

Αθήνα, 26.1.2005

ΓΝΩΜΑΤΕΥΣΗ

Η εταιρεία – μέλος του ΣΑΤΕ «ΔΗΜ-ΕΡ Α.Ε.» υπέβαλε το ακόλουθο ερώτημα:

«Θα παρακαλούσα να με πληροφορήσετε ποια είναι η διαδικασία που πρέπει να ακολουθείται προκειμένου να προσβληθεί η νομιμότητα των όρων της διακήρυξης έργου όπου Δημοπρατούσα Αρχή είναι είτε ΟΤΑ είτε Νομαρχία είτε ΥΠΕΧΩΔΕ κλπ.»

Η απάντησή μου επί του ανωτέρω ερωτήματος έχει ως ακολούθως:

Σ.Α.Τ.Ε.

Η διαδικασία προσβολής της διακήρυξης ή όρων αυτής διαφοροποιείται ανάλογα με το αν το δημοπρατούμενο έργο εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Κοινοτικού Δικαίου ή όχι. Για τον λόγο αυτό η ανάπτυξη που ακολουθεί διακρίνει ανάμεσα στις δύο προεκτεθείσες κατηγορίες:

1. Διαγωνισμοί εντός πεδίου εφαρμογής του Κοινοτικού Δικαίου

Σε περίπτωση που υπάρχουν παράνομοι όροι στη διακήρυξη ο διαγωνιζόμενος έχει δύο επιλογές: Πρώτον, να προσβάλει τους όρους πριν τη διεξαγωγή της δημοπρασίας. Δεύτερον, να μετάσχει στον διαγωνισμό και να προσβάλει πράξη αποκλεισμού του ή, γενικότερα, πράξη βλαπτική των εννόμων συμφερόντων του, η οποία ερείδεται επί παρανόμων όρων της διακήρυξης. Οι ανωτέρω επιλογές μπορούν να ασκούνται σωρευτικά, δεν είναι δηλαδή υποχρεωτική η διαζευκτική τους άσκηση. Τούτο σημαίνει, ότι ένας διαγωνιζόμενος μπορεί να προσβάλει, με τη νόμιμη διαδικασία που εκτίθεται παρακάτω, τους παράνομους όρους πριν τη δημοπράτηση του έργου και στη συνέχεια, εφόσον παραστεί ανάγκη, να ασκήσει τα νόμιμα μέσα και κατά των επιμέρους πράξεων που στηρίζονται στους παράνομους όρους.

Ειδικότερα, η διαδικασία και οι προϋποθέσεις νομιμότητάς της σε αμφοτέρως τις ανωτέρω περιπτώσεις έχει ως εξής:

1.1. Προσβολή όρων της διακήρυξης πριν τη δημοπρασία

Όταν ο διαγωνισμός εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Κοινοτικής Νομοθεσίας, εφαρμόζεται ο Ν. 2522/1997. Προϋπόθεση του παραδεκτού της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων του νόμου αυτού είναι η προηγούμενη άσκηση της λεγόμενης «προδικαστικής προσφυγής» της παρ. 2 του άρθρου 3 του εν λόγω νόμου. Η προσφυγή αυτή πρέπει να ασκηθεί εντός πέντε (5) ημερών από τη γνώση των παράνομων όρων της διακήρυξης. Νομολογιακά έχει κριθεί ότι απαιτείται **πλήρης γνώση** για την έναρξη της πενθήμερης προθεσμίας. Στην περίπτωση των διακηρύξεων η πλήρης γνώση τεκμαίρεται ότι υπάρχει με την αποδεδειγμένη παραλαβή των τευχών από τη δημοπρατούσα αρχή. Επομένως, θα μπορούσε να διατυπωθεί ο κανόνας, ότι η προδικαστική προσφυγή πρέπει να ασκείται το αργότερο εντός πενθημέρου από την αποδεδειγμένη παραλαβή των τευχών της δημοπρασίας από την Υπηρεσία. Φυσικά, τούτο δεν αίρει τη δυνατότητα να ασκηθεί και νωρίτερα, πριν ακόμη και από την επίσημη παραλαβή των τευχών.

Στη συνέχεια, ακολουθείται η συνήθης διαδικασία του Ν. 2522/1997: Εντός δεκαήμερου από την έκδοση ρητής απορριπτικής απόφασης της αναθέτουσας αρχής επί της προδικαστικής προσφυγής ή από την άπρακτη παρέλευση της δεκαήμερης προθεσμίας από την άσκηση της προσφυγής, ο προσφεύγων οφείλει να ασκήσει

αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του αρμοδίου δικαστηρίου. Εφόσον αναθέτουσα αρχή είναι το δημόσιο ή νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου (περιλαμβανομένων και των Ο.Τ.Α.), αρμόδιο δικαστήριο είναι το Συμβούλιο Επικρατείας. Εφόσον αναθέτουσα αρχή είναι νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου, αρμόδιο δικαστήριο είναι το κατά τόπο αρμόδιο Μονομελές Πολιτικό Πρωτοδικείο. Στην αίτηση ασφαλιστικών μέτρων μπορεί να ενσωματωθεί αίτημα για την έκδοση προσωρινής διαταγής, με την οποία θα αναστέλλεται η διεξαγωγή της δημοπρασίας, η κατακύρωση του έργου ή η υπογραφή της σύμβασης, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων.

