες προσφυγής να είναι διαθέσιμες, σύμφωνα με τους κανόνες που είναι δυνατό να θεσπίζουν τα κράτη μέλη, τουλάχιστον σε οιοδήποτε πρόσωπο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εικαζόμενη παράβαση»². Περαιτέρω, το άρθρο 2α «Ανασταλτική Προθεσμία» της οδηγίας 89/665, όπως προστέθηκε με την οδηγία 2007/66 (και αντίστοιχα το άρθρο 2α της Οδηγίας 92/13) ορίζει τα εξής: «1. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε τα κατά το άρθρο 1 παράγραφος 3 πρόσωπα να έχουν στη διάθεσή τους επαρκή χρόνο που εξασφαλίζει αποτελεσματικές προσφυγές κατά των αποφάσεων για την ανάθεση σύμβασης που λαμβάνονται από τις αναθέτουσες αρχές, [...] 2. Δεν επιτρέπεται να συναφθεί σύμβαση κατόπιν απόφασης για την ανάθεση σύμβασης ... πριν την εκπνοή προθεσμίας τουλάχιστον [...] από την επομένη της ημερομηνίας παραλαβής της απόφασης ανάθεσης. 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 ο αναθέτων φορέας δεν έχει παράσχει πληροφορίες σχετικά με την απόρριψη της αιτήσεώς τους πριν την κοινοποίηση της απόφασης ανάθεσης στους ενδιαφερόμενους προσφέροντες». Κρίσιμες για την ερμηνευτική προσέγγιση των ανωτέρω διατάξεων και για την δικαιοπολιτική ratioθέσπισης των διατάξεων του άρθρου 2^α της οδηγίας 89/665 ή της συναφούς οδηγίας 92/13, είναι οι αιτιολογικές σκέψεις 3, 4 και 6 της οδηγίας 2007/66, η οποία προσέθεσε το άρθρο αυτό και στις δύο οδηγίες³. Στις σκέψεις αυτές διαλαμβάνονται τα εξής: «(3) Οι διαβουλεύσεις με τα ενδιαφερόμενα μέρη καθώς και η νομολογία του Δικαστηρίου απεκάλυψαν ορισμένες αδυναμίες στους μηχανισμούς προσφυγής που υπάρχουν στα κράτη μέλη ...[οι οποίοι] δεν επιτρέπουν πάντοτε να εξασφαλίζεται συμμόρφωση με τις κοινοτικές διατάξεις, ιδίως σε στάδιο στο οποίο μπορούν ακόμη να διορθωθούν οι παραβιάσεις. [...] (4) Στις αδυναμίες που εντοπίστηκαν περιλαμβάνεται συγκεκριμένα η απουσία προθεσμίας που θα καθιστά δυνατή την αποτελεσματική προσφυγή μεταξύ της απόφασης για ανάθεση σύμβασης και της σύναψης της σχετικής σύμβασης. Αυτό μερικές φορές έχει 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. Για να αντιμετωπιστεί η αδυναμία αυτή, που αποτελεί σοβαρό εμπόδιο για την αποτελεσματική έννομη προστασία των ενδιαφερομένων προσφερόντων, ήτοι εκείνων που δεν έχουν αποκλεισθεί ακόμη οριστικά, είναι αναγκαίο να προβλεφθεί ελάχιστη ανασταλτική προθεσμία κατά τη διάρκεια της οποίας αναστέλλεται η σύναψη της σχετικής σύμβασης [...] (6) Η ανασταλτική προθεσμία θα πρέπει να παρέχει στους ενδιαφερόμενους προσφέροντες επαρκή χρόνο προκειμένου να εξετάσουν την απόφαση ανάθεσης και να αξιολογήσουν αν είναι σκόπιμο να κινήσουν διαδικασία προσφυγής. Κατά την κοινοποίηση της απόφασης ανάθεσης θα πρέπει να παρέχονται στους ενδιαφερόμενους προσφέροντες οι σχετικές πληροφορίες που είναι απαραίτητες για να ασκήσουν αποτελεσματική προσφυγή. [...]

V. Η διεύρυνση της εννοίας της «συγκεκριμένης συμβάσεως» και το έννομο συμφέρον ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

8. Το ΔΕΕ, ερμηνεύοντας (με τις αποφάσεις Fastweb, PFE και Archus) τις προμνησθείσες ρυθμίσεις της Οδηγίας 89/665, ταυτόσημες με αυτές της οδηγίας 92/13, έκρινε ότι το έννομο συμφέρον «ενδιαφερομένου» [άρθρο 2α παρ. 2 εδ. γ' και στις δύο οδηγίες] είναι δυνατόν να συνίσταται και στη ματαίωση της διαδικασίας, ώστε να κινηθεί νέα διαδικασία συνάψεως συμβάσεως.

i. Το πρώτο σημαντικό βήμα: Η απόφαση Fastweb

9. Η απόφαση Fastweb αφορά περίπτωση όπου το αρμόδιο εθνικό ιταλικό δικαστήριο κλήθηκε να εξετάσει δύο αντίθετες προσφυγές εταιρειών που συμμετείχαν (μόνο αυτές οι δύο) σε δημόσιο διαγωνισμό, κάθε μία εκ των οποίων επιδίωκε, αντίστοιχα, τον αποκλεισμό της προσφοράς του ανταγωνιστή της. Συγκεκριμένα, η εταιρεία Fastweb άσκησε κύρια προσφυγή κατά της απόφασεως αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως στην ανταγωνίστριά της εταιρεία, ισχυριζόμενη ότι η προσφορά της έφερε πλημμέλειες και έπρεπε να αποκλεισθεί, η δε ανάδοχος ανταγωνίστρια εταιρεία άσκησε αντίθετη προσφυγή, προβάλλοντας ότι η προσφορά της Fastweb έπρεπε να αναγνωρισθεί, παρεμπιπτόντως, ως απαράδεκτη, γεγονός που θα είχε ως συνέπεια – σύμφωνα με την διαπλασθείσα από το Consiglio di Stato νομολογιακή δικονομική αρχή της κατά προτεραιότητα εξέτασεως της κύριας προσφυγής– ότι η προσφυγή της Fastweb έπρεπε τελικώς να αποκλεισθεί ως άνευ συμφέροντος ασκηθείσα. Η νομολογιακή αυτή αρχή βασίζεται, κατά τα παγίως κριθέντα από το Consiglio di Stato, στη θέση ότι «το πρακτικό συμφέρον επαναλήψεως του διαγωνισμού, το οποίο επικαλείται ο προσφεύγων κατά της αποφάσεως περί αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως δεν στοιχειοθετεί έννομη κατάσταση που να τον νομιμοποιεί προς άσκηση προσφυγής». Κατά το Consiglio di Stato «τέτοιου είδους προσδοκία δεν διαφέρει από την προσδοκία οποιασδήποτε άλλης επιχειρήσεως του κλάδου η οποία προσδοκά να συμμετάσχει σε μελλοντική διαδικασία επιλογής. Κατά συνέπεια, η αντίθετη προσφυγή η οποία στρέφεται κατά της νομιμοποίησεως του κυρίως προσφεύγοντος πρέπει πάντοτε να εξετάζεται κατά προτεραιότητα, ακόμα και αν οι διαγωνιζόμενοι ήταν μόνο δύο, δηλαδή ο προσφέρων, του οποίου δεν έγινε δεκτή η προσφορά, ο οποίος είναι ο κυρίως προσφεύγων, και ο ανάδοχος της συμβάσεως, ο οποίος είναι ο αντιθέτως προσφεύγων»². Με τα δεδομένα αυτά το αρμόδιο ιταλικό δικαστήριο (Tribunale Administrativo Regionale) διατύπωσε προδικαστικό ερώτημα προς το ΔΕΕ ερωτώντας κατά πόσο αυτή η νομολογιακώς διαπλασθείσα αρχή της κατά προτεραιότητα εξέτασεως, και ως εκ τούτου υπεροχής, της αντίθετης προσφυγής του αναδόχου έναντι της κύριας προσφυγής είναι συμβατή με την αρχή της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, η οποία θεσπίζεται στο άρθρο 1 της οδηγίας 89/665. Ο προβληματισμός του ιταλικού δικαστηρίου εστιάσθηκε στο γεγονός ότι η προηγούμενη –και πιθανώς αποκλειστική– εξέταση της αντίθετης προσφυγής δύναται να χορηγήσει στον ανάδοχο της συμβάσεως αδικαιολόγητο πλεονέκτημα σε σχέση με τους λοιπούς επιχειρηματίες οι οποίοι μετείχαν στη διαδικασία επιλογής όταν προκύψει ότι η σύμβαση του ανατέθηκε παρανόμως. Το ερώτημα δε αυτό κατέστη επιτακτικό για το ιταλικό δικαστήριο ενόψει του ότι, όπως διαπίστωσε από την εξέταση των αντίθετων αιτιάσεων των δύο προσφευγόντων, και οι δύο προσφορές έπρεπε να αποκλεισθούν, γεγονός που κατά λογικό επακόλουθο θα είχε ως συνέπεια την ακύρωση της διαδικασίας αναθέσεως της δημοσίας συμβάσεως.

