

Διαχρονικό δίκαιο των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων

Αρχή της ασφάλειας δικαίου και αρχή της ίσης μεταχείρισης στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων

διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων (ν. 4412/2016) – τροποποιήσεις στις διατάξεις του ν. 4412/2016 με τον ν. 4782/2021 – διαχρονικό δίκαιο – άρθρο 43 ν. 4782/2021 – άρθρο 22 ν. 4903/2022 – αρχή της ασφάλειας δικαίου και αρχή της ίσης μεταχείρισης στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων

ΣτΕ (Ολ.), απόφαση αριθμ. 211/2024, 16.02.2024

Με τη σχολιαζόμενη απόφαση, η Ολομέλεια του Συμβουλίου της Επικρατείας αντιμετώπισε ζητήματα ευρύτερου ενδιαφέροντος από το πεδίο του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων. Στην επίδικη υπόθεση, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα, από οικονομική άποψη, προσφορά βάσει τιμής, για τη σύναψη συμφωνίας-πλαισίου προμήθειας ενδυμάτων. Κατά το στάδιο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, το οποίο εκκίνησε με την από 27.09.2021 σχετική πρόσκληση, μία εκ των προσωρινών αναδόχων προσκόμισε πιστοποιητικό φορολογικής ενημερότητας με ισχύ που καταλάμβανε μόνον τον χρόνο υποβολής της προσφοράς και όχι τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Η πλημμέλεια θεραπεύθηκε με την προσκόμιση πρόσθετου πιστοποιητικού, κατόπιν της από 04.11.2021 κλήσης σε συμπλήρωση των δικαιολογητικών δυνάμει του άρθρου 103 παρ. 2 ν. 4412/2016, όπως είχε τροποποιηθεί με το άρθρο 43 ν. 4782/2021, και ακολούθησε η έκδοση της απόφασης κατακύρωσης.

Κατά της προμνησθείσας απόφασης ασκήθηκε προδικαστική προσφυγή από έτερη συμμετέχουσα στον διαγωνισμό, με την οποία προβλήθηκε ότι η ως άνω τροποποιημένη διάταξη έπρεπε να μείνει ανεφάρμοστη *ratione temporis*, διότι ο ν. 4782/2021 δεν περιελάμβανε μεταβατική ρύθμιση ως προς την έναρξη της ισχύος του άρθρου 43 και άρα αυτό, κατά τη θέση του σε ισχύ (01.06.2021), δεν κατέλαβε τις εκκρεμείς διαδικασίες ανάθεσης. Ωστόσο, η ΕΑΔΗΣΥ απέρριψε την προσφυγή με το σκεπτικό ότι η νέα διάταξη έπρεπε να θεωρηθεί αμέσως εφαρμοστέα στις εκκρεμείς διαδικασίες. Ακολούθως, η ενδιαφερόμενη προσέφυγε στο Διοικητικό Εφετείο Αθηνών με το ένδικο βοήθημα της αίτησης αναστολής εκτέλεσης και ακύρωσης, το οποίο εισήχθη στο αρμόδιο Τμήμα του ΣτΕ με τη διαδικασία της πιλοτικής δίκης (άρθρο 1 παρ. 1 ν. 3900/2010), και τελικά στην Ολομέλεια του Δικαστηρίου λόγω μείζονος σπουδαιότητας.

Κατά την κρίση του Δικαστηρίου, η διάταξη του άρθρου 103 παρ. 2 ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή της με το άρθρο 43 ν. 4782/2021, θέτει ως διαδικαστική προϋπόθεση για τον αποκλεισμό προσωρινού αναδόχου την προηγούμενη κλήση του από την αναθέτουσα αρχή προς συμπλήρωση των δικαιολογητικών κατακύρωσης που αρχικά δεν προσκομίστηκαν ή παρουσίασαν ελλείψεις. Η αναθέτουσα αρχή δεν αποκλείεται πάντως να κρίνει ότι, υπό τις ιδιαίτερες περιστάσεις, η εν λόγω συμπλήρωση επιφέρει ανεπίτρεπτη τροποποίηση του αντικείμενου της προσφοράς. Με το περιεχόμενο αυτό, η νέα διάταξη δεν αντίκειται στις θεμελιώδεις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της αναλογικότητας. Ως προς το χρονικό πεδίο εφαρμογής, η διάταξη, μολονότι τούτο δεν ορίστηκε ρητά, καταλαμβάνει και εκκρεμείς διαδικασίες που εκκίνησαν πριν από την ημερομηνία θέσης της σε ισχύ (01.06.2021), λόγω τόσο του σκοπού της, δηλαδή της αποτροπής αδικαιολόγητων αποκλεισμών, όσο και του αμιγώς διαδικαστικού της χαρακτήρα. Δεδομένης δε της θέσης αυτής του Δικαστηρίου, η μεταγενέστερη ρύθμιση του άρθρου 22 ν. 4903/2022, με την οποία ο νομοθέτης όρισε ρητά ότι η επίμαχη διάταξη εφαρμόζεται υπό όρους και αναδρομικά, έχει απλώς διευκρινιστικό χαρακτήρα και, άρα, παρέλκει η εξέταση της συμβατότητάς της προς το Σύνταγμα και το ενωσιακό δίκαιο.

