

Α.Π. 26033/ΣΣ/λμ

Αθήνα, 27 Μαρτίου 2013

Commission des Communautés  
européennes  
A l'attention de Mme la Secrétaire  
générale

B-1049 Bruxelles  
BELGIQUE

### ΚΑΤΑΓΓΕΛΙΑ ΠΡΟΣ ΤΗΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ

Του Πανελληνίου Συνδέσμου Τεχνικών Εταιρειών («Σ.Α.Τ.Ε.»), ο οποίος εδρεύει στην Αθήνα Φειδίου 14 – 16, εκπροσωπούμενος σύμφωνα με το καταστατικό του.

**ΘΕΜΑ:** Αντίθεση προς το ενωσιακό δίκαιο διατάξεων της ελληνικής νομοθεσίας [εδάφια β', γ' και δ' της παρ. 1 του άρθρου 5 του Ν. 3886/2010, τα οποία προστέθηκαν με το άρθρο 11 της από 5-12-2012 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου (ΦΕΚ Α' 237/5-12-2012), καθώς και με το άρθρο 28 του Ν. 4111/25-1-2013 (ΦΕΚ Α' 18/25-1-2013)] – Θέσπιση υποχρέωσης καταβολής παραβόλου 1% επί του προϋπολογισμού δημοσίων συμβάσεων ως προϋπόθεση της παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων.

—'—

### ΣΥΝΟΠΤΙΚΗ ΕΚΘΕΣΗ ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΟΥ

Ο «Πανελλήνιος Σύνδεσμος Τεχνικών Εταιρειών» (και συντομογραφικά «ΣΑΤΕ») είναι εργοληπτική οργάνωση και ο κύριος φορέας και εκπρόσωπος των ανωνύμων τεχνικών εταιρειών που αναλαμβάνουν την εκτέλεση δημοσίων έργων. Τακτικά μέλη του είναι αποκλειστικά νομικά πρόσωπα – εταιρείες (κυρίως ανώνυμες εταιρείες, αλλά επίσης και Ε.Π.Ε. καθώς και προσωπικές εμπορικές εταιρείες), οι οποίες είναι εγγεγραμμένες στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων του Υπουργείου Υποδομών Μεταφορών & Δικτύων (ΜΕΕΠ). Από απόψεως αριθμητικού ποσοστού αλλά και ποσοστού κύκλου

εργασιών σε σχέση με τον συνολικό αριθμό των δραστηριοποιούμενων στη χώρα εργοληπτικών επιχειρήσεων και τον αντίστοιχο κύκλο εργασιών τους, από τον ΣΑΤΕ εκπροσωπείται το 70% περίπου των εργοληπτικών επιχειρήσεων της χώρας. Τούτο σημαίνει ότι ο ΣΑΤΕ αποτελεί τον κύριο θεσμικό φορέα και εκπρόσωπο των εργοληπτικών επιχειρήσεων υπό μορφή εταιρείας, δηλαδή του συνόλου των εργοληπτικών επιχειρήσεων που αναλαμβάνουν από τα μεγαλύτερα έως και τα μικρομεσαία δημόσια έργα.

Η Ελληνική Δημοκρατία, προς τον σκοπό της εναρμόνισης του εθνικού δικαίου με τις δικονομικές Οδηγίες 89/665/ΕΚ του Συμβουλίου της 21ης Ιουνίου 1989 & 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 25ης Φεβρουαρίου 1992, όπως τροποποιήθηκαν με την Οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 11ης Δεκεμβρίου 2007, εψήφισε τον Ν. 3886/2010 «*Δικαστική προστασία κατά τη σύναψη δημόσιων συμβάσεων – Εναρμόνιση της ελληνικής νομοθεσίας με την Οδηγία 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 21ης Ιουνίου 1989 (L 395) και την Οδηγία 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 25ης Φεβρουαρίου 1992 (L 76), όπως τροποποιήθηκαν με την Οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 11ης Δεκεμβρίου 2007 (L 335)*», με τον οποίο εναρμονίσθηκε η εθνική νομοθεσία με τις προαναφερθείσες δικονομικές Οδηγίες και ειδικά με τις τροποποιήσεις που είχε επιφέρει η Οδηγία 2007/66/ΕΚ στις ήδη ισχύουσες δικονομικές Οδηγίες 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ. Προ της ψήφισής του Ν. 3886/2010 ίσχυε ο Ν. 2522/1997, με τον οποίο είχαν για πρώτη φορά ενσωματωθεί στην εσωτερική έννομη τάξη οι δικονομικές Οδηγίες 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ.

