

Αθήνα, 22.4.2013

ΕΝΗΜΕΡΩΤΙΚΟ ΣΗΜΕΙΩΜΑ

ΘΕΜΑ: Τροποποιήσεις στη νομοθεσία δημοσίων έργων με τον νόμο Ν. 4146/2013 (ΦΕΚ Α' 90/18-4-2013): *«Διαμόρφωση Φιλικού Αναπτυξιακού Περιβάλλοντος για τις Στρατηγικές και Ιδιωτικές Επενδύσεις και άλλες διατάξεις»*

Με τον ανωτέρω νόμο επήλθαν ορισμένες σημαντικές τροποποιήσεις στη νομοθεσία περί δημοσίων έργων. Το περιεχόμενο των εν λόγω τροποποιήσεων καθώς και ο σχετικός σχολιασμός τους έχουν ως εξής:

1. Τροποποιήσεις «μελέτης – κατασκευής» - κατάργηση «μικτού συστήματος»

Το πρώτο κεφάλαιο τροποποιήσεων αφορά το σύστημα «μελέτη – κατασκευή». Οι νεοεισαχθείσες τροποποιήσεις υποδιαιρούνται σε δύο κατηγορίες: Πρώτον, την τροποποίηση, επί το αυστηρότερον (ελαφρώς), των προϋποθέσεων έγκρισης της δημοπράτησης ενός δημοσίου έργου με το σύστημα «μελέτη – κατασκευή» και, δεύτερον, την κατάργηση του λεγομένου «μικτού συστήματος»:

1.1. Προϋποθέσεις έγκρισης «μελέτης – κατασκευής»

1.1. Με την παρ. 1 του άρθρου 59 αντικαταστάθηκε η παρ. 1 του άρθρου 8 του Ν. 3669/2008 (Κώδικας Δημοσίων Έργων – Κ.Δ.Ε.). Οι τροποποιήσεις δεν είναι ιδιαιτέρως ουσιώδεις, ωστόσο η γενική κατεύθυνσή τους είναι προς τη δημιουργία ενός **ελαφρώς** αυστηρότερου πλέγματος προϋποθέσεων και διαδικασιών για τη δημοπράτηση ενός έργου με το σύστημα «μελέτη – κατασκευή». Ειδικότερα:

1.1.1. Το πρώτο εδάφιο της παραγράφου ξεκινά με τη φράση (με έντονα γράμματα οι νεοεισαχθείσες λέξεις *«Το σύστημα προσφοράς μελέτης και κατασκευής εφαρμόζεται **μόνο** στις περιπτώσεις έργων που **απαιτούν** (στη θέση του «επιδέχονται») ειδικούς τρόπους κατασκευής»*).

Με την προσθήκη της λέξης «μόνο» δίδεται έμφαση στον περιοριστικό χαρακτήρα της διάταξης, έτσι ώστε να αποκλείεται η εφαρμογή του συστήματος αυτού σε οποιαδήποτε άλλη περίπτωση. Κατά βάση πρόκειται για σημειολογική προσθήκη, που ουσιαστικά διευκρινίζει ότι η απαρίθμηση των περιπτώσεων όπου επιτρέπεται η δημοπράτηση έργου με το σύστημα «μελέτη – κατασκευή» είναι περιοριστική και όχι ενδεικτική.

Περισσότερο ουσιώδης είναι η αντικατάσταση της λέξης «επιδέχονται» με το «απαιτούν». Υπό τη νέα διατύπωση, μόνο όσων έργων είναι επιβεβλημένη η κατασκευή με το σύστημα «μελέτη – κατασκευή» θα επιτρέπεται η δημοπράτηση κατ' αυτόν τον τρόπο.

1.1.2. Σημαντικότερη είναι η προσθήκη του ακόλουθου διαδικαστικού περιεχομένου εδαφίου:

«.....Με απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης, Ανταγωνιστικότητας, Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων, η οποία εκδίδεται ύστερα από αιτιολογημένη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου Τμήματος Κατασκευών της Γ.Γ.Δ.Ε., καθορίζονται είδη τεχνικών έργων που πληρούν γενικά τις ανωτέρω προϋποθέσεις και επιτρέπεται να δημοπρατούνται με το σύστημα μελέτης και κατασκευής.»

Για πρώτη φορά εισάγεται στην ελληνική νομοθεσία το σύστημα του καταλόγου των ειδών τεχνικών έργων, τα οποία και μόνο επιτρέπεται κατ' αρχήν να δημοπρατούνται με το σύστημα «μελέτη – κατασκευή». Μέχρι σήμερα οιοδήποτε τεχνικό έργο, ανεξαρτήτως του ειδικότερου τεχνικού αντικειμένου του, μπορούσε να δημοπρατηθεί με αυτό το σύστημα· αρκεί, βεβαίως, να εγκρινόταν αυτό από το Τ.Σ.Τ.Κ. της Γ.Γ.Δ.Ε.. Στην πράξη είχαν ανακύψει περιπτώσεις πρωτοφανούς καταστρατήγησης του γράμματος και του πνεύματος του νόμου· μέχρι και έργα οδοποιίας ή αποχέτευσης είχαν δημοπρατηθεί με το σύστημα «μελέτη – κατασκευή», τα δε κτιριακά έργα μέχρι προ ολίγων ετών δημοπρατούνταν κατά κανόνα με το σύστημα αυτό.

Πλέον, μόνο τα έργα που εμπίπτουν στις ειδικότερες κατηγορίες του καταλόγου αυτού θα επιτρέπεται κατ' αρχήν να δημοπρατούνται με το σύστημα αυτό. Τούτο, βεβαίως, δεν σημαίνει ότι καταργείται η διαδικασία ανά περίπτωση έγκρισης από το Τεχνικό Συμβούλιο και τον Υπουργό της

δημοπράτησης κάθε συγκεκριμένου έργου με το σύστημα «μελέτη – κατασκευή». Η έγκριση από Τεχνικό Συμβούλιο παραμένει ως διαδικαστική προϋπόθεση. Όμως, πλέον, προκειμένου να εγκριθεί η δημοπράτηση έργου με το σύστημα «μελέτη – κατασκευή», θα πρέπει αυτό να ανήκει σε ένα από τα είδη έργων που επιτρέπεται να δημοπρατούνται με το σύστημα αυτό. Η ένταξη ωστόσο κάποιου συγκεκριμένου έργου σε μία από τις κατηγορίες έργων που επιτρέπεται να δημοπρατηθούν με το σύστημα αυτό, δεν συνεπάγεται αφ' εαυτής τη δυνατότητα δημοπράτησής του κατ' αυτόν τον τρόπο. Θα πρέπει να εκδοθεί η άδεια του Υπουργού, επί τη βάσει των ουσιαστικών προϋποθέσεων που θέτει ο νόμος, όπως αυτές έχουν ελαφρώς τροποποιηθεί, σύμφωνα με τα προαναφερθέντα στην προηγούμενη παράγραφο.

Η ως άνω αναφερόμενη απόφαση του Υπουργού ΑνΑνΥποΜεΔι δεν έχει εισέτι εκδοθεί. Μέχρι την έκδοσή της και δεδομένης της άμεσης, με τη δημοσίευσή του στο ΦΕΚ, ενάρξεως εφαρμογής του νέου νόμου, δεν είναι δυνατή η έγκριση της δημοπράτησης νέων έργων με το σύστημα «μελέτη – κατασκευή». Για όσα έργα, πάντως, έχει εγκριθεί η δημοπράτηση με το σύστημα «μελέτη – κατασκευή» κατά την ημέρα ενάρξεως ισχύος του νέου νόμου, δεν υφίσταται κώλυμα για τη δημοπράτησή τους με το σύστημα αυτό, ακόμη και αν δεν πληρούν τις τιθέμενες με αυτόν προϋποθέσεις, υπό την επιφύλαξη των όσων αναφέρονται παρακάτω σχετικά με την κατάργηση του «μικτού συστήματος».