Το ΔΕΕ, ερμηνεύοντας τις προμνησθείσες διατάξεις του άρθρου 1 παρ.1 και 3 της Οδηγίας 89/665 [σύμφωνα με τις οποίες οι προσφυγές κατά των αποφάσεων που λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να μπορούν να χαρακτηριστούν ως αποτελεσματικές, πρέπει να είναι διαθέσιμες τουλάχιστον σε οποιοδήποτε πρόσωπο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο εθίγη ή ενδέχεται να θιγεί από εικαζόμενη παράβαση], έκρινε ότι «κάθε ανταγωνιστής μπορεί να επικαλεσθεί έννομο συμφέρον που να αντιστοιχεί στον αποκλεισμό της προσφοράς των λοιπών, το οποίο μπορεί να καταλήξει στη διαπίστωση της αδυναμίας της αναθέτουσας αρχής να επιλέξει νομότυπη προσφορά» (σκ. 33), και ότι, κατά συνέπεια, ο νομολογιακός κανόνας της κατά προτεραιότητα εξετάσεως της αντίθετης προσφυγής του αναδόχου έναντι της κύριας προσφυγής του ετέρου συνυποψηφίου ανταγωνιστή του αντίκειται στη διάταξη του άρθρου 1 παρ. 3 της οδηγίας 89/665. Συγκεκριμένα, το ΔΕΕ έκρινε ότι η διάταξη αυτή δεν επιτρέπει να απορρίπτεται η ασκηθείσα από προσφέροντα, του οποίου η προσφορά δεν επελέγη, προσφυγή ως απαράδεκτη, κατόπιν προηγούμενης εξετάσεως της ενστάσεως απαραδέκτου την οποία προέβαλε ο ανάδοχος με αντίθετη προσφυγή, εφόσον προηγουμένως δεν έχει κριθεί αν και οι δύο επίμαχες προσφορές είναι σύμφωνες με τις απαιτήσεις της διακηρύξεως.

ii. Το επόμενο βήμα με την απόφαση PFE [: Το έννομο συμφέρον «των δύο επιπέδων»].

10. Στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση PFE η δικονομική και πραγματική πλοκή ενώπιον του εθνικού ιταλού δικαστή ήταν όμοια με αυτή της αποφάσεως Fastweb, με τη διαφορά ότι οι διαγωνιζόμενες εταιρείες ήταν περισσότερες, αντίθετες, όμως, προσφυγές είχαν ασκηθεί μόνον από τον ανάδοχο και τον καταταγέντα δεύτερο υποψήφιο. Το ερώτημα που διατύπωσε το αρμόδιο ιταλικό δικαστήριο προς το ΔΕΕ συνίστατο στο εάν η ερμηνεία στην οποία προέβη το ΔΕΕ με την απόφαση Fastweb ισχύει και για την κρινόμενη ενώπιόν του υπόθεση, δεδομένου ότι, στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση Fastweb οι επιχειρήσεις που είχαν υποβάλει προσφορές ήταν δύο, ενώ, στην ενώπιόν του υπόθεση, ο αριθμός των επιχειρήσεων που υπέβαλαν προσφορές ήταν μεγαλύτερος των δύο, έστω και αν δύο μόνο από αυτές άσκησαν προσφυγή. Το ΔΕΕ επανέλαβε τα κριθέντα με την απόφαση Fastweb, ωστόσο η απόφαση αυτή είναι σημαντική διότι ερμήνευσε αναλυτικότερα την έννοια του συμφέροντος διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα για την ανάθεση συγκεκριμένης συμβάσεως, η οποία συνάπτεται με το παραδεκτό της ασκήσεως προσφυγής, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 1 παρ. 3 της οδηγίας 89/665 (και της οδηγίας 92/13). Με την απόφαση αυτή, ειδικότερα, το ΔΕΕ διευκρίνισε, ότι όταν δύο διαγωνιζόμενοι ασκούν προσφυγές ζητώντας καθένας τον αποκλεισμό του άλλου, εκ των οποίων ο ένας έχει ανακηρυχθεί ανάδοχος, καθένας από τους προσφεύγοντες έχει έννομο συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση, δεδομένου ότι στην περίπτωση αυτή το εν λόγω «συμφέρον» δύναται να εξελιχθεί, ανεξαρτήτως της τύχης της προσφυγής εκάστου, σε δύο επίπεδα: σε ένα πρώτο διυποκειμενικό επίπεδο (σε σχέση με τον ανταγωνιστή του) και σε ένα δεύτερο διαδικαστικό-διαγωνιστικό επίπεδο (σε σχέση με την ίδια τη διαδικασία αναθέσεως της συμβάσεως). Συγκεκριμένα, το ΔΕΕ έκρινε τα εξής (βλ.

σκ. 26-27): « [...] στην περίπτωση κατά την οποία, κατόπιν της διεξαγωγής διαδικασίας για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως, δύο προσφέροντες ασκούν προσφυγές ζητώντας καθένας τον αποκλεισμό του άλλου ... καθένας από τους δύο προσφέροντες έχει συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση. Πράγματι, αφενός, ο αποκλεισμός του ενός προσφέροντος μπορεί να έχει ως συνέπεια την άμεση ανάθεση της συμβάσεως στον άλλο, στο πλαίσιο της ίδιας διαδικασίας [1^ο επίπεδο]^μ. Αφετέρου, στην περίπτωση αποκλεισμού αμφοτέρων των προσφερόντων και κινήσεως νέας διαδικασίας για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως, καθένας από τους προσφέροντες θα μπορούσε να λάβει μέρος και, επομένως, να επιτύχει εμμέσως την ανάθεση της συμβάσεως στον ίδιο [2^ο επίπεδο]. Κατόπιν των ανωτέρω το ΔΕΕ έκρινε, όπως και στην απόφαση Fastweb, ότι το άρθρο 1, παρ. 1 και 3 της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ έχει την έννοια ότι η κύρια προσφυγή την οποία ασκεί προσφέρων που έχει συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και εθίγη ή ενδέχεται να θιγεί από εικαζόμενη παράβαση του δικαίου της Ένωσης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων ή των κανόνων μεταφοράς του δικαίου αυτού στην εσωτερική έννομη τάξη, με αίτημα τον αποκλεισμό άλλου προσφέροντος αναδόχου, δεν επιτρέπεται να απορρίπτεται ως απαράδεκτη κατ' εφαρμογήν εθνικών δικονομικών κανόνων που επιβάλλουν την κατά προτεραιότητα εξέταση της αντίθετης προσφυγής του αναδόχου.

iii. Η απόφαση Archus και η έννοια της «συγκεκριμένης σύμβασης» του άρθρου 1 παρ. 3 των οδηγιών 89/665 και 92/13