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), στην παράγραφο 1 του άρθρου 5 του Ν. 3886/2010 προστέθηκαν εδάφια β', γ' και δ' ως εξής:

*«Για το παραδεκτό της άσκησης της αιτήσεως αυτής πρέπει να κατατεθεί, μέχρι την πρώτη συζήτηση της υποθέσεως, παράβολο, το ύψος του οποίου ανέρχεται σε **ποσοστό 1% της προϋπολογισθείσας αξίας, περιλαμβανομένου του Φ.Π.Α.***

*Για την είσπραξη του παραβόλου, **το οποίο δεν μπορεί να υπερβεί τις 50.000 ευρώ**, εκδίδεται αποκλειστικά διπλότυπο είσπραξης από τις Δημόσιες Οικονομικές Υπηρεσίες, υπέρ του Ταμείου Χρηματοδοτήσεως Δικαστικών Κτηρίων (ΤΑ.Χ.ΔΙ.Κ.) και υπέρ του Δημοσίου, σε ποσοστό 60% και 40% του συνολικού ύψους αντιστοίχως, το οποίο καταμερίζεται σε δύο αντίστοιχα Κ.Α.Ε..*

*Σε περίπτωση ολικής ή μερικής αποδοχής της αιτήσεως το δικαστήριο διατάσσει την απόδοσή του στον αιτούντα».*

Στα δημόσια έργα το κατώφλι εφαρμογής των κοινοτικών Οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων (2004/17/ΕΚ & 2004/18/ΕΚ) είναι 5.000.000 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α. [ΚΑΝΟΝΙΣΜΟΣ (ΕΕ) αριθ. 1251/2011 ΤΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ της 30ής Νοεμβρίου 2011 για την τροποποίηση των οδηγιών 2004/17/ΕΚ, 2004/18/ΕΚ και 2009/81/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου όσον αφορά τα κατώτατα όρια εφαρμογής τους κατά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων]. Καθίσταται, συνεπώς, προφανές, ότι για όλες τις αιτήσεις παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας (αιτήσεις ασφαλιστικών μέτρων) σε διαγωνισμούς δημοσίων έργων τίθεται ως προϋπόθεση του παραδεκτού τους το ποσό των 50.000 ευρώ απαρέγκλιτα.

Ο Σύνδεσμός μας, ως εκπρόσωπος των ελληνικών εργοληπτικών επιχειρήσεων που λειτουργούν με εταιρική μορφή, αποφάσισε να ασκήσει την παρούσα καταγγελία ενώπιον της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, επισημαίνοντας την αντίθεση της ως άνω διάταξης στο ενωσιακό δίκιο (πρωτογενές και παράγωγο).

## **ΑΝΤΙΘΕΣΗ ΠΡΟΣ ΤΟ ΕΝΩΣΙΑΚΟ (ΚΟΙΝΟΤΙΚΟ) ΔΙΚΑΙΟ**

Η αντίθεση της επίμαχης διάταξης προς το ενωσιακό δίκαιο εκδηλώνεται υπό δύο μορφές: **Πρώτον**, ως ευθεία παράβαση των επιταγών των δικονομικών κοινοτικών Οδηγιών περί παροχής αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων **δεύτερον**, ως παράβαση της αρχής της αναλογικότητας, η οποία αποτελεί θεμελιώδη αρχή του πρωτογενούς αλλά και του παραγώγου ενωσιακού δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων.