Παρατηρήσεις

Φίλιππος-Εμμανουήλ Γεωργαλής*

I. Εισαγωγικά

Οι ριζικές μεταβολές που επήλθαν στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων με τις διατάξεις του ν. 4782/2021, χωρίς δυστυχώς να συνοδευθούν από πλήρεις και σαφείς μεταβατικές ρυθμίσεις, έφεραν πρόσφατα ξανά στο επίκεντρο του επιστημονικού διαλόγου ένα γνωστό πρόβλημα, στο οποίο, παρά το πλήθος των συναφών υποθέσεων που έχουν απασχολήσει τη νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων, δεν είχε δοθεί οριστική λύση. Πρόκειται για ζήτημα διαχρονικού δικαίου, και συγκεκριμένα για τον τρόπο προσδιορισμού του δικαίου που διέπει τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, στην – πρακτικά συνήθη – περίπτωση νομοθετικής μεταβολής κατά τον χρόνο που μεσολαβεί μεταξύ της εκκίνησης και της περάτωσής της. Με τη σχολιαζόμενη απόφαση της Ολομέλειας του Δικαστηρίου σηματοδοτείται μία σπουδαία νομολογιακή εξέλιξη, καθώς το ζήτημα φαίνεται να επιλύεται οριστικά. Επισημαίνεται ότι αντικείμενο του παρόντος αποτελεί η παρουσίαση της εν λόγω προβληματικής, ενώ η απόφαση αντιμετώπισε επιπλέον και το ουσιαστικού δικαίου ζήτημα της έκτασης της διαδικαστικής υποχρέωσης που θεσπίζεται με τη νέα διάταξη του άρθρου 103 παρ. 2 ν. 4412/2016, καθώς και της συμφωνίας της με υπερκείμενους κανόνες δικαίου.

II. Παρουσίαση του προβλήματος

Στην επίδικη υπόθεση, η διαδικασία ανάθεσης εκκίνησε με την προσήκουσα δημοσίευση της διακήρυξης στις 06.05.2021, το δε στάδιο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης στις 27.09.2021, ενώ δηλαδή είχαν στο μεταξύ τεθεί σε ισχύ οι τροποποιητικές διατάξεις του ν. 4782/2021, συμπεριλαμβανομένου και του άρθρου 43 του ίδιου νόμου, με το οποίο μεταβλήθηκε ουσιαστικά το κανονιστικό περιεχόμενο του άρθρου 103 ν. 4412/2016, σχετικά με τη διαδικασία άρσης πλημμελειών κατά το οικείο στάδιο της διαδικασίας. Συγκεκριμένα, όπως διευκρινίζεται και στην αιτιολογική έκθεση του ν. 4782/2021, προβλέπεται πλέον υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να τάξει νέα προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο, προκειμένου να παρασχεθούν αναγκαίες διευκρινίσεις επί των ήδη υποβληθέντων δικαιολογητικών ή να προσκομιστούν τα αρχικώς ελλείποντα δικαιολογητικά. Ο νομοθέτης αποβλέπει, κατ' αυτόν τον τρόπο, στον περιορισμό των αποκλεισμών που οφείλονται σε λόγους αμιγώς τυπικούς και όχι στην πραγματική συνδρομή λόγου αποκλεισμού.

Η επιτροπή του διαγωνισμού, αφού διέγνωσε πλημμέλεια στα δικαιολογητικά κατακύρωσης μίας εκ των προσωρινών αναδόχων, επέλεξε να εφαρμόσει αμέσως τη νέα διάταξη του άρθρου 103 παρ. 2 ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 ν. 4782/2021, παρά το γεγονός ότι, κατά τον χρόνο έναρξης της διαδικασίας, τελούσε ακόμη σε ισχύ η διάταξη υπό την προηγούμενη – αυστηρότερη – εκδοχή της, η οποία είχε ενσωματωθεί αυτούσια και στην οικεία διακήρυξη. Η εν λόγω επιλογή καθόρισε την έκβαση της διαδικασίας, καθώς, κατόπιν της συμπλήρωσης των δικαιολογητικών, η οποία υπό το προϋσχύσαν καθεστώς δεν θα ήταν επιτρεπτή, η εταιρεία αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος. Κατά της απόφασης κατακύρωσης ασκήθηκαν τα προβλεπόμενα μέσα έννομης προστασίας από έτερο συμμετέχοντα οικονομικό φορέα, με συνέπεια να αχθεί τελικά ενώπιον του Δικαστηρίου και το ζήτημα του χρονικού πεδίου εφαρμογής της νέας διάταξης.

Διαχρονικού δικαίου ζητήματα ανέκυψαν μετά τη θέση σε ισχύ του ν. 4782/2021 σε πολυάριθμες περιπτώσεις, ιδίως όσον αφορά τη δυνατότητα άμεσης εφαρμογής τόσο του άρθρου 43 ν. 4782/2021, όπως εν προκειμένω, όσο και του άρθρου 42 του ίδιου νόμου, δυνάμει του οποίου τροποποιήθηκε επί το ευμενέστερο η συναφής διάταξη του άρθρου 102 ν. 4412/2016, σχετικά με την παροχή διευκρινίσεων ή συμπληρώσεων στο στάδιο της αξιολόγησης των προσφορών. Ακολούθησε η έκδοση αντίθετων αποφάσεων από την ΑΕΠΠ (μετέπειτα ΕΑΔΗΣΥ) και από τα διοικητικά δικαστήρια, γεγονός που επέτεινε τη σύγχυση αναθετουσών αρχών και οικονομικών φορέων ως προς την τηρητέα διαδικασία, μέχρι την

* ΜΔΕ, Δικηγόρος, Επιστ. Συνεργάτης ΚΔΕΟΔ, Στέλεχος ΜΟΠΑΔΙΣ

έκδοση της σχολιαζόμενης απόφασης, με την οποία η νομολογία προκρίνει την άμεση εφαρμογή διαδικαστικών κανόνων στις εκκρεμείς διαδικασίες ανάθεσης, όπως θα εκτεθεί αναλυτικότερα στη συνέχεια.

III. Οι αρχικά υποστηριζόμενες απόψεις και η επέμβαση του νομοθέτη

Η άποψη που επικράτησε στη μεγαλύτερη μερίδα της νομολογίας¹, από την εμφάνιση του προβλήματος με αφορμή τον ν. 4782/2021 και μέχρι την έκδοση της σχολιαζόμενης απόφασης, συνοψίζεται στη θέση ότι το δίκαιο που διέπει τη διαδικασία ανάθεσης είναι το ισχύον κατά τον χρόνο εκκίνησής της, δηλαδή, εάν πρόκειται για διαγωνιστική διαδικασία, κατά τον χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης², εκτός εάν σε μεταγενέστερη νομοθετική διάταξη προσδίδεται ρητά αναδρομική ισχύς. Ως εκ τούτου, το εφαρμοστέο καθεστώς αποκρυσταλλώνεται κατ' αρχήν σε ορισμένο χρονικό σημείο έναντι παντός ενδιαφερομένου³. Κατά την εν λόγω άποψη, η οποία απέρρευσε από κλασική νομολογία του ΔΕΕ⁴ και είχε υποστηριχθεί από θεωρία και νομολογία και στο παρελθόν⁵, με αφορμή ζητήματα διαχρονικού δικαίου από προγενέστερες τροποποιήσεις των κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων, λόγοι ασφάλειας δικαίου και προβλεψιμότητας του κανονιστικού πλαισίου της διαδικασίας ανάθεσης καθιστούν τη ρύθμιση αυτή επιβεβλημένη ειδικά στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, κατ' απόκλιση από τη γενική αρχή του διοικητικού δικαίου⁶, σύμφωνα με την οποία η νομιμότητα κάθε διοικητικής πράξης κρίνεται κατά το ισχύον δίκαιο του χρόνου έκδοσής της.

