

Αθήνα, 3-2-2016

ΥΠΟΜΝΗΜΑ

ΘΕΜΑ: Απόψεις επί θεμάτων δικαστικής προστασίας κατά την ανάθεση και εκτέλεση των δημοσίων έργων

Εν όψει της κατάρτισης του νέου συνολικού νομοσχεδίου για τις δημόσιες συμβάσεις, θεωρούμε ότι τα ζητήματα παροχής δικαστικής προστασίας κατά τα στάδια ανάθεσης και εκτέλεσης των συμβάσεων δημοσίων έργων είναι μείζονος σημασίας και απαιτούν καίριες παρεμβάσεις ώστε να καταστεί η παρεχόμενη δικαστική προστασία αποτελεσματική, ουσιαστική και ταχεία. Στο παρόν υπόμνημα επισημαίνουμε τα θέματα εκείνα όπου η τροποποίηση των υφισταμένων διατάξεων είναι απολύτως αναγκαία.

I. ΣΤΑΔΙΟ ΑΝΑΘΕΣΗΣ

Κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων υπάρχει ενιαίο θεσμικό πλαίσιο για τα έργα και τις λοιπές δημόσιες συμβάσεις και διαφοροποιείται μόνο σε σχέση με την υπαγωγή τους ή μη στο πεδίο εφαρμογής των κοινοτικών Οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων. Ως προς τις συμβάσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των κοινοτικών Οδηγιών εφαρμόζεται ο Ν. 3886/2010, ενώ ως προς τις συμβάσεις που είναι «κάτω του ορίου» εφαρμόζονται οι γενικές διατάξεις περί αιτήσεως ακυρώσεως και αναστολής εκτέλεσης του π.δ/τος 18/1989. Κατά το στάδιο ανάθεσης υπάρχουν πολλά θέματα που χρήζουν αντιμετώπισης, ωστόσο τα ακόλουθα δύο θεωρούμε ότι είναι τα πιο καίρια:

I.1 Παράβολο 1% επί αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων – αναστολής

Με το άρθρο 11 της από 5-12-2012 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου (ΦΕΚ Α' 237/5-12-2012), καθώς και το άρθρο 28 του Ν. 4111/25-1-2013

(ΦΕΚ Α' 18/25-1-2013), προστέθηκαν στην παράγραφο 1 του άρθρου 5 του Ν. 3886/2010 τα εδάφια β', γ' και δ', με τα οποία καθιερώθηκε υποχρέωση καταβολής παραβόλου 1% επί της αξίας της δημοπρατούμενης σύμβασης και όχι μεγαλύτερου των 50.000 ευρώ, ως προϋπόθεση του παραδεκτού της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων για τους διαγωνισμούς που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των κοινοτικών Οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων. Με το άρθρο 21 του Ν. 4274/2014 επεκτάθηκε η υποχρέωση αυτή και στις αιτήσεις αναστολής που υποβάλλονται σε διαγωνισμούς κάτω του ορίου.

Ως είναι αυτονόητο, το εν λόγω παράβολο, το οποίο κατά κανόνα ανέρχεται σε 50.000 ευρώ, δεδομένου ότι η πλειονότητα των συμβάσεων δημοσίων έργων είναι άνω των 5.000.000 ευρώ, έχει προκαλέσει μείζονα προβλήματα στην παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας κατά τους διαγωνισμούς δημοσίων έργων. Κατ' ουσία το παράβολο είναι απαγορευτικό για τους περισσότερους διαγωνιζόμενους να αναζητήσουν προσωρινή δικαστική προστασία (που είναι και η μόνη αποτελεσματική κατά το στάδιο των διαγωνισμών), διότι ελάχιστοι έχουν την οικονομική δυνατότητα μαζί με την απόλυτη βεβαιότητα περί ευδοκίμησης της αίτησης, ώστε να διακινδυνεύουν την απώλεια ενός τόσο μεγάλου χρηματικού ποσού, που μπορεί και να εγγίζει το προσδοκώμενο κέρδος από την υπό ανάθεση σύμβαση. Ο λόγος θέσπισης του επίμαχου παραβόλου, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του νόμου, ήταν η αποτροπή της παρελκυστικής άσκησης αιτήσεων προσωρινής δικαστικής προστασίας, με συνέπεια την πρόκληση καθυστερήσεων κατά την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων. Βεβαίως, είχε παρατηρηθεί σε διαγωνισμούς κατάχρηση από ορισμένους διαγωνιζόμενους του δικαιώματος προσωρινής δικαστικής προστασίας, με συνέπεια (πρωτίστως) την επιβάρυνση των δικαστηρίων με προδήλως αβάσιμες αιτήσεις ασφαλιστικών μέτρων και (δευτερευόντως) την καθυστέρηση στην πρόοδο των διαγωνισμών. Ωστόσο, όταν είχαν εμφανισθεί τέτοια φαινόμενα, δεν υπήρχε κανένα παράβολο. Η άσκηση αίτησης ασφαλιστικών μέτρων ήταν σχεδόν αδιάπανη. Δυστυχώς, ο νομοθέτης για την επίλυση αυτού του υπαρκτού, αλλά όχι μείζονος, προβλήματος προσέφυγε στην υιοθέτηση απολύτως ακραίων μέτρων, που δημιούργησαν σοβαρότερα προβλήματα από αυτά που επιχείρησε να επιλύσει. Ειδικότερα, το παράβολο 1% έχει προκαλέσει τα εξής προβλήματα:

- **Μείζονα νομικά ζητήματα συνταγματικότητας και συμβατότητας με το ενωσιακό δίκαιο:** Δεν θα επεκταθούμε σ' αυτά, διότι είναι γνωστά στον νομικό κόσμο. Συνοπτικά, απλώς, αναφέρουμε ότι το υπερβολικό αυτό παράβολο παραβιάζει το δικαίωμα προσφυγής στη Δικαιοσύνη (άρθρο 20 του Συντάγματος), καταργεί κατ' ουσία το δικαίωμα παροχής προσωρινής δικαστικής, το οποίο κατοχυρώνεται από τις δικονομικές Οδηγίες 89/665, 92/13 και 2007/66, παραβιάζει τη συνταγματικώς και βάσει του ενωσιακού δικαίου κατοχυρωμένη αρχή της αναλογικότητας κ.λπ..