### **A. Ευθεία αντίθεση προς τις δικονομικές Οδηγίες 89/665, 92/13 & 2007/66**

Η ανωτέρω νομοθετική διάταξη παραβιάζει τις δικονομικές κοινοτικές Οδηγίες περί παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων.

Ειδικότερα, με τις κοινοτικές Οδηγίες 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 21ης Ιουνίου 1989 & 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 25ης Φεβρουαρίου 1992, όπως

τροποποιήθηκαν με την Οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 11ης Δεκεμβρίου 2007, κατοχυρώθηκε το δικαίωμα παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των κοινοτικών Οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων (παλαιότερα οι 71/305/ΕΟΚ, 90/531/ΕΟΚ κ.λπ. ακολουθώντας, οι 93/37/ΕΚ, 93/38/ΕΚ κ.λπ. και νυν οι 2004/17/ΕΚ & 2004/18/ΕΚ).

Σύμφωνα με το προοίμιο της Οδηγίας 2007/66/ΕΚ, η οποία τροποποίησε τις Οδηγίες 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ, τα κράτη μέλη εξασφαλίζουν ότι διατίθενται **αποτελεσματικά και ταχέα ένδικα μέσα** κατά των αποφάσεων των αναθετουσών αρχών και των αναθετόντων φορέων κατά τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των κοινοτικών Οδηγιών 2004/17/ΕΚ και 2004/18/ΕΚ.

Ειδικότερα, το άρθρο 2 περ. α' της Οδηγίας 89/665, όπως ισχύει σήμερα, ορίζει ότι τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε να ισχύει κατά την εκδίκαση των εν λόγω διαφορών θεσμικό πλαίσιο που θα εξασφαλίζει ότι θα **«λαμβάνονται, το συντομότερο δυνατόν και με τη διαδικασία ασφαλιστικών μέτρων, προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η περαιτέρω ζημία των θιγομένων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων μέτρων που αναστέλλουν ή επιτρέπουν την αναστολή της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή της εκτέλεσης οιασδήποτε απόφασης λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές»**.

Τις αυτές ρυθμίσεις περί παροχής αποτελεσματικής προσωρινής δικαστικής προστασίας κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων περιέχει και η Οδηγία 92/13 (άρθρ. 1, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από την Οδηγία 2007/66).

Κατά συνέπεια, καθίσταται προφανές από τα προαναφερθέντα, ότι οι κοινοτικές Οδηγίες 89/665 και 92/13, όπως ισχύουν τροποποιημένες από την Οδηγία 2007/66, κατοχυρώνουν σε επίπεδο δευτερογενούς κοινοτικού δικαίου τη θέσπιση συστήματος αποτελεσματικής προσωρινής δικαστικής προστασίας κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των κοινοτικών Οδηγιών 2004/17 και 2004/18.

Το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Δ.Ε.Ε. και πρώην Δ.Ε.Κ.) έχει ερμηνεύσει την ούτως ή άλλως σαφέστατη και μη επιδεχόμενη αντιφατικές ερμηνείες διάταξη της Οδηγίας 89/665, ως επιβάλλουσα άνευ ετέρου την υποχρέωση στα κράτη μέλη να θεσπίσουν αποτελεσματικές διαδικασίες παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας κατά το στάδιο των διαγωνισμών για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων. Άλλωστε,

κατά το εν λόγω στάδιο, εκ των πραγμάτων η μόνη αποτελεσματική δικαστική προστασία είναι η προσωρινή.