1.2. Κατάργηση «μικτού συστήματος»

1.2.1. Με τις παρ. 2 και 3 του άρθρου 59 καταργείται το λεγόμενο «μικτό σύστημα»' δηλαδή, η δημοπράτηση τμήματος έργου με το σύστημα «μελέτη – κατασκευή» και κατ' αποκοπή τίμημα, του δε υπολοίπου τμήματός του με ένα από τα μειοδοτικά συστήματα δημοπράτησης και επιμετρούμενες εργασίες. Πρόκειται για θετικότατη ρύθμιση, που αποτέλεσε έντονο και πάγιο αίτημα του ΣΑΤΕ, ο οποίος είχε κάνει μεγάλο αγώνα για την κατάργηση του διάτρητου «μικτού συστήματος», η εφαρμογή του οποίου στην πράξη υπήρξε διαβλητή, προκάλεσε τεράστια προβλήματα διαφάνειας στους διαγωνισμούς και συμπάρεσυρε στην αδιαφάνειά της έργα μεγάλου προϋπολογισμού, τα

οποία – εάν δεν είχαν αυθαιρέτως συνενωθεί με άλλα, ώστε να δημοπρατηθούν με το μικτό σύστημα – θα είχαν δημοπρατηθεί με το απολύτως διαφανές μειοδοτικό σύστημα.

1.2.2. Μείζον πρόβλημα διαχρονικού δικαίου γεννάται εν προκειμένω (καθώς και ως προς άλλες διατάξεις του νόμου, στις οποίες θα αναφερθούμε στη συνέχεια) από την παντελή έλλειψη μεταβατικών διατάξεων. Δυστυχώς, αποτελεί σφραγίδα της νομοθετικής παραγωγής της «μνημονιακής περιόδου» η νομοτεχνική ατέλεια των εκδιδόμενων νομοθετημάτων, με προεξάρχουσα αυτή της ανυπαρξίας ειδικών μεταβατικών διατάξεων. Ελλείπει ειδικής μεταβατικής διάταξης, ισχύει ο γενικός κανόνας ότι ο νόμος αρχίζει να ισχύει από τη δημοσίευσή του στο ΦΕΚ· στην προκειμένη περίπτωση από 18.4.2013. Ωστόσο, αυτό δεν αρκεί για να επιλύσει προβλήματα διαχρονικού δικαίου σε εν εξελίξει διαδικασίες με πολλά στάδια, όπως οι διαγωνισμοί δημοσίων έργων. Τα ερμηνευτικά προβλήματα που γεννώνται σχετικά με τους διαγωνισμούς δημοσίων έργων εστιάζονται στις εξής υποπεριπτώσεις:

α) Καταλαμβάνονται διαγωνισμοί των οποίων έχει αποφασισθεί η προκήρυξη με πράξη της Αναθέτουσας Αρχής, αλλά δεν έχει εισέτι δημοσιευθεί η διακήρυξη;

β) Διαγωνισμοί των οποίων έχει δημοσιευθεί η διακήρυξη, αλλά ακόμη δεν έχει διενεργηθεί η δημοπρασία;

γ) Διαγωνισμοί που έχουν διεξαχθεί, αλλά ακόμη δεν έχουν συμβασιοποιηθεί;

Κατά την άποψή μου, οι διαγωνισμοί με μικτό σύστημα των οποίων η διακήρυξη έχει δημοσιευθεί κατά την έναρξη ισχύος της νέας διάταξης δεν καταλαμβάνονται από την κατάργηση του συστήματος και μπορούν να διεξαχθούν κανονικά. Αυτό, διότι η διακήρυξη, ως κανονιστική πράξη της Διοικήσεως, διέπεται από το νομικό πλαίσιο που ισχύει κατά την έκδοσή της· εφόσον, λοιπόν, κατά τη δημοσίευση της διακήρυξης επιτρεπόταν η δημοπράτηση έργου με το «μικτό σύστημα», ο διαγωνισμός μπορεί να διεξαχθεί κανονικά, έστω και αν την ημέρα της δημοπρασίας ισχύουν οι νέες διατάξεις περί κατάργησής του. Κατά μείζονα λόγο, συνεπώς, δεν θίγονται ούτε οι διαγωνισμοί με «μικτό σύστημα» οι οποίοι έχουν ήδη διενεργηθεί κατά την ημέρα ενάρξεως ισχύος του Ν. 4146/2013, χωρίς όμως να έχουν ολοκληρωθεί (με την ανακήρυξη αναδόχου ή/και την υπογραφή σύμβασης).

Δεν φαίνεται να ισχύει το ίδιο και για τις περιπτώσεις που έχει μεν εκδοθεί η απόφαση της προϊσταμένης αρχής να προκηρύξει διαγωνισμό με το «μικτό σύστημα», χωρίς όμως να έχει δημοσιευθεί η διακήρυξη κατά την ημέρα έναρξης εφαρμογής του νέου νόμου. Σ' αυτές τις περιπτώσεις θα πρέπει να δεχθούμε ότι η κατάργηση του «μικτού συστήματος» καταλαμβάνει τον διαγωνισμό του οποίου αποφασίσθηκε η προκήρυξη και, ως εκ τούτου, θα πρέπει να εκδοθεί νέα απόφαση για τον διαχωρισμό και ξεχωριστή δημοπράτηση των συνενωθέντων έργων. Επιχειρήματα προς αυτή την κατεύθυνση μπορούν να προβληθούν πολλά, ωστόσο το σημαντικότερο εξ αυτών είναι ότι το κανονιστικό πλαίσιο ενός διαγωνισμού δημοσίου έργου καθορίζεται με τη διακήρυξη και όχι με την απόφαση της προϊσταμένης αρχής περί προκήρυξής του.

Ως εκ τούτου, η άποψή μου είναι ότι η διάταξη περί κατάργησης του «μικτού συστήματος» δεν καταλαμβάνει διαγωνισμούς των οποίων η διακήρυξη έχει δημοσιευθεί κατά την έναρξη εφαρμογής της· κατά μείζονα λόγο, δεν καταλαμβάνει διαγωνισμούς οι οποίοι έχουν διενεργηθεί και είναι εν εξελίξει κατά την έναρξη εφαρμογής της νέας διάταξης. Αντιθέτως, καταλαμβάνει τις περιπτώσεις εκείνες, όπου η προϊσταμένη αρχή έχει μεν εκδώσει την απόφαση δημοπράτησης έργου με το μικτό σύστημα, χωρίς όμως να έχει προλάβει να δημοσιεύσει τη διακήρυξη μέχρι την ημέρα έναρξης εφαρμογής του νέου νόμου. Επίσης, ως ημερομηνία δημοσίευσης της διακήρυξης θα πρέπει να θεωρείται, ως προς τα έργα που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των κοινοτικών Οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, η ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης στην Υπηρεσία Επισήμων Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, κατά τα σχετικώς προβλεπόμενα στις Οδηγίες 2004/17/EK και 2004/18/EK, ως προς δε τα έργα που διέπονται αποκλειστικά από το εσωτερικό δίκαιο, η ημερομηνία δημοσίευσης περίληψης της διακήρυξης στο ΦΕΚ.

Δυστυχώς, η πρωτοφανής παράλειψη μιας απλής μεταβατικής διάταξης έχει προκαλέσει αυτό το ερμηνευτικό χάος, όπως ακριβώς έχει συμβεί και με τις αμφιλεγόμενες τροποποιήσεις του Ν. 4070/2012. Είναι προφανές, ότι θα εκδοθεί εγκύκλιος που θα διευκρινίζει τα ζητήματα αυτά. Όμως, η εγκύκλιος δεν είναι ούτε καν κανονιστική πράξη της διοίκησης, αλλά αποτελεί απλό υπηρεσιακό έγγραφο διευκρινιστικού χαρακτήρα προς τις διάφορες δημόσιες υπηρεσίες και αρχές· δεν παράγει, δηλαδή, δίκαιο· κατά

μείζονα δε λόγο, δεν δύναται να τροποποιήσει ή ακόμη και να εξειδικεύσει διατάξεις τυπικού νόμου. Η νομοθετική προχειρότητα του σήμερα εγγυάται το δικαϊκό χάος του αύριο. Είναι κρίμα, γιατί μία διευκρινιστική διάταξη δέκα λέξεων θα είχε λύσει ένα τόσο απλό μεν, πλην καίριο ζήτημα.

