

Τίτλος Συνεδρίου της Εθνικής Σχολής Δικαστών: : «Ορθή διαχείριση του δημοσίου χρήματος. Διάλογος του Ελεγκτικού Συνεδρίου με τις άλλες δικαιοδοσίες»-(Κατεύθυνσης Διοικητικής Δικαιοσύνης). 9-10/12/2019.

ΘΕΜΑΤΙΚΗ ΕΝΟΤΗΤΑ

Η διαλογική σχέση του Ελεγκτικού Συνεδρίου με την Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ως προς τον έλεγχο της ορθής διαχείρισης του δημοσίου χρήματος. Σκέψεις με αφορμή την απόφαση υπ' αριθμ. 1254/2019 και του VI Τμήματος (Γ' Διακοπών) και 734/2019 του VI Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Του Μιχαήλ Χ. Οικονόμου, Δικηγόρου-Δ.Ν, Μέλους της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών.

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, ως ανεξάρτητη διοικητική αρχή μετρώντας ήδη σχεδόν δύομιση χρόνια λειτουργίας έχει απασχολήσει νομολογιακά εκτενώς τόσο το Συμβούλιο Επικρατείας όσο και την διοικητική δικαιοσύνη. Αναφορικά με τον ρόλο της στην έννομη τάξη ασφαλώς ο εν εξελίξει θεωρητικός διάλογος εμπλουτίζεται συνεχώς από τα νομολογιακά πορίσματα 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 της¹. Σκοπός της παρούσας μελέτης είναι να καταδείξει τα πρώτα λίγα μεν αλλά καίριας σημασίας συμπεράσματα που εξάγονται από τις νομολογιακές κρίσεις του Ελεγκτικού Συνεδρίου απέναντι στην ΑΕΠΠ και κυρίως ως προς μια σειρά ζητημάτων που αφορούν την θέση της στο σύστημα παροχής έννομης και δικαστικής προστασίας στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων υπό το πρίσμα των διατάξεων του ν. 4412/2016.

¹ Βλ. Α. Τσιρώνά, Η νομική φύση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, ΝΟ.Δ.Ε.ΠΕ. 4/2017, σελ. 12 επ., Φ. Κατσίγιαννη, Η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών και οι αρμοδιότητές της, ΘΠΔΔ 2018, σελ. 723 και 729.

1. Η προγενέστερη νομολογιακή αντιμετώπιση του Ελεγκτικού Συνεδρίου ως προς την ΕΑΑΔΗΣΥ.

Σύμφωνα με την κρατούσα άποψη στην θεωρία αλλά και τα πορίσματα της νομολογίας του ίδιου του Δικαστηρίου το Ελεγκτικό Συνέδριο κατά την άσκηση της αρμοδιότητάς του ερευνά, ως ελεγκτικό όργανο, εάν η διοίκηση ορθά ερμήνευσε και εφάρμοσε τη νομοθεσία που διέπει το διαγωνισμό και την οικεία σύμβαση και αν οι εκδοθείσες από αυτή διοικητικές πράξεις βρίσκουν έρεισμα στο νόμο². Πρόκειται περί ελέγχου νομιμότητας προς το σκοπό της προστασίας του δημοσίου συμφέροντος χωρίς όμως να ελέγχεται η ορθότητα των τεχνικών κρίσεων ή η σκοπιμότητα των πράξεων της αναθέτουσας αρχής και των οργάνων της αυτής³. Δεν περιορίζεται στη νομιμότητα της οικείας σύμβασης και τη διαδικασία ανάθεσης, αλλά, εκτείνεται επί του συνόλου της διαδικασίας δια του παρεμπόπτοντος ελέγχου του συνόλου των πράξεων που προηγήθηκαν⁴. Με την έννοια αυτή και σύμφωνα με την αρμοδιότητα που του δίνει ο αναθεωρητικός νομοθέτης το Ελεγκτικό Συνέδριο, όταν διαπιστώσει ουσιώδεις νομικές πλημμέλειες των διοικητικών πράξεων της διαδικασίας και του σχεδίου της σύμβασης, εκδίδει κρίση περί της υπογραφής της σύμβασης. Ως τέτοιες κατά τη διαμορφωθείσα νομολογία νοούνται εκείνες οι νομικές πλημμέλειες με τις οποίες νοθεύεται ο ελεύθερος και υγιής ανταγωνισμός ή η διαφάνεια των διαδικασιών ή όταν δεν τηρούνται οι διατάξεις περί προστασίας του περιβάλλοντος, όταν δηλαδή προσβάλλονται έννομα αγαθά, τα οποία συνθέτουν την έννοια του δημοσίου

² Ε. Καραθανασόπουλος, Ο προσυμβατικός έλεγχος από το Ελεγκτικό Συνέδριο, Νομική Βιβλιοθήκη., σελ. 51 επ., Ε. Καραθανασόπουλος, Ο προληπτικός έλεγχος της νομιμότητας των δημοσίων συμβάσεων, όπ.π., σελ. 1052 επ., Ε. Κουλουμπίνη, Ο έλεγχος συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας στις οποίες αντισυμβαλλόμενος είναι το Δημόσιο, . ΘΠΔΔ 8-9/2012, σ. 760 επ.

³ ΕΣ Κλιμ. Ε' 156/2000, ΕΣ Κλιμ. Ε' 163/2005, ΕΣ Κλιμ. ΣΤ' 22/1999, ΕΣ VI Τμ. 42/2009. Κρίνεται ότι ο έλεγχος υπερβαίνει τον αντίστοιχο της νομιμότητας όταν ελέγχεται απόφαση του αρμόδιου οργάνου τεχνικής αξιολόγησης που περιέχει διαφωνία των μελών του. Επίσης κρίθηκε ότι το Δικαστήριο μπορεί να προβαίνει σε έλεγχο των αποφάσεων τεχνικής αξιολόγησης των προσφορών κάνοντας έλεγχο ουσιαστικό, όταν ερευνά αν είναι νομικά υποστηρίξιμη η ερμηνευτική εκδοχή στην οποία στηρίχθηκαν οι διοικητικές πράξεις ΕΣ Πρακτ. Ολομ. 15ης ΓΣ/21.5.2003, ΕΣ VI Τμ. 42012/2010.

⁴ Ν. Μηλιώνης, Η διεκυστίνδα περί του φυσικού δικαστή επί του προσυμβατικού ελέγχου, ΘΠΔΔ 10/2010, σελ.1004 επ. και ΕλΣυν (πρακτ. Ολομ.) 15ης ΓΣ/21.5.2003 για τον έλεγχο επί της τυχόν απόρριψης προσφορών ως απαραδέκτων, της προσήκουσας αιτιολόγησης των τεχνικών κρίσεων κ.λπ.

Τίτλος Συνεδρίου της Εθνικής Σχολής Δικαστών: : «Ορθή διαχείριση του δημοσίου χρήματος. Διάλογος του Ελεγκτικού Συνεδρίου με τις άλλες δικαιοδοσίες»-(Κατεύθυνσης Διοικητικής Δικαιοσύνης). 9-10/12/2019.

συμφέροντος⁵. Σύμφωνα με τη διαμορφωθείσα νομολογία για να αποτελέσει μία πλημμέλεια της διαγωνιστικής διαδικασίας λόγο που να κωλύει την υπογραφή της σύμβασης, θα πρέπει να έχει επιδράσει ουσιωδώς είτε νοθεύοντας τον ελεύθερο ανταγωνισμό είτε πλήττοντας τη διαφάνεια της διαδικασίας⁶. Ο έλεγχος καταλαμβάνει κάθε στοιχείο νομιμότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας και δεν περιορίζεται όπως συμβαίνει στον δικαστικό έλεγχο μόνο στο μέτρο που ζητείται με βάση τους λόγους και τις αιτιάσεις που προβάλλονται με τα σχετικά δικόγραφα. Πρόκειται περί ελέγχου που πολλές φορές καλύπτει κενά της δικαιοδοτικής κρίσης αφού η τελευταία περιορίζεται στους προβαλλόμενους από τους θιγόμενους διαδίκους ισχυρισμούς. Ο έλεγχος περιλαμβάνει πράξεις που αφορούν στο σύνολο των πράξεων που συνθέτουν τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου, όπως των όρων της διακήρυξης⁷, της τήρησης των κανόνων δημοσιότητας⁸, της συγκρότησης και της σύνθεσης της Επιτροπής Διεξαγωγής του Διαγωνισμού⁹, της προσκόμισης των προβλεπομένων από τη διακήρυξη δικαιολογητικών¹⁰, καθώς και της παράβασης της κοινοτικής νομοθεσίας σχετικά με τη δυνατότητα της επίκλησης ικανότητας τρίτου οικονομικού φορέα¹¹. Χωρίς να υποκαθιστά τα αρμόδια διοικητικά όργανα στην ουσιαστική εκτίμηση των πραγμάτων ελέγχει επίσης την αιτιολογία των σχετικών διοικητικών πράξεων, καθώς και την τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής τους ευχέρειας¹². Από τα διοικητικά όργανα δεν εκφεύγει του ελέγχου ούτε το σχέδιο σύμβασης, όμως επικεντρώνεται, χάριν του σκοπού που καλείται να υπηρετήσει, στα ζητήματα εκείνα

⁵ ΕΣ Κλιμ. Ε' 125/2000, ΕΣ Κλιμ. Ε' 340/2002, ΕΣ Κλιμ. Ε' 72/2003, Κ. Γιαννακόπουλος, Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των διοικητικών συμβάσεων, 2006, σελ. 110 επ., Ε. Καραθανασόπουλος, Ο προσυμβατικός έλεγχος από το Ελεγκτικό Συνέδριο, ό.π., σελ. 51 επ.

⁶ ΕΣ Τμ. Μειζ. 7μ. 2825/2011, ΕΣ VI Τμ. 3370/2011.

⁷ ΕΣ VI Τμ. 44/2007. Ειδικότερα κρίθηκε ότι αποτελούν ουσιώδεις πλημμέλειες με αντίκτυπο στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, η παράλειψη της διακήρυξης να προβλέψει τη δυνατότητα συμμετοχής στο διαγωνισμό και στους μη έχοντες νομική προσωπικότητα (φυσικά πρόσωπα, κοινοπραξίες αυτών μεταξύ τους ή με εταιρείες), ΕΣ VI Τμ. 1985/2012, ο ορός διακήρυξης που απαιτεί από τον ανάδοχο που θα παράσχει τις υπηρεσίες καθαριότητας να απασχολεί προσωπικό πάνω από το 70% καταγωγής ορισμένης περιοχής εισάγει υπέρμετρο περιορισμό στη δυνατότητα συμμετοχής τόσο των ημεδαπών όσο και αλλοδαπών επιχειρήσεων που δεν δραστηριοποιούνται στη συγκεκριμένη περιοχή για την παροχή των επίμαχων. υπηρεσιών, ΕΣ Τμ. Μειζ. 7μ. 3607/2012.