- **Απρόσφορο της ρύθμισης για την επιτάχυνση των διαγωνισμών:**
 - i. Η καθυστέρηση στους δημόσιους διαγωνισμούς έργων, ειδικά σε αυτούς που διεξάγονται με το σύστημα «μελέτη – κατασκευή», όπου εμφανίζονται οι μεγαλύτερες καθυστερήσεις, παρατηρείται κατά το στάδιο ελέγχου και αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών. Τα δύο υποστάδια εξέτασης των τεχνικών προσφορών (υποστάδιο ελέγχου της τήρησης των τεχνικών προδιαγραφών και υποστάδιο αξιολόγησης και βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών που έχουν κριθεί ότι τηρούν τις τεχνικές προδιαγραφές) διαρκούν, έκαστο εξ αυτών, πολλούς μήνες, ακόμη και έτη. **Καμία επιτάχυνση της διοικητικής διαδικασίας δεν επέφερε η θέσπιση του κρινόμενου παραβόλου, για τον απλούστατο λόγο ότι το παράβολο δεν αφορά τις εν λόγω διαδικασίες.** Οι καθυστερήσεις που παρατηρούνται κατά τις διοικητικές διαδικασίες των διαγωνισμών εξακολουθούν να υφίστανται και να αποτελούν την κύρια τροχοπέδη για την ταχεία ολοκλήρωση των διαγωνισμών και την απορρόφηση των κονδυλίων του ΕΣΠΑ.
 - ii. Κατά τη δικαστική διαδικασία επίλυσης των σχετικών διαφορών όσες καθυστερήσεις παρατηρούνται, ειδικά στα διοικητικά εφετεία, εντοπίζονται κατά το χρονικό διάστημα από την κατάθεση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων μέχρι και τη συζήτηση της αίτησης. Ούτε και ως προς αυτές τις καθυστερήσεις είχε ιδιαίτερα ευεργετική επίδραση το θεσπισθέν μέτρο.

iii. Αντιθέτως, με τη θέσπιση υποχρέωσης έκδοσης διατακτικού εντός επτά ημερών από τη συζήτηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων (άρθρ. 5 παρ. 6 του Ν. 3886/2010, όπως ισχύει σήμερα), δεν υπάρχουν πλέον καθυστερήσεις κατά τη δικαστική επίλυση των διαφορών μετά τη συζήτησή τους. Κατά συνέπεια, ως προς το προκείμενο ζήτημα το θεσπισθέν παράβολο **«παραβιάζει ανοικτές θύρες»**, δεδομένου ότι η όποια τυχόν επιτάχυνση της διαδικασίας επιτυγχανόταν με το επίμαχο παράβολο, θα αφορούσε αποκλειστικά και μόνο το χρονικό διάστημα από τη συζήτηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων μέχρι και την έκδοση απόφασης επ' αυτής· καμία, όμως, καθυστέρηση δεν παρατηρείται πλέον κατά την ανωτέρω χρονική περίοδο, δεδομένου ότι εντός επτά ημερών από τη συζήτηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων είναι γνωστή η απόφαση του δικαστηρίου.

- **Διόγκωση των αυθαιρεσιών στους διαγωνισμούς δημοσίων έργων:**

Δυστυχώς, η δυσμενής πρόβλεψη την οποία είχαμε κάνει όταν πρωτοθεσπίσθηκε το παράβολο έχει βγει αληθινή: Πλέον οι αναθέτουσες αρχές ενεργούν έχοντας την **απολύτως βάσιμη αίσθηση ότι δεν υπόκεινται σε δικαστικό έλεγχο**. Οι συνέπειες της αίσθησης αυτής έχουν καταστεί έντονα αισθητές σε πολλούς διαγωνισμούς. Αυθαιρεσίες και παρανομίες επί θεμάτων τα οποία είχε επιλύσει η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας έχουν κάνει την εμφάνισή τους σε πολλούς διαγωνισμούς. Η επωδός *«άστον να πληρώσει 50.000 ευρώ για να πάει στο δικαστήριο»* ακούγεται όλο και πιο συχνά. Η διασφάλιση της νομιμότητας στους δημόσιους διαγωνισμούς και ιδίως στους διαγωνισμούς δημοσίων έργων, όπου το παράβολο είναι παγιωμένο στις 50.000 ευρώ, έχει κλονισθεί.