Ωστόσο, υποστηρίχθηκε και η αντίθετη άποψη⁷ υπέρ της άμεσης εφαρμογής των νεότερων διατάξεων στις εκκρεμείς διαδικασίες, με το σκεπτικό ότι με τις νέες ρυθμίσεις δεν επιβάλλονται πρόσθετες υποχρεώσεις ή βάρη στους διαγωνιζομένους, αλλά, αντιθέτως, διευκολύνεται η συμμετοχή τους στον διαγωνισμό, χωρίς τούτο να αντίκειται στις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, δεδομένου ότι αφορά εξίσου όλους τους εκκρεμείς διαγωνισμούς και όλους τους διαγωνιζομένους. Δεν πρέπει να παραβλεφθεί ότι και η άποψη

¹ ΣτΕ (ΕΑ) 237/2021· ΔΕφΠειρ (ΕΑ) 82/2021· ΔΕφΠατρ (ΕΑ) 35/2021· ΑΕΠΠ 1750/2021, 1536/2021, 1528/2021, 1496/2021, 1481/2021, 1457/2021, 1446/2021, 1387/2021, 1318/2021, 1273-1274/2021, 1230/2021, 1204/2021, 1185/2021. Βλ. επίσης υπέρ της ίδιας άποψης το με αριθμό πρωτ. 2339/16.04.2021 έγγραφο της ΕΑΑΔΗΣΥ με θέμα «Διευκρινίσεις ως προς επιμέρους διατάξεις του ν.4782/2021 (Α' 36). Τροποποίηση του ν.4412/2016 και άλλες διατάξεις» (ΑΔΑ: 6Α0ΗΟΞΤΒ-6Α0), σ. 10, και στη θεωρία Μ. ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟ, Τα νέα άρθρα 102 και 310 Ν 4412/2016 μετά το Ν 4782/2021 και το νέο καθεστώς διόρθωσης και συμπλήρωσης προσφορών, ΠειρΝομ, 2021, σσ. 16-19.

² Με βάση το άρθρο 120 παρ. 1 ν. 4412/2016, βλ. αναλυτικότερα Ε. ΣΑΒΒΙΔΗ, σε: Δ. Ράικο / Ε. Βλάχου / Ε. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 – Ερμηνεία κατ' άρθρο, 2018, τόμος Ι, άρθρο 120, αριθμ. 3 επ.

³ Ν. ΝΙΚΟΛΑΚΗΣ, Ζητήματα διαχρονικού δικαίου στον Ν. 4412/2016, σε: Ε. Κουλουμπίνη / Η. Μάζου / Ι. Κίτσου, Δημόσιες Συμβάσεις – Ν. 4412/2016 – Νομολογιακή προσέγγιση και πρακτική εφαρμογή, 2019, σ. 41.

⁴ ΔΕΚ C-337/98, *Επιτροπή/Γαλλία*, 05.10.2000, ECLI:EU:C:2000:543, σκ. 36-38. Στην επίδικη περίπτωση κρίθηκε, ειδικότερα, ότι, προκειμένου περί διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση, αφετηριακό σημείο της διαδικασίας αποτελεί ο χρόνος λήψης της απόφασης της αναθέτουσας αρχής να καταφύγει στη διαδικασία αυτήν. Βλ. και Ε. ΑΔΑΜΑΝΤΙΔΟΥ, Νομολογιακές Εξελίξεις στις Κοινοτικές Δημόσιες Συμβάσεις – Σχολιασμός Αποφάσεων ΔΕΚ ετών 2000-2001, ΝοΒ, 2002, σ. 945 επ. Το δικαστήριο έχει αποστεί από τη θέση αυτή, εξ όσων δυνάμεθα να γνωρίζουμε, μόνον μία φορά μέχρι σήμερα, στην περίπτωση της «επαναδιαπραγμάτευσης ουσιαστών όρων της σύμβασης», οπότε ο κρίσιμος χρόνος για τον προσδιορισμό του εφαρμοστέου καθεστώτος είναι εκείνος της απόφασης επαναδιαπραγμάτευσης (ΔΕΚ C-76/97, *Togel*. Βλ. σχετικά και ΕΣ κλιμ. Ζ' 138/2021).

⁵ ΣτΕ 1904/2020, 2267/2007, 111/2003· ΣτΕ (ΕΑ) 240-241/2019, 205/2016, 800/2008· ΔΕφΑθ 329/2019. Βλ. και στη θεωρία, ενδεικτικά, Χ. ΔΕΤΣΑΡΙΔΗ, Η προδικαστική προσφυγή στο στάδιο ανάθεσης Δημοσίων Συμβάσεων, 2019, σσ. 446-447, με περαιτέρω παραπομπές· επίσης Ν. ΝΙΚΟΛΑΚΗ, ό.π., σ. 41 επ.

