

Η έκταση ελέγχου των πράξεων που προσβάλλονται με προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ

Η παρούσα εργασία αποτελεί επεξεργασμένη μορφή της εισηγήσεως που αναπτύχθηκε στην επιμορφωτική διημερίδα, που οργάνωσε η Εθνική Σχολή Δικαστικών Λειτουργών στην Θεσσαλονίκη στις 15 και 16 Οκτωβρίου 2018, με θέμα «Δημόσιες Συμβάσεις - Κρατικές Ενισχύσεις».

Αθανάσιος Β. Τσιρώνας
Επίκουρος Καθηγητής
Νομικής Σχολής ΔΠΘ

1. Προδιάθεση

Ένα εξαιρετικά κρίσιμο τμήμα της έννομης προστασίας κατά την διαδικασία που προηγείται της ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων είναι το διοικητικό στάδιο ελέγχου της νομιμότητας των πράξεων των αναθετουσών αρχών. Το στάδιο αυτό περιλαμβάνει τον κάθε μορφής (αυτεπάγγελτο ή μετά από αίτηση) διοικητικό αυτοέλεγχο των πράξεων της προσυμβατικής διαδικασίας, που προβλέπεται πριν από την προσφυγή των ενδιαφερομένων στα αρμόδια δικαστήρια¹. Από το 1997 μέχρι σήμερα το διοικητικό αυτό στάδιο κυριαρχείται από μία διοικητική προσφυγή, η οποία επικράτησε να αποκαλείται «προδικαστική», αρχικώς στην νομολογία, ενώ στην συνέχεια ο όρος υιοθετήθηκε και από τον ίδιο τον νομοθέτη².

Ο όρος, που χρησιμοποιείται για να την περιγράψει και να την διακρίνει («προδικαστική» προσφυγή), είναι μοναδικός στην νομοθεσία μας και καταδεικνύει την σημασία της στο συνολικό πλαίσιο έννομης προστασίας του προσυμβατικού σταδίου. Θεμελιώδες λοιπόν ζήτημα για την θέση της προσφυγής αυτής στην συνολική προσυμβατική διαδικασία, αλλά και για τις δικονομικές της συνέπειες, είναι αδιαμφισβήτητα η νομική της φύση. Το σημαντικότερο δε στοιχείο της ταυτότητάς της είναι ο ειδικός της χαρακτήρας, και πιο συγκεκριμένα το καίριο ζήτημα εάν η εν λόγω προδικαστική προσφυγή είναι μία ενδικοφανής προσφυγή ή μία προσφυγή νομιμότητας.

Η ενδικοφανής διαδικασία, δηλαδή η τήρηση συγκεκριμένης υποχρεωτικής διοικητικής προδικασίας πριν από την προσφυγή στην δικαιοσύνη, κινεί εύλογα το ενδιαφέρον, καθόσον στις διαφορές που

¹ Βλ. Δ. Ράικου, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2017, σελ. 853.

² Υιοθετώντας την ορολογία της σχετικής νομολογίας της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας, ο νομοθέτης κατόνομασε για πρώτη φορά την οικεία διοικητική προσφυγή ως «προδικαστική» με το άρθρο 4 του ν. 3886/2010.

προβλέπεται απαιτείται κατά προτεραιότητα να αποφανθεί η διοίκηση προτού να είναι εφικτή η δικαστική προστασία. Επιτρέπεται δε η πρόσβαση στα δικαστήρια μόνον για την επίλυση της επιγενόμενης (και όχι της ίδιας) διαφοράς, ήτοι της διαφοράς που θα προκύψει (εάν προκύψει) μετά την εξάντληση της διαδικασίας ενώπιον των διοικητικών αρχών. Αντιθέτως, η πρόβλεψη μιας παράλληλης και εκούσιας διοικητικής διαδικασίας επίλυσης ορισμένων διοικητικών διαφορών, η οποία δεν αποκλείει το δικαίωμα του διοικουμένου να προσφύγει και (ή μόνον) στην διοικητική δικαιοσύνη, δεν εγείρει ζητήματα. Η θέσπιση όμως μιας υποχρεωτικής προδικασίας ενώπιον των διοικητικών αρχών, η οποία αποκλείει την άμεση πρόσβαση στα δικαστήρια³, έχει πολύ σοβαρές συνέπειες για την δικονομική εξέλιξη κάθε σχετικής διαφοράς.

Η υποχρεωτική διοικητική προσφυγή, που αποκλείει την άμεση προσφυγή στην δικαστική επίλυση μιας διαφοράς, έχει επικρατήσει να αποκαλείται ενδικοφανής προσφυγή⁴. Ειδικότερα, με βάση τους δικονομικούς κανόνες που διέπουν την άσκηση των διαπλαστικών ενδίκων βοηθημάτων, η αίτηση ακυρώσεως και η προσφυγή είναι απαράδεκτες, εάν επιδιώκουν την ακύρωση ή τροποποίηση διοικητικών πράξεων, κατά των οποίων προβλέπεται από τον νόμο ενδικοφανής προσφυγή ενώπιον του οργάνου που έχει εκδώσει την πράξη (ή ιεραρχικώς ανωτέρου ή άλλου οργάνου), αφού με την

³ Βλ. Ε. Πρεβεδούρου, Η προβληματική των ενδικοφανών προσφυγών ενόψει της συνταγματικής κατοχύρωσης της αιτήσεως ακυρώσεως, Δ 1990, σελ. 641 επ., Χ. Πολίτη, Η ενδικοφανής προσφυγή - Έννοια της πρόσφατης τροποποίησης του άρθρου 45 παρ. 2 ν.δ. 170/1973, ΤοΣ 1978, σελ. 44 επ., του ιδίου, Η διαπλοκή ενδικοφανούς προσφυγής και διοικητικής δίκης, ΕΔΔΔ 1998, σελ. 12 επ., Κ. Χιώλου, Το απαράδεκτο της αιτήσεως ακυρώσεως λόγω μη ασκήσεως ενδικοφανούς προσφυγής, ΑρχΝ 2006, σελ. 157, Β. Καπράλου, Το απαράδεκτον της αιτήσεως ακυρώσεως ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας λόγω προβλεπομένης ασκήσεως ενδικοφανούς προσφυγής, ΝοΒ 1977, σελ. 791 επ., Λ. Κεράνη, Συμβολή εις την μελέτη της ενδικοφανούς προσφυγής, ΕΔΔΔ 1977, σελ. 1160 επ., Ε. Σπηλιωτόπουλου, Εγχειρίδιο διοικητικού δικαίου, τόμος 2, όπ. π., σελ. 99 επ., Π. Δαγτόγλου, Διοικητικό δικονομικό δίκαιο, όπ. π., σελ. 516 επ.

⁴ Ενδικοφανής προσφυγή δεν είναι μόνον κάθε διοικητική προσφυγή, η οποία (κατά τον νόμο που την προβλέπει) επιτρέπει την κρίση της υπόθεσης κατά νόμο και ουσία, αλλά ορθότερα εκείνη που αποκλείει την παράλληλη ενασχόληση των δικαστηρίων με την ίδια διαφορά. Εξάλλου, στην αρχική πρόβλεψή της στο άρθρο 45 παρ. 2 του ν.δ. 170/1973 (και πριν την τροποποίησή του από το άρθρο 27 του ν. 702/1977) η κρίση επί της ενδικοφανούς προσφυγής μπορούσε να περιορίζεται σε έλεγχο νομιμότητας (βλ. Κ. Ρέμελη, Οι άτυπες διοικητικές προσφυγές, 1991, σελ. 81 επ.). Με την έννοια αυτή πληρούσε τις προϋποθέσεις της ενδικοφανούς προσφυγής κάθε διοικητική προσφυγή, η οποία υποκαθιστούσε τον δικαστικό έλεγχο, εξ ου και ο όρος «ενδικοφανής» προσφυγή, δηλαδή προσομοιάζουσα με ένδικο μέσο (βλ. Π. Δαγτόγλου, Διοικητικό δικονομικό δίκαιο, 2014, σελ. 518). Επομένως, ήταν αδιάφορο το είδος του ελέγχου που ασκείτο επί της προσβαλλόμενης πράξης για τον χαρακτήρα μιας διοικητικής προσφυγής ως ενδικοφανούς. Η θέσπιση εξάλλου διοικητικών προσφυγών νομιμότητας ως προϋπόθεσης του παραδεκτού των ενδίκων βοηθημάτων δεν είναι ασυνήθιστη ούτε στην σύγχρονη πρακτική, βλ. Π. Βαρδακώστα, Η υποχρέωση ενημέρωσης στην ειδική διοικητική προσφυγή, Δ 2009, σελ. 302 επ.

προβλεπόμενη διαδικασία επιτρέπεται η κατά νόμο και ουσία επανεξέταση της υπόθεσης στο διοικητικό στάδιο⁵. Στην περίπτωση μάλιστα αυτή η αίτηση ακυρώσεως ή η προσφυγή επιτρέπεται μόνον κατά της πράξης που εκδίδεται από την διοίκηση επί της ασκηθείσας ενδικοφανούς προσφυγής⁶. Επομένως, εάν ο διοικούμενος δεν ασκήσει την προβλεπόμενη ενδικοφανή προσφυγή και συνεπώς δεν εξαντλήσει την επιβαλλόμενη από τον νόμο διοικητική προδικασία, τα διοικητικά δικαστήρια δεν δύνανται να επιληφθούν των ενώπιόν τους ασκηθέντων ενδίκων βοηθημάτων⁷. Τα ως άνω ιδιαίτερα εννοιολογικά της στοιχεία διακρίνουν την ενδικοφανή προσφυγή από τις υπόλοιπες διοικητικές προσφυγές, ακριβώς ως προς το στοιχείο ότι η πρώτη αποτελεί θετική προϋπόθεση του παραδεκτού για την άσκηση των διαπλαστικών ενδίκων βοηθημάτων ενώπιον της διοικητικής δικαιοσύνης⁸.

Ο ως άνω χαρακτήρας της προσφυγής εξαρτάται κυρίως από την φύση και την έκταση ελέγχου, που επιτρέπει ο νόμος, επί των πράξεων που προσβάλλονται με την προσφυγή αυτή. Είναι λοιπόν εξαιρετικά σημαντικό να ανιχνευθούν οι κυριότερες πτυχές της μορφής και της έκτασης του ελέγχου που ασκείται επί των πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας, όταν αυτές προσβάλλονται με την προδικαστική προσφυγή. Η έκταση ελέγχου είναι το εύρος της εξουσίας του οργάνου που ασκεί τον έλεγχο, τα όρια δηλαδή εν προκειμένω της διοικητικής επανεξέτασης της διαφοράς.