- **Σχεδόν πλήρης κατάργηση της προσωρινής δικαστικής προστασίας σε διαγωνισμούς κάτω του ορίου**

Το επίμαχο παράβολο θεσπίσθηκε αρχικά για τις αιτήσεις ασφαλιστικών μέτρων στους διαγωνισμούς που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των κοινοτικών Οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων. Με το άρθρο 21 του Ν. 4274/2014 επεκτάθηκε και στις απλές αιτήσεις αναστολής που ασκούνται στους διαγωνισμούς κάτω του κατωφλίου εφαρμογής των κοινοτικών Οδηγιών και διέπονται από τη γενική διάταξη του άρθρου 52 του π.δ/τος 18/1989. Ωστόσο, το επίπεδο προσωρινής δικαστικής προστασίας στους διαγωνισμούς αυτούς διαφέρει ουσιωδώς από αυτό των διαγωνισμών που υπάγονται στις κοινοτικές Οδηγίες. Ενώ η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων βάσει του Ν. 3886/2010 γίνεται δεκτή εφόσον πιθανολογηθεί σοβαρά η βασιμότητά της – δηλ. το δικαστήριο υπεισέρχεται στην ουσία της διαφοράς και την εκδικάζει ως ένα είδος «μίνι» αιτήσεως ακυρώσεως –, αντιθέτως στους διαγωνισμούς εκτός πεδίου εφαρμογής των κοινοτικών Οδηγιών η αίτηση αναστολής γίνεται δεκτή μόνο αν κριθεί ως προδήλως βάσιμη, ήτοι αν διαπιστωθεί ευθεία παράβαση διάταξης νόμου, χωρίς καν να απαιτείται ερμηνεία της. Είναι προφανές ότι οι προϋποθέσεις παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας είναι ουσιωδώς αυστηρότερες στους διαγωνισμούς κάτω του ορίου από τους διαγωνισμούς που υπάγονται στις κοινοτικές Οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων. Με την επιβολή και σ' αυτούς τους διαγωνισμούς του υπέρογκου παραβόλου του 1% της αξίας της δημοπρατούμενης σύμβασης καταργείται ουσιαστικώς πλήρως η δυνατότητα παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας και ανοίγεται διάπλατα ο δρόμος για κάθε λογής αυθαιρεσίες, φόβος που έχει επιβεβαιωθεί επανειλημμένως στην πράξη μετά την έναρξη εφαρμογής της ανωτέρω διάταξης από το καλοκαίρι του 2014.

Πιο δίκαιες και ήπιες εναλλακτικές επιλογές

Το επιδιωκόμενο δια της θέσπισής του αποτέλεσμα, ήτοι ο περιορισμός της άσκησης καταχρηστικών αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων και η επίσπευση των διαδικασιών ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων που χρηματοδοτούνται από το ΕΣΠΑ, **θα μπορούσε να επιτευχθεί**

αποτελεσματικότερα με πολύ πιο ήπια και κυρίως πιο δίκαια μέτρα.

Συγκεκριμένα:

i. Θα μπορούσε να θεσπισθεί χαμηλότερο και αναλογικότερο παράβολο. Εάν το παράβολο κινείτο σε λογικά πλαίσια, αφενός θα επιτυγχανόταν ο περιορισμός των καταχρηστικών αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων, αφετέρου θα διασφαλιζόταν η προστασία των δικαιωμάτων των πραγματικά θιγόμενων διαγωνιζομένων, οι οποίοι σήμερα έχουν αφεθεί κατ' ουσία απροστάτευτοι στις βουλές και αυθαιρεσίες της κάθε Υπηρεσίας.

ii. **Ακόμη δικαιότερο και αποτελεσματικότερο:** Θα μπορούσε να θεσπισθεί **αρκετά υψηλό ανώτατο όριο δικαστικής δαπάνης (π.χ. € 5.000) σε βάρος του ηττώμενου διαδίκου** (είτε πρόκειται για τον αιτούντα διαγωνιζόμενο είτε για την αναθέτουσα αρχή), η οποία θα καθοριζόταν στο ακριβές ύψος της και θα επιβαλλόταν, κατά την κρίση του Δικαστηρίου, κατόπιν συνεκτίμησης όλων των περιστάσεων της υπόθεσης (π.χ. σε περιπτώσεις προδήλως καταχρηστικής αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, ή αντιστοίχως, πρόδηλης παρανομίας από πλευράς της αναθέτουσας αρχής, θα μπορούσε να επιβληθεί, κατά την κρίση του Δικαστηρίου πάντοτε, το ανώτατο ποσό δικαστικής δαπάνης, ενώ σε περιπτώσεις εύλογης αμφιβολίας ως προς την έννοια των εφαρμοστέων νομοθετικών διατάξεων, θα μπορούσε να επιβληθεί πολύ χαμηλότερη δικαστική δαπάνη). Με τον τρόπο αυτό, **κατά πρώτον**, θα επιτυγχανόταν ο στόχος του περιορισμού των καταχρηστικών αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων, **κατά δεύτερον**, θα θεσπιζόταν ένα ισχυρό αντικίνητρο για τις αναθέτουσες αρχές να αποφεύγουν τις παρανομίες και να προσηλώνονται στη νομιμότητα και, **κατά τρίτον**, θα διασφαλίζονταν επαρκώς τα δικαιώματα των διαγωνιζομένων που θα είχαν βάσιμες αιτιάσεις κατά πράξεων των αναθετουσών αρχών.