Το Δ.Ε.Ε. στην **C-236/95 (Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας)**, απόφαση με την οποία καταδικάσθηκε η Ελληνική Δημοκρατία για τη μη θέσπιση αποτελεσματικής προσωρινής δικαστικής προστασίας κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημόσιας σύμβασης και η οποία εξανάγκασε την Ελληνική Δημοκρατία να θεσπίσει τον Ν. 2522/1997, αποφάνθηκε τα εξής:

*«Η παράγραφος 1 του άρθρου 1 της οδηγίας αυτής επιβάλλει στα κράτη μέλη να λάβουν, όσον αφορά τις διαδικασίες συνάψεως συμβάσεων δημοσίων έργων και κρατικών προμηθειών, τα αναγκαία μέτρα ώστε οι αποφάσεις που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές να υπόκεινται σε αποτελεσματικές και, ιδίως, κατά το δυνατόν ταχύτερες διαδικασίες προσφυγής σε περίπτωση παραβάσεως του περί δημοσίων συμβάσεων κοινοτικού δικαίου ή των εθνικών κανόνων μεταφοράς του στην εσωτερική έννομη τάξη. Η παράγραφος 3 του άρθρου 1 ορίζει επίσης ότι τα κράτη μέλη οφείλουν να εξασφαλίζουν ότι οι προβλεπόμενες διαδικασίες προσφυγής μπορούν να κινηθούν τουλάχιστον από κάθε πρόσωπο που έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση κρατικών προμηθειών ή δημοσίων έργων και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από μια εικαζόμενη παράβαση.»*

Στην έννοια της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας περιλαμβάνεται η απαγόρευση θεσμοθέτησης κωλυμάτων που καθιστούν **αδύνατη** ή **ουσιωδώς δυσχερή** την άσκηση των δικαιωμάτων που απονέμονται στον διαγωνιζόμενο από τις δικονομικές Οδηγίες κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης μιας δημόσιας σύμβασης (**C-241/06 - Lämmerzahl GmbH v. Freie Hansestadt Bremen, σκ. 36**).

Η νομολογία του Δ.Ε.Ε. έχει αντιμετωπίσει μέχρι στιγμής ποικίλα διαδικαστικής φύσης προσκόμματα που εγείρουν νομοθετικές διατάξεις των εθνικών νομοθεσιών. Η επιβολή υπερβολικού χρηματικού παραβόλου ως προϋπόθεσης του παραδεκτού της αίτησης παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας, εξ όσων γνωρίζουμε, δεν έχει εισέτι αντιμετωπισθεί από το Δ.Ε.Ε.. Ωστόσο, δεν γεννάται η παραμικρή αμφιβολία ότι η θέσπιση υποχρέωσης καταβολής ενός **υπέρογκου, κατά τις αντικειμενικές περιστάσεις και την κοινή περί δικαίου αντίληψη, ποσού**, ως προϋπόθεσης του παραδεκτού της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, συνιστά όχι απλώς ουσιώδη περιορισμό αλλά, έτι περαιτέρω, **κατ' ουσία κατάργηση του δικαιώματος παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας**.

Εν προκειμένω, η επιβολή του παραβόλου του 1% επί της προϋπολογιζόμενης αξίας του έργου καθιστά κατ' ουσία αδύνατη την άσκηση του δικαιώματος προσωρινής δικαστικής προστασίας, εν πάση δε περιπτώσει, ουσιωδώς δυσχερή. Το κατώφλι εφαρμογής των κοινοτικών Οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων στις συμβάσεις έργων είναι 5.000.000 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α. από 1.1.2013 και για την τρέχουσα διετία. Το ποσοστό 1% του παραβόλου υπολογίζεται επί του προϋπολογισμού δημοπράτησης του έργου, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.. Δηλαδή, **σε κάθε περίπτωση στους διαγωνισμούς δημοσίων έργων το πληρωτέο παράβολο θα ανέρχεται σε 50.000 ευρώ** χαμηλότερο αυτού δεν μπορεί να είναι, ούτε βεβαίως υψηλότερο, μια και το ανώτατο όριο ορίζεται από τον νόμο στα 50.000 ευρώ.