Μολονότι η προδικαστική προσφυγή στις διαφορές, που ανακύπτουν κατά την διαδικασία ανάθεσης μιας δημόσιας σύμβασης, θεσπίστηκε στην χώρα μας για πρώτη φορά πριν από 21 χρόνια, με τον πρόσφατο νόμο, τον ν. 4412/2016, έλαβε χώρα μία πολύ σημαντική νομοθετική μεταβολή, η οποία μεταρρύθμισε συνολικά το σύστημα παροχής έννομης προστασίας στις προσυμβατικές διαφορές, και η οποία κατά κύριο λόγο αναδιαμόρφωσε αυτή ακριβώς την προδικαστική προσφυγή. Επομένως, το ερώτημα για την νομική

⁵ Στις γενικές δικονομικές διατάξεις η ενδικοφανής προσφυγή πρέπει να επιτρέπει την επανεξέταση της υπόθεσης και κατ' ουσίαν, βλ. τις διατάξεις του άρθρου 45 παρ. 2 του π.δ. 18/1989 και του άρθρου 63 παρ. 3 του ν. 2717/1999 (ΚΔΔικ).

⁶ Για την σχετική πλούσια νομολογία, βλ. Π. Παυλόπουλου, Η συνταγματική κατοχύρωση της αιτήσεως ακυρώσεως, 1982, σελ. 244 επ., Σ. Κυβέλου, Η ενδικοφανής προσφυγή, 2013, σελ. 268 επ., Ε. Σπηλιωτόπουλου, Εγχειρίδιο διοικητικού δικαίου, τόμος 2, 2010, σελ. 100, Π. Δαγτόγλου, Διοικητικό δικονομικό δίκαιο, όπ. π., σελ. 520.

⁷ Βλ. Δ. Κοντόγιωργα-Θεοχαροπούλου, Η άσκησης της ενδικοφανούς προσφυγής ως προϋπόθεσις του παραδεκτού της αιτήσεως ακυρώσεως ενώπιον του Σ.τ.Ε., σε: Μικτές σελίδες διοικητικού δικαίου, 1983, σελ. 100.

⁸ Για την νομολογιακή καταγωγή και την νομοθετική εξέλιξη της ενδικοφανούς προσφυγής ως προϋπόθεσις του παραδεκτού, βλ. Ε. Δαρζέντα, Κράτος δικαίου και αίτηση ακυρώσεως, 1995, σελ. 252, Δ. Κοντόγιωργα – Θεοχαροπούλου, Η άσκησης της ενδικοφανούς προσφυγής ως προϋπόθεσις του παραδεκτού της αιτήσεως ακυρώσεως, όπ. π., σελ. 99 επ., Σ. Κυβέλου, Η ενδικοφανής προσφυγή, όπ. π., σελ. 26, Π. Παυλόπουλου, Η συνταγματική κατοχύρωση της αιτήσεως ακυρώσεως, όπ. π., σελ. 245 επ.

φύση της νέας προδικαστικής προσφυγής τίθεται μάλλον ως εξής: Η προδικαστική προσφυγή που προβλέπεται στον ν. 4412/2016 έχει την ίδια μορφή και την ίδια νομική φύση με τις προδικαστικές προσφυγές του προγενέστερου καθεστώτος; Εάν η απάντηση στο ερώτημα αυτό είναι καταφατική, τότε το ζήτημα επιλύεται με απλή παραπομπή στα πορίσματα της μέχρι σήμερα πλούσιας νομολογίας. Ωστόσο, η απάντηση εν προκειμένω δεν είναι τόσο αυτόματη, καθόσον, όπως ήδη σημειώθηκε, με τον ν. 4412/2016 θεσπίστηκε ένα σύστημα επίλυσης των προσυμβατικών διαφορών εντελώς πρωτότυπο, το οποίο αναδιαμορφώνει σχεδόν πλήρως το συνολικό πλαίσιο έννομης προστασίας.

2. Η προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής υπό το προγενέστερο καθεστώς

Για την ανεύρεση της νομικής φύσης της προδικαστικής προσφυγής του ν. 4412/2016 είναι εξαιρετικά πολύτιμη η αξιοποίηση της εμπειρίας από την ιστορική εξέλιξη των ρυθμίσεων που ίσχυαν στην χώρα μας για τον διοικητικό αυτοέλεγχο των πράξεων της προσυμβατικής διαδικασίας. Η κανονιστική εξέλιξη της έννομης προστασίας στις προσυμβατικές διαφορές θα μπορούσε να χωρισθεί σε τρεις περιόδους: Πρώτον, η περίοδος πριν από την καταδίκη της χώρας μας από το ΔΕΚ και άρα πριν από την προσαρμογή του εθνικού δικαίου στην δικονομική οδηγία 89/665/ΕΚ. Δεύτερον, η περίοδος μετά την καταδίκη της χώρας μας από το ΔΕΚ και την συμμόρφωση με τις ρυθμίσεις της δικονομικής οδηγίας αρχικώς με τον ν. 2522/1997 και στην συνέχεια με τον ν. 3886/2010. Και τρίτον, η τρέχουσα περίοδος, η οποία κυριαρχείται από την πλήρη αναμόρφωση του συστήματος της τελευταίας εικοσαετίας με την θέσπιση του ν. 4412/2016, κυρίως με τις διατάξεις του 4^{ου} Βιβλίου του νόμου.

2.1. Η περίοδος πριν από την καταδίκη της χώρας μας από το ΔΕΚ. Κατά την πρώτη αυτή περίοδο η έννομη προστασία στις προσυμβατικές διαφορές, και εφόσον αυτές είχαν ως αιτία διοικητική (και μόνο) σύμβαση τότε, δεν διέφερε καθόλου από την παραδοσιακή δικονομική μεταχείριση όλων των λοιπών ακυρωτικών διαφορών. Στο πεδίο του διοικητικού αυτοελέγχου η ειδικότερη νομοθεσία των κατ' ιδίαν διοικητικών συμβάσεων (δημοσίων έργων, μελετών, υπηρεσιών και προμηθειών) προέβλεπε διάσπαρτες ενστάσεις και προσφυγές ενώπιον των αναθετουσών αρχών. Η δικαστική προστασία πριν από την υπογραφή της σύμβασης περιοριζόταν στο ένδικο βοήθημα της «αιτήσεως ακυρώσεως». Η αίτηση ακυρώσεως εν προκειμένω στρεφόταν, είτε αυτοτελώς κατά των αποσπαστών πράξεων που εκδίδονταν κατά το προσυμβατικό στάδιο, είτε κατά της τελικής κατακυρωτικής απόφασης που ενσωμάτωνε όλες τις λοιπές πράξεις της σύνθετης διοικητικής ενέργειας του διαγωνισμού, και οι

οποίες απέβαλλαν έτσι την αυτοτέλειά τους⁹. Η προσωρινή δικαστική προστασία με την σειρά της εξαντλείτο στην άσκηση της προβλεπόμενης τότε «αίτησης αναστολής», η οποία όμως είχε αμιγώς παρακολουθηματικό χαρακτήρα και έτσι μπορούσε να ασκηθεί μόνον εφόσον είχε προηγουμένως ασκηθεί και το κύριο ένδικο βοήθημα, η αίτηση ακυρώσεως¹⁰.

Με βάση την τότε νομολογία η προσωρινή δικαστική προστασία ήταν σχεδόν ανύπαρκτη, καθόσον αφενός κρινόταν παγίως ότι οι αποσπαστές πράξεις του προσυμβατικού σταδίου δημιουργούσαν μόνον οικονομική ζημία, η οποία δεν συνιστά ανεπανόρθωτη βλάβη, και άρα δεν συγχωρείται αναστολή εκτέλεσης, και αφετέρου άπαξ και υπογραφόταν η σύμβαση δεν υπήρχε πεδίο ούτε προσωρινής ούτε οριστικής προστασίας στο πλαίσιο της ακυρωτικής δίκης, καθόσον οι διαφορές πλέον γίνονταν συμβατικές και άρα ουσιαστικές. Οι δικονομικές αυτές λύσεις οδήγησαν στην καταδίκη της χώρας μας από το ΔΕΚ για μη ενσωμάτωση της δικονομικής οδηγίας 89/665/ΕΚ¹¹.

2.2. Η περίοδος μετά την συμμόρφωση της χώρας μας στις ρυθμίσεις της δικονομικής οδηγίας 89/665/ΕΚ. Κατά την δεύτερη αυτή περίοδο, η οποία εγκαινιάστηκε με τον ν. 2522/1997, η έννομη προστασία στις προσυμβατικές διαφορές επεκτάθηκε σε όλες τις δημόσιες συμβάσεις και η δικονομία των διοικητικών διαφορών στην χώρα μας απέκτησε ένα δικονομικό σύστημα πρότυπο για τις διαφορές αυτές, αρχικώς με τον ν. 2522/1997 και στην συνέχεια με τον ν. 3886/2010. Αμφότερα τα ως άνω συστήματα προέβλεπαν το καινοτόμο τότε στοιχείο για την δικονομία των διοικητικών διαφορών, κατά το οποίο μπορούσε να παρασχεθεί προσωρινή δικαστική προστασία χωρίς να απαιτείται καν η προηγούμενη άσκηση κύριου ενδίκου βοηθήματος¹². Θεσπίστηκε δηλαδή ως αυτοτελές ένδικο βοήθημα, η «αίτηση ασφαλιστικών μέτρων», με την οποία για πρώτη φορά προβλέφθηκε η δυνατότητα υποβολής αιτήματος προσωρινής δικαστικής προστασίας, χωρίς τούτο να έχει παρακολουθηματικό χαρακτήρα σε σχέση με την αίτηση ακυρώσεως¹³.

⁹ Βλ. Β. Σκουρή, Η δικαστική αναστολή εκτελέσεως των διοικητικών πράξεων, 1994, ιδίως σελ. 30 επ., 48 επ., 59 επ., 82 επ., Δ. Ράικου, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, όπ. π., σελ. 740 επ.

¹⁰ Βλ. διεξοδική ανάλυση σε Κ. Ρέμελη, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του ΣτΕ, 2000, σελ. 10.

¹¹ Βλ. ΔΕΚ απόφαση της 19.9.1996, C-236/1995, Επιτροπή κατά Ελλάδος. Βλ. επίσης Κ. Γώγου, Παρατηρήσεις επί της ΔΕΚ απόφασης C-236/1995, ΕΕΕυρΔ 1997, σελ. 470 επ., Α. Γέροντα, Η προσωρινή δικαστική προστασία στα δημόσια έργα - Υπεροχή του δημοσίου συμφέροντος ή αποτελεσματική προστασία του πολίτη;, ΔιΔικ 1997, σελ. 1101 επ.

¹² Βλ. Κ. Ρέμελη, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, ό.π., σελ. 14 επ., Χ. Χρυσανθάκη, Η προσωρινή δικαστική προστασία στις διοικητικές διαφορές, τεύχος 1, 2002, σελ. 26 επ., Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου, Η προσωρινή προστασία κατά την διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων μετά τον ν. 2522/1997, ΝοΒ 1999, σελ. 537.

¹³ Βλ. Κ. Ρέμελη, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, ό.π., σελ. 15 επ.

Οι ίδιες όμως αυτές ρυθμίσεις επέβαλαν και μία ακόμη πρωτότυπη διαδικαστική προϋπόθεση, κατά την οποία προβλέφθηκε ως προϋπόθεση του παραδεκτού της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων η προηγούμενη άσκηση της ενδικοφανούς προσφυγής, που ονομάστηκε για τον λόγο αυτό «προδικαστική»¹⁴. Προβλέφθηκε τέλος η υποχρέωση (και όχι το δικονομικό δικαίωμα) του θιγόμενου να ζητεί προσωρινή δικαστική προστασία κατά το προσυμβατικό στάδιο έγκαιρα και επίκαιρα¹⁵. Τούτο σήμαινε ότι ο ενδιαφερόμενος όφειλε να προσβάλει (με προδικαστική προσφυγή και αίτηση ασφαλιστικών μέτρων) τις ίδιες τις «αποσπαστές» πράξεις του προσυμβατικού σταδίου που τον έβλαπταν, και δεν εδύνατο πλέον να στραφεί το πρώτον κατά της τελικής πράξης ολοκλήρωσης της διαδικασίας, προβάλλοντας ελαττώματα εκτελεστών πράξεων που είχαν προηγηθεί¹⁶. Κατά συνέπεια, αμφότερα τα ως άνω δικονομικά συστήματα είχαν ως κοινή βάση την θέσπιση μιας ενιαίας για όλα τα είδη των συμβάσεων προδικαστικής προσφυγής, η οποία όφειλε να ασκηθεί ενώπιον των οικείων αναθετουσών αρχών.

2.3. Η νομική φύση της προδικαστικής προσφυγής του ν. 2522/1997 και του ν. 3886/2010. Τα χαρακτηριστικά της «προδικαστικής προσφυγής» και του ν. 2522/1997 και του ν. 3886/2010 δεν άφηναν καμία αμφιβολία ότι επρόκειτο για προσφυγές ενδικοφανούς χαρακτήρα¹⁷. Αμφότερες οι ρυθμίσεις πληρούσαν και τις τρεις βασικές προϋποθέσεις για την στοιχειοθέτηση της σχετικής διαπίστωσης¹⁸, και συγκεκριμένα: Πρώτον, οι όροι άσκησης των προσφυγών και τα αρμόδια όργανα για τον έλεγχό τους προβλέπονταν ρητώς στις διατάξεις του νόμου. Δεύτερον, η προηγούμενη άσκησή τους αποτελούσε προϋπόθεση του παραδεκτού για την άσκηση ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον των δικαστηρίων¹⁹. Είναι μάλιστα εν προκειμένω αξιοσημείωτο ότι για πρώτη φορά προβλέφθηκε η άσκηση μιας διοικητικής προσφυγής ως προϋπόθεσης του

¹⁴ Βλ. Κ. Ρέμελη, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, ό.π., σελ. 188 επ., Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, ό.π., σελ. 31 επ.

¹⁵ Βλ. Κ. Ρέμελη, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, ό.π., σελ. 199 επ., Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010, 2011, σελ. 54 επ.

¹⁶ Βλ. Κ. Ρέμελη, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, ό.π., σελ. 145 επ.

¹⁷ Για την προδικαστική προσφυγή του άρθρου 3 του ν. 2522/1997, βλ. ενδ. ΣτΕ 2030/2011, ΕΑ ΣτΕ 1150/2009, για την προδικαστική προσφυγή του άρθρου 4 του ν. 3886/2010, βλ. ενδ. ΣτΕ 1822/2010, 1392/2016, ΕΑ ΣτΕ 274/2012, 302/2014.

¹⁸ Βλ. Χ. Δετσαρίδη, Η ενδικοφανής διαδικασία στο στάδιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, ό.π., σελ. 274 επ., Ε. Πρεβεδούρου, Οι ενδικοφανείς προσφυγές ως μέσον επιτάχυνσης της διοικητικής δίκης, ΘΠΔΔ 2013, σελ. 193 επ., Σ. Κυβέλου, Η ενδικοφανής προσφυγή, 2013, σελ. 129 επ. Βλ. επίσης Κ. Ρέμελη, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του ΣτΕ, 2000, σελ. 188 επ., Χ. Χρυσανθάκη, Η προσωρινή δικαστική προστασία στις διοικητικές διαφορές, τ. 1, ημ. Α', 2002, σελ. 263 επ., Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, 2011, σελ. 31 επ. και 65 επ.

¹⁹ Βλ. Κ. Ρέμελη, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, ό.π., σελ. 188 επ., Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, ό.π., σελ. 31 επ.

παραδεκτού, αποκλειστικώς και μόνον ως προς το αίτημα παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας, δηλαδή μόνον για την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων²⁰. Τρίτον, η άσκηση των εν λόγω προσφυγών επέτρεπε τον έλεγχο της πράξης από το αρμόδιο όργανο και κατά νόμο και κατά την ουσία.

Οι προδικαστικές προσφυγές που προβλέπονταν στις ως άνω διατάξεις ασκούνταν υποχρεωτικώς ενώπιον των ίδιων των αναθετουσών αρχών. Ως εκ τούτου η αναθέτουσα αρχή, ενώπιον της οποίας ασκείτο η προσφυγή, είχε εξουσία πλήρους επανεξέτασης της υπόθεσης, ενώ είχε και εξουσία, όχι μόνον να ακυρώσει την προσβαλλόμενη απόφαση, αλλά ακόμη και να τροποποιήσει την ουσιαστική κρίση των οργάνων του διαγωνισμού. Με βάση τα θεμελιώδη αυτά χαρακτηριστικά γνωρίσματα νομολογία και θεωρία ομονοούσαν ως προς τον ενδικοφανή χαρακτήρα της προδικαστικής προσφυγής και του ν. 2522/1997 και του ν. 3886/2010.

3. Η προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ υπό το ισχύον καθεστώς του ν. 4412/2016

Το καθεστώς του ν. 2522/1997 και του ν. 3886/2010, μολονότι έφερε «επανάσταση» στην εγχώρια δικονομία, όχι μόνον των προσυμβατικών, αλλά και εν γένει των διοικητικών διαφορών, αντιμετώπιζε δύο πολύ σοβαρά προβλήματα. Όσο μάλιστα οι ενδιαφερόμενοι (οι οικονομικοί φορείς και οι αναθέτουσες αρχές) εξοικειώνονταν όλο και περισσότερο με το σύστημα αυτό, τόσο τα ως άνω προβλήματα διογκώνονταν, και έφθαναν μάλιστα σε σημείο να ακυρώνουν και τις ίδιες τις αρετές του συστήματος, δηλαδή την πρωτοφανή ταχύτητα επίλυσης των διαφορών και την αποτελεσματικότητά του²¹.

3.1. Τα μειονεκτήματα του προγενέστερου καθεστώτος. Τα προβλήματα αυτά θα μπορούσαν να συνοψισθούν σε δύο βασικές δυσλειτουργίες του συστήματος διοικητικού αυτοελέγχου της προσυμβατικής διαδικασίας:

Πρώτον, δεν άργησε να γίνει κατανοητό ότι η προδικαστική προσφυγή ενώπιον της αναθέτουσας αρχής δεν είχε καμία ουσιαστική επιρροή στην επίλυση ή έστω στην ωρίμανση της διαφοράς. Οι αναθέτουσες αρχές κατά σύστημα απέρριπταν τις προδικαστικές προσφυγές που ασκούνταν ενώπιόν

²⁰ Ήταν η πρώτη φορά που θεσπίστηκε διοικητική προσφυγή ως προϋπόθεση του παραδεκτού ενός αιτήματος για προσωρινή δικαστική προστασία, βλ. Σ. Κυβέλου, Η διοικητική & δικαστική προστασία κατά τη σύναψη των δημοσίων συμβάσεων, 2018, σελ. 75.

²¹ Σύμφωνα με την Αιτιολογική Έκθεση του ν. 4412/2016 (βλ. σελ. 70) σκοπός της αναμόρφωσης του συστήματος ήταν η αντιμετώπιση των εν λόγω προβλημάτων με την επιτάχυνση της διαδικασίας επίλυσης διαφορών που αναφέρονται κατά το στάδιο της ανάθεσης, την βελτίωση της αποτελεσματικότητας του συστήματος έννομης προστασίας και την ελάφρυνση του φόρτου των δικαστηρίων που κατακλύζονται με πλήθος σχετικών υποθέσεων.

τους. Άλλωστε, τα όργανά τους καλούνταν να ελέγξουν τις ίδιες τις πράξεις τους και άρα ήταν αναμενόμενη η εμμονή τους στις αρχικές τους κρίσεις. Έτσι, όλες οι εγειρόμενες διαφορές οδηγούνταν ούτως ή άλλως και συσσωρεύονταν ενώπιον των δικαστηρίων.

Δεύτερον, οι προδικαστικές προσφυγές απορρίπτονταν κατά κανόνα σιωπηρώς ή εν πάση περιπτώσει χωρίς νέα ουσιαστική κρίση επί των αιτιάσεων που προβάλλονταν, και έτσι οι υποθέσεις κατέληγαν στα δικαστήρια, χωρίς η υπόθεση να έχει εκκαθαρισθεί ως προς το πραγματικό και νομικό της μέρος, και άρα χωρίς να είναι ώριμη να υποστεί έναν ακυρωτικό δικαστικό έλεγχο, δηλαδή έναν αμιγή έλεγχο νομιμότητας. Αναγκάζονταν λοιπόν τα δικαστήρια, αρχικώς το Συμβούλιο της Επικρατείας και στην συνέχεια και τα Διοικητικά Εφετεία, αν και ακυρωτικά, να υιοθετούν τεχνικές έμμεσου ουσιαστικού ελέγχου των πράξεων που έφθαναν ενώπιόν τους, ώστε να μπορέσουν να επιτελέσουν την αποστολή τους.

3.2. Οι λύσεις που υιοθέτησε το νέο καθεστώς του ν. 4412/2016.

Βασική αποστολή της προσπάθειας αναμόρφωσης του ισχύοντος καθεστώτος ήταν πράγματι η αντιμετώπιση των δύο ως άνω σημαντικών προβλημάτων, τα οποία ήταν ικανά να ακυρώσουν όλα τα πλεονεκτήματα του συστήματος επίλυσης των προσυμβατικών διαφορών. Έτσι με τις ρυθμίσεις του 4^ο Βιβλίου του ν. 4412/2016 προβλέφθηκαν οι εξής καινοτομίες:

Πρώτον, ιδρύθηκε η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), η οποία στο εξής αποτελεί τον κύριο βραχίονα παροχής έννομης προστασίας κατά την διαδικασία που προηγείται της ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων²². Η ΑΕΠΠ, είναι μεν μία Διοικητική Αρχή, ωστόσο τα μέλη της είναι εξοπλισμένα με αυξημένες εγγυήσεις προσωπικής και λειτουργικής ανεξαρτησίας, ώστε να διασφαλίζεται η κατά το δυνατόν αντικειμενική και αμερόληπτη κρίση επί των ζητημάτων της αρμοδιότητάς της²³.

Δεύτερον, καταργήθηκε η προδικαστική προσφυγή, η οποία ασκείτο ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής, και αντικαταστάθηκε από μία νέα προδικαστική προσφυγή, η οποία ασκείται πλέον μόνον ενώπιον της ΑΕΠΠ. Η ΑΕΠΠ αποτελεί στο εξής το ένα και μοναδικό κεντρικό όργανο εξέτασης όλων των προδικαστικών προσφυγών, ώστε το σύνολο των υποθέσεων να καταλήγουν ενώπιον αυτής της μίας κεντρικής Αρχής. Η βασική πλέον αποστολή της προδικαστικής προσφυγής είναι να εξετάζεται και να κρίνεται ως προς το αίτημά της εντός των προβλεπομένων προθεσμιών, και όχι να αφήνεται να απορριφθεί

²² Η ίδρυση, η συγκρότηση και η λειτουργία της ΑΕΠΠ προβλέπεται στις διατάξεις των άρθρων 347 έως 359 του ν. 4412/2016.

²³ Βλ. Α. Τσιρώνά, Η νομική φύση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, ΝΟ.Δ.Ε.ΠΕ. 4/2017, σελ. 12 επ., Φ. Κατσιγιαννη, Η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών και οι αρμοδιότητές της, ΘΠΔΔ 2018, σελ. 723 και 729.

σιωπηρώς²⁴. Επίσης, η Αρχή εξοπλίζεται με ειδικό επιστημονικό προσωπικό, το οποίο δύναται να ελέγχει και τις τεχνικές κρίσεις των αναθετουσών αρχών.

Τρίτον, καταργείται η «αίτηση ασφαλιστικών μέτρων» (που πρωτοθεσπίστηκε με τον ν. 2522/1997 και διατηρήθηκε με τον ν. 3886/2010), και επιστρέφει η «αίτηση αναστολής εκτέλεσης» ως μοναδικό ένδικο βοήθημα για την παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας. Μολονότι βέβαια η επιστροφή στην προ του ν. 2522/1997 ορολογία θα μπορούσε να παραπέμψει σε ένα αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας με παρακολουθηματικό χαρακτήρα, παρά ταύτα η αίτηση αναστολής συνεχίζει να διαθέτει τα βασικά χαρακτηριστικά της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, με κυριότερο την αυτοτέλειά της έναντι του κυρίου ενδίκου βοηθήματος²⁵.

Από τις ανωτέρω επισημάνσεις συνάγεται ότι σκοπός του νομοθέτη ήταν αφενός να αποβάλει εντελώς την αναθέτουσα αρχή από τον έλεγχο των πράξεών της²⁶, και αφετέρου να μετατοπίσει το κύριο βάρος επίλυσης των διαφορών από τα δικαστήρια στην ΑΕΠΠ. Ο στόχος δε αυτός εν προκειμένω επιτυγχάνεται, αφενός με την εξουσία της ΑΕΠΠ να ακυρώνει η ίδια, και άρα να εξαφανίζει οριστικά, τις παράνομες πράξεις ή παραλείψεις των αναθετουσών αρχών, και αφετέρου με την προβλεπόμενη δυνατότητα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας στον προσφεύγοντα απευθείας από την ΑΕΠΠ και ήδη από το στάδιο της προδικαστικής προσφυγής. Έτσι, σκοπείται να περιορισθεί η δικαστική προστασία στον αμιγώς ακυρωτικό έλεγχο των αποφάσεων της Αρχής, δηλαδή σε έναν καθαρά νομικό επανέλεγχο των αποφάσεων της Αρχής.

4. Ο ενδικοφανής χαρακτήρας της προδικαστικής προσφυγής του ν. 4412/2016

Ο θεμελιώδης ρόλος της νέας προδικαστικής προσφυγής που ασκείται ενώπιον της ΑΕΠΠ είναι προφανής, καθόσον διεκδικεί, όχι μόνον το σύνολο του διοικητικού επανελέγχου των αποφάσεων των αναθετουσών αρχών, αλλά και μεγάλο μερίδιο από την αποστολή που είχε επί μία 20ετία αναλάβει ο δικαστής των ασφαλιστικών μέτρων. Με τούτο ως δεδομένο, αλλά και με βάση

²⁴ Έτσι, αν παραμείνει η διαφορά, ακόμη και μετά την έκδοση απόφασης από την ΑΕΠΠ, αυτή θα αχθεί ενώπιον του δικαστηρίου πλήρως εκκαθαρισμένη ως προς το πραγματικό και νομικό της μέρος, επιτυγχάνοντας με τον τρόπο αυτό και ταχύτερη και ορθότερη δικαστική κρίση, βλ. Χ. Δετσαρίδη, Η ενδικοφανής διαδικασία στο στάδιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, ό.π., σελ. 274.

²⁵ Σύμφωνα με την ρητή διάταξη της παρ. 4 του άρθρου 372 του ν. 4412/2016 «η άσκηση της αίτησης αναστολής δεν εξαρτάται από την προηγούμενη άσκηση της αίτησης ακύρωσης».

²⁶ Οι προσφυγές ενώπιον της αναθέτουσας αρχής έχουν παραμείνει και προβλέπονται μόνον για τις διαφορές κάτω του ορίου των 60.000 ευρώ (βλ. τις ενστάσεις του άρθρου 127 του ν. 4412/2016).

την ιστορική διαδρομή της διοικητικής προδικασίας κατά την τελευταία 20ετία, θεωρείται μάλλον ως αυτονόητο ότι και η προδικαστική προσφυγή του ν. 4412/2016 συνεχίζει την νομοθετική παράδοση, και άρα συνιστά και αυτή μία ενδικοφανή προσφυγή, η οποία επιτρέπει την ουσιαστική επανεκτίμηση όλων των πραγματικών δεδομένων της υπόθεσης. Εξάλλου, η προδικαστική προσφυγή που θέσπισε ο ν. 4412/2016 συνεχίζει να αποτελεί προϋπόθεση για την παραδεκτή άσκηση των ενδίκων βοηθημάτων κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών. Ωστόσο, το ως άνω συμπέρασμα θα μπορούσε ως ένα βαθμό να αμφισβητηθεί, εάν δεν διευκρινισθούν ορισμένες βασικές ρυθμίσεις του 4^{ου} Βιβλίου του ν. 4412/2016.

4.1. Η παράβαση του εθνικού ή ενωσιακού κανόνα δικαίου. Με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 το δικαίωμα άσκησης προδικαστικής προσφυγής επιφυλάσσεται για εκείνον που θίγεται από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής, η οποία εκδόθηκε κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας. Εάν η παράβαση του εθνικού ή ενωσιακού κανόνα δικαίου, όπως περιγράφεται εν προκειμένω, αποτελεί την μοναδική προϋπόθεση του βασίμου, τότε η προσφυγή θα έπρεπε να γίνεται δεκτή μόνον για παράβαση νόμου. Ωστόσο, η συγκεκριμένη ρύθμιση δεν θα πρέπει να ερμηνεύεται ή να εκλαμβάνεται ως οριοθέτηση των λόγων του βασίμου της προδικαστικής προσφυγής. Η ανωτέρω κρίσιμη διάταξη περιγράφει το πεδίο εφαρμογής του συνολικού πλαισίου της προβλεπόμενης έννομης προστασίας (διοικητικής και δικαστικής) στο 4^ο Βιβλίο και, επαναλαμβάνοντας την διάταξη του άρθρου 346 παρ. 1 του ν. 4412/2016, περιγράφει εκείνους που δικαιούνται να προσφύγουν αρχικώς ενώπιον της Αρχής και στην συνέχεια ενώπιον των δικαστηρίων²⁷. Δεν θα πρέπει συνεπώς να συγχέεται με τις προϋποθέσεις αποδοχής της προσφυγής ούτε να συνδέεται με την έκταση ελέγχου επί της προδικαστικής προσφυγής.

Εξάλλου, η «εικαζόμενη παρανομία» της προσβαλλόμενης πράξης θεσπίστηκε για πρώτη φορά ως προϋπόθεση του βασίμου της αίτησης

²⁷ Προκειμένου μια διαφορά να υπάγεται στο δικονομικό καθεστώς του IV Βιβλίου του ν. 4412/2016 απαιτείται να έχει ανακύψει αποκλειστικά στο στάδιο της διαδικασίας που προηγείται της σύναψης της δημόσιας σύμβασης, και άρα να προέρχεται και να γεννάται από παράβαση της σχετικής εθνικής ή ενωσιακής νομοθεσίας. Βλ. αναλυτικά Δ. Ράικου, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, ό.π., σελ. 850 επ. Είναι εξάλλου εντελώς διαφορετική η ρύθμιση του τελευταίου εδαφίου της παρ. 4 του άρθρου 372 του ν. 4412/2016, το οποίο προστέθηκε με την παρ. 2 του άρθρου 87 του ν. 4478/2017 (και επαναλαμβάνει την ρύθμιση του άρθρου 5 παρ. 5 του ν. 3886/2010), σύμφωνα με την οποία «η αίτηση αναστολής γίνεται δεκτή εφόσον πιθανολογείται σοβαρά η παράβαση κανόνα του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του εσωτερικού δικαίου και η αναστολή είναι αναγκαία για να αρθούν τα δυσμενή από την παράβαση αποτελέσματα ή να αποτραπεί η ζημία των συμφερόντων του αιτούντος», όπου πράγματι περιγράφονται και οριοθετούνται οι προϋποθέσεις του βασίμου της αίτησης αναστολής.

ασφαλιστικών μέτρων με τον ν. 2522/2010 και επαναλήφθηκε με τον ν. 3886/2010²⁸. Η δε βλάβη του αιτούντος παρέμεινε ως προϋπόθεση του παραδεκτού της αίτησης. Η μεταβολή αυτή ήταν άμεση απόρροια του γεγονότος ότι το αίτημα παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας έπαυσε να έχει παρακολουθηματικό χαρακτήρα σε σχέση με το κύριο ένδικο βοήθημα. Εντούτοις, η παράβαση νόμου ως προϋπόθεση του βασίμου ίσχυε μόνον για την δικαστική προστασία, προσωρινή και οριστική, η οποία εντασσόταν στο πλαίσιο μιας ακυρωτικής δίκης. Η προδικαστική όμως προσφυγή σε αμφοτέρως τις ως άνω ρυθμίσεις συνέχιζε να είναι ενδικοφανής, και άρα να επιτρέπει τον έλεγχο των πράξεων, όχι μόνον κατά νόμο, αλλά και κατά την ουσία. Ως εκ τούτου και εν προκειμένω η διάταξη της παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 προοριζόταν να περιγράψει το πεδίο εφαρμογής του συνολικού πλαισίου έννομης προστασίας κατά το προσυμβατικό στάδιο, και όχι να οριοθετήσει τις προϋποθέσεις του βασίμου της προδικαστικής προσφυγής.

4.2. Η αδυναμία τροποποίησης της προσβαλλόμενης πράξης. Ακόμη πιο προβληματική είναι η ρύθμιση του ν. 4412/2016 που οριοθετεί την εξουσία της ΑΕΠΠ επί αποδοχής της προσφυγής. Στην περίπτωση λοιπόν που η Αρχή δεχθεί προδικαστική προσφυγή κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, τότε διαθέτει εξουσία μόνον να ακυρώσει ολικώς ή μερικώς την προσβαλλόμενη πράξη, και όχι να τροποποιήσει ή να μεταρρυθμίσει την απόφαση της αναθέτουσας αρχής²⁹. Σε περίπτωση δε που η ΑΕΠΠ δεχθεί προδικαστική προσφυγή κατά παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, τότε και πάλι η εξουσία της περιορίζεται στην ακύρωση της παράλειψης, ενώ οφείλει να αναπέμψει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί εκείνη στην οφειλόμενη ενέργεια.

Πράγματι, η αδυναμία τροποποίησης της προσβαλλόμενης πράξης δημιουργεί μία δογματική ιδιαιτερότητα³⁰. Η εξουσία τροποποίησης της πράξης ή αναπλήρωσης της οφειλόμενης ενέργειας αποτελούν στοιχεία σύμφυτα με τον χαρακτήρα μιας ενδικοφανούς προσφυγής, καθόσον συνοδεύουν σχεδόν πάντα την εξουσία του αρμόδιου οργάνου για επανεξέταση του ουσιαστικού περιεχομένου της αρχικής κρίσης. Για τον λόγο αυτό η απόφαση επί μίας ενδικοφανούς προσφυγής συνιστά πάντοτε εκτελεστή διοικητική πράξη, η οποία αντικαθιστά την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη.

Ωστόσο, παρά το γεγονός ότι η δογματική αυτή ασυνέχεια δημιουργεί ορισμένα σημαντικά θεωρητικά και πρακτικά ζητήματα, εντούτοις ούτε αυτή

²⁸ Βλ. Κ. Ρέμελη, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, ό.π., σελ. 241 επ.

²⁹ Βλ. τις διατάξεις του άρθρου 367 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 18 παρ. 4 του π.δ. 39/2017. Βλ. επίσης Φ. Κατσίγιαννη, Η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών και οι αρμοδιότητές της, ό.π. π., σελ. 726 επ. Αντίθετα ο Σ. Κυβέλος, Η διοικητική & δικαστική προστασία κατά τη σύναψη των δημοσίων συμβάσεων, ό.π., σελ. 136.

³⁰ Βλ. Α. Τσιρώνά, Η έκταση ελέγχου της διαφοράς από την ΑΕΠΠ μετά την άσκηση προδικαστικής προσφυγής, ΝΟ.Δ.Ε.ΠΕ. 6/2018, σελ. 20 επ.

είναι ικανή να θέσει από μόνη της εν αμφιβόλω τον κατά τα άλλα ενδικοφανή χαρακτήρα της προδικαστικής προσφυγής του ν. 4412/2016³¹. Εξάλλου η νομολογία έχει δεχθεί τον ενδικοφανή χαρακτήρα και άλλων προσφυγών που περιόριζαν την εξουσία του κρίνοντος οργάνου μόνον σε ακύρωση των προσβαλλόμενων πράξεων³².

4.3. Ο ενδικοφανής χαρακτήρας της προδικαστικής προσφυγής του ν. 4412/2016. Πέραν τούτων ο ν. 4412 περιέχει ρητές ρυθμίσεις, οι οποίες δεν επιτρέπουν την αμφισβήτηση του ενδικοφανούς χαρακτήρα της προδικαστικής προσφυγής που ασκείται ενώπιον της ΑΕΠΠ. Ειδικότερα:

Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 η προδικαστική προσφυγή πρέπει να περιέχει όλες τις νομικές, αλλά και τις πραγματικές αιτιάσεις, που δικαιολογούν το αίτημά της. Η συγκεκριμένη ρύθμιση, επιτρέποντας στον θιγόμενο να προβάλλει και ουσιαστικές ή πραγματικές αιτιάσεις με την προσφυγή του, συμπεριλαμβάνει ως αυτονόητο δεδομένο την παραδοχή ότι οι αιτιάσεις αυτές θα εξετασθούν και θα απαντηθούν από την Αρχή³³.

Από την άλλη πλευρά, με την παρ. 1 του άρθρου 367 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι η ΑΕΠΠ οφείλει να αποφανθεί αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων ισχυρισμών, και μάλιστα όχι μόνον των νομικών, αλλά και των πραγματικών³⁴. Επιβεβαιώνεται λοιπόν η υποχρέωση της Αρχής για εξέταση και εκφορά αιτιολογημένης κρίσης και επί των ουσιαστικών ισχυρισμών των διαδίκων³⁵.

4.4. Η φύση του ελέγχου επί των πράξεων που προσβάλλονται με προδικαστική προσφυγή. Δεν φαίνεται επομένως, παρά τις αναφερθείσες ιδιαιτερότητες, να τίθεται εν αμφιβόλω ο ενδικοφανής χαρακτήρας της προδικαστικής προσφυγής του ν. 4412/2016. Τούτο σημαίνει ότι η ΑΕΠΠ προβαίνει σε πλήρη, δηλαδή νομική και ουσιαστική, επανεξέταση της υπόθεσης (κατά το μέτρο βέβαια των προβαλλόμενων αιτιάσεων, καθόσον ο έλεγχος δεν είναι αυτεπάγγελτος).

³¹ Βλ. Δ. Ράικου, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, ό.π., σελ. 853.

³² Βλ. αναλυτικά, και με παραπομπές σε πλούσια νομολογία, Σ. Κυβέλου, Η ενδικοφανής προσφυγή, ό.π., σελ. 213 επ. Βλ. επίσης Α. Τσιρώνά, Η έκταση ελέγχου της διαφοράς από την ΑΕΠΠ, ό.π. π., σελ. 21 επ.

³³ Βλ. Α. Τσιρώνά, Η έκταση ελέγχου της διαφοράς από την ΑΕΠΠ, ό.π. π., σελ. 21.

³⁴ Βλ. Φ. Κατσίγιαννη, Η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών και οι αρμοδιότητές της, ό.π. π., σελ. 724 επ.

³⁵ Η ως άνω ρύθμιση επαναλαμβάνεται και στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (π.δ. 39/2017), σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 18 του οποίου ο οικείος σχηματισμός της ΑΕΠΠ εκδίδει την απόφασή του, αφού συνεκτιμήσει «τους προβαλλόμενους πραγματικούς και νομικούς χαρακτηρισμούς του προσφεύγοντος, τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, τους ισχυρισμούς του παρεμβαίνοντος».

Με την έννοια αυτή δεν ελέγχεται μόνον η εσωτερική και εξωτερική νομιμότητα των προσβαλλόμενων πράξεων³⁶, αλλά και οι ουσιαστικές κρίσεις της αναθέτουσας αρχής, δηλαδή και η συνδρομή ή μη των πραγματικών περιστατικών, αλλά και η ουσιαστική ορθότητα των πραγματικών κρίσεων. Επίσης ελέγχονται και οι τεχνικές κρίσεις της αναθέτουσας, δηλαδή ελέγχονται και αιτιάσεις που περιέχουν τεχνικούς ισχυρισμούς και απαιτούν τεχνικές γνώσεις, αλλά και αιτιάσεις που αμφισβητούν τεχνικές κρίσεις της αναθέτουσας αρχής³⁷.

Τέλος, θα πρέπει να σημειωθεί ότι οι αποφάσεις της ΑΕΠΠ θα πρέπει να καταλήγουν σε κρίση με βάση «πλήρη πεποίθηση» περί της διαγνωσθείσας παράβασης, και δεν αρκεί η πιθανολόγηση, που προβλέπεται για το δικαστήριο το οποίο θα κρίνει την αίτηση αναστολής (και όπως ίσχυε και για τον δικαστή των ασφαλιστικών μέτρων με το προγενέστερο καθεστώς).

5. Οι ιδιαιτερότητες της προδικαστικής προσφυγής του ν. 4412/2016

Παρά το γεγονός ότι ο νομοθέτης και με το ισχύον καθεστώς ενέμεινε στον ενδικοφανή χαρακτήρα της προδικαστικής προσφυγής που ασκείται ενώπιον της ΑΕΠΠ, εντούτοις ορισμένα στοιχεία της διοικητικής αυτής διαδικασίας ελέγχου των πράξεων του προσυμβατικού σταδίου είναι τόσο πρωτότυπα, ώστε θα μπορούσαν να εκληφθούν ακόμη και ως νομικές ιδιαιτερότητες. Πιο συγκεκριμένα:

5.1. Η προδικαστική προσφυγή ως προϋπόθεση του παραδεκτού και της αιτήσεως ακυρώσεως. Με τον ν. 2522/1997, αλλά και με τον ν. 3886/2010, η προηγούμενη άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελούσε προϋπόθεση του παραδεκτού για την άσκηση των ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον των δικαστηρίων. Ήταν μάλιστα εν προκειμένω αξιοσημείωτο ότι για πρώτη φορά προβλέφθηκε η άσκηση μιας διοικητικής προσφυγής ως προϋπόθεσης του παραδεκτού, αποκλειστικώς και μόνον ως προς το αίτημα παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας, δηλαδή μόνον για την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων. Αντιθέτως η αίτηση ακυρώσεως μπορούσε να ασκηθεί απευθείας, ακόμη και χωρίς την προηγούμενη άσκηση της προδικαστικής προσφυγής.

³⁶ Βλ. Ε. Πρεβεδούρου, Η έκταση του ελέγχου του δικαστή των ασφαλιστικών μέτρων κατά τον ν. 3886/2010, ΘΠΔΔ 2012, σελ. 962 επ., Χ. Γεραρή, Η προσωρινή προστασία στα δημόσια έργα, τις προμήθειες και τις υπηρεσίες (ν. 2522/1997), 1999, σελ. 41.

³⁷ Για τον λόγο εξάλλου αυτόν υφίσταται πρόβλεψη στον Οργανισμό της ΑΕΠΠ (βλ. άρθρο 10 του π.δ. 57/2017) για δημιουργία θέσεων ειδικού επιστημονικού προσωπικού διαφόρων ειδικοτήτων προς επικουρία των Κλιμακίων σε υποθέσεις που η επίλυση συγκεκριμένων διαφορών απαιτεί εξειδικευμένες τεχνικές γνώσεις, ιδιαίτερη επιστημονική κατάρτιση και πρακτική εμπειρία.

Η προδικαστική προσφυγή που θέσπισε ο ν. 4412/2016 συνεχίζει να αποτελεί προϋπόθεση για την παραδεκτή άσκηση των ενδίκων βοηθημάτων κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών. Το σημαντικό στοιχείο εν προκειμένω είναι ότι η συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ αποτελεί πλέον ρητώς προϋπόθεση του παραδεκτού, όχι μόνον της αίτησης αναστολής, αλλά και της αίτησης ακυρώσεως που θα ασκηθεί κατά των πράξεων της αναθέτουσας αρχής³⁸.

5.2. Η εξουσία ακύρωσης των προσβαλλόμενων πράξεων. Όπως ήδη αναφέρθηκε, η ΑΕΠΠ, με την απόφασή της επί προσφυγής κατά πράξης, είτε δέχεται εν όλω ή εν μέρει την προδικαστική προσφυγή και ακυρώνει ολικώς ή μερικώς αυτήν, είτε την απορρίπτει. Επομένως, η Αρχή, εφόσον δεχθεί την προσφυγή, δεν έχει εξουσία τροποποίησης ή μεταρρύθμισης της προσβαλλόμενης πράξης και, κατά συνέπεια, δεν υποκαθιστά την αναθέτουσα αρχή και δεν διορθώνει τις αποφάσεις της³⁹. Το ίδιο ισχύει βέβαια και επί αποδοχής προδικαστικής προσφυγής κατά παράλειψης, οπότε και ακυρώνεται η προσβαλλόμενη παράλειψη, ενώ η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί η ίδια στην οφειλόμενη ενέργεια⁴⁰.

Οι συγκεκριμένες μάλιστα ρυθμίσεις θα μπορούσαν χωρίς δυσκολία να δικαιολογηθούν από τους σκοπούς που κλήθηκε να εξυπηρετήσει το νέο καθεστώς. Εν προκειμένω ο νομοθέτης επεδίωξε από την μία πλευρά να θεσπίσει μία διαδικασία πλήρους (και άρα ουσιαστικού) επανελέγχου των αποφάσεων των αναθετουσών αρχών, αλλά από την άλλη πλευρά δεν ήθελε να δημιουργήσει μία Διοικητική Αρχή, η οποία θα μπορεί είτε να υποκαθιστά όλους τους αναθέτοντες φορείς της χώρας στις αρμοδιότητές τους είτε να προβαίνει σε ουσιαστικές επιλογές για λογαριασμό τους⁴¹.

Από τις ίδιες μάλιστα ρυθμίσεις συνάγεται ότι ο νομοθέτης, αν και προέβλεψε την αναπομπή της υπόθεσης στην αναθέτουσα αρχή μόνο σε περίπτωση ακύρωσης παράλειψης και όχι και σε περίπτωση ακύρωσης ρητής πράξης της αναθέτουσας αρχής, παρά ταύτα και στην τελευταία αυτή περίπτωση η υπόθεση επιστρέφει στην αναθέτουσα αρχή για νέα νόμιμη κρίση. Εξάλλου

³⁸ Σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 «Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ενδίκων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών». Τα δε ένδικα βοηθήματα του Τίτλου 3, που μπορούν να ασκηθούν κατά πράξεων ή παραλείψεων είναι η «αίτηση αναστολής» και η «αίτηση ακύρωσης του άρθρου 372 του ίδιου νόμου.

³⁹ Βλ. Φ. Κατσίγιαννη, Η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών και οι αρμοδιότητές της, όπ. π., σελ. 724 επ., Α. Τσιρώνά, Η έκταση ελέγχου της διαφοράς από την ΑΕΠΠ, όπ. π., σελ. 20 επ. Βλ. επίσης ΕΑ ΣτΕ 54/2018.

⁴⁰ Βλ. τις διατάξεις του άρθρου 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 και 2 του π.δ. 39/2017.

⁴¹ Βλ. Α. Τσιρώνά, Η έκταση ελέγχου της διαφοράς από την ΑΕΠΠ, όπ. π., σελ. 22.

και στις δύο περιπτώσεις συντρέχει ο ίδιος δικαιολογητικός λόγος, ήτοι η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής στο πλαίσιο της εκ του νόμου υποχρέωσης συμμόρφωσής της, να εκδώσει νέα νόμιμη πράξη στη θέση της ακυρωθείσας⁴².

5.3. Η δεσμευτικότητα της απόφασης της ΑΕΠΠ. Η απόφαση της ΑΕΠΠ που δέχεται προδικαστική προσφυγή είναι δεσμευτική για την Αναθέτουσα Αρχή. Ο νόμος αποτύπωσε την δεσμευτικότητα αυτή με την επιταγή βάσει της οποίας οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ⁴³. Η εν λόγω βέβαια συμμόρφωση δεν απαιτεί την έκδοση πράξης από την αναθέτουσα αρχή, η οποία θα επιβεβαιώνει το ακυρωτικό αποτέλεσμα της απόφασης της ΑΕΠΠ. Η απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρώνει τελειωτικά, δηλαδή εξαφανίζει οριστικά την προσβαλλόμενη πράξη από τον νομικό κόσμο, και άρα δεν απαιτείται και ανάκληση της ακυρωθείσας πράξης από το όργανο της αναθέτουσας αρχής που την εξέδωσε. Επομένως, η υποχρέωση συμμόρφωσης της αναθέτουσας αρχής συνίσταται, αφενός στο να εκδώσει νέα πράξη, η οποία θα αντικαταστήσει την ακυρωθείσα, και αφετέρου στο να αποφύγει την επανάληψη των νομικών ελαττωμάτων ή των εσφαλμένων κρίσεων, οι οποίες οδήγησαν στην ακύρωση της προηγούμενης πράξης της. Το ίδιο ισχύει και στην περίπτωση ακύρωσης παράλειψης και αναπομπής της υπόθεσης στην αναθέτουσα αρχή, οπότε το αρμόδιο όργανο της τελευταίας οφείλει να προβεί στην θετική ενέργεια και να εκδώσει πράξη με το προβλεπόμενο νόμιμο περιεχόμενο.

Από την άλλη πλευρά η δεσμευτικότητα της απόφασης της ΑΕΠΠ καταλαμβάνει και την ίδια την ΑΕΠΠ, η οποία αυτοδεσμεύεται με κάθε απόφασή της να διατηρεί και να ακολουθεί τα ήδη κριθέντα από τα κλιμάκια της, και άρα να μην μεταβάλλει την κρίση της σε σχέση την ίδια υπόθεση είτε επ' ευκαιρία προσβολής άλλης πράξης της ίδιας διαδικασίας, είτε επ' ευκαιρία προσβολής της αυτής πράξης από άλλο ενδιαφερόμενο, και τούτο ακόμη και αν οι επίμαχες διαφορές κριθούν από διαφορετικούς σχηματισμούς της Αρχής. Μόνη εξαίρεση ως προς την αυτοδέσμευση της ΑΕΠΠ επιτρέπεται στην περίπτωση που μεσολαβήσει μεταβολή του κρίσιμου νομοθετικού καθεστώτος, στο οποίο βασίστηκε η προηγούμενη απόφαση των κλιμακίων της, κατά τρόπο ώστε, υπό το νέο εφαρμοστέο καθεστώς, να είναι παράνομη η έκδοση πράξης ή η συντέλεση της οφειλόμενης ενέργειας, σύμφωνα με τα προηγουμένως κριθέντα από την ΑΕΠΠ⁴⁴.

⁴² Βλ. Φ. Κατσίγιαννη, Η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών και οι αρμοδιότητές της, όπ. π., σελ. 725. Βλ. επίσης τις διατάξεις των άρθρων 367 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και 18 παρ. 5 του π.δ. 39/2017.

⁴³ Βλ. την ρητή διάταξη του άρθρου 367 παρ. 3 του ν. 4412/2016.

⁴⁴ Βλ. ΕΑ ΣτΕ 54/2018. Σύμφωνα μάλιστα με την ίδια απόφαση «τέτοια εξαίρεση θεωρείται ως μη συντρέχουσα σε περίπτωση μεταβολής από την ΑΕΠΠ της ερμηνείας του εφαρμοστέου νομοθετικού καθεστώτος».

5.4. Η διεξαγωγή της διαδικασίας κατ' αντιμωλία. Η απαίτηση για την θέσπιση δυνατότητας πλήρους νομικής και ουσιαστικής επανεξέτασης των αποφάσεων των αναθετουσών αρχών επιβεβαιώνεται και από την νομολογία του Δικαστηρίου της Ε.Ε. Σύμφωνα με την νομολογία αυτή η έννομη προστασία στις προσυμβατικές διαφορές θα πρέπει να είναι, όχι μόνο ταχεία και αποτελεσματική, αλλά και πλήρης. Συστατικό στοιχείο του συγκεκριμένου γνωρίσματος αποτελεί η δυνατότητα ολοκληρωμένου, και άρα ουσιαστικού, επανελέγχου της προσβαλλόμενης απόφασης.

Πέρα όμως από τα λειτουργικά χαρακτηριστικά της έννομης προστασίας, οι δικονομικές οδηγίες απαιτούν και ένα σημαντικό οργανικό γνώρισμα, το οποίο οφείλει να τηρεί η σχετική διαδικασία. Η έννομη προστασία θα πρέπει να παρέχεται πάντοτε από δικαστήριο⁴⁵. Η δικονομική βέβαια οδηγία επιτρέπει εν προκειμένω μία παρέκκλιση, προβλέποντας την δυνατότητα οι προσφυγές να ασκούνται και ενώπιον μη δικαστικών οργάνων. Εντούτοις, θα πρέπει και το συγκεκριμένο μη δικαστικό όργανο να είναι εντελώς ανεξάρτητο από την αναθέτουσα αρχή, αλλά και να προβλέπεται ότι εν τέλει η απόφαση και του ελεγκτικού αυτού οργάνου θα μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο δικαστικής προσφυγής ή εν πάση περιπτώσει προσφυγής ενώπιον οργάνου, το οποίο θεωρείται δικαιοδοτικό κατά την έννοια του άρθρου 234 της συνθήκης και είναι ανεξάρτητο και από την αναθέτουσα αρχή και από το όργανο προσφυγής⁴⁶.

Ωστόσο, όταν τα υπεύθυνα για τις διαδικασίες προσφυγής όργανα δεν είναι δικαστικά, η δικονομική οδηγία θέτει τέσσερις αυστηρές προϋποθέσεις για τον τρόπο οργάνωσης και λειτουργίας τους: Πρώτον, ο διορισμός και η λήξη της θητείας των μελών του ανεξαρτήτου οργάνου πρέπει να υπόκειται στους ίδιους όρους οι οποίοι εφαρμόζονται στους δικαστές όσον αφορά την υπεύθυνη για τον διορισμό τους αρχή, την διάρκεια της θητείας τους, και την ανάκλησή τους⁴⁷. Δεύτερον, οι αποφάσεις των εν λόγω οργάνων θα πρέπει πάντα να αιτιολογούνται γραπτώς⁴⁸. Τρίτον, οι αποφάσεις του οργάνου θα πρέπει να έχουν δεσμευτικά νομικά αποτελέσματα. Τέταρτον, το ανεξάρτητο όργανο θα

⁴⁵ Με την από 11.8.1995 απόφαση του ΔΕΚ (Ευρ. Επιτρ. κατά Γερμανίας) κρίθηκε ότι δεν πληρούν τα κριτήρια της οδηγίας, καθόσον δεν αποτελούν δικαστήρια με την έννοια του 177 ΣυνθΕΚ οι Επιτροπές Ελέγχου Αναθέσεων. Βλ. Κ. Ρέμελη, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, ό.π., σελ. 68 επ.

⁴⁶ Βλ. την ρητή διάταξη του τελευταίου εδαφίου της παρ. 9 του άρθρου 2 της οδηγίας 2007/66/ΕΚ. Για την έννοια του δικαιοδοτικού οργάνου κατά την νομολογία του ΔΕΚ, βλ. Α. Γέροντα, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, 2009, σελ. 750 επ.

⁴⁷ Βλ. την διάταξη της παρ. 10 του άρθρου 2 της οδηγίας 2007/66/ΕΚ. Βλ. επίσης την διάταξη του άρθρου 349 παρ. 1 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με την οποία τα μέλη της ΑΕΙΠΠ κατά την άσκηση των καθηκόντων τους, δεσμεύονται μόνο από το νόμο και τη συνείδησή τους και υποχρεούνται να τηρούν τις αρχές της αντικειμενικότητας και της αμεροληψίας.

⁴⁸ Βλ. την ρύθμιση της παρ. 9 του άρθρου 2 της οδηγίας 2007/66/ΕΚ.

πρέπει να λαμβάνει τις αποφάσεις του μετά την διεξαγωγή διαδικασίας κατ' αντιμωλίαν.

Εν προκειμένω το υπεύθυνο όργανο για την εξέταση των προσφυγών του προσυμβατικού σταδίου δεν είναι δικαστικό, αλλά μία Ανεξάρτητη Διοικητική Αρχή, η οποία επομένως οφείλει να πληροί τις κατά τα ανωτέρω εγγυήσεις της δικονομικής Οδηγίας. Πράγματι, τις τρεις πρώτες απαιτήσεις ο νομοθέτης κατάφερε να τις ενσωματώσει πλήρως κατά την ρύθμιση της οργάνωσης και της αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ, και ιδίως με την πρόβλεψη της δυνατότητας πλήρους νομικής και ουσιαστικής επανεξέτασης της υπόθεσης και της δεσμευτικότητας των αποφάσεων της Αρχής.

Ωστόσο, την τέταρτη απαίτηση για την διεξαγωγή της διαδικασίας κατ' αντιμωλίαν ο νομοθέτης απέφυγε να την ρυθμίσει. Η διεξαγωγή της διαδικασίας κατ' αντιμωλίαν σημαίνει ότι, είτε κατά την ημέρα εξέτασης της προσφυγής⁴⁹, είτε σε χρόνο πριν από αυτήν, θα έχει προβλεφθεί διαδικασία ακρόασης ή συζήτησης της υπόθεσης με την συμμετοχή όλων των διαδίκων. Παρά ταύτα ούτε ο νόμος ούτε ο Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών από την ΑΕΠΠ προέβλεψαν συγκεκριμένη διαδικασία ακρόασης των ενδιαφερομένων. Σε κάθε πάντως περίπτωση εν προκειμένω δεν θα απαιτείτο μία πανηγυρική προφορική και κατ' αντιπαράσταση των διαδίκων διαδικασία. Αντιθέτως, θα αρκούσε να δινόταν η δυνατότητα σε όλους τους διαδίκους να αντιπαρατεθούν έστω και εγγράφως, έχοντας την δυνατότητα αφενός να λάβουν γνώση των ισχυρισμών των αντιδίκων τους και αφετέρου να μπορούν να υποβάλλουν «υπομνήματα» για την αντίκρουσή τους. Εξάλλου η αντιμωλία σε μία έγγραφη διαδικασία θα μπορούσε κάλλιστα να ικανοποιηθεί και με την δυνατότητα έγγραφης αντίκρουσης των εκατέρωθεν ισχυρισμών και ανταλλαγής εγγράφων υπομνημάτων.

6. Η έκταση του ελέγχου επί των πράξεων που προσβάλλονται με προδικαστική προσφυγή

Οι ιδιαιτερότητες της νομικής φύσης της προδικαστικής προσφυγής που ασκείται ενώπιον της ΑΕΠΠ, μολονότι δεν θέτουν εν αμφιβόλω τον ενδικοφανή της χαρακτήρα, παρά ταύτα επιτρέπουν την ανάδειξη ορισμένων ζητημάτων κυρίως σε σχέση με την έκταση του ελέγχου επί των προσβαλλομένων πράξεων. Πιο συγκεκριμένα:

⁴⁹ Σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 365 παρ. 4 του ν. 4412/2016 «Με πράξη του προεδρεύοντος του κλιμακίου ορίζεται η ημέρα και η ώρα «εξέτασης» της προσφυγής, η οποία δεν μπορεί να απέχει περισσότερο από σαράντα (40) ημέρες από την ημερομηνία κατάθεσης της προσφυγής».

6.1. Ο έλεγχος όλων των αιτιάσεων της προδικαστικής προσφυγής.

Ένα ζήτημα που γεννάται εξ αφορμής των ιδιαιτεροτήτων της προδικαστικής προσφυγής εντοπίζεται στην έκταση ελέγχου, που επιβάλλεται να διενεργήσει η ΑΕΠΠ επί των προβαλλόμενων από τον προσφεύγοντα ισχυρισμών. Το ερώτημα που ανακύπτει είναι εάν το αρμόδιο κλιμάκιο της Αρχής που επιλαμβάνεται της προδικαστικής προσφυγής οφείλει να ερευνήσει και να απαντήσει στο σύνολο των προβαλλομένων με την προσφυγή αιτιάσεων⁵⁰. Βέβαια, για να απορρίψει η ΑΕΠΠ την προσφυγή, ασφαλώς και οφείλει να εξετάσει και να κρίνει ως αβάσιμους όλους τους προσβαλλόμενους ισχυρισμούς. Αντιθέτως όμως, για να δεχθεί η ΑΕΠΠ την προσφυγή, δεν είναι απαραίτητο να εξετάσει το σύνολο των προβαλλόμενων λόγων ή παραπόνων, αρκεί να εντοπίσει έναν βάσιμο ισχυρισμό, ο οποίος περιγράφει μία τέτοια πλημμέλεια της προσβαλλόμενης πράξης, η οποία οδηγεί σε παρανομία που επάγεται την ακύρωσή της.

Από την άλλη πλευρά, στην περίπτωση που η ΑΕΠΠ θα είχε την εξουσία και την συνεπαγόμενη υποχρέωση να τροποποιήσει ή και να αντικαταστήσει την προσβαλλόμενη ενώπιόν της πράξη της αναθέτουσας αρχής, εφόσον εντόπιζε σε αυτήν πλημμέλειες, τότε θα ήταν αυτονόητο ότι το αρμόδιο κλιμάκιο θα όφειλε να εξετάσει όλους τους προβαλλόμενους λόγους, ώστε να διορθώσει όλες τις εντοπισθείσες πλημμέλειες με την δική της απόφαση. Όπως όμως έχει προβλεφθεί η προδικαστική προσφυγή, με τον περιορισμό της Αρχής αποκλειστικώς και μόνον να ακυρώνει την πλημμελή πράξη, είναι πρόδηλο ότι η προδικαστική προσφυγή μπορεί να γίνει δεκτή ακόμη και εάν ευρεθεί ένας και μόνον βάσιμος λόγος. Και τούτο, διότι και με μία μόνον πλημμέλεια η προσβαλλόμενη απόφαση μπορεί να ακυρωθεί, ενώ στην περίπτωση αυτή παρέλκει, όπως συνηθίζεται να διαλαμβάνεται στις ακυρωτικές αποφάσεις των δικαστηρίων, η εξέταση των λοιπών λόγων. Η ακύρωση δηλαδή επέρχεται είτε διαγνωσθεί ότι η προσβαλλόμενη πράξη πάσχει από μία είτε από περισσότερες πλημμέλειες, αλλά και σε κάθε περίπτωση η αντικατάσταση της ακυρωθείσας πράξης αποτελεί αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, στην οποία επιστρέφει η υπόθεση για νέα νόμιμη κρίση.

Τίθεται επομένως το ερώτημα, αφού η ΑΕΠΠ διαθέτει μόνον εξουσία ακύρωσης των προσβαλλόμενων ενώπιόν της πράξεων και παραλείψεων, μήπως αρκεί να δεχθεί έναν βάσιμο λόγο προσφυγής, ικανό να οδηγήσει σε ακύρωση της προσβαλλόμενης, και να μην εξετάσει τους υπόλοιπους ή υφίσταται υποχρέωση εξέτασης όλων των προβαλλόμενων λόγων και εντοπισμού όλων

⁵⁰ Σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 367 παρ. 1 του ν. 4412/2016 «η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος».

των τυχόν ελαττωμάτων των προσβαλλομένων. Θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι, ενόψει των εκφρασμένων σκοπών του νομοθέτη να συμβάλει η ΑΕΠΠ στην επιτάχυνση της διαδικασίας επίλυσης των αναφυόμενων κατά το στάδιο ανάθεσης σχετικών διαφορών, η πρώτη λύση θα υπηρετούσε ακριβώς την επιδιωκόμενη αυτή ταχύτητα. Εντούτοις, είναι επίσης εκφρασμένη η βούληση του νομοθέτη για βελτίωση της αποτελεσματικότητας του συστήματος έννομης προστασίας, αλλά κυρίως για ελάφρυνση του φόρτου εργασίας των δικαστηρίων⁵¹. Σε κάθε όμως περίπτωση η πρώτη λύση δεν είναι βέβαιο ότι μπορεί να υπηρετήσει αποτελεσματικά την ταχύτερη επίλυση των αναφυόμενων διαφορών.

Ειδικότερα, σε περίπτωση ακύρωσης με απόφαση της ΑΕΠΠ μιας πράξης της αναθέτουσας αρχής κατ' αποδοχήν ενός και μόνον βασίμως προβαλλόμενου λόγου, και χωρίς την εξαντλητική εξέταση των λοιπών, η υπόθεση θα επιστρέψει στην αναθέτουσα αρχή, η οποία κατ' επιταγήν της υποχρέωσης συμμόρφωσής της οφείλει να εκδώσει νέα πράξη στην θέση της ακυρωθείσας, διορθώνοντας την διαπιστωθείσα πλημμέλεια. Εάν όμως η πράξη αυτή περιείχε και άλλες πλημμέλειες, οι οποίες είχαν υποδειχθεί με την προδικαστική προσφυγή, αλλά δεν εξετάστηκαν από την ΑΕΠΠ, τότε οι πλημμέλειες αυτές θα επαναληφθούν, και ενδεχομένως να γεννήσουν νέες διαφορές είτε ενώπιον της ΑΕΠΠ είτε ενώπιον των δικαστηρίων. Στην τελευταία μάλιστα περίπτωση ενώπιον των δικαστηρίων θα καταλήξουν ζητήματα τα οποία δεν κρίθηκαν από την ΑΕΠΠ και άρα κατά το μέρος αυτό δεν θα έχει αχθεί η υπόθεση ενώπιον του ακυρωτικού δικαστή εκκαθαρισμένη κατά το νομικό και ιδίως κατά το ουσιαστικό της μέρος. Επομένως η διαδικασία, αντί να διακρίνεται από ταχύτητα και αποτελεσματικότητα στην επίλυση των διαφορών, θα χαρακτηρίζεται από εκκρεμότητες, καθυστερήσεις και

Ως εκ τούτου υπηρετεί καλύτερα εν προκειμένω τους σκοπούς του νομοθέτη η σε κάθε περίπτωση εξέταση από την ΑΕΠΠ του συνόλου των ισχυρισμών του προσφεύγοντος, ώστε κάθε πράξη να κρίνεται εξαντλητικά σε κάθε στάδιο της διαδικασίας, εφόσον έχει αμφισβητηθεί η νομιμότητά της με προδικαστική προσφυγή. Με την λογική αυτή η διάταξη του άρθρου 367 παρ. 1 του ν. 4412/2016, θα πρέπει να εκληφθεί ότι επιβάλλει στην ΑΕΠΠ να αποφαινεται αιτιολογημένα επί «όλων» των προβαλλομένων με την προδικαστική προσφυγή ισχυρισμών. Προς την κατεύθυνση αυτή εξάλλου κατατείνει, όχι μόνον η τελολογική ερμηνεία της διάταξης, αλλά και η γραμματική της ερμηνεία της, η οποία δεν περιορίζει την αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ στο έλεγχο μόνον εκείνων των ισχυρισμών που αρκούν για την έκδοση μιας ακυρωτικής απόφασης.

⁵¹ Βλ. την Αιτιολογική Έκθεση του ν. 4412/2016 και ιδίως σελ. 70.

6.2. Η απαγόρευση άσκησης δεύτερης προδικαστικής προσφυγής.

Προβληματισμούς, συναφείς με τους ανωτέρω, γεννά ένα ακόμη ζήτημα που συνάπτεται με την έκταση ελέγχου της προδικαστικής προσφυγής. Με τον ν. 2522/1997 προβλεπόταν ότι η υποχρέωση ασκήσεως προδικαστικής προσφυγής δεν υφίσταται, όταν πρόκειται για πράξη, που δέχεται εν όλω ή εν μέρει προσφυγή άλλου προσώπου⁵². Επομένως στην περίπτωση αυτή ο θιγόμενος είχε την δυνατότητα να προσφύγει απευθείας στο δικαστήριο, ασκώντας αίτηση ασφαλιστικών μέτρων. Με τον ν. 3886/2020 η δυνατότητα άσκησης απευθείας αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων που προέβλεπε το προϊσχύσαν καθεστώς του ν. 2522/1997 ορίστηκε πλέον ως υποχρέωση⁵³. Ο νομοθέτης, επιδιώκοντας μία ταχεία και αποτελεσματική προσωρινή δικαστική προστασία, προέκρινε ότι δεν επιτρέπεται η παρακώλυση της προόδου του διαγωνισμού με εκ νέου άσκηση προδικαστικής προσφυγής για ζήτημα, για το οποίο η αναθέτουσα αρχή έχει ήδη εκφράσει τις απόψεις της, διερευνώντας και αποδεχόμενη προσφυγή τρίτου⁵⁴.

Εν προκειμένω όμως στο σύστημα έννομης προστασίας που διαμόρφωσε ο ν. 4412/2016 υφίσταται μία σημαντική διαφορά. Μεταξύ της απόφασης της αναθέτουσας αρχής και της προσφυγής στο δικαστήριο παρεμβάλλεται η απόφαση της ΑΕΠΠ επί της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής. Η δε αναθέτουσα αρχή οφείλει να συμμορφώνεται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ. Ο νομοθέτης λοιπόν προσάρμοσε την απαγόρευση άσκησης δεύτερης προδικαστικής προσφυγής στο νέο σύστημα και έτσι με την διάταξη του άρθρου 362 παρ. 4 του ν. 4412/2016 ορίστηκε ότι «δεν επιτρέπεται η άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά απόφασης της ΑΕΠΠ, η οποία δέχεται εν όλω ή εν μέρει προσφυγή άλλου προσώπου».

Εντούτοις το πολύ σοβαρό ζήτημα που γεννάται στην συγκεκριμένη περίπτωση είναι ότι με την ως άνω ρύθμιση δεν φαίνεται να απαγορεύεται η άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της απόφασης της αναθέτουσας αρχής, με την οποία η τελευταία θα συμμορφώνεται στην απόφαση της ΑΕΠΠ. Εάν

⁵² Βλ. την διάταξη του άρθρου 3 παρ. 2 εδ. γ' του ν. 2522/1997. Βλ. επίσης Κ. Ρέμελη, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, ό.π., σελ. 191 επ.

⁵³ Με την παρ. 3 του άρθρου 4 του ν. 3886/2010 ορίστηκε ότι «δεν επιτρέπεται η άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά πράξης, η οποία δέχεται εν όλω ή εν μέρει προσφυγή άλλου προσώπου».

⁵⁴ Η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας δεχόταν παγίως ότι κατά την έννοια των ανωτέρω ρυθμίσεων του ν. 2522/1997 και του ν. 3886/2010, «ως πράξη η οποία δέχεται προσφυγή άλλου προσώπου νοείται και εκείνη που δέχεται προσφυγή νομιμότητας κατά πράξεως της αναθέτουσας αρχής. Συνεπώς, στην περίπτωση αυτή δεν απαιτείται, ως προϋπόθεση του παραδεκτού της ασκήσεως αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων, η προηγούμενη άσκηση (και απόρριψη) προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της αρχής που εξέδωσε την βλαπτική για τον διαγωνιζόμενο πράξη, αλλά η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων επιτρέπεται να ασκηθεί ευθέως κατά της βλαπτικής αυτής πράξεως», βλ. ΕΑ ΣτΕ 429/2011, 326/2009, 838/2008, κ.ά.

όμως θα ήταν παραδεκτή μία τέτοια προδικαστική προσφυγή, αν και τεχνικά δεν θα ήταν προσφυγή κατά απόφασης της ΑΕΠΠ, ουσιαστικά θα ήταν δεύτερη προσφυγή επί ζητήματος για το οποίο η ΑΕΠΠ έχει ήδη αποφανθεί. Ωστόσο, το ζήτημα αυτό πρόλαβε και επέλυσε η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, η οποία έκρινε ότι δεν επιτρέπεται νέα προδικαστική προσφυγή ούτε κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής η οποία συμμορφώνεται σε απόφαση της ΑΕΠΠ⁵⁵.

Πιο συγκεκριμένα, κρίθηκε ότι η πράξη, στην οποία προβαίνει η αναθέτουσα αρχή στο πλαίσιο της συμμόρφωσής της προς τα κριθέντα από την ΑΕΠΠ, και κατά της οποίας δεν ασκήθηκε αίτηση αναστολής εκτέλεσης εντός της οριζόμενης στο νόμο προθεσμίας, δεν μπορεί να αμφισβητηθεί παραδεκτώς με προδικαστική προσφυγή από τον τρίτο έστω και παρεμβάντα ενώπιον της ΑΕΠΠ. Και τούτο, διότι κάτι τέτοιο θα οδηγούσε σε καταστρατήγηση των κανόνων των άρθρων 372 παρ. 4 εδ. β' και 367 παρ. 1 του ν. 4412/2016 που προβλέπουν, αφενός, την ταχεία (εντός αποκλειστικής δεκαήμερης προθεσμίας) άσκηση από τον παρεμβάντα αίτησης αναστολής εκτέλεσης κατά της απόφασης της ΑΕΠΠ και, αφετέρου, αποκλειστική προθεσμία (είκοσι ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής) εντός της οποίας η ΑΕΠΠ αποφαινεται επί της προδικαστικής προσφυγής και της παρέμβασης του τρίτου ενδιαφερόμενου⁵⁶. Κρίθηκε λοιπόν ότι σε περίπτωση άσκησης τέτοιας (απαράδεκτης) προδικαστικής προσφυγής από τρίτο, η ΑΕΠΠ υποχρεούται να την απορρίψει, δεδομένου, άλλωστε, ότι δεσμεύεται από την προηγούμενη απόφασή της και στερείται αρμοδιότητας να επανέλθει επί του νομικού ζητήματος που κρίθηκε με αυτήν⁵⁷.

7. Συμπέρασμα

Η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών λειτουργεί ήδη για αρκετό διάστημα, ώστε να μπορεί να διατυπωθεί με ασφάλεια το συμπέρασμα ότι το εγχείρημα του νομοθέτη πέτυχε σε μεγάλο βαθμό. Η διαδικασία άσκησης προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ, όπως διαρθρώθηκε με τις ρυθμίσεις του 4^{ου} Βιβλίου του ν. 4412/2016, κατόρθωσε να ενσωματώσει όλα σχεδόν τα λειτουργικά και οργανικά χαρακτηριστικά που με αυστηρότητα προδιέγραψε η δικονομική οδηγία σε σχέση με τα υπεύθυνα για τις διαδικασίες προσφυγής όργανα που δεν είναι δικαιοδοτικά⁵⁸. Ο σημαντικότερος όμως

⁵⁵ Βλ. ΕΑ ΣτΕ 54/2018.

⁵⁶ Βλ. ΕΑ ΣτΕ 54/2018 σκέψη 9.

⁵⁷ Βλ. ΕΑ ΣτΕ 54/2018 σκέψεις 9 και 11.

⁵⁸ Με εξαίρεση μόνον, όπως αναφέρθηκε ήδη, την απαίτηση για διεξαγωγή της διαδικασίας κατ' αντιμωλίαν.

συνδυασμός από όλα τα ως άνω απαιτούμενα από την οδηγία γνωρίσματα, που κατάφερε να ενσωματώσει πλήρως η ΑΕΠΠ, και από άποψη κανονιστικού σχεδιασμού, αλλά και από την μέχρι σήμερα λειτουργία της, είναι αφενός η αδιαμφισβήτητη ανεξαρτησία της Αρχής από τους αναθέτοντες φορείς και αφετέρου η αρμοδιότητα πλήρους και ουσιαστικής επανεξέτασης της υπόθεσης. Η μεταφορά του βάρους της κύριας διήθησης της υπόθεσης από τα δικαστήρια σε μία εξειδικευμένη ανεξάρτητη Αρχή, που μπορεί να εισχωρήσει και στην ουσία της διαφοράς, αποτελεί το σημαντικότερο πλεονέκτημα του νέου δικονομικού συστήματος που θέσπισε ο ν. 4412/2016. Με τον τρόπο αυτό μάλιστα ο νομοθέτης διαμόρφωσε για τις προσυμβατικές διαφορές ένα πλέγμα έννομης προστασίας, το οποίο ωθεί το εθνικό μας δίκαιο ακόμη πιο κοντά στο πνεύμα και στο γράμμα του ενωσιακού δικαίου.

Με την μέχρι σήμερα λειτουργία της η Αρχή επιδεικνύει μία αξιόλογη προσπάθεια να αντεπεξέλθει στον όλο και αυξανόμενο φόρτο υποθέσεων που έχουν υπαχθεί στην αρμοδιότητά της. Ιδίως μάλιστα έχει ήδη καταφέρει, αφενός να απαντά σε όλες τις προδικαστικές προσφυγές (από μόνο του το γεγονός ότι έπαψαν να υφίστανται σιωπηρές απορρίψεις καταδεικνύει σημαντική αναβάθμιση του ρόλου της προδικαστικής προσφυγής), και αφετέρου να αποδείξει ότι θα εισέρχεται στην ουσία των υποθέσεων, μη φοβούμενη να εξετάσει το πραγματικό παράπονο των προσφευγόντων. Αυτό έχει ως αποτέλεσμα να άγονται πλέον ενώπιον των δικαστηρίων μόνον διαφορές που έχουν πλήρως εκκαθαρισθεί ως προς το τεχνικό και πραγματικό τους μέρος, γεγονός ικανό να επιτύχει τον βασικότερο στόχο της νομοθετικής αναμόρφωσης της έννομης προστασίας στις προσυμβατικές διαφορές, που δεν ήταν άλλος από την ταχύτητα στην επίλυση των διαφορών.