Σ.Α.Τ.Ε.

1.2. Αμφισβήτηση νομιμότητας όρων της διακήρυξης μετά τη διεξαγωγή της δημοπρασίας.

Μετά τη διεξαγωγή της δημοπρασίας δεν είναι κατά κανόνα δυνατή η ευθεία προσβολή όρων της διακήρυξης, προεχόντως διότι θα έχει παρέλθει η πενθήμερη προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής. Στην περίπτωση αυτή ένας διαγωνιζόμενος δύναται να αμφισβητήσει τη νομιμότητα βλαπτικών για τα συμφέροντά του πράξεων της αναθέτουσας αρχής οι οποίες ερείδονται επί παράνομων όρων της διακήρυξης. Π.χ., μπορεί να προσβάλει πράξη αποκλεισμού του από τον διαγωνισμό, η οποία ερείδεται επί όρου της διακήρυξης που παρανόμως απαιτούσε από τους διαγωνιζόμενους να προσκομίσουν πιστοποιητικό που δεν προβλέπεται από τη νομοθεσία.

Προϋπόθεση του παραδεκτού της προσβολής τέτοιων πράξεων είναι ο συγκεκριμένος διαγωνιζόμενος να μην έχει μετάσχει ανεπιφυλάκτως στον διαγωνισμό. Κατά την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, εάν ένας διαγωνιζόμενος έχει μετάσχει ανεπιφυλάκτως στη δημοπρασία, δεν δύναται μεταγενεστέρως να αμφισβητήσει τη νομιμότητα βλαπτικής για τα συμφέροντά του πράξης της αναθέτουσας αρχής για τον λόγο ότι ερείδεται επί παράνομου όρου της διακήρυξης, διότι θεωρείται ότι με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή του έχει αποδεχθεί τον όρο αυτό.

Επομένως, το ζητούμενο είναι, με ποιο τρόπο ένας διαγωνιζόμενος διατυπώνει την επιφύλαξή του ως προς τη νομιμότητα συγκεκριμένου όρου ή όρων της διακήρυξης. Κατ' αρχάς, εάν ο διαγωνιζόμενος έχει προηγουμένως τηρήσει τη διαδικασία προσβολής της διακήρυξης του Ν. 2522/1997, είναι αυτονόητο ότι μετέχει στη δημοπρασία με επιφύλαξη ως προς τη νομιμότητα των όρων που έχει προσβάλει. Εάν δεν έχει τηρήσει την ανωτέρω διαδικασία, τότε θα πρέπει να διατυπώσει ρητή επιφύλαξη κατά την υποβολή της προσφοράς του. Συνήθως αυτό γίνεται με τη συμπερίληψη αυτοτελούς εγγράφου ρητής επιφύλαξης στο φάκελο της προσφοράς, ή με τη σχετική έγγραφη μνεία σε κάποιο από το έγγραφα της προσφοράς, ή με την κατάθεση ξεχωριστού εγγράφου στο πρωτόκολλο της Υπηρεσία λίγο πριν, ή ταυτόχρονα με τη διεξαγωγή της δημοπρασίας.

2. Διαγωνισμοί εκτός πεδίου εφαρμογής του Κοινοτικού Δικαίου

Στους διαγωνισμούς που δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Κοινοτικού Δικαίου δεν υπάρχει θεσμοθετημένη διαδικασία προσβολής της διακήρυξης ή όρων αυτής. Το γεγονός αυτό δεν σημαίνει ότι ένας ενδιαφερόμενος δεν δύναται να προσβάλει τη διακήρυξη, απλώς ότι η διαδικασία προσβολής της υπάγεται στις γενικές διατάξεις και δεν υπόκειται σε συγκεκριμένες προθεσμίες. Ειδικότερα:

2.1. Προσβολή όρων της διακήρυξης πριν τη δημοπρασία

Στην προκείμενη περίπτωση δεν εφαρμόζεται ο Ν. 2522/1997, οπότε ο ενδιαφερόμενος δεν είναι υποχρεωμένος να ασκήσει την προδικαστική προσφυγή του νόμου αυτού, ούτε θεσπίζεται οιαδήποτε άλλη προθεσμία βάσει των γενικών διατάξεων. Επομένως, ο ενδιαφερόμενος δύναται να ασκήσει ένσταση κατά της διακήρυξης ενώπιον της δημοπρατούσας αρχής πριν τη διεξαγωγή της δημοπρασίας ή και να την προσβάλει απευθείας ενώπιον του αρμοδίου δικαστηρίου.

