

LEGAL INSIGHTS

ΝΟΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΔΙΑΓΩΝΙΖΟΜΕΝΟΥ ΚΑΤΑ ΤΟ ΠΡΟΣΥΜΒΑΤΙΚΟ ΣΤΑΔΙΟ ΤΩΝ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ

Κυριακή Παππά

Η συμμετοχή σε ένα δημόσιο διαγωνισμό είναι πιθανό να αποφέρει σημαντικά οφέλη στην εταιρεία στην οποία εν τέλει θα κατακυρωθεί. Προκειμένου, όμως, να φτάσει στο στάδιο της κατακύρωσης ο υποψήφιος διαγωνιζόμενος διέρχεται μια σειρά σταδίων, στα οποία πρέπει να ιδιαίτερος σχολαστικός.

ΣΕΠΤΕΜΒΡΙΟΣ 2013

Η συμμετοχή σε ένα δημόσιο διαγωνισμό είναι πιθανό να αποφέρει σημαντικά οφέλη στην εταιρεία στην οποία εν τέλει θα κατακυρωθεί. Προκειμένου, όμως, να φτάσει στο στάδιο της κατακύρωσης ο υποψήφιος διαγωνιζόμενος διέρχεται μια σειρά σταδίων, στα οποία πρέπει να είναι ιδιαίτερος σχολαστικός. Τούτο, διότι η συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία είναι κατά κύριο λόγο τυπική, απαιτεί την προσκομιδή σειράς δικαιολογητικών εντός αυστηρού χρονικού πλαισίου. Η αναθέτουσα αρχή, κατά τον έλεγχο του φακέλου εκάστου υποψήφιου οφείλει να είναι προσεκτική ως προς την πιστή τήρηση των όρων της διακήρυξης. Συγχρόνως, κάθε υποψήφιος υπόκειται και στον έλεγχο των λοιπών υποψηφίων – ανταγωνιστών. Τυχόν παράβαση επισύρει τον αποκλεισμό και προσφέρει στην ανταγωνίστρια εταιρεία πλεονέκτημα αφού μειώνεται τελικώς ο ανταγωνισμός. Συνεπώς, κάθε εταιρεία οφείλει να υποβάλει πλήρη φάκελο ώστε να ελαχιστοποιεί την πιθανότητα αποκλεισμού της. Παράλληλα, οφείλει να ελέγχει την σύννομη τήρηση των όρων από τους ανταγωνιστές. Σε μια αυστηρά τυπική διαδικασία αναμένεται να εμφιλοχωρήσουν σφάλματα με αποτέλεσμα από αμέλεια ή υπερβολικό ζήλο της αναθέτουσας αρχής, ένας υποψήφιος μπορεί να προκριθεί στο επόμενο στάδιο, αν και δεν τήρησε τη διαδικασία ή να βρεθεί αδίκως εκτός διαγωνιστικής διαδικασίας αντίστοιχα. Στο στάδιο αυτό, η συμβουλή ενός νομικού για τις περαιτέρω κινήσεις, χαρακτηρίζεται κάτι περισσότερο από κρίσιμη. Στο ίδιο πνεύμα τυπικότητας και αυστηρότητας κινείται και το νομικό πλαίσιο προστασίας κατά το προσυμβατικό στάδιο των δημόσιων συμβάσεων.

Παρακάτω, θα γίνει μία προσπάθεια να παρουσιαστούν συνοπτικά τα δικονομικά βήματα που πρέπει να ακολουθηθούν σε περίπτωση που διαπιστωθεί νομικός εκτροχιασμός στη διαδικασία.

1. Το πρώτο σημείο στο οποίο πρέπει να δοθεί προσοχή είναι το ύψος της προϋπολογισθείσας δαπάνης (εκτός του φόρου προστιθέμενης αξίας).

Μόνο οι υποθέσεις που αφορούν διαγωνισμό στον οποίο η προϋπολογισθείσα δαπάνη υπερβαίνει το κατώφλι που ορίζεται από τις κοινοτικές οδηγίες εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του ν. 3886/2010.

Σήμερα, το κοινοτικό κατώφλι των δημοσίων συμβάσεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2004/17/EK (που ενσωματώθηκε στην ελληνική έννομη τάξη με το π.δ. 59/2007) και της οδηγίας 2004/18/EK (που ενσωματώθηκε με το π.δ. 60/2007) προσδιορίζεται από τον Κανονισμό (ΕΚ) 1251/2011¹, ο οποίος κατήργησε τον προγενέστερο Κανονισμός (ΕΚ) 1177/2009.