2. Παράβολο ένστασης

Με την παρ. 4 του άρθρου 59 θεσπίσθηκε με την υποβολή της ένστασης παράβολο υπέρ του Δημοσίου, ποσού ίσου με 0,05‰ επί της προϋπολογισμένης αξίας του έργου (χωρίς αναθεώρηση και ΦΠΑ), το οποίο δεν μπορεί να είναι μικρότερο των 250 ευρώ και μεγαλύτερο των 50.000 ευρώ. Το παράβολο επιστρέφεται με πράξη της Προϊσταμένης Αρχής, αν γίνει δεκτή η ένσταση από το αποφασίζον διοικητικό όργανο.

Το θεσπισθέν παράβολο είναι εκ πρώτης όψεως εύλογο και σύμφωνο με την αρχή της αναλογικότητας [για να ανέλθει στο ύψος των 50.000 ευρώ, θα πρέπει ο προϋπολογισμός του έργου, χωρίς ΦΠΑ και αναθεώρηση, να υπερβαίνει το ένα δισεκατομμύριο (€ 1.000.000.000) ευρώ]. Αυτά, προς αντιπαραβολή με το προδήλως αντίθετο προς, κατά κύριο λόγο, τις οικονομικές κοινοτικές Οδηγίες εξωφρενικό παράβολο του 1% επί της αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων του Ν. 3886/2010.

Το νέο παράβολο ισχύει για όλες τις ενστάσεις που ασκούνται μετά την 18.4.2013, ημερομηνία ενάρξεως ισχύος του νόμου.

3. Μείωση εγγυήσεων καλής εκτέλεσης

3.1.1. Οι πρόσθετες κλιμακωτές εγγυήσεις καλής εκτέλεσης μειώθηκαν στο ήμισυ. Ειδικότερα, με το άρθρο 59 παρ. 5 αντικαταστάθηκε η παρ. 2 του άρθρου 35 του Κ.Δ.Ε. ως εξής:

«2. Σε κάθε διακήρυξη έργου που εφαρμόζεται η παρ. 1 του άρθρου 26 του παρόντος κώδικα, ορίζεται υποχρεωτικά ένα όριο ποσοστού έκπτωσης, πάνω από το οποίο ο ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να προσκομίζει, επιπλέον της εγγύησης της προηγούμενης παραγράφου, πρόσθετη εγγύηση καλής εκτέλεσης ως ακολούθως: για τις πρώτες δέκα εκατοστιαίες μονάδες έκπτωσης μετά το ως άνω όριο, ένα τέταρτο (0,25) της εκατοστιαίας

μονάδας εγγύησης για κάθε μονάδα έκπτωσης. Για τις επόμενες δέκα εκατοστιαίες μονάδες έκπτωσης, μισή (0,50) μονάδα για κάθε μονάδα έκπτωσης. Τέλος, για τις επόμενες μονάδες έκπτωσης, τρία τέταρτα (0,75) μονάδας εγγύησης για κάθε μονάδα έκπτωσης έως ότου συμπληρωθεί συνολικό ποσοστό πρόσθετης εγγύησης είκοσι δύο τοις εκατό (22%) του προϋπολογισμού της υπηρεσίας, όπως αυτός ορίζεται πιο πάνω. Με απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης, Ανταγωνιστικότητας, Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων μπορεί να επανακαθορίζονται οι ως άνω μονάδες έκπτωσης ή εγγύησης».

3.1.2. Ούτε ως προς την προκειμένη διάταξη υφίσταται μεταβατική διάταξη. Ωστόσο, σε αντίθεση με τη διάταξη περί κατάργησης του «μικτού συστήματος», η απάντηση είναι ασφαλέστερη. Η ίδια η διάταξη ορίζει ότι το όριο εφαρμογής των πρόσθετων εγγυήσεων καλής εκτέλεσης ορίζεται στην ίδια τη διακήρυξη. Βεβαίως, με την παρ. 4 του άρθρου 35 του Κ.Δ.Ε. ορίζεται το 12% ως το κατώφλι εφαρμογής των πρόσθετων εγγυήσεων. Στα πρότυπα τεύχη διακηρύξεων του ΥΠΕΧΩΔΕ υπάρχει το άρθρο 17, που αναφέρεται στις εγγυήσεις καλής εκτέλεσης και παραπέμπει ευθέως στις αντίστοιχες διατάξεις της νομοθεσίας· στο ίδιο άρθρο αναφέρεται ρητώς το παλαιό ισχύον ποσοστό 35% ως ανώτατο όριο της συνολικής πρόσθετης εγγύησης.

Επομένως, με βάση τα παραπάνω και ελλείψει ειδικότερης μεταβατικής διάταξης, θα πρέπει να δεχθούμε ότι οι νέες μειωμένες πρόσθετες εγγυήσεις καλής εκτέλεσης θα εφαρμόζονται στα έργα των οποίων η διακήρυξη θα δημοσιευθεί μετά την 18.4.2013 (ημερομηνία έναρξης ισχύος του νόμου), δεδομένου ότι οι ήδη δημοσιευθείσες διακηρύξεις, που θέτουν το κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τον διαγωνισμό δημοσίου έργου, περιλαμβάνουν τις παλαιές ρυθμίσεις για τις εγγυητικές επιστολές καλής εκτέλεσης.

Ωστόσο, είναι υποστηρίξιμη και η άποψη ότι στις διακηρύξεις που έχουν ήδη δημοσιευθεί κατά την έναρξη ισχύος του νόμου (18.4.2013), χωρίς όμως να έχει διεξαχθεί η δημοπρασία μέχρι και την ανωτέρω ημερομηνία, θα μπορούσε να τροποποιηθεί το σχετικό με τις εγγυητικές καλής εκτέλεσης άρθρο τους, ώστε τα οριζόμενα όρια εγγυητικών καλής εκτέλεσης να αναπροσαρμοσθούν βάσει των νέων κλιμάκων και ορίων που προβλέπει ο Ν. 4146/2013. Βεβαίως, αυτή η δυνατότητα, ακόμη και στην περίπτωση που θεωρείτο επιτρεπτή, αφορά αποκλειστικά και μόνο τις διακηρύξεις διαγωνισμών που δεν είχαν εισέτι διενεργηθεί κατά την 18.4.2013 (ημέρα ενάρξεως ισχύος του Ν. 4146/2013).

3.2. Με την παρ. 6 του άρθρου 59 του Ν. 4146/2013 αντικαταστάθηκε το τελευταίο εδάφιο της παρ. 10 του άρθρου 35 του Κ.Δ.Ε., ως εξής:

«Η εγγύηση της παραγράφου 1 περιορίζεται σε ποσοστό είκοσι τοις εκατό (20%) της αρχικής εγγύησης, όπως τυχόν συμπληρώθηκε κατόπιν της υπογραφής συμπληρωματικών συμβάσεων, αμέσως μετά την έγκριση του Πρωτοκόλλου Προσωρινής Παραλαβής. Το σύνολο της εγγύησης της πρώτης παραγράφου επιστρέφεται χωρίς καθυστέρηση, αμέσως μετά την έγκριση του Πρωτοκόλλου Οριστικής Παραλαβής και τη σύνταξη του τελικού λογαριασμού του έργου.»

Ως προς την ανωτέρω ρύθμιση και μόνο, υφίσταται ειδική μεταβατική διάταξη, η οποία προβλέπει ότι «η διάταξη του προηγούμενου εδαφίου καταλαμβάνει όλες τις συμβάσεις για τις οποίες δεν έχει εκδοθεί Πρωτόκολλο Προσωρινής Παραλαβής». Επομένως, για όλες τις ήδη εκτελούμενες συμβάσεις, εφόσον δεν έχει εκδοθεί ακόμη πρωτόκολλο προσωρινής παραλαβής, η πάγια εγγύηση καλής εκτέλεσης (όχι οι πρόσθετες εγγυήσεις) περιορίζεται μετά την έγκριση του Πρωτοκόλλου Προσωρινής Παραλαβής στο 20% του αρχικού ύψους της και όχι στο 40%, όπως ήταν η μέχρι σήμερα ρύθμιση.