Ι.2 Εκδίκαση των προδικαστικών προσφυγών από ανεξάρτητο όργανο

Σύμφωνα με τον Ν. 3886/2010, αλλά και τον προϋσχύσαντα Ν. 2522/1997, οι προδικαστικές προσφυγές, που αποτελούν προϋπόθεση του παραδεκτού της άσκησης ασφαλιστικών μέτρων στους διαγωνισμούς που

εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των κοινοτικών Οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, ασκούνται ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, η οποία αποφαινεται επ' αυτών. Με τις προδικαστικές προσφυγές προσβάλλονται οι αποφάσεις της προϊσταμένης αρχής του διαγωνισμού, η οποία καθίσταται αποφαινόμενο όργανο και επί της προδικαστικής προσφυγής που ασκείται κατά της πράξης που η ίδια εξέδωσε. Δηλαδή κρίνων και κρινόμενος είναι το αυτό πρόσωπο! Το σύστημα αυτό έχει παραμείνει αναλλοίωτο από τον χρόνο θέσπισης του πρώτου νόμου δικαστικής επίλυσης των διαφορών κατά το στάδιο ανάθεσης των συμβάσεων που υπάγονται στις κοινοτικές Οδηγίες και έχει δημιουργήσει πλείστες όσες στρεβλώσεις κατά το στάδιο της προδικαστικής επίλυσης των διαφορών που ανακύπτουν στους διαγωνισμούς για την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων. Στην πραγματικότητα δεν γίνεται ποτέ ουσιαστική εξέταση της προδικαστικής προσφυγής και η αναθέτουσα αρχή είτε απορρίπτει με ταυτόσημη αιτιολογία την προσφυγή κατά της πράξης που η ίδια έχει εκδώσει είτε αφήνει να παρέλθει άπρακτη η προθεσμία για την απόφαση επ' αυτής, οπότε η προσφυγή απορρίπτεται σιωπηρώς.

Θεωρούμε ότι είναι απολύτως επιβεβλημένη η θέσπιση θεσμικού πλαισίου βάσει του οποίου επί των προδικαστικών προσφυγών των διαγωνιζομένων κατά πράξεων της αναθέτουσας αρχής θα αποφαινούνται ανεξάρτητα όργανα ή αρχές, τα οποία ουδεμία οργανική ή υπηρεσιακή σχέση έχουν με την αναθέτουσα αρχή. Το προσχέδιο του Ν. 4281/2014 είχε προβεί σε μία σημαντική τομή, δυνάμει της οποίας αποφαινόμενο όργανο επί των προδικαστικών προσφυγών καθίστατο η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., σε οιονεί δικαστική, αντιμωλία διαδικασία. Ωστόσο, αυτή η θετική ρύθμιση δεν παρέμεινε στον τελικό νόμο, όπως ψηφίσθηκε από τη Βουλή. Θεωρούμε ότι είναι επιβεβλημένη η θέσπιση μιας παρόμοιας κατά τις βασικές της αρχές ρύθμισης, ώστε να διασφαλισθούν η αμεροληψία και η αποτελεσματικότητα κατά την εξέταση των προσφυγών των διαγωνιζομένων κατά πράξεων της αναθέτουσας αρχής.

II. ΣΤΑΔΙΟ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ

Τα θέματα που ανακύπτουν κατά τη δικαστική επίλυση των διαφορών κατά το στάδιο εκτέλεσης είναι πιο εξειδικευμένα και λεπτομερειακού

χαρακτήρα, ωστόσο το ίδιο κρίσιμα και ουσιώδη με αυτά του σταδίου ανάθεσης. Επιλεκτικά, θεωρούμε ότι τα κάτωθι είναι τα σημαντικότερα:

II.1 Διατήρηση του ισχύοντος ειδικού δικονομικού καθεστώτος

Στο άρθρο 13 του Ν. 1418/1984, όπως έχει κωδικοποιηθεί στο άρθρο 77 του Κ.Δ.Ε. (Ν. 3669/2008), περιλαμβάνονται ειδικές δικονομικές διατάξεις για τη δικαστική επίλυση των διαφορών από την εκτέλεση δημοσίων έργων. Το κυριότερο χαρακτηριστικό αυτών των διατάξεων είναι ότι προβλέπουν την εκδίκαση των διαφορών σε πρώτο και τελευταίο βαθμό από τα πολιτικά ή διοικητικά εφετεία. Θεωρούμε ότι οι διατάξεις αυτές πρέπει να διατηρηθούν ως έχουν με ενδεχόμενες επιμέρους βελτιώσεις· κυρίως δε, πρέπει να διατηρηθεί η ρύθμιση περί εκδίκασης των διαφορών σε πρώτο και τελευταίο βαθμό από τα εφετεία (τριμελή διοικητικά ή πενταμελή πολιτικά).

Πρέπει να επισημανθεί εν προκειμένω, ότι με το άρθρο 193 του ανασταλέντος και μηδέποτε εφαρμοσθέντος Ν. 4281/2014 είχε ορισθεί ότι *«κάθε διαφορά μεταξύ των συμβαλλόμενων μερών που προκύπτει από/ή με αφορμή την εκτέλεση ή ερμηνεία των δημοσίων συμβάσεων κατά την έννοια του παρόντος επιλύεται από το κατά τόπον αρμόδιο δικαστήριο, κατά τις οικείες δικονομικές διατάξεις»*. Εάν εφαρμοζόταν αυτή η διάταξη, θα προκαλούνταν τεράστιες καθυστερήσεις στη δικαστική επίλυση των διαφορών από την εκτέλεση έργων που υπάγονται στη δικαιοδοσία των πολιτικών δικαστηρίων (ήτοι έργων με κυρίους του έργου ή φορείς κατασκευής ν.π.ι.δ. που ανήκουν στον ευρύτερο δημόσιο τομέα)· και τούτο, διότι οι διαφορές θα εκδικάζονταν σε δύο βαθμούς δικαιοδοσίας, πρώτα στο πρωτοδικείο και ακολούθως στο εφετείο. Προβλήματα θα δημιουργούνταν και στις διαφορές που υπάγονται στη δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων, γενικότερα δε, οι εν λόγω ειδικές δικονομικές διατάξεις, που έχουν επανειλημμένως τροποποιηθεί βελτιωτικά βάσει της εμπειρίας που είχε συσσωρευθεί κατά την εκδίκαση των σχετικών διαφορών από τα δικαστήρια, αντιμετωπίζουν με ιδιαίτερη επιτυχία τις ιδιαιτερότητες των διαφορών κατά την εκτέλεση των έργων. Μία από αυτές είναι η ανάγκη για ταχεία και αποτελεσματική εκδίκαση των διαφορών, προς το συμφέρον του έργου και του κοινωνικού συνόλου κατ' επέκταση, η οποία καθίσταται ακόμη πιο επιτακτική από το γεγονός ότι προ της δικαστικής επίλυσης της διαφοράς προηγείται μία μακροχρόνια και