Το ύψος του παραβόλου καθιστά απολύτως απαγορευτική την προσφυγή των ενδιαφερομένων στην προσωρινή δικαστική προστασία. Οι περισσότερες εργοληπτικές επιχειρήσεις, υπό τις άκρως δυσμενείς σημερινές οικονομικές και επιχειρηματικές συνθήκες, απλώς **αδυνατούν ολοσχερώς να το καταβάλουν** για τις ελάχιστες δε εργοληπτικές επιχειρήσεις που κατ' αρχήν διαθέτουν την ταμειακή ευχέρεια της καταβολής του, το υπέρογκο ύψος του το καθιστά μία ανώφελη δαπάνη, η οποία θα επιβαρύνει ακόμη περισσότερο τα στενότερα οικονομικά τους περιθώρια και τη δυνατότητά τους να ανταπεξέλθουν προς τις εντονότερες επιχειρηματικές προκλήσεις της κρισιμότητας οικονομικής συγκυρίας που διέρχεται η χώρα. Το αποτέλεσμα από την εφαρμογή του αλόγιστου αυτού παραβόλου είναι ένα και μόνο: **Η κατ' ουσία κατάργηση του δικαιώματος παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των κοινοτικών Οδηγιών 2044/17 και 2004/18, κατ' ευθεία παράβαση των περι του αντιθέτου επιταγών του ενωσιακού δικαίου που πηγάζουν από τις οικονομικές Οδηγίες 89/665, 92/13 και 2007/66.**

## **Β. Παράβαση της αρχής της αναλογικότητας**

Περαιτέρω, ακόμη και αν η θέσπιση της επίμαχης ρύθμισης στοχεύει στην εξασφάλιση κάποιου θεμιτού κατά το δίκαιο σκοπού, δεν επιτρέπεται να παραβιάζει τη θεμελιώδη κατά το ενωσιακό δίκαιο **αρχή της αναλογικότητας**. Σύμφωνα με την αρχή αυτή, η εθνική νομοθετική ρύθμιση προς επίτευξη κάποιου θεμιτού και αναγνωριζόμενου από το δίκαιο σκοπού, η οποία ενέχει ως αναπότρεπτο παρακολούθημά της περιορισμό δικαιωμάτων που κατοχυρώνονται με το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, είναι

σύμφωνη με το ενωσιακό (κοινοτικό) δίκαιο μόνο εάν είναι απολύτως **αναγκαία** και **πρόσφορη**. Αναγκαία είναι, εάν ο επιδιωκόμενος σκοπός επιτυγχάνεται μόνο με τη θέσπιση του συγκεκριμένου περιορισμού και όχι με πλέον ήπιους όρους\* πρόσφορη είναι, εάν η θέσπιση του συγκεκριμένου περιορισμού είναι αποτελεσματική ως προς την επίτευξη του επιδιωκόμενου αποτελέσματος (**C-13/07, σκέψη 48**· **C 538/07 Assitur Srl, C-21/03 και C-34/03 Fabricom SA**).

Τα δύο δε επιμέρους συστατικά στοιχεία της αρχής της αναλογικότητας θα πρέπει να συντρέχουν **σωρευτικά**. Η ρύθμιση παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας, εάν είναι μεν αναγκαία αλλά όχι πρόσφορη, όπως και εάν είναι πρόσφορη αλλά όχι αναγκαία. Όπως θα καταδείξουμε κατωτέρω, **η επίμαχη νομοθετική διάταξη ούτε αναγκαία ούτε πρόσφορη είναι ως προς την επίτευξη του σκοπού για τον οποίο θεσπίσθηκε**.

Ποιος, όμως, είναι ο σκοπός για τον οποίο θεσπίσθηκε η επίμαχη ρύθμιση; Απάντηση στο ερώτημα αυτό δίνουν οι αιτιολογικές εκθέσεις της από 5-12-2012 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου και του Ν. 4111/2013, καθώς και η Έκθεση Αξιολόγησης Συνεπειών Ρυθμίσεων του Ν. 4111/2013. Ειδικότερα:

α) Η αιτιολογική έκθεση της από 5-12-2012 Π.Ν.Π. αναφέρει τα ακόλουθα ως δικαιολογητικό λόγο της θέσπισης του παραβόλου: *«...η παρελκυστική τακτική της άσκησης ενδίκων βοηθημάτων ενώπιον των δικαστηρίων κατά πλήρως αιτιολογημένων και νόμιμων διοικητικών πράξεων γεγονός που θέτει σε κίνδυνο τόσο την άμεση και αποτελεσματική παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας όσο και την έγκαιρη και συμφέρουσα ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας. Η πρόβλεψη του παραβόλου αναμένεται να λειτουργήσει αποτρεπτικά για την άσκηση ασφαλιστικών μέτρων προφανώς αβάσιμων που προκαλούν αύξηση τους κόστους των διαγωνισμών και παρακωλύουν για μεγάλο χρονικό διάστημα την τελεσφόρηση αυτών, ενώ είναι σύμφωνη με την αρχή της αναλογικότητας καθώς το ύψος του παραβόλου ορίζεται αναλόγως του προϋπολογισμού της συμβάσεως και με ορισμένο ανώτατο όριο.»*

β) Παρομοίως η αιτιολογική έκθεση του Ν. 4111/2013 αναφέρει τα εξής ως δικαιολογητικό λόγο της θέσπισης της επίμαχης ρύθμισης:

*Στο πλαίσιο της παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας κατά το στάδιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων παρατηρείται συχνά η παρελκυστική τακτική της υποβολής ενδίκων βοηθημάτων ενώπιον των δικαστηρίων κατά πλήρως τεκμηριωμένων και νόμιμων διοικητικών πράξεων, γεγονός το οποίο θέτει σε*

*κίνδυνο τόσο την άμεση και αποτελεσματική παροχή δικαστικής προστασίας όσο και την έγκαιρη και συμφέρουσα ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας. Με την προτεινόμενη διάταξη προβλέπεται ότι επί ποινή απαραδέκτου οι αιτήσεις ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010 θα πρέπει να συνοδεύονται από παράβολο κατάθεσης υπέρ του Δημοσίου. Η πρόβλεψη του παραβόλου αναμένεται να λειτουργήσει αποτρεπτικά για την άσκηση αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων προφανώς αβάσιμων που προκαλούν αύξηση του κόστους των διαγωνισμών και παρακωλύουν για μεγάλο χρονικό διάστημα την τελεσφόρηση αυτών, ενώ είναι σύμφωνη με την αρχή της αναλογικότητας, καθώς το ύψος του παραβόλου ορίζεται αναλόγως του προϋπολογισμού της συμβάσεως και με συγκεκριμένο ανώτατο όριο.*

γ) Στην Έκθεση Αξιολόγησης Συνεπειών Ρυθμίσεων του Ν. 4111/2013 αναφέρονται τα εξής για την επίμαχη ρύθμιση:

*«Ένα σημαντικό μέρος των καθυστερήσεων υλοποίησης δημοσίων έργων – και κατ' επέκταση χαμηλής απορρόφησης πόρων του ΕΣΠΑ – αποδίδεται στο εξαιρετικά φιλόδοξο περιβάλλον στην Ελλάδα, όπου σημειώνονται άπλετες προσφυγές για διαδικαστικούς ή άλλους τυπικούς λόγους. Η Ελλάδα συγκαταλέγεται μεταξύ των τελευταίων χωρών όσον αφορά την αποτελεσματικότητα των διαδικασιών για την ανάθεση των (άνω του ορίου των κοινοτικών οδηγιών) δημόσιων συμβάσεων. Κατά μέσο όρο απαιτούνται 230 ημέρες για τη σύναψη και ανάθεση μιας δημόσιας σύμβασης – αριθμός υπερδιπλάσιος του μέσου όρου στην ΕΕ. Κάθε διαδικασία απαιτεί επένδυση άνω των 60 ανθρωποημερών (40 για την εταιρία και 20 για τους προσφοροδότες)»*