Προσοχή:

-Το ποσό αυτό αναπροσαρμόζεται προς τα κάτω ανά διετία με Κανονισμούς της Επιτροπής, με αποτέλεσμα την διεύρυνση του αριθμού των συμβάσεων που εμπίπτουν στο πεδίο των κοινοτικών οδηγιών και συνεπώς της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων.

-Επισημαίνεται πως στα ποσά αυτά δεν περιλαμβάνεται ο φόρος προστιθέμενης αξίας (Φ.Π.Α).

2. Εφόσον βρισκόμαστε εντός του ν. 3886/2010, το άρθρο 4 παρ. 1 θέτει ως διαδικαστική προϋπόθεση για την άσκηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων την προηγούμενη άσκηση προδικαστικής προσφυγής.

¹ Συνοπτικά για τις συνήθεις περιπτώσεις συμβάσεων, με βάση τον εν λόγω κανονισμό, τα κατώτερα όρια για τις δημόσιες συμβάσεις που εμπίπτουν: 1. Στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2004/17/EK (που ενσωματώθηκε στην ελληνική νομοθεσία με το Π.Δ. 59/2007 – ΦΕΚ 63 Α/16-3-2007) και συγκεκριμένα: α. Για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών, υπηρεσιών και μελετών (συμπεριλαμβανομένων των περιπτώσεων διαγωνισμών μελετών, όσον αφορά το συνολικό ύψος των χρηματικών βραβείων συμμετοχής στους διαγωνισμούς και των ποσών που καταβάλλονται στους συμμετέχοντες) είναι 400.000 €. β. Για δημόσιες συμβάσεις έργων είναι 5.000.000 €. 2. Στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2004/18/EK (που ενσωματώθηκε στην ελληνική νομοθεσία με το Π.Δ. 60/2007-ΦΕΚ 64 Α/16-3-2007) και συγκεκριμένα προκειμένου για φορείς πλην των κεντρικών κυβερνητικών αρχών (ΟΤΑ Α' και Β' Βαθμού και λοιποί φορείς της Τοπικής Αυτοδιοίκησης): α. Για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών, υπηρεσιών και μελετών (συμπεριλαμβανομένων των περιπτώσεων διαγωνισμών μελετών, όσον αφορά το συνολικό ύψος των χρηματικών βραβείων συμμετοχής στους διαγωνισμούς και των ποσών που καταβάλλονται στους συμμετέχοντες) είναι 200.000 €. β. Για δημόσιες συμβάσεις έργων (συμπεριλαμβανομένων και των συμβάσεων παραχώρησης δημοσίων έργων) είναι 5.000.000 €.

2.1 Προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής:

- Κατά της διακήρυξης: δέκα ημέρες από την ημερομηνία ο προσφεύγων έλαβε πλήρη γνώση της διακήρυξης. Η γνώση του προσφεύγοντα μπορεί να συναχθεί από τα δεδομένα της υπόθεσης, ωστόσο, δεν νοείται καταρχήν κίνηση της προθεσμίας πριν τη δημοσίευση της προκήρυξης στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως. Στην περίπτωση που δεν υπάρχουν εν γένει στοιχεία περί της γνώσης του ενδιαφερομένου, τεκμαίρεται ότι υπάρχει γνώση περί της διακήρυξης μετά την πάροδο εύλογου χρόνου από τη δημοσίευσή της κατά τον προσήκοντα τρόπο. Αν και το τελευταίο δεν ορίζεται ρητά από τον ισχύοντα νόμο, ορθότερο είναι να γίνει δεκτό πως ο νομοθέτης δεν ήθελε να οδηγήσει σε απρόθεσμο της σχετικής προσφυγής, γι αυτό το λόγο η νομολογία συνεχίζει να εφαρμόζει όσα έκανε δεκτά και υπό την ισχύ του ν. 2522/1997.

-Κατά ατομικής πράξης: δέκα ημέρες από τη πλήρη γνώση της πράξης και της αιτιολογίας αυτής. Γνώση του διαγωνιζόμενου συνάγεται ασφαλώς από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης, ακόμη και με τηλεομοιοτυπία (fax).