4. Απόσβεση δικαιωμάτων αναδόχου

Το άρθρο 75^Α του Κ.Δ.Ε., όπως είχε προστεθεί με την παρ. 1 του άρθρου 137 του Ν. 4070/2012, αντικαταστάθηκε ως εξής:

«Άρθρο 75Α

Απόσβεση δικαιωμάτων αναδόχου

Με την επιφύλαξη μικρότερων προθεσμιών που προβλέπονται στον παρόντα νόμο τα εν γένει δικαιώματα του αναδόχου από τη σύμβαση αποσβέννυνται και οποιαδήποτε εξ αυτών αξίωση παραγράφεται, εάν αυτά δεν ασκηθούν, με σχετική αίτηση του προς τη διευθύνουσα υπηρεσία, μέσα σε προθεσμία δύο (2) μηνών από την εμφάνιση της γενεσιουργού τους αιτίας».

Η προθεσμία υποβολής αιτήματος του αναδόχου από την εμφάνιση της γενεσιουργού αιτίας, ώστε να μην αποσβεστούν τα σχετικά του δικαιώματα, αυξήθηκε από δύο (2) μήνες σε τέσσερις (4) μήνες. Παρόλο ότι η αύξηση της

προθεσμίας εμφανίζεται ως σημαντική, στην πραγματικότητα δεν πρόκειται για ουσιώδη βελτίωση του ισχύοντος καθεστώτος. Η κριτική που είχε ασκηθεί για την αρχική διάταξη ισχύει, ως προς τις βασικές αιτιάσεις της, και για την παρούσα χρονική βελτίωσή της. Το πρόβλημα δεν έγκειται στην προθεσμία αυτή καθ' εαυτή, αλλά στο ότι η διάταξη απαιτεί την υποβολή πλήρως διαμορφωμένου νομικού αιτήματος και όχι απλής επισήμανσης του προβλήματος. Στις περισσότερες περιπτώσεις, ειδικά επί πολύπλοκων τεχνικών θεμάτων σε σύνθετα έργα, αίτημα είναι σχεδόν ανέφικτο να έχει οριστικοποιηθεί εντός τόσο σύντομων προθεσμιών από την εμφάνιση της γενεσιουργού αιτίας· όχι διότι ο ανάδοχος δεν έχει επαρκή χρόνο για να το συντάξει, αλλά διότι η διάγνωση των φύσης και των αιτιών του προβλήματος και η οριστικοποίηση του τρόπου επίλυσής του, απαιτούν μεγάλο χρονικό διάστημα και την εργασία πολλών, ανεξάρτητων φορέων, επιτροπών, διευθύνσεων, τεχνικών κ.λπ.. Γι' αυτό και είχαμε τονίσει την ανάγκη να προβλέπεται η υποχρέωση επισήμανσης του προβλήματος από πλευράς του αναδόχου προς τον κύριο του έργου, ακόμη και σε συντομότερες προθεσμίες (το δίμηνο από την εμφάνιση της γενεσιουργού αιτίας είναι υπεραρκετό σ' αυτή την περίπτωση), όχι όμως και η διαμόρφωση και υποβολή πλήρους νομικού αιτήματος (με συγκεκριμένες ποσότητες, τιμές μονάδος, προμετρημένες και προκοστολογημένες τεχνικές λύσεις κ.λπ.), που στην πράξη είναι ανέφικτη σε πλείστες όσες περιπτώσεις.

Ως προς τα ζητήματα διαχρονικού δικαίου που ανακύπτουν και ως προς αυτή τη διάταξη, δεδομένου ότι και εδώ δεν υφίσταται μεταβατική διάταξη, κατά την άποψή μου, η νέα τετράμηνη προθεσμία εφαρμόζεται βεβαίως και στις εκτελούμενες συμβάσεις δημοσίων έργων, υπό την προϋπόθεση ότι το δικαίωμα του αναδόχου δεν έχει ήδη αποσβεσθεί κατά την έναρξη ισχύος του νόμου. Δηλαδή, στις περιπτώσεις εκείνες που η δίμηνη προθεσμία ήταν εν εξελίξει κατά τον χρόνο έναρξης ισχύος του νόμου (18.4.2013), η προθεσμία παρατείνεται σε τετράμηνη· κατά μείζονα λόγο, βεβαίως, αυτό ισχύει για τις γενεσιουργούς αιτίες που δεν έχουν εισέτι ανακύψει κατά την ανωτέρω ημερομηνία. Αντιθέτως, σε όσες περιπτώσεις σε εκτελούμενη σύμβαση δημοσίου έργου έχει παρέλθει άπρακτη η δίμηνη προθεσμία κατά την ημέρα ενάρξεως ισχύος του Ν. 4146/2013, τότε η προθεσμία δεν παρατείνεται ούτε αναβιώνει, η δε οριστικοποιημένη απόσβεση του δικαιώματος του αναδόχου δεν δύναται να θεραπευθεί.

ΠΡΟΣΟΧΗ!: Η Εγκύκλιος 18/2013 της ΓΓΔΕ του ΥΠΑΝΑΝΥΜΕΔΙ ειδικά για τη συγκεκριμένη διάταξη ορίζει (άρθρ. 2 παρ. στ') ότι **εφαρμόζεται στις συμβάσεις έργων των οποίων οι διακηρύξεις θα δημοσιευθούν μετά την 18-4-2013**. Πρόκειται για προδήλως εσφαλμένη ερμηνεία, δεδομένου ότι ο νόμος είναι άμεσης εφαρμογής, ελλείψει μεταβατικών διατάξεων. Επιπλέον, είναι και αντίθετη προς την αντίστοιχη δι' εγκυκλίου ερμηνεία που είχε γίνει για τη διάταξη του Ν. 4070/2012, η οποία το πρώτον καθιέρωσε την απόσβεση των δικαιωμάτων του αναδόχου εντός δύο μηνών από την εμφάνιση της γενεσιουργού αιτίας τους. Ως προς εκείνη τη διάταξη η αντίστοιχη εγκύκλιος (11/2012) που είχε εκδοθεί όριζε ότι εφαρμόζεται και στις ήδη εκτελούμενες συμβάσεις' δηλ. έχουμε την υιοθέτηση διαφορετικών μέτρων και σταθμών για πανομοιότυπες ως προς τα ζητήματα διαχρονικού δικαίου περιπτώσεις. Έχουμε επανειλημμένως επισημάνει, ότι η παράλειψη μεταβατικών διατάξεων ανοίγει θύρες προς επικίνδυνες ατραπούς' η συγκεκριμένη «ερμηνευτική» εγκύκλιος το επιβεβαιώνει: Όχι μόνον παρανόμως προβαίνει σε «θέσπιση» μεταβατικής διάταξης, αλλά και η μεταβατική ερμηνεία που υιοθετεί είναι αντίθετη προς θεμελιώδεις δικαϊκές ερμηνευτικές αρχές.

Ωστόσο, είμαστε υποχρεωμένοι να επισημάνουμε προς τις εργοληπτικές επιχειρήσεις ότι, ανεξαρτήτως του σφάλματος της ανωτέρω ερμηνευτικής εγκυκλίου ως προς το προκείμενο ζήτημα, οι αρμόδιες υπηρεσίες κατά πάσα πιθανότητα θα ενεργούν με γνώμονα τις εσφαλμένες ερμηνευτικές παραδοχές της. Επομένως, **συστήνεται προς όλες τις αναδόχους δημοσίων έργων των οποίων η διακήρυξη δημοσιεύθηκε προς της 18-4-2013 να υποβάλλουν τα τυχόν αιτήματά τους εντός δύο μηνών από την εμφάνιση της γενεσιουργού αιτίας, έστω και αν βάσει της ορθής ερμηνείας η απόσβεση των σχετικών δικαιωμάτων τους επέρχεται σε τέσσερις και όχι σε δύο μήνες.**

5. Τροποποίηση διατάξεων σχετικά με την Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων

Με το άρθρο 61 του Ν. 4146/2013 τροποποιήθηκαν διατάξεις του Ν. 4013/2011, που αφορά την Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων. Ειδικότερα:

5.1. Η υποπερίπτωση δδ' της περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 2 του Ν. 4013/2011 αντικαταστάθηκε ως εξής (με έντονα γράμματα τα προστεθέντα εδάφια):

«δδ) Οι αποφάσεις των αναθετουσών Αρχών που αφορούν προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 3 του π.δ. 59/2007 (άρθρο 40 παρ. 3 της Οδηγίας 2004/17/EK) και των άρθρων 24 και 25 του π.δ. 60/2007 (άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας 2004/18/EK αντίστοιχα), εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη της Αρχής, **εφόσον οι συμβάσεις αυτές εμπίπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των ανωτέρω προεδρικών διαταγμάτων.** Η εν λόγω αρμοδιότητα ασκείται μέσα σε προθεσμία δεκαπέντε (15) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης στην Αρχή, συνοδευόμενου από όλα τα στοιχεία στα οποία θεμελιώνεται, κατά περίπτωση, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, με μέριμνα της Αναθέτουσας Αρχής. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας τεκμαίρεται η σύμφωνη γνώμη της Αρχής. **Σε εξαιρετικές περιπτώσεις και ιδίως λόγω της πολυπλοκότητας της υπό ανάθεση σύμβασης, η Αρχή δύναται με απόφασή της, η οποία κοινοποιείται στην αιτούσα αναθέτουσα αρχή, να παρατείνει άπαξ την ως άνω προθεσμία για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες.** Οι αποφάσεις των αναθετουσών αρχών που αφορούν προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 3 του π.δ. 59/2007 (Α' 63) και των άρθρων 24 και 25 του π.δ. 60/2007 (Α' 64) οι οποίες, από την έναρξη ισχύος του ν. 4013/2011 και μέχρι την 31^η.12.2012 εκδόθηκαν χωρίς να έχουν υποβληθεί ή πριν να υποβληθούν στην **Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων για παροχή σύμφωνης γνώμης, σύμφωνα με την παρ. 2γ (δδ) του άρθρου 2 του ν. 4013/2011 δεν πάσχουν εξ αυτού του λόγου και παράγουν όλα τα έννομα αποτελέσματά τους**».

Πρόκειται για προσθήκες που έχουν τρεις στόχους:

α) Να διευρύνει τα χρονικά περιθώρια της Ανεξάρτητης Αρχής (Α.Α.) εντός των οποίων οφείλει να χορηγήσει τη σύμφωνη γνώμη της για την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση (σημειωτέον, ότι στη διαδικασία αυτή εντάσσεται και η υπογραφή των συμπληρωματικών συμβάσεων· επομένως, πρόκειται για ζήτημα ιδιαίτερης κρισιμότητας για τις αναδόχους εργοληπτικές επιχειρήσεις). Η άπρακτη παρέλευση της προθεσμίας τεκμαίρει την ύπαρξη σύμφωνης γνώμης και πλέον, εφόσον τηρηθούν οι διαδικαστικές

προϋποθέσεις που θέτει το ανωτέρω άρθρο, η εν λόγω προθεσμία παρατείνεται άπαξ για δεκαπέντε ημέρες.

β) Να περιορίσει τον έλεγχο των ελεγχόμενων με τη διαδικασία αυτή συμβάσεων μόνο σ' αυτές που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των κοινοτικών Οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων. Ερμηνευτικό ζήτημα ανακύπτει ως προς τις συμπληρωματικές συμβάσεις, δεδομένου ότι αποτελούν παρακολουθηματικές συμβάσεις της κύριας σύμβασης. Η ορθότερη ερμηνευτική εκδοχή είναι ότι κριτήριο της υπαγωγής ή μη στον έλεγχο της Αρχής είναι η υπαγωγή της κύριας σύμβασης στις κοινοτικές Οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων. Επομένως, δεν ενδιαφέρει η αξία της συμπληρωματικής σύμβασης αυτής καθ' εαυτήν, ούτε το άθροισμα κύριας και συμπληρωματικής, αλλά το κατά πόσο η κύρια σύμβαση ενέπιπτε στο πεδίο εφαρμογής του ενωσιακού δικαίου. Εφόσον συμβαίνει αυτό, κάθε συμπληρωματική της σύμβαση υπόκειται στον έλεγχο της Αρχής.

γ) Να νομιμοποιήσει αναδρομικά όλες τις αποφάσεις των αναθετουσών αρχών, οι οποίες εκδόθηκαν μέχρι 31.12.2012 και αφορούσαν προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση (περιλαμβανομένων των συμπληρωματικών συμβάσεων), για τις οποίες απαιτείτο η χορήγηση σύμφωνης γνώμης της Α.Α..

5.2. Με την παρ. 5 του άρθρου 61 του Ν. 4146/2013 τροποποιήθηκαν οι διατάξεις που ρυθμίζουν τον τρόπο πληρωμής της κράτησης 0,10% υπέρ της Α.Α.. Οι τροποποιήσεις που επέφερε ο νέος νόμος είναι οι εξής:

α) Το ποσοστό 0,10% υπολογίζεται επί της αξίας κάθε πληρωμής προ φόρων και κρατήσεων. Επομένως, σε αντίθεση με την αρχική ρύθμιση, πλέον δεν παρακρατείται το σύνολο της κράτησης από την πρώτη πληρωμή (επιβάρυνση δυσανάλογα υψηλή, εφόσον η πρώτη πληρωμή μπορεί να αντιπροσώπευε ένα πολύ μικρό ποσοστό του συνολικού συμβατικού αντικειμένου), αλλά παρακρατείται το 0,10% του μικτού ποσού κάθε λογαριασμού.

β) Ενώ με την αρχική ρύθμιση, προβλεπόταν ότι η ρύθμιση των σχετικών με τον χρόνο, τον τρόπο και τη διαδικασία κράτησης των εν λόγω χρηματικών ποσών γίνεται με κοινή απόφαση των Υπουργών Ανάπτυξης,

Ανταγωνιστικότητας και Ναυτιλίας και Οικονομικών, μετά από εισήγηση της Αρχής, με τη νέα διάταξη περιορίσθηκε η ως άνω αρμοδιότητα αποκλειστικά στο πρόσωπο του Υπουργού Οικονομικών.

6. Δικαστικός και προσυμβατικός έλεγχος

Στα άρθρα 72, 73 και 74 του Ν. 4146/2013 περιλαμβάνεται μία σειρά από διατάξεις που αφορούν τη δικαστική επίλυση των διαφορών που ανακύπτουν κατά το στάδιο ανάθεσης των συμβάσεων δημοσίων έργων και τον προσυμβατικό έλεγχο νομιμότητας από το Ελεγκτικό Συνέδριο. Ειδικότερα:

6.1. Με το άρθρο 72 του Ν. 4146/2013 ορίσθηκε ότι:

«Οι διατάξεις του άρθρου 23 του ν. 3894/2010 (Α' 204), όπως αντικαταστάθηκε από το άρθρο 64 του ν. 4055/2012 (Α'51) πλην της παραγράφου 5, καθώς και οι διατάξεις των παραγράφων 8, 9,10,11, και 12 του άρθρου 6 του ν. 2730/1999 (Α'130), όπως ισχύουν κάθε φορά, εφαρμόζονται αναλόγως και στις αιτήσεις ακυρώσεως και ασφαλιστικών μέτρων και τις αιτήσεις αναστολής εκτέλεσης κατά πράξεων οι οποίες αφορούν δημόσια έργα, προμήθειες και υπηρεσίες, που συγχρηματοδοτούνται από τα Διαρθρωτικά Ταμεία και άλλα προγράμματα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, προϋπολογιζόμενης δαπάνης άνω των δεκαπέντε εκατομμυρίων (15.000.000) ευρώ, πλέον Φ.Π.Α.»

6.1.1. Η πρώτη από τις ανωτέρω δικονομικές ρυθμίσεις αφορά την εφαρμογή του άρθρου 23 του Ν. 3894/2010 και στις διαφορές που ανακύπτουν κατά το στάδιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, των οποίων η προϋπολογιζόμενη δαπάνη υπερβαίνει τα 15.000.000 ευρώ, πλέον Φ.Π.Α., όπως αναφέρει ο νόμος (ήτοι, χωρίς να υπολογίζεται στο ποσό των 15.000.000 ευρώ ο Φ.Π.Α.).

Ο Ν. 3894/2010 «*Επιτάχυνση και διαφάνεια υλοποίησης Στρατηγικών Επενδύσεων*» είναι ο γνωστός νόμος για την επιτάχυνση των διαδικασιών έγκρισης και υλοποίησης μιας επένδυσης, γνωστός και ως “fast track”. Στο άρθρο 23 αυτού του νόμου περιέχονται διατάξεις που ρυθμίζουν τις διαδικασίες δικαστικής επίλυσης των διαφορών που ανακύπτουν κατά το στάδιο έγκρισης και υλοποίησης μιας επένδυσης που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του νόμου αυτού. Η κυριότερη διαφοροποίηση από τις συνήθεις

οικονομικές διατάξεις, είναι ότι όλες οι διαφορές εκδικάζονται κατ' αρχήν από την Ολομέλεια του Συμβουλίου της Επικρατείας. Επίσης, υπάρχουν ρυθμίσεις για την επιτάχυνση των σχετικών δικαστικών διαδικασιών.

Πλέον, οι κατωτέρω οικονομικού περιεχομένου διατάξεις θα εφαρμόζονται και στις διαφορές κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων προϋπολογιζόμενης δαπάνης άνω των δεκαπέντε εκατομμυρίων (15.000.000) ευρώ, πλέον Φ.Π.Α.:

"Άρθρο 23"

Διαφορές που ανακύπτουν κατά την εφαρμογή του ν. 3894/2010

"1. Αιτήσεις ακυρώσεως κατά πράξεων που εκδίδονται κατ' εφαρμογή του παρόντος νόμου, εκδικάζονται από την Ολομέλεια του Συμβουλίου της Επικρατείας.

2. Οι κατά την προηγούμενη παράγραφο αιτήσεις ακυρώσεως επιτρέπεται να εισάγονται στο αρμόδιο Τμήμα με πράξη του Προέδρου του Δικαστηρίου, με την οποία ορίζεται προθεσμία για την εκδίκαση της αιτήσεως και τη δημοσίευση της σχετικής απόφασης του Τμήματος. Αίτηση ακυρώσεως που έχει εισαχθεί σε Τμήμα κατά το προηγούμενο εδάφιο, μπορεί να εισαχθεί εκ νέου στην Ολομέλεια με πράξη του Προέδρου του Δικαστηρίου εφόσον συντρέχει λόγος.

3. Διοικητικές πράξεις που εκδίδονται κατ' εφαρμογή του παρόντος νόμου, θεωρούνται συναφείς. Εφόσον με το ίδιο δικόγραφο προσβάλλονται και άλλες, πέρα των ανωτέρω, πράξεις, οι διατάξεις περί συνάφειας εφαρμόζονται για τις λοιπές αυτές πράξεις.

4. Αίτηση ακυρώσεως, με την οποία προσβάλλονται πράξεις υπαγόμενες στην αρμοδιότητα περισσότερων Τμημάτων, μπορεί να εισαχθεί κατά την παράγραφο 2 σε οποιοδήποτε από τα Τμήματα αυτά στο σύνολο της. Αιτήσεις ακυρώσεως που στρέφονται κατά συναφών, κατά την έννοια της παραγράφου 3, πράξεων μπορούν να εισαχθούν στο ίδιο Τμήμα.

5. Με πράξη του Προέδρου του Συμβουλίου της Επικρατείας ή του Τμήματος, στο οποίο έχει παραπεμφθεί η υπόθεση κατά την παράγραφο 2, τάσσεται στη Διοίκηση προθεσμία, που δεν μπορεί να υπερβαίνει τις δέκα (10) ημέρες, για την αποστολή του φακέλου και την έκθεση των απόψεων της. Η μη τήρηση της προθεσμίας αυτής γνωστοποιείται από τον Πρόεδρο του δικαστηρίου ή του οικείου Τμήματος στον αρμόδιο Υπουργό.

6. Διαφορές που αναφύονται κατά τη διαδικασία που προηγείται της σύναψης συμβάσεων στο πλαίσιο του παρόντος νόμου, εκδικάζονται σύμφωνα με τις ανωτέρω παραγράφους, κατά παρέκκλιση των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 3 του ν. 3886/2010 (Α' 173)."

6.1.2. Η δεύτερη από τις ανωτέρω δικονομικές ρυθμίσεις προβλέπει την αναλογική εφαρμογή των διατάξεων των παραγράφων 8, 9, 10, 11, και 12 του άρθρου 6 του ν. 2730/1999 στις εν λόγω διαφορές. Οι παράγραφοι 8, 9, 10, 11 και 12 του άρθρου 6 του ν. 2730/1999 αφορούν την εκδίκαση αιτήσεων ακυρώσεως και αναστολής εκτέλεσης σε υποθέσεις αναγκαστικών απαλλοτριώσεων:

«8. Αν ο αριθμός των εικαζόμενων ιδιοκτητών και εμπράγματων δικαιούχων είναι μεγαλύτερος των πενήντα (50), περίληψη της κατά την παράγραφο 1 του νόμου αυτού απαλλοτριωτικής πράξης, με μνεία του ΦΕΚ στο οποίο δημοσιεύθηκε και αναφορά στην τοποθεσία και κτηματική περιοχή των απαλλοτριούμενων, δημοσιεύεται σε δύο ημερήσιες εφημερίδες των Αθηνών ή του νομού όπου γίνεται η απαλλοτρίωση, σε δύο συνεχόμενα ημερήσια φύλλα τους. Η πράξη κήρυξης αναγκαστικής απαλλοτρίωσης επιδίδεται με δικαστικό επιμελητή στον δήμαρχο ή στον πρόεδρο κοινότητας και τοιχοκολλάται στο δημοτικό ή κοινοτικό κατάστημα της κτηματικής περιοχής όπου βρίσκονται τα απαλλοτριούμενα ακίνητα. Για την τοιχοκόλληση συντάσσεται σχετική πράξη από το γραμματέα του δήμου ή της κοινότητας ή άλλως γίνεται τοιχοκόλληση από δικαστικό επιμελητή.

Η τήρηση των παραπάνω διατυπώσεων επέχει θέση ατομικής γνωστοποίησης της απαλλοτριωτικής πράξης, για καθέναν που αξιώνει δικαιώματα στα απαλλοτριούμενα ακίνητα.

9. Η προθεσμία για την άσκηση αίτησης ακύρωσης κατά της απαλλοτριωτικής πράξης ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας (Σ.τ.Ε.), από οποιονδήποτε προβάλλει εμπράγματα δικαιώματα στα απαλλοτριούμενα, ορίζεται σε τριάντα (30) ημέρες, αρχόμενη ειδικώς για τους αναφερομένους στην προηγούμενη παράγραφο από την επόμενη της τελευταίας από τις παρακάτω ενέργειες, της δημοσίευσης σε εφημερίδα, της κοινοποίησης στον δήμαρχο ή πρόεδρο κοινότητας, της τοιχοκόλλησης στο δημοτικό ή κοινοτικό κατάστημα.

Η αίτηση ασκείται με κατάθεσή της στη γραμματεία του Συμβουλίου της Επικρατείας. Η διοίκηση ειδοποιείται εγγράφως (αμέσως) με τον προσφορότερο τρόπο (ιδίως με κοινοποίηση επιδιδόμενη με όργανο της διοίκησης, τηλεγράφημα, télex και FAX) από τη γραμματεία του Συμβουλίου της Επικρατείας και υποχρεούται να αποστείλει στο Συμβούλιο της Επικρατείας με δημόσιο όργανο και απόδειξη παραλαβής, το φάκελο της προσβαλλόμενης πράξης σε οκτώ (8) ημέρες από τη σχετική ειδοποίηση.

10. Η συζήτηση της αίτησης ακύρωσης ορίζεται το ταχύτερο δυνατόν, πάντως δε όχι αργότερα από είκοσι (20) ημέρες από την άσκησή της, η κλήτευση για εμφάνιση κατά τη συζήτηση επιδίδεται πριν από επτά (7) ημέρες από τη δικάσιμο, η δε απόφαση εκδίδεται υποχρεωτικώς σε τριάντα (30) ημέρες από τη συζήτησή της. Αναβολή της

υπόθεσης επιτρέπεται για σοβαρό λόγο μόνο μια φορά και σε δικάσιμο εντός οκτώ (8) ημερών. Παρέμβαση μπορεί να ασκηθεί το αργότερο τρεις (3) ημέρες πριν τη συζήτηση και κοινοποιείται είκοσι τέσσερις (24) ώρες πριν τη συζήτηση. Η κοινοποίηση της αίτησης από το δικαστήριο στους έχοντες έννομο συμφέρον να παρέμβουν μπορεί να γίνει πριν από επτά (7) ημέρες από τη δικάσιμο.

11. Αίτηση αναστολής εκτέλεσης της απόφασης κήρυξης της αναγκαστικής απαλλοτρίωσης στην επιτροπή αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας, εξετάζεται σε οκτώ (8) ημέρες από την κατάθεσή τους, με τον όρο της αποστολής του σχετικού φακέλου. Η δικάσιμος για την αίτηση αναστολής ορίζεται κατά την κατάθεση της αίτησης. Τρεις (3) ημέρες πριν τη συζήτηση επιδίδεται κλήση για εμφάνιση προς τη διάδικο αρχή, επιμελεία του αιτούντος. Η Διοίκηση ειδοποιείται αμέσως από τη γραμματεία του Συμβουλίου της Επικρατείας και υποχρεούται να αποστείλει αμέσως με δημόσιο όργανο και απόδειξη παραλαβής το σχετικό φάκελο στο γραμματέα του Συμβουλίου της Επικρατείας. Η απόφαση εκδίδεται εντός πέντε (5) ημερών από την εξέταση της αίτησης αναστολής.

12. Η τυχόν χορηγούμενη αναστολή εκτέλεσης της απόφασης κήρυξης αναγκαστικής απαλλοτρίωσης δεν αναστέλλει τη διαδικασία δικαστικού προσδιορισμού της προσωρινής αποζημίωσης.»

Η εισαγόμενη ρύθμιση είναι ασαφής, υπό την έννοια ότι δεν διευκρινίζει κρίσιμα ζητήματα ως προς τις αναλογικώς εφαρμοστέες διατάξεις. Π.χ., η εφαρμογή των προαναφερθεισών παραγράφων του άρθρου 6 του ν. 2730/1999 θα έχει την έννοια της εκδίκασης των αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010 ως αιτήσεων αναστολής του άρθρου 52 του π.δ. 18/1989 ή απλώς την εφαρμογή των χρονοδιαγραμμάτων ασκήσεως των ενδίκων μέσων και υποβολής των στοιχείων της υπόθεσης προς το Συμβούλιο της Επικρατείας, που θέτουν οι ανωτέρω παράγραφοι; Τα θέματα αυτά θα έπρεπε να ρυθμισθούν νομοθετικά με *ad hoc* διατάξεις και όχι να προβλέπεται η αναλογική εφαρμογή διατάξεων που αναφέρονται σε διαφορετικής φύσης διαφορές. Με τον τρόπο αυτό δημιουργείται μία ακόμη πηγή ανασφάλειας δικαίου ανάμεσα στις τόσες άλλες που ήδη υφίστανται.

6.2. Με το άρθρο 73 του Ν. 4146/2013 επήλθαν σημαντικές τροποποιήσεις στις διατάξεις που ρυθμίζουν τον προσυμβατικό έλεγχο νομιμότητας από το Ελεγκτικό Συνέδριο. Το άρθρο αυτό έχει ως ακολούθως:

«Άρθρο 73

Ρυθμίσεις για τον έλεγχο δημοσίων συμβάσεων

1. Το εδάφιο α' της παραγράφου 3 του άρθρου 35 του ν. 4129/2013 (Α' 52) αντικαθίσταται ως εξής:

«Ο προβλεπόμενος στην παράγραφο 1 έλεγχος νομιμότητας επί των συγχρηματοδοτούμενων συμβάσεων προμηθειών αγαθών, παροχής υπηρεσιών και εκτέλεσης έργων διενεργείται υποχρεωτικά πριν από τη σύναψη τους από Κλιμάκια του Ελεγκτικού Συνεδρίου, εφόσον η προϋπολογιζόμενη δαπάνη υπερβαίνει το ποσό των δέκα εκατομμυρίων (10.000.000) ευρώ (χωρίς Φ.Π.Α.).»

2. Το εδάφιο α' της παραγράφου 5 του άρθρου 35 του ν. 4129/2013 αντικαθίσταται ως εξής:

«Αιτήσεις ανάκλησης των πράξεων των Κλιμακίων που αποφαινόμενοι ότι κωλύεται η υπογραφή της ελεγχόμενης σύμβασης, υποβάλλονται στη γραμματεία του αρμόδιου Τμήματος, σε περίπτωση πλάνης περί τα πράγματα ή το νόμο, από αυτόν που έχει σπουδαίο έννομο συμφέρον προς τούτο, ή από τον Γενικό Επίτροπο της Επικρατείας, χάριν του δημοσίου συμφέροντος, μέσα σε δεκαπέντε ημέρες από την κοινοποίηση της πράξης του Κλιμακίου στον οικείο φορέα και στον Γενικό Επίτροπο.»

6.2.1 Με την πρώτη από τις ανωτέρω παραγράφους αυξάνεται το οικονομικό κατώφλιο ελέγχου της αρχικής σύμβασης από το Ελεγκτικό Συνέδριο, εφόσον συγχρηματοδοτείται από ενωσιακά κονδύλια, από τα 5.000.000 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α., στα 10.000.000 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α.. Με την επαύξηση αυτή του κατωφλίου ελέγχου τίθεται εκτός προσυμβατικού ελέγχου νομιμότητας ένας μεγάλος όγκος συμβάσεων δημοσίων έργων. Τούτο, σε συνδυασμό με την κατάργηση της αίτησης ανάκλησης κατά των πράξεων των Κλιμακίων του Ελεγκτικού Συνεδρίου καθώς και με το μέτρο του παραβόλου 1% επί των αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων που εκδικάζονται από τα δικαστήρια (ΣΤΕ και διοικητικά εφετεία), έχει ως αναπότρεπτη συνέπεια οι συμβάσεις αυτές να τίθενται στον χώρο του δικαστικώς ανελέγκτου, με όλες τις δυσμενέστερες συνέπειες που αυτό συνεπάγεται για τα δικαιώματα των διαγωνιζομένων, τη διασφάλιση της νομιμότητας και την προστασία του δημοσίου συμφέροντος.

6.2.2 Με τη δεύτερη από τις ανωτέρω παραγράφους καταργείται η δυνατότητα άσκησης αίτησης ανάκλησης κατά των πράξεων των Κλιμακίων του Ελεγκτικού Συνεδρίου, οι οποίες αποφαινόμενοι ότι δεν κωλύεται η υπογραφή της ελεγχόμενης σύμβασης. Με την κατάργηση της αίτησης ανάκλησης κατά των θετικών πράξεων των Κλιμακίων του Ελεγκτικού Συνεδρίου συρρικνώνεται σημαντικά η ελεγκτική αρμοδιότητα του ανωτάτου

αυτού δικαστηρίου. Οι δικαστές που στελεχώνουν τα Κλιμάκια του Ελεγκτικού Συνεδρίου είναι εξαιρετικής επιστημονικής κατάρτισης· ωστόσο, ως επί το πλείστον, είναι νέοι, στην αρχή της δικαστικής τους σταδιοδρομίας, χωρίς τη μακρόχρονη εμπειρία που διαθέτουν οι αρχαιότεροι δικαστές των Τμημάτων του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η οποία είναι σε αρκετές περιπτώσεις αναγκαία για τη διεξοδική και ως προς όλες τις πτυχές τους αντιμετώπιση όλων των σύνθετων νομικών ζητημάτων που ανακύπτουν κατά τη διαγωνιστική διαδικασία για την ανάθεση μίας δημόσιας σύμβασης. Δεν είναι λίγες οι περιπτώσεις που κρίσιμες νομικές πλημμέλειες της διαγωνιστικής διαδικασίας είχαν διαλάθει της προσοχής του Κλιμακίου και ανακαλύφθηκαν κατά τον έλεγχο που διενήργησε το Τμήμα κατόπιν άσκησης αίτησης ανάκλησης. Είναι δε εσφαλμένο το αναφερόμενο στην αιτιολογική έκθεση του νόμου, ότι δεν επέρχονται ουσιαστικές έννομες συνέπειες στους εμπλεκόμενους στην ελεγχόμενη διαδικασία. Κατ' αρχάς και πρωτίστως, το διακύβευμα εν προκειμένω δεν είναι οι έννομες συνέπειες στους εμπλεκόμενους, αλλά η προστασία του δημοσίου συμφέροντος. Κατά δεύτερον, είναι ανεδαφικό το αναφερόμενο στην αιτιολογική έκθεση, ότι *«όταν ο προσυμβατικός έλεγχος αποβαίνει θετικός και δεν διαπιστώνονται ουσιώδεις νομικές πλημμέλειες στη διαγωνιστική διαδικασία, δεν επέρχονται ουσιαστικές έννομες συνέπειες στους εμπλεκόμενους στην ελεγχόμενη διαδικασία»*. Εύλογα, γεννάται εν προκειμένω το ερώτημα: Κατά σχετικό σκεπτικό της αιτιολογικής έκθεσης, θεωρείται ότι η παράλειψη του προσυμβατικού ελέγχου να εντοπίσει ουσιώδη πλημμέλεια της διαγωνιστικής διαδικασίας δεν επιφέρει ουσιαστικές έννομες συνέπειες στους εμπλεκόμενους στον διαγωνισμό;

6.3. Με το άρθρο 74 του Ν. 4146/2013 επήλθαν περαιτέρω τροποποιήσεις στο γνωστό θέμα του παραβόλου της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων του Ν. 3886/2010. Ειδικότερα, το εν λόγω άρθρο έχει ως εξής:

«Άρθρο 74

Τροποποιήσεις του ν. 3886/2010 (Α 173)

1. Το δεύτερο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 5 του ν. 3886/2010 αντικαθίσταται ως εξής:

«Για την άσκηση της αιτήσεως αυτής κατατίθεται παράβολο το ύψος του οποίου ανέρχεται σε ποσοστό 1% της προϋπολογισθείσας αξίας, περιλαμβανομένου του Φ.Π.Α..

Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων απορρίπτεται ως απαράδεκτη αν κατά την κατάθεσή της δεν καταβληθεί το 1/3 του οφειλομένου παραβόλου και έως την πρώτη συζήτηση τα υπόλοιπα 2/3.»

2. Στο τέλος της παραγράφου 1 του άρθρου 5 του ν. 3886/2010, προστίθεται εδάφιο ως εξής:

«Το παράβολο αποδίδεται και στην περίπτωση κατά την οποία η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων απορριφθεί σύμφωνα με το εδάφιο β' της παραγράφου 5 του παρόντος άρθρου.»

6.3.1. Με την πρώτη από τις ανωτέρω παραγράφους επιβάλλεται η καταβολή του 1/3 του παραβόλου του 1% ταυτοχρόνως με την κατάθεση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων. Η ρύθμιση αυτή επιτείνει την πρόδηλη καταχρηστικότητα της διάταξης περί παραβόλου 1%, περιορίζοντας ακόμη περισσότερο τη δυνατότητα δικαστικού ελέγχου κατά τις διαγωνιστικές διαδικασίες για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων. Μάλιστα, μετά την εφαρμογή του άρθρου 23 του ν. 3894/2010 και των παραγράφων 8, 9, 10, 11 και 12 του άρθρου 6 του ν. 2730/1999 και στις διαφορές που ανακύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συγχρηματοδοτούμενων συμβάσεων άνω των 15.000.000 ευρώ, χωρίς Φ.Π.Α., έχει καταστεί και απολύτως αλυσιτελής. Και τούτο, διότι οι ανωτέρω διατάξεις θεσπίζουν ταχύτατες διαδικασίες προσδιορισμού εντός ολίγων ημερών των κατατιθεμένων αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων. Επομένως, το διάστημα που μεσολαβεί μεταξύ κατάθεσης και συζήτησης της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων είναι πλέον βραχύτατο για τα έργα που εμπίπτουν στις ρυθμίσεις αυτές.

Πρέπει, μάλιστα, να επισημανθούν για μια ακόμη φορά οι τεράστιοι κίνδυνοι που εγκυμονεί η εφαρμογή του απαράδεκτου αυτού παραβόλου· κίνδυνοι που έχουν ήδη κάνει την εμφάνισή τους σε διάφορους διαγωνισμούς. Δυστυχώς, έχει αρχίσει να εδραιώνεται στον εργοληπτικό κλάδο η αντίληψη ότι οι αναθέτουσες αρχές ενεργούν σε σωρεία περιπτώσεων εμπορούμενες από την απολύτως βάσιμη αίσθηση ότι δεν υπόκεινται σε δικαστικό έλεγχο. Οι συνέπειες της αίσθησης αυτής έχουν ήδη αρχίσει να καθίστανται εντονότατα αισθητές σε πολλούς διαγωνισμούς. Αυθαιρεσίες και παρανομίες επί θεμάτων τα οποία είχε επιλύσει η νομολογία των ελληνικών δικαστηρίων αρχίζουν να κάνουν την επανεμφάνισή τους σε πολλούς διαγωνισμούς. Οι κίνδυνοι για τη διασφάλιση της ενωσιακής και εθνικής νομιμότητας είναι τεράστιοι. Έμμεσοι και άμεσοι εκβιασμοί, συναλλαγές κάτω από το τραπέζι, εκδηλώσεις

διοικητικής αλαζονείας και αυθαιρεσίας έχουν αρχίσει να αποτελούν, δυστυχώς, κοινό τόπο. Η επωδός «που θα βρει 50.000 ευρώ για να πάει στο δικαστήριο;» ακούγεται όλο και πιο συχνά. Η κατάσταση είναι βέβαιο ότι θα χειροτερεύσει, μόλις εμπεδωθεί ακόμη περισσότερο η αίσθηση του ανελέγκτου. Η διασφάλιση της νομιμότητας στους δημόσιους διαγωνισμούς και ιδίως στους διαγωνισμούς δημοσίων έργων, όπου το παράβολο είναι παγιωμένο στις 50.000 ευρώ, κλονίζεται. Για τους λόγους αυτούς φρονούμε, ότι η άστοχη, αποτυχημένη και κατ' αποτέλεσμα άκρως επικίνδυνη αυτή νομοθετική ρύθμιση πρέπει να αποσυρθεί συνολικά, ώστε να φροντίσει η Πολιτεία να θεσπίσει ρυθμίσεις που θα επιτυγχάνουν τον επιδιωκόμενο σκοπό (κάτι ως προς το οποίο αποτυγχάνει πλήρως το θεσπισθέν παράβολο), χωρίς τις καταστροφικές ως προς την προστασία της ενωσιακής και εθνικής νομιμότητας παρενέργειες της επίμαχης ρύθμισης.

6.3.2 Με τη δεύτερη από τις ως άνω παραγράφους ορίζεται ότι το καταβληθέν παράβολο επιστρέφεται στο σύνολό του, σε περίπτωση που η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων απορριφθεί όχι διότι εκρίθη απαράδεκτη ή αβάσιμη, αλλά για λόγους δημοσίου συμφέροντος.

6.3.3 Τέλος, σοβαρά ερμηνευτικά προβλήματα γεννώνται μετά την έκδοση της απόφασης 136/2013 της Επιτροπής Αναστολών της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας, η οποία έκρινε ότι η υποχρέωση καταβολής του συνόλου του παραβόλου προ της συζήτησης της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, ως προϋπόθεσης του παραδεκτού αυτής, παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας. Επί του ζητήματος αυτού έχουμε αναφερθεί στο σχετικό από 15.4.2013 ενημερωτικό σημείωμα.

Με εκτίμηση,

Σταμάτης Σ. Σταμόπουλος.