εξαντλητική ενδικοφανής προδικασία σε δύο στάδια (ένσταση και αίτηση θεραπείας), η οποία σκοπό έχει την επίλυση των περισσότερων διαφορών σε διοικητικό επίπεδο και την αποτροπή προσφυγής στη δικαιοσύνη. Εάν, λοιπόν, σ' αυτή την εξαντλητική και μακροχρόνια διοικητική προδικασία προστίθετο μία επίσης μακροχρόνια δικαστική διαδικασία, αφενός θα εξέλιπε ο λόγος θέσπισης της ενδικοφανούς προδικασίας, αφετέρου θα οδηγούμασταν σε καταστάσεις de facto αρνησιδικίας, τη στιγμή που το δημόσιο συμφέρον πρωτίστως επιτάσσει την ταχεία επίλυση των διαφορών από την εκτέλεση δημοσίων έργων. Για τους λόγους αυτούς θεωρούμε πως το ισχύον δικονομικό πλέγμα διατάξεων για την εκδίκαση των διαφορών από την εκτέλεση των δημοσίων έργων πρέπει ως προς τις βασικές του παραμέτρους να διατηρηθεί.

II.2 Διεύρυνση των λόγων αναιρέσεως ενώπιον του Αρείου Πάγου

Σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 77 του Κ.Δ.Ε., αίτηση αναίρεσης κατά αποφάσεων του πολιτικού εφετείου ενώπιον του Αρείου Πάγου δεν επιτρέπεται για τους λόγους των περιπτώσεων 8, 10 -15 και 18 του άρθρου 559 του ΚΠολΔ. Το γεγονός αυτό συνιστά αδικαιολόγητο περιορισμό των λόγων αναιρέσεως που μπορούν να προβληθούν ενώπιον του Αρείου Πάγου. Σοβαρότερη όλων είναι η εξαίρεση της περ. 14 του άρθρου 559 ΚΠολΔ, που αφορά παραβάσεις του δικονομικού δικαίου. Εξαιτίας του αποκλεισμού αυτού, σοβαρότατα νομικά σφάλματα των δικαστικών αποφάσεων παραμένουν εκτός αναιρετικού ελέγχου. Δεδομένου δε των σύνθετων δικονομικών θεμάτων που ανακύπτουν κατά την εκδίκαση των διαφορών από την εκτέλεση δημοσίων έργων (άσκηση ή μη απευθείας αγωγής, διάκριση προσφυγής από αγωγή ενώπιον των πολιτικών δικαστηρίων, εφαρμογή δικονομικών θεσμών του διοικητικού δικαίου στα πολιτικά δικαστήρια κ.ά.), η εξαίρεσή τους από τον αναιρετικό έλεγχο συνιστά σοβαρό έλλειμμα δικαστικής προστασίας. Επιπροσθέτως, υπάρχει αδικαιολόγητη διαφοροποίηση ως προς το εύρος του αναιρετικού ελέγχου μεταξύ Αρείου Πάγου και Συμβουλίου της Επικρατείας· στο ΣΤΕ οι παραβάσεις δικονομικού δικαίου ελέγχονται ως παραβάσεις νόμου, μια και στη διοικητική δικαιοσύνη δεν υφίσταται κατ' αρχήν η αντίστοιχη διάκριση ουσιαστικού και δικονομικού δικαίου, που ισχύει στην πολιτική δικαιοσύνη. Κατά συνέπεια, θα πρέπει να αρθούν οι σήμερα υφιστάμενοι

περιορισμοί των δυναμένων να προβληθούν ενώπιον του Αρείου Πάγου αναιρετικών λόγων, πρωτίστως δε ο αποκλεισμός της περ. 14 του άρθρου 559 ΚΠολΔ.