2.2 Κοινοποίηση προδικαστικής προσφυγής προς τρίτο

Υπό το ισχύον δίκαιο, η παράλειψη κοινοποίησης της προσφυγής στον θιγόμενο τρίτο δεν επάγεται απαράδεκτο της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων σε περίπτωση απόρριψης της προδικαστικής προσφυγής.

2.3 Χρονικά όρια

Ο νόμος (άρθρο 4 παρ. 4 του ν. 3886/2010) θέτει στην αναθέτουσα αρχή 15θήμερη προθεσμία για να αποφανθεί επί της προσφυγής. Σε καμία περίπτωση η προθεσμία αυτή δεν είναι αποκλειστική, παρά αποτελεί μια έντονη σύσταση προς την αναθέτουσα αρχή να μην δικαιώνει την κρίση της επί της προσφυγής. Η αναθέτουσα αρχή δύναται να δεχτεί εν όλω ή εν μέρει την προδικαστική προσφυγή και μετά την πάροδο της 15θήμερης προθεσμίας μέχρι της προτεραίας της πρώτης ορισθείσας δικασίμου της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, στην περίπτωση δε αυτή καταργείται αντιστοίχως η δίκη επί της εν λόγω αίτησης κατά το μέρος που έγινε αποδεκτή η προδικαστική προσφυγή του αιτούντος.

3. Αίτηση ασφαλιστικών μέτρων

Εφόσον η προδικαστική προσφυγή απορριφθεί από την αναθέτουσα αρχή τότε ο θιγόμενος υποβάλλει αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου της έδρας της αναθέτουσας αρχής.

3.1 Προσβαλλόμενη πράξη

Το συνηθέστερο είναι η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων να στρέφεται κατά της (ρητής ή σιωπηρής) απορριπτικής απόφασης επί της προγενέστερης προδικαστικής προσφυγής. Στην περίπτωση, όμως, κατά την οποία η αναθέτουσα αρχή αποδεχτεί την προδικαστική προσφυγή, ο θιγόμενος από την αποδοχή αυτή τρίτος, ασκεί απ' ευθείας αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κατά της απόφασης της αναθέτουσας αρχής, χωρίς να επιτρέπεται προηγούμενη άσκηση προδικαστικής προσφυγής (βλ. ά. 4 παρ. 3 ν. 3886/2010). Τέλος, στην ειδική περίπτωση που προβλέπεται από το άρθρο 8 παρ. 1 και 8 του ν. 3886/2010, η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων στρέφεται απ' ευθείας κατά της σύμβασης που ήδη υπογράφηκε χωρίς προηγούμενη άσκηση προδικαστικής προσφυγής.

3.2 Προθεσμία άσκησης αίτησης ασφαλιστικών μέτρων

Κατά το άρθρο 5 παρ.1 του ν. 3886/2010 η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κατατίθεται στο δικαστήριο εντός της αποκλειστικής προθεσμίας 10 ημερών από τη ρητή ή σιωπηρή απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής άλλως απορρίπτεται ως απαράδεκτη.

3.3 Κοινοποίηση αίτησης προς τρίτους

Η αίτηση κοινοποιείται με επιμέλεια του αιτούντος και προς κάθε τρίτο την κλήτευση του οποίου θεωρεί αναγκαία ο αρμόδιος δικαστής, προκειμένου να παρέμβει. Ο ενδιαφερόμενος τρίτος προσδιορίζεται βάσει των στοιχείων της αίτησης, το βάρος δε ακρίβειας των δηλωθέντων φέρει αυτονόητα ο αιτών. Μάλιστα αν τα στοιχεία του ενδιαφερόμενου δοθούν εσφαλμένα και τελικά λόγω υπαιτιότητας του αιτούντος δεν ειδοποιηθεί ο ενδιαφερόμενος να παρέμβει, η αίτηση μπορεί να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

Εντός του παραπάνω αυστηρού νομικού, χρονικού και τεχνικού πλαισίου κινείται η παροχή έννομης προστασίας στο προσυμβατικό στάδιο των δημόσιων συμβάσεων οι οποίες λόγω προϋπολογιζόμενης δαπάνης εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του ν. 3886/2010.