Από τις παρατεθείσες αιτιολογικές εκθέσεις προκύπτει με σαφήνεια, ότι η βούληση του νομοθέτη ήταν να περιορίσει το φαινόμενο των παρελκυστικών αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων, οι οποίες, κατά το σχετικό σκεπτικό, καθυστερούν τις διαγωνιστικές διαδικασίες και προκαλούν προβλήματα στην απορρόφηση των κονδυλίων του ΕΣΠΑ. Ακόμη και αν δεχθούμε ότι πράγματι υφίσταται πρόβλημα παρέλκυσης των διαγωνιστικών διαδικασιών από κακόπιστους διαγωνιζόμενους – γεγονός που σε κάθε περίπτωση αμφισβητούμε, διότι ναι μεν παρατηρούνται μεμονωμένα φαινόμενα καταχρηστικών διοικητικών και ενδίκων προσφυγών (όπως, άλλωστε, ευλόγως θα ανέμενε κάποιος σε διαγωνισμούς τέτοιας φύσης), ωστόσο δεν πρόκειται περί γενικευμένου φαινομένου, το οποίο αφ' εαυτού να προκαλεί σοβαρές καθυστερήσεις



στις διαγωνιστικές διαδικασίες -, η θεσπισθείσα ρύθμιση **αστοχεί παντελώς στην επίτευξη των διακηρυγμένων στόχων της**´ όχι δε μόνο αυτό, αλλά γεννά άλλα σοβαρότερα προβλήματα και προκαλεί βλαπτικότερες συνέπειες. Ειδικότερα:

**1)** Το επίμαχο θεσπισθέν παράβολο **παραβιάζει ευθέως την αρχή της αναλογικότητας**, υπό την έννοια ότι πρόκειται για μέτρο **απολύτως μη αναγκαίο**. Ακόμη και υπό την εκδοχή ότι υφίσταται πρόβλημα παρέλκυσης των διαγωνιστικών διαδικασιών μέσω καταχρηστικών αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων – επισημαίνουμε εν προκειμένω ότι στην πραγματικότητα η καθυστέρηση των διαγωνιστικών διαδικασιών δεν προκαλείται από την καταχρηστική άσκηση αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων, αλλά από τις καθυστερήσεις που συμβαίνουν κατά τη διοικητική διαδικασία των διαγωνισμών, όπως θα καταδείξουμε παρακάτω -, 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, όπως αυτό που πρόκειται να θεσπισθεί για την άσκηση ενστάσεων κατά τη διαδικασία των διαγωνισμών δημοσίων έργων. Σύμφωνα με το σχέδιο νόμου του Υπουργείου Ανάπτυξης, που αναμένεται να εισαχθεί οσονούπω προς ψήφιση στη Βουλή, το εν λόγω υπό ψήφιση παράβολο ανέρχεται στο ύψος του **0,05%**´ ήτοι, για να ανέλθει στο ύψος των € 50.000, θα πρέπει ο προϋπολογισμός του έργου να είναι € 1.000.000.000. Εάν το παράβολο κινείτο σε τέτοια λογικά πλαίσια, αφενός θα επιτυχανόταν ο περιορισμός των καταχρηστικών αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων, αφετέρου θα διασφαλιζόταν η προστασία των δικαιωμάτων των πράγματι 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, ώστε να αποφεύγουν τις παρανομίες και να προσηλώνονται στη νομιμότητα και, **κατά τρίτον**, θα διασφαλιζόταν επαρκώς τα δικαιώματα των διαγωνιζομένων που θα είχαν βάσιμες αιτιάσεις κατά πράξεων των αναθετουσών αρχών.

**2)** Το παράβολο παραβιάζει επίσης την αρχή της αναλογικότητας, διότι πρόκειται για μέτρο **απολύτως απρόσφορο** ως προς την επίτευξη του σκοπού για τον οποίο θεσπίστηκε. Ειδικότερα, ο δικαιοπολιτικός σκοπός που επιδιώκεται με τη θέσπιση του συγκεκριμένου δραστηκότατου περιορισμού της παροχής δικαστικής προστασίας, είναι η επιτάχυνση των διαδικασιών για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων που χρηματοδοτούνται από το ΕΣΠΑ μέσω της αποτροπής άσκησης καταχρηστικών προσφυγών και αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων. **Τίποτε από τα ανωτέρω δεν επιτυγχάνεται και τούτο για τους εξής προφανείς λόγους:**