⁶ Στην πάγια σχετική νομολογία βλ., ενδεικτικά, ΣτΕ 2502/2004, 1944/2001 και στη θεωρία, αντί πολλών, Π. ΔΑΓΤΟΓΛΟΥ, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, 2015, σ. 153.

⁷ Βλ. ΔΕφΑθ 376/2021 με παρατηρήσεις Φ. ΓΕΩΡΓΑΛΗ, ΕΕΕυρΔ 4/2021, σ. 579 επ., όπου και αναλυτικός σχολιασμός των μέχρι τότε εξελίξεων επί του ζητήματος με παραπομπές σε νομολογία και θεωρία· επίσης βλ. ΑΕΠΠ 1477/2021, 1050/2021, Ε11/2021 (με αντίθετη μειοψηφία) και το με αριθμό πρωτ. 113970/29.04.2021 «1ο Πρακτικό Ομάδας Εργασίας που συγκροτήθηκε με την με αριθμό πρωτ. 74177/22.03.2021 απόφαση του Γενικού Γραμματέα Υποδομών του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών (ΑΔΑ: Ψ4ΜΙ465ΞΘΞ-ΗΣΤ) για την υποβολή των αναθετουσών αρχών και αναθετόντων φορέων, ως προς την παροχή οδηγιών για την ενιαία εφαρμογή των διατάξεων του ν. 4412/2016 ως τροποποιήθηκε με τον ν. 4782/2021» (ΑΔΑ: Ω2ΨΒ465ΧΘΞ-1ΘΖ), σ. 3 επ.

αυτή είχε γίνει δεκτή από παλαιότερη νομολογία σε τουλάχιστον δύο διακριτές περιπτώσεις. Αφενός, όσον αφορά την άμεση εφαρμογή του άρθρου 45Α§17 ν. 3316/2005, όπως τροποποιήθηκε με τον ν. 4164/2013, με σκοπό τη διευκόλυνση και την επιτάχυνση της περάτωσης των διαδικασιών ανάθεσης συμβάσεων για την εκπόνηση μελετών του Κτηματολογίου⁸, αφετέρου δε όσον αφορά την άμεση εφαρμογή του άρθρου 43§7 ν. 4605/2019, δυνάμει του οποίου τροποποιήθηκε το άρθρο 80 ν. 4412/2016, προς διευκόλυνση της συγκέντρωσης και υποβολής των δικαιολογητικών και απλούστευση της διαγωνιστικής διαδικασίας⁹.

Είναι σαφές ότι οι δύο απόψεις εκκινούν από διαφορετική αφετηρία. Η πρώτη θεμελιώνεται στην αρχή της ασφάλειας δικαίου, που επιβάλλει τη σταθερότητα και την προβλεψιμότητα των νομικών και πραγματικών καταστάσεων που δημιουργούνται, ώστε να αποτρέπονται οι αιφνίδιες και απροσδόκητες μεταβολές. Επιβάλλεται έτσι, αφενός μεν σε αφηρημένο επίπεδο, η δέσμευση του νομοθέτη να καταστρώσει ένα θεσμικό πλαίσιο για τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο θα χαρακτηρίζεται από σταθερότητα και προβλεψιμότητα, αποφεύγοντας τις συχνές μεταβολές που ανατρέπουν αδικαιολόγητα τη διοικητική πρακτική και προκαλούν αβεβαιότητα στις αναθέτουσες αρχές και στους υποψηφίους ως προς το εφαρμοστέο καθεστώς, αφετέρου δε επί συγκεκριμένης διαδικασίας ανάθεσης, ότι σε περίπτωση αμφιβολίας ως προς το εφαρμοστέο διαδικαστικό πλαίσιο, η οποία ανέκυψε από νομοθετική μεταβολή εκκρεμούσης της διαδικασίας, τα μέρη πρέπει να είναι σε θέση να προσδιορίσουν τις εφαρμοστέες ρυθμίσεις με βάση ένα εκ των προτέρων γνωστό στους συναλλασσόμενους και ασφαλές κριτήριο. Τέτοιο κριτήριο αποτελεί αυτό του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, όπως έχει από μακρού εντοπιστεί από τη νομολογία του ΔΕΕ και συμπίπτει, προκειμένου περί διαγωνιστικών διαδικασιών, με τον χρόνο δημοσίευσης της οικείας διακήρυξης.