Υπάρχουν, ωστόσο, περιπτώσεις στις οποίες τα όρια του πεδίου εφαρμογής στον ανωτέρω νόμο δεν είναι ευκόλως διακριτά. Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του νόμου 3886/2010 και η αίτηση αναστολής του π.δ. 18/1989 παρουσιάζουν σημαντικές, κυρίως, δικονομικές διαφορές και η επιλογή του ορθού ένδικου βοηθήματος στο πλαίσιο της προσωρινής δικαστικής προστασίας ενέχει πολλές φορές δικονομικές παγίδες.

Στον παρακάτω πίνακα παρουσιάζονται συνοπτικά οι βασικότερες διαφορές των δύο ενδίκων βοηθημάτων, της αίτησης αναστολής του π.δ. 18/1989 και της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων του νόμου 3886/2010.

	Αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ν. 3886/2010	Αίτηση αναστολής του ά. 52 του π.δ. 18/1989
<u>Πεδίο εφαρμογής</u>	Προϋπολογιζόμενη δαπάνη \geq «κοινοτικό κατώφλι ² »	Προϋπολογιζόμενη δαπάνη \leq «κοινοτικό κατώφλι»
<u>Προηγούμενη προσφυγή ενώπιον της αναθέτουσας αρχής</u>	Προδικαστική προσφυγή ενώπιον της αναθέτουσας αρχής εντός αποκλειστικής προθεσμίας δέκα (10) ημερών	Ένσταση του ά. 15 του π.δ. 118/2007, η οποία πρέπει να ασκηθεί εντός των προθεσμιών που προβλέπονται αναλόγως της προσβαλλόμενης πράξης. Η ένσταση του άρθρου αυτού χαρακτηρίζεται ενδικοφανής προσφυγή.
	Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής δεν απαιτείται η κατάθεση παραβόλου	Για την υποβολής της ένστασης του ά. 15 του π.δ. 118/2007 απαιτείται η κατάθεση παραβόλου ³
<u>Προηγούμενη άσκηση αίτησης ακύρωσης</u>	Δεν απαιτείται	Απαιτείται
<u>Παράβολο</u>	1% της προϋπολογισθείσας αξίας, περιλαμβανομένου του Φ.Π.Α ⁴ , το οποίο δεν μπορεί να υπερβαίνει τις 50.000 ευρώ.	100 ευρώ (ά. 36 του π.δ. 18/1989)

Δεν θα μπορούσε φυσικά να μείνει ασχολίαστη η τελευταία τροποποίηση του ν. 3886/2010 με την οποία, απαιτείται πλέον για το παραδεκτό της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων η κατάθεση μέχρι τη συζήτηση αυτής, παραβόλου το οποίο υπολογίζεται σε 1% της προϋπολογισθείσας

² Βλ. αρχή του παρόντος.

³ Κατ' άρθρο 35 του ν. 3377/2005 για το παραδεκτό της άσκησης ένστασης σύμφωνα με τις παραγράφους 1 και 2, προσκομίζεται παράβολο κατάθεσης υπέρ του Δημοσίου ποσού ίσου με το 0,10 επί τοις εκατό (0,10%) επί της προϋπολογισμένης αξίας του υπό προμήθεια είδους, το ύψος του οποίου δεν μπορεί να είναι μικρότερο των χιλίων (1.000) και μεγαλύτερο των πέντε χιλιάδων (5.000) ευρώ. Το παράβολο αποτελεί δημόσιο έσοδο και καταχωρείται στον κωδικό αριθμό εσόδου (Κ.Α.Ε.) 3741 ("παράβολα από κάθε αιτία"). Με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας και Οικονομικών και Ανάπτυξης μπορεί να αναπροσαρμόζονται το ποσοστό του παραβόλου και το ύψος των ανωτέρω ποσών.

⁴ Η διάταξη αυτή εισήχθη με το άρθρο 11 της πράξης νομοθετικού περιεχομένου η οποία δημοσιεύτηκε στο ΦΕΚ Α 237 5.12.2012 και εν συνεχεία με το άρθρο 28 του ν. 4111/2013.