11. Προκαταρκτικώς, θα πρέπει να επισημανθεί ότι τα κριθέντα από το ΔΕΕ με τις αποφάσεις Fastweb και PFE αφορούσαν πραγματικές καταστάσεις όπου κατά το στάδιο της αναθέσεως ανταγωνιστές υποψήφιοι ζητούσαν, έχοντας ασκήσει αντίθετες προσφυγές, ο ένας τον αποκλεισμό του άλλου, χωρίς όμως κανείς διαγωνιζόμενος να έχει αποκλεισθεί προηγουμένως με πράξη της αναθέτουσας αρχής. Τα πραγματικά περιστατικά της υποθέσεως επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση Archus ήταν κατά τούτο διαφορετικά. Συγκεκριμένα, στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης που κατέληξε στην υποβολή δύο μόνο προσφορών, εκδόθηκαν ταυτόχρονα δύο αποφάσεις από την αναθέτουσα αρχή, εκ των οποίων η μία απέρριψε την προσφορά ενός εκ των προσφερόντων και η άλλη ανέθεσε τη δημόσια σύμβαση στον ανταγωνιστή του. Κατά αμφοτέρων των αποφάσεων αυτών^μ ο αποκλεισθείς υποψήφιος άσκησε προσφυγή ενώπιον του Πολωνικού εθνικού οργάνου επίλυσης διαφορών από διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Στο πλαίσιο της εν λόγω προσφυγής, ο αποκλεισθείς προσφέρων, εκτός από την ακύρωση της αποφάσεως αποκλεισμού του, ζήτησε την απόρριψη της προσφοράς του αναδόχου λόγω μη συμμόρφωσης της τελευταίας με τις προδιαγραφές της συγγραφής υποχρεώσεων. Το αρμόδιο Πολωνικό εθνικό όργανο, έχοντας αμφιβολίες ως προς την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος προσφέροντος να ζητήσει τον αποκλεισμό του αναδόχου, διατύπωσε προδικαστικό ερώτημα προς το ΔΕΕ, με το οποίο ζήτησε να διευκρινιστεί αν το άρθρο 1 παρ. 3 της οδηγίας 92/13 έχει την έννοια ότι η «συγκεκριμένη σύμβαση» για την οποία κάνει λόγο η διάταξη πρέπει να γίνει αντιληπτή ως η συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης (αυτή δηλαδή που προκηρύσσεται) ή αν αφορά το αντικείμενο της υπό ανάθεση δημόσιας σύμβασης. Εάν προκριθεί η δεύτερη ερμηνευτική εκδοχή (το αντικείμενο της υπό

ανάθεση δημόσιας σύμβασης), θα μπορούσε να αναγνωριστεί έννομο συμφέρον στον προσφέροντα του οποίου απορρίφθηκε η προσφορά να επιτύχει δικαστικώς την απόρριψη και της προσφοράς του αναδόχου, ώστε να ακυρωθεί ή να ματαιωθεί ο διαγωνισμός και, κατά συνέπεια, να προκηρυχθεί επαναληπτικός διαγωνισμός. Το ερώτημα αυτό αισθάνθηκε την ανάγκη να απευθύνει στο ΔΕΕ η πολωνική εθνική αρχή ενόψει του ότι κατά τα ισχύοντα στην Πολωνία (όπως και στην Ελλάδα) ο οικονομικός φορέας ο οποίος έχει υποβάλει προσφορά στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης δεν δύναται, σε περίπτωση απόρριψης της προσφοράς του, να προσβάλει παραδεκτώς την απόφαση ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης, επικαλούμενος έννομο συμφέρον για τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και την επανάληψη του διαγωνισμού. Στην περίπτωση δηλαδή αυτή, όπως εξέθεσε στην απόφαση προδικαστικής παραπομπής η πολωνική εθνική αρχή, ο αποκλεισθείς υποψήφιος παύει να έχει οποιοδήποτε συμφέρον στην έκβαση της διαδικασίας σύναψης της δημόσιας σύμβασης. Το ΔΕΕ με την απόφαση Archus επανέλαβε τα κριθέντα με τις αποφάσεις Fastweb και PFE και έκρινε ότι αυτά τύγχαναν εφαρμογής και επί των πραγματικών περιστατικών της υποθέσεως ενώπιον της πολωνικής εθνικής αρχής, τα οποία εκτέθηκαν ανωτέρω. Έκρινε συγκεκριμένα το ΔΕΕ ότι «Στην περίπτωση αυτή, πρέπει να γίνει δεκτό ότι ο [αποκλεισθείς] προσφέρων που άσκησε την προσφυγή έχει έννομο συμφέρον να απορριφθεί η προσφορά του αναδόχου, πράγμα το οποίο μπορεί ενδεχομένως να καταλήξει στη διαπίστωση της αδυναμίας της αναθέτουσας αρχής να επιλέξει νομότυπη προσφορά» (σκ. 55), αξιοποιώντας ερμηνευτικώς - και κατά τούτο έγκειται η συνεισφορά της αποφάσεως αυτής στη σχετική νομολογιακή διαδρομή- τις διατάξεις του άρθρου 2α, παράγραφοι 1 και 2, της οδηγίας 92/13 (ταυτοσήμου περιεχομένου με τις αντίστοιχες της οδηγίας 89/665), όπου προβλέπεται ρητώς δικαίωμα των προσφερόντων οι οποίοι δεν έχουν αποκλεισθεί οριστικώς να προσφεύγουν, μεταξύ άλλων, κατά των αποφάσεων των αναθετόντων φορέων για την ανάθεση σύμβασης (βλ. σκ. 56). Δεν ήταν δυνατόν δε να θεωρηθεί η προσφεύγουσα της κυρίας δίκης ως «οριστικώς αποκλεισθείσα» από τη διαδικασία σύναψης δημόσιας συμβάσεως κατά το άρθρο 2α παρ. 2 εδ. β' της οδηγίας, διότι τόσο η απόφαση αποκλεισμού του ενός υποψηφίου προσφέροντος όσο και η απόφαση ανάθεσης στον ανάδοχο εκδόθηκαν «συγχρόνως». Διευκρίνισε δε το ΔΕΕ ότι «οριστικώς αποκλεισθείς» θεωρείται ο προσφέρων διαγωνιζόμενος, του οποίου η πράξη αποκλεισμού έχει επικυρωθεί, μετά δυνάμεως δεδικασμένου, στο πλαίσιο της οριστικής δικαστικής προστασίας. Έπραξε δε τούτο το ΔΕΕ αντιδιαστέλλοντας την ενώπιον του υπόθεση από εκείνη επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση Bietergemeinschaft, στην οποία «η απόφαση περί αποκλεισμού του οικείου προσφέροντος επικυρώθηκε με απόφαση η οποία περιβλήθηκε την ισχύ δεδικασμένου προτού αποφανθεί το δικαστήριο που επιλήφθηκε της προσφυγής κατά της απόφασης για την ανάθεση της δημόσιας σύμβασης, οπότε ο εν λόγω προσφέρων έπρεπε να θεωρηθεί ως οριστικώς αποκλεισθείς από τη διαδικασία σύναψης της επίμαχης δημόσιας σύμβασης» (σκ. 57). Έκρινε δε τελικώς το ΔΕΕ, απαντώντας στον προβληματισμό του δικαστηρίου της παραπομπής ως προς την έννοια της “συγκεκριμένης σύμβασης”, ως εξής: «... η οδηγία 92/13 έχει την έννοια ότι, σε περίπτωση ... στην οποία μια διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης κατέληξε στην υποβολή δύο προσφορών και στην ταυτόχρονη έκδοση δύο αποφάσεων από την αναθέτουσα αρχή εκ των οποίων η πρώτη απορρίπτει την προσφορά ενός εκ των προσφερόντων και η δεύτερη αναθέτει τη δημόσια σύμβαση στον άλλον, ο αποκλεισθείς προσφέρων ο οποίος ασκεί προσφυγή κατά των ανωτέρω δύο αποφάσεων πρέπει να έχει τη δυνατότητα να ζητήσει την απόρριψη της προσφοράς του αναδόχου, πράγμα το οποίο συνεπάγεται ότι η έννοια της «συγκεκριμένης σύμβασης» του άρθρου 1,

παράγραφος 3, της οδηγίας 92/13 μπορεί, κατά περίπτωση, να αφορά την ενδεχόμενη κίνηση νέας διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης».

VI. Η απόφαση Bietergemeinschaft και το έννομο συμφέρον «οριστικώς αποκλεισθέντος» υποψηφίου

12. Στην προαναφερθείσα υπόθεση Bietergemeinschaft η διαγωνιζόμενη κοινοπραξία αποκλείστηκε από τον διαγωνισμό κατά το αρχικό στάδιο εξετάσεως των προϋποθέσεων συμμετοχής, στη συνέχεια δε απορρίφθηκε δικαστικώς, μετά δυνάμειως δεδικασμένου, η προσφυγή που άσκησε κατά της αποφάσεως αποκλεισμού της. Ο διαγωνισμός, εν τω μεταξύ, συνεχίστηκε και κατέληξε σε έκδοση αποφάσεως αναθέσεως υπέρ της δεύτερης και μοναδικής εναπομείνουσας στο σχετικό διαγωνισμό ανταγωνίστριας εταιρείας. Κατά της απόφασης αυτής αναθέσεως η αποκλεισθείσα κοινοπραξία άσκησε προσφυγή ζητώντας την ακύρωσή της, επικαλούμενη ταυτόχρονα τη νομολογιακή αρχή της απόφασης Fastweb, ώστε να μην απορριφθεί ως άνευ εννόμου συμφέροντος η προσφυγή της. Το Αυστριακό Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο διατύπωσε προδικαστικό ερώτημα προς το ΔΕΕ εκφράζοντας την αμφιβολία του ως προς το εάν η νομολογιακή αρχή της αποφάσεως Fastweb μπορεί επίσης να εφαρμόζεται όταν, με δεδομένο ότι δύο προσφέροντες έχουν αρχικώς υποβάλει προσφορά, ο αποκλεισμός του προσφέροντος που προτίθεται να αμφισβητήσει την απόφαση περί αναθέσεως έχει επικυρωθεί προηγουμένως οριστικώς από τη δικαστική αρχή. Οι αμφιβολίες του είχαν ως έρεισμα, πρωτίστως, την έννοια του «ενδιαφερόμενου προσφέροντος» κατά το άρθρο 2α, παράγραφος 2, της οδηγίας 89/665. Το ΔΕΕ εξ αρχής διέκρινε αποφασιστικά τα πραγματικά περιστατικά της επίμαχης δίκης με αυτά των υποθέσεων επί των οποίων εκδόθηκαν οι αποφάσεις Fastweb και PFE. Συγκεκριμένα, παρατήρησε σχετικώς ότι «στις ως άνω δύο υποθέσεις (Fastweb και PFE), καθένας από τους προσφέροντες αμφισβητούσε το νομότυπον της προσφοράς του άλλου στο πλαίσιο μίας και της αυτής διαδικασίας προσφυγής σχετικής με την απόφαση περί αναθέσεως της συμβάσεως με δεδομένο ότι καθένας από αυτούς είχε έννομο συμφέρον που συνίστατο στον αποκλεισμό της προσφοράς του άλλου, οι δε αμφισβητήσεις αυτές μπορούσαν να καταλήξουν στη διαπίστωση της αδυναμίας της αναθέτουσας αρχής να επιλέξει νομότυπη προσφορά. Αντιθέτως, στην υπό κρίση υπόθεση, η κοινοπραξία άσκησε προσφυγή, κατ' αρχάς, κατά της αποφάσεως αποκλεισμού που εκδόθηκε κατ' αυτής, στη συνέχεια δε κατά της αποφάσεως περί αναθέσεως της συμβάσεως, και ακριβώς στο πλαίσιο της δεύτερης διαδικασίας προβάλλει το παράτυπον της προσφοράς του αναδόχου». Με τα δεδομένα αυτά το ΔΕΕ κατέληξε στην κρίση ότι η νομολογιακή αρχή που απορρέει από τις αποφάσεις Fastweb και PFE «δεν έχει εφαρμογή ούτε στο διαδικαστικό ούτε στο δικαστικό στάδιο της επίμαχης στην κύρια δίκη περιπτώσεως» (βλ. σκ. 30-33) και ότι συνεπώς το άρθρο 1 παρ. 3, της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι δεν αντιτίθεται στην άρνηση παροχής σε έναν προσφέροντα, ο οποίος έχει αποκλεισθεί από διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης με απόφαση της αναθέτουσας αρχής που κατέστη οριστική, της δυνατότητας να ασκήσει προσφυγή κατά της αποφάσεως περί αναθέσεως της οικείας δημόσιας σύμβασεως και κατά της σύναψης της σύμβασεως, σε περίπτωση που μόνον αυτός ο αποκλεισθείς προσφέρων και ο ανάδοχος της σύμβασεως έχουν υποβάλει προσφορές και ο εν λόγω προσφέρων υποστηρίζει ότι η προσφορά του αναδόχου έπρεπε επίσης να έχει απορριφθεί.

VII. Η ερμηνευτική αμφισημία της συνδυαστικής ανάγνωσης των αποφάσεων Archus και Bietergemeinschaft

13. Αν και ως προς τη νομολογιακή αρχή των αποφάσεων Fastweb και PFE -κατά την οποία κάθε υποψήφιος ανάδοχος που μετέχει σε διαγωνισμό αναθέσεως δημοσίας συμβάσεως μπορεί να επικαλεσθεί έννομο συμφέρον που να αντιστοιχεί στον αποκλεισμό της προσφοράς των λοιπών ανταγωνιστών του (όλων ή μερικών), ανεξαρτήτως εάν η νομική διαμάχη καταλήξει στην αλληλοεξόντωση των προσφευγόντων και ενδεχομένως στη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας- δεν καταλείπεται καμία ερμηνευτική απορία¹⁴, δεν συμβαίνει το ίδιο όσον αφορά τα νομολογιακά συμπεράσματα των αποφάσεων Archus και Bietergemeinschaft. Συγκεκριμένα, ανακύπτει το ερώτημα εάν ο αποκλεισθείς υποψήφιος, του οποίου ο αποκλεισμός δεν έχει επικυρωθεί κατά την οριστική δικαστική προστασία, παρά μόνο πιθανολογείται ως νόμιμος κατά το στάδιο της προσωρινής προστασίας, έχει έννομο συμφέρον να προσβάλλει την αποδοχή της προσφοράς των ανταγωνιστών του σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, ανεξαρτήτως δηλαδή αν ο διαγωνισμός βρίσκεται στο στάδιο αναθέσεως. Για παράδειγμα, εάν υποψήφιος αποκλεισθεί κατά το στάδιο της εξέτασης των δικαιολογητικών και, κατά τη δίκη των ασφαλιστικών μέτρων, πιθανολογηθεί νόμιμος ο αποκλεισμός του, διαθέτει έννομο συμφέρον προσβολής των πράξεων αποδοχής της προσφοράς των ανταγωνιστών του στο στάδιο αυτό ή και στα μεταγενέστερα στάδια αξιολόγησης τεχνικών ή οικονομικών προσφορών, τα οποία είναι απομακρυσμένα από το τελικό στάδιο αναθέσεως;

14. Εν πρώτοις, στο ερώτημα αυτό το ΔΕΕ με την απόφαση Archus απαντά, προσαρμόζοντας διασταλτικά την ερμηνεία της έννοιας της «συγκεκριμένης συμβάσεως» του άρθρου 1 παρ. 3 της οδηγίας 89/665 και 92/13, αποκλειστικώς στα συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά της υποθέσεως. Ο ειδικότερος κανόνας δικαίου παράγεται ερμηνευτικώς με βάση «την περίπτωση»¹⁵. Έτσι λοιπόν το ΔΕΕ διευκρίνισε με την απόφαση Archus ότι το ερμηνευτικό συμπέρασμα στο οποίο κατέληξε, σύμφωνα με το οποίο «ο αποκλεισθείς προσφέρων ο οποίος ασκεί προσφυγή κατά των ανωτέρω δύο αποφάσεων πρέπει να έχει τη δυνατότητα να ζητήσει την απόρριψη της προσφοράς του αναδόχου, πράγμα το οποίο συνεπάγεται ότι η έννοια της «συγκεκριμένης σύμβασης» του άρθρου 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 92/13 μπορεί, κατά περίπτωση, να αφορά την ενδεχόμενη κίνηση νέας διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης» ισχύει «σε περίπτωση ... στην οποία μια διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης κατέληξε στην υποβολή δύο προσφορών και στην ταυτόχρονη έκδοση δύο αποφάσεων από την αναθέτουσα αρχή εκ των οποίων η πρώτη απορρίπτει την προσφορά ενός εκ των προσφερόντων και η δεύτερη αναθέτει τη δημόσια σύμβαση στον άλλον». Ως εκ τούτου, το ΔΕΕ φαίνεται να περιορίζει τη διασταλτική ερμηνεία του εννόμου συμφέροντος αποκλεισθέντος υποψηφίου ώστε να καταλάβει και το συμφέρον ματαίωσης του διαγωνισμού μόνο στο στάδιο αναθέσεως του διαγωνισμού¹⁶. Η ερμηνεία δε αυτή εναρμονίζεται και με το δικαιοπολιτικό σκοπό θεσπίσεως, από την οδηγία 2007/66, της διατάξεως του άρθρου 2^α της οδηγίας 89/665 και της οδηγίας 92/13, ο οποίος συνίσταται στην ανάγκη πρόβλεψης

αποτελεσματικής προσφυγής στο χρονικό στάδιο «μεταξύ της απόφασης για ανάθεση σύμβασης και της σύναψης της σχετικής σύμβασης»¹⁶. Πρακτικά, ο ειδικότερος κανόνας δικαίου που διέπλεσε το ΔΕΕ με την εν λόγω απόφαση έχει ως σκοπό, στην περίπτωση που εκδοθούν συγχρόνως στο στάδιο αναθέσεως δύο αποφάσεις, εκ των οποίων η μία αποκλείει έναν διαγωνιζόμενο ενώ η άλλη αναθέτει τη σύμβαση στον ανταγωνιστή του, να εμποδίσει τα εθνικά δικαστήρια να εξετάσουν κατά προτεραιότητα την απόφαση αποκλεισμού και στη συνέχεια, σε περίπτωση που την κρίνουν νόμιμη, να απορρίψουν τις αιτιάσεις κατά της αποφάσεως αναθέσεως ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβληθείσες.

15. Ωστόσο, η ερμηνευτική αυτή προσέγγιση της νομολογίας του ΔΕΕ συσκοτίζεται με μια σκέψη της αποφάσεως Bietergemeinschaft. Στην απόφαση αυτή το ΔΕΕ ενώ έχει ήδη ολοκληρώσει την ερμηνευτική διαπραγμάτευση του προδικαστικού ερωτήματος επισήμανε, με μια obiter dictum σκέψη του, ότι «όπως προκύπτει από το άρθρο 1, παράγραφος 3, και από το άρθρο 2α της οδηγίας 89/665, αυτή διασφαλίζει το δικαίωμα ασκήσεως αποτελεσματικών προσφυγών κατά παράτυπων αποφάσεων που λαμβάνονται στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως δημόσιας συμβάσεως, παρέχοντας τη δυνατότητα σε κάθε αποκλεισθέντα προσφέροντα να αμφισβητήσει όχι μόνον την απόφαση αποκλεισμού, αλλά και, επί όσο χρόνο η αμφισβήτηση αυτή δεν έχει επιλυθεί, τις μεταγενέστερες αποφάσεις που θα του προξενούσαν ζημία σε περίπτωση που ακυρωνόταν ο αποκλεισμός του» (σκ. 34).

16. Στην περίπτωση αυτή το έννομο συμφέρον αποκλεισθέντος υποψηφίου είναι, κατά τα κριθέντα από το ΔΕΕ, ποιοτικώς διαφορετικό. Όσο ο ενδιαφερόμενος προσφέρων ή υποψήφιος δεν έχει ακόμη αποκλεισθεί οριστικώς (με δικαστική απόφαση στο πλαίσιο οριστικής δικαστικής προστασίας) μπορεί να προσβάλει τις πράξεις μεταγενέστερων σταδίων (π.χ. πράξεις αποδοχής τεχνικών ή οικονομικών προσφορών), δεδομένου ότι το έννομο συμφέρον στην περίπτωση αυτή συνίσταται αρνητικά στην αποφυγή της ζημίας που θα επωμιζόταν αν ακυρωνόταν η πράξη αποκλεισμού του, λόγω του ότι θα είχε στερηθεί της δυνατότητας να εξετασθούν οι προσφυγές του κατά των ανταγωνιστών του με σκοπό τον αποκλεισμό τους, όπως δικαιούται να πράξει σύμφωνα με τις αποφάσεις Fastweb και PFE. Ανακύπτει συνεπώς το ερώτημα αν με την απόφαση Bietergemeinschaft διατυπώνεται γενική νομολογιακή αρχή -η οποία υπερκαλύπτει και πρακτικώς απονευρώνει την περιορισμένου εύρους νομολογιακή αρχή της αποφάσεως Archus-, σύμφωνα με την οποία ο αποκλεισθείς, σε οποιοδήποτε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας με πράξη της αναθέτουσας αρχής, ενδιαφερόμενος υποψήφιος απολαμβάνει έννομο συμφέρον να προσβάλει όλες τις πράξεις του διαγωνισμού κατά το διάστημα που εκκρεμεί η εκδίκαση του κυρίου ενδίκου μέσου στο πλαίσιο οριστικής δικαστικής προστασίας, και, ως εκ τούτου, κατά το χρονικό αυτό διάστημα δεν μπορεί να θεωρείται τρίτος ως προς τον διαγωνισμό. Ίσως ένα νέο προδικαστικό ερώτημα αποσαφηνίσει το ζήτημα.

VIII. Η επιρροή των αποφάσεων Archus και Bietergemeinschaft στη νομολογία της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ

ι. Η συστατική προσέγγιση: Ε.Α. ΣτΕ 349/2017

17. Αρχικά, η Ε.Α. του ΣτΕ αντιμετώπισε περίπτωση όπου κατά το στάδιο αξιολόγησης τεχνικών προσφορών για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης αποκλείστηκε η μία εκ των δύο μόνο παραδεκτών συμμετεχουσών στο στάδιο αυτό κοινοπραξιών, λόγω πλημμελειών της τεχνικής της προσφοράς, ενώ αυτή της μόνης εναπομείνουσας ανταγωνίστριας της έγινε αποδεκτή και προκρίθηκε στο επόμενο στάδιο του ανοίγματος των οικονομικών προσφορών. Η αποκλεισθείσα κοινοπραξία άσκησε αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του ΣτΕ στρεφόμενη αφενός μεν κατά της πράξεως αποκλεισμού της, αφετέρου δε κατά της αποδοχής της τεχνικής προσφοράς της ανταγωνίστριας της. Πρόκειται κατ'ουσίαν για τα ίδια πραγματικά περιστατικά που αντιμετώπισε το ΔΕΕ στην απόφαση Archus (δύο προσφορές, ταυτόχρονη έκδοση δύο αποφάσεων εκ των οποίων η μία αποκλείει την προσφορά του ενός διαγωνιζόμενου, η άλλη αποδέχεται την προσφορά της ανταγωνίστριας), με τη διαφορά ότι τα περιστατικά αυτά ανέκυψαν σε ενδιάμεσο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας (στάδιο αξιολόγησης τεχνικών προσφορών) και όχι κατά το τελικό στάδιο της αναθέσεως (όπως στην απόφαση Archus). Η Ε.Α. με την απόφαση 349/2017 αρχικά απέρριψε (κατά πιθανολόγηση) ως αβάσιμες τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας κοινοπραξίας κατά της πράξεως αποκλεισμού της και στη συνέχεια, πριν από την εξέταση του παραδεκτού προβολής των αιτιάσεων κατά της εναπομείνουσας κοινοπραξίας, υπενθύμισε την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, κατά την οποία διαγωνιζόμενος του οποίου ο αποκλεισμός κρίνεται νόμιμος καθίσταται, πλέον, τρίτος ως προς τον διαγωνισμό και στερείται εννόμου συμφέροντος να προβάλει αιτιάσεις κατά της αποδοχής της προσφοράς άλλου διαγωνιζόμενου (βλ. σκ. 17). Η αποκλεισθείσα κοινοπραξία, αναμένοντας, προφανώς, αυτή την εξέλιξη, επικαλέσθηκε ότι η ως άνω πάγια νομολογία της Ε.Α. του ΣτΕ δεν μπορεί να εφαρμοσθεί στη συγκεκριμένη περίπτωση εν όψει των κριθέντων με την απόφαση Archus και ότι παρά τον αποκλεισμό της εξακολουθεί να έχει έννομο συμφέρον να ζητήσει την απόρριψη της προσφοράς της μόνης εναπομείνουσας διαγωνιζόμενης, ώστε, κατά λογική ακολουθία, να επακολουθήσει ματαίωση του διαγωνισμού. Οι ισχυρισμοί της, όμως, αυτοί δεν έγιναν δεκτοί, καθ' όσον πιθανολογήθηκε σοβαρώς ότι η απόφαση αυτή του ΔΕΕ δεν αναγνωρίζει, σε περίπτωση που η διαφορά αναφέρεται σε ενδιάμεσο στάδιο του διαγωνισμού και όχι στο στάδιο της αναθέσεως, έννομο συμφέρον του αποκλεισθέντος προς άμεση ματαίωση του διαγωνισμού ούτε έμμεσο συμφέρον ματαίωσης αυτού (διά της προβολής αιτιάσεων κατά της προσφοράς του έτερου διαγωνιζόμενου) ανεξάρτητο από την έκβαση της προσφυγής του με την οποία επιδιώκει την άρση του αποκλεισμού του. Ωστόσο, η Επιτροπή, λαμβάνοντας υπ' όψιν ότι η αιτούσα είχε ήδη ασκήσει αίτηση ακυρώσεως κατά των πράξεων, κατά των οποίων είχε ζητήσει προσωρινή προστασία, διέλαβε τα εξής: «[σκέψη 18] ... Εξ άλλου, η αιτούσα έχει ασκήσει αίτηση ακυρώσεως, με την οποία προβάλλει τις ίδιες αιτιάσεις με αυτές της κρινόμενης αίτησης παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας, αναφερόμενες στο αυτό στάδιο αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών. Η απόφαση που θα εκδοθεί επί

της αιτήσεως ακυρώσεως θα περιέχει κρίση, σύμφωνα με την οποία είτε θα επιβεβαιώνεται με ισχύ οριστικού δεδικασμένου ο αποκλεισμός της, οπότε θα περιέλθει σε κατάσταση 'οριστικώς αποκλεισθέντος' είτε αντιθέτως θα κρίνεται, οριστικώς, ότι αποκλεισμός αυτός δεν υπήρξε νόμιμος. Στην τελευταία αυτή περίπτωση, θα κριθούν και οι προβαλλόμενες κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας αιτιάσεις. Οι ίδιες αυτές αιτιάσεις θα πρέπει να κριθούν και αν, εν τω μεταξύ, ο διαγωνισμός προχωρήσει στο τελικό στάδιο αναθέσεως, κατά το οποίο η αιτούσα μπορεί να επαναφέρει όλες τις προβληθείσες αιτιάσεις, εάν δεν έχει ακόμη περιέλθει σε κατάσταση 'οριστικώς αποκλεισθέντος'. ...».

ii. Η διασταλτική προσέγγιση: Ε.Α. ΣτΕ 22/2018

18. Στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση Ε.Α. ΣτΕ 22/2018 το Δικαστήριο αντιμετώπισε παρόμοια πραγματικά περιστατικά με αυτά της αποφάσεως Ε.Α. 349/2017, με μόνη διαφορά τον αριθμό των συμμετεχουσών υποψηφίων κοινοπραξιών. Συγκεκριμένα, κατά το στάδιο της αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών αποκλείστηκε η προσφορά μιας εκ των τριών συμμετεχουσών κοινοπραξιών, ενώ, ταυτόχρονα, κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές των λοιπών δύο. Η Ε.Α. όμως, με διαφορετική σύνθεση, κατέληξε, κατά πλειοψηφία, σε διαφορετικό συμπέρασμα σε σχέση με την Ε.Α. 349/2017, όσον αφορά το έννομο συμφέρον αποκλεισθέντος διαγωνιζομένου, του οποίου οι αιτιάσεις κατά του αποκλεισμού του πιθανολογήθηκαν αβάσιμες, να επιδιώξει δικαστικώς, σε ενδιάμεσο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, τον αποκλεισμό των υπολοίπων εναπομεινάντων ανταγωνιστών του. Σύμφωνα με την ανωτέρω απόφαση, η οδηγία 92/13, όπως ερμηνεύθηκε από τις ανωτέρω τέσσερις αποφάσεις του ΔΕΕ, αναγνωρίζει πλέον και στον διαγωνιζόμενο που αποκλείστηκε και προσέβαλε ανεπιτυχώς τον αποκλεισμό του να επιδιώξει περαιτέρω δικαστικώς τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του και τη ματαίωση της αναθέσεως της συμβάσεως, εφ' όσον η έννοια της «συγκεκριμένης σύμβασης» (για την ανάθεση της οποίας χορηγείται η δικαστική προστασία της Οδηγίας) μπορεί και να καταλαμβάνει την ενδεχομένη κίνηση νέας διαδικασίας συνάψεως δημοσίας σύμβασης. Τούτο δε, κατά τα σχετικώς κριθέντα από την Ε.Α., αδιαφόρως του σταδίου, στο οποίο κατά την εθνική νομοθεσία εχώρησε ο αποκλεισμός, αφού συντρέχει σε όλα τα -ενδεχομένως περισσότερα- στάδια ο αυτός δικαιολογητικός λόγος θεμελιώσεως του εννόμου συμφέροντος, όπως το αντιλαμβάνονται οι Οδηγίες και το συνήγαγε ως αρμόδιο για την ερμηνεία τους το ΔΕΕ (ήτοι, η προσδοκία ν' αναλάβει ο ενδιαφερόμενος το αντικείμενο της σύμβασης και όχι να του ανατεθεί ειδικώς η βάση της επίμαχης διαδικασίας σύμβαση, όπως, μάλιστα, υπελάμβανε το εθνικό δικαιοδοτικό όργανο που υπέβαλε το προδικαστικό ερώτημα στην υπόθεση Archus). Είναι, ωσαύτως, αδιάφορος για την κατάφαση του εννόμου συμφέροντος ενός αποκλεισθέντος ο αριθμός των ανταγωνιστών του, όπως διευκρίνισε ρητώς το ΔΕΕ στην υπόθεση «PFE». Επισήμανε δε η Ε.Α. α) ότι, κατά λογική αναγκαιότητα, πρέπει ο υπ' αυτά τα δεδομένα προσφεύγων ν' αμφισβητήσει την αποδοχή απάντων ανεξαιρέτως των ανταγωνιστών του στα επόμενα στάδια της διαδικασίας, ώστε να είναι κατ' αρχήν λυσιτελείς και

ακουστές οι σχετικές αιτιάσεις και β) ότι, όπως κρίθηκε στην υπόθεση «Bietergemeinschaft», στερείται πράγματι εννόμου συμφέροντος να προσβάλει πράξεις επομένων σταδίων της διαδικασίας μόνο ο διαγωνιζόμενος εκείνος, ο αποκλεισμός του οποίου σε προηγούμενο στάδιο της διαδικασίας επικυρώθηκε με δύναμη δεδικασμένου στο πλαίσιο οριστικής δικαστικής προστασίας ή ο διαγωνιζόμενος που δεν αμφισβήτησε παντάπασι τον αποκλεισμό του. Κατόπιν τούτων, η Ε.Α., με την απόφαση 22/2018, αφού προηγουμένως είχε πιθανολογήσει ότι εχώρησε νομίμως ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας κοινοπραξίας, αναθεώρησε την παγιωθείσα νομολογία και έκρινε ως μετ' εννόμου συμφέροντος προβληθείσες τις αιτιάσεις της κατά όλων των υπολοίπων ανταγωνιστών της που παρέμεναν στον διαγωνισμό.

ΙΧ. Το έννομο συμφέρον για τη ματαίωση και επαναπροκήρυξη διαγωνισμού

ι. Η απόφαση Ε.Α. ΣτΕ 130/2018

19. Η απόφαση αυτή είναι ενδιαφέρουσα για τον λόγο ότι διευκρίνισε, υπό το φως των προμνησθεισών αποφάσεων του ΔΕΕ, τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες αποκλεισθείς υποψήφιος μπορεί να θεμελιώσει λυσιτελώς σε ενδιάμεσο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας έννομο συμφέρον ματαίωσης και επαναπροκηρύξεως διαγωνισμού. Στην υπόθεση αυτή, επί της οποίας εκδόθηκε η εν λόγω απόφαση, μετείχαν στη σχετική διαγωνιστική διαδικασία τέσσερις κοινοπραξίες, εκ των οποίων μόνο οι τρεις προκρίθηκαν στο β' στάδιο του διαγωνισμού, ενώ η τέταρτη αποκλείστηκε από τη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας. Αίτηση ασφαλιστικών μέτρων της αποκλεισθείσας κοινοπραξίας κατά της αποφάσεως αποκλεισμού της απορρίφθηκε με απόφαση της Ε.Α. Η αποκλεισθείσα κοινοπραξία είχε όμως ασκήσει αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κατά της αποφάσεως αποδοχής των προσφορών δύο εκ των τριών εναπομεινάντων ανταγωνιστών της. Υπό τα πραγματικά αυτά δεδομένα η Ε.Α. έκρινε ως εξής: « [...] με την προαναφερθείσα απόφαση *Archus* και *Gama* του Δ.Ε.Ε., το έννομο συμφέρον του αποκλεισθέντος προσφέροντος να ασκήσει αποτελεσματική προσφυγή κατά της αποφάσεως περί αποδοχής της προσφοράς του ετέρου μοναδικού συνυποψηφίου του και αναθέσεως σε αυτόν της συμβάσεως, συνδέθηκε με το ενδεχόμενο κινήσεως νέας διαδικασίας για τη σύναψη της συγκεκριμένης δημόσιας συμβάσεως. Συνεπώς, στην περίπτωση αυτή το έννομο συμφέρον του αποκλεισθέντος προσφέροντος - ο οποίος, πάντως, δεν μπορούσε να θεωρηθεί ως οριστικώς αποκλεισθείς - αναγνωρίστηκε υπό περιστάσεις που διαφέρουν από αυτές της κρινομένης υποθέσεως. Ειδικότερα, στην προκειμένη περίπτωση με την κρινομένη αίτηση η αιτούσα κοινοπραξία, η οποία αποκλείστηκε από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία, βάλλει κατά της αποδοχής των δύο εκ των τριών συνυποψηφίων της σχημάτων που έγιναν δεκτά στο Β' στάδιο του διαγωνισμού. Συνεπώς, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι το έννομο συμφέρον της αιτούσης για την εξέταση των προβαλλομένων με την υπό κρίση αίτηση λόγων θεμελιώνεται στο ενδεχόμενο ματαίωσης της προκηρυχθείσας διαγωνιστικής διαδικασίας και κινήσεως νέας διαδικασίας διαγωνισμού για την ανάθεση της συγκεκριμένης συμβάσεως, δεδομένου ότι, ακόμη και αν πιθανολογηθεί η βασιμότητα των λόγων της αιτήσεώς της ασφαλιστικών μέτρων, η προκηρυχθείσα διαδικασία μπορεί να συνεχίσει με την

υποβολή προσφοράς από το υποψήφιο σχήμα, η συμμετοχή του οποίου δεν πλήσσει με την κρινόμενη αίτηση.» Με τις σκέψεις αυτές η Ε.Α. έκρινε ότι δεν υφίσταται λόγος να αποστεί από την μέχρι τώρα νομολογία του Δικαστηρίου, κατά την οποία διαγωνιζόμενος ο οποίος αποκλείεται από τον διαγωνισμό, κατόπιν απορρίψεως αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων κατά της πράξης αποκλεισμού του, δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζομένου.

ii. Η απόφαση Ε.Α. ΣτΕ 106/2018

20. Η απόφαση αυτή αντιμετώπισε το ζήτημα εάν ασκείται μετ' εννόμου συμφέροντος αίτηση ασφαλιστικών μέτρων από διαγωνιζόμενο (ο οποίος είχε αποκλεισθεί σε προηγούμενο στάδιο)¹² κατά το μέρος που στρέφεται κατά της αρνήσεως της αναθέτουσας αρχής να ματαιώσει τον διαγωνισμό, ώστε να κινηθεί νέα διαγωνιστική διαδικασία με διαφοροποιημένο αντικείμενο (νέους όρους και τεχνικές προδιαγραφές). Η Ε.Α. έκρινε ότι ούτε από το εθνικό και ενωσιακό δίκαιο ούτε από τη νομολογία του ΔΕΕ που επικαλέσθηκε η αιτούσα (αποφάσεις PFE και Archus) αναγνωρίζεται έννομο συμφέρον αποκλειόμενου από διαγωνισμό να επιδιώξει, ασυνδέτως με τον αποκλεισμό του έτερου διαγωνιζομένου, τη ματαίωση του διαγωνισμού ώστε να μην είναι δυνατή η επαναπροκήρυξή του με το ίδιο αντικείμενο ή τους ίδιους όρους και προδιαγραφές. Εν προκειμένω, σύμφωνα με την απόφαση, η αιτούσα, η οποία συμμετείχε στον επίμαχο διαγωνισμό και αποκλείστηκε από αυτόν σε προγενέστερο στάδιο, δεν επιδίωκε με την κρινόμενη αίτηση, κατά το μέρος που εστρέφετο κατά της ως άνω προσβαλλόμενης άρνησης ματαίωσης του διαγωνισμού, τον αποκλεισμό του εναπομείναντος στον διαγωνισμό υποψηφίου, έτσι ώστε να επιτύχει την ενδεχόμενη κίνηση νέας διαδικασίας στην οποία θα μπορούσε να λάβει μέρος για να επιτύχει την ανάθεση της συμβάσεως στην ίδια. Αντιθέτως, ζήτησε τη ματαίωση του διαγωνισμού επί σκοπώ όπως ουδέποτε επαναπροκηρυχθεί η 'συγκεκριμένη σύμβαση', αλλά κινηθεί νέα διαδικασία για την ανάθεση άλλης σύμβασης με ουσιωδώς διαφορετικό αντικείμενο ή ουσιωδώς διαφορετικούς όρους και τεχνικές προδιαγραφές. Ως εκ τούτου, η υπό κρίση αίτηση, κατά το μέρος αυτό, κρίθηκε από την Ε.Α. ως απορριπτέα, προεχόντως, ως ασκηθείσα άνευ εννόμου συμφέροντος.

Χ. Επίλογος

21. Στην εισαγωγή της παρούσας εισήγησης τέθηκε το ακόλουθο ερώτημα: *Έχει έννομο συμφέρον ο αποκλεισθείς, με πράξη της αναθέτουσας αρχής, υποψήφιος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης να προσβάλει πράξεις της διαγωνιστικής διαδικασίας που αφορούν τους ανταγωνιστές του όταν έχει πιθανολογηθεί στο πλαίσιο παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας ως νόμιμος ο αποκλεισμός του;* Στο ερώτημα αυτό, το οποίο πλέον πρέπει να απαντηθεί και υπό το φως των προμνησθεισών αποφάσεων του ΔΕΕ, η νομολογία του Δικαστηρίου (ΣτΕ) δεν έχει καταλήξει

οριστικώς. Η απάντηση δε στο ερώτημα αυτό καθίσταται έτι περαιτέρω περίπλοκη αν προστεθεί η μεταβλητή της φύσης των αποφάσεων που εκδίδει επί προσφυγών κατά πράξεων αναθετουσών αρχών η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ). Ανακύπτει αναγκαστικά το ερώτημα αν μπορεί να θεωρηθεί η ΑΕΠΠ ως δικαιοδοτικό όργανο κατά την έννοια του άρθρου 267 της Συνθήκης Λειτουργίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης (πρώην άρθρο 234 ΣΕΚ). Αν πρόκειται για οιοδήποτε δικαιοδοτική αρχή¹⁸, ανακύπτει λογικώς το επόμενο ερώτημα ως προς το ποία είναι η φύση των αποφάσεών της, όσον αφορά την έννοια του «οριστικώς αποκλεισθέντος», ενόψει του ότι η ΑΕΠΠ εξετάζοντας προσφυγές διαγωνιζομένων κατά πράξεων αναθετουσών αρχών έχει την εξουσία όχι μόνο να λάβει προσωρινά μέτρα, αλλά και να ακυρώσει την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (βλ. άρθρα 366 και 367 ν. 4412/2016, όπως ισχύουν). Αν, αντιθέτως, η ΑΕΠΠ έχει χαρακτήρα αμιγώς διοικητικής αρχής τέτοιοι προβληματισμοί βεβαίως περισεύουν¹⁹.

22. Ο συντάκτης του παρόντος άρθρου, ενόψει της ιδιότητάς του ως εν ενεργεία δικαστής του ΣτΕ (υπηρετών στο Δ' Τμήμα), για λόγους δεοντολογικούς δεν δύναται τη δεδομένη χρονική στιγμή, και ενόσω η νομολογία του Δικαστηρίου βρίσκεται σε στάδιο διαμορφώσεως, να διατυπώσει τις προσωπικές του ερμηνευτικές προσεγγίσεις επί των ζητημάτων που εκτέθηκαν. Ο στόχος άλλωστε της παρούσης μελέτης είναι απλώς να συνεισφέρει στην ενημέρωση της νομικής κοινότητας του χώρου των δημοσίων συμβάσεων επί σημαντικών νομικών ζητημάτων της τρέχουσας επικαιρότητας. Ωστόσο, θα πρέπει να επισημανθούν κάποιοι προβληματισμοί εξ απόψεως και μόνο δικαιοπολιτικής του δικονομικού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων. Το εθνικό σύστημα δικαστικής προστασίας²⁰ από διαφορές που αναφύονται κατά τη διαγωνιστική διαδικασία δημοσίων συμβάσεων εκτείνεται σε δύο διαφορετικούς χρόνους, δηλαδή στο στάδιο της παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας, και στο στάδιο της οριστικής δικαστικής προστασίας. Οι δύο αυτοί χρόνοι απέχουν αρκετά μεταξύ τους, στο μεσοδιάστημα δε οι δικαστικές έριδες κάθε διαγωνιστικής διαδικασίας πληθαίνουν εξ αφορμής νέων διαφορών που ανακύπτουν σε επόμενα διαγωνιστικά στάδια και ανάλογα πληθαίνουν και οι πραγματικές καταστάσεις που διαμορφώνονται από το διατακτικό των αποφάσεων της Επιτροπής Αναστολών επί των αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων (ή πλέον των αιτήσεων αναστολής του ν. 4412/2016). Πρόκειται για καταστάσεις που επιβαρύνουν το σύστημα δικαστικής προστασίας στον τομέα των διαγωνισμών δημοσίων συμβάσεων με αφόρητο «θόρυβο». Αν σε όλο αυτό το υφιστάμενο σύστημα προστεθεί και η ευχέρεια κάθε αποκλεισθέντος υποψηφίου να προσβάλλει,²¹ ενόσω δεν έχει ακόμη καταστεί, δικαστικώς, οριστικός ο αποκλεισμός του, όλες τις μεταγενέστερες αποφάσεις που αφορούν τους ανταγωνιστές του έως και το στάδιο της αναθέσεως, παρόλο που ήδη έχει πιθανολογηθεί δικαστικώς ότι αποκλείστηκε νομίμως, οι συνέπειες θα είναι λίαν αρνητικές. Εκτός της εκθετικής αυξήσεως των δικαστικών αντιδικιών και περιπλοκών, θα επέλθει και η αλλοίωση της ηθικής της διαγωνιστικής διαδικασίας. Από την ηθική της ανταγωνιστικής συμμετοχής η διαγωνιστική διαδικασία θα μεταβεί στην ηθική «του ελεύθερου σκοπευτή» (σημαδεύουμε, ότι κινείται), στην ηθική της με κάθε μέσο και στρεψοδικία εξόντωσης κάθε ανταγωνιστή και εν τέλει και του ίδιου του διαγωνισμού, ώστε να προκηρυχθεί ο επαναληπτικός, και να ξεκινήσει ένας νέος φαύλος κύκλος. Έχω την άποψη ότι απαιτείται αναδιάρθρωση του συστήματος δικαστικής προστασίας στον τομέα των

δημοσίων συμβάσεων, ίσως, μεταξύ άλλων, με συγχώνευση των σταδίων δικαστικής προστασίας (προσωρινής και οριστικής) σε ένα νέο ένδικο μέσο.

- 1 Παραφράζοντας τη φράση "It's the economy, stupid!" του Bill Clinton κατά τη διάρκεια της προεκλογικής του εκστρατείας, το 1992, έναντι του συνυποψηφίου του εν ενεργεία Προέδρου George H.W. Bush.
- 2 Υπό την έννοια ότι έγινε αποδεκτή η συμμετοχή ανταγωνιστή διαγωνιζομένου, για τον οποίο, παρ'ότι συνέτρεχε ο ίδιος λόγος αποκλεισμού, εχώρησε διαφορετική εκτίμηση των αυτών πλημμελειών από την αναθέτουσα αρχή (βλ. ενδεικτικώς Ε.Α. 684/2009, 877/2010, 224, 274/2012, 106/2013, 154/2016).
- 3 Βλ. Γλυκερία Π. Σιούτη, Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακυρώσεως, 1998, σελ. 157 επ. Περαιτέρω, όπως παγίως γίνεται δεκτό από το Δικαστήριο, κατά την έννοια της διάταξης του άρθρου 47 παρ. 1 του π.δ. 18/1989 (Α' 8), για την άσκηση της αιτήσεως ακυρώσεως απαιτείται ιδιαίτερο, άμεσο και ενεστώς –και όχι μελλοντικό και ενδεχόμενο- έννομο συμφέρον (βλ. ΣτΕ 2446/1992, 2905/2005 κ.α.). Η ύπαρξη δε του εννόμου συμφέροντος κρίνεται, όταν ο αιτών δεν είναι αποδέκτης της προσβαλλόμενης πράξης, από τον σύνδεσμο μεταξύ των εννόμων συνεπειών της πράξης αυτής και της συγκεκριμένης νομικής κατάστασης ή ιδιότητας, στην οποία ευρίσκεται ή την οποία επικαλείται (βλ. ΣΕ 2855-6/1985 Ολομ., 1430, 3720/2000, 2905/2005 κ.α.). Εξαιρετικώς, μόνο για την περίπτωση της προβολής λόγων που αφορούν την παράβαση του ενιαίου μέτρου κρίσης έχει κριθεί ότι το έννομο συμφέρον προς άσκηση της αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων για την προσβολή πράξεων που αφορούν την αποδοχή προσφοράς ανταγωνιστών *δεν απαιτείται να είναι ενεστώς, αλλ' αρκεί να είναι και ενδεχόμενο* (βλ. Ε.Α. 43/2007).
- 4 Η δικονομική αυτή οδηγία εφαρμόζεται στις συμβάσεις που αναφέρονται στην Οδηγία 2014/25/ΕΕ (L 94) και στις συμβάσεις παραχώρησης της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ (L 94) [βλ. άρθρο 1 παρ. 1 της Οδηγίας 89/665, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με την Οδηγία 2014/23/ΕΕ]
- 5 Η δικονομική αυτή οδηγία εφαρμόζεται στις συμβάσεις στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών που αναφέρονται στην Οδηγία 2014/24/ΕΕ (L 94) [βλ. άρθρο 1 παρ. 1 της Οδηγίας 92/13, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με την Οδηγία 2014/23/ΕΕ].
- 6 Και στις δύο αυτές οδηγίες οι διατάξεις είναι πανομοιότυπες.
- 7 Οι διατάξεις αυτές είχαν ενσωματωθεί στο εθνικό δίκαιο με το άρθρο 2 του ν. 3886/2010 (Α' 173) και ήδη περιέχονται στο άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147).
- 8 Βλ. άρθρο 1 Οδηγίας 2007/66, με την οποία προστέθηκε το άρθρο 2^α στην οδηγία 89/665, και άρθρο 2 Οδηγίας 2007/66, με την οποία προστέθηκε το ίδιο άρθρο 2^α στην οδηγία 92/13.
- 9 Βλ. σκ. 14 της αποφάσεως
- 10 Η υπογραμμισμένη φράση μπορεί και να αναγνωσθεί ως να εννοεί «ανεξαρτήτως αν ο δικαστικός έλεγχος καταλήξει»
- 11 Η σημείωση στις αγκύλες είναι του συντάκτη του άρθρου
- 12 Οι οποίες θα μπορούσαν να έχουν σωρευθεί, όπως συμβαίνει κατά κανόνα, και σε μια μόνο πράξη της αναθέτουσας αρχής
- 13 Πρόκειται για νομολογιακή αρχή που τηρείται παγίως από το ΣτΕ
- 14 Βλ. έτσι την τακτική αυτή του ΔΕΕ και στη σκ. 26 της αποφάσεως PFE, στην οποία διευκρινίζεται ότι η απόφαση «Fastweb» συνιστά «**συγκεκριμενοποίηση των απαιτήσεων που καθιερώνουν οι διατάξεις του δικαίου της Ένωσης [άρθ. 1 παρ. 1 και 3 της Οδηγίας 89/665], στην περίπτωση κατά**

την οποία, κατόπιν της διεξαγωγής διαδικασίας για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως, δύο προσφέροντες ασκούν προσφυγές ζητώντας καθένας τον αποκλεισμό του άλλου».

15 Βλ. την ερμηνευτική αυτή προσέγγιση της αποφάσεως Archus από τον Dr Albert Sanchez-Graells στο άρθρο « ECJ ... Clarifies the scope of remedies directive in a procurement setting (C-131/16) [<https://albert-sanchezgraells.squarespace.com/?offset=1495004700399>]

16 Βλ. τις αιτιολογικές σκέψεις της οδηγίας 2007/66 ανωτέρω στην παρ. 7

17 Πρόκειται για τη συνέχεια της διαφοράς που αντιμετώπισε η προμνησθείσα Ε.Α. 349/2017

18 ή έστω αν μελλοντικώς πρόκειται να σχεδιαστεί από το νομοθέτη ως τέτοια

19 Για το ζήτημα αυτό βλ. Αθ.Τσιρώνά «Η νομική φύση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών του ν. 4412/2016», ΝΟ.Δ.Ε.ΠΕ. τεύχος 4^ο, σελ. 5 επ.

20 Προς το παρόν, αφήνω εκτός αναλύσεως το ζήτημα της ΑΕΙΠΠ.

21 Ας υποθέσουμε, όχι μόνο μέσω της ερμηνείας διατάξεων, αλλά ακόμη και με ρητή διάταξη νόμου.