Παράλληλα, η δεύτερη άποψη ερείδεται ιδίως στις αρχές του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού και της αναλογικότητας, με τις οποίες δεν συμβιβάζεται ευχερώς ο αποκλεισμός για τυπικό λόγο ενός οικονομικού φορέα που συγκεντρώνει τις απαραίτητες προϋποθέσεις για την ανάληψη της σύμβασης. Εξάλλου, κατά την ίδια άποψη, όταν η τροποποιητική ρύθμιση που καταλαμβάνει την εκκρεμή διαδικασία παρίσταται ευμενέστερη για τον οικονομικό φορέα, δεν θίγει την αρχή της ίσης μεταχείρισης εφόσον ισχύει για όλους τους διαγωνιζομένους και σε όλους τους εκκρεμείς διαγωνισμούς. Στη θεώρηση αυτή θα μπορούσε πάντως να προβληθεί αντίλογος¹⁰, με το σκεπτικό ότι η ορθή εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης δεν πρέπει να κρίνεται *in abstracto*, δεδομένης και της αρχής της αυτοτέλει των διαγωνισμών¹¹, αλλά μεταξύ των οικονομικών φορέων που μετέχουν σε συγκεκριμένο διαγωνισμό, όπου η ευμενέστερη μεταχείριση ενός επιφέρει οπωσδήποτε τη δυσμενέστερη τοιαύτη του ανθυποψηφίου του.

Ενόψει της ανωτέρω διχογνωμίας, ο νομοθέτης παρενέβη με ρητή διάταξη αναδρομικής ισχύος (άρθρο 22 ν. 4903/2022), ορίζοντας ότι οι τροποποιητικές διατάξεις, οι οποίες μετέβαλαν επί το ευμενέστερο τη διαδικασία διευκρίνισης και συμπλήρωσης των δικαιολογητικών συμμετοχής και κατακύρωσης (άρθρα 42-43 ν. 4782/2021), θα πρέπει να εφαρμόζονται αμέσως στις εκκρεμείς διαδικασίες, εκτός εάν σε ορισμένη διαδικασία έχει ήδη χωρήσει οριστικός αποκλεισμός του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα ή έχει εκδοθεί απόφαση αρμοδίου δικαστηρίου που έκρινε διαφορετικά. Η διάταξη αυτή θα μπορούσε, κατά μία

⁸ ΣτΕ 2029/2015· ΣτΕ (ΕΑ) 81/2014· ΔΕΦΑΘ 1064/2017· ΔΕΦΑΘ (ΕΑ) 515/2015, 614/2014.

⁹ ΣτΕ (ΕΑ) 291/2019, 133/2019.

¹⁰ Η κριτική στην εν λόγω άποψη παρουσιάζεται πιο αναλυτικά σε Φ. ΓΕΩΡΓΑΛΗ, Παρατηρήσεις στην ΔΕΦΑΘ 376/2021, ΕΕΕυρΔ 4/2021, σ. 579 επ., με περαιτέρω παραπομπές σε Α. ΤΣΙΡΩΝΑ, Η απόφαση της ΑΕΠΠ επί των προδικαστικών προσφυγών του ν. 4412/2016, ΝΟΔΕΠΕ 8/2018, σ. 17 επ., Χ. ΔΕΤΣΑΡΙΔΗ, ό.π., σ. 446 και Μ. ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟ, ό.π., σ. 17, ο οποίος μάλιστα αναπτύσσει ειδικότερη περιπτώσιολογία που αναδεικνύει με ενάργεια ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης δεν θίγεται, αλλά αντίθετα επιβάλλει την υιοθέτηση ενός αντικειμενικού χρονικού κριτηρίου για την αποκρυστάλλωση του εφαρμοστέου δικαίου της διαδικασίας ανάθεσης.

¹¹ Για την αρχή της αυτοτέλει των διαγωνισμών βλ. πάγια νομολογία: ΣτΕ 3280/2007· ΣτΕ (ΕΑ) 72/2015, 269/2014, 416/2013, 215/2013, 1200/2007· ΑΕΠΠ 1550/2021, 1478/2021, 1206/2019.

εκδοχή, να ερμηνευθεί ως έμμεση αναγνώριση εκ μέρους του νομοθέτη ότι, εάν δεν ορίζεται σαφώς το αντίθετο, τροποποιητικές διατάξεις στο δίκαιο του προσυμβατικού σταδίου δεν πρέπει να εφαρμόζονται αμέσως σε εκκρεμείς διαδικασίες, πλην όμως, όσον αφορά ειδικά εκείνες των άρθρων 42-43 ν. 4782/2021, παρέστη επιβεβλημένη μία ρητή εξαίρεση, για τον λόγο ότι το όφελος για το δημόσιο συμφέρον από τον περιορισμό αδικαιολόγητων αποκλεισμών στις διαδικασίες ανάθεσης δικαιολογεί ένα ρήγμα στις αρχές της ασφάλειας δικαίου και της ίσης μεταχείρισης.