αξίας, περιλαμβανομένου του Φ.Π.Α., το οποίο δεν μπορεί να υπερβαίνει τις 50.000 ευρώ (!). Με αυτό τον τρόπο όχι απλά δυσχεραίνεται η προβολή αντιρρήσεων σε δικαστηριακό επίπεδο για σφάλματα της αναθέτουσας αλλά σχεδόν εκμηδενίζεται. Η διάταξη αυτή, η οποία σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του οικείου νόμου τέθηκε για την αποτροπή ασκήσεως αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων προφανώς αβάσιμων που προκαλούν αύξηση του κόστους των διαγωνισμών και παρακωλύουν για μεγάλο χρονικό διάστημα την τελεσφόρηση αυτών, δημιουργεί κώλυμα στην προσφυγή ενώπιον της δικαιοσύνης. Όσο σίγουρος και αν είναι ο αιτών για το σφάλμα που έχει εμφιλοχωρήσει, η τελική κρίση εναπόκειται στο δικαστήριο, η νομολογία του οποίου στο πλαίσιο των διοικητικών συμβάσεων, θα μπορούσε να χαρακτηριστεί τον τελευταίο καιρό κινούμενη άμμος. Σημειωτέον πως το Συμβούλιο της Επικρατείας έκρινε συνταγματική την επιβολή τέτοιου ύψους παραβόλου για την άσκηση αίτησης ασφαλιστικών μέτρων. Ωστόσο, με νεότερη απόφασή του η Ολομέλεια του Συμβουλίου της Επικρατείας έκρινε την εν λόγω διάταξη αντισυνταγματική αντικείμενη στην αρχή της αναλογικότητας, στο συνταγματικά κατοχυρωμένο δικαίωμα δικαστικής προστασίας, την Ευρωπαϊκή Σύμβαση Προστασίας των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και των Θεμελιωδών Ελευθεριών και την ευρωπαϊκή νομοθεσία (ευρωπαϊκές οδηγίες) ως προς την υποχρέωση καταβολής ολόκληρου του ποσού του παραβόλου κατά την κατάθεση της αίτησης. Κατόπιν αυτών, σύμφωνα με την απόφαση της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας για το παραδεκτό της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων αρκεί να καταβάλλεται πριν από τη συζήτηση αυτής το ποσό των 100 ευρώ και το υπόλοιπο, νομίμως προβλεπόμενο από την επίμαχη διάταξη του άρθρου 28 του Ν. 4111/2013 ποσό παραβόλου, ανερχόμενο σε ποσοστό 1% της προϋπολογισθείσας αξίας του διαγωνισμού και έως του ποσού, κατ' ανώτατο όριο, των 50.000 ευρώ, να επιβάλλεται σε περίπτωση απόρριψης της αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων. Ήδη, όμως, η διάταξη του ν. 4111/2013 τροποποιήθηκε με τη διάταξη του άρθρου 74 του ν. 4146/2013 (ΦΕΚ Α 90/18-04-2013) σύμφωνα με την οποία η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων απορρίπτεται ως απαράδεκτη αν κατά την κατάθεση της δεν καταβληθεί το 1/3 του οφειλομένου παραβόλου και έως την πρώτη συζήτηση τα υπόλοιπα 2/3. Ο νομοθέτης, αν και η νεότερη διάταξη θεσπίστηκε πριν την έκδοση της απόφασης, «ακολούθησε» τα όσα αναφέρονται στη σκέψη 16 της απόφασης σύμφωνα με την οποία θα ήταν επιτρεπτό να απαιτηθεί η καταβολή εκ των προτέρων είτε έως την πρώτη συζήτηση της υποθέσεως είτε με την κατάθεση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, μέρους του ποσού του συνολικώς προβλεπόμενου, βάσει της επίμαχης διάταξης, παραβόλου, ικανού για να επιτελεί τον επιδιωκόμενο από το νομοθέτη αποτρεπτικό σκοπό υποβολής παρεκκυστικών αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων. Απομένει, πλέον, να τύχει ερμηνείας και η νεότερη νομοθετική διάταξη προκειμένου να κριθεί η συμβατότητά της με τις θεμελιώδεις συνταγματικές αρχές.

Για περισσότερες πληροφορίες επικοινωνήστε μαζί μας:

**ΓΙΑΝΝΑΤΣΗΣ ΚΑΙ ΨΑΡΑΚΗΣ
ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ**

WWW.YIANNATSI.GR

38, ΚΑΡΝΕΑΔΟΥ, ΚΟΛΩΝΑΚΙ

106 76, ΑΘΗΝΑ

ΕΛΛΑΔΑ

T: (+30) 210 7231076

F: (+30) 210 7231075