II.3 Σύσταση τμημάτων με εξειδικευμένους δικαστές

Οι διαφορές που ανακύπτουν κατά την εκτέλεση των δημοσίων έργων είναι εξαιρετικά περίπλοκες, αφενός ως προς τα νομικά ζητήματα, αφετέρου και κυρίως ως προς τα τεχνικά θέματα. Η απόφαση επ' αυτών απαιτεί μεγάλη εμπειρία, ειδικές τεχνικές γνώσεις, εξειδίκευση επί του αντικειμένου κ.λπ.. Οι υποθέσεις αυτές εκδικάζονται στα πολιτικά και διοικητικά εφετεία από δικαστήρια που συγκροτούνται από δικαστές οι οποίοι μπορεί να είναι πολύ καταρτισμένοι και έμπειροι, όμως δεν διαθέτουν την απαιτούμενη εξειδίκευση για τον αποτελεσματικό χειρισμό τους. Το φαινόμενο αυτό είναι ακόμη πιο έντονο στα διοικητικά δικαστήρια, όπου οι διοικητικοί εφέτες δεν έχουν καμία τριβή με υποθέσεις κατασκευαστικού αντικειμένου (εν αντιθέσει προς τους πολιτικούς εφέτες, οι οποίοι έχουν γενική εμπειρία από υποθέσεις εργολαβικού αντικειμένου) και όπου, επίσης, δεν συνηθίζεται να χρησιμοποιείται το αποδεικτικό μέσο της **πραγματογνωμοσύνης**. Το αποτέλεσμα είναι να παρατηρείται το φαινόμενο της καταφυγής σε τυπικούς λόγους (αναρμοδιότητα, αυτοδίκαιη έγκριση ή απόρριψη, εμπρόθεσμο – απρόθεσμο κ.λπ.) ώστε να αποφευχθεί η εξέταση της ουσίας της υπόθεσης. Κατ' ουσία και αυτό συνιστά μία μορφή έμμεσης αρνησιδικίας· σε κάθε περίπτωση δε, υπάρχει σοβαρό έλλειμμα στην ορθή απονομή της δικαιοσύνης στις υποθέσεις που αφορούν διαφορές από την εκτέλεση των έργων και, κυρίως, αυτές που υπάγονται στη δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων. Για τους λόγους αυτούς θεωρούμε ότι έχει καταστεί επιτακτική η ανάγκη για τη σύσταση **ειδικών τμημάτων** στα πολιτικά και (κυρίως) στα διοικητικά εφετεία, τα οποία θα στελεχώνονται από **τακτικούς δικαστές**, οι οποίοι **θα εξειδικευθούν με σεμινάρια και ειδική εκπαίδευση** στο εξαιρετικά δυσχερές και πολυσχιδές νομικό και τεχνικό αντικείμενο του δικαίου των δημοσίων έργων κατά το στάδιο της κατασκευής τους.

Επιπροσθέτως, **ο θεσμός της πραγματογνωμοσύνης πρέπει να καθιερωθεί ως υποχρεωτικός** κατά την εκδίκαση διαφορών από την εκτέλεση δημοσίων έργων, στις οποίες ανακύπτουν τεχνικά ζητήματα προς

επίλυση. Ο τακτικός δικαστής δεν είναι μηχανικός, ούτε οφείλει να είναι μηχανικός. Σημειωτέον, ότι και η ιδιότητα του μηχανικού δεν αρκεί, δεδομένου ότι τα σύνθετα και πολύπλοκα τεχνικά και κατασκευαστικά ζητήματα που ανακύπτουν στις διαφορές δημοσίων έργων μόνον εξειδικευμένοι μηχανικοί με μεγάλη εργασιακή εμπειρία δύνανται να τα κατανοήσουν σε όλες τις πτυχές τους. Σκοπός του κράτους δικαίου είναι η απονομή αποτελεσματική δικαιοσύνης. Ο σκοπός αυτός δεν είναι δυνατόν να επιτευχθεί στις διαφορές δημοσίων έργων, χωρίς τη θεσμοθετημένη συνδρομή εξειδικευμένων και έμπειρων μηχανικών. Ο δικαστής, όσο άριστος νομικός και αν είναι, δεν είναι δυνατόν να αποφασίσει ορθώς και να απονείμει δικαιοσύνη στις διαφορές δημοσίων έργων, εάν δεν δύναται να αντιληφθεί σε βάθος τα κρινόμενα τεχνικά και κατασκευαστικά ζητήματα. Για τον λόγο αυτό είναι επιβεβλημένη η χρήση του αποδεικτικού μέσου της πραγματογνωμοσύνης. Στα πολιτικά δικαστήρια, λόγω παράδοσης και εμπειρίας, γίνεται συχνότερη χρήση του. Στα διοικητικά δεν γίνεται ποτέ. Για τον λόγο αυτό θεωρούμε ως απολύτως επιβεβλημένη την **υποχρεωτική χρήση της πραγματογνωμοσύνης** οσάκις τα κρινόμενα θέματα απαιτούν εξειδικευμένες τεχνικές και επιστημονικές γνώσεις, πράγμα που συμβαίνει στις πλείστες περιπτώσεις.

II. 4 Σύνδεση διοικητικής προδικασίας και δικαστικής διαδικασίας – εισαγωγή μεθόδων επίλυσης των διαφορών επί τόπου των έργων – συμπύκνωση και απλοποίηση των διαδικασιών

α. Σύνδεση διοικητικής προδικασίας και δικαστικής διαδικασίας:

Ως είναι γνωστό, της ένδικης διαδικασίας επίλυσης των διαφορών από την εκτέλεση των έργων προηγείται η διοικητική διαδικασία με την άσκηση των ενδικοφανών προσφυγών της ένστασης και της αίτησης θεραπείας. Η διαδικασία αυτή είναι μακροχρόνια και αρκετές φορές δεν εξυπηρετεί τον σκοπό για τον οποίον έχει θεσπισθεί: την ταχεία και αποτελεσματική επίλυση των διαφορών σε διοικητικό επίπεδο, ώστε να αποφεύγονται μακροχρόνιες δικαστικές διαδικασίες και η υπερφόρτωση των δικαστηρίων με σύνθετες υποθέσεις που θα μπορούσαν να είχαν επιλυθεί σε προδικαστικό στάδιο. Η διοικητική προδικασία ρυθμίζεται στο άρθρο 76 του Κ.Δ.Ε.. Η τροποποίηση του εν λόγω άρθρου, εξ όσων γνωρίζουμε, υπάγεται στην αρμοδιότητα του ΥΠ.Υ.ΜΕ.ΔΙ., ωστόσο το περιεχόμενό του είναι άρρηκτα συνδεδεμένο με την