IV. Η κρίση του Δικαστηρίου

Στην επίδικη υπόθεση, η αιτούσα και οι υπέρ αυτής παρεμβάντες οικονομικοί φορείς υποστήριξαν ότι η εφαρμογή, στην επίμαχη διαδικασία ανάθεσης, της διάταξης του άρθρου 103 παρ. 2 ν. 4412/2016, όπως είχε τροποποιηθεί με το άρθρο 43 ν. 4782/2021, αποκλείεται, αφενός μεν επειδή η τροποποίηση τέθηκε σε ισχύ μετά την εκκίνηση της διαδικασίας, αφετέρου δε επειδή, σε κάθε περίπτωση, η διάταξη του άρθρου 22 ν. 4903/2022, καθ' ο μέρος αναπτύσσει αναδρομική ισχύ, μεταβάλλοντας το εφαρμοστέο καθεστώς εκκρεμών διαδικασιών ανάθεσης, αντίκειται στις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας.

Το Δικαστήριο αντιμετώπισε τον πρώτο ισχυρισμό εκκινώντας από τον κανόνα ότι εφαρμοστέο επί διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης είναι πράγματι το δίκαιο που ισχύει κατά τον χρόνο έναρξής της. Αναγνώρισε, όμως, ότι οι αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, στις οποίες στηρίζεται ο ως άνω κανόνας, είναι δυνατόν εξαιρετικά να μην αντιτίθενται στην άμεση εφαρμογή ενός όρου που τροποποιήθηκε μετά την έναρξη της διαδικασίας. Από τη μελέτη της 16ης σκέψης της σχολιαζόμενης απόφασης, συνάγεται ότι σε κρίσιμα στοιχεία για την υπαγωγή μίας τροποποιητικής διάταξης στην εξαιρετική αυτή περίπτωση και, άρα, στην κατάφαση της άμεσης εφαρμογής της, ανάγονται, αφενός, ο σκοπός της, αφετέρου, ο χαρακτήρας της εισαγόμενης νέας ρύθμισης ως α) αμιγώς διαδικαστικής¹², υπό την έννοια ότι δεν επηρεάζει τις ουσιαστικές προϋποθέσεις που τίθενται με τη διακήρυξη για την ανάθεση της σύμβασης, αλλά μόνον τη διαδικασία απόδειξης της συνδρομής τους, β) καθολικής, δηλαδή καταλαμβάνουσας ανεξαιρέτως όλους τους διαγωνισμούς και όλους τους υποψηφίους, και γ) μη «ουσιώδους», υπό την έννοια που αποδίδεται στον όρο αυτόν από τη νομολογία του ΔΕΕ¹³, δηλαδή τέτοιας που, και αν ακόμη είχε προβλεφθεί εξαρχής, δεν θα διηύρυνε τον κύκλο των δυνητικά ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων και, άρα, την ανάπτυξη ευρύτερου ανταγωνισμού προς όφελος του δημοσίου συμφέροντος.

Παρατηρείται, λοιπόν, ότι το Δικαστήριο, ερμηνεύοντας τις κρίσιμες γενικές αρχές και κείμενες διατάξεις, διατύπωσε σαφείς κανόνες διαχρονικού δικαίου για τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, αναγνωρίζοντας ρητά και σε αντίθεση προς την μέχρι πρότινος μάλλον επικρατέστερη εκδοχή, ότι δεν αποκλείεται η άμεση εφαρμογή τροποποιητικής διάταξης σε εκκρεμή διαδικασία ανάθεσης, υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις. Προέβη δε στον έλεγχο των εν λόγω προϋποθέσεων στην περίπτωση της τροποποιητικής διάταξης του άρθρου 43 ν. 4782/2021 και απεφάνθη υπέρ της συνδρομής τους. Ειδικότερα, στην κρίση του Δικαστηρίου βάρυνε ότι ο σκοπός της διάταξης συνίστατο στη θεμιτή επιδίωξη του περιορισμού των αδικαιολόγητων αποκλεισμών, αφορούσε δε εξίσου όλους τους διαγωνισμούς και όλους τους διαγωνιζομένους. Άλλωστε, το αντικείμενό της περιοριζόταν στη ρύθμιση της διαδικασίας, χωρίς να επιβάλλει πρόσθετες υποχρεώσεις στους οικονομικούς φορείς, καθώς δεν έθιγε τα κριτήρια επιλογής ή ανάθεσης ούτε μετέβαλλε τον κρίσιμο χρόνο, κατά τον οποίον κρινόταν η συνδρομή των προϋποθέσεων για την ανάθεση της σύμβασης κατ'

¹². Υπέρ της άμεσης εφαρμογής σε εκκρεμείς διαδικασίες ανάθεσης κάθε νέας «διαδικαστικής» ρύθμισης είχε ταχθεί, με αφορμή το ίδιο διαχρονικού δικαίου ζήτημα, η Ομάδα Εργασίας του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών για παροχή οδηγιών ως προς την ενιαία εφαρμογή του ν. 4782/2021. Βλ. το με αριθμό πρωτ. 113970/29.04.2021 «1ο Πρακτικό Ομάδας Εργασίας που συγκροτήθηκε με την με αριθμό πρωτ. 74177/22.03.2021 απόφαση του Γενικού Γραμματέα Υποδομών του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών (ΑΔΑ: Ψ4ΜΙ465ΞΘΞ-ΗΣΤ) για την υποβολή των αναθετουσών αρχών και αναθετόνων φορέων, ως προς την παροχή οδηγιών για την ενιαία εφαρμογή των διατάξεων του ν. 4412/2016 ως τροποποιήθηκε με τον ν. 4782/2021» (ΑΔΑ: Ω2ΨΒ465ΧΘΞ-1ΘΖ), σ. 3 επ.

¹³. ΔΕΕ C-298/15, σκ. 71-77.

άρθρο 104 ν. 4412/2016, και εξ αυτού του λόγου δεν θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι, εάν ήταν γνωστή εξαρχής, θα οδηγούσε στην ανάπτυξη ευρύτερου ανταγωνισμού.

Περαιτέρω συνέπεια της ίδιας κρίσης αποτέλεσε η αλυσιτέλεια της εξέτασης του δεύτερου προβληθέντος ισχυρισμού, καθώς, αφού η τροποποιητική διάταξη θεωρήθηκε αφεαυτής αμέσως εφαρμοστέα, η μεταγενέστερη διάταξη του άρθρου 22 ν. 4903/2022 που της προσέδωσε αναδρομική ισχύ στερείται, τελικά, κανονιστικού περιεχομένου και, άρα, παρέλκει ο έλεγχος της συμβατότητάς της προς υπερκείμενους κανόνες δικαίου.

V. Συμπερασματικά

Όπως ήδη εκτέθηκε, τα ζητήματα διαχρονικού δικαίου απασχολούν συχνότατα τον ερμηνευτή του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ιδίως λόγω του πλήθους των συναφών νομοθετικών επεμβάσεων. Η, μέχρι πρόσφατα, αδυναμία εντοπισμού κανόνων κοινής αποδοχής και η ανάπτυξη αντίθετων απόψεων με εκατέρωθεν πειστικά επιχειρήματα είχε ως αποτέλεσμα την επικράτηση ανασφάλειας δικαίου σε ένα πεδίο συναλλαγών με αναμφισβήτητα στενή σύνδεση με το δημόσιο συμφέρον. Με την επίμαχη πιλοτική απόφαση δεν επιλύεται μόνον το ζήτημα που τέθηκε με αφορμή την τροποποίηση του άρθρου 103 ν. 4412/2016, αλλά παρέχονται πλήρεις και σαφείς κατευθυντήριες γραμμές για την αντιμετώπιση αντίστοιχων ζητημάτων που είναι βέβαιο ότι στο μέλλον θα βρεθούν στο επίκεντρο της επιστημονικής αντιπαράθεσης. Εξάλλου, ανάλογης σπουδαιότητας τυγχάνει και η τοποθέτηση του Δικαστηρίου σχετικά με το ουσιαστικό περιεχόμενο της νέας διάταξης του άρθρου 103 παρ. 2 ν. 4412/2016, δηλαδή με την έκταση της υποχρέωσης της αναθέτουσας αρχής να δεχθεί τη συμπλήρωση των – πλημμελών ή ελλειπόντων – δικαιολογητικών κατακύρωσης, ζήτημα που, μολονότι εκφεύγει των ορίων της παρούσας, είχε προκαλέσει επίσης έντονο θεωρητικό και νομολογιακό διάλογο.