Πρέπει να επισημανθεί ότι ο πήχυς της προσωρινής δικαστικής προστασίας είναι τοποθετημένος ψηλότερα στα έργα που δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Κοινοτικού Δικαίου σε σχέση με αυτά που εμπίπτουν. Δηλαδή, οι προϋποθέσεις για την αποδοχή της αίτησης αναστολής στους εκτός πεδίου εφαρμογής του Κοινοτικού Δικαίου διαγωνισμούς είναι αυστηρότερες απ' ό,τι σ' αυτούς που υπάγονται σ' αυτό. Συγκεκριμένα, η Επιτροπή Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας απαιτεί πρόδηλη βασιμότητα της αιτήσεως ακυρώσεως για να κάνει δεκτή την αίτηση αναστολής, ενώ παγίως δεν αναγνωρίζει την οικονομική ζημία από την απώλεια του έργου ως ανεπανόρθωτη ή δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη.

Περαιτέρω, είναι αναγκαίο να τονισθεί ότι, σύμφωνα με την πάγια νομολογία επί του θέματος, δεν αναγνωρίζεται έννομο συμφέρον στον ενδιαφερόμενο να προσβάλει τη διακήρυξη εάν δεν μετάσχει παραλλήλως στον διαγωνισμό. Επομένως, η συμμετοχή στη δημοπρασία είναι αναγκαία, ασχέτως αν ο αποκλεισμός του προσβάλλοντος τη διακήρυξη διαγωνιζομένου είναι δεδομένος λόγω των παράνομων όρων της διακήρυξης. Μοναδική εξαίρεση είναι η περίπτωση παράβασης των διατυπώσεων δημοσιότητας, όπου αναγνωρίζεται το έννομο συμφέρον του ενδιαφερόμενου και δικαιούμενου να μετάσχει στη δημοπρασία εργολήπτη, του οποίου η συμμετοχή παρεμποδίσθηκε εξαιτίας της παράβασης των διατυπώσεων δημοσιότητας.

Τέλος, θα πρέπει να επισημανθεί ότι στις περιπτώσεις έργων εκτός πεδίου εφαρμογής του Κοινοτικού Δικαίου προϋπόθεση του παραδεκτού της αίτησης αναστολής είναι η προηγούμενη άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως κατά της διακήρυξης.

Σ.Α.Τ.Ε.

2.2. Αμφισβήτηση νομιμότητας όρων της διακήρυξης μετά τη διεξαγωγή της δημοπρασίας.

Στην περίπτωση αυτή ισχύουν όσα αναφέρθηκαν ανωτέρω για τα έργα που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Κοινοτικού Δικαίου, με τις αυτονόητες διαφοροποιήσεις όσον αφορά την τηρητέα διαδικασία (μη άσκηση προδικαστικής προσφυγής και προηγούμενη άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως).

3. Έργα Ο.Τ.Α.

Στις περιπτώσεις των έργων που δημοπρατούνται από Οργανισμούς Τοπικής Αυτοδιοίκησης, είτε πρώτου βαθμού (δήμοι, κοινότητες) είτε δεύτερου βαθμού (νομαρχιακές αυτοδιοικήσεις), εκτός από τα προαναφερθέντα προβλέπεται και η άσκηση της ειδικής διοικητικής προσφυγής (προσφυγή νομιμότητας) ενώπιον της λεγόμενης Επιτροπής του άρθρου 18 του Ν. 2218/1994 (ή του άρθρου 7 παρ. 1 Ν.

2839/2000) της αρμόδιας Περιφέρειας. Επισημαίνεται, ότι ενώπιον των ανωτέρω επιτροπών προσβλητή πράξη είναι η απόφαση του αρμόδιου συλλογικού οργάνου του Ο.Τ.Α., με την οποία αποφασίσθηκε η προκήρυξη της δημοπρασίας και εγκρίθηκαν οι όροι της διακήρυξής της. Κατά κανόνα, η έκδοση της ανωτέρω απόφασης θα έχει προηγηθεί κατά σημαντικό χρονικό διάστημα της δημοσίευσης της διακήρυξης και κατά πάσα πιθανότητα δεν θα την έχουν αντιληφθεί οι ενδιαφερόμενοι. Επομένως, λόγω και της μικρής προθεσμίας άσκησης της εν λόγω προσφυγής (10 ημέρες για Ο.Τ.Α. 1^{ου} βαθμού και 15 ημέρες για Ο.Τ.Α. 2^{ου} βαθμού), στις πλείστες των περιπτώσεων η προθεσμία θα έχει παρέλθει κατά το χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης και ως εκ τούτου η προσφυγή θα ασκείται εκπροθέσμως. Για τον λόγο αυτό η προκείμενη δυνατότητα δεν είναι ιδιαίτερος αξιοποιήσιμη στις περιπτώσεις προσβολής όρων διακήρυξης έργων Ο.Τ.Α.

Με εκτίμηση,

Σ.Α.Τ.Ε.

Σταμάτης Σ. Σταμόπουλος