ένδικη διαδικασία που ακολουθεί. Για τον λόγο αυτό θεωρούμε πως θα πρέπει να υπάρξει ενιαία επεξεργασία των άρθρων 76 και 77 του Κ.Δ.Ε., ώστε να αποκτήσουν την απαιτούμενη διαδικαστική συνοχή, προς τον σκοπό της ταχείας και αποτελεσματικής επίλυσης των διαφορών που ανακύπτουν κατά το συμβατικό στάδιο.

β. Επιτροπές επίλυσης διαφορών επί τόπου των έργων

Περαιτέρω και προεχόντως, το συμβατικό στάδιο των δημοσίων έργων διαφέρει ουσιωδώς από τις λοιπές δημόσιες συμβάσεις. Ενώ οι συμβάσεις προμηθειών, κατά κανόνα, είναι απλές συμβάσεις πώλησης, οι οποίες ολοκληρώνονται με την παράδοση του προϊόντος και την καταβολή του συμφωνηθέντος τιμήματος, οι συμβάσεις δημοσίων έργων είναι περίπλοκες συμβάσεις, η εκτέλεση των οποίων καταλαμβάνει μεγάλη χρονική διάρκεια, κατά την οποία ανακύπτουν σχεδόν καθημερινώς μύρια όσα προβλήματα, τα οποία πρέπει να επιλύονται ταχύτατα και αποτελεσματικά, ώστε να είναι δυνατή η εύρυθμη και εμπρόθεσμη αποπεράτωση του έργου. Στην πράξη, δυστυχώς, κάτι τέτοιο δεν συμβαίνει. Τεράστιος αριθμός διαφωνιών επί τεχνικών θεμάτων, που θα μπορούσαν να είχαν επιλυθεί επιτόπου του έργου, καταλήγουν τελικώς στα δικαστήρια, αφού προηγηθεί μία χρονοβόρα ενδικοφανής προδικασία, για να υποστούν μία εξίσου χρονοβόρα και πολυδάπανη δικαστική διαδικασία, χωρίς και πάλι να δοθεί αποτελεσματική λύση, γεγονός που αποβαίνει πάντα σε βάρος του συμφέροντος του έργου και, κατ' επέκταση, του συμφέροντος της κοινωνίας. Στις μεγάλες κατασκευαστικές συμβάσεις διεθνώς τα προβλήματα αυτά επιλύονται μέσω των λεγομένων **επιτροπών επίλυσης διαφορών**, οι οποίες είναι **ανεξάρτητα όργανα πιστοποιημένων φορέων, απαρτιζόμενα από εξειδικευμένους και έμπειρους μηχανικούς, που έχουν ως αντικείμενο την επίλυση των δεκάδων διαφωνιών που ανακύπτουν κατά την εκτέλεση ενός δημοσίου έργου**. Με τον τρόπο αυτό αποτρέπεται στις περισσότερες περιπτώσεις η χρονοβόρα και πολυδάπανη προσφυγή στη δικαιοσύνη, η δε εκτέλεση του έργου συνεχίζεται απρόσκοπτα και με ελάχιστες καθυστερήσεις. Η αποδοχή των κρίσεων των ανεξάρτητων αυτών κριτών είναι οικειοθελής, ωστόσο η διεθνής εμπειρία έχει καταδείξει ότι στις περισσότερες των περιπτώσεων οι κρίσεις τους γίνονται αποδεκτές προς το συμφέρον όλων των πλευρών. Ένα

τέτοιο σύστημα οικειοθελούς προσταδίου επίλυσης διαφωνιών από ανεξάρτητους πιστοποιημένους φορείς θα μπορούσε να θεσπισθεί και στην Ελλάδα με ιδιαίτερος ευεργετικά αποτελέσματα.

γ. Συμπύκνωση και απλοποίηση των διαδικασιών διοικητικής και δικαστικής επίλυσης των διαφορών

Με το ισχύον σήμερα σύστημα επίλυσης διαφορών κατά την εκτέλεση των έργων ο ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να προσβάλλει με ενδικοφανείς διοικητικές προσφυγές (ένσταση και αίτηση θεραπείας) κάθε βλαπτική πράξη της διευθύνουσας υπηρεσίας ή της προϊσταμένης αρχής του έργου. Τέτοιες πράξεις εκδίδονται δεκάδες και πολλές φορές αφορούν το ίδιο ζήτημα. Π.χ. μία διαφωνία ως προς συγκεκριμένες εργασίες που πρέπει να εκτελεστούν και τον τρόπο τιμολόγησής τους μπορεί να περιλαμβάνεται σε περισσότερους του ενός Ανακεφαλαιωτικούς Πίνακες Εργασιών (Α.Π.Ε.), σε πολλούς λογαριασμούς, σε αναλυτικές επιμετρήσεις, σε άλλες πράξεις της Δ.Υ. όπως ειδικές διαταγές ή εντολές της προς τον ανάδοχο, στην τελική επιμέτρηση, στο πρωτόκολλο προσωρινής παραλαβής, στο πρωτόκολλο οριστικής παραλαβής κ.ο.κ.. Δηλαδή, η ίδια διαφωνία εμφανίζεται σε πολλές πράξεις, που θα πρέπει να προσβληθούν αυτοτελώς εκάστη εξ αυτών, διαφορετικά ο ανάδοχος κινδυνεύει να απολέσει τα δικαιώματά του σε περίπτωση μη προσβολής και οριστικοποίησης έστω και μίας εξ αυτών! Αυτό συνιστά παραλογισμό και όμως αποτελεί συνηθέστατο φαινόμενο κατά την εκτέλεση των έργων. Έχουν υπάρξει περιπτώσεις όπου για την ίδια κατ' ουσία διαφορά έχουν ασκηθεί ενώπιον των δικαστηρίων (κατόπιν ολοκλήρωσης της ενδικοφανούς προδικασίας) περισσότερες των εκατό προσφυγών! Και το φαινόμενο αυτό οφείλεται στη δυσκαμψία του δικαίου των δημοσίων έργων, που αφενός απαγορεύει τη δυνατότητα συγκέντρωσης όλων των διαφωνιών και επίλυσής τους μέσω μίας ενιαίας διαδικασίας και αφετέρου εδράζεται στην αρχή της απόλυτης αυτοτέλειας των διοικητικών πράξεων, γεγονός που καθιστά νομικώς επιβεβλημένη την προσβολή εκάστης εξ αυτών, διαφορετικά ο ανάδοχος κινδυνεύει να απολέσει ολοσχερώς και οριστικώς δικαιώματά του. Για τους λόγους αυτούς θεωρούμε πως είναι αναγκαία η θέσπιση ενός πιο ευέλικτου και λιγότερο τυπολατρικού θεσμικού πλαισίου επίλυσης των διαφορών, που θα αποβλέπει στην προαγωγή της οικονομίας των

διαδικαστικών ενεργειών ενώπιον της Διοίκησης και των δικαστηρίων, προς όφελος της ουσιαστικής απόδοσης δικαιοσύνης.

II. 5 Διαιτησία

Στο πλαίσιο της αποτελεσματικότητας της παρεχόμενης δικαστικής προστασίας πρέπει να αξιοποιηθεί και ο θεσμός της διαιτησίας. Το ισχύον θεσμικό πλαίσιο (άρθρ. 78 Κ.Δ.Ε.) προβλέπει γενικώς και αορίστως τη δυνατότητα πρόβλεψης διαιτητικής ρήτηρας στη διακήρυξη. Στην πράξη αυτό δεν συμβαίνει σχεδόν ποτέ και, πέραν των μεγάλων συμβάσεων παραχώρησης που υπάγονται σε ιδιαίτερο θεσμικό πλαίσιο, η διαιτητική επίλυση των διαφορών στις συμβάσεις δημοσίων έργων είναι άγνωστη. Θεωρούμε ότι η εισαγωγή μιας συστηματοποιημένης διαδικασίας επί τη βάση οργανωμένης διαιτησίας θα απέβαινε προς όφελος των έργων, υπό την προϋπόθεση, βεβαίως, ότι δεν θα παραβιάζονταν οι συνταγματικές διατάξεις περί μη στέρησης του φυσικού δικαστή (άρθρ. 8 Σ/τος)· δηλ. η υπαγωγή των διαφορών στη διαιτησία θα πρέπει να είναι πράγματι εθελοντική και να στηρίζεται στην ελεύθερη και αβίαστη βούληση αμφοτέρων των συμβαλλομένων πλευρών. Πολλές συμβάσεις έργων που συνάπτονται με φορείς του ευρύτερου δημόσιου τομέα (π.χ. ΔΕΗ, ΔΕΣΦΑ κ.ά.) περιέχουν ρήτρες διαιτητικής επίλυσης των διαφορών που θα ανακύψουν από την εκτέλεση της σύμβασης είτε από θεσμικώς οργανωμένη και διεθνώς αναγνωρισμένη διαιτησία (π.χ. Διεθνές Εμπορικό Επιμελητήριο - ICC) είτε από *ad hoc* διαιτησία βάσει προκαθορισμένων διαδικαστικών κανόνων. Η εμπειρία που έχει αποκομισθεί από την εφαρμογή του θεσμού της διαιτησίας είναι ιδιαίτερος θετικός, διότι έχει εξασφαλίσει μεγάλη ταχύτητα και ορθότητα στην επίλυση των διαφορών. Ανεξαρτήτως του ποιος έχει δίκιο σε κάθε επιμέρους διαφορά, τούτο (η ορθότητα και η ταχύτητα) αποβαίνει πάντοτε προς όφελος του έργου.

Για τους λόγους αυτούς θεωρούμε πως είναι αναγκαία η **εισαγωγή του θεσμού της διαιτησίας** ως μόνιμης εναλλακτικής λύσης επίλυσης των διαφορών από όλες τις συμβάσεις δημοσίων έργων, **μέσω της εισαγωγής διαιτητικών ρητρών σε όλες τις συμβάσεις δημοσίων έργων**. Σε περίπτωση, βεβαίως, που αντιλέξει ο ανάδοχος, η διαιτητική ρήτρα δεν θα καθίσταται υποχρεωτική, ωστόσο στην πλειονότητα των περιπτώσεων θα

γίνεται δεκτή, γεγονός που θα αποβεί προς όφελος όλων των πλευρών και κυρίως των έργων, βραχυπροθέσμως και μακροπροθέσμως.

Με εκτίμηση,
Σταμάτης Σ. Σταμόπουλος.