⁸ ΕΣ VI Τμ. 17/2009, ΕΣ VI Τμ. 116/2004, ΕΣ VI Τμ. 165/2008.

⁹ ΕΣ VI Τμ. 271/2008 /2007Πρ. Ζ' Κλιμ. ΕΣ 271/2008.

¹⁰ ΕΣ VI Τμ. 137/2007.

¹¹ ΕΣ VI Τμ. 233/2007.

¹² ΕΣ VI Τμ. 2495/2009.

τα οποία είτε τίθενται από την ίδια τη Διοίκηση είτε απετέλεσαν αντικείμενο διαφωνίας μεταξύ των μελών επιτροπών του διαγωνισμού ή περιεχόμενο υποβληθεισών ενστάσεων ή προσφυγών¹³, χωρίς να αποκλείεται να λαμβάνονται υπόψη και οι καταγγελίες στις οποίες δόθηκε δημοσιότητα¹⁴. Προς τούτο γίνεται δεκτό ότι το Κλιμάκιο θα πρέπει να ελέγχει ουσιαστικά την απόφαση του οργάνου του διαγωνισμού όταν σε αυτή περιέχονται διαφωνίες σχετικά με την κρίση της τεχνικής αξιολόγησης ή όταν έχουν υποβληθεί ενστάσεις κατά των αποφάσεών του¹⁵. Είναι έλεγχος πλήρης, ωστόσο περιέχει σαφή όρια οικονομικού ελέγχου υπηρετώντας την αρχή της δημοσιολογιστικής νομιμότητας, που ως βάση έχει τον δημοσιολογιστικό κανόνα δικαίου, χωρίς να του αποκλείεται η δυνατότητα να επεκτείνεται επί των παρεμπιπτόντων ζητημάτων, που οδηγούν στη σύναψη έγκυρης σύμβασης¹⁶. Δεν αποβάλλεται η πληρότητα του ελέγχου του, όμως αυτός δεν θα πρέπει να εκφεύγει του οικονομικού ελέγχου, που αποτελεί την βασική αιτία θέσπισής του και κατ' επέκταση το σημείο αναφοράς του. Καταλαμβάνει το σύνολο της διαγωνιστικής διαδικασίας και δεν εξαρτάται σε καμία περίπτωση από τις ενέργειες στις οποίες επέλεξαν για οποιοδήποτε λόγο να προβούν οι υποψήφιοι¹⁷. Άλλωστε η συνταγματική καθιέρωσή του αναφέρεται στην ανάγκη να εξυπηρετηθεί η αρχή της δημοσιολογιστικής νομιμότητας, που ως βάση έχει τον δημοσιολογιστικό κανόνα δικαίου και επεκτείνεται επί των παρεμπιπτόντων ζητημάτων που οδηγούν στη σύναψη έγκυρης σύμβασης¹⁸. Τα θέματα των υποψηφίων αναδόχων είναι αρμοδιότητας του δικαιοδοτικού ελέγχου και δεν εξετάζονται πάντα από το Ελεγκτικό Συνέδριο, παρά μόνο όταν η αναφερόμενη συγκεκριμένη παράβαση εμπίπτει σε προσβολή κανόνα που αναφέρεται στον οικονομικό έλεγχο. Για τον έλεγχο της νομιμότητας των διαδικασιών των δημοσίων συμβάσεων και γενικά για

¹³ ΕΣ Κλιμ. Ε' 82/2009.

¹⁴ ΕΣ Κλιμ. Ε' 199/2002.

¹⁵ ΕΣ Κλιμ. ΣΤ' 22/1999, ΕΣ VI Τμ. 42/2009.

¹⁶ Ι. Κάρκαλης, Ζητήματα ελέγχου των δημοσίων συμβάσεων προμηθειών, ό.π., σελ. 434 επ., Κ. Βολτής, Ο έλεγχος νομιμότητας συμβάσεων του Δημοσίου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, Διαφάνεια και Ανεξαρτησία στον έλεγχο του δημοσίου χρήματος, Τιμ.Τόμ. για τα 170 χρόνια του Ελεγκτικού Συνεδρίου, 2004, σελ. 15 επ. (41) Ε. Καραθανασόπουλος, Ο προσυμβατικός έλεγχος από το Ελεγκτικό Συνέδριο, ό.π., σελ. 59 επ.

¹⁷ ΕΣ VI Τμ. 17/2009.

¹⁸ Ι. Κάρκαλης, Ζητήματα ελέγχου των δημοσίων συμβάσεων προμηθειών κατά τη νομολογία, ό.π., σελ. 434. Ε. Καραθανασόπουλος, Ο προσυμβατικός έλεγχος από το Ελεγκτικό Συνέδριο, ό.π., σελ. 58 επ., Α. Λιγωμένου, Οι προγραμματικές συμβάσεις Ε.Δ.Δ.Δ.Δ. 2006,., σελ. 699 επ.

Τίτλος Συνεδρίου της Εθνικής Σχολής Δικαστών: : «Ορθή διαχείριση του δημοσίου χρήματος. Διάλογος του Ελεγκτικού Συνεδρίου με τις άλλες δικαιοδοσίες»-(Κατεύθυνσης Διοικητικής Δικαιοσύνης). 9-10/12/2019.

την προστασία του δημοσίου συμφέροντος ο νομοθέτης προέβλεψε διάφορους ελεγκτικούς μηχανισμούς με χαρακτήρα ενεργούς διοίκησης. Άλλωστε και στην περίπτωση που μπορεί οι έλεγχοι αυτοί να ταυτιστούν σε διάφορα ζητήματα, όπως π.χ. την διαπίστωση της παραβίασης των κανόνων της δημοσιότητας, δεν τίθεται ζήτημα εκατέρωθεν αμφισβήτησης αφού το Ελεγκτικό Συνέδριο, κατά τον έλεγχο νομιμότητας των συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας, δε δεσμεύεται από το τεκμήριο νομιμότητας των διοικητικών πράξεων ως προς τη δημοσιονομική τους έκφανση¹⁹. Ο έλεγχος αρχικά από το Κλιμάκιο και μετά από το Τμήμα θα πρέπει να στοχεύει περισσότερο στην προστασία του ελευθέρου ανταγωνισμού και την προστασία του δημοσίου χρήματος. Το τελευταίο, όπως εύστοχα υποστηρίζεται, επιτυγχάνεται όταν ο έλεγχος διενεργείται βάσει των αρχών της οικονομικότητας, της αποτελεσματικότητας και της αποδοτικότητας, εστιαζόμενος στον ορθολογικό ή μη χαρακτήρα στις δαπάνης²⁰. Σε όλη αυτή την διαδικασία προβλέπεται σειρά διοικητικών ή δικαιοδοτικών ελέγχων με σκοπό άλλοτε την προστασία του δημοσίου συμφέροντος, άλλοτε την προστασία του αναδόχου, άλλοτε του υποψηφίου, άλλοτε της αναθέτουσας αρχής και άλλοτε του δημοσίου χρήματος. Οι έλεγχοι αυτοί ενδεχόμενα μπορεί σε κάποια σημεία να ταυτίζονται, ωστόσο σε καμιά περίπτωση δεν θα πρέπει να εκληφθούν ως έχοντες την ίδια αφετηρία και τον ίδιο σκοπό. Ο έλεγχος αυτός επεκτείνεται χωρίς περιορισμό τόσο σε προσυμβατικό στάδιο όσο και στο στάδιο της εκτέλεσης της σύμβασης. Ήθελε τελικά να εισαγάγει έναν ακόμη παράλληλο, με όλους τους άλλους, έλεγχο που όμως θα έχει απλά χρόνο λήξης, την υπογραφή της σύμβασης; Από την ανάλυση που προηγήθηκε προκύπτει σαφώς το συμπέρασμα ότι ο αναθεωρητικός νομοθέτης ήθελε να επιφορτίσει το Ανώτατο Δημοσιονομικό Δικαστήριο με δημοσιονομικό έλεγχο για την προστασία του δημοσίου χρήματος και μόνο. Άλλωστε με την διάταξη του άρθρου 98 παρ. 1 β' Σ συνταγματικά η αρχικώς εισαχθείσα νομοθετική ρύθμιση του ελέγχου νομιμότητας της σύναψης δημοσίων συμβάσεων στο Ελεγκτικό Συνέδριο έγινε στο πλαίσιο της έντονης ανάγκης για διαφάνεια κατά την οικονομική λειτουργία του κράτους²¹.

¹⁹ ΕΣ VI Τμ. 44/2007, ΕΣ VI Τμ. 245/2007.

²⁰ Κ. Γιαννακόπουλος, Η σχέση του προσυμβατικού ελέγχου νομιμότητας από το Ελεγκτικό Συνέδριο ΕφημΔΔ 4/2013, σ. 457., σελ. 465 επ.

²¹ Ε. Κουλουμπίνη, Ο έλεγχος συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας στις οποίες αντισυμβαλλόμενος είναι το Δημόσιο ή άλλο νομικό πρόσωπο, ΘΠΔΔ 8-9/2012, σ. 760., σελ. 761 επ.

Τίτλος Συνεδρίου της Εθνικής Σχολής Δικαστών: : «Ορθή διαχείριση του δημοσίου χρήματος. Διάλογος του Ελεγκτικού Συνεδρίου με τις άλλες δικαιοδοσίες»-(Κατεύθυνσης Διοικητικής Δικαιοσύνης). 9-10/12/2019.

Το ζήτημα της αντιμετώπισης των αποφάσεων των Ανεξαρτήτων Διοικητικών Αρχών από το Ελεγκτικό Συνέδριο κρίθηκε σε ένα πρώτο επίπεδο με την ΕλΣυν 506/2014 απόφαση της μείζονος επταμελούς Συνθέσεως, η οποία με οριακή πλειοψηφία ενστερνίστηκε την εξής άποψη. Ειδικότερά, με την ως άνω απόφαση κρίθηκε ότι «Η άσκηση της ως άνω γνωμοδοτικής αρμοδιότητας της Ανεξάρτητης αυτής Αρχής, που ασκείται στο πλαίσιο της λειτουργίας της Δημόσιας Διοίκησης, οφείλει να σέβεται τη συνταγματικά κατοχυρωμένη αρμοδιότητα του Ελεγκτικού Συνεδρίου για τον έλεγχο των δημοσίων συμβάσεων, η οποία ασκείται στο πλαίσιο των ελεγκτικών αρμοδιοτήτων του, με τις εγγυήσεις που αυτό απολαμβάνει ως Ανώτατο Δικαστήριο. Κατά τη γνώμη που επικράτησε στο Δικαστήριο, η διατύπωση γνώμης από την Αρχή αυτή, δεν μπορεί να οδηγεί στην ματαίωση του ελεγκτικού έργου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, εφόσον η αναθέτουσα αρχή, κρίνει, με αιτιολογημένη απόφασή της, ότι ο φάκελος μαζί με το σχέδιο της σύμβασης πρέπει να υποβληθεί στο Ελεγκτικό Συνέδριο.²²» Επιπλέον, σύμφωνα με την άποψη της πλειοψηφίας, η εν λόγω διάταξη που καθιερώνει ένα επιπλέον διοικητικό προστάδιο ελέγχου, όπως είναι ο έλεγχος από την Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων, δεν αντιβαίνει κατά περιεχόμενο στο άρθρο 98 παρ. 1 εδ. β' του Συντάγματος, καθώς ουδόλως μεταβάλλει ή απομειώνει την ανατεθείσα από την ανωτέρω συνταγματική διάταξη αρμοδιότητα του Ελεγκτικού Συνεδρίου εφ' όλης της διαδικασίας σύναψης των συμβάσεων αυτών. Δεδομένου ότι, αφ' ενός μεν κατατείνει στην ενίσχυση της διαφάνειας της προηγηθείσας διοικητικής διαδικασίας, αφ' ετέρου δε συμβάλλει θετικά στην άσκηση του ελέγχου που σε κάθε περίπτωση θα διεξάγει μεταγενεστέρως το Ελεγκτικό Συνέδριο, καθόσον αυτό δεν δεσμεύεται από τη γνώμη της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. κατά την άσκηση του συνταγματικά προβλεπόμενου προσυμβατικού του ελέγχου. Συνεπώς, στην περίπτωση που τηρήθηκε ο απαιτούμενος τύπος της γνωμοδότησης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., το Ελεγκτικό Συνέδριο δεν εμποδίζεται να εξετάσει και να κρίνει εξ ύπαρχής τη συνδρομή των προϋποθέσεων για τη νόμιμη προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης και τη σύναψη, περαιτέρω, της συμπληρωματικής σύμβασης. Η ως άνω όμως θέση της νομολογίας, επικρίθηκε από την θεωρία, με το σκεπτικό ότι η πλειοψηφία της απόφασης αυτής δεν λαμβάνει υπόψη της ότι όταν το Σύνταγμα

²² Σκ. Π.

Τίτλος Συνεδρίου της Εθνικής Σχολής Δικαστών: : «Ορθή διαχείριση του δημοσίου χρήματος. Διάλογος του Ελεγκτικού Συνεδρίου με τις άλλες δικαιοδοσίες»-(Κατεύθυνσης Διοικητικής Δικαιοσύνης). 9-10/12/2019.

αναθέτει στο Ελεγκτικό Συνέδριο τον προσυμβατικό Έλεγχο, αναφέρεται στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων που μπορούν νομίμως να ολοκληρωθούν σύμφωνα με τις εκάστοτε ισχύουσες νομοθετικές διατάξεις και όχι σε διαδικασίες, η έναρξη ή η συνέχιση ή η ολοκλήρωση των οποίων εμποδίζεται βάσει της κείμενης νομοθεσίας. Επιπλέον, οι υποστηρικτές της άποψης αυτής επικαλούνται προς επίρρωση του συλλογισμού τους την ίδια την διάταξη του άρθρου 98 παρ. 1 του Συντ., δυνάμει της οποίας κατοχυρώνεται ο έλεγχος των συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας «όπως νόμος ορίζει». Ως εκ τούτου, με την ίδια λογική το Ελεγκτικό Συνέδριο θα μπορούσε να δεχτεί «αναλογικά» ότι δεν κωλύεται η υπογραφή μιας σύμβασης, όταν δεν έχει δοθεί έγκριση της κατακυρωτικής απόφασης παρά το γεγονός ότι προβλέπεται ρητά από τον νόμο. Επιπροσθέτως, κατά την άποψη αυτή επισημαίνεται, η ορθή κατεύθυνση του συλλογισμού της μειοψηφίας, σύμφωνα με την οποία δεν αναιρείται ο προσυμβατικός έλεγχος του Ελεγκτικού Συνεδρίου, ώστε να ανακύπτει ζήτημα παραβίασης του άρθρου 98 παρ. 1 περ. β' του Συντάγματος, αφού τούτο επιλαμβάνεται, μόνο, όταν έχει ολοκληρωθεί η διαδικασία ανάδειξης του αναδόχου. Τέλος, επισημαίνεται ότι δε συνάδει με τον σημαντικό ρόλο που επεφύλαξε ο νομοθέτης για την Ανεξάρτητη Αρχή, η δυνατότητα του Ανώτατου Δημοσιονομικού Δικαστηρίου να εκφέρει θετική κρίση για την υπογραφή όταν η Αρχή έχει εκφράσει την αρνητική σύμφωνη γνώμη της²³. Τέλος με την 3376/2017 του ΣΤΕ εκρίθη ότι «Αν το ΕΣ κρίνει ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις προσφυγής στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης, νομίμως καταρτίζεται η σύμβαση με την διαδικασία αυτή, παρά την τυχόν αντίθετη γνώμη της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., η οποία δεν δύναται να διατάξει διακοπή της προόδου της διαδικασίας για τον ίδιο λόγο».

Εν συνεχεία, συναφώς με την υπ' αριθμ. 73/2017 Γνωμοδότηση του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους εκρίθη ότι κατά την έννοια του άρθρου 2 παρ. 2 περ, γ' υποπερ. δδ' του ν. 4013/2011 η γνωμοδοτική αρμοδιότητα της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΑΔΗΣΥ) ασκείται στο πλαίσιο λειτουργίας της Δημόσιας Διοίκησης και προσθέτει ένα επί πλέον διοικητικό προστάδιο ελέγχου της

²³ Βλαχόπουλος Σπ., Παράλληλες Αρμοδιότητες Ελεγκτικού Συνεδρίου και Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων – Διασφάλιση της νομιμότητας ή ανασφάλεια δικαίου; - Σκέψεις με αφορμή την ΕΣ 506/2014 (Τμήμα μείζονος – επταμελούς σύνθεσης) σε «Περιβάλλον – Δημόσιες Συμβάσεις – Νεότερες εξελίξεις και προβληματισμοί», Συνέδριο της Ένωσης των Μελών του ΝΣΚ και της ΕΑΑΔΗΣΥ, Εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη 2016, σ. 509 – 512.

Τίτλος Συνεδρίου της Εθνικής Σχολής Δικαστών: : «Ορθή διαχείριση του δημοσίου χρήματος. Διάλογος του Ελεγκτικού Συνεδρίου με τις άλλες δικαιοδοσίες»-(Κατεύθυνσης Διοικητικής Δικαιοσύνης). 9-10/12/2019.

νομιμότητας της προσφυγής της αναθέτουσας αρχής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, ο έλεγχος όμως αυτός δεν υποκαθιστά, ούτε καταργεί την αρμοδιότητα του Ελεγκτικού Συνεδρίου, να ασκεί προσυμβατικό έλεγχο, με τις εγγυήσεις που αυτό απολαμβάνει ως Ανώτατο Δικαστήριο, στις δημόσιες συμβάσεις μεγάλης οικονομικής αξίας, καθόσον η αρμοδιότητα του ΕΣ έλκει την κατοχύρωσή της από το άρθρο 98 παρ. 1 περ. β του Συντάγματος και το αποτέλεσμα του ελέγχου αποτελεί την τελική κρίση για τη σύναψη ή μη της δημόσιας σύμβασης. Επομένως, τυχόν αρνητική γνώμη της Αρχής δεν εμποδίζει την αναθέτουσα αρχή να υπογράψει τη σύμβαση, για την οποία ο προσυμβατικός έλεγχος του Ελεγκτικού Συνεδρίου κατά τις πιο πάνω διατάξεις απέβη θετικός ως προς τη συνδρομή των προϋποθέσεων νόμιμης κατάρτισης της σύμβασης.

2. Η διαλογική σχέση του Ελεγκτικού Συνεδρίου με την Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ως προς τον έλεγχο της ορθής διαχείρισης του δημοσίου χρήματος. Σκέψεις με αφορμή την απόφαση υπ' αριθμ. 1254/2019 και του VI Τμήματος (Γ' Διακοπών) και 734/2019 του VI Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Με τις εν λόγω αποφάσεις του Ελεγκτικού Συνεδρίου οι οποίες ήχθησαν ενώπιον του αφού είχε επιληφθεί η ΑΕΠΠ σε προγενέστερο στάδιο της διοικητικής διαδικασίας εκρίθησαν τα κάτωθι. Ειδικότερα με την απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου ΒΑΡΗΣ-ΒΟΥΛΑΣ-ΒΟΥΛΙΑΓΜΕΝΗΣ εγκρίθηκε η διενέργεια ηλεκτρονικού διεθνούς ανοικτού διαγωνισμού για την ανάθεση των υπηρεσιών συντήρησης των οχημάτων του Δήμου έτους Με την οικεία απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής αυτού εγκρίθηκαν: α. οι τεχνικές προδιαγραφές της μελέτης της Διεύθυνσης Τεχνικών Υπηρεσιών του Δήμου (Τμήμα Διαχείρισης και Συντήρησης οχημάτων) με αντικείμενο «Συντήρηση και επισκευή οχημάτων » προϋπολογισμού 806.451,61 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. (1.000.000,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.), β. οι όροι της οικείας διακήρυξης ηλεκτρονικού (μέσω ΕΣΗΔΗΣ) διαγωνισμού με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, καθώς επίσης γ. η διάθεση και η δέσμευση των σχετικών πιστώσεων. Κατά της απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής περί έγκρισης του ως άνω Πρακτικού της Επιτροπής

Τίτλος Συνεδρίου της Εθνικής Σχολής Δικαστών: : «Ορθή διαχείριση του δημοσίου χρήματος. Διάλογος του Ελεγκτικού Συνεδρίου με τις άλλες δικαιοδοσίες»-(Κατεύθυνσης Διοικητικής Δικαιοσύνης). 9-10/12/2019.

διενέργειας του διαγωνισμού ο 7^{ος} συμμετέχων άσκησε την από προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) ζητώντας την ακύρωσή της, κατά το μέρος που ενέκρινε αυτό αναφορικά με την τεχνική προσφορά της ανταγωνίστριας εταιρείας» για την ομάδα 1. Η τελευταία εταιρεία άσκησε την παρέμβαση για τη διατήρηση της εν λόγω απόφασης, ο δε ήδη αιτών Δήμος κατέθεσε το έγγραφο απόψεων. Κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας η εξουσιοδότηση προς τον συμμετέχοντα από κατασκευαστή/αντιπρόσωπο στην Ελλάδα των οχημάτων της ομάδας, στην οποία αφορά η προσφορά και η κατάσταση απαιτούμενων πρότυπων εργατοωρών που υπέβαλε η συγκεκριμένη εταιρεία δεν πληρούσαν τους σχετικούς όρους της διακήρυξης, συνεπώς η τεχνική προσφορά της έπρεπε να έχει απορριφθεί. Με την 645/2018 απόφαση του 3^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. απορρίφθηκε η ασκηθείσα προσφυγή, καθώς κρίθηκε ότι η εν λόγω εταιρεία είχε προσκομίσει δύο (2) εξουσιοδοτήσεις, η μία εκ των οποίων υπερπληρούσε τις σχετικές τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, ενώ, σε αντίθεση προς τους ειδικότερους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, δεν προβλέπεται στη διακήρυξη υποχρέωση του συμμετέχοντος να αντιστοιχίζει στην υποβληθείσα από αυτόν κατάσταση εργατοωρών τις εργασίες με αντίστοιχους κωδικούς κάθε εργασίας από τον επίσημο κατασκευαστή. Η δε ασκηθείσα, κατόπιν, αίτηση αναστολής εκτέλεσης της παραπάνω απόφασης της Α.Ε.Π.Π. απορρίφθηκε ως απαράδεκτη με τη 227/2018 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πειραιά. Στη συνέχεια, μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών των λοιπών οικονομικών φορέων πλην της αποκλεισθείσας εταιρείας, η Επιτροπή του διαγωνισμού, αφού κατέγραψε τις υποβληθείσες προσφορές των συμμετεχόντων ανά ομάδα εργασίας, με το υπ' αρ. πρωτ. Πρακτικό της προσδιόρισε τον λόγο (Λ) της προσφερθείσας τιμής προς τη βαθμολογία κάθε προσφοράς και εισηγήθηκε να ανακηρυχθούν ως προσωρινοί ανάδοχοι, ανά ομάδα εργασίας, οι οικονομικοί φορείς, οι προσφορές των οποίων έφεραν τον μικρότερο Λ, ήτοι: Το ως άνω Πρακτικό της Επιτροπής διαγωνισμού εγκρίθηκε με την σχετική απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του αιτούντος. Τέλος, σύμφωνα με το με αρ. πρωτ. έγγραφο του Αντιδημάρχου Οικονομικών, Τοπικής Οικονομίας, Ευρωπαϊκών Προγραμμάτων και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης του αιτούντος κατά του κύρους του διαγωνισμού

Τίτλος Συνεδρίου της Εθνικής Σχολής Δικαστών: : «Ορθή διαχείριση του δημοσίου χρήματος. Διάλογος του Ελεγκτικού Συνεδρίου με τις άλλες δικαιοδοσίες»-(Κατεύθυνσης Διοικητικής Δικαιοσύνης). 9-10/12/2019.

δεν εκκρεμούν ενστάσεις, προδικαστικές προσφυγές, ένδικα βοηθήματα ή μέσα ούτε έχουν ασκηθεί αιτήσεις ασφαλιστικών μέτρων.

Τα οικεία έξι (6) σχέδια συμβάσεων, υποβλήθηκαν στο Κλιμάκιο του Ελεγκτικού Συνεδρίου προς έλεγχο νομιμότητας, το δε τελευταίο με την ήδη προσβαλλόμενη Πράξη του, ήτοι την 120/2019 του Ζ' Κλιμακίου αφού προέβη σε νομικό χαρακτηρισμό αυτών ως συμφωνιών – πλαίσιο, έκρινε ότι κωλύεται η υπογραφή τους, με την αιτιολογία ότι η κατά το στάδιο της αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών διενεργηθείσα βαθμολόγηση των διαγωνιζομένων έλαβε χώρα κατά παράβαση των οριζόμενων στις διατάξεις του άρθρου 86 παρ. 11 ν. 4412/2016 και του άρθρου 2.3 της διακήρυξης αλλά και των προβλεπομένων στο παράρτημα IV αυτής, όπου αναγράφονται οι επιμέρους ελάχιστες τεχνικές προδιαγραφές ανά κριτήριο ανάθεσης, βάσει των οποίων η επιτροπή έπρεπε να εκτιμήσει την εκπλήρωση κάθε κριτηρίου ανάθεσης ανά ομάδα εργασίας. Ειδικότερα, με την προσβαλλόμενη Πράξη κρίθηκε ότι η ως άνω διενεργηθείσα βαθμολόγηση των διαγωνιζομένων παρίσταται όλως αυθαίρετη, δοθέντος ότι η Επιτροπή του διαγωνισμού περιορίστηκε στη βαθμολόγηση των συμμετεχόντων ανά κριτήριο ανάθεσης κάθε ομάδας, για την οποία είχε υποβληθεί προσφορά, χωρίς όμως να παραθέσει καμία αιτιολογία της βαθμολογίας που προσέδωσε στον καθένα. Περαιτέρω, ειδικώς σε ό,τι αφορά τις Ομάδες 1 έως 5 και 7 έως 9, όπου οι υποβληθείσες τεχνικές προσφορές έλαβαν βαθμολογία άνω των 100 βαθμών, το Κλιμάκιο έκρινε ότι, συνεπεία της έλλειψης λεκτικής διατύπωσης δεν προκύπτει, επιπροσθέτως, από ποια στοιχεία αυτών εκτιμήθηκε ότι υπερκαλύπτονται οι τεχνικές προδιαγραφές, ενώ, επιπλέον, σε ό,τι αφορά τις ομάδες 1, 2, 5, 7, 8 και 9, όπου οι βαθμολογίες των τεχνικών προσφορών ανά ομάδα διαφοροποιούνται μεταξύ τους, δεν προκύπτει σε τι ακριβώς υπερτερεί η προσφορά που έλαβε την υψηλότερη βαθμολογία έναντι της άλλης. Επέκεινα, η σταχυολόγηση των σημαντικότερων σκέψεων της απόφασης αποτυπώνεται στα εξής.

«α) Περαιτέρω, ο ισχυρισμός του αιτούντος ότι αναφορικά με την αξιολόγηση και βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών από την Επιτροπή του Διαγωνισμού δεν ασκήθηκε ένσταση εκ μέρους των συμμετεχόντων στον ελεγχόμενο διαγωνισμό, πλην της εταιρείας η οποία όμως απορρίφθηκε αιτιολογημένα, δεν ασκεί επιρροή στα

Τίτλος Συνεδρίου της Εθνικής Σχολής Δικαστών: : «Ορθή διαχείριση του δημοσίου χρήματος. Διάλογος του Ελεγκτικού Συνεδρίου με τις άλλες δικαιοδοσίες»-(Κατεύθυνσης Διοικητικής Δικαιοσύνης). 9-10/12/2019.

κριθέντα ανωτέρω, δοθέντος ότι το γεγονός αυτό δεν δύναται να περιορίσει, όπως εμμέσως υποστηρίζεται, τον έλεγχο που διενεργεί το ΕΛΣΥΝ τούτο διότι ο προσυμβατικός έλεγχος της νομιμότητας των δημοσίων συμβάσεων, που ασκείται από το Ελεγκτικό Συνέδριο, είναι ανεξάρτητος από τις ενέργειες των συμμετεχόντων στην οικεία διαγωνιστική διαδικασία, για τη διαπίστωση δε της αντικειμενικής νομιμότητας των δημοσίων συμβάσεων ο έλεγχος αυτός εκτείνεται στο σύνολο της διαδικασίας συνάψεώς τους (Ε.Σ. VI Τμ. 299/2019, 1068/2018).

β) Ούτε, εξάλλου συμπληρώθηκε, όπως αβασίμως υποστηρίζεται, η ελλείπουσα αιτιολογία της βαθμολόγησης των υποβληθεισών τεχνικών προσφορών με τα αναφερόμενα στο ως άνω υπ' αριθμ. πρωτ... έγγραφο απόψεων του αιτούντος, που υποβλήθηκε ενόψει της προδικαστικής προσφυγής της ως άνω εταιρείας και έχει πολύ περιορισμένο περιεχόμενο, καθώς με το έγγραφο αυτό σκοπείτο η αντίκρουση των συγκεκριμένων αιτιάσεων που είχε προβάλει η εταιρεία αυτή κατά της συμμετοχής της ανταγωνίστριας εταιρείας.

γ) Τέλος, αλυσιτελώς, προβάλλεται ότι επί του προγενέστερου διαγωνισμού, που διενήργησε ο ίδιος αιτών Δήμος για την ανάθεση των ίδιων συμβάσεων συντήρησης και επισκευής οχημάτων αυτού, ο οποίος ελέγχθηκε ήδη από τα αρμόδια όργανα του Δικαστηρίου και στον οποίο η βαθμολόγηση και αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών έλαβε χώρα κατά τον ίδιο ακριβώς τρόπο, όπως και στον κρινόμενο, αυτό δεν διατύπωσε επιφύλαξη ή παρατήρηση, αντιθέτως ο σχετικός διαγωνισμός κρίθηκε νόμιμος, καθώς το Δικαστήριο δεν δεσμεύεται εκ του λόγου αυτού να κρίνει διαφορετικά σε μεταγενέστερη υπόθεση (Ε.Σ. VI Τμ. 299/2019). Στο μέτρο δε, που με αυτόν τον ισχυρισμό υποστηρίζεται ότι λόγω των ως άνω πράξεων προσυμβατικού ελέγχου δημιουργήθηκε ευλόγως στα αρμόδια όργανα της επιτροπής του διαγωνισμού η πεποίθηση ότι ο ως άνω τρόπος βαθμολόγησης και αξιολόγησης τεχνικών προσφορών είναι νόμιμος και άρα συντρέχει συγγνωστή πλάνη στο πρόσωπό τους, δεν δύναται, σε κάθε περίπτωση, να γίνει δεκτός, διότι η διαπιστωθείσα ως άνω παραβίαση της υποχρέωσης ειδικής αιτιολόγησης της βαθμολόγησης και αξιολόγησης των υποβαλλόμενων στο πλαίσιο των σχετικών διαγωνισμών, τεχνικών προσφορών, είναι ουσιώδης καθώς καθιστά αδύνατο τον έλεγχο εφαρμογής των κριτηρίων αξιολόγησης

Τίτλος Συνεδρίου της Εθνικής Σχολής Δικαστών: : «Ορθή διαχείριση του δημοσίου χρήματος. Διάλογος του Ελεγκτικού Συνεδρίου με τις άλλες δικαιοδοσίες»-(Κατεύθυνσης Διοικητικής Δικαιοσύνης). 9-10/12/2019.

από τις αναθέτουσες αρχές κατά τρόπο αντικειμενικό και ενιαίο ως προς όλους τους προσφέροντες».

Συναφώς, εντός των ίδιων δικαιοδοτικών πλαισίων με την 1254/2019 απόφαση του VI Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου η οποία ομοίως σε προγενέστερο στάδιο είχε αχθεί ενώπιον της ΑΕΠΠ, επί της οποίας εξεδόθη η υπ' αριθμ. 1043/2018 απόφαση του 2^{ου} Κλιμακίου, αλλά δεν είχε προσβληθεί δικαστικά εκρίθη ότι, α) «Ο προβαλλόμενος από την αιτούσα εταιρεία λόγος ανάκλησης ότι η προαναφερόμενη απόφαση της ΑΕΠΠ δεσμεύει το κατά την άσκηση του προβλεπόμενου από τις διατάξεις των άρθρων 35 και 36 του Κώδικα Νόμων για το Ελεγκτικό συνέδριο που κυρώθηκε με το ν. 4129/2013, προσυμβατικού ελέγχου, είναι αβάσιμος και απορριπτέος. Και τούτο διότι οι αποφάσεις της ΑΕΠΠ, που εκδίδονται επί των προδικαστικών προσφυγών που ασκούνται από τους έχοντες προς τούτο έννομο συμφέρον και περιορίζονται στους προβληθέντες στο πλαίσιο της εκδίκασης της προσφυγής πραγματικούς και νομικούς ισχυρισμούς, χωρίς δυνατότητα παρεμπόμπουτος ελέγχου των όρων της διακήρυξης και της νομιμότητας της διαδικασίας, εντάσσονται στο ευρύτερο πλαίσιο της διοικητικής διαδικασίας ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων και αναπτύσσουν δεσμευτικό αποτέλεσμα αποκλειστικά έναντι της αναθέτουσας αρχής, η οποία υποχρεούται να συμμορφωθεί με την εκδιδόμενη επί της προσφυγής απόφαση, ενώ δεν δεσμεύει το Ελεγκτικό Συνέδριο κατά την άσκηση της κατοχυρούμενης στο άρθρο 98 (παρ. 1 εδ. β) του Συντάγματος αρμοδιότητας του για τον έλεγχο των δημοσίων συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας, η οποία ρυθμίζεται στα άρθρα 35 επ. του Κώδικα Νόμων για το Ελεγκτικό Συνέδριο, ασκείται με τις εγγυήσεις που αυτό απολαμβάνει ως Ανώτατο Δικαστήριο, είναι καθολικός, αυτεπάγγελτος και πλήρης, εκτεινόμενος στο σύνολο της διαγωνιστικής διαδικασίας, συνεπώς και στον έλεγχο των αποφάσεων της ΑΕΠΠ, και αποσκοπεί στη διασφάλιση της αντικειμενικής νομιμότητας κατά τη σύναψη των δημοσίων συμβάσεων και στην τήρηση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της διαφάνειας και της ανάπτυξης ελεύθερου ανταγωνισμού, που σε κάθε περίπτωση πλήττονται με την αποδοχή στον διαγωνισμό προσφορών που δεν πληρούν, κατά τον τύπο και τον τρόπο υποβολής τους, τους όρους της διακήρυξης, όπως εν προκειμένω (πρβλ. 506/2014 Τμ. Μείζ. Επταμ. Σύνοψης Ε.Σ. και 3376/2017 ΣτΕ Τμ Δ', 7/μελές, σκέψη 12).

Τίτλος Συνεδρίου της Εθνικής Σχολής Δικαστών: : «Ορθή διαχείριση του δημοσίου χρήματος. Διάλογος του Ελεγκτικού Συνεδρίου με τις άλλες δικαιοδοσίες»-(Κατεύθυνσης Διοικητικής Δικαιοσύνης). 9-10/12/2019.

β) Ομοίως ο ισχυρισμός των αιτουσών περί συνδρομής συγγνωστής πλάνης των οργάνων της Περιφέρειάς τα οποία έδρασαν συμμορφούμενα με την απόφαση της Α.Ε.Π.Π., όπως είχαν υποχρέωση (άρθρο 367 παρ. 3 ν. 4412/2016), κατά το μέρος που προβάλλεται από την αιτούσα εταιρεία είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος, καθόσον σε επίκληση και απόδειξη της νομικής καταστάσεως της συγγνωστής πλάνης νομιμοποιείται μόνον η αναθέτουσα αρχή, στα όργανα της οποίας πρέπει να έχει συντρέξει, ενώ κατά το μέρος που προβάλλεται από την αιτούσα Περιφέρεια είναι απορριπτέος ως αβάσιμος δεδομένου ότι, αφενός, η απόφαση της ΑΕΠΠ είναι μεν δεσμευτική για την αναθέτουσα αρχή, η συμμόρφωση όμως της τελευταίας προς αυτήν τελεί υπό την αίρεση του ελέγχου νομιμότητας της οικείας διαγωνιστικής διαδικασίας που ασκείται, κατά τα ανωτέρω, ως συνταγματικά κατοχυρωμένη αρμοδιότητα, από το Ελεγκτικό Συνέδριο και, αφετέρου, με την προσβαλλόμενη πράξη δεν ανατρέπονται τα αποτελέσματα του ήδη συντελεσθέντος διαγωνισμού στο σύνολό τους, καθόσον η αναθέτουσα αρχή, κατά τα ανωτέρω, μπορεί να προβεί σε νέα κατακύρωση του αποτελέσματος του ελεγχόμενου διαγωνισμού στη δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας εταιρεία, διασφαλίζοντας την νόμιμη ανάθεση της σύμβασης και την έγκαιρη εκτέλεση του έργου, με αποτέλεσμα να μην δικαιολογείται η ανάκλησή της για λόγους συγγνωστής πλάνης των αρμοδίων οργάνων της αιτούσας».

3. Καταληκτικές σκέψεις.

Ο έλεγχος νομιμότητας της οικείας διαγωνιστικής διαδικασίας από την ΑΕΠΠ και εν συνεχεία από το Ελεγκτικό Συνέδριο. Διασφάλιση της νομιμότητας ή ανασφάλεια δικαίου;

Για την πληρότητα της εισήγησης θα πρέπει να ειπωθεί ότι στις δύο υπό κρίση περιπτώσεις αφενός στην πρώτη απορρίφθηκε ως απαράδεκτη η αίτηση αναστολής χωρίς να μπει το Διοικητικό Εφετείο στην ουσία της υπόθεσης αφετέρου στην δεύτερη δεν υπήρξε δικαστική προσβολή καν της απόφασης της ΑΕΠΠ. Συνεπώς θα αναμένουμε με ιδιαίτερο ενδιαφέρον την κρίση του Ελεγκτικού Συνεδρίου και τυχόν σκέψεις του επί ενδεχόμενης δέσμευσης από δικαστικές αποφάσεις που θα έχουν κρίνει επί της ουσίας των κρίσεων των αποφάσεων της ΑΕΠΠ. Εντούτοις οι σκέψεις του Ανώτατου Δημοσιονομικού Δικαστηρίου της χώρας αποκτούν ιδιαίτερο ενδιαφέρον για τον μελετητή και τον εφαρμοστή του δικαίου.

Τίτλος Συνεδρίου της Εθνικής Σχολής Δικαστών: : «Ορθή διαχείριση του δημοσίου χρήματος. Διάλογος του Ελεγκτικού Συνεδρίου με τις άλλες δικαιοδοσίες»-(Κατεύθυνσης Διοικητικής Δικαιοσύνης). 9-10/12/2019.

Σύμφωνα με την απόφαση του ΔΕΦΑθ. υπ' αριθμ. 4595/2015, ως προς τον προληπτικό έλεγχο δαπανών έχει κριθεί, ότι *«Οι πάρεδροι, οι επίτροποι και τα αρμόδια τμήματα του ΕλΣυν, κατά τη διενέργεια του προληπτικού ελέγχου, δεν μπορούν να ελέγχουν παρεμπιπτόντως τη νομιμότητα των ατομικών διοικητικών πράξεων οι οποίες συνοδεύουν το χρηματικό ένταλμα ή άλλο τίτλο πληρωμής και στις οποίες αυτά ερείδονται, δεδομένου ότι οι πράξεις αυτές και αν ακόμη δεν είναι σύννομες, παράγουν όλες τις έννομες συνέπειές τους και θεωρούνται ως έγκυρες, εφόσον δεν ανακλήθηκαν από τη Διοίκηση ή δεν ακυρώθηκαν με δικαστική απόφαση»*. Στα ίδια πλαίσια μετά από μια πρώτη αμφιταλάντευση της νομολογίας με τις τελευταίες δικαστικές αποφάσεις έχει παγιωθεί πια η άποψη ότι *«η ΑΕΠΠ κατά την εξέταση των προδικαστικών προσφυγών διεξάγει τόσο έλεγχο ουσίας όσο και έλεγχο νομιμότητας (ΕΑ ΣΤΕ 179/2019, ΔΕφΘες 162/2019)»*. Συνεπώς ευλόγως ανακύπτουν κάποια ερωτήματα σχετικά με τις παραμέτρους του εν γένει προσυμβατικού ελέγχου των δημοσίων συμβάσεων, ήτοι του διοικητικού αλλά και του δημοσιονομικού. Ως προς τις κρίσεις που διατυπώθηκαν στις ως άνω αποφάσεις παρέπονται τα κάτωθι.

Το Ανώτατο Δημοσιονομικό Δικαστήριο της Χώρας το οποίο αναντίρρητα έχει παράξει έναν ανεκτίμητο νομολογιακό πλούτο, αφού επανέλαβε την πάγια νομολογία του η οποία όμως είχε διαπλαστεί επί καθεστώτος του ν. 2522/1997 και 3886/2010, ήτοι επί του καθεστώτος όπου η αναθέτουσα αρχή αποφαινόταν επί των προδικαστικών προσφυγών, θα μπορούσε να υποστηρίξει κανείς ότι αν μη τι άλλο επεφύλαξε μια αμήχανη και συνάμα αυστηρή στάση ενώπιον της ΑΕΠΠ. Τούτο διότι οι εν λόγω αποφάσεις φέρεται να παραγνωρίζουν το γεγονός ότι οι αποφάσεις της ΑΕΠΠ υπόκεινται σε ένα πλήρες καθεστώς δικαστικού ελέγχου από τα Διοικητικά Εφετεία και το Συμβούλιο της Επικρατείας. Συνεπώς, όταν το Ανώτατο Δημοσιονομικό Δικαστήριο της Χώρας διαλαμβάνει σκέψεις ότι ο συνταγματικός έλεγχος του εκτείνεται και επί των αποφάσεων της ΑΕΠΠ ευλόγως δημιουργείται το ερώτημα για το αν αυτός ο έλεγχος εκτείνεται παρεμπιπτόντως και επί των δικαστικών αποφάσεων που εκδίδονται επί των αποφάσεων της ΑΕΠΠ. Επέκεινα, η κρίση του Ανώτατου Δικαστηρίου ότι οι αποφάσεις της ΑΕΠΠ αναπτύσσουν δεσμευτικό αποτέλεσμα μόνο έναντι της αναθέτουσας Αρχής έρχεται σε αντίθεση με την νομολογία του (ΣΤΕ ΕΑ ΣΤΕ 408/2018) σύμφωνα με την οποία *«η διαπλαστική ενέργεια της ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ αποτελεί μία από τις κύριες συνέπειες*

Τίτλος Συνεδρίου της Εθνικής Σχολής Δικαστών: : «Ορθή διαχείριση του δημοσίου χρήματος. Διάλογος του Ελεγκτικού Συνεδρίου με τις άλλες δικαιοδοσίες»-(Κατεύθυνσης Διοικητικής Δικαιοσύνης). 9-10/12/2019.

αυτής και επενεργεί *erga omnes* σε αναδραμόντα χρόνο και, ως εκ του διαπλαστικού της χαρακτήρα, ενεργεί υπέρ και κατά πάντων. Η ακυρωθείσα πράξη θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα και κατ' αυτόν τον τρόπο επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική και νομική κατάσταση που υπήρχε πριν από την έκδοσή της. Με τη διαπλαστική απόφαση συντελείται η μεταβολή μιας έννομης σχέσης, δημιουργείται μια νέα νομική κατάσταση, το, δε, γεγονός της συντελεσθείσας αυτής νομικής μεταβολής πρέπει, κατά νομοθετική βούληση, να αναγνωρισθεί ως γεγονός αναμφισβήτητο²⁴. Επέκεινα, ενώ στην απόφαση 743/2019 το Ελεγκτικό Συνέδριο απορρίπτει την άποψη της αναθέτουσας αρχής, ότι η αιτιολογία της συμπληρώθηκε με την συμπληρωματική αιτιολογία ενώπιον της ΑΕΕΠ, με το αιτιολογικό ότι αυτές διευτώθησαν μόνο προς αντίκρουση των αιτιάσεων της προδικαστικής προσφυγής, εντούτοις στο σώμα της απόφασης του δεν διατυπώνεται ουδεμία κρίση για το αν, ή όχι, θεραπεύονται οι πλημμέλειες της πράξης της αναθέτουσας αρχής οι οποίες εν τέλει εκρίθησαν αναιτιολόγητες από τις ως άνω αποφάσεις του Ελεγκτικού Συνεδρίου δια της ως άνω συμπληρωματικής αιτιολογίας ενώπιον της ΑΕΠΠ οι οποίες σε κάθε περίπτωση ετέθησαν επικαίρως ήτοι πριν την κρίση του Ελεγκτικού Συνεδρίου. Αντιθέτως κατά προφανή προάσπιση της ασφάλειας δικαίου είναι η επανάληψη της αναφοράς του Ελεγκτικού Συνεδρίου στην αυτοτέλεια των διαγωνιστικών διαδικασιών.

Ωσαύτως, σημαντικό ερμηνευτικό θέμα δύναται να εγερθεί στο βαθμό που εάν ο πανθομολογούμενος συνταγματικά κατοχυρωμένος καθολικός έλεγχος του Ελεγκτικού έχει θα πρέπει να έχει κυρίως δημοσιονομική και δημοσιολογιστική έκφανση. Εξάλλου το αρμόδιο όργανο εξέτασης προσφυγών από την δικονομική οδηγία για την έννομη προστασία στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων είναι αναντίρρητα η ΑΕΠΠ με σκοπό την ταχεία και αποτελεσματική επίλυση των διαφορών που ανακύπτουν στο προσυμβατικό στάδιο. Δεδομένων όμως των λίαν προσφάτων νομοθετικών εξελίξεων ήτοι της εξαίρεσης του ομίλου ΔΕΗ από το πλαίσιο των διατάξεων του 4412/2016 δια των διατάξεων του ν. και της υπαγωγής μόνο στον έλεγχο του Ελεγκτικού Συνεδρίου, είναι σαφές ότι ο κοινός νομοθέτης συνεκτιμώντας και το υφιστάμενο νομοθετικό πλαίσιο κλείνει υπέρ των

²⁴ Βλ. *ad hoc* ΕΑ ΣΤΕ 408/2018 και ΑΕΠΠ 242/2019, σκ.10.

Τίτλος Συνεδρίου της Εθνικής Σχολής Δικαστών: : «Ορθή διαχείριση του δημοσίου χρήματος. Διάλογος του Ελεγκτικού Συνεδρίου με τις άλλες δικαιοδοσίες»-(Κατεύθυνσης Διοικητικής Δικαιοσύνης). 9-10/12/2019.

διασφαλίσεων που παρέχει ο εν λόγω προσυμβατικός έλεγχος²⁵. Ο νόμος αποτύπωσε τη δεσμευτικότητα της απόφασης, χωρίς περαιτέρω επιφυλάξεις, με σκοπό να τονίσει ότι οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ. Έτσι η συμμόρφωση της αναθέτουσας αρχής δεν απαιτεί την έκδοση πράξης από αυτήν που θα επιβεβαιώνει το ακυρωτικό αποτέλεσμα της απόφασης της ΑΕΠΠ, αφού κάτι τέτοιο δεν είναι αναγκαίο για την επέλευση των εννόμων συνεπειών της απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής²⁶. Είναι προφανές ότι, σε εναρμόνιση με τη δικονομική Οδηγία, αλλά και προς ικανοποίηση του σκοπού να ολοκληρώνεται ο έλεγχος των διαγωνιστικών διαδικασιών σε σύντομο χρονικό διάστημα, ο νόμος χαρακτήρισε ρητά τη εκδοθησόμενη απόφαση ως δεσμευτική και απέκλεισε κάθε άλλο περαιτέρω διοικητικό έλεγχο. Με την ολοκλήρωση του ελέγχου από την Αρχή και τη μετέπειτα μοναδική ελεγκτική δυνατότητα, ενώπιον της δικαιοσύνης στοχεύεται η οριστική εκκαθάριση των διαφορών. Με την καθιέρωση της υποχρεωτικότητας των αποφάσεων εκ μέρους των αναθετουσών αρχών, ο νομοθέτης επιθυμεί να τις δεσμεύσει στο να συμμορφώνονται με το διατακτικό των αποφάσεων της Αρχής, ώστε να εκδώσουν νέα πράξη, που ουσιαστικά να αποτελεί ανάκληση η τροποποίηση ανάλογα, της αρχικά προσβληθείσας πράξης. Άλλωστε, η ιδιαίτερη σημασία που δίδει ο νομοθέτης στις αποφάσεις της ΑΕΠΠ συνάγεται σαφώς και από την πρόβλεψη της υποχρεωτικότητας των εν λόγω αποφάσεων, σύμφωνα με το άρθρο 372 παρ 5 του νόμου 4412/2016²⁷. Κατά συνέπεια, δεν επαφίεται στη διακριτική

²⁵ Βλ. σχετικά τον ν. 4643/2019 άρθρο 9 παρ.4 όπου ορίζεται ότι «ανάθεση των συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών της ΔΕΗ Α.Ε. άνω και κάτω των χρηματικών ορίων των Οδηγιών 2014/24 και 2014/25 για τις δημόσιες συμβάσεις, γίνεται σύμφωνα με τον Κανονισμό Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών της εταιρείας, κατά παρέκκλιση από την κείμενη νομοθεσία για την ανάθεση, την εκτέλεση και την έννομη προστασία κατά την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, με την επιφύλαξη των διατάξεων του ενωσιακού δικαίου. Η ισχύς της παρούσας παραγράφου εκκινεί από τη συγκρότηση σε σώμα της νέας Επιτροπής Ελέγχου κατά την παράγραφο 1 του παρόντος άρθρου». Ωσαύτως στο άρθρο 10 του ίδιου νόμου ορίζεται ότι «Οι διατάξεις των άρθρων 3 έως 5 και 9 του παρόντος νόμου εφαρμόζονται αναλογικά και στις θυγατρικές της ΔΕΗ Α.Ε., ΔΕΛΔΗΕ Α.Ε. και ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ Α.Ε.».

²⁶ Α. Τσιρωνάς, Η έκταση ελέγχου της διαφοράς από την ΑΕΠΠ μετά την άσκηση προδικαστικής προσφυγής, ΝΟ.Δ.Ε.ΠΕ. 6/2018, σελ. 23 επ., του ίδιου, Ο ενδικοφανής χαρακτήρας της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ και οι ιδιαιτερότητές του, ΘΠΔΔ 2/2019., σε 103 επ.

²⁷ Άρθρο 372 παρ 5 Ν. 4412/2016 «...5. Εάν η αίτηση αναστολής γίνει δεκτή, το όργανο το οποίο εξέδωσε την πράξη της οποίας η εκτέλεση αναστέλλεται με την απόφαση μπορεί να συμμορφωθεί προς το διατακτικό ή και το εν γένει περιεχόμενο της απόφασης και να ανακαλέσει ή να τροποποιήσει κατάλληλα την πράξη που προκάλεσε τη διαφορά. Στην περίπτωση αυτή, για το κύριο ένδικο βοήθημα που ασκήθηκε, εφαρμόζεται αναλόγως η παρ. 2 του άρθρου 32 του π.δ. 18/1989.» .

Τίτλος Συνεδρίου της Εθνικής Σχολής Δικαστών: : «Ορθή διαχείριση του δημοσίου χρήματος. Διάλογος του Ελεγκτικού Συνεδρίου με τις άλλες δικαιοδοσίες»-(Κατεύθυνσης Διοικητικής Δικαιοσύνης). 9-10/12/2019.

ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής η συμμόρφωση με τις αποφάσεις της Αρχής ή του δικαστηρίου επί της αίτησης αναστολής, όταν τελικά η διαφορά οδηγείται εν τέλει στο ΣτΕ ή στα Διοικητικά Εφετεία. Ειδικότερα, δε, στην περίπτωση της αναπομπής της υπόθεσης από την ΑΕΠΠ στην αναθέτουσα αρχή, η αναθέτουσα αρχή θα όφειλε να εκδώσει νέα νόμιμη πράξη στη θέση της ακυρωθείσας. Η προδικαστική προσφυγή, όπως την προέβλεψε ο εθνικός νομοθέτης ανήκει σε ένα κανονιστικό σύστημα διοικητικού και όχι αυτεπάγγελτου ελέγχου των πράξεων των αναθετουσών αρχών, που στοχεύει στη θεραπεία των πλημμελειών της διαγωνιστικής διαδικασίας μέσα από το διοικητικό αυτοέλεγχο. Κατά συνέπεια, η προσφυγή αυτή αποτελεί μια ενδικοφανή προσφυγή με αναμφίβολο διοικητικό χαρακτήρα, ανεξάρτητα, αν εντάσσεται στο ευρύτερο πλαίσιο της έννομης προστασίας, που παρέχεται στους οικονομικούς φορείς κατά το στάδιο, που προηγείται της σύναψης μιας δημόσιας σύμβασης²⁸. Γι' αυτό το λόγο, άλλωστε, και προβλέφθηκε και ο δικαστικός έλεγχος των αποφάσεων της Αρχής, ως διοικητικών τελικά πράξεων παρά την κατάργηση των ασφαλιστικών μέτρων του Ν. 3886/2010. Η ΑΕΠΠ αποτελεί όργανο που εκδίδει διοικητικές πράξεις και δεν μπορεί να της αποδοθούν σε καμιά περίπτωση δικαιοδοτικά χαρακτηριστικά, τουλάχιστον ως προς τους συνταγματικούς κανόνες και προϋποθέσεις. Οι αποφάσεις της δεν έχουν χαρακτήρα δικαστικής κρίσης, αλλά ως εκτελεστές διοικητικές πράξεις, προσβάλλονται ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων προβληματισμός που έχει σχετικά αναπτυχθεί γύρω από την φύση του ελέγχου είναι αν αυτός με κριτήριο τον χρόνο και τον τρόπο που γίνεται αποτελεί προληπτικό ή προσυμβατικό έλεγχο²⁹. Ειδικότερα, η υπαγωγή όλων των διαφορών από την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων σε κοινούς κανόνες έννομης προστασίας, ως αναγκαία συνέπεια της υπαγωγής τους σε καταρχήν κοινούς ουσιαστικούς κανόνες με τα λοιπά βιβλία του σχεδίου νόμου, δεν επιβάλλεται μεν αλλά ούτε και αποδοκιμάζεται από το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, υπηρετεί δε την ενότητα δικαίου που αποτελεί σκοπό της έννομης τάξης. Αλλά και η ανάθεση της αρμοδιότητας αποφάνσεως επί των προδικαστικών προσφυγών σε μία Αρχή μπορεί να συμβάλει στην ενότητα της νομολογίας και την ενίσχυση της ασφάλειας δικαίου,

²⁸ Α. Τσιρώνας, Η έκταση ελέγχου της διαφοράς από την ΑΕΠΠ μετά την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, *όπ.π.*, σελ. 16 επ.

²⁹ Α. Τσιρώνας, Χρόνος διενέργειας του ελέγχου των δημοσίων συμβάσεων από το ΕλΣυν σε σχέση με τον χρόνο κατάρτισής τους, *ΘΠΔΔ*, Τεύχος 11/2012, Νοέμβριος, σελ. 971 επ.

Τίτλος Συνεδρίου της Εθνικής Σχολής Δικαστών: : «Ορθή διαχείριση του δημοσίου χρήματος. Διάλογος του Ελεγκτικού Συνεδρίου με τις άλλες δικαιοδοσίες»-(Κατεύθυνσης Διοικητικής Δικαιοσύνης). 9-10/12/2019.

ενώ οι διατάξεις του σχεδίου, οι οποίες προβλέπουν τα της οργάνωσης, της στελέχωσης, της λειτουργίας της Ανεξάρτητης Αρχής και διέπουν την ενώπιον της διαδικασία – για την οποία προβλέπονται, μάλιστα, αποκλειστικές προθεσμίες (άρθρα 21 παρ. 8 και 23 παρ. 5) – μπορούν να εξασφαλίσουν την ταχεία και αποτελεσματική επίλυση των αμφισβητήσεων και την σύναψη των συμβάσεων εντός του προβλεπομένου χρόνου, όπως επιβάλλει το δημόσιο συμφέρον, δοθέντος ότι η αίτηση αναστολής ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας δεν έχει αυτόματο ανασταλτικό αποτέλεσμα³⁰.

Συνεκδοχικά, με τις διατάξεις του ισχύοντος Συντάγματος και του Κώδικα Νόμων για το Ελεγκτικό Συνέδριο, των συμβάσεων μεγάλης που συνάπτει το Δημόσιο ή άλλο νομικό πρόσωπο, το οποίο εξομοιώνεται με το Δημόσιο από την άποψη αυτή, με σκοπό, προεχόντως, την προάσπιση του δημοσίου συμφέροντος, την ενίσχυση της διαφάνειας, την εξασφάλιση υγιούς ανταγωνισμού και την εμπέδωση της εμπιστοσύνης των διοικούμενων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων. Ο ασκούμενος επί τη βάση της συνταγματικής διάταξης του άρθρου 98 παρ. 1 εδ. β' και των άρθρων 35 έως 37 του ν. 4129/2013 προσυμβατικός έλεγχος του Ελεγκτικού Συνεδρίου καταλήγει είτε ότι δεν κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης (αρνητικός έλεγχος ως προς την ύπαρξη κωλύματος), είτε ότι κωλύεται η υπογραφή της (θετικός έλεγχος). Η κατά τα άνω κρίση συνιστά μία τρίτη κατηγορία δικαστικής πράξης, ευρισκόμενης μεταξύ δικαστικής απόφασης και διοικητικής πράξης³¹. Η έκταση του ελέγχου νομιμότητας μεγάλων συμβάσεων από το Ελ.Συν., ΘΠΔΔ 2008 σελ. 1155). Ειδικότερα, κατά τη νομολογία των ανωτάτων Δικαστηρίων³² το σύστημα προληπτικού ελέγχου δημοσίων συμβάσεων προμηθειών, έργων και υπηρεσιών μεγάλης αξίας, δεν συνιστά άσκηση δικαιοδοτικής εξουσίας καθώς, στην περίπτωση αυτή, το Ελεγκτικό Συνέδριο ούτε ενεργεί ως Δικαστήριο, ούτε διεξάγει δίκη, δεν επιλύει διαφορές υποκαθιστάμενο στη δικαιοδοσία άλλων δικαστηρίων, και η πράξη, την οποία εκδίδει κατά την άσκηση της εν λόγω αρμοδιότητάς του, δεν είναι

³⁰Βλ. μειοψηφία, στην υπ' αριθμ. 13/2016 ΣΤΕ Διοικητική Ολομέλεια ΣτΕ επί του προσχεδίου του ν. 4412/2016.

³¹ Βλ. σχετικά Ι. Καραβοκύρης, Ο προσυμβατικός έλεγχος νομιμότητας από το Ελ.Συν., ΘΠΔΔ 2008, σελ. 1151.

³² Βλ. ΑΕΔ 32/2001 και 20/2005, ΣτΕ Ολ. 2472/2008, ΣτΕ 32/2012, ΕΣ Ολ. 2822/2011, 19/2012, ΕΣ Πρακτικά 16ης Γ.Σ./19-9-2012.

Τίτλος Συνεδρίου της Εθνικής Σχολής Δικαστών: : «Ορθή διαχείριση του δημοσίου χρήματος. Διάλογος του Ελεγκτικού Συνεδρίου με τις άλλες δικαιοδοσίες»-(Κατεύθυνσης Διοικητικής Δικαιοσύνης). 9-10/12/2019.

απόφαση δικαιοδοτούντος οργάνου, δηλαδή δικαστική απόφαση και, επομένως, ο εν λόγω έλεγχος δεν υποκαθιστά τον δικαστικό έλεγχο, τον οποίον ασκεί, κατ' εφαρμογή του άρθρου 95 παράγραφος 1 περίπτωση α' του Συντάγματος, το Συμβούλιο της Επικρατείας επί της νομιμότητας της διοικητικής διαδικασίας που συνδέεται με τη σύναψη, από το Δημόσιο ή από νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου, συμβάσεων έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών. Η νομολογία δεν φαίνεται να εστιάζει στην διάκριση για ποιους λόγους χρησιμοποιείται άλλοτε ο όρος προσυμβατικός και άλλοτε, τις περισσότερες φορές, ο όρος προληπτικός³³. Ωστόσο το ουσιαστικό ζήτημα παραμένει. Τούτο δε διότι, ανεξαρτήτως της φύσης των δικαστικών πράξεων του Ελεγκτικού Συνεδρίου ως μη δικαιοδοτικών, η αναθέτουσα αρχή δεσμεύεται από το πόρισμα του ελέγχου, διότι αντίθετη εκδοχή έρχεται σε αντίθεση με την γενική αρχή του δημοσίου δικαίου κατά την οποία δέσμευση των διοικητικών οργάνων απορρέει, υπό τους όρους του νόμου, όχι μόνον από πράξεις με τις οποίες ασκείται δικαιοδοτικό έργο, αλλά και από τις υποστατές πράξεις άλλων διοικητικών αρχών, καθώς επίσης και από πράξεις αρχών στις οποίες έχει ανατεθεί, σε συγκεκριμένες περιπτώσεις, η άσκηση διοικητικής φύσεως καθηκόντων (ΣτΕ ΕΑ 44/2006, Τομαράς, Οι διοικητικές συμβάσεις, 2009, σελ. 98).³⁴ Άλλωστε όπως ήδη αναπτύχθηκε ο έλεγχος έχει δημοσιονομικά χαρακτηριστικά και δεν ενδιαφέρουν τα άλλα στοιχεία της νομιμότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας, πολύ δε περισσότερο το πρόσωπο του αναδόχου³⁵. Τέλος, ένδειξη ότι ο υπό εξέταση ρόλος του Ελεγκτικού Συνεδρίου τείνει να εστιάσει στις προαναφερθείσες πτυχές του δημοσίου συμφέροντος, αντί να επεκτείνεται σε μία διευρυμένη εξέταση (εν πολλοίς, επανεξέταση) της νομιμότητας, αποτελούν οι πρόσφατες εξελίξεις αναφορικά με τη διαδικασία του προσυμβατικού ελέγχου. Μετά τον ν. 4146/2013, επιτρέπεται η άσκηση αίτησης ανάκλησης ενώπιον του αρμόδιου Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου μόνο κατά πράξεων των Κλιμακίων «που αποφαίνονται ότι κωλύεται η υπογραφή της ελεγχόμενης

³³ ΕΣ Κλιμ. Ε' 415/2003, ΕΣ Κλιμ. ΣΤ' 109/2005, ΕΣ Κλιμ. ΣΤ' 22/2006, ΕΣ Κλιμ. Ζ' 172/2009, ΕΣ Κλιμ. Ζ' 197/2009, ΕΣ Κλιμ. Ζ' 73/2006, ΕΣ Κλιμ. Ε' 101/2005 και ΕΣ Κλιμ. Ζ' 47/2005, όπου χαρακτηρίζεται ως «ειδικός προληπτικός έλεγχος νομιμότητας» και ΕΣ VII Τμ. 355/2010, ΕΣ VI Τμ. 16/2007, ΕΣ VI Τμ. 89/2008, ΕΣ VI Τμ. 707/2010 στις οποίες αναφέρεται ως προσυμβατικός.

³⁴ Α. Τσιρώνας, Χρόνος διενέργειας του ελέγχου των δημοσίων συμβάσεων από το ΕλΣυν σε σχέση με τον χρόνο κατάρτισής τους, όπ.π., σελ. 969 επ.

³⁵ Βλ. Α. Τσιρώνά, χρόνος κατάρτισης της δημόσιας σύμβασης κατά το Ν 4412/2016 και ο προσυμβατικός έλεγχος από το Ελεγκτικό Συνέδριο, ΘΠΔΔ, Τεύχος 2/2018.

Τίτλος Συνεδρίου της Εθνικής Σχολής Δικαστών: : «Ορθή διαχείριση του δημοσίου χρήματος. Διάλογος του Ελεγκτικού Συνεδρίου με τις άλλες δικαιοδοσίες»-(Κατεύθυνσης Διοικητικής Δικαιοσύνης). 9-10/12/2019.

σύμβασης³⁶. *A contrario*, δεν υπόκεινται σε αίτηση ανάκλησης πράξεις των Κλιμακίων με τις οποίες εγκρίνεται η σύναψη της σύμβασης· τέτοια αίτηση μπορούσαν στο παρελθόν να ασκήσουν όσοι ιδιώτες -άλλοι διαγωνισθέντες ή τρίτοι- επιθυμούσαν να εγείρουν ζητήματα νομιμότητας για να εξυπηρετήσουν, μέσω της κρίσης του Τμήματος, το δικό τους, αμιγώς ιδιωτικό συμφέρον. Η παραπάνω, διαφορετική διαδικαστική μεταχείριση -με την οποία παρέχονται περισσότερες ευκαιρίες στην αναθέτουσα αρχή και στον υποψήφιο ανάδοχο να επιχειρηματολογήσουν υπέρ της υπογραφής της σύμβασης αλλά όχι στους ανταγωνιστές του αναδόχου για να πράξουν το αντίθετο δικαιολογείται μόνο εάν γίνει δεκτή η παραπάνω τελεολογική περιγραφή του αντικειμένου του προσυμβατικού ελέγχου: ενδιαφέρει μόνο η δημοσιονομική όψη του γενικού συμφέροντος και όχι η προάσπιση των εκφάνσεων εκείνων της νομιμότητας οι οποίες εξυπηρετούν προεχόντως τις επιχειρηματικές προσδοκίες όσων επιθυμούν να συνάψουν σύμβαση μεγάλης οικονομικής αξίας. Ειδικά την περίοδο κατά την οποία το Ελεγκτικό Συνέδριο αυτοπροσδιοριζόταν ως ο «φυσικός δικαστής ελέγχου νομιμότητας των συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας» κάνοντας λόγο για δικαστική κρίση σε δύο βαθμούς και για «σύστημα δικαστικής προστασίας» στο πλαίσιο του άρθρου 98 § 1 (β) Σ, βλ. ΕλΣυν Ολ. Πρακτ. 3ης Γεν.Συν./23.2.2005. Με το ίδιο σκεπτικό, γινόταν για μία περίοδο δεκτό ότι το Ελεγκτικό Συνέδριο δεν δεσμευόταν από το οιονεί «δεδικασμένο» των αποφάσεων της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας στο πλαίσιο της διαδικασίας ασφαλιστικών μέτρων του ν. 2522/1997³⁷.

Προς αυτή την κατεύθυνση, δηλαδή προς τον προεξέχοντα χαρακτήρα του δημοσιονομικού ελέγχου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, είναι ιδιαίτερος ενδιαφέρουσα η άποψη που έχει υποστηριχθεί στην θεωρία³⁸, η σημαντικότερη συνεισφορά και

³⁶ Βλ. Μαυρίδης Στ., Το δικονομικό οπλοστάσιο ενώπιον του Ελεγκτικού Συνεδρίου κατά τον προσυμβατικό έλεγχο: Αίτηση ανάκλησης – Αίτηση Αναθεώρησης, ΔιΔικ 3/2017.

³⁷ Βλ. ΕλΣυν. Πρακτ. Ε΄ Κλιμ. 84/2001. Για τη νομολογία αυτή, βλ. Ν. Μηλιώνη, Η διελκυστίδα περί του φυσικού δικαστή επί του προσυμβατικού ελέγχου των δημοσίων συμβάσεων, ΘΠΔΔ 2010, σ. 1001. Η θέση αυτή ευτυχώς μεταβλήθηκε μετά τις αποφάσεις ΕλΣυν Ολ. 2822/2011 και ΕλΣυν Ολ. Πρακτ. 16ης Γεν.Συν./19.12.2012.

³⁸ Βλ. Α. Σακελλαρίου, Ο έλεγχος των δημοσίων συμβάσεων από το Ελεγκτικό Συνέδριο με βάση την αρχή της οικονομικότητας, ΘΠΔΔ, 2/2018, Φεβρουάριος 2018. Π. Μουζουράκη, Η αρχή της οικονομικότητας της κρατικής δράσης: μία νέα -ή καινοφανής- συνταγματική αρχή; ΕφημΔΔ. ΕφημΔΔ - 1/2013, 105.

Τίτλος Συνεδρίου της Εθνικής Σχολής Δικαστών: : «Ορθή διαχείριση του δημοσίου χρήματος. Διάλογος του Ελεγκτικού Συνεδρίου με τις άλλες δικαιοδοσίες»-(Κατεύθυνσης Διοικητικής Δικαιοσύνης). 9-10/12/2019.

διαφοροποίηση του ελέγχου που ασκεί το Ανώτατο Δημοσιονομικό Δικαστήριο συνίσταται στην οικονομική θεώρηση του ελέγχου νομιμότητας της διαδικασίας που οδηγεί στη σύναψη της δημόσιας σύμβασης, η οποία επιτάσσει, μεταξύ άλλων, τον έλεγχο της διαδικασίας αυτής με βάση την αρχή της οικονομικότητας. Είναι προφανές ότι τέτοιος έλεγχος, ο οποίος αμφισβητεί την οικονομική ορθότητα των επιλογών του Δημοσίου και αποσκοπεί να εμποδίσει την αλόγιστη σπατάλη και την κακοδιαχείριση, δεν διενεργείται από τα λοιπά δικαστήρια, που ενεργούν μόνο ύστερα από αίτηση των διαδίκων, για την προάσπιση των δικαιωμάτων των τελευταίων κατά τη διευθέτηση συγκεκριμένων διαφορών.

Κλείνοντας αυτή την εισήγηση, ο γράφων εκφράζει σαφώς την έντονη επιθυμία του να αναγνώσει λίαν συντόμως τις επόμενες αποφάσεις του Ελεγκτικού Συνεδρίου όπου θα τίθενται επί τάπητος εκ νέου όλα τα θέματα της ΑΕΠΠ, προσβλέποντας στην εμβριθή αποκρυστάλλωση της οπτικής του Ανώτατου Δικαστηρίου επί του ρόλου της ΑΕΠΠ κατά το προσυμβατικό στάδιο ελέγχου των δημοσίων συμβάσεων. Δεδομένου ότι ουδόλως αμφισβητείται ο κομβικός και προεξέχων ρόλος του Ελεγκτικού Συνεδρίου ουδόλως αμφισβητείται κατά τον προσυμβατικό έλεγχο των δημοσίων συμβάσεων, είναι αναγκαίο να εμπεδωθεί στον μέγιστο βαθμό τόσο στις αναθέτουσες αρχές όσο και στους οικονομικούς φορείς η μέγιστη δυνατή ασφάλεια δικαίου ως προς τα πλείστα όσα θέματα τίθενται από την εφαρμογή του ν. 4412/2016, στην διοικητική και νομολογιακή ερμηνεία ήδη η ΑΕΠΠ έχει διαδραματίσει σημαίνοντα ρόλο διά των αποφάσεων της κατά τον χρόνο λειτουργίας της.