**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 πρόκειται να επιφέρει 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 θα εξακολουθήσουν να υφίστανται και να αποτελούν την κύρια τροχοπέδη για την ταχεία ολοκλήρωση των διαγωνισμών και την απορρόφηση των κονδυλίων του ΕΣΠΑ, εάν δεν αντιμετωπισθούν με σοβαρότητα οι πραγματικές αιτίες που τις προκαλούν<sup>7</sup> αιτίες που δεν είναι του παρόντος να εξειδικευθούν, οι οποίες, όμως, ουδεμία σχέση έχουν με καταχρηστικές αιτήσεις ασφαλιστικών μέτρων.

ii. Κατά τη δικαστηριακή 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 θα έχει την παραμικρή ευεργετική επίδραση το θεσπισθέν μέτρο, δεδομένου ότι το παράβολο πρέπει να καταβάλλεται κατά τη συζήτηση της αίτησης ως προϋπόθεση του παραδεκτού της.

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.

Από την προηγηθείσα σύντομη ανάπτυξη θεωρούμε ότι έχει καταστεί σαφές ότι το επίμαχο παράβολο αποτελεί την πλέον άστοχη νομοθετική ρύθμιση που θα μπορούσε να θεσπισθεί σε σχέση με τον βαθμό επίτευξης των επιδιωκόμενων δι' αυτής στόχων. Ο βαθμός αστοχίας της ως προς την επίτευξη του στόχου εγγίζει το 100%, εφόσον, όπως καταδείξαμε, καμία απολύτως επιτάχυνση των διαγωνιστικών διαδικασιών δεν πρόκειται να επιτύχει.

Ωστόσο, **η απόλυτη αυτή αστοχία συνοδεύεται και από δυσμενέστατες συνέπειες ως προς την τήρηση της νομιμότητας και τη διασφάλιση της διαφάνειας των διαγωνιστικών διαδικασιών για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων έργων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των κοινοτικών Οδηγιών 2004/17/ΕΚ και 2004/18/ΕΚ.** Πλέον οι αναθέτουσες αρχές ενεργούν 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 θεωρούμε, ότι η άστοχη, αποτυχημένη και κατ' αποτέλεσμα άκρως επικίνδυνη αυτή νομοθετική ρύθμιση πρέπει να καταστεί ανεφάρμοστη, ώστε να φροντίσει η Πολιτεία να θεσπίσει ρυθμίσεις που θα επιτυγχάνουν τον επιδιωκόμενο σκοπό (κάτι ως προς το οποίο αποτυγχάνει πλήρως η προκείμενη διάταξη), χωρίς τις καταστροφικές ως προς την προστασία της ενωσιακής και εθνικής νομιμότητας παρενέργειες της επίμαχης ρύθμισης.**

#### ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΠΑΡΑΠΑΝΩ ΛΟΓΟΥΣ

Καταγγέλλουμε την προαναφερθείσα διάταξη της εθνικής νομοθεσίας περί δημοσίων έργων [εδάφια β', γ' και δ' της παρ. 1 του άρθρου 5 του Ν. 3886/2010, τα οποία προστέθηκαν με το άρθρο 11 της από 5-12-2012 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου (ΦΕΚ Α' 237/5-12-2012), καθώς και με το άρθρο 28 του Ν. 4111/25-1-2013 (ΦΕΚ Α' 18/25-1-2013)], με την οποία επιβάλλεται παράβολο ποσοστού 1% επί του προϋπολογισμού (περιλαμβανομένου Φ.Π.Α.) της δημόσιας σύμβασης ως προϋπόθεση παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης της και ζητούμε την παρέμβαση των αρμοδίων οργάνων της Ευρωπαϊκής Ένωσης προς τον σκοπό της κατάργησής της.

Με τιμή,

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ Π. ΒΛΑΧΟΣ



Ο ΓΕΝ. ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΗΜΗΤΡΙΟΣ ΧΡ. ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΙΔΗΣ