



ΠΑΝΤΕΙΟ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ

ΤΜΗΜΑ ΔΙΕΘΝΩΝ, ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ & ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΚΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ

ΠΜΣ Διεθνών και Ευρωπαϊκών Σπουδών

ΚΑΤΕΥΘΥΝΣΗ Ευρωπαϊκό Δίκαιο και Πολιτική

Διπλωματική Εργασία με Θέμα: «Η πολιτική των δημοσίων συμβάσεων. Το παράδειγμα της Ελλάδας.»

Επιβλέπων Καθηγητής: Α. Πασσάς

Τριμελής Επιτροπή Υποστήριξης: Α. Πασσάς, Κ. Στεφάνου, Δ. Χρυσόχου

Μυρτώ Ταγαρά

Αρ. Μητρώου: 1213M048

Αθήνα 2015

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

A) Εισαγωγή.....	3
B) Μέρος Πρώτο: Οι δημόσιες συμβάσεις και οι κεντρικοί άξονες ευρωπαϊκής τους ρύθμισης.....	8
B.1 Η έννοια της δημόσιας σύμβασης.....	8
B.2 Η ανάγκη για ρύθμιση των δημοσίων συμβάσεων σε Ευρωπαϊκό επίπεδο.....	12
B.3 Η νομική βάση των ρυθμίσεων και το επιλεχθέν νομοθετικό εργαλείο.....	14
B.4 Επισκόπηση του πεδίου εφαρμογής και του περιεχομένου των οδηγιών	17
B.5 Ο δικαιολογητικός λόγος της διαφορετικής ρύθμισης ανάλογα με το πεδίο δραστηριοποίησης της αναθέτουσας αρχής.....	22
Γ) Μέρος Δεύτερο: Η ρύθμιση των δημοσίων συμβάσεων στην ελληνική έννομη τάξη.....	25
Γ.1 Οι εθνικές ρυθμίσεις πριν την ευρωπαϊκή επιρροή.....	25
Γ.2 Τα ζητήματα ενσωμάτωσης μετά την προσχώρηση της Ελλάδας.....	27
Γ.3 Η μεταφορά της οδηγίας 2004/18 στο εθνικό δίκαιο.....	29
Γ.3.1 Διαφοροποιήσεις κατά τη μεταφορά.....	30
Γ.3.2 Το ζήτημα του βασικού μετόχου.....	32
Γ.4 Η δικαστική προστασία στο ελληνικό δίκαιο (ν. 3886/2010).....	35
Γ.5 Ο προσυμβατικός έλεγχος από το Ελεγκτικό Συνέδριο.....	36
Γ.6 Ο ρόλος της ΕΑΑΔΗΣΥ.....	38
Δ) Μέρος Τρίτο: Η ευρωπαϊκή πολιτική στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων.....	40
Δ.1 Ο τρόπος λήψης των αποφάσεων για ρύθμιση.....	40
Δ.2 Ο στόχος πίσω από τη ρύθμιση.....	41
Δ.3 Από την οδηγία 71/304 στην 2004/18.....	45
Δ.4 Από την οδηγία 2004/18 στην 2014/24-συγκριτική μελέτη.....	46
Δ.4.1 Οι κυρίες αλλαγές και ο σκοπός τους.....	46
Δ.4.2 Ο ρόλος των κυβερνήσεων και των οργάνων στην υιοθέτηση των αλλαγών.....	53
Ε) Μέρος Τέταρτο: Το ζήτημα της εφαρμογής των οδηγιών σε δημόσιες συμβάσεις που υπολείπονται των «κατωφλίων» αποκλειστικής εφαρμογής των οδηγιών.....	59
E.1 Η προβληματική – Νομολογία.....	59
E.2 Επίλυση με ευρωπαϊκόπολιτικά, νομολογιακά ή εθνικά κριτήρια;.....	62
ΣΤ) Σύνθεση – Συμπεράσματα.....	64
Ζ) Βιβλιογραφία.....	68

A) Εισαγωγή

Η περίοδος από τις αρχές έως και τα μέσα του 20^{ου} αιώνα υπήρξε μία μαύρη περίοδος για την Ευρώπη, η οποία έμεινε στην ιστορία για τη βαρβαρότητα και την αντιπαλότητα που αναπτύχθηκε μεταξύ των λαών της ηπείρου και που κατέληξε σε δύο παγκόσμιας κλίμακας πολέμους. Κατά συνέπεια, οι χρόνιες ένοπλες συρράξεις, το τεταμένο πολιτικό κλίμα και η έντονη πολεμοχαρή διάθεση που φαινόταν να χαρακτηρίζει κάποιους λαούς επέσυρε ως αντίβαρο, κυρίως δε μετά τη λήξη και του δεύτερου παγκοσμίου πολέμου, την προσπάθεια από διάφορες πλευρές για συμφιλίωση, συνεργασία και ειρηνική συνύπαρξη προκειμένου να αποφευχθούν τα παρόμοια αποτελέσματα με εκείνα που είχαν προηγηθεί. Μητέρα όλων των προσπαθειών αυτών υπήρξε η δημιουργία της Κοινωνίας των Εθνών, που αποτέλεσε τον πρώτο παγκόσμιο διεθνή οργανισμό και ο οποίος διέθετε στοιχεία που χαρακτηρίζουν και ένα σύγχρονο διεθνή οργανισμό, όπως ο πλουραλιστικός χαρακτήρας, η πολιτική ατζέντα και αποφασιστική εξουσία¹. Από το '45 και μετά υπήρξε μια καθολική σιωπηρή αποδοχή του ότι το έθνος-κράτος για να μπορέσει να προστατεύσει αποτελεσματικά το λαό του θα πρέπει να επαναπροσδιορίσει την εθνική του κυριαρχία μέσω της συμμετοχής του σε διεθνείς οργανισμούς. Η βούληση των λαών για προαγωγή της διεθνούς συνεργασίας, ειρήνης και ασφάλειας οδήγησε στην υπογραφή πολλαπλών και ποικίλλων διεθνών συνθηκών, εκ των οποίων κάθε μία υπηρετούσε διαφορετικό στόχο. Κορυφαία εκδήλωση της βούλησης αυτής ήταν η δημιουργία των Ηνωμένων Εθνών². Σε αποκλειστικά ευρωπαϊκό όμως επίπεδο το πρώτο μεγάλο και σημαντικότερο βήμα ήταν η σύσταση του Συμβουλίου της Ευρώπης³, στους κόλπους του οποίου λίγα χρόνια αργότερα υπεγράφη και η Ευρωπαϊκή Σύμβαση για την Προστασία των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και των Θεμελιωδών Ελευθεριών (ΕΣΔΑ).

Κοιτίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (στο εξής ΕΕ) όπως την γνωρίζουμε σήμερα, υπήρξαν οι τρεις Ευρωπαϊκές Κοινότητες που αποτέλεσαν το πρώτο βήμα

¹ Ε. Σαχπεκίδου, *Ευρωπαϊκό Δίκαιο*, Β' Έκδοση, Σάκκουλας, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2011, σελ. 6

² Ibid, σελ. 8

³ Πάντως, πρέπει να είναι ξεκάθαρο, ότι παρόλο που όλα τα κράτη μέλη της σημερινής Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΕΕ) είναι συμβαλλόμενα μέρη του Συμβουλίου της Ευρώπης, το τελευταίο δεν πρέπει να συγχέεται με άλλα όργανα της ΕΕ, όπως το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο ή το Συμβούλιο των Υπουργών που είναι θεσμικά όργανα. Επιπλέον, σήμερα το Συμβούλιο της Ευρώπης, αποτελώντας αυτοτελή διεθνή οργανισμό, αποτελείται από περισσότερη μέλη σε σχέση με τα κράτη μέλη της ΕΕ, έχει άλλους στόχους και όργανα και ακολουθεί διαφορετικές μεθόδους συνεργασίας.

προς την υλοποίηση του προγράμματος του Γάλλου πολιτικού Jean Monnet για συνεργασία και ενοποίηση των ευρωπαϊκών λαών, κυρίως μέσω της οικονομικής ενοποίησης και συνεργασίας, με στόχο την ειρηνική συνύπαρξη των λαών της Ευρώπης καθώς και την οικονομική και κοινωνική τους πρόοδο⁴. Από τις τρεις Ευρωπαϊκές Κοινότητες, ήτοι ΕΚΑΧ, ΕΟΚ και ΕΚΑΕ, η πιο επιτυχής και αποτελεσματική ήταν η ΕΟΚ. Στην Συνθήκη της ΕΟΚ έγινε για πρώτη φορά αναφορά στην δημιουργία μιας «κοινής αγοράς» καθώς και ο στόχος για προσέγγιση οικονομικών πολιτικών των κρατών μελών⁵, ενώ απώτερος σκοπός ήταν η «διαρκώς στενότερη ένωση των ευρωπαϊκών λαών»⁶. Η «κοινή αγορά» αποτέλεσε ακρογωνιαίο λίθο της οικονομικής -και μετέπειτα πολιτικής και δικαιοδικής- συνεργασίας των ευρωπαϊκών κρατών καθώς έτσι η Κοινότητα δεν μετατράπηκε μια συνήθη τελωνειακή ένωση θεσπίζοντας απλώς κοινό εξωτερικό δασμολόγιο⁷, αφού στον χώρο αυτό κινούνταν ελεύθερα όχι μόνο εμπορεύματα αλλά και πρόσωπα⁸, υπηρεσίες⁹ και κεφάλαια¹⁰. Κι ενώ η κοινή αγορά θα αποτελούσε τον πυρήνα της οικονομικής ενοποίησης¹¹, η προοδευτική προσέγγιση της οικονομικής πολιτικής των κρατών θα αποτελούσε αναγκαίο όρο της πραγμάτωσής της. Εδώ λοιπόν εντοπίζεται για πρώτη φορά η ανάγκη για σύγκλιση και συντονισμό πολιτικών έτσι ώστε να πραγματοποιηθεί και να λειτουργήσει αποτελεσματικά η κοινή αγορά. Προς την κατεύθυνση αυτή και προκειμένου να ενεργοποιηθούν οι διαδικασίες προσέγγιση των επιμέρους κρατικών πολιτικών, η βαθμιαία εναρμόνιση των εθνικών νομοθεσιών κρίθηκε επιβεβλημένη.

Στα πρώτα χρόνια λειτουργίας της Κοινότητας και εξ αιτίας της έντονης - ακόμα- βούλησης διατήρησης ακέραιας της εθνικής κυριαρχίας, το κυρίαρχο μέσο προσέγγισης των νομοθεσιών ήταν η οδηγία¹², η οποία άφηνε περιθώρια και χρονικά και διαδικαστικά στα κράτη μέλη προκειμένου να την ενσωματώσουν κατά τον προσφορότερο τρόπο. Σήμερα τα πράγματα διαφέρουν άρδην δεδομένου ειδικά όσον αφορά στην ελεύθερη κυκλοφορία και την κοινή αγορά, το νομικό μέσο

⁴ Ibid, σελ. 16

⁵ Άρθρο 2 ΣΕΟΚ

⁶ Προοίμιο ΣΕΟΚ

⁷ Το κοινό αυτό εξωτερικό δασμολόγιο προέβλεπε την εξάλειψη εισαγωγικών και εξαγωγικών δασμών και ποσοτικών περιορισμών καθώς και κάθε μέτρο ισοδύναμο προς αυτούς αποτελέσματος (αρ. 9επ. ΣΕΟΚ).

⁸ Άρθρα 48 επ. ΣΕΟΚ

⁹ Άρθρα 59 επ. ΣΕΟΚ

¹⁰ Άρθρα 67 επ. ΣΕΟΚ

¹¹ Ε. Σαχπεκίδου, οπ. παραπ., σελ. 40

¹² Ibid, σελ. 41

δευτερογενούς δικαίου που κυριαρχεί είναι ο κανονισμός, ο οποίος έχει άμεση ισχύ. Περαιτέρω, η πολυπληθής νομοπαραγωγική δραστηριότητα της ΕΕ, η σύμπραξη περισσότερων οργάνων και η εμπλοκή ποικίλλων παραγόντων έχουν οδηγήσει στην έκδοση ενός μεγάλου όγκου πράξεων δευτερογενούς δικαίου, οι οποίες αποτελούν την πανηγυρική και ουσιαστική πραγμάτωση των ιδρυτικών συνθηκών, στις οποίες πλέον απονέμεται ο όρος «Law Making Treaties». Είναι πλέον σήμερα αναμφισβήτητο ότι η επιρροή και οι αλλαγές που έχουν επέλθει στα εθνικά δίκαια καθώς και η μετακύλιση εθνικών αρμοδιοτήτων στα ευρωπαϊκά όργανα, είτε κατ' αποκλειστική είτε κατά συντρέχουσα αρμοδιότητα δεδομένης της αρχής της επικουρικότητας, δεν συνάδουν με τον όρο «προσέγγιση» των νομοθεσιών. Είναι κάτι πολύ πάνω και πέρα απ' αυτό. Είναι μια δικαιική ενοποίηση, πόσο μάλλον δε όταν συμβαίνει το εξαιρετικά πρωτότυπο, το σύνολο των κρατών μελών να αναγνωρίζει και να δέχεται ως δεσμευτικές τις αποφάσεις του Δικαστηρίου του διεθνούς αυτού οργανισμού, ήτοι της ΕΕ.

Η ουσιαστική πραγμάτωση των στόχων της κοινής αγοράς που προέβλεπε η ιδρυτική Συνθήκη της ΕΟΚ επήλθε με την Ενιαία Ευρωπαϊκή Πράξη (στο εξής ΕΕΠ) το 1993. Η ΕΕΠ αποτέλεσε εν τοις πράγμασι την αρχή της δημιουργίας της ΕΕ. Μετά την ΕΕΠ ακολούθησε η Συνθήκη του Μάαστριχτ και αλληπάλληλες τροποποιήσεις της καθώς και διευρύνσεις και εμβαθύνσεις μέχρι να φτάσουμε στη σημερινή Συνθήκη της Λισσαβόνας (στο εξής ΣΛΕΕ) με τα 28 κράτη μέλη. Με την τελευταία αυτή Συνθήκη της Λισσαβόνας μάλιστα διακρίθηκαν ρητά και σε επίπεδο πρωτογενούς ενωσιακού δικαίου οι εσωτερικές¹³ αρμοδιότητες που απονέμονται στην ΕΕ, οι οποίες διακρίνονται σε αποκλειστικές, συντρέχουσες και αρμοδιότητες στήριξης¹⁴. Πιο συγκεκριμένα, στους τομείς που ανήκουν στην αποκλειστική αρμοδιότητα¹⁵ της ΕΕ, όπως η θέσπιση κανόνων στο πεδίο του ανταγωνισμού που είναι αναγκαίοι για τη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς¹⁶, η ΕΕ είναι η μόνη που μπορεί να νομοθετήσει ή να εγκρίνει δεσμευτικές πράξεις στους εν λόγω τομείς. Κατ'

¹³ Γ.-Ε. Καλαβρός και Θ. Γεωργόπουλος, *Το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Θεσμικό Δίκαιο)*, Τόμος Ι, Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα, 2010, σελ. 81

¹⁴ Η αποσαφήνιση κατανομής αρμοδιοτήτων δεν συνεπάγεται σημαντική μεταφορά νέων αρμοδιοτήτων, όμως ήταν αναγκαία αναγκαία για την καλύτερη και αποτελεσματικότερη λειτουργία της ΕΕ, κυρίως λόγω των ποικίλων συγκρούσεων μεταξύ αρμοδιοτήτων της ΕΕ και των κρατών μελών.

¹⁵ Άρθρο 3 ΣΛΕΕ

¹⁶ Άλλα πεδία αρμοδιότητας που ανήκουν στη δέσμη των αποκλειστικών αρμοδιοτήτων είναι η τελωνειακή ένωση, η νομισματική πολιτική, η διατήρηση βιολογικών θαλάσσιων πόρων στο πλαίσιο της Κοινής Αλιευτικής Πολιτικής, η κοινή εμπορική πολιτική και σύναψη διεθνών συμφωνιών.

αποτέλεσμα λοιπόν τα κράτη μέλη δεν έχουν πλέον την εξουσία του νομοθετούν στους εν λόγω τομείς εκτός εάν κάτι τέτοιο επιτρέπεται ρητά από ενωσιακή διάταξη. Από την άλλη πλευρά στις συντρέχουσες αρμοδιότητες της ΕΕ¹⁷, τα κράτη μέλη είναι εξουσιοδοτημένα κατά κανόνα -και όχι κατ' εξαίρεση όπως στις αποκλειστικές αρμοδιότητες- να εγκρίνουν ή να εκδίδουν δεσμευτικές πράξεις στους τομείς αυτούς, στο μέτρο όμως που η ΕΕ δεν έχει ήδη ασκήσει ή έχει αποφασίσει να μην ασκήσει εκείνη τη δική της αρμοδιότητα. Η δυνατότητα συνεπώς για δεσμευτική ρύθμιση από τα κράτη μέλη για τους τομείς συντρέχουσας αρμοδιότητας, όπως η εσωτερική αγορά¹⁸, εξαρτάται από την «απραξία» της ΕΕ. Τέλος οι τομείς που υπάγονται στις υποστηρικτικές αρμοδιότητες της ΕΕ¹⁹, όπως η διοικητική συνεργασία²⁰, είναι αυτοί που τα κράτη μέλη κρατούν τη νομοθετική τους αυτονομία και η ΕΕ μπορεί μόνο να παρεμβαίνει για υποστηρικτικούς, συντονιστικούς ή συμπληρωματικούς λόγους χωρίς να διαθέτει νομοθετική εξουσία.

Οι αρμοδιότητες αυτές της ΕΕ σε όποια κατηγορία κι αν ανήκουν δεν ασκούνται κατά το δοκούν και άνευ περιορισμών. Κάθε κανονιστική πρωτοβουλία της ΕΕ υπόκειται ταυτόχρονα σε τρεις θεμελιώδεις αρχές, όπως αυτές εντοπίζονται στο άρθρο 5 ΣΕΕ, ήτοι την αρχή της δοτής αρμοδιότητας, την αρχή της αναλογικότητας και την αρχή της επικουρικότητας. Κάθε μία απ' αυτές έχει εξαιρετική σημασία για την ορθή, σύννομη και αποτελεσματική λειτουργία της ΕΕ. Η αρχή της δοτής αρμοδιότητας είναι ίσως η απόδειξη ότι η ΕΕ είναι δημιούργημα κυρίαρχων κρατών που παρά την παραχώρηση κάποιων αρμοδιοτήτων δεν αναγνωρίζουν απόλυτη κεντρική εξουσία δυνάμενη να ρυθμίζει κατά βούληση, γι' αυτό άλλωστε και η ΕΕ απέχει αρκετά από το ομοσπονδιακό μοντέλο. Πιο συγκεκριμένα, βάσει της αρχής της δοτής αρμοδιότητας η Ένωση διαθέτει μόνο τις αρμοδιότητες που τα ίδια τα κράτη μέλη της έχουν απονέμει μέσω των Συνθηκών. Μάλιστα, αυτή η μεταφορά αρμοδιοτήτων δεν είναι αμετάκλητη, αν και η συρρίκνωση ή η επέκταση αυτών δεν είναι απλή διαδικασία δεδομένου ότι απαιτείται αναθεώρηση των Συνθηκών²¹, διότι η οποιαδήποτε μεταφορά αρμοδιότητας ισοδυναμεί με απομείωση κρατικής κυριαρχίας

¹⁷ Άρθρο 4 ΣΛΕΕ

¹⁸ Άλλες αρμοδιότητες που ανήκουν στη δέσμη των συντρεχουσών αρμοδιοτήτων είναι η γεωργία, η αλιεία, το περιβάλλον, η προστασία των καταναλωτών, ο χώρος ελευθερίας, ασφάλειας, δικαιοσύνης, οι μεταφορές, η ενέργεια κ.α..

¹⁹ Άρθρο 6 ΣΛΕΕ

²⁰ Άλλες αρμοδιότητες που ανήκουν στη δέσμη των υποστηρικτικών αρμοδιοτήτων είναι η βιομηχανία, ο πολιτισμός, η ανθρώπινη υγεία, ο τουρισμός κ.α..

²¹ Για την αναθεώρηση των Συνθηκών απαιτείται συμφωνία όλων των κρατών μελών.

κι αυτό ειδικά για τα ευρωσκεπτικιστικά κράτη μέλη αποτελεί ευαίσθητο θέμα. Η αρχή της αναλογικότητας είναι η ίσως η πιο γνωστή αρχή η οποία διέπει όλη τη δράση της ΕΕ και έχει την έννοια ότι κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων της η ΕΕ δεν θα πρέπει να υπερβαίνει τα απαιτούμενα όρια για την επίτευξη των στόχων της²². Με άλλα λόγια, η *stricto sensu* αναλογικότητα, που επικεντρώνεται στην σχέση μέσου-σκοπού, έχει την έννοια ότι το επιθυμητό αποτέλεσμα δεν μπορεί να επιτευχθεί με μέσο ηπιότερο απ' αυτό που επιλέχθηκε²³. Τέλος, η αρχή της επικουρικότητας, η οποία ισχύει εξ ορισμού μόνο για τις συντρέχουσες αρμοδιότητες, έχει την έννοια ότι η ΕΕ μπορεί να ασκεί μία αρμοδιότητα εκδίδοντας πράξεις μόνο εφόσον κρίνεται ότι εν προκειμένω η ΕΕ θα ενεργήσει πιο αποτελεσματικά απ' ότι αν ενεργήσει μεμονωμένα κάθε κράτος μέλος.

Ο καταμερισμός αυτός των αρμοδιοτήτων μεταξύ ΕΕ και κρατών μελών συνδράμει ενεργά στον καλύτερο σχεδιασμό των ενωσιακών πολιτικών, αποτύπωσή τους σε θετικό δίκαιο και στη συνέχεια εμπέδωσή τους από τα κράτη μέλη που θα κληθούν να τις εφαρμόσουν. Η προαναφερθείσα διάκριση των αρμοδιοτήτων καθώς και οι αρχές που τις διέπουν σε συνδυασμό με τις ρυθμίσεις για την εσωτερική αγορά είναι εξαιρετικά σημαντικές για τον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, που εξετάζεται στην παρούσα εργασία, γιατί κατά τη γνώμη μου αποτελεί ιδιάζουσα περίπτωση. Και εξηγούμαι, στον εν λόγω τομέα, ενώ όλες οι πράξεις που ρυθμίζουν το πεδίο των δημοσίων συμβάσεων υπάγονται στην ευρύτερη κατηγορία της εσωτερικής αγοράς - ελεύθερη κυκλοφορία προσώπων, αγαθών, υπηρεσιών- και κατ'επέκταση στις συντρέχουσες αρμοδιότητες της Ένωσης, ο κυριότερος σκοπός πίσω από τις ρυθμίσεις αυτές είναι η αποτροπή της νόθευσης του ανταγωνισμού λόγω διακριτικής μεταχείρισης και η αύξηση της ανταγωνιστικότητας της ευρωπαϊκής αγοράς απέναντι σ' αυτές της Αμερικής και της Ιαπωνίας. Όμως, όπως προαναφέρθηκε, θέματα που άπτονται του δικαίου ανταγωνισμού υπάγονται στην αποκλειστική αρμοδιότητα της Ένωσης. Από την άλλη πλευρά, έχοντας υπόψη, όπως θα αναλυθεί παρακάτω, ότι οι εκδοθείσες οδηγίες στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων εφαρμόζονται μόνο εφόσον η προϋπολογισθείσα αξία του προκηρυσσόμενου έργου υπερβαίνει ένα συγκεκριμένο όριο, τίθεται το ζήτημα τι συμβαίνει με όσες δημόσιες συμβάσεις υπολείπονται των τιθέμενων ορίων. Υπάρχει δυνατότητα ελεύθερης εθνικής

²² S. Arrowsmith, H.-J. Priess, P. Friton, *Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?*, Public Procurement Law Review, 2009 (6), σελ. 264

²³ Κ. Χρυσόγονος, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σελ. 90

ρύθμισης εφόσον η ΕΕ δεν έχει ασκήσει τη δικής της αρμοδιότητα; Το ζήτημα έχει απασχολήσει και την νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (στο εξής ΔΕΕ)²⁴.

Πέραν όμως αυτών των προβληματισμών που καθιστούν πολύ ενδιαφέρον πεδίο μελέτης και έρευνας τον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζουν οι μεταβολές στη ρύθμιση του τομέα αυτού από την ΕΕ ήδη από το 1950 πριν την έκδοση των πρώτων οδηγιών για μέχρι σήμερα και το τελευταίο «πακέτο» ρύθμισης του 2014, καθώς και η στάση της Ελλάδας απέναντι στις ρυθμίσεις αυτές (π.χ. προϋπάρχουσες και παράλληλα ισχύουσες εθνικές ρυθμίσεις, μεταφορά οδηγιών στην ελληνική έννομη τάξη κτλ).

Στην παρούσα εργασία λοιπόν, θα παρουσιαστεί η έννοια των δημοσίων συμβάσεων εν γένει ως ιδιόμορφη περίπτωση σύμβασης που προκάλεσε και το ευρωπαϊκό ενδιαφέρον, οι ελληνικές ρυθμίσεις και αντιμετώπιση του θέματος καθώς και οι αντίστοιχες ευρωπαϊκές, όπως διαμορφώθηκαν μετά από αλληπάλληλες μεταρρυθμίσεις (ιδίως δε την μετάβαση από την οδηγία 2004/18/ΕΚ στην 2014/24/ΕΕ), περιορίζοντας όμως το πεδίο μελέτης στις λεγόμενες κλασσικές οδηγίες²⁵ και κυρίως στη γενική οδηγία²⁶. Τέλος, βάσει ενός ζητήματος που απασχόλησε πρόσφατα τη νομολογία του ΔΕΕ θα αναπτυχθούν προβληματικές που αναδύονται και οι πιθανοί τρόποι επίλυσής λαμβάνοντας υπόψη τα σύγχρονα πολιτικά, κοινωνικά και οικονομικά δεδομένα και κεκτημένα της ΕΕ.

Β) Μέρος Πρώτο: Οι δημόσιες συμβάσεις και οι κεντρικοί άξονες ευρωπαϊκής τους ρύθμισης

B.1 Η έννοια της δημόσιας σύμβασης

i) Γενικά

Σύμφωνα με τον κλασσικό ορισμό των δημοσίων συμβάσεων, πρόκειται για συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας που συνάπτονται μετά από διαγωνιστική διαδικασία μεταξύ αναδόχου της σύμβασης και της αναθέτουσας αρχής που προκήρυξε τη

²⁴ βλ. Μέρος Τέταρτο

²⁵ Οδηγίες περί συντονισμού διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών και οδηγίες περί συντονισμού σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών.

²⁶ 2004/18/ΕΚ και 2014/24/ΕΕ

διαγωνιστική διαδικασία. Ως αναθέτουσα αρχή νοείται το Δημόσιο, ΝΠΔΔ, ΟΤΑ, δημοτικές, νομαρχιακές και δημόσιες επιχειρήσεις, οργανισμοί δημοσίου δικαίου και ενώσεις των ανωτέρω νομικών προσώπων. Αντικείμενο των συμβάσεων αυτών μπορεί να είναι αγαθά, έργα ή υπηρεσίες. Μέσω αυτού του είδους συμβάσεων το Δημόσιο και ευρύτερος δημόσιος τομέας, προσφεύγει στην ιδιωτική αγορά²⁷, αναζητώντας την επωφελέστερη προσφορά για το εκάστοτε προκηρυσσόμενο έργο. Αυτός είναι άλλωστε και ο λόγος διενέργειας διαγωνισμών, έτσι ώστε η πιο συμφέρουσα για την αναθέτουσα αρχή προσφορά να υπόκειται σε κανόνες ανταγωνισμού ιδιωτικών συμφερόντων για να επιτυγχάνεται η χαμηλότερη δυνατή τιμή.

Καταρχήν λοιπόν, φαίνεται να παρουσιάζει όλα τα χαρακτηριστικά μιας συνήθους σύμβασης υπαγόμενης στο ιδιωτικό δίκαιο, αφού εν προκειμένω το Δημόσιο δρα ως ιδιώτης. Όμως σε αντίθεση με άλλες περιπτώσεις που το Δημόσιο δεσμεύεται συμβατικά με ιδιώτες και υπάγεται και αυτό στους κανόνες κλασσικού ιδιωτικού δικαίου, στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων ο κανόνας αυτός επιδέχεται κάποιες παρεκκλίσεις, γι' αυτό και αποτελούν ιδιάζουσα μορφή σύμβασης. Η δικαιοκρατική συνιστώσα της διαδικασίας ανάθεσης²⁸ στους διαγωνισμούς του δημοσίου είναι κάτι που δεν πρέπει να αγνοείται αφού παίζει καθοριστικό ρόλο, δεδομένου ότι το Δημόσιο δεν έχει χάνει όλα τα στοιχεία του δημόσιου χαρακτήρα του υιοθετώντας όμως και στοιχεία ιδιωτικής φύσης. Πιο συγκεκριμένα, ενώ το κράτος αναζητεί στην ιδιωτική αγορά την ικανοποίηση των αναγκών του μέσω σύναψης σύμβασης, παράλληλα χρησιμοποιεί τα προνόμια της δημόσιας εξουσίας που έχει²⁹. Τα προνόμια αυτά εντοπίζονται ήδη σε πολύ πρώιμο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι τη διαμόρφωση των όρων της προκήρυξης που αποτελεί κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και υπερισχύει έναντι άλλων αντίθετων διατάξεων³⁰ έως και την τελευταία πράξη που περατώνει τη διαγωνιστική διαδικασία, δηλαδή τη σύμβαση ανάθεσης, η έκδοση της οποίας εναπόκειται στη διακριτή ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής³¹. Μάλιστα, μια ολοκληρωμένη δημόσια

²⁷ Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου, *Δημόσιες Συμβάσεις και Κοινωνικό Δίκαιο – Διαδικασίες Ανάθεσης και Έννομη Προστασία*, Μελέτες Διοικητικού Δικαίου, Τόμος II, Σάκκουλας, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 1995, σελ. 19

²⁸ Ibid, σελ. 38

²⁹ Ibid, σελ. 38

³⁰ Εξαίρουνται φυσικά οι διατάξεις αναγκαστικού δικαίου καθώς και κανόνες δικαίου ιεραρχικά ανώτεροι, όπως το Σύνταγμα.

³¹ Ibid, σελ. 38

σύμβαση αποτελεί σύνθετη διοικητική ενέργεια, η οποία ολοκληρώνεται με την έκδοση της τελευταίας αποσπαστής πράξης, δηλαδή της απόφασης ανάθεσης, η οποία αποτελεί μονομερή ενέργεια.

Όπως είναι λοιπόν φανερό, το κράτος δεν αποτελεί έναν κοινό αντισυμβαλλόμενο και ο αμφίσημος ρόλος του που περιλαμβάνει και συμβατικά και μονομερή στοιχεία έχει προκαλέσει ποικίλα προβλήματα στο παρελθόν ιδίως σε ό,τι αφορά την υποχρέωση για σεβασμό των ατομικών δικαιωμάτων. Κι αυτό κυρίως γιατί κράτος και ιδιώτες ενώ δραστηριοποιούνται στο χώρο του ανταγωνισμού «παίζουν» με διαφορετικούς όρους και δεν υπάρχει ισότητα όπλων. Εξαιτίας των λόγων αυτών διαφορές ανακύπτουσες κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι και την υπογραφή της σύμβασης ανάθεσης μεταξύ αναθέτουσας αρχής και αναδόχου, υπάγονται στη δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων. Πάντως, θα πρέπει να σημειωθεί ότι αυτό το διφυή ρόλο του κράτους που στην ουσία τον καθιστά σε μεγάλο βαθμό ταυτόχρονα διαιτητή και παίκτη, έχει μετριάσει αισθητά η επέμβαση της ΕΕ στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, όπως θα αναπτυχθεί παρακάτω.

ii) Η διαγωνιστική διαδικασία

Της υπογραφής της σύμβασης ανάθεσης προηγείται μια εκτενής, άκρως τυπική και χρονοβόρος διαδικασία. Η όλη διαδικασία ξεκινά με την απόφαση της αναθέτουσας αρχής να προκηρύξει διαγωνισμό για την ανάθεση μιας δημόσιας σύμβασης. Αμέσως μετά, κρίσιμο είναι να αποφασιστεί το είδος διαγωνιστικής διαδικασίας που θα ακολουθηθεί. Πιο συγκεκριμένα, αν και ισχύει το *numerus clausus*, υπάρχουν περισσότερα είδη διαδικασιών, ήτοι η ανοικτή, η κλειστή και η πρόχειρη διαδικασία, η διαδικασία με διαπραγμάτευση και ο ανταγωνιστικός διάλογος. Στην ανοικτή διαδικασία, μετά τη δημοσίευση της διακήρυξης καλείται κάθε ενδιαφερόμενος να υποβάλλει προσφορά ενώ στην κλειστή, η πρόσκληση ενδιαφέροντος είναι πολύ γενική και οι ενδιαφερόμενοι υποβάλλουν αίτηση συμμετοχής μαζί με φάκελο «ικανότητας» και μόνο όσοι επιλέγονται με βάση τα στοιχεία ικανότητας καλούνται να υποβάλλουν προσφορά. Στον πρόχειρο διαγωνισμό, η διαδικασία είναι συνοπτική χωρίς να απαιτείται δημοσίευση και αφορά μόνο προμήθειες χαμηλού κόστους. Στη διαδικασία με διαπραγμάτευση, η οποία ακολουθείται μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις που προβλέπονται από το νόμο, οι

αναθέτοντες φορείς δύνανται να διαπραγματευτούν με προμηθευτές της επιλογής τους είτε με είτε χωρίς προηγούμενη δημοσίευση της διακήρυξης. Η εν λόγω διαδικασία μπορεί να ακολουθηθεί και σε περίπτωση που ο διαγωνισμός κηρυχθεί άγονος ή οι υποβληθείσες προσφορές κριθούν ασύμφορες ενώ υπάρχει επείγουσα ανάγκη, οπότε προσφεύγοντας στη διαδικασία με διαπραγμάτευση οι συμμετέχοντες υποβάλλουν νέες τεχνικές ή οικονομικές προσφορές. Η διαδικασία του ανταγωνιστικού διαλόγου επιλέγεται σπανίως και μόνο σε περιπτώσεις ιδιαίτερα πολύπλοκων συμβάσεων. Κατά τη διαδικασία αυτή, κάθε οικονομικός φορέας μπορεί να ζητήσει να συμμετάσχει και κατά την διεξαγωγή της η Αναθέτουσα Αρχή διεξάγει διάλογο με τους υποψηφίους που έχουν γίνει δεκτοί στη διαδικασία αυτή προκειμένου να βρεθούν μία ή περισσότερες λύσεις που θα μπορούσαν να ικανοποιήσουν τις ανάγκες της και βάσει της οποίας ή των οποίων οι υποψήφιοι που επελέγησαν καλούνται να υποβάλλουν προσφορά.

Η επιλογή του είδους διαδικασίας είναι κρίσιμη, αφού ανάλογα με αυτή εφαρμόζονται άλλες διαφορετικές ρυθμίσεις. Μετά την επιλογή του κατάλληλου για την εκάστοτε περίπτωση είδους διαγωνιστικής διαδικασίας, η αρμόδια υπηρεσία – συνήθως η διεύθυνση προμηθειών- της αναθέτουσας αρχής αναλαμβάνει τη σύνταξη της διακήρυξης/προκήρυξης, την οποία θα πρέπει, εφόσον η προϋπολογιζόμενη αξία του αντικειμένου της σύμβασης ξεπερνά τα τασσόμενα από τις οδηγίες χρηματικά όρια, να δημοσιεύσει εκτός από τον εθνικό τύπο και στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Το κείμενο της διακήρυξης, το οποίο έχει κανονιστικό περιεχόμενο, θα πρέπει να περιγράφει με τη μέγιστη σαφήνεια το αντικείμενο της σύμβασης, τις τεχνικές και οικονομικές προδιαγραφές που θα πρέπει να πληροί ο υποψήφιος ανάδοχος προκειμένου να θεωρείται κατάλληλος για την εκπόνηση του αντικειμένου της σύμβασης καθώς και το νομικό πλαίσιο βάσει του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός. Ακόμη, η αναθέτουσα αρχή δύναται να απαιτήσει να της χορηγήσει κάθε υποψήφιος ανάδοχος που προτίθεται να συμμετέχει τα έγγραφα από τα οποία προκύπτει η νόμιμη λειτουργία καθώς και χρηματοοικονομική του επάρκεια. Για παράδειγμα, εάν πρόκειται για νομικό πρόσωπο να ζητήσει το καταστατικό του και τη νόμιμη δημοσίευσή του ή εάν πρόκειται για φυσικό πρόσωπο έναρξη επιτηδεύματος καθώς και τους δημοσιευμένους ισολογισμούς τους.

Ανάλογα λοιπόν με τη διαγωνιστική διαδικασία που ακολουθείται, που κατά κανόνα είναι η ανοικτή, οι ενδιαφερόμενοι καλούνται να υποβάλλουν τις προσφορές τους, καταθέτοντας «φάκελο συμμετοχής». Ο φάκελος αυτός χωρίζεται σε τρία μέρη: τα δικαιολογητικά συμμετοχής, που αποτελούνται από τα νομιμοποιητικά έγγραφα του υποψήφιου, την τεχνική προσφορά και την οικονομική προσφορά. Οι τρεις αυτοί υποφάκελοι ανοίγονται με την σειρά που προεκτέθηκαν και σε κάθε στάδιο η αναθέτουσα αρχή αποφασίζει εκδίδοντας κάθε φορά πρακτικό από το αρμόδιο όργανο³², ποιοι από τους συμμετέχοντες θα συνεχίσουν στο επόμενο στάδιο και ποιοι δεν πληρούν τα τιθέμενα κριτήρια και απορρίπτει την προσφορά τους. Κατά το τρίτο στάδιο του διαγωνισμού και το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών η αναθέτουσα αρχή κρίνει ανάλογα με το εκάστοτε κριτήριο ανάθεσης, ήτοι είτε «την πιο συμφέρουσα προσφορά» είτε «τη χαμηλότερη τιμή»³³, σε ποιόν συμμετέχοντα θα κατακυρωθεί το έργο, η προμήθεια ή η υπηρεσία που έχει ως αντικείμενο η σύμβαση. Εν συνεχεία, ο ανάδοχος καλείται να υπογράψει τη σύμβαση ανάθεσης οπότε και περατώνεται η όλη διαδικασία.

Στην ελληνική έννομη τάξη, κατά των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής που αφορούν την απόρριψη προσφορών, τη βαθμολογία των συμμετεχόντων καθώς και την απόφαση κατακύρωσης της σύμβασης, χωρεί προδικαστική προσφυγή κατά το νόμο 3886/2010 ενώπιον της αναθέτουσας αρχής και εν συνεχεία ασφαλιστικά μέτρα και αίτηση ακύρωσης, που μπορεί να αναστείλουν την πρόοδο της διαδικασίας (αναλυτικά Μέρος Δεύτερο).

B.2 Η ανάγκη για ρύθμιση των δημοσίων συμβάσεων σε Ευρωπαϊκό επίπεδο

Όπως αναπτύχθηκε παραπάνω, η προσφυγή σε διαγωνιστικές διαδικασίες για σύναψη συμβάσεων προκειμένου το Δημόσιο να καλύψει τις ανάγκες του με τον επωφελέστερο τρόπο, αποτελεί το κατεξοχήν μέσο που χρησιμοποιεί ένα κράτος. Κατά συνέπεια, δεν είναι δύσκολο να αναλογιστεί κανείς το τεράστιο αντίκτυπο και τη σημασία των εν λόγω συμβάσεων για την οικονομία, πόσο μάλλον όταν μιλάμε για συνδεδεμένες και αλληλεγγύως ωφελούμενες οικονομίες. Πώς θα μπορούσαν λοιπόν αυτά τα κεφάλαια να αφήσουν αδιάφορη την Ευρωπαϊκή, τότε, Κοινότητα όταν υπήρχε ήδη ελεύθερη κυκλοφορία αγαθών, υπηρεσιών και προσώπων;

³² Συνήθως αρμόδιο όργανο είναι η Επιτροπή Αξιολόγησης, η οποία είναι αρμόδια να κρίνει και επί προδικαστικών προσφυγών.

³³ Μετά την οδηγία 2014/24 υπάρχει μόνο ένα κριτήριο ανάθεσης (βλ. παρακάτω).

Άλλωστε οι δημόσιες συμβάσεις δεν είναι κάτι διαφορετικό, αν και έχουν την ειδοποιό διαφορά ότι το ένα συμβαλλόμενο μέρος είναι το κράτος και όχι ο ιδιώτης. Προς την ολοκλήρωση του ανοίγματος των αγορών και τη πραγματοποίηση της επιταγής των Συνθηκών για εσωτερική αγορά³⁴, η ευρωπαϊκή ρύθμιση των δημοσίων συμβάσεων κρίθηκε επιβεβλημένη ήδη από πολύ νωρίς και δη τη δεκαετία του '60 και πριν καν την έκδοση των πρώτων σχετικών οδηγιών, που εμφανίστηκαν σχεδόν δέκα χρόνια μετά.

Πέραν όμως της ουσιαστικής πραγμάτωσης της ενιαίας αγοράς και της ελεύθερης κυκλοφορίας, που πάντως είναι ο κύριος λόγος γέννησης του ευρωπαϊκού ενδιαφέροντος, άλλα δύο ζητήματα κρίθηκαν κομβικής σημασίας και συνέβαλλαν στην ανάγκη για κοινή ρύθμιση, εκ των οποίων μάλιστα το ένα αποτέλεσε εξ αρχής και νομική βάση των εν συνεχεία εκδοθεισών οδηγιών. Πιο συγκεκριμένα, το πρώτο ζήτημα αφορά στη ρύθμιση θεμάτων ανταγωνισμού που ανέκυπταν κατά τις διαδικασίες ανάθεσης, καθότι δεν υπήρχε ο απαραίτητος έλεγχος προκειμένου να αποφευχθεί η πιθανή νόθευση του ανταγωνισμού ή η διακριτική μεταχείριση. Σημειωτέον δε ότι ο ανταγωνισμός στον τομέα των κρατικών προμηθειών ήταν ελάχιστος εκείνα τα χρόνια³⁵ και στόχος της Κοινότητας ήταν και η ενδυνάμωσή του. Το δεύτερο ζήτημα αφορά στην βούληση για εν γένει προσέγγιση των νομοθεσιών³⁶ των κρατών μελών, το οποίο είναι και το πιο σημαντικό. Η προσέγγιση των νομοθεσιών, που τίθεται ως νομική βάση μέχρι και στις σήμερα ισχύουσες οδηγίες, αποτυπώνει πρωτογενώς την προσπάθεια για μεγαλύτερη ενοποίηση και εμβάθυνση. Είναι λοιπόν προφανές, ότι για να επιτευχθεί σταδιακά αυτή η νομική ενοποίηση είναι αναγκαίο να ρυθμιστούν κατ' ενιαίο τρόπο καταρχήν τα κομμάτια της οικονομίας που έχουν τη μεγαλύτερη σημασία, όπως το υπό συζήτηση.

Παράλληλα, η κοινή ρύθμιση του τομέα είχε ευθύς εξ αρχής και έναν άλλο σκοπό, ο οποίος όμως είχε και αντίθετα από τα επιδιωκόμενα αποτέλεσμα. Δεδομένου ότι ήδη από τη δεκαετία του '70 -οπότε έγινε και τύποις η πρώτη απόπειρα συγκεκριμένης ρύθμισης μέσω οδηγιών- διαφαινόταν η επιγενόμενη διεύρυνση των κοινοτήτων και η προσχώρηση νέων κρατών μελών με οικονομίες πιο αδύναμες από άλλες και που βρίσκονταν ακόμα σε τροχιά ανάπτυξης, στόχος της

³⁴ Σήμερα, άρθρο 26 ΣΛΕΕ

³⁵ Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου, οπ. παραπ., σελ. 20

³⁶ Σήμερα, άρθρο 114 ΣΛΕΕ

ρύθμισης αυτής ήταν να δώσει τη δυνατότητα σε φυσικά και νομικά πρόσωπα να μεγαλώσουν τον κύκλο των «υποψήφιων πελατών» τους και να μπορέσουν να αναλάβουν έργα με μεγαλύτερη αξία απ' ό,τι αυτά που προκήρυσσε το κράτος όπου είχαν την έδρα τους ή να αναλάβουν περισσότερα μικρής αξίας έργα προκηρυσσόμενα από περισσότερα κράτη. Όμως με το άνοιγμα των αγορών στις δημόσιες συμβάσεις, η δυνατότητα αυτή θα λειτουργούσε και ανάποδα, δηλαδή μία μεγάλη λ.χ. επιχείρηση θα μπορούσε να «κερδίσει» πολύ πιο εύκολα λόγω της τεχνογνωσίας της και της οικονομικής της κατάστασης και τα μικρότερης και τα μεγαλύτερης αξίας έργα περισσότερων φορέων, αποστερώντας από λ.χ. μικρομεσαίες επιχειρήσεις.

Προς αποφυγή λοιπόν αυτής της κατάστασης, θεσπίστηκαν τα λεγόμενα «κατώφλια» εφαρμογής των σχετικών οδηγιών. Τα «κατώφλια» έχουν την έννοια ότι εάν η προϋπολογιζόμενη αξία ενός προκηρυσσόμενου έργου ξεπερνά ένα Χ ποσό τότε η προκήρυξη του έργου καθώς και όλη η διαγωνιστική διαδικασία μέχρι την υπογραφή της σύμβασης ανάθεσης υπόκειται στην αποκλειστική ρύθμιση των διατάξεων της οδηγίας. Μάλιστα, ανάλογα με το αν ο διαγωνισμός αφορά έργα, αγαθά ή υπηρεσίες τα κατώφλια κυμαίνονται σε διαφορετικά όρια. Αμφίβολο είναι πάντως αν τα κατώφλια μπόρεσαν να υπηρετήσουν επαρκώς το σκοπό για τον οποίο τέθηκαν.

Στο σημείο αυτό, αξίζει να σημειωθεί ότι υπάρχει ένα τμήμα των δημοσίων προμηθειών που αν και εξαιρετικά προσοδοφόρο εκφεύγει του ευρωπαϊκού ενδιαφέροντος και δεν είναι άλλο από τις δημόσιες συμβάσεις που συνάπτονται στον τομέα της άμυνας. Η εξαίρεση αυτή επιβεβαιώνει τη μη ομοσπονδιακή δομή της ΕΕ και τη βούληση των κρατών για διατήρηση, τμημάτων έστω, της εθνικής τους κυριαρχίας.

B.3 Η νομική βάση των ρυθμίσεων και το επιλεγέν νομοθετικό εργαλείο

i) Η νομική βάση των ρυθμίσεων

Η αρχική νομική βάση για το άνοιγμα της αγοράς των κρατικών προμηθειών στον κοινοτικό ανταγωνισμό αποτελείτο από τις διατάξεις της τότε Συνθήκης που απαγόρευαν την μη διακριτική, άμεση ή έμμεση, μεταχείριση των υποψήφιων

αναδόχων από τους αναθέτοντες φορείς³⁷. Οι διατάξεις αυτές ήταν τα άρθρα 30, 52 και 59 ΣΕΚ που αφορούσαν την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων, εγκατάστασης και παροχής υπηρεσιών αντίστοιχα. Οι αρχές αυτές αποτελούν βασικές κοινοτικές ελευθερίες και ενώ δεν τέθηκαν συγκεκριμένα για τις κρατικές προμήθειες, ορθώς εφαρμοζόντουσαν αναλογικά και σ' αυτές ελλείπει άλλου πιο συγκεκριμένου νομοθετικού κειμένου. Αναλυτικότερα, η ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων έχει την έννοια της απαγόρευσης των ποσοτικών περιορισμών και κυρίως των μέτρων ισοδύναμου αποτελέσματος, που λαμβάνονται από το κράτος και στοχεύουν στην νομιμοφανή προτίμηση εγχώριων αναδόχων. Στην ελευθερία εγκατάστασης αντίστοιχα, συμπεριλαμβάνεται και οποιαδήποτε ανεξάρτητη, μη μισθωτή ή πρόσκαιρη επαγγελματική δραστηριότητα. Τέλος, η ελεύθερη παροχή υπηρεσιών συνίσταται στη δυνατότητα των υπηκόων ενός κράτους μέλους (ή μια επιχείρησης που έχει την έδρα της σε ένα κράτος μέλος) να παρέχουν ελεύθερα τις υπηρεσίες τους σε άλλο κράτος μέλος ακόμα και προσωρινά. Συμπληρωματική βάση αποτελούσε και στην απαγόρευση διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, η οποία αποτελεί θεμελιώδη κανόνα για την εύρυθμη λειτουργία της ενιαίας κοινοτικής αγοράς³⁸ και η οποία διέπει γενικότερα κάθε οικονομική δραστηριότητα της Ένωσης. Η αρχή αυτή απαγορεύει κάθε φανερή ή συγκαλυμμένη, νομοθετική ή διοικητική διάκριση σε βάρος ή προς όφελος φυσικών ή νομικών προσώπων.

Η αρχική όμως αυτή προσπάθεια ανοίγματος της αγοράς των κρατικών προμηθειών και η ρύθμισή της με βάση αμιγώς το πρωτογενές κοινοτικό δίκαιο σύντομα φάνηκε ανεπαρκής και συνεπώς η Κοινότητα θα έπρεπε να στραφεί σ' ένα εργαλείο του δευτερογενούς κοινοτικού δικαίου, το οποίο τελικώς ήταν η οδηγία. Ο κυριότερος λόγος που το πρωτογενές δίκαιο κρίθηκε ανεπαρκές, ήταν η λιτότητα των διατάξεων του ενώ υπήρχε ανάγκη για λεπτομερή ρύθμιση με ξεκάθαρες προϋποθέσεις και κριτήρια ανάθεσης που θα διευκόλυναν την αποστεγανωποίηση των αγορών ανάθεσης³⁹.

³⁷ Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου, οπ. παραπ., σελ. 20

³⁸ Β. Σκουρή, *Ερμηνεία Συνθηκών για την Ευρωπαϊκή Ένωση και την Ευρωπαϊκή Κοινότητα*, Σάκκουλας, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2003, σελ. 297

³⁹ Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου, οπ. παραπ., σελ. 46

Η νομική βάση έκδοσης της πρώτης οδηγίας που ρύθμιζε μέρος του υπό εξέταση τομέα (71/305/ΕΚ) μέχρι και την τελευταία οδηγία που εκδόθηκε πέρσι (2014/24/ΕΕ) δεν διαφέρουν. Όλες αυτές οι οδηγίες έχουν κοινή διπλή νομιμοποιητική βάση. Το ένα σκέλος της νομιμοποιητικής τους βάσης είναι αφενός οι διατάξεις των Συνθηκών περί ελεύθερης κυκλοφορίας εμπορευμάτων, υπηρεσιών και η ελευθερία εγκατάστασης και αφετέρου το σημερινό άρθρο 114 ΣΛΕΕ περί προσέγγισης νομοθεσιών.

Εδώ αξίζει να αναφερθεί, ότι παρότι ανά τις μεταρρυθμίσεις των οδηγιών η νομικές βάσεις έκδοσής τους παρέμειναν ίδιες, η βαρύτητα του κάθε σκέλους έχει μεταβληθεί. Συγκεκριμένα όταν εκδόθηκαν οι πρώτες οδηγίες στον τομέα, ήτοι η 71/305/ΕΚ για τα δημόσια έργα, η 77/62/ΕΚ για τις κρατικές προμήθειες, η 92/50/ΕΚ για τις υπηρεσίες κ.ο.κ., οι ελευθερίες που απορρέουν από την ελεύθερη κυκλοφορία αποτελούσαν την κύρια βάση για έκδοση των εν λόγω οδηγιών. Η αναφορά στη βάση του άρθρου για την προσέγγιση των νομοθεσιών ήταν εντελώς επικουρική. Όμως, μετά τη δημιουργία της νομισματικής ένωσης και όσο η ενοποίηση αποκτούσε βαθύτερο νόημα, πιο φιλόδοξους στόχους και περισσότερους αποδέκτες λόγω των διευρύνσεων, η βαρύτητα των βάσεων άλλαξε και έγιναν ισάξιες. Η διαπίστωση αυτή αποτελεί σημαντικό βήμα προς μια ακόμη πιο ενωμένη Ευρώπη στο κομμάτι του δικαίου, προωθώντας την έκδοση νομικά δεσμευτικών πράξεων, έτσι ώστε οι εθνικές ρυθμίσεις των κρατών μελών να παρουσιάζουν τη μέγιστη συνοχή. Αυτό με τη σειρά του βοηθάει με λανθάνοντα τρόπο την αποτελεσματική άσκηση των θεμελιωδών ευρωπαϊκών ελευθεριών που περιγράφηκαν παραπάνω, αφού δημιουργεί στον ευρωπαϊκό πληθυσμό (είτε φυσικό είτε νομικό πρόσωπο) αίσθηση ασφάλειας δικαίου επειδή έχουν γνώση του δικαίου στο οποίο υπόκεινται παρά τις πιθανές μετακινήσεις τους.

ii) Το επιλεγέν νομοθετικό εργαλείο

Για τη ρύθμιση των θεμάτων στο πεδίο των κρατικών προμηθειών η ΕΕ επέλεξε το νομοθετικό εργαλείο της οδηγίας. Ενδιαφέρον παρουσιάζει ο λόγος της επιλογής του εργαλείου αυτού έναντι του κανονισμού. Τυπικός λόγος επιλογής της οδηγίας είναι ότι έτσι ορίζεται στη Συνθήκη. Ο ουσιαστικός λόγος από την άλλη βρίσκεται στον τρόπο λειτουργίας κάθε εργαλείου. Ο κανονισμός αποτελεί το πιο «σκληρό» μέσο ρύθμισης στο πεδίο του δευτερογενούς δικαίου ενώ η οδηγία πιο

ήπιο. Επιπλέον, ο κανονισμός έχει άμεση ισχύ χωρίς να χρειάζεται μεταφορά στην εθνική έννομη τάξη ενώ η οδηγία χρειάζεται ενσωμάτωση στην εθνική δικαιοταξία και για την ενσωμάτωσή της δίνεται ένα χρονικό περιθώριο, κατά τη διάρκεια του οποίου η οδηγία δεν έχει εφαρμογή.

Η οδηγία λοιπόν προκρίθηκε ως προσφορότερο μέσο λόγω της υποχρεωτικής ενσωμάτωσης στην εκάστοτε εθνική έννομη τάξη σε ορισμένο χρόνο και όχι άμεσα, πράγμα που δίνει κάποιο περιθώριο στο κράτος να την προσαρμόσει στους δικούς του κανόνες ενώ ο κανονισμός που έχει άμεση ισχύ είναι ανεπίδεκτος ακόμη και της παραμικρής αναδιαμόρφωσης. Με δεδομένη λοιπόν την ιδιαιτερότητα και την πολυπλοκότητα του πεδίου των δημοσίων συμβάσεων από κράτος σε κράτος, η οποία οφείλονταν κυρίως στη διαφορετική λειτουργία των κρατικών μηχανισμών, η οδηγία θα εξυπηρετούσε περισσότερο την ομαλή προσαρμογή όλων των κρατών μελών στις κοινές ρυθμίσεις. Επιπλέον, αν και δευτερεύων, λόγος είναι άλλωστε, ότι οι κανόνες προς ενσωμάτωση θα έπρεπε να είναι ταυτόχρονα σε λογική συνοχή με αυτούς εξέφευγαν των κοινών ευρωπαϊκών ρυθμίσεων, δηλαδή των προμηθειών στον τομέα της άμυνας. Σημειωτέον δε, ότι μέσω της οδηγίας τα κράτη μέλη αναγκάζονται να συνεργαστούν⁴⁰ και μεταξύ τους και με την ίδια την Ένωση για την υιοθέτηση και ορθή υλοποίηση της κοινοτικής νομοθετικής πολιτικής σ' αυτόν τον ιδιαίτερα πολύπλοκο τομέα του κρατικού εφοδιασμού με αγαθά και υπηρεσίες.

Παρά την πρόκριση της οδηγίας ως προσφορότερου μέσου ρύθμισης λόγω της ηπιότητας της σε σχέση με τον κανονισμό, η εξαιρετικά λεπτομερής φύση των οδηγιών αυτών έθεσε το ζήτημα της δυνατότητας κανονιστικής πυκνότητάς τους, δηλαδή το κατά πόσο η οδηγία επιτρέπεται να ρυθμίζει με τέτοια λεπτομέρεια ένα πεδίο που περιορίζει την ελευθερία ρύθμισης των κρατών μελών στο ουσιαστικό κομμάτι της ρύθμισης⁴¹. Είναι γεγονός, ότι τα όρια ανάμεσα στην οδηγία και τον κανονισμό είναι πλέον ίσως λίγο ρευστά και δυσδιάκριτα υπό την έννοια ότι αν μια οδηγία ρυθμίζει διεξοδικά ένα θέμα και δεν αφήνει στην ουσία περιθώρια επέμβασης στο κράτος, τότε ίσως δεν απέχει πολύ από τον κανονισμό στην πραγματικότητα.

B.4 Επισκόπηση του πεδίου εφαρμογής και του περιεχομένου των οδηγιών

⁴⁰ Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου, οπ. παραπ., σελ. 46

⁴¹ Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου, οπ. παραπ., σελ. 47

Το πεδίο εφαρμογής των οδηγιών για τις δημόσιες προμήθειες χωρίζεται σε δύο σκέλη. Το πρώτο σκέλος αφορά τα προαναφεθέντα «κατώφλια», δηλαδή την προϋπολογιζόμενη αξία του εκάστοτε έργου, η οποία αν υπερβαίνει το τιθέμενο από την οδηγία «κατώφλι», τότε η τελευταία απολαμβάνει αποκλειστικής εφαρμογής. Το δεύτερο σκέλος αφορά στο αντικείμενο της σύμβασης και εάν αυτό εμπίπτει στις διατάξεις της οδηγίας εφόσον αυτή εφαρμόζεται λόγω υπέρβασης του προλεχθέντος οικονομικού ορίου εφαρμογής.

i) Οδηγίες περί συντονισμού διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (2004/18/EK και 2014/24/EE)

Δεδομένου ότι η οδηγία του 2004 καταργείται στις 18 Απριλίου 2016⁴² και αυτή του 2014 ξεκινάει να ισχύει την ίδια μέρα⁴³, κρίνεται να σκόπιμο να παρατεθούν οι ρυθμίσεις του πεδίου εφαρμογής και των δύο οδηγιών. Ξεκινώντας από την ακόμα σε ισχύ οδηγία 2004/18/EK στο 7^ο άρθρο της αναφέρεται ότι τα κατώτατα όρια εφαρμογής της οδηγίας για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών είναι 162.000€⁴⁴ ή 249.000€⁴⁵ ανάλογα με την αναθέτουσα αρχή και το είδος προμήθειας ή υπηρεσιών που ζητάει. Το κατώτατο όριο για τις δημόσιες συμβάσεις έργων ορίζεται στα 6.242.000€. Τα όρια αυτά αναφέρονται στην προϋπολογισθείσα αξία της σύμβασης πριν τον υπολογισμό του ΦΠΑ.

Εντούτοις, τα όρια αυτά τροποποιήθηκαν με κανονισμούς, ο τελευταίος εκ των οποίων (Κανονισμός 1177/2009) τα τροποποιεί ως εξής: 135.000€ και 193.000€ για τις συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών ανάλογα με το είδος της αναθέτουσας αρχής και το είδος της προμήθειας, ενώ το όριο για συμβάσεις έργων μειώνεται στα 4.845.000€.

Εφόσον λοιπόν ο προϋπολογισμός ενός έργου υπερβαίνει τα αντίστοιχα όρια θα πρέπει να δει κανείς αν το αντικείμενο του εξαιρείται ή όχι της οδηγίας. Στο άρθρο

⁴² Άρθρο 91, 2014/24/EE

⁴³ Άρθρο 90, 2014/24/EE

⁴⁴ Για να ισχύει το όριο αυτό θα πρέπει οι αναθέτουσες αρχές να μην εμπίπτουν στις κεντρικές κυβερνητικές αρχές του Παραρτήματος IV της 2004/18/EK ή εφόσον πρόκειται για προμήθεια στον τομέα της άμυνας να αφορά τον κατάλογο προϊόντων του Παραρτήματος V της 2004/18/EK.

⁴⁵ Για να ισχύει το όριο αυτό θα πρέπει οι αναθέτουσες αρχές να μην εμπίπτουν σε μία από τις αναφερόμενες στο Παράρτημα IV της 2004/18/EK ή εάν εμπίπτουν σε αυτές και δραστηριοποιούνται στον τομέα της άμυνας, οι συμβάσεις να αφορούν προϊόντα που δεν καλύπτονται απ' το Παράρτημα V της 2004/18/EK.

7 της οδηγίας αναφέρεται ότι από την εφαρμογή της εξαιρούνται οι δημόσιες συμβάσεις στον τομέα της άμυνας -πλην των ρητά αναφερόμενων στην οδηγία-, στον τομέα του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών, των τηλεπικοινωνιών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών, δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις πλαίσιο που συνάπτονται από κεντρικές αρχές προμηθειών, δημόσιες συμβάσεις που χαρακτηρίζονται ως απόρρητες ή που απαιτούν ιδιαίτερα μέτρα ασφαλείας, που συνάπτονται βάσει διεθνών κανόνων, που αφορούν την παραχώρηση υπηρεσιών, που εμπίπτουν σε περιοριστικά απαριθμούμενες ειδικές εξαιρέσεις (π.χ. συμβάσεις για υπηρεσίες διαιτησίας και συμβιβασμού) ή δημόσιες συμβάσεις που ανατίθενται βάσει αποκλειστικού δικαιώματος.

Σε παρόμοια πλαίσια κινείται και η νέα οδηγία 2014/24/ΕΕ αυξάνοντας όμως ελαφρώς όλα τα προϋπάρχοντα όρια προσθέτοντας όμως παράλληλα άλλο ένα. Πιο συγκεκριμένα, τα κατώτατα χρηματικά όρια για τις δημόσιες συμβάσεις αγαθών, υπηρεσιών και μελετών τροποποιούνται σε 134.000€⁴⁶ και 207.000€⁴⁷ αναλόγως πάλι τον αναθέτοντα φορέα και το αντικείμενό τους. Το όριο των δημοσίων έργων αυξάνεται στα 5.168.000€ και προστίθεται το όριο των 750.000€ για τις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών που αφορούν κοινωνικές και άλλες ειδικές υπηρεσίες. Σημειώνεται ότι και στη νέα αυτή η οδηγία τα χρηματικά όρια νοούνται πριν την προσθήκη του ΦΠΑ.

Αναφορικά με τα αντικείμενα που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, αυτά δεν διαφέρουν πολύ απ' αυτά της 2004/18/ΕΚ. Η εν λόγω οδηγία δεν θα εφαρμόζεται σε δημόσιες συμβάσεις και διαγωνισμούς μελετών στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών, στον τομέα της άμυνας εφόσον το αντικείμενο τους εμπίπτει στην οδηγία 2009/81/ΕΚ, στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών, στις δημόσιες συμβάσεις και διαγωνισμούς μελετών που συνάπτονται βάσει διεθνών κανόνων, που ανατίθενται βάσει αποκλειστικού δικαιώματος, που συνάπτονται μεταξύ οντοτήτων του δημοσίου

⁴⁶ Για να ισχύει το όριο αυτό θα πρέπει οι αναθέτουσες αρχές να είναι κρατικές κεντρικές αρχές και αν δραστηριοποιούνται στον τομέα της άμυνας θα πρέπει το αντικείμενο της σύμβασης να εμπίπτει στα προϊόντα του Παραρτήματος III της 2014/24/ΕΕ.

⁴⁷ Για να ισχύει το όριο αυτό θα πρέπει οι αναθέτουσες αρχές να μην είναι κρατικές κεντρικές αρχές και αν δραστηριοποιούνται στον τομέα της άμυνας θα πρέπει το αντικείμενο της σύμβασης να μην εμπίπτει στα προϊόντα του Παραρτήματος III της 2014/24/ΕΕ.

τομέα ή που αφορούν την άμυνα και την ασφάλεια και ανατίθενται βάσει διεθνών κανόνων και σε δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών που εξαιρούνται ειδικώς (π.χ. υπηρεσίες μεταφορών με σιδηρόδρομο).

ii) Οδηγίες περί συντονισμού σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών (2004/17/EK και 2014/25/ΕΕ)

Όπως συμβαίνει και με το προαναφερθείσες οδηγίες, έτσι κι αυτές, η μεν παλιά καταργείται στις 18 Απριλίου 2016, η δε καινούρια αντίστοιχή της ξεκινά να εφαρμόζεται από την ίδια ημερομηνία⁴⁸ οπότε θα γίνει ξεχωριστή αναφορά στο πεδίο εφαρμογής και των δύο. Στην ισχύουσα οδηγία 2004/17/EK τα κατώτατα όρια εφαρμογής, στα οποία δεν συμπεριλαμβάνει ο ΦΠΑ, προσδιορίζονται ως εξής: 412.000€ για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών και 5.150.000€ για τις συμβάσεις έργων. Τα όρια αυτά τροποποιήθηκαν με τον ίδιο κανονισμό, ήτοι τον 1177/2009, που τροποποιήθηκαν και τα όρια της οδηγίας 2004/18/EK και διαμορφώθηκαν ως εξής: 387.000€ για συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών και 4.845.000€ για τα έργα. Από το πεδίο εφαρμογής τους αναφορικά με το αντικείμενό τους εξαιρούνται οι συμβάσεις παραχώρησης, συμβάσεις με σκοπό τη μεταπώληση ή τη μίσθωση σε τρίτους, συμβάσεις με σκοπό άλλο από την άσκηση μιας εκ των οριζόμενων δραστηριοτήτων ή για την άσκηση τέτοιας δραστηριότητας σε τρίτη χώρα, συμβάσεις συναπτόμενες βάσει διεθνών κανόνων, συμβάσεις συναπτόμενες από ορισμένους αναθέτοντες φορείς για την αγορά ύδατος και για την προμήθεια ενέργειας ή καυσίμων που προορίζονται για την παραγωγή ενέργειας, συμβάσεις με αντικείμενο που κρίνεται απόρρητο ή που απαιτεί ειδικά μέτρα ασφαλείας. Ακόμη εξαιρούνται οι συμβάσεις που ανατίθενται σε συνδεδεμένες επιχειρήσεις, σε κοινοπραξίες ή σε αναθέτοντα φορέα που συμμετέχει σε κοινοπραξία, συμβάσεις υπηρεσιών που αφορούν την παροχή ορισμένων υπηρεσιών (π.χ. υπηρεσίες διαιτησίας ή συμβιβασμού) και συμβάσεις υπηρεσιών που συνάπτονται βάσει αποκλειστικού δικαιώματος.

⁴⁸ Άρθρα 106 και 107 της 2014/17/ΕΕ

Στην καινούρια οδηγία από την άλλη πλευρά, τα κατώτατα όρια πλέον ΦΠΑ διαμορφώνονται ως εξής: 414.000€ για δημόσιες συμβάσεις αγαθών, υπηρεσιών και διαγωνισμούς μελετών, 5.186.000€ για συμβάσεις έργων και 1.000.000€ για συμβάσεις υπηρεσιών που αφορούν κοινωνικές ή άλλες ειδικές υπηρεσίες. Περαιτέρω, από το πεδίο εφαρμογής της εν λόγω οδηγίας εξαιρούνται ρητώς οι συμβάσεις που ανατίθενται με σκοπό τη μεταπώληση ή τη μίσθωση σε τρίτους, συμβάσεις και διαγωνισμοί μελετών με σκοπό άλλο από την άσκηση μιας εκ των οριζόμενων δραστηριοτήτων ή για την άσκηση τέτοιας δραστηριότητας σε τρίτη χώρα, συμβάσεις που ανατίθενται βάσει διεθνών κανόνων, συμβάσεις υπηρεσιών που αφορούν ειδικές περιπτώσεις (π.χ. νομικές υπηρεσίες), συμβάσεις που ανατίθενται βάσει αποκλειστικού δικαιώματος, συμβάσεις συναπτόμενες από ορισμένους αναθέτοντες φορείς για την αγορά ύδατος και για την προμήθεια ενέργειας ή καυσίμων που προορίζονται για την παραγωγή ενέργειας και συμβάσεις που αφορούν τον τομέα της άμυνας και εμπίπτουν στο ρυθμιστικό πεδίο της οδηγίας 2009/81/EK.

Προκειμένου να γίνει μια επισκόπηση του περιεχομένου των οδηγιών που αναφέρθηκαν, θα πρέπει να χωριστούν πάλι σε δύο ομάδες κατ' αντιστοιχία και δεδομένου ότι στο κάθε ζεύγος η μία αποτελεί προκάτοχο της άλλης για τη ρύθμιση του ίδιου θέματος και δεν μπορούν να συνυπάρξουν παράλληλα αλλά μόνο διαδοχικά παρατηρείται ότι τα ζητήματα που ρυθμίζουν είναι σχεδόν ταυτόσημα. Οι διατάξεις των 2004/18/EK και 2014/24/EE στοχεύουν στη διεξοδική ρύθμιση της διεξαγωγής της διαγωνιστικής διαδικασίας, προβλέποντας κυρίως: τα είδη των διαγωνισμών και πότε αυτά δύνανται να χρησιμοποιηθούν, τα κριτήρια ανάθεσης και τους λόγους αποκλεισμού, της απαιτήσεις δημοσίευσης, τις προθεσμίες, τις αρχές που οφείλουν να τηρούνται, τα κριτήρια ποιοτικής, χρηματοοικονομικής και τεχνικής επάρκειας και ικανότητας και οι υπερβολές. Εντούτοις, η νέα οδηγία προβαίνει και σε ρύθμιση θεμάτων που δεν υπήρχε πριν όπως τη διαδικασία των διαγωνισμών που διενεργούνται με ηλεκτρονικά μέσα, τους κανόνες που ισχύουν στις συμβάσεις διεξαγωγής μελετών⁴⁹ καθώς και τους κανόνες που εφαρμόζονται σε συμβάσεις που έχουν κοινωνικό ή άλλο ειδικό χαρακτήρα.

⁴⁹ Διευκρινίζεται ότι και η οδηγία 2004/18/EK είχε πρόβλεψη για διαγωνισμούς μελετών αλλά μόνο για τον τομέα των υπηρεσιών.

Από την άλλη πλευρά, οι διατάξεις των 2004/17/EK και 2014/25/EE ρυθμίζουν κατ' αντίστοιχο τρόπο τις διαγωνιστικές διαδικασίες των έργων που προκηρύσσονται από αναθέτουσες που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών. Το ρυθμιστικό πεδίο των οδηγιών αυτών περιέχει διατάξεις παρόμοιες με αυτές του άλλου ζεύγους που προαναφέρθηκαν (π.χ. διατυπώσεις δημοσιότητας, προθεσμίες, είδη διαδικασιών κτλ) αλλά επιπλέον περιέχουν κι ένα λεπτομερή κι ένα λεπτομερή κατάλογο με τις υπηρεσίες και τους αναθέτοντες φορείς που υπόκεινται στις ρυθμίσεις των εν λόγω οδηγιών. Παρατηρείται ότι τα νέα πεδία ρύθμισης της καινούριας οδηγίας είναι τα ίδια με τα νέα πεδία ρύθμισης της 2014/24/EE (κανόνες διεξαγωγής διαγωνισμών μελετών, ηλεκτρονικών διαγωνισμών κτλ).

Συνολικά, αναφορικά με τις αναθεωρημένες οδηγίες και των δύο ζευγών, διαφαίνεται ότι οι μεταρρυθμίσεις έχουν στόχο με την αύξηση της διαφάνειας και την ενίσχυση της δημοσιότητας, την βελτίωση των κανόνων και διαδικασιών προς όφελος του ενδοενοσιακού ανταγωνισμού και την πρόνοια για δημόσιες συμβάσεις που αφορούν κοινωνικές υπηρεσίες, ενώ ταυτόχρονα επιχειρείται και η απλοποίηση των διατάξεων.

B.5 Ο δικαιολογητικός λόγος της διαφορετικής ρύθμισης ανάλογα με το πεδίο δραστηριοποίησης της αναθέτουσας αρχής

Στο σημείο αυτό σκόπιμο είναι να εξεταστεί ο δικαιολογητικός λόγος της διαφορετικής ρύθμισης των δημοσίων προμηθειών ανάλογα με τον τομέα δραστηριοποίησης του αναθέτοντος φορέα. Συγκεκριμένα, τα ερωτήματα που πρέπει να απαντηθούν είναι από που προέκυψε η ανάγκη για διαφορετική ρύθμιση, η οποία μάλιστα τοποθετείται ήδη στις πρώτες οδηγίες⁵⁰, γιατί περιλαμβάνονται μόνο αυτοί οι περιοριστικά αναφερόμενοι τομείς και όχι λιγότεροι, περισσότεροι ή διαφορετικοί, γιατί η πρώτη οδηγία για τη ρύθμιση των τομέων καθυστέρησε τόσο πολύ σε σχέση με τις πρώτες γενικές οδηγίες και τι οδήγησε στην αντικατάσταση του τομέα των τηλεπικοινωνιών της οδηγίας 93/38/ΕΟΚ από τον τομέα ταχυδρομικών υπηρεσιών στην οδηγία 2004/17/EK.

⁵⁰ Οδηγία 90/531/ΕΟΚ

Σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση των πρώτων προτάσεων οδηγίας της Επιτροπής του Οκτωβρίου 1988 σχετικά με τις «διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων στους τομείς των υδάτων, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών», οι λόγοι της διαφορετικής ρύθμισης εντοπίζονται σε δύο σημεία. Πρώτον, στο γεγονός ότι οι δραστηριότητες που υπάγονται στους εν λόγω τομείς ασκούνται σε κάποια κράτη μέλη από το δημόσιο τομέα ενώ σε άλλα από τον ιδιωτικό. Δεύτερον και μάλλον κυριότερο, στο γεγονός ότι οι τομείς αυτοί αποτελούν στην ουσία «κλειστές αγορές», δηλαδή ότι οι επιχειρήσεις που ασκούν τέτοιων ειδών δραστηριότητες, είτε πρόκειται για δημόσιες είτε για ιδιωτικές, λειτουργούν ως μοχλοί οικονομικής πολιτικής και πολλές φορές διαμορφώνουν μονοπωλιακά σχήματα⁵¹, συνάπτοντας έτσι και πιο εύκολα προτιμησιακές συμφωνίες -ιδίως αν πρόκειται για δημόσιες επιχειρήσεις. Μάλιστα όπως ρητά αναφέρεται στις αιτιολογικές σκέψεις των οδηγιών για τους εξαιρούμενους τομείς, η ανάγκη για διαφορετική ρύθμιση πηγάζει από τον τρόπο που οι εθνικές αρχές μπορούν να επηρεάζουν τη συμπεριφορά των φορέων αυτών ιδίως συμμετέχοντας σ' αυτούς με κεφάλαια ή με εκπροσώπους στα όργανα διοίκησης ή εποπτείας καθώς και στον κλειστό χαρακτήρα των αγορών αυτών, ο οποίος οφείλεται στη χορήγηση ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων από τις εθνικές αρχές⁵². Έτσι, ένα αυστηρότερο, υπό την έννοια του λεπτομερέστερου, και συγχρόνως πιο ευέλικτο νομικό πλαίσιο ρύθμισης της δραστηριότητάς του κρίθηκε απαραίτητο προκειμένου να καλυφθούν οι ιδιαιτερότητες αυτές.

Σ' αυτά τα δύο σημεία εντοπίζεται και ο λόγος που η πρώτη οδηγία που αφορούσε τους τομείς αυτούς εκδόθηκε μόλις το 1990, και μάλιστα κάλυπτε μόνο τις συμβάσεις έργων και προμηθειών, ενώ οι πρώτες γενικές οδηγίες εμφανίστηκαν ήδη τη δεκαετία του '70. Οι τομείς αυτοί, οι λεγόμενοι τομείς «κοινής ωφέλειας», υπήρξαν ανέκαθεν θωρακισμένοι έναντι κανόνων ελεύθερης αγοράς και οι αντιστάσεις που προέβαλαν τα κράτη μέλη είχαν ως αποτέλεσμα την καθυστέρηση της ρύθμισης. Η κύρια διαφορά στην ειδική από τη γενική οδηγία για τις δημόσιες προμήθειες είναι η ευελιξία που απονέμεται στις αναθέτουσες αρχές των ειδικών αυτών τομεών αναφορικά με την επιλογή της διαγωνιστικής διαδικασίας προσπαθώντας να εξασφαλίσει το μεγαλύτερο δυνατό βαθμό διαφάνειας.

⁵¹ Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου, οπ. παραπ., σελ. 138

⁵² Αιτιολογικές σκέψεις 11 και 12 οδηγίας 93/38/ΕΟΚ και 2 και 3 οδηγίας 2004/17/ΕΚ

Ένα άλλο ερώτημα που ανακύπτει κοιτώντας τις διαδοχικές οδηγίες ρύθμισης των τομέων αυτών είναι τι οδήγησε στην αντικατάσταση του τομέα τηλεπικοινωνιών με τις ταχυδρομικές υπηρεσίες. Από τις αιτιολογικές σκέψεις της οδηγίας προκύπτει ότι η αφαίρεση του τομέα των τηλεπικοινωνιών ήδη από την οδηγία 2004/17/EK οφείλεται στην απορρόφησή του από την κλασσική γενική οδηγία 2004/18/EK μετά την απόφαση για το άνοιγμα του τομέα των τηλεπικοινωνιών με την έκδοση κοινού κανονιστικού πλαισίου για τα δίκτυα και υπηρεσίες ηλεκτρονικών υπηρεσιών (οδηγία πλαίσιο 2002/21/EK) καθώς την ακόλουθη οδηγία 2002/77/EK σχετικά με τον ανταγωνισμό στις αγορές δικτύων και υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών.

Από την άλλη πλευρά η προσθήκη του τομέα των ταχυδρομικών υπηρεσιών οφείλεται στην Πράσινη Βίβλο⁵³ για την εξέλιξη της ενιαίας αγοράς, που αποτελεί αφετηρία της κοινοτικής πολιτικής στον τομέα των ταχυδρομικών υπηρεσιών. Βασικοί αρχικοί στόχοι ήταν η μακροπρόθεσμη βιωσιμότητα και συνεχής βελτίωση της Καθολικής Υπηρεσίας και το σταδιακό άνοιγμα του τομέα. Η πρώτη σχετική οδηγία ήταν η 97/67/ΕΟΚ σχετικά με την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών στον ταχυδρομικό τομέα, τα ελάχιστα χαρακτηριστικά της Καθολικής Υπηρεσίας και τα όρια του αποκλειστικού τομέα. Στη συνέχεια με ανακοίνωσή της η Επιτροπή⁵⁴ ξεκινά την εφαρμογή κανόνων ανταγωνισμού και με την οδηγία 2002/39/EK γίνονται τα πρώτα ουσιαστικά βήματα βαθμιαίου ελέγχου και ανοίγματος της Αγοράς μέσω περιορισμού του αποκλειστικού τομέα. Τέλος, με την οδηγία 2008/6/EK σχετικά με την πλήρη υλοποίηση της εσωτερικής Αγοράς Ταχυδρομικών Υπηρεσιών επήλθε η πλήρης απελευθέρωση του τομέα. Το ολοκληρωτικό αυτό άνοιγμα αποτελεί βάσει της υπ' αριθμ. 28 αιτιολογικής σκέψης της οδηγίας 2004/17/EK το λόγω συμπερίληψης του τομέα αυτού και συγκεκριμένα επειδή η εν λόγω οδηγία «δημιουργεί ένα πλαίσιο θεμιτών εμπορικών πρακτικών και παρέχει μεγαλύτερη ευελιξία απ' την οδηγία 2004/18/EK».

Τέλος, σχετικά με το ερώτημα γιατί μόνο αυτοί οι τομείς και όχι και άλλοι, δεν φαίνεται να υπάρχει σαφής απάντηση. Οι τομείς αυτοί είναι ειδικώς ρυθμιζόμενοι γιατί παρέχουν υπηρεσίες κοινής ωφέλειας. Όμως δεδομένου ότι ο δικαιολογητικός λόγος είναι ότι τομείς αυτοί ασκούν μεγάλη οικονομική πίεση στις αγορές και ότι σε κάποια κράτη ανήκουν ή διαχειρίζονται από το Δημόσιο ενώ σε άλλα από ιδιώτες, θα

⁵³ COM/91/476

⁵⁴ 98/C39/02

μπορούσε να αναρωτηθεί κανείς γιατί δεν εφαρμόζεται η ειδική οδηγία και άλλα πεδία όπως αυτό της εκπαίδευσης. Το παράδειγμα του τομέα εκπαίδευσης είναι πρόσφορο για την ανάπτυξη αυτού του διαλόγου γιατί υπάρχουν κράτη μέλη των οποίων η τριτοβάθμια εκπαίδευση είναι σχεδόν ολοκληρωτικά δημόσια ή ιδιωτική, όπως η Ελλάδα και το Ηνωμένο Βασίλειο αντίστοιχα. Περαιτέρω, δεν χωρεί αμφιβολία ότι η εκπαίδευση είναι ένας τομέας που έχει μεγάλο οικονομικό αντίκτυπο σε μια οικονομία. Αντεπιχείρημα εν προκειμένω θα ήταν ότι στο πεδίο της εκπαίδευσης δεν υπάρχει «καθολικός πάροχος» όπως συναντούμε στους άλλους τομείς και η εκπαίδευση δεν συγκαταλέγεται στις υπηρεσίες κοινής ωφέλειας. Το ζήτημα πάντως είναι άξιο συζήτησης.

Μέρος Δεύτερο: Η ρύθμιση των δημοσίων συμβάσεων στην ελληνική έννομη τάξη

Γ.1 Οι εθνικές ρυθμίσεις πριν την ευρωπαϊκή επιρροή

Η πρώτη ουσιαστική εθνική απόπειρα για ρύθμιση των δημοσίων έργων και των συναφών με αυτά θεμάτων έγινε με το νόμο 1418/1984, τον οποίο συμπλήρωναν μία σειρά άλλων νόμων⁵⁵ και προεδρικών διαταγμάτων⁵⁶. Οι ρυθμίσεις που περιείχαν αυτά τα νομοθετήματα ήταν, συγκριτικά με αυτές που ξέρουμε σήμερα, πολύ απλουστευμένες και είχαν έντονο εθνικό χαρακτήρα καθώς και πολλά γραφειοκρατικές απαιτήσεις. Ο νόμος αυτός ρύθμιζε όλα τα βασικά θέματα για τους διαγωνισμούς δημοσίων έργων, όπως την εν γένει διαγωνιστική διαδικασία, τη δικαστική προστασία των υποψηφίων, τους δυνάμενους προς συμμετοχή υποψήφιους κτλ.

Τα σημεία του νόμου αυτού παρουσιάζουν ιδιαίτερο ενδιαφέρον είναι τρία. Το πρώτο αναφέρεται στα είδη διαγωνιστικών διαδικασιών, το δεύτερο στους δικαιούμενους συμμετοχής και το τρίτο η ιδιομορφία του παρεχόμενου μοντέλου δικαστικής προστασίας. Αναφορικά με τα είδη διαδικασιών ανάθεσης, ο Ν. 1418/1984 αναγνώριζε τρία είδη τα οποία είναι παρόμοια με αυτά που υπάρχουν σήμερα. Σύμφωνα με το άρθρο 4 παρ. 2 οι τρόποι επιλογής της εργοληπτικής

⁵⁵ Ενδεικτικά οι Νόμοι 1959/1991, 2052/1992, 2229/1994, 2308/1995, 2338/1995, 2372/1996, 2412/1996, 2576/1998, 2719/1999, 2940/2001

⁵⁶ Ενδεικτικά τα Π.Δ. 609/1985, 23/1993, 286/1994, 368/1994, 85/1995, 402/1996, 210/1997, 285/1997, 218/1999

επιχείρησης ήταν η ανοικτή δημοπρασία, η δημοπρασία με προεπιλογή και η απευθείας ανάθεση ή ο διαγωνισμός μεταξύ περιορισμένου αριθμού προσκαλούμενων εργοληπτικών επιχειρήσεων. Οι αντίστοιχες σημερινές είναι η ανοικτή διαδικασία, η κλειστή και η διαδικασία με διαπραγμάτευση. Η δεύτερη και πιο αξιοσημείωτη διαφορά του εν λόγω νόμου περιγράφεται στο άρθρο 15 παρ. 1, σύμφωνα με το οποίο «την κατασκευή των δημοσίων έργων επιτρέπεται να αναλαμβάνουν ημεδαπές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (ΜΕΠ) και στην αντίστοιχη με το έργο κατηγορία και τάξη εγγραφής», αποκλείοντας έτσι τον ανταγωνισμό από αλλοδαπές επιχειρήσεις⁵⁷. Τέλος, σχετικά με την νομική προστασία των υποψήφιων αναδόχων, στο άρθρο 12 ορίζεται ότι τις πράξεις της διευθύνουσας υπηρεσίας (αναθέτουσα αρχή) μπορεί να προσβάλλει με ένσταση όποιος θεμελιώνει έννομο προς τούτο συμφέρον και κατά της απόρριψης της ένστασης ασκείται αίτηση θεραπείας ενώπιον του Υπουργού Δημοσίων Έργων. Είναι φανερό λοιπόν ότι πρόκειται για ενδικοφανή προσφυγή, η απόρριψη της οποίας μπορεί να οδηγήσει το θιγόμενο σε άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, σύμφωνα με τον ισχύοντα Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας και το Π.Δ. 18/1989. Αντίθετα όμως στο άρθρο 13 του Ν. 1418/1984 οριζόταν ότι κατά της απόρριψης της αιτήσεως θεραπείας ασκείτο προσφυγή στο Εφετείο της περιφέρειας εκτέλεσης του έργου, η οποία εκδικαζόταν σύμφωνα με τις διατάξεις του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας. Σύμφωνα με αυτό το μοντέλο προστασίας παρουσιάζεται το παράδοξο σχήμα της επίλυσης διοικητικών διαφορών από τα πολιτικά δικαστήρια⁵⁸.

Στον τομέα των προμηθειών από την άλλη πλευρά οι πρώτες εθνικές ρυθμίσεις εμφανίστηκαν μετά την προσχώρηση της Ελλάδας και συγκεκριμένα με το Ν. 1797/1988 και υποτίθεται ότι ενσωμάτωναν ευρωπαϊκές επιταγές αλλά στην ουσία συντηρούσαν το προϋπάρχον νομικό καθεστώς περιέχοντας διατάξεις για διακριτική μεταχείριση ημεδαπών και αλλοδαπών προμηθευτών. Το 1995 με την έκδοση του Ν. 2286/1995⁵⁹ σχετικά με τις προμήθειες του δημοσίου τομέα και ρυθμίσεις συναφών

⁵⁷ Με το Ν. 2229/1994 προστέθηκε στο εδάφιο η περ. «καθώς και οι εργοληπτικές επιχειρήσεις Κρατών-Μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης, σύμφωνα με τις εκάστοτε ισχύουσες διατάξεις» και στο άρθρο η παρ. «Κατασκευαστικές επιχειρήσεις χωρών εκτός Ευρωπαϊκής Ένωσης που έχουν τα ουσιαστικά προσόντα γίνονται δεκτές στους διαγωνισμούς και μπορούν να αναλάβουν την εκτέλεση δημόσιων έργων σε όσες περιπτώσεις αυτό προκύπτει από διεθνείς υποχρεώσεις της χώρας».

⁵⁸ Με το Ν. 2229/1994 αναγνωρίστηκε η δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων.

⁵⁹ Ο νόμος αυτός τροποποιήθηκε με τους Ν. 2323/1995, Ν. 2503/1997, Ν. 2741/1999

θεμάτων, ήταν αποτέλεσμα πολλαπλών προσπαθειών για εξάλειψη των προτιμησιακών ρυθμίσεων που περιείχαν οι προηγούμενες ρυθμίσεις των Π.Δ. 173/1990⁶⁰ και Π.Δ. 137/1991. Ο νόμος αυτός είναι αισθητά πιο ανοιχτός στον ανταγωνισμό σ' ό,τι αφορά τη συμμετοχή και αλλοδαπών επιχειρήσεων, καθότι στο άρθρο 1 εξαιρεί από το πεδίο εφαρμογής του προμήθειες που προβλέπονται από διεθνείς συμφωνίες ή από ειδικές διαδικασίες διεθνούς οργανισμού. Η εξαίρεση αυτή οφείλεται στο γεγονός ότι την ίδια χρονιά έκδοσης του εν λόγω νόμου έγινε και η ενσωμάτωση της οδηγίας 93/36/ΕΟΚ με το Π.Δ. 370/1995. Κατά τα λοιπά ο νόμος αυτός περιέχει αρκετά λιτές ρυθμίσεις αφήνοντας και αρρύθμιστα κάποια θέματα, όπως το ζήτημα της δικαστικής προστασίας των υποψηφίων. Σημειώνεται πάντως, ότι στο άρθρο 2 παρ. 12 γίνεται για πρώτη φορά αναφορά στις διαγωνιστικές διαδικασίες όπως τις ξέρουμε σήμερα και εισάγεται και ο πρόχειρος/συνοπτικός διαγωνισμός. Στον τομέα των δημοσίων προμηθειών ίσχυε παράλληλα και ο Κανονισμός Προμηθειών του Δημοσίου σύμφωνα με το Π.Δ. 394/1996 (σήμερα Π.Δ. 118/2007).

Γ.2 Τα ζητήματα ενσωμάτωσης μετά την προσχώρηση της Ελλάδας

Είναι ευρέως γνωστό ότι στο παρελθόν η χώρα μας πολλές φορές ήρθε αντιμέτωπη με την Επιτροπή ενώπιον του Δικαστηρίου και τις περισσότερες φορές οι δικαστικές αυτές διαμάχες αφορούσαν παραβιάσεις του ευρωπαϊκού δικαίου και ουκ ολίγες φορές και παντελή έλλειψη ή μη προσήκουσα ενσωμάτωση του δευτερογενούς κοινοτικού δικαίου. Παρόμοια εικόνα παρουσιάζει η ενσωμάτωση των οδηγιών που αφορούν τις δημόσιες συμβάσεις. Εν προκειμένω, το πρόβλημα εντοπίζεται ήδη από την αρχή, δεδομένου ότι οι πρώτες κοινοτικές οδηγίες ρύθμισης του τομέα εκδόθηκαν τη δεκαετία του '70 ενώ η προσχώρηση της Ελλάδας στην ΕΟΚ έγινε μόλις το 1981. Επειδή ακριβώς μέσα σ' αυτά τα χρόνια οι οδηγίες είχαν αναπτύξει τα βασικά χαρακτηριστικά τους κι είχαν αρχίσει να εφαρμόζονται, η Ελληνική Κυβέρνηση είχε ζητήσει να επεκτείνουν το χρονικό περιθώριο ενσωμάτωσης με την αιτιολογία ότι η ελληνική αγορά δεν ήταν έτοιμη να ανταγωνιστεί τις Ευρωπαϊκές⁶¹.

⁶⁰ Άρθρο 19 παρ. 2

⁶¹ D. Dimitrakopoulos, *The power of the centre – Central governments and the macro-implementation of EU public policy*, European Policy Research Unit Series, Manchester University Press, 2008, σελ. 76

Πρώτο απαιτούμενο βήμα για ενσωμάτωση των οδηγιών ήταν η κατάργηση των ήδη υπάρχουσών ρυθμίσεων, οι οποίες αντικατόπτριζαν έντονα προστατευτικές πολιτικές του παρελθόντος. Εντούτοις, η τότε Ελληνική Κυβέρνηση όχι μόνο δεν προέβη στην κατάργηση αυτών των νόμων αλλά μεταξύ της υπογραφής της Σύμβασης Προσχωρήσεως της Ελλάδας το Μάιο του 1979 και της επικύρωσης της από το Κοινοβούλιο τον Ιούλιο του 1979, η Βουλή ψήφισε νέους νόμους που ευνοούσαν τις διακριτικές πρακτικές και τα προτιμησιακά καθεστώτα για τα εθνικά έναντι των εισαγόμενων προϊόντων⁶². Αυτό διευκολυνόταν μέσω της μη ενσωμάτωσης με παράλληλη χρήση της εθνικής προστατευτικής νομοθεσίας. Εν συνέχεια, λόγω της αδράνειας της Ελληνικής Κυβέρνησης, η Επιτροπή προχώρησε σε κίνηση της διαδικασίας του άρθρου 169 της Συνθήκης λόγω παρεμπόδισης εφαρμογής της κοινοτικής πολιτικής⁶³. Εντωμεταξύ, η Ελληνική Κυβέρνηση κατάφερε να πείσει την Επιτροπή να σταματήσει τη διαδικασία και να διότι είχε κάνει ήδη τα πρώτα βήματα ενσωμάτωσης.

Η αρχή αυτή ενσωμάτωσης έγινε με το Ν. 1797/1988 για τις προμήθειες, όπου όμως η εξάλειψη των διακρίσεων ήταν καθαρά εικονική και επιφανειακή και μετά πολλές τροποποιήσεις κατέληξε στον Ν. 2286/1995 που όντως εξάλειψε διακριτικές πρακτικές. Η οδηγία 93/37/ΕΟΚ για τα δημόσια έργα αποτέλεσε αφορμή γέννησης της μεθόδου ενσωμάτωσης μέσω πιστής αντιγραφής βάσει του Π.Δ. 265/1991⁶⁴, η οποία όμως κατέληγε στον ακρωτηριασμό της δυνατότητας ενσωμάτωσης κατά προσήκοντα με τις εθνικές ανάγκες τρόπο που αποτελεί συστατικό στοιχείο της έννοιας της οδηγίας.

Την τεχνική αυτή ήθελε να ακολουθήσει το Υπουργείο Εθνικής Οικονομίας και για την ενσωμάτωση της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ για τις υπηρεσίες αλλά βρήκε σθεναρή αντίσταση από το Υπουργείο Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημοσίων Έργων, το οποίο δεχόταν πιέσεις από ενώσεις πολιτικών μηχανικών που δεν ήθελαν τον ευρωπαϊκό ανταγωνισμό και λόγω της διαπλοκής του εν λόγω Υπουργείου εκείνη την εποχή με διάφορους παράγοντες πολιτικούς και μη, πρότεινε διαφορετικό τρόπο ενσωμάτωσης. Η διαφορά του τρόπου αυτού έγκειτο στην έκδοση δύο νομοθετικών κειμένων. Το πρώτο θα περιείχε κανόνες σχετικά με σχέδια και μελέτες για την

⁶² Ibid, σελ. 77

⁶³ Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου, οπ. παράπ., σελ. 320

⁶⁴ D. Dimitrakopoulos, οπ. παράπ., σελ. 78

εκπόνηση των δημοσίων έργων και το δεύτερο κανόνες που θα εφαρμόζονταν στις υπολειπόμενες αναγκαίες για την ολοκλήρωση ενός έργου υπηρεσίες⁶⁵. Η διαμάχη αυτή για το πως θα πρέπει να γίνει η ενσωμάτωση οδήγησε και πάλι σε κίνηση της διαδικασίας του άρθρου 169 της Συνθήκης εκ μέρους της Επιτροπής και αυτή τη φορά κατέληξε σε καταδικαστική απόφαση του Δικαστηρίου σε βάρος της Ελλάδας, επιβάλλοντας πρόστιμο 40€ για κάθε μέρα παραβίασης της υποχρέωσης ενσωμάτωσης⁶⁶.

Η ίδια διαδικασία κινήθηκε από την Επιτροπή και για τη μη ενσωμάτωση της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ για τη δικαστική προστασία των υποψηφίων, η οποία τελικά ενσωματώθηκε 6 χρόνια μετά την καταληκτική ημερομηνία ενσωμάτωσης με το Ν. 2522/1997.

Πάντως φαίνεται ότι παρά τον ενεργό ρόλο της Επιτροπής που προσπάθησε επανειλημμένως να ωθήσει την Ελλάδα σε μια πιο γρήγορη και αποτελεσματική ενσωμάτωση δεν είχε τα επιθυμητά αποτελέσματα μέχρι και την ενσωμάτωση της 2004/18/ΕΚ, η οποία υιοθετήθηκε από το εθνικό δίκαιο 11 μήνες μετά την εκπνοή της επίσημης προθεσμίας. Βέβαια, στην προκείμενη περίπτωση το πρόβλημα της μη έγκαιρης μεταφοράς και κατά συνέπεια της καθυστέρησης εφαρμογής υπερκεράστηκε μέσω έκδοσης εγκυκλίων από τα αρμόδια Υπουργεία, τις οποίες κοινοποίησαν στις αναθέτουσες αρχές και αφορούσαν την υποχρέωση για εφαρμογή των διατάξεων της οδηγίας⁶⁷.

Γ.3 Η μεταφορά της οδηγίας 2004/18/ΕΚ στο εθνικό δίκαιο

Κάθε οδηγία που τροποποιούσε τις προϋπάρχουσες οδηγούσε, όπως είναι φυσικό, στην ενσωμάτωση των νέοεισχθέντων κανόνων και από την ελληνική έννομη τάξη. Εν προκειμένω, σκόπιμο κρίνεται να εξεταστεί η ενσωμάτωση της τελευταίας οδηγίας σχετικά με τις δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, η οποία αποτελεί τη λεγόμενη κλασσική οδηγία, ήτοι της 2004/18/ΕΚ (δεδομένου ότι η νέα οδηγία 2014/24/ΕΕ δεν έχει ενσωματωθεί ακόμη).

⁶⁵ Ibid, σελ. 79

⁶⁶ ΔΕΚ C- 311/95

⁶⁷ D. Dimitrakopoulos, οπ. παράπ., σελ. 80

Γ.3.1 Διαφοροποιήσεις κατά τη μεταφορά – Συγκριτική Μελέτη

Το ζήτημα του τρόπου ενσωμάτωσης και μεταφοράς των διατάξεων στο εθνικό δίκαιο προσεγγίζεται καλύτερα μέσω συγκριτικής μελέτης και έτσι επιτρέπει να εντοπιστούν τα σημεία που έχουν διαφορές έτσι ώστε να αναζητηθεί ο δικαιολογητικός τους λόγος. Η οδηγία 2004/18/EK μεταφέρθηκε στο ελληνικό δίκαιο με το Π.Δ. 60/2007.

Ανατρέχοντας λοιπόν στα άρθρα των δύο νομοθετημάτων με σκοπό τη σύγκριση των διατάξεών τους, αυτό που παρατηρεί κανείς ότι κατά την ενσωμάτωση του ευρωπαϊκού κειμένου έγινε μία σχεδόν απόλυτα πιστή αντιγραφή των διατάξεων. Ελάχιστες αλλαγές σημειώνονται στη διατύπωση, όπως για παράδειγμα στο άρθρο 9 παρ. 5 εδ. β' της οδηγίας χρησιμοποιείται ο όρος «ομογενή προϊόντα» ενώ στο ελληνικό νομοθέτημα στο άρθρο 7 παρ. 5 εδ. β' ο όρος «ομοειδή προϊόντα». Η γενική τάση που παρατηρείται στο Π.Δ. είναι η διαφορετική οργάνωση της δομής των ρυθμίσεων παράλληλα με παραλλαγές στη διατύπωση. Ενδεικτικά αναφέρεται ότι το άρθρο για τις «Συμβάσεις δημοσίων έργων: ειδικοί κανόνες που αφορούν την κατασκευή κοινωνικών κατοικιών» (άρθρο 34 της οδηγίας και 28Α στο Π.Δ.) περιλαμβάνονται σε διαφορετικά κεφάλαια. Συγκεκριμένα, στην οδηγία βρίσκεται στο κεφάλαιο «Διαδικασίες» ενώ στο Π.Δ. στο κεφάλαιο «Είδη διαγωνισμών/Τρόποι διενέργειας» .

Αναφορικά με το περιεχόμενο των Παραρτημάτων, αυτά έχουν μεταφερθεί αυτούσια στο Π.Δ. 60/2007. Ειδικά το Παράρτημα VII Α, το οποίο είναι ίσως το σημαντικότερο καθώς περιέχει όλα τα απαραίτητα στοιχεία που πρέπει να αναφέρονται στην προκήρυξη, δεν έχει απολύτως καμία διαφορά με αυτό της οδηγίας ούτε καν στη διατύπωση ή την αρίθμηση.

Πράγματι, οι διαφοροποιήσεις του εθνικού από το ευρωπαϊκό νομοθέτημα είναι μάλλον στην πλειονότητά τους μη άξιες αναφοράς. Εντούτοις, εντοπίζονται κάποια σημεία που κρίνονται κρίσιμα αναφοράς. Αρχικά, μια μικρή διαφοροποίηση εντοπίζεται στα άρθρα 54 παρ. 4 και 28 παρ. 5 της οδηγίας και του Π.Δ. αντίστοιχα. Τα άρθρα αυτά αναφέρονται στη διενέργεια ηλεκτρονικών πλειστηριασμών και στον τρόπο διενέργειάς τους και ενώ γενικά είναι όμοια, ένα στοιχείο αναφορικά με την αξιολόγηση βάσει των κριτηρίων ανάθεσης διαφέρει. Το άρθρο 54 παρ. 4 της

οδηγίας αναφέρει ότι «Προτού προβούν [οι αναθέτουσες αρχές] στον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό, οι αναθέτουσες αρχές διενεργούν μια πρώτη πλήρη αξιολόγηση των προσφορών σύμφωνα με το επιλεγμένο κριτήριο ή τα επιλεγμένα κριτήρια ανάθεσης και με τη στάθμισή τους, όπως έχουν καθοριστεί». Η τελευταία περίοδος της εν λόγω διάταξης δεν περιλαμβάνεται στο ελληνικό νομοθέτημα.

Επιπλέον, το άρθρο 45 παρ. 1 της οδηγίας, το οποίο ανήκει στο τμήμα για ποιοτικά κριτήρια επιλογής και συγκεκριμένα αφορά την προσωπική κατάσταση του υποψηφίου, απαριθμεί τους λόγους αποκλεισμού ενός υποψηφίου και αυτών έπεται ένα εδάφιο το οποίο αναφέρει ότι μπορούν να προβλεφθούν παρεκκλίσεις από τους γενικούς λόγους αποκλεισμού που αναφέρονται για «επιτακτικούς λόγους γενικού συμφέροντος». Παρ' όλ' αυτά αντίστοιχη πρόβλεψη στο Π.Δ. δεν υπάρχει in abstracto αλλά ούτε και δίνεται η δυνατότητα να προβλεφθούν τυχόν μελλοντικοί τέτοιοι λόγοι in concreto.

Ακόμη, παρατηρείται μια «παράλειψη» στην μεταφορά του άρθρου 65 της οδηγίας στην ελληνική έννομη τάξη, το οποίο αναφέρεται στις ελάχιστες προθεσμίες παραλαβής αιτήσεων συμμετοχής και παραλαβής προσφορών σε συμβάσεις έργων που συνάπτονται από αναδόχους σύμβασης παραχώρησης δημοσίων έργων, οι οποίοι όμως δεν είναι αναθέτουσες αρχές. Σύμφωνα με το άρθρο αυτό οι προθεσμίες για την παραλαβή των αιτήσεων συμμετοχής δεν μπορεί να είναι μικρότερη των 37 ημερών από την ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης και η αντίστοιχη για την παραλαβή των προσφορών δεν μπορεί να είναι μικρότερη των 40 ημερών. Στο άρθρο 76 του Π.Δ. 60/2007 που είναι το αντίστοιχο του 65 της οδηγίας, η τελευταία 40ήμερη προθεσμία σχετικά με την παραλαβή των προσφορών έχει παραλειφθεί.

Πάντως ίσως η πιο σημαντική διαφορά εντοπίζεται στα άρθρα 47 παρ. 5 και 45 παρ. 5 της οδηγίας και του Π.Δ. αντίστοιχα και αφορά τη χρήση διαφορετικού όρου. Τα άρθρα αυτά αναφέρονται στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του υποψηφίου και αναφέρει ποια έγγραφα δύναται να απαιτήσει η αναθέτουσα αρχή να της προσκομίσει ο υποψήφιος προκειμένου να υποστηρίξει την υποψηφιότητά του, όπως ισολογισμούς, τραπεζικές βεβαιώσεις, δηλώσεις συνολικού κύκλου εργασιών κτλ. Στο τέλος του άρθρου της οδηγίας αναφέρεται ότι «Αν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που ζητεί η αναθέτουσα αρχή, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική

και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο έγγραφο, το οποίο η αναθέτουσα αρχή κρίνει κατάλληλο». Κατά τη μεταφορά στο ελληνικό δίκαιο, ο «βάσιμος λόγος» έγινε «σοβαρός λόγος».

Η διαφορά στη σημασία της αλλαγής του -έτσι κι αλλιώς- ασαφούς επιθετικού προσδιορισμού του «βάσιμου» του λόγου -καθώς δεν παρέχονται περεταίρω λεπτομέρειες σχετικά με την κρίση του βάσιμου- είναι σημαντική. Ο «σοβαρός» λόγος που κρίνεται βάσει διακριτικής ευχέρειας της εκάστοτε αναθέτουσας αρχής και το βάσιμο του οποίο ίσως δεν είναι αναγκαίο να διαπιστωθεί, γεννά ποικίλα ερωτήματα ειδικά σ' ό,τι αφορά την προστασία από διακριτικές μεταχειρίσεις και του υγιούς ανταγωνισμού. Προς την κατεύθυνση αυτή συνηγορεί και το αγγλικό κείμενο της οδηγίας που αναφέρεται σε "valid reason", όρος ο οποίος αναφέρεται αναμφισβήτητα στην βασιμότητα και όχι την κρισιμότητα του λόγου.

Γ.3.2 Το ζήτημα του «βασικού μετόχου»

Η υπ' αριθμ. 3470/2011 απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας (στο εξής ΣΤΕ), γνωστή και ως «υπόθεση του βασικού μετόχου», αποτέλεσε σταθμό στον τρόπο προσήκουσας ενσωμάτωσης των οδηγιών περί δημοσιών συμβάσεων, τον βαθμό ελευθερίας λήψης επιπλέον μέτρων από τον εθνικό νομοθέτη και τις αρχές που θα πρέπει να τηρούνται παράλληλα. Το ζήτημα που οδήγησε στην έκδοση της απόφασης 3470/2011 ΣΤΕ και C-213/07 ΔΕΚ, που απαντούσε στα προδικαστικά ερωτήματα του ΣΤΕ, ανάγεται σε χρόνο προγενέστερο της έκδοσης της οδηγίας 2004/18/ΕΚ αλλά καταλαμβάνει και την εφαρμογή αυτής.

Κεντρικός άξονας της υπόθεσης, που αποτέλεσε και το προδικαστικό ερώτημα στο ΔΕΚ, είναι εάν το άρθρο 24 της οδηγίας 93/37 για τα δημόσια έργα που αναφέρεται στους λόγους αποκλεισμού του υποψηφίου αναδόχου προβαίνει σε περιοριστική ή ενδεικτική απαρίθμηση των λόγων αυτών και εφόσον η απαρίθμηση των λόγων είναι ενδεικτική σε ποιο βαθμό δύναται ο εθνικός νομοθέτης να ορίσει κι άλλους λόγους αποκλεισμού έτσι ώστε αυτοί να είναι σε αρμονία με το κοινοτικό δίκαιο και τις κοινοτικές αρχές. Το ζήτημα αυτό πηγάζει από την εφαρμογή των άρθρων 2 και 3 του εκτελεστικού κατ' άρθρο 14 παρ. 9 του Συντάγματος⁶⁸ Ν.

⁶⁸ «Το ιδιοκτησιακό καθεστώς, η οικονομική κατάσταση και τα μέσα χρηματοδότησης των μέσων ενημέρωσης πρέπει να γίνονται γνωστά, όπως νόμος ορίζει. Νόμος προβλέπει τα μέτρα και τους περιορισμούς που είναι αναγκαίοι για την πλήρη διασφάλιση της διαφάνειας και της πολυφωνίας στην

3021/2002. Τα άρθρα 2 και 3 του νόμου αυτού στην ουσία επαναλάμβαναν το περιεχόμενο του άρθρου 14 παρ. 9Σ καθιερώνοντας έτσι γενικό και απόλυτο ασυμβίβαστο⁶⁹, με αποτέλεσμα να αποκλείεται η συμμετοχή προσώπου για το οποίο συνέτρεχε το ασυμβίβαστο από διαγωνισμούς του Δημοσίου.

Στο ερώτημα αυτό του ΣτΕ, το ΔΕΚ έκρινε ότι το άρθρο 24 εδ. α' της οδηγίας 93/37 «απαριθμεί κατά τρόπο εξαντλητικό τις αιτίες που μπορούν να δικαιολογήσουν αποκλεισμό ενός εργολήπτη από τη συμμετοχή σε διαγωνισμό για λόγους στηριζόμενους σε αντικειμενικά στοιχεία και απτόμενους των επαγγελματικών του ιδιοτήτων. Κατά συνέπεια, το άρθρο αυτό εμποδίζει τα κράτη μέλη ή τις αναθέτουσες αρχές να συμπληρώνουν τον κατάλογο τον οποίο περιέχει με άλλους λόγους αποκλεισμού στηριζόμενους σε κριτήρια σχετικά με την επαγγελματική ιδιότητα»⁷⁰. Το Δικαστήριο συνεχίζει όμως αμβλύνοντας αυτή την απόλυτη κρίση λέγοντας ότι «Η εξαντλητική απαρίθμηση του άρθρου 24 εδ. α' δεν αποκλείει ωστόσο την ευχέρεια των κρατών μελών να διατηρούν σε ισχύ ή να θεσπίζουν ουσιαστικούς κανόνες αποσκοπούντες, μεταξύ άλλων, στη διασφάλιση, στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης, καθώς και της συνακόλουθης αρχής της διαφάνειας [...]»⁷¹. Τα επιπλέον όμως αυτά μέτρα που μπορεί να πάρει ένα κράτος μέλος πρέπει, σύμφωνα με τη σκέψη 48 της ίδιας απόφασης, να είναι σύμφωνα με τη θεμελιώδη κοινοτική αρχή της αναλογικότητας και άρα «δεν πρέπει να βαίνουν πέραν του αναγκαίου πέραν του αναγκαίου για την επίτευξη του στόχου αυτού μέτρου».

ενημέρωση. Απαγορεύεται η συγκέντρωση του ελέγχου περισσότερων μέσων ενημέρωσης της αυτής ή άλλης μορφής. Απαγορεύεται ειδικότερα η συγκέντρωση περισσότερων του ενός ηλεκτρονικών μέσων ενημέρωσης της αυτής μορφής, όπως νόμος ορίζει. Η ιδιότητα του ιδιοκτήτη, του εταίρου, του βασικού μετόχου ή του διευθυντικού στελέχους επιχείρησης μέσων ενημέρωσης είναι ασυμβίβαστη με την ιδιότητα του ιδιοκτήτη, του εταίρου, του βασικού μετόχου ή του διευθυντικού στελέχους επιχείρησης που αναλαμβάνει έναντι του Δημοσίου ή νομικού προσώπου του ευρύτερου δημόσιου τομέα την εκτέλεση έργων ή προμηθειών ή την παροχή υπηρεσιών. Η απαγόρευση του προηγούμενου εδαφίου καταλαμβάνει και κάθε είδους παρένθετα πρόσωπα, όπως συζύγους, συγγενείς, οικονομικά εξαρτημένα άτομα ή εταιρείες. Νόμος ορίζει τις ειδικότερες ρυθμίσεις, τις κυρώσεις που μπορεί να φθάνουν μέχρι την ανάκληση της άδειας ραδιοφωνικού ή τηλεοπτικού σταθμού και μέχρι την απαγόρευση σύναψης ή την ακύρωση της σχετικής σύμβασης, καθώς και τους τρόπους ελέγχου και τις εγγυήσεις αποτροπής των καταστρατηγήσεων των προηγούμενων εδαφίων.»

⁶⁹ Δ. Νικηφόρος, *Το τέλος του «βασικού μετόχου»...μέσω μιας κοινής αρχής, Η αναλογικότητα ως διάμεσος της εθνικής και της ενωσιακής έννομης τάξης- Σκέψεις με αφορμή την (Ολ.) ΣτΕ 3470/2011, www.constitutionalism.gr, σελ. 8*

⁷⁰ Σκέψη 43, ΔΕΚ C-213/07

⁷¹ Σκέψη 44, ΔΕΚ C-213/07

Συνακόλουθα της απόφασης του ΔΕΚ, το ΣτΕ στην απόφασή του υιοθέτησε την ερμηνεία του Δικαστηρίου και ερμήνευσε αυθεντικά το άρθρο 14 παρ. 9Σ σε συνδυασμό με το 28Σ προκειμένου να καταλήξει στην αντισυνταγματικότητα του Ν. 3021/2002. Συγκεκριμένα, στην σκέψη 9 το ΣτΕ επεσήμανε ότι η παράγραφος 9 του άρθρου 14Σ τέθηκε προς «αποτροπή του κινδύνου ασκήσεως αθέμιτης επιρροής από τα μέσα ενημέρωσης στη διαδικασία αναθέσεως δημοσίων έργων». Με την ίδια παράγραφο άλλωστε ο συντακτικός νομοθέτης ανέθεσε στον κοινό νομοθέτη «τον προσδιορισμό των κυρώσεων, που θα πρέπει να επιβάλλονται, σε περίπτωση παραβιάσεως των συνταγματικών επιταγών, ορίζοντας ότι η απαγόρευση συνάψεως συμβάσεως ή η ακύρωση της ήδη συναφθείσης είναι μία εκ των πολλών δυνατών κυρώσεων». Πράγματι, σκοπός της επίμαχης συνταγματικής διάταξης, όπως προκύπτει από τη βούληση του αναθεωρητικού νομοθέτη, είναι η αποτροπή της αθέμιτης επιρροής των μέσων ενημέρωσης στην άσκηση πολιτικής εξουσίας, η οποία θα έχει ως σκοπό την επίτευξη σύναψη μιας δημόσιας σύμβασης μεταξύ του Δημοσίου κι ενός από τα πρόσωπα για τα οποία ισχύει το ασυμβίβαστο, εφόσον το πρόσωπο αυτό κατά τη διαδικασία ανάθεσης «προέβη αποδεδειγμένα σε αθέμιτη και παράνομη συμπεριφορά»⁷² προκειμένου να επιτύχει την σύναψη της σύμβασης. Συνεπώς, το ΣτΕ θεώρησε ότι για να επιβληθεί κύρωση, η οποία θα νομοθετηθεί από τον κοινό νομοθέτη κατ' εξουσιοδότηση του 14 παρ. 9 Σ, θα πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά δύο στοιχεία. Αφενός να πρόκειται για πρόσωπο για το οποίο συντρέχει το ασυμβίβαστο και αφετέρου αυτό να έχει ενεργήσει κατά τρόπο αθέμιτο και παράνομο προς επίτευξη της ανάθεσης.

Το ΣτΕ καταλήγει ότι η ερμηνεία του 14 παρ. 9Σ υπό την έννοια ότι απαγορεύεται ευθύς εξ αρχής η ανάθεσης δημόσιας σύμβασης σε διαγωνιζόμενο στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει μία εκ των ασυμβίβαστων ιδιοτήτων είναι αντίθετη στην αρχή της αναλογικότητας, όπως αυτή αποτυπώνεται στο ελληνικό δίκαιο (άρθρο 25 παρ. 1Σ) και στο κοινοτικό δίκαιο, που πρέπει να βάσει του άρθρου 28Σ να εφαρμόζεται και στην ελληνική έννομη τάξη. Με βάση τη συλλογιστική αυτή το ΣτΕ έκρινε το προληπτικού χαρακτήρα⁷³ πλέγμα των διατάξεων του Ν. 3021/2002 αντισυνταγματικό και ως εκ τούτου μη εφαρμοστέο.

⁷² Σκέψη 9, ΣτΕ 3470/2011

⁷³ Δ. Νικηφόρος, οπ. παραπ., σελ. 15

Το εξετασθέν ζήτημα του «βασικού μετόχου» είναι απόρροια του επιλεγέντος νομοθετικού εργαλείου, ήτοι της οδηγίας. Με την οδηγία παρέχεται η ευχέρεια στον εθνικό νομοθέτη να ενσωματώσει το ενωσιακό δίκαιο κατά τρόπο τέτοιο που λαμβάνει υπόψη του και την εθνική νομοθεσία/βούληση όντας όμως πάντα σε αρμονία με το πνεύμα του ενωσιακού δικαίου και τις αρχές του. Άλλωστε και στο προοίμιο τόσο της οδηγίας 2004/18/EK όσο της διάδοχής της 2014/24/EE αναφέρεται ότι οι εν λόγω οδηγίες δεν εμποδίζουν τα κράτη να θεσπίζουν περεταίρω κανόνες για να προστατεύσουν τη δημόσια πολιτική, υγεία, ασφάλεια κτλ εφόσον όμως τα μέτρα αυτά είναι σε συμφωνία με τις Συνθήκες.

Δε χωρεί αμφιβολία στο ότι αφορμή για τη θέσπιση της συνταγματικής διάταξης 14 παρ. 9 αποτέλεσαν λόγοι που ανάγονται σε πολιτικό επίπεδο, ιδίως δε ότι τα ιδιαιτέρως μεγάλα δημόσια έργα την περίοδο 1996-2004 αναθέτονταν από επιτροπές που αποτελούνταν και από παρατηρητές των μεγαλύτερων κομμάτων⁷⁴ και ότι πολλές από τις μεγαλύτερες ελληνικές εργοληπτικές επιχειρήσεις δραστηριοποιούνταν και στον τομέα της ενημέρωσης. Όμως η θέσπιση απόλυτων διατάξεων που θεσπίζουν αμάχητα τεκμήρια, όπως αυτές του Ν. 3021/2002, για την αντιμετώπιση τέτοιων ζητημάτων καταρχάς ξεπερνά την εξουσία του εθνικού νομοθέτη για επικουρική (σε σχέση με την οδηγία) ρύθμιση θεμάτων και πάντως προδίδει πολιτική και διοικητική ανεπάρκεια για συμμόρφωση με τις δεσμεύσεις της συμμετοχής της Ελλάδας στην ΕΕ⁷⁵.

Γ.4 Η δικαστική προστασία στο ελληνικό δίκαιο (Ν. 3886/2010)

Ο νόμος 3886/2010 περί δικαστικής προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων εκδόθηκε προς εναρμόνιση της εθνικής νομοθεσίας προς τις οδηγίες 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ, όπως αυτές τροποποιήθηκαν από την 2007/66/ΕΚ. Η παρεχόμενη από το νόμο αυτό προστασία εκτείνεται από το προσυμβατικό στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας (ήδη από τη δημοσίευση της προκήρυξης και τα στοιχεία αυτής) έως και την υπογραφή της σύμβασης. Η εν λόγω δικαστική προστασία αναλύεται σε τρία επίπεδα: την ενδοδιοικητική, την προσωρινή δικαστική προστασία και την άσκηση του κύριου ένδικου βοηθήματος.

⁷⁴ D. Dimitrakopoulos, «Institutions and the implementation of EU public policy in Greece: the case of public procurement», The Hellenic Observatory, The European Institute, GreeSE Paper No 2, Hellenic Observatory Papers on Greece and Southeast Europe, Μάιος 2007, σελ. 38-39

⁷⁵ Ibid, σελ. 42

Κατ' αρχάς, αναφορικά με το προ της υπογραφής της σύμβασης στάδιο, σε περίπτωση που συντρέχει κάποιος απ' τους ενδεικτικά αναφερόμενους στο άρθρο 7 παρ. 1 λόγους ακύρωσης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, ο θιγόμενος υποψήφιος δύναται σε προθεσμία 10 ημερών από τότε που έλαβε γνώση της παράνομης πράξης/παράλειψης να ασκήσει προδικαστική προσφύγει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής. Τέτοιους λόγους συνιστούν οι κάθε είδους παραβιάσεις εθνικού ή ευρωπαϊκού δικαίου ιδίως σε ό,τι αφορά όρο της διακήρυξης, πράξεις αποκλεισμού από τη συμμετοχή στο διαγωνισμό, αξιολόγησης προσφορών και κατακύρωσης της σύμβασης. Μετά την άσκηση η αναθέτουσα αρχή οφείλει να απαντήσει σε 15 μέρες. Η ρητή ή σιωπηρή απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής του συμμετέχοντος τον νομιμοποιεί σε άσκηση ασφαλιστικών μέτρων εντός και εφόσον αυτή γίνει δεκτή σε άσκηση του κύριου ένδικου βοηθήματος στο Διοικητικό Εφετείο. Μάλιστα σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 η άσκηση τόσο της προδικαστικής προσφυγής όσο και της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων αναστέλλουν την υπογραφή της σύμβασης και την εν γένει συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Από την άλλη μεριά, σε περίπτωση που η σύμβαση ανάθεσης έχει υπογραφεί χωρίς ο θιγόμενος να έχει μπορέσει καν να συμμετέχει στη διαγωνιστική διαδικασία, λόγω για παράδειγμα μη δημοσίευσης ή μη προσήκουσας δημοσίευσης της προκήρυξης, ο νόμος παρέχει στο άρθρο 8 τη δυνατότητα να ζητηθεί η κήρυξη της σύμβασης ως άκυρης. Η ακύρωση της σύμβασης ενεργεί *ex tunc* και ο θιγόμενος που πέτυχε την κήρυξή της ως άκυρη μπορεί σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 9 παρ. 1 να διεκδικήσει και αποζημίωση.

Γ.5 Ο προσυμβατικός έλεγχος από το Ελεγκτικό Συνέδριο

Η πρώτη φορά που αποδόθηκε στο Ελεγκτικό Συνέδριο (στο εξής ΕΣ) η αρμοδιότητα να ελέγχει προσυμβατικά τη νομιμότητα δημοσίων συμβάσεων έργων και προμηθειών (οι δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών εξαιρούνταν σ' αυτό το αρχικό στάδιο) μεγάλου οικονομικού ενδιαφέροντος ήταν τη δεκαετία του 1990 με το Ν. 2145/1993. Αντικείμενο του ελέγχου αυτού ήταν η νομιμότητα του σχεδίου της σύμβασης και της διαγωνιστικής διαδικασίας που είχε προηγηθεί. Εντούτοις, η ρύθμιση αυτή δεν είχε καθολική εφαρμογή, καθώς η κίνηση της ελεγκτικής διαδικασίας ήταν στη διακριτική ευχέρεια του εκάστοτε αρμόδιου Υπουργού, ο

οποίος έπρεπε να προτείνει τον έλεγχο⁷⁶. Μερικά χρόνια αργότερα και συγκεκριμένα το 1999 με το άρθρο 8 παρ. 1 του Ν.2741/1999 θεσπίστηκε επίσημα η αρμοδιότητα του ΕΣ για προληπτικό έλεγχο νομιμότητας συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας, ενώ το 2001 η αρμοδιότητά του αυτή κατοχυρώθηκε πλέον και συνταγματικά στο άρθρο 98 παρ. 1 εδ. β' Σ. Σύμφωνα με το εν λόγω εδάφιο στην αποκλειστική αρμοδιότητά του ΕΣ ανήκει «ο έλεγχος των συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας στις οποίες αντισυμβαλλόμενος είναι το Δημόσιο ή άλλο νομικό πρόσωπο που εξομοιώνεται με το Δημόσιο, από την άποψη αυτή, όπως νόμος ορίζει».

Μετά τη συνταγματική κατοχύρωση, εκδόθηκε πληθώρα εκτελεστικών νόμων προκειμένου να θεσπιστεί το κατάλληλο διοικητικό πλαίσιο μέσα στο οποίο θα λειτουργούσε αυτός ο έλεγχος. Έτσι με το άρθρο 30 παρ. 2 Ν. 3669/2008 νομοθετήθηκε ότι πριν τη σύναψη σύμβασης έργου προϋπολογιζόμενης αξίας ανώτερης του 1.000.000€ (πλέον ΦΠΑ)⁷⁷ εκ μέρους του Δημοσίου και του ευρύτερου δημοσίου τομέα, θα διενεργείται υποχρεωτικός έλεγχος νομιμότητας από το ΕΣ. Εφόσον πρόκειται για συγχρηματοδοτούμενο έργο ο προϋπολογισμός του πρέπει να υπερβαίνει τα 5.000.000€ χωρίς ΦΠΑ. Η παράλειψη διενέργειάς του ελέγχου οδηγεί σε άκυρη σύμβαση. Εν συνεχεία, με το γνωστό νόμο «Καλλικράτη» (Ν. 3852/2010) και συγκεκριμένα με το άρθρο 278, διευρύνθηκε το αντικείμενο του προσυμβατικού ελέγχου από ΕΣ περιλαμβάνοντας τις δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών που συνάπτονται από τους Οργανισμούς Τοπικής Αυτοδιοίκησης (στο εξής ΟΤΑ), εφόσον η προϋπολογιζόμενη δαπάνη ξεπερνά τις 100.000€, οπότε ο προσυμβατικός έλεγχος γίνεται από Επιτρόπους του ΕΣ ή εφόσον ξεπερνά τις 500.000€ από το αρμόδιο κλιμάκιο του ΕΣ.

Για τη διενέργεια του ελέγχου υποβάλλεται στο ΕΣ ο φάκελος με όλα τα σχετικά με το διαγωνισμό έγγραφα και στοιχεία και η διαδικασία περατώνεται εντός 30 ημερολογιακών ημερών⁷⁸. Ο δημοσιολογιστικός έλεγχος του ΕΣ εκτείνεται στο

⁷⁶ Γ. Μαραγκού, Ι. Κάρκαλης, Δ. Τσακανίκας, Ε. Καραθανασόπουλος, Β. Προβίδη, Β. Πέππα, *Πρακτικός Οδηγός για τον Έλεγχο από το Ελεγκτικό Συνέδριο των Δημοσίων Συμβάσεων των Δήμων, Περιφερειών και των Νομικών τους Προσώπων (το προσυμβατικό στάδιο)*, Ελληνική Δημοκρατία, Υπουργείο Εσωτερικών, Αποκέντρωσης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης, Εθνικό Τυπογραφείο, Αθήνα, Ιούνιος 2011, σελ. 11

⁷⁷ Με τροποποιήσεις του εν λόγω νόμου και τους συμπληρωματικούς προς αυτόν το όριο του 1.000.000€ ο προσυμβατικός έλεγχος επεκτάθηκε και στις συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών διατηρώντας όμως ξεχωριστά κλιμάκια του ΕΣ για τη διενέργεια του ελέγχου (υπ' αριθμ. ΦΓ8/16805/1999 Κανονιστική Απόφαση της ΟΛ. ΕΣ).

⁷⁸ Η εν λόγω προθεσμία έχει ενδεικτικό χαρακτήρα.

σύνολο των πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας και αφορά καθαρά τη νομιμότητα αυτών και σε καμία περίπτωση τη σκοπιμότητα. Μόνο νομικές πλημμέλειες οδηγούν σε διατύπωση αρνητικής κρίσης, η οποία πάντως δεν υποκαθιστά τη νομική κρίση των δικαστηρίων⁷⁹. Τα κυριότερα στοιχεία που ελέγχονται από το ΕΣ είναι η νομιμότητα τη διακήρυξης, οι τεχνικές μελέτες, οι χρηματοδοτικοί πόροι, οι αδειοδοτήσεις, τα δικαιολογητικά συμμετοχής και η ονομαστικοποίηση των μετοχών του αναδόχου. Κατά της πράξης του ΕΣ ή του Επιτρόπου του που διατυπώνει θετική ή αρνητική κρίση για τη νομιμότητα της σύμβασης ασκείται ενώπιόν του Αίτηση Ανάκλησης από όποιον θεμελιώνει σπουδαίο έννομο συμφέρον ή από το Γενικό Επίτροπο της Επικρατείας χάριν δημοσίου συμφέροντος.

Η σπουδαιότητα του υποχρεωτικού αυτού προληπτικού ελέγχου νομιμότητας αποτελεί κλειδί προς τη διασφάλιση της διαφάνειας, του υγιούς ανταγωνισμού, του ίσου μέτρου κρίσης, της ασφάλειας δικαίου και της αμερόληπτης διοίκησης στις διαδικασίες ανάθεσης του Δημοσίου. Ο ρόλος του ΕΣ ως εγγυήτη του σεβασμού δημοσίου συμφέροντος αναβαθμίστηκε ακόμη περισσότερο μετά την επέκταση του συστήματος αυτού διασφάλισης της νομιμότητας και στις δημόσιες συμβάσεις που συνάπτονται από τους ΟΤΑ θέτοντας μάλιστα το όριο ελέγχου σε σχετικά χαμηλό επίπεδο.

Γ.6 Ο ρόλος της ΕΑΑΔΗΣΥ

Η Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (στο εξής Αρχή ή ΕΑΑΔΗΣΥ) συστάθηκε με το Ν. 4013/2011 και σκοπό έχει σύμφωνα με το άρθρο 1 του νόμου αυτού την «ανάπτυξη και προαγωγή της εθνικής στρατηγικής, πολιτικής και δράσης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, τη διασφάλιση της διαφάνειας, αποτελεσματικότητας, συνοχής και εναρμόνισης των διαδικασιών ανάθεσης και εκτέλεσης των δημοσίων συμβάσεων προς το εθνικό και ευρωπαϊκό δίκαιο, τη διαρκή βελτίωση του νομικού πλαισίου των δημοσίων συμβάσεων, καθώς και τον έλεγχο της τήρησης του από τα δημόσια όργανα και τις αναθέτουσες αρχές». Ως δημόσιες συμβάσεις που λαμβάνεται υπόψη για το πεδίο δράσης της Αρχής

79 Γ. Μαραγκού, Β. Πέππα, όπ. παράπ., σελ. 21

λαμβάνονται υπόψη όλες οι συμβάσεις που εμπίπτουν στον ορισμό των δημοσίων συμβάσεων βάσει των Π.Δ. 60/2007⁸⁰ και Π.Δ. 59/2007⁸¹ αλλά ανεξαρτήτως ποσού.

Στο δεύτερο άρθρο του συστατικού της Αρχής νόμου περιγράφονται αναλυτικά οι αρμοδιότητές της. Από την ανασκόπηση των αρμοδιοτήτων της παρατηρείται ότι της απονέμονται ποικίλων ειδών καθήκοντα, όπως εποπτικά, συντονιστικά, γνωμοδοτικά και συμβουλευτικά. Κύριος ρόλος της είναι η εποπτεία και ο συντονισμός της δράσης των φορέων της κεντρικής διοίκησης στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων με σκοπό την ενοποίηση και ομοιόμορφη ανάπτυξη και εφαρμογή του νομικού πλαισίου των προμηθειών του δημοσίου. Προς επίτευξη του στόχου αυτού εισηγείται νέες στρατηγικές για τη βιώσιμη ανάπτυξη του τομέα, γνωμοδοτεί σχετικά με κάθε διάταξη σχεδίου νόμου ή κανονιστικής πράξης συμμετέχοντας στις νομοπαραγωγικές επιτροπές και υποβάλλει παρατηρήσεις, είτε αυτεπαγγέλτως είτε μετά από αίτηση αναθέτουσας αρχής ή δικαστηρίου που εκκρεμεί ενώπιον του προδικαστική προσφυγή ή ένδικο βοήθημα αντίστοιχα, σχετικά με τα εκάστοτε υπό εξέταση ζητήματα και ιδίως σχετικά με την ερμηνεία του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων. Ακόμη, είναι αρμόδια να ασκεί δειγματοληπτικούς ελέγχους αναφορικά με τις εν εξελίξει διαγωνιστικές διαδικασίες και να εποπτεύει τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα ως προς την ορθή και νόμιμη άσκηση των καθηκόντων τους σύμφωνα με τις εθνικές και ευρωπαϊκές επιταγές. Τέλος, από την ΕΑΑΔΗΣΥ τηρείται η Εθνική Βάση Δεδομένων Δημοσίων Συμβάσεων και εκδίδονται πρότυπα τεύχη δημοπράτησης και σχέδια συμβάσεων μετά από διαβουλεύσεις.

Η σύνθεση της Αρχής είναι επταμελής και τα μέλη της επιλέγονται βάσει του 101Α παρ. 2Σ καθώς η Αρχή εμπίπτει στις συνταγματικά κατοχυρωμένες Ανεξάρτητες Αρχές του 101Α Σ. Περαιτέρω, η ΕΑΑΔΗΣΥ απολαμβάνει λειτουργικής, διοικητικής και οικονομικής ανεξαρτησίας και δεν υπόκειται σε έλεγχο ή εποπτεία από άλλο όργανο ή κρατικό μηχανισμό⁸².

Η θεσμοθέτηση αυτής της Ανεξάρτητης Αρχής αυτής αποτελεί μία επιπλέον δικλείδα εγγύησης της διαφάνειας και της προαγωγής της ευρωπαϊκής εναρμόνισης. Ο συντονισμός από μια Αρχή του αχανούς αυτού πεδίου θα έχει ως μακροπρόθεσμο στόχο την ομοιόμορφη και με συνοχή εφαρμογή των σχετικών

⁸⁰ Εναρμόνιση με οδηγία 2004/18/EK

⁸¹ Εναρμόνιση με οδηγία 2004/17/EK

⁸² Άρθρο 1 Ν. 4013/2011

κανόνων δικαίου. Βέβαια, μέχρι στιγμής η δράση της Αρχής είναι αρκετά περιορισμένη και δεν έχει εισχωρήσει ακόμα σε ουσιαστικό σημείο στη ρύθμιση και εποπτεία του πεδίου. Τώρα που επίκειται η ενσωμάτωση του νέου πακέτου οδηγιών είναι ενδιαφέρον να δει κανείς τι ρόλο θα διαδραματίσει σ' αυτή τη διαδικασία.

Δ) Μέρος Τρίτο: Η ευρωπαϊκή πολιτική στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων

Δ.1 Ο τρόπος λήψης των αποφάσεων για ρύθμιση

Όπως αναφέρεται στο προοίμιο τόσο του πακέτου οδηγιών του 2004 όσο και του πακέτου του 2014, οι αποφάσεις για υιοθέτηση αυτών των νομοθετικών πρωτοβουλιών λήφθηκαν με τη διαδικασία της συναπόφασης, γνώστης μετά τη Συνθήκη της Λισσαβόνας ως «συνήθη νομοθετική διαδικασία» κατ' άρθρο 294 ΣΛΕΕ⁸³. Σύμφωνα με τη διαδικασία αυτή το Συμβούλιο και το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο αποφασίζουν από κοινού για την έκδοση μίας πράξης μετά από σχετική πρόταση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής (στο εξής Επιτροπή). Είναι ένα σχήμα απόφασης που «μετατρέπει» τις τεχνοκρατικές προτάσεις που προέρχονται από την Επιτροπή σε νομοθετικές πράξεις δευτερογενούς ενωσιακού δικαίου που υιοθετούνται με συναπόφαση του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου που εκπροσωπεί τους πολίτες της ΕΕ και του Συμβουλίου που εκπροσωπεί τις κυβερνήσεις των κρατών μελών⁸⁴. Σύμφωνα με το 294ΣΛΕΕ η διαδικασία αυτή ανάλογα με το εάν το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και Συμβούλιο έχουν να προτείνουν αλλαγές στην πρόταση της Επιτροπής και εάν το ένα όργανο εγκρίνει την τελική θέση του άλλου, μπορεί να υπάρχουν μία ή δύο φάσεις ανάγνωσης προκειμένου να ληφθεί η απόφαση περί έκδοσης ή μη μίας πράξης.

Στη διαδικασία σημαντικό είναι να εξετάσει κανείς το ρόλο κάθε οργάνου για να μπορέσουμε να έχουμε μια εκτίμηση του βαθμού μέχρι τον οποίο κάθε ένα από αυτά τα όργανα δύναται να επηρεάσει μια πολιτική της ΕΕ. Ορθότερο είναι να ξεκινήσει κανείς αξιολογώντας το ρόλο της Επιτροπής στην οποία ανήκει το αποκλειστικό δικαίωμα να υποβάλλει προτάσεις⁸⁵, χωρίς ωστόσο αυτό να σημαίνει

⁸³ Πρώην 251 ΣΕΚ

⁸⁴ http://www.europedia.moussis.eu/books/Book_2/2/4/3/index.tkl?lang=gr&s=1&e=10

⁸⁵ Σημειώνεται πάντως, ότι ιδίως με τη Συνθήκη της Λισσαβόνας, οι προτάσεις της Επιτροπής δεν απορρέουν από καθαρά δική της πρωτοβουλία αλλά της ζητείται από το Συμβούλιο και το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο να πάρει θέση ή μπορεί να της ζητηθεί και μετά από πρωτοβουλία των πολιτών της ΕΕ.

ότι της απονέμεται και νομοθετική εξουσία⁸⁶, και να ενεργεί ως κυρίαρχος παράγοντας πολιτικής διαμορφώνοντας εν πολλοίς το περιεχόμενο των ευρωπαϊκών πολιτικών⁸⁷. Προκειμένου να διαμορφωθούν αυτές οι προτάσεις, η Επιτροπή λειτουργεί σ' ένα οριζόντιο επίπεδο σε μερικότερες επιτροπές εμπειρογνομόνων και σε σ' ένα κάθετο μεταξύ Προέδρου και Επιτρόπων⁸⁸. Μέσα από τις προτάσεις αυτές διαφαίνεται ότι ο ρόλος της Επιτροπής είναι διττός. Αφενός είναι πολιτικός επιλέγοντας τα πεδία ανάπτυξης νέων ευρωπαϊκών πολιτικών και αφετέρου είναι τεχνοκρατικός αφού οι προτάσεις τις βασίζονται σε τεχνικές και επιστημονικές εκτιμήσεις και ιδίως στη «μέθοδο ανάλυσης του αντικτύπου» κάθε πρότασής της⁸⁹. Με την μέθοδο αυτή αναπτύσσονται εμπειρικές μελέτες που αναλύουν τα άμεσα και αντανακλαστικά αποτελέσματα ενός μέτρου.

Βέβαια, η τεχνοκρατική φύση της Επιτροπής είναι άμεσα συνυφασμένη με την πολιτική της φύση. Πράγματι, η κυρίαρχη «πηγή» της Επιτροπής από την οποία ξεκινά κάθε πρότασή της είναι ομάδες εργασίας και εμπειρογνομόνων που της παρέχουν τις απαραίτητες πληροφορίες και τεχνογνωσία προκειμένου ένα σχέδιο χάραξης πολιτικής να είναι τεχνικά και παράλληλα πολιτικά δυνατό⁹⁰. Τεχνικά δυνατό είναι ένα σχέδιο πολιτικής που έχει θετικά αποτελέσματα με την μέθοδο ανάλυσης του αντικτύπου. Πολιτικά δυνατό είναι ένα σχέδιο πολιτικής που έχει διαμορφωθεί κατά τέτοιο τρόπο που έχει λάβει υπόψη του πιθανές πολιτικές αντιθέσεις ή πιθανά πολιτικά αντικρουόμενα συμφέροντα, που μπορεί να εκδηλωθούν στο Συμβούλιο ή Κοινοβούλιο κατά τη διαδικασία λήψης της απόφασης. Αυτές οι ομάδες εργασίας και επιτροπές που επικουρούν την Επιτροπή αποτελούν την κεντρική της αρτηρία δεδομένου ότι πολύ μικρό ποσοστό προτάσεων συζητείται από το Κολέγιο στην Επιτροπή⁹¹.

Ακριβώς λόγω του πολιτικού χαρακτήρα Επιτροπής, που προσπαθεί να αφουγκραστεί ποια πολιτικά εμπόδια μπορεί να αντιμετωπίσει μια πρότασή της στα άλλα όργανα, έχει υποστηριχθεί ότι επιτελεί και ενωτικό ρόλο⁹². Την πολιτική επιρροή που επιδέχεται η Επιτροπή και γενικότερα την αλληλεπίδραση των οργάνων

⁸⁶ http://www.europedia.moussis.eu/books/Book_2/2/4/3/index.tkl?lang=gr&s=1&e=10

⁸⁷ J. Richardson, S. Mazey, *European Union – Power and Policy Making*, Routledge, 4th Edition, 2015, σελ. 85

⁸⁸ Ibid, σελ. 84

⁸⁹ http://www.europedia.moussis.eu/books/Book_2/2/4/3/index.tkl?lang=gr&s=1&e=10

⁹⁰ J. Richardson, S. Mazey, όπ. παράπ., σελ. 85 επ.

⁹¹ Ibid, σελ. 94

⁹² Ibid, σελ. 84

που συμμετέχουν στη συνήθη νομοθετική διαδικασία αντιλαμβάνονται άλλοι συγγραφείς ως αποτέλεσμα «ανεπίσημων θεσμών» που αναδύονται κατά τη διαδικασία αυτή⁹³. Για την κατανόηση των «ανεπίσημων θεσμών» προτείνεται αρχικά ο διαχωρισμός απ' τους «παράγοντες» και στη συνέχεια η διαίρεσή τους σε «επίσημους» και «ανεπίσημους θεσμούς». Ως «παράγοντες» πρέπει να αντιληφθούμε ένα σύνολο οργάνων με κοινό σκοπό (πχ. Επιτροπή, Συμβούλιο, Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο) και ως «θεσμούς» το σύνολο των κανόνων που διαμορφώνουν την αλληλεπίδραση των παραγόντων αυτών⁹⁴. Οι κανόνες αυτοί που αποτελούν τους «θεσμούς» μπορούν να κατηγοριοποιηθούν σε επίσημους και ανεπίσημους, όπου οι επίσημοι αποτελούνται από τους γραπτούς κανόνες που επιβάλλονται από τρίτους αναφορικά με τη λειτουργία και την αλληλεπίδραση των παραγόντων ενώ οι ανεπίσημοι είναι άγραφοι και επιβάλλονται από τους ίδιους τους παράγοντες⁹⁵. Οι ανεπίσημοι αυτοί κανόνες, θα έλεγε κανείς, ότι προσομοιάζουν με κανόνες εθιμικού δικαίου συνιστώντας πρακτικές που υιοθετούνται παγίως από τα όργανα της ΕΕ ιδίως κατά τις νομοπαραγωγικές διαδικασίες.

Αυτές οι πρακτικές στηρίζονται στις σταθερές δομές των οργάνων και σε συγκεκριμένες διαδικασίες θετικού δικαίου που ακολουθούνται από τα όργανα. Η λογική της νομοπαραγωγικής διαδικασίας παραμένει, ίσως από την αρχή, η ίδια. Τα όργανα επεξεργάζονται τις εισροές, χαράσσουν πολιτικές (εκροές) και αξιολογούν τα αποτελέσματά τους. Ζητήματα όμως ανακύπτουν σχετικά με τη φύση των εισροών αυτών και των δυνάμεων που τις διαμορφώνουν⁹⁶. Ο ιδιαίτερα ηγετικός ρόλος που είχε αναπτύξει η Επιτροπή σε συνδυασμό με τον έντονο διάλογο για το δημοκρατικό έλλειμμα ανέδειξε την ανάγκη για αλλαγή των διαμορφωμένων ισορροπιών μεταξύ των οργάνων, καταλήγοντας έτσι στη διαδικασία συναπόφασης ως της πιο συνήθους νομοθετικής μορφής.

Πράγματι, με τη διαδικασία της συναπόφασης απαντήθηκε κυρίως η ανάγκη για περισσότερη αντιπροσωπευτική δημοκρατία καθιερώνοντας ισότιμο ρόλο μεταξύ Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και Συμβουλίου. Παρ' όλ' αυτά, η ισορροπία των

⁹³ H. Farrel, A. Heritier, *Formal and Informal Institutions under Codecision: Continuous Constitution Building in Europe*, European Integration Online Papers (EIoP), Vol. 6, No 3, 2002, σελ. 4

⁹⁴ Ibid, σελ. 4

⁹⁵ Ibid, όπ. παράπ., σελ. 4

⁹⁶ D. Easton, *An approach to the analysis of political-systems*, World Politics, Τόμος 9^{ος}, Τεύχος 3^ο, Princeton University Press, 1957, σελ. 386

δυνάμεων αυτών των δύο οργάνων αμφισβητείται ως καθαρά τεχνική ισορροπία. Κι αυτό γιατί ναι μεν το Συμβούλιο και το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο συμμετέχουν ισότιμα στη συνήθη νομοθετική διαδικασία αλλά στην πραγματικότητα ο διαπραγματευτικός ρόλος του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου είναι αισθητά μειωμένος σε σχέση με αυτόν του Συμβουλίου, καθώς τα μέλη του πρώτου δεν έχουν την ίδια τεχνική εμπειρογνωμοσύνη σε σχέση με τα μέλη του δεύτερου, τα μέλη του οποίου επιπλέον απολαμβάνουν στήριξης και από εθνικές κυβερνήσεις ως εκπρόσωποι κρατών μελών⁹⁷. Το ότι δεν έχουν ισάξια δύναμη κατά τη Βεμπεριανή έννοια της δύναμης/εξουσίας⁹⁸ δεν μπορεί να παραγνωρίζεται το γεγονός ότι όντως με την καθιέρωση της διαδικασίας της συναπόφασης ο ρόλος του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου ενδυναμώθηκε αφού η εκ μέρους του στήριξη μιας πρότασης είναι απαραίτητο προκειμένου να υιοθετηθεί μία πράξη.

Τον αυξανόμενο ρόλο του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου φαίνεται να αντισταθμίσει η -υπό μία έννοια- αποδυνάμωση της Επιτροπής, δεδομένου ότι πλέον οι προτάσεις της μπορούν να τροποποιηθούν και από το Συμβούλιο και από το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και μάλιστα αυτά τα δύο όργανα μπορούν να αποφασίσουν για την τελική μορφή μίας πράξης χωρίς τη συναίνεση της Επιτροπής⁹⁹. Η διαπίστωση αυτή αποτέλεσε το έναυσμα για έντονο διάλογο σχετικά με την δύναμη της Επιτροπής υπό το παρόν καθεστώς. Κάποιοι ισχυρίζονται ότι η Επιτροπή πλέον δεν έχει καθόλου δύναμη και κάποιοι άλλοι πως μπορεί να επηρεάσει τις αποφάσεις μέσω ανεπίσημων θεσμών λόγω της θέσης της ως διαμεσολαβητής μεταξύ Συμβουλίου και Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου¹⁰⁰.

Τα συμμετέχοντα λοιπόν όργανα στη συνήθη νομοθετική διαδικασία αλληλεπιδρώντας μεταξύ τους βάσει γραπτών και άγραφων κανόνων και λαμβάνοντας υπόψη τους και ανεπίσημα *fora* καταλήγουν στη χάραξη μίας πολιτικής μέσω έκδοσης μίας πράξης. Δεδομένου ότι οι πρώτες οδηγίες που αφορούν τις δημόσιες συμβάσεις εκδόθηκαν προ της καθιέρωσης της διαδικασίας συναπόφασης, η απόφαση για χάραξη κοινής ευρωπαϊκής πολιτικής στον τομέα αυτό καθώς και οι

⁹⁷ R. Thomson, M. Hosli, *Who has power in the EU? The Commission, Parliament and Council in legislative decision-making*, *Journal of Common Market Studies*, Τόμος 44^{ος}, Αρ. 2, 2006, σελ. 415

⁹⁸ Κατά τον Βέμπερ, εξουσία είναι να μπορεί κανείς να πραγματοποιεί τη δική του βούληση παρά την αντίσταση των άλλων.

⁹⁹ R. Costello, R. Thomson, *The distribution of power among institutions: Who wins under codecision and why?*, *Journal of European Public Policy*, Τόμος 20^{ος}, Αρ. 7, Routledge, 2013, σελ. 1027

¹⁰⁰ *Ibid*, σελ. 1027

πρωταρχικοί της στόχοι είχαν ήδη ληφθεί με διαφορετικές οργανικές ισορροπίες. Στα επόμενα τμήματα του μέρους αυτού θα εξεταστούν οι αλλαγές και ο σκοπός τους και εάν η κεντρικός άξονας της πολιτικής αυτής έχει αλλοιωθεί κι αν ναι πως.

Δ.2 Ο στόχος πίσω από τη ρύθμιση

Είναι αναμφισβήτητο ότι ο απώτερος σκοπός της ρύθμισης του τομέα των δημοσίων συμβάσεων ήταν και είναι η ολοκλήρωση της ενιαίας αγοράς και γενικά το άνοιγμα των ευρωπαϊκών αγορών. Με αυτό τον τρόπο η ευρωπαϊκή αγορά θα γινόταν πιο ανταγωνιστική ιδίως απέναντι στην αμερικανική και την ταχύτατα αναπτυσσόμενη ασιατική. Η χαραχθείσα πολιτική βασιζόταν εξ αρχής σε τρία σημεία κλειδιά, ήτοι την αρχή της διαφάνειας, την ίση μεταχείριση και την επιλεκτική ρύθμιση¹⁰¹.

Η αρχή της διαφάνειας, η οποία είναι απαραίτητο προαπαιτούμενο του υγιούς ανταγωνισμού, θα υλοποιούνταν κυρίως μέσω της υποχρέωσης δημοσίευσης των προκηρύξεων με προσήκοντα τρόπο ανάλογα με το είδος του προκηρυσσόμενου έργου και του πεδίου δραστηριοποίησης της αναθέτουσας αρχής. Σ' ένα επόμενο επίπεδο αυτή η αρχή τηρούνταν και μέσω του αμερόληπτου χαρακτήρα των διαδικασιών ανταγωνισμού. Αντίστοιχα η αρχή της ίσης μεταχείρισης, η οποία παρά την έλλειψη ρητής καταγραφής της στα κείμενα των Συνθηκών, θεωρείται ότι συνιστά ειδικότερη εκδήλωση της αρχής της ισότητας, σύμφωνα με την οποία παραδοσιακά πρέπει να γίνεται όμοια μεταχείριση ομοίων και ανόμοια ανομοίων¹⁰². Στην περίπτωση των δημοσίων συμβάσεων, η αρχή αυτή εκδηλώνεται εφαρμόζοντας τις ίδιες προϋποθέσεις ανάθεσης σε όλους τους υποψηφίους και οι οποίες τους είναι ήδη εκ των προτέρων γνωστές, έτσι ώστε να διασφαλίζεται η αντικειμενική σύγκριση μεταξύ των υποβαλλόμενων προσφορών¹⁰³. Κατ' αυτόν τον τρόπο διαμορφώνεται άλλωστε και η τυπικότητα των διατάξεων της προκήρυξης και η απόλυτη δεσμευτικότητά τους. Κυρίαρχος στόχος της αρχής αυτής είναι η εν όλω εξάλειψη των διακριτικών μεταχειρίσεων, εγκαταλείποντας τις παγιωμένες πρακτικές προστασίας της εσωτερικής αγοράς των κρατών μελών και επισημαίνει την ανάγκη

¹⁰¹ D. Dimitrakopoulos, *The power of the centre – Central governments and the macro-implementation of EU public policy*, σελ. 59

¹⁰² Α. Μάνεση, *Η συνταγματική αρχή της ισότητας και η εφαρμογή της υπό των δικαστηρίων*, Συνταγματική Θεωρία και Πράξη, 1980, σελ. 320

¹⁰³ Σκέψη 37, ΔΕΚ C-243/89

καθιέρωσης πραγματικών συνθηκών ανταγωνισμού. Η αρχή αυτή είναι γνωστή και ως αρχή του ίσου μέτρου κρίσης και είναι άρρηκτα συνυφασμένη με την αρχή της αναλογικότητας. Τέλος, η επιλεκτική ρύθμιση σήμαινε ότι με την εν λόγω πολιτική στόχος της ΕΕ δεν ήταν η ολοκληρωτική παραγκώνιση των εθνικών νομοθεσιών, γι' αυτό εισήχθησαν τα κατώφλια εφαρμογής των οδηγιών¹⁰⁴.

Επιπλέον, ένας άλλος λόγος που οδήγησε στη ρύθμιση του πεδίου πήγαζε από τα συγχρηματοδοτούμενα από την ΕΕ έργα, υπό την έννοια ότι η ΕΕ ήθελε να εξασφαλίσει ότι τα κεφάλαια που διέθετε στα κράτη μέλη χρησιμοποιούνταν από αυτά σύμφωνα με τις αρχές και τους κανόνες της Ένωσης. Προς το σκοπό αυτό διενεργούσε κατά διαστήματα δειγματοληπτικούς ελέγχους σε διαγωνιστικές διαδικασίες ανά τα κράτη μέλη.

Συμπερασματικά, θα έλεγε κανείς ότι ο στόχος της ρύθμισης έχει αυξητική τάση δεδομένου ότι τη δεκαετία του '70 εκδόθηκε η πρώτη σχετική οδηγία που ρύθμιζε μόνο τα δημόσια έργα. Κάποια χρόνια μετά η πολιτική αυτή επεκτάθηκε και στις δημόσιες προμήθειες και αργότερα και στις υπηρεσίες, καταλαμβάνοντας στο τέλος και τις επιχειρήσεις κοινής ωφέλειας. Η βούληση για ολοκληρωτική ρύθμιση του πεδίου εκδηλώθηκε με το πακέτο οδηγιών σχετικά με τη δικαστική προστασία των συμμετεχόντων σε διαγωνισμούς του δημοσίου.

Δ.3 Από τις οδηγίες 71/305/ΕΟΚ, 77/62/ΕΟΚ και 92/50/ΕΟΚ στην 2004/18/ΕΚ

Μετά από 45 χρόνια δραστηριοποίησης της ΕΕ στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων και μετά από τέσσερα -πλέον- πακέτα οδηγιών ουσιαστικού δικαίου στον εν λόγω τομέα, μπορούν να συναχθούν δύο παρατηρήσεις. Πρώτον, πρωτότοκη οδηγία που αφορούσε τα δημόσια έργα αποτελεί ακρογωνιαίο λίθο του όλου συστήματος ρύθμισης και κανονιστική βάση όλων των επόμενων που ακολούθησαν. Δεύτερον, το πιο καινοτόμο πακέτο θεωρείται -σχεδόν ομόφωνα- αυτό του 2004.

Η διαμόρφωση του περιεχόμενου και των κανόνων της οδηγίας 2004/18/ΕΚ έγινε στη βάση της λεγόμενης SLIM (Simpler Legislation for the Internal Market)¹⁰⁵ πρωτοβουλίας της Επιτροπής σε συνδυασμό με την εμφανή ανάγκη για

¹⁰⁴ D. Dimitrakopoulos, *The power of the centre – Central governments and the macro-implementation of EU public policy*,, σελ. 59

¹⁰⁵ Ibid, σελ. 62

αναδιαμόρφωση λόγω του διαρκώς μεταβαλλόμενου οικονομικού περιβάλλοντος. Η πρώτη μεγάλη καινοτομία ήταν η απόφαση για συγχώνευση των προϋπαρχουσών οδηγιών¹⁰⁶ και ο σχεδιασμός κοινών διατάξεων και για τις τρεις κατηγορίες. Επιπλέον, η οδηγία του 2004 πέτυχε την κωδικοποίηση και απλούστευση των οικονομικών ορίων των συμβάσεων που ενέπιπταν στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών. Εισήγαγε τη διαδικασία του ανταγωνιστικού διαλόγου και τη δυνατότητα προσφυγής σ' αυτή σε περιπτώσεις ιδιαίτερα περίπλοκων συμβάσεων, προκειμένου να μειώσει στο μεγαλύτερο δυνατό βαθμό τις περιπτώσεις χρήσης της διαδικασίας της απευθείας ανάθεσης που μερικές φορές είναι επισφαλής αναφορικά με την αμεροληψία της αναθέτουσας αρχής. Ακόμη, εξαιρετικά σημαντική ήταν η απαρίθμηση των λόγων αποκλεισμού που έχουν σχέση με το πρόσωπο του συμμετέχοντος, όπως η νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες και η υποχρεωτική συμμόρφωση με τις ασφαλιστικές και φορολογικές του υποχρεώσεις.

Αξιοσημείωτο είναι πάντως ότι ενώ υπήρχαν ήδη οι βάσεις από τις οδηγίες της δεκαετίας του '90 χρειάστηκαν πάνω από μία δεκαετία μέχρι να εκδοθούν αυτές του 2004 και άλλα τόσα χρόνια έως την έκδοση του τελευταίου πακέτου του 2014. Για τις ακόμα σε ισχύ οδηγίες, ήτοι αυτές του 2004, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι καθυστέρησαν λόγω της μακράς διαδικασίας διαπραγμάτευσης που οφειλόταν αφενός στη συγχώνευση των τομέων και αφετέρου στην αντιφατική ανάγκη των κρατών μελών για μεγαλύτερη ευελιξία στις διατάξεις που ρύθμιζαν το πεδίο δράσης των αναθέτοντων φορέων ενώ παράλληλα ζητούσαν και αυστηρότερη ρύθμιση προκειμένου να επιτύχουν καλύτερα αποτελέσματα συμμόρφωσης¹⁰⁷.

Δ.4 Από την οδηγία 2004/18/EK στην 2014/24/EE

Δ.4.1 Οι κυρίες αλλαγές και ο σκοπός τους

¹⁰⁶ 93/37/EOK για τα έργα, 93/36/EOK για τις προμήθειες και 92/50/EOK για τις υπηρεσίες

¹⁰⁷ D. Dimitrakopoulos, *The power of the centre – Central governments and the macro-implementation of EU public policy*,σελ. 63

Ο λόγος αναδιαμόρφωσης του πακέτου οδηγιών του 2004 αναλύεται σε δύο συνιστώσες. Η πρώτη αφορά την απλοποίηση και την ευελιξία της συμμετοχής σε διαγωνισμούς του δημοσίου με ταυτόχρονη διασφάλιση συμμόρφωσης των αναθετουσών αρχών με τις αρχές διαφάνειας και υγιούς ανταγωνισμού και η δεύτερη είναι η χρήση των δημοσίων συμβάσεων ως μέσο προστασίας του περιβάλλοντος και στήριξης ευαίσθητων κοινωνικών ομάδων¹⁰⁸. Όσον αφορά στην πρώτη συνιστώσα, στη διαμόρφωσή της καταλυτικό ρόλο έπαιξαν οι ποικίλες δυσκολίες που αντιμετωπίζουν κυρίως οι μικρομεσαίες επιχειρήσεις στην ανάθεση τέτοιων συμβάσεων. Οι δυσκολίες αυτές συνοψίζονται στην έλλειψη πληροφόρησης σχετικά με τις εφαρμοζόμενες διαδικασίες, το υψηλό κόστος προετοιμασίας τέτοιων διαγωνισμών συγκριτικά με τα οφέλη χρήσης της διαδικασίας, το εξαιρετικά μεγάλο μέγεθος των προκηρυσσόμενων έργων που στην ουσία αποκλείει τη συμμετοχή μικρότερων επιχειρήσεων, η επιβαλλόμενη τυπολατρεία αναφορικά με τις χρηματοοικονομικές, τεχνικές και ποιοτικές απαιτήσεις, η καθυστέρηση πληρωμών από τους αναθέτοντες φορείς και προνομιακές πρακτικές που ευνοούν τις εθνικές επιχειρήσεις¹⁰⁹.

Βέβαια οι λόγοι που αναφέρονται στην πρώτη συνιστώσα αποτέλεσαν και λόγους του μεταρρυθμιστικού πακέτου του 2004. Συγκεκριμένα, το τρίπτυχο της μεταρρύθμισης του 2004 ήταν απλοποίηση-σαφήνεια-ευελιξία. Κύριο μέσο για την απλοποίηση ήταν η συγχώνευση των προηγούμενων τριών οδηγιών (έργα-υπηρεσίες-προμήθειες) σε μια, με ταυτόχρονο περιορισμό των άρθρων. Από την άλλη, η επιρροή της νομολογίας του Δικαστηρίου είναι εμφανής στο πακέτο του 2004 αποσαφηνίζοντας έτσι διάφορα ερωτήματα που ανέκυψαν κατά τη διάρκεια εφαρμογής των ρυθμίσεων για τις δημόσιες συμβάσεις. Τέλος, η ευελιξία επετεύχθη με την προσθήκη νέων διαδικασιών ανάθεσης και τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων καθώς κι απ' τη δυνατότητα που παρέχονταν στα κράτη για *à la carte* εφαρμογή κάποιων ρυθμίσεων, όπως για παράδειγμα τη χρήση συμβάσεων-πλαισίου, δυναμικών συστημάτων αγορών κτλ¹¹⁰.

¹⁰⁸ D. Pirvu, *The reform of the European public procurement system*, SEA-Practical Application of Science, Τόμος 2^{ος}, Τεύχος 3(5), 2014, σελ. 506

¹⁰⁹ Ibid, σελ. 506

¹¹⁰ R. Beuter, *European Public Procurement Reform: Main Innovations in the Public Sector Directive – A Preliminary Assessment*, European Public Procurement Reform, EIPASCOPE 2005/3, σελ. 7

Παρά όμως τις καινοτόμες και ριζοσπαστικές σε σχέση με το προηγούμενο σύστημα αλλαγές, τα αποτελέσματα δεν ήταν τα αναμενόμενα τόσο σε επίπεδο αποτελεσματικότητας όσο και σε επίπεδο συμμόρφωσης εκ μέρους των κρατών μελών. Επιπλέον δε, στο πλαίσιο της στρατηγικής για την Ευρώπη 2020, η Επιτροπή είχε τονίσει τη ζωτική σημασία των δημοσίων συμβάσεων σε θέματα προστασίας του περιβάλλοντος και στην υποστήριξη της εργασίας και των ευπαθών κοινωνικών ομάδων¹¹¹ και συνεπώς ένα νέο μεταρρυθμιστικό πακέτο κρίθηκε απαραίτητο. Η βασική πληγή πάντως εντοπίζεται στη μη συμμόρφωση των αναθέτοντων φορέων με τις ευρωπαϊκές επιταγές ή/και τη μη ορθή ενσωμάτωση των οδηγιών στην εσωτερική έννομη τάξη.

Οι αδυναμίες του προϋπάρχοντος συστήματος που οδήγησαν στην μη συμμόρφωση ή στην ελλιπή συμμόρφωση εντοπίζονται σε τέσσερα σημεία. Τα σημεία αυτά είναι τα εξής: η άγνοια -ηθελημένη ή μη- και η έλλειψη εξοικείωσης με τους κανόνες από πλευράς αναθετουσών αρχών, η αναποτελεσματικότητα των ίδιων των ρυθμίσεων, η έλλειψη οργανωτικών κινήτρων για υιοθέτηση των διαδικασιών και η έλλειψη εξοικείωσης των προμηθευτών με το σύστημα δικαστικής προστασίας σε περίπτωση παραβίασης των ευρωπαϊκών επιταγών από τις αναθέτουσες αρχές¹¹². Κατ' αποτέλεσμα, το «κεκτημένο» που υπήρχε στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων έπρεπε να τροποποιηθεί κατά τρόπο που αντιμετωπίζει αφενός τα προϋπάρχοντα προβλήματα, και αφετέρου να είναι πιο σαφές έτσι ώστε να αποφευχθούν καινούρια. Συνοπτικά, η μεταρρύθμιση στόχευσε στην απλοποίηση των διατάξεων και διαδικασιών, προώθηση της συμμετοχής των μικρομεσαίων επιχειρήσεων και τη βελτίωση της διακυβέρνησης¹¹³.

Η απλοποίηση των διαδικασιών επιτυγχάνεται με την 2014/24/ΕΕ κυρίως με τη χρήση του ηλεκτρονικού συστήματος δημόσιων συμβάσεων, την ευελιξία των διαδικασιών και την συμπλήρωση των λόγων αποκλεισμού των υποψήφιων αναδόχων¹¹⁴. Βάσει του άρθρου 53 επιβάλλεται πλέον η δωρεάν και άμεση

¹¹¹ European Commission (2011a), *Towards a Single Market Act. For a higher competitive social market economy. 50 proposals for improving our work, business and exchanges with one another*, http://ec.europa.eu/internal_market/smact/docs/single-market-act_en.pdf

¹¹² C. Gelderman, P. Ghijse, M. Brugman, *Public Procurement and EU tendering directives-explaining non-compliance*, International Journal of Public Sector Management, Τόμος 19, Τεύχος 7, σελ. 706-707

¹¹³ C. McCrudden, *Using Public Procurement to achieve social outcomes*, Natural Resources Forum, Τεύχος 28, 2004, σελ. 257

¹¹⁴ D. Pirvu, όπ. παράπ., σελ. 506-507

πρόσβαση των υποψηφίων σε όλα τα έγγραφα της προκήρυξης ενώ παράλληλα με το άρθρο 59 εισάγεται η χρήση του “European Single Procurement Document”, το οποίο οι αναθέτουσες αρχές θα δέχονται ως αίτηση συμμετοχής και σ’ αυτό θα επισυνάπτονται τα έγγραφα που θα αποδεικνύουν την επάρκεια του υποψηφίου για τη συμμετοχή του και τα οποία θα υποβάλλονται στην ηλεκτρονική βάση e-Certis απ’ όπου και θα αξιολογούνται. Επιπλέον, δίδεται μεγαλύτερο περιθώριο στην επιλογή της διαδικασίας που πρόκειται να χρησιμοποιηθεί. Έτσι, ενώ για παράδειγμα η οδηγία 2004/18/EK επέτρεπε τη χρήση ανταγωνιστικού διαλόγου μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις και όπου το συμβόλαιο κρινόταν ιδιαίτερα περίπλοκο, η 2014/24/ΕΕ επιτρέπει τη χρήση του και σε άλλες περιπτώσεις όπως όταν οι τεχνικές προδιαγραφές δεν μπορούν να προσδιοριστούν επαρκώς από πριν, όταν η σύμβαση αφορά καινοτόμες λύσεις κ.α¹¹⁵.

Ακόμη, οι αναθεωρημένοι λόγοι αποκλεισμού που αναφέρονται στο άρθρο 57 παρέχουν μεγαλύτερη προστασία στις αναθέτουσες αρχές, δίνοντας τους τη δυνατότητα να αποκλείσουν ένα συμμετέχων, ο οποίος κατ’ επανάληψη έχει φανεί αναξιόπιστος ή αφερέγγυος κατά την εκτέλεση μιας δημόσιας σύμβασης, ενώ ταυτόχρονα προβλέπεται και ο υποχρεωτικός αποκλεισμός εάν ο υποψήφιος έχει καταδικαστεί με αμετάκλητη απόφαση για μη εκπλήρωση των φορολογικών και ασφαλιστικών του εισφορών¹¹⁶. Εντούτοις, επισημαίνεται ότι η σύγκρουση συμφερόντων παραμένει ως δυνητικός λόγος αποκλεισμού και επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια του εκάστοτε αναθέτοντος φορέα να κρίνει πότε συντρέχει και πότε όχι.

Ένας άλλος στόχος των νέων ρυθμίσεων είναι η αποτελεσματικότερη και η πιο συνετή κατανομή των δαπανών στην ανάθεση μιας δημόσιας σύμβασης, έτσι ώστε η αναθέτουσα αρχή να μπορεί να έχει την πιο συμφέρουσα προσφορά από άποψη ποιότητας-τιμής. Ο στόχος αυτός προβλέπεται να πραγματοποιηθεί από την αντικατάσταση των δύο εναλλακτικών κριτηρίων ανάθεσης από ένα, το οποίο σύμφωνα με το άρθρο 67 είναι η πιο προνομιακή προσφορά από οικονομική άποψη¹¹⁷ λαμβάνοντας υπόψη τη σχέση τιμής-κόστους, την ποιότητα, την καινοτομία και περιβαλλοντικά και κοινωνικά στοιχεία της προσφοράς. Με αυτόν τον

¹¹⁵ Ibid, σελ. 507

¹¹⁶ R. Lukosiuniene, *Social Aspects of the Reform to the European Union Public Procurement Law*, Social Transformations in Contemporary Society (STICS), 2014 (2), σελ. 178

¹¹⁷ MEAT (Most Economically Advantageous Tender)

τρόπο μεταφέρεται το κέντρο βάρους της επιλογής από τη «χαμηλότερη τιμή» στο «χαμηλότερο κόστος» επιτρέποντας έτσι στις αναθέτουσες αρχές να κάνουν την επιλογή τους συνεκτιμώντας περισσότερα στοιχεία της εκάστοτε προσφοράς απλώς την τελική τιμή της¹¹⁸ συνυπολογισμό περισσότερων παραγόντων. Επιπλέον στο άρθρο 68 εισάγεται για πρώτη φορά η έννοια του «κόστους του κύκλου ζωής» σε συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών. Στην έννοια του «κόστος του κύκλου ζωής» συμπεριλαμβάνεται κάθε εσωτερικό έξοδο που δύναται να δημιουργηθεί κατά την εκτέλεση της δημόσιας σύμβασης, όπως τα κόστη που σκοπούν στην προστασία του περιβάλλοντος (π.χ. ανακύκλωση υλικών) ή την μείωση των εκπομπών¹¹⁹.

Εξαιρετικά σημαντική είναι κοινωνική¹²⁰ και περιβαλλοντική διάσταση που δίνεται με το νέο πακέτο οδηγιών στις δημόσιες συμβάσεις. Με το άρθρο 76 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ εισάγεται μία ειδική διαδικασία για συμβάσεις με αντικείμενο κοινωνικές υπηρεσίες, σύμφωνα με την οποία θα πρέπει οι η εθνική νομοθεσία που θα το ενσωματώνει να σέβεται τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης αλλά παράλληλα θα πρέπει να λαμβάνει υπόψη της την ανάγκη για υψηλή ποιότητα, συνέχεια, προσβασιμότητα και διαθεσιμότητα των κοινωνικών αυτών υπηρεσιών και τις ειδικές ανάγκες των πιο ευάλωτων κοινωνικών κατηγοριών¹²¹. Ως δικλείδα ασφαλείας τέτοιων συμβάσεων που αφορούν υπηρεσίες που παραδοσιακά προσφέρονται από κράτη, ορίζεται ότι τα κράτη μέλη θα μπορούν ελεύθερα να προσφέρουν κοινωνικές υπηρεσίες και να τις οργανώνουν με τρόπο που δεν απαιτεί την διενέργεια διαγωνισμού και ότι εφόσον ανατεθούν με δημόσια σύμβαση τα κράτη μέλη θα πρέπει να εγγυώνται την οικονομική και λειτουργική βιωσιμότητα τους¹²² έτσι ώστε να μπορούν να εκπληρώσουν με συνοχή και συνέχεια το σκοπό τους. Στην ίδια λογική κινείται και η πρόβλεψη για συμβάσεις που ανεξαρτήτως αντικειμένου θα θέτουν ως απαίτηση την τήρηση παραμέτρων για την προστασία του περιβάλλοντος. Έτσι, οι αναθέτουσες αρχές θα μπορούν να απαιτούν ως τεχνική

¹¹⁸ E. Van den Abeele, *Integrating social and environmental dimensions in public procurement: one small step for the internal market, one giant leap for the EU?*, European Trade Union Institute (ETUI), Working Paper 2014.08, σελ. 17

¹¹⁹ Ibid, σελ. 18

¹²⁰ Η ανάγκη για την εισαγωγή πρόβλεψης που αφορά σε κοινωνικά κριτήρια προέκυψε από την σχετική εκτενή νομολογία του Δικαστηρίου και ιδίως την απόφαση C-31/87 (Beentjes)

¹²¹ D. Pirvu, όπ. παράπ., σελ. 508

¹²² E. Van den Abeele, όπ. παράπ., σελ. 23

προδιαγραφή την χρήση οικολογικών προϊόντων¹²³ ή το συνυπολογισμό περιβαλλοντικών παραγόντων στην εκτίμηση του κόστους του κύκλου ζωής.

Στο πλαίσιο της ενδυνάμωση της κοινωνικής και περιβαλλοντικής πολιτικής μέσω της ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, θεσπίστηκε και το άρθρο 20 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, το οποίο αναφέρεται σε συμβάσεις προμηθειών που αναθέτονται αποκλειστικά σε προστατευόμενα εργαστήρια και οικονομικούς φορείς που έχουν κύριο στόχο την κοινωνική και επαγγελματική επανένταξη ατόμων με ειδικές ανάγκες, εφόσον οι φορείς αυτοί αποτελούνται από άτομα με ειδικές ανάγκες κατά 30% κατ' ελάχιστο. Το ποσοστό αυτό μπορεί να αυξηθεί κατά την ενσωμάτωση της οδηγίας εάν το κράτος μέλος το επιθυμεί¹²⁴.

Περαιτέρω, στο 31 της 2014/24/ΕΕ εισάγεται άλλη μία νέα διαδικασία για τις προμήθειες που τιτλοφορείται «σύμπραξη καινοτομίας» που θα σχηματίζονται μεταξύ αναθέτουσας αρχής και συμμετεχόντων για τη διεξαγωγή μελετών και την ανάπτυξή τους¹²⁵. Αυτή η διαδικασία να καταλήγει στην ανάπτυξη ενός προϊόντος, έργου ή υπηρεσίας το οποίο μετά θα ανήκει στην αναθέτουσα αρχή.

Λαμβανομένης υπόψη της διαπιστωθείσας αδυναμίας των προηγούμενων οδηγιών να ενδυναμώσουν τη συμμετοχή και την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων σε μικρομεσαίες επιχειρήσεις, οι νέες οδηγίες επιτρέπουν ρητά το χωρισμό των αντικειμένων των ανομοιογενών συμβάσεων σε επιμέρους τμήματα (lots), τα οποία βάσει διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής μπορούν να προκηρύσσονται είτε ξεχωριστά είτε συνολικά¹²⁶. Πάντως σημειώνεται ότι η ρητή αυτή πρόβλεψη που δεν υπήρχε στην οδηγία του 2004 είναι σχετικώς ασαφής καθότι αναφέρει ότι η προαναφερθείσα δυνατότητα που απονέμεται στις αναθέτουσες αρχές συντρέχει «σε περίπτωση συμβάσεων με αντικείμενο προμήθειες που καλύπτονται από την παρούσα οδηγία καθώς και προμήθειες που δεν καλύπτονται από αυτή[...]», χωρίς όμως να διευκρινίζει αν οι προμήθειες αυτές δεν εμπίπτουν στην οδηγία λόγω ποσού ή λόγω αντικειμένου. Επιπλέον, η προστιθέμενη αξία της διάταξης αυτής είναι αμφισβητούμενη καθότι συνεχίζει να ισχύει η πρόβλεψη που απαγορεύει την θεώρηση κάθε τμήματος ως ξεχωριστής σύμβασης, προκειμένου να αποφεύγεται η

¹²³ Ecolabels

¹²⁴ E. Van den Abeele, όπ. παράπ., σελ. 22

¹²⁵ D. Pirvu, όπ. παράπ., σελ. 509

¹²⁶ Άρθρο 3 παρ. 4 οδηγία 2014/24/ΕΕ

ηθελημένη τεχνική κατάτμηση μιας σύμβασης με στόχο να εκφύγει της εφαρμογής της οδηγίας¹²⁷.

Προς την κατεύθυνση διευκόλυνσης της συμμετοχής μικρότερων επιχειρήσεων κινείται και η πρόβλεψη για μείωση του ελάχιστου ετήσιου απαιτούμενου ύψους κύκλου εργασιών, ο οποίος δεν απαιτείται ώστε να υπερβαίνει το διπλάσιο της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης¹²⁸. Με αυτόν τον τρόπο και ιδίως δε συνδυαστικά με την πρόβλεψη για τμηματικό χωρισμό κάποιων συμβάσεων, μικρότερες επιχειρήσεις με μικρότερο κύκλο εργασιών θα συμμετέχουν πιο εύκολα σε διαδικασίες ανάθεσης αφού θα πληρούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής. Βέβαια η ουσιαστική συμβολή αυτής της διάταξης στην ανάθεση της σύμβασης σε μικρότερες επιχειρήσεις αμφισβητείται και πάλι, δεδομένου ότι η νέα πρόβλεψη βοηθάει τις επιχειρήσεις αυτές απλώς να πληρούν πιο εύκολα τις προϋποθέσεις συμμετοχής χωρίς να τους παρέχουν κανένα άλλο πλεονέκτημα έναντι των μεγάλων επιχειρήσεων του χώρου.

Τέλος, οι νέες ρυθμίσεις που στοχεύουν πιο άμεσα και αποτελεσματικά στην καταπολέμηση της διαφθοράς και στην αποκατάσταση της ίσης και διαφανούς μεταχείρισης βρίσκονται στα άρθρα 69 και 71 της 2024/24/ΕΕ και αφορούν τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές και την υπεργολαβία αντίστοιχα. Στην πρώτη παράγραφο του άρθρου 69 επισημαίνεται ότι οι αναθέτοντες φορές υποχρεούνται να ζητούν από τους υποψηφίους να αναλύουν την προσφερόμενη τιμή όταν η προσφερόμενη τιμή κρίνεται ως ασυνήθιστα χαμηλή σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης. Επιπλέον, στην παράγραφο 4 του ίδιου άρθρου θεσπίζεται υποχρεωτική απόρριψη μιας ασυνήθιστα χαμηλού κόστους προσφοράς –αν και πάλι πρέπει να ζητηθεί επεξήγηση της προσφερόμενη τιμής- όταν αυτή δεν συμμορφώνεται με τις υποχρεώσεις που θεσπίζονται από την ευρωπαϊκή νομοθεσία στο πεδίο του κοινωνικού, εργατικού ή περιβαλλοντικού δικαίου ή στο πεδίο των διεθνών κοινωνικών και περιβαλλοντικών απαιτήσεων όπως αυτές προβλέπονται στο Παράρτημα 10 της οδηγίας. Με τον τρόπο αυτό η συμμόρφωση με τους ευρωπαϊκούς κανόνες που περιέχονται στα προαναφερθέντα πεδία θα υποβάλλεται σε διπλό έλεγχο, πρώτα μέσω του ελέγχου των κριτηρίων αποκλεισμού στην πρώτη φάση της διαγωνιστικής διαδικασίας κατά την υποβολή των δικαιολογητικών

¹²⁷ Άρθρο 5 παρ. 8 και 9 οδηγία 2014/24/ΕΕ

¹²⁸ Άρθρο 58 παρ. 3 οδηγία 2014/24/ΕΕ

συμμετοχή και εκ των υστέρων στο τελευταίο στάδιο (άνοιγμα οικονομικών προσφορών), όπου εάν η οικονομική προσφορά κρίνεται ιδιαίτερα χαμηλή θα διενεργείται περαιτέρω έλεγχος.

Αναφορικά με τους υπερβολάβους των αναδόχων οι νέες ρυθμίσεις ορίζουν ότι καταρχάς η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητεί από τους αναδόχους να της γνωστοποιούν αν σκοπεύουν να χρησιμοποιήσουν υπερβολάβους κι αν ναι ποιους και επιπλέον ότι οι προϋποθέσεις με τις οποίους θα πρέπει να συμμορφώνονται οι υποψήφιοι ανάδοχοι, θα πρέπει να πληρούνται και από τους υπερβολάβους. Αυτό πρακτικά σημαίνει ότι θα πρέπει να συμμορφώνονται και οι τελευταίοι με τις κοινωνικές και περιβαλλοντικές επιταγές της οδηγίας καθώς και να μην εμπίπτουν σε κάποιους από τους λόγους αποκλεισμού ή να βρίσκονται σε σύγκρουση συμφερόντων.

Δ.4.2 Ο ρόλος των οργάνων και των κυβερνήσεων στην υιοθέτηση των αλλαγών

i) Η επιφυλακτική στάση του Συμβουλίου απέναντι στο άρθρο 18 παρ. 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ

Η ουσιαστικότερη πραγμάτωση των κοινωνικών και περιβαλλοντικών διαστάσεων που δίνονται στην οδηγία 2014/24/ΕΕ γίνεται με το άρθρο 18 παράγραφος 2 που αφορά τις αρχές που εφαρμόζονται στις προμήθειες και σύμφωνα με το οποίο «Τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα ώστε να εξασφαλίσουν ότι, κατά την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις ισχύουσες υποχρεώσεις στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, που έχουν θεσπιστεί με το ενωσιακό δίκαιο, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο παράρτημα Χ.». Η διάταξη αυτή τελικά απέκτησε υποχρεωτικό χαρακτήρα¹²⁹. Κατά τη θέσπιση αυτής της ρύθμισης το Συμβούλιο και το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο κλήθηκαν για πρώτη φορά να απαντήσουν έμπρακτα στην εμφανή ανάγκη για αναδιοργάνωση και βελτιστοποίηση

¹²⁹ Ε. Van den Abeele, όπ. παράπ., σελ. 9

των κοινωνικών και ασφαλιστικών παροχών, ενδυναμώνοντάς τις μέσω της ένταξης κοινωνικών και περιβαλλοντικών διαστάσεων στις δημόσιες συμβάσεις¹³⁰.

Η υπ' αριθμ. 37 αιτιολογική σκέψη εξειδικεύει το περιεχόμενο της ρύθμισης αυτής επισημαίνοντας ότι «[...] είναι ιδιαίτερα σημαντικό τα κράτη μέλη και οι αναθέτουσες αρχές να λάβουν τα κατάλληλα μέτρα για την εξασφάλιση της συμμόρφωσης προς τις υποχρεώσεις στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου οι οποίες ισχύουν στον τόπο εργασίας όπου εκτελούνται τα έργα ή παρέχονται οι υπηρεσίες[...]». Η συμμόρφωση αυτή μπορεί να πραγματοποιείται μέσω της συμπερίληψης σχετικών ρητρών στο σώμα της σύμβασης¹³¹.

Η εν λόγω ρύθμιση παραπέμπει περαιτέρω στο παράρτημα Χ για τις κοινωνικές και περιβαλλοντικές συμβάσεις στις οποίες αναφέρεται. Κάποια κράτη μέλη, όπως το Βέλγιο και η Γαλλία, ήθελαν στον κατάλογο του παραρτήματος Χ να συμπεριληφθούν και άλλες συμβάσεις, όπως η Σύμβαση ILO 94 για τις εργασιακές ρήτρες στις δημόσιες συμβάσεις ή η Σύμβαση ILO 102 για τα κατώτατα επίπεδα κοινωνικής ασφάλισης¹³². Κάτι τέτοιο όμως δε θα ήταν δυνατό κυρίως διότι μόνο 10 από τα 28 κράτη μέλη έχουν επικυρώσει αυτές τις συμβάσεις¹³³ και το άρθρο 18 παρ. 2 σε συνδυασμό με την αιτιολογική σκέψη 37, επιβάλλουν οι εθνικές νομοθεσίες και αναθέτοντες φορείς να συμμορφώνονται και να προστατεύουν το περιβαλλοντικό, κοινωνικό και εργατικό δίκαιο του τόπου παροχής ή εκτέλεσης της εκάστοτε δημόσιας σύμβασης, εφόσον βέβαια αυτό είναι σε αρμονία με το ενωσιακό δίκαιο. Επιπλέον, με δεδομένο ότι στο πλέγμα των προς συμμόρφωση διατάξεων συμπεριλαμβάνονται και οι συλλογικές συμβάσεις εργασίας, σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 39, θα καθίστατο ιδιαίτερα δύσκολο να ερευνάται κάθε φορά ποιες είναι αυτές οι διατάξεις που ισχύουν στο κράτος μέλος παροχής ή εκτέλεσης της σύμβασης, εφόσον αυτό διαφέρει από το κράτος μέλος εγκατάστασης της αναθέτουσας αρχής.

Ο λόγος που το Συμβούλιο αντιτάχθηκε αρχικά στην υποχρεωτική της φύση της διάταξης του άρθρου 18 παρ. 2 βρίσκεται πιθανόν στο συντηρητικό του

¹³⁰ Ibid, σελ. 9

¹³¹ Αιτιολογική σκέψη 39 οδηγία 2024/24/ΕΕ

¹³² E. Van den Abeele, όπ. παράπ., σελ. 10

¹³³ Ibid, σελ. 11

χαρακτήρα εν γένει ως όργανο. Η απαίτηση αυτή του εν λόγω άρθρου, δεδομένου ότι σε κάθε κράτος μέλος ο τρόπος οργάνωσης των ασφαλιστικών για παράδειγμα παροχών είναι στη διακριτική ευχέρεια του κάθε κράτους μέλους, μπορεί να δημιουργήσει προβλήματα σε περίπτωση ανάθεσης μιας δημόσιας σύμβασης, η οποία θα έχει τόπο εκτέλεσης διάφορο από τον τόπο εγκατάστασης της αναθέτουσας αρχής. Κι αυτό γιατί κατά τη συγγραφή των σχετικών υποχρεώσεων στο σχέδιο της σύμβασης ανάθεσης θα απαιτείται περισσότερος χρόνος για εξοικειωθεί η αναθέτουσα αρχή με ένα άλλο σύστημα και συμμορφωθεί με αυτό. Ακόμη, μπορεί να δημιουργηθούν προβλήματα στο πεδίο της ασφάλισης, στην περίπτωση για παράδειγμα που ανάδοχος του έργου είναι μια επιχείρηση που εδρεύει στη χώρα Χ και έχει ασφαλισμένους τους εργαζομένους της εκεί αλλά παρέχει το προκηρυχθέν έργο στην χώρα Ψ. Τα ζητήματα αυτά είναι ιδιαίτερα σοβαρά καθώς όπως αναφέρεται στο τελευταίο εδάφιο της υπ' αριθμ. 39 αιτιολογικής σκέψης «Η μη συμμόρφωση προς τις σχετικές υποχρεώσεις μπορεί να θεωρηθεί σοβαρό παράπτωμα του συγκεκριμένου οικονομικού φορέα, δυνάμενο να επιφέρει τον αποκλεισμό του από τη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης».

Συμπερασματικά, το γεγονός ότι τέτοια υποχρέωση επιβάλλεται πρώτη φορά και ότι η επαπειλούμενη ποινή για μη συμμόρφωση είναι ο πιθανός αποκλεισμός, οδήγησε το Συμβούλιο να υιοθετήσει στην αρχή μια πιο επιφυλακτική στάση απέναντι στην υποχρεωτικότητα της ρύθμισης.

ii) Ο ρόλος του Ηνωμένου Βασιλείου στην υιοθέτηση του άρθρου 77 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ

Το άρθρο 77 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ τιτλοφορείται αποκλειστικές συμβάσεις για ορισμένες υπηρεσίες και ήταν από τα τελευταία που εισήχθησαν στο σχέδιο της οδηγίας μετά από πρωτοβουλία του Ηνωμένου Βασιλείου, που ήθελε να ενδυναμώσει μια εθνική του πολιτική, δηλαδή το να υποστηρίξει κοινωνικά την ιδιωτικοποίηση και διαχείριση δημόσιων κοινωνικών υπηρεσιών από ιδιωτικούς φορείς¹³⁴. Το Ηνωμένο Βασίλειο ήθελε επιπλέον η εν λόγω διάταξη αφενός να προστατεύει όσους υπαλλήλους δημοσίων υπηρεσιών έχασαν τη δουλειά τους κατά

¹³⁴ Ibid, σελ. 23

τη διαδικασία ιδιωτικοποίησης του φορέα όπου εργάζονταν και αφετέρου να εγγυάται τη συνέχεια των δημόσιων υπηρεσιών¹³⁵.

Η πρωτοβουλία αυτή εξελήφθη από το Συμβούλιο και το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο ως ένα λανθάνον βήμα για ιδιωτικοποίηση της κοινωνικής ασφάλισης και εξ αυτού του λόγου στο άρθρο 77 περιελήφθησαν οι παράγραφοι 2 εδ. δ' και 3, που περιορίζουν την εφαρμογή της. Πιο συγκεκριμένα, το άρθρο 77 παρ. 2 εδ. δ' ορίζει ότι «δεν [θα πρέπει να] έχει στον οργανισμό από τη συγκεκριμένη αναθέτουσα αρχή σύμβαση για τις συγκεκριμένες υπηρεσίες σύμφωνα με το παρόν άρθρο κατά την τελευταία τριετία», ενώ στην τρίτη παράγραφο τονίζεται ότι «η μέγιστη διάρκεια της σύμβασης δε θα πρέπει να υπερβαίνει τα τρία έτη». Επιπλέον, ο ανάδοχος υποχρεούται βάσει του 77 παρ. 2 εδ. β' να επανεπενδύσει κάθε κέρδος για την επίτευξη του στόχου του οργανισμού. Έτσι, με τους επιβαλλόμενους περιορισμούς και υποχρεώσεις σε συνδυασμό με την προαιρετική φύση της διάταξης, ο κίνδυνος της ουσιαστικής ιδιωτικοποίησης της κοινωνικής ασφάλισης αποφεύγεται, ενώ παράλληλα ικανοποιείται και η βούληση του Ηνωμένου Βασιλείου.

iii) Η θέση του Βελγίου και της Γαλλίας σχετικά με τις υπηρεσίες υποχρεωτικής κοινωνικής ασφάλισης

Οι υπηρεσίες υποχρεωτικής κοινωνικής ασφάλισης αποτελούν παραδοσιακά κρατική παροχή και δεν έχουν σύμφωνα με το Δικαστήριο οικονομικό ενδιαφέρον¹³⁶ και εξ αυτού του λόγου δεν πρέπει να είναι αντικείμενο της ρύθμισης της εσωτερικής αγοράς και των κανόνων ανταγωνισμού¹³⁷. Το γεγονός όμως ότι παρ' όλ' αυτά η Επιτροπή στην πρότασή της είχε συμπεριλάβει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ και την παροχή υπηρεσιών υποχρεωτικής κοινωνικής ασφάλισης δημιούργησε μία σύγχυση και επέφερε αρνητικές αντιδράσεις ιδίως από την πλευρά του Βελγίου αλλά και από τη γαλλική πλευρά.

Μετά την πρόταση της Επιτροπής δημιουργήθηκαν τρία βασικά ρεύματα, τα οποία και τα τρία ήταν αντίθετα με αυτή. Το πρώτο είχε πιο σοσιαλιστικό χαρακτήρα και εναντιώθηκε εφ' όλης της ύλης στην εισαγωγή των εν λόγω υπηρεσιών στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, το δεύτερο και πιο ουδέτερο έκρινε ότι εφόσον

¹³⁵ Ibid, σελ. 23

¹³⁶ ΔΕΚ C-159/91 και C-160/91

¹³⁷ E. Van den Abeele, όπ. παράπ., σελ. 25

συμπεριληφθούν οι επίμαχες υπηρεσίες στο πεδίο εφαρμογής θα πρέπει τουλάχιστον τα χρηματικά όρια εφαρμογής της οδηγίας γι' αυτές τις υπηρεσίες να αυξηθούν και το τρίτο που αποτελούνταν βασικώς από το Βέλγιο και τη Γαλλία που συμμεριζόταν καθ' ολοκληρία τη στάση του Δικαστηρίου, υποστηρίζοντας ότι δεν πρέπει να τίθεται καν θέμα συμπερίληψης των υπηρεσιών υποχρεωτικής κοινωνικής ασφάλισης στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, αφού κάτι τέτοιο δε συμβιβάζεται με το χαρακτήρα της αλληλεγγύης και την μη οικονομικοεπενδυτική τους φύση¹³⁸. Για το λόγο αυτό άλλωστε και αυτές οι δύο χώρες επέμειναν όχι μόνο να αφαιρεθούν οι υπηρεσίες υποχρεωτικής κοινωνικής ασφάλισης από το παράρτημα XIV αλλά να μην συμπεριληφθούν καν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας.

Παρά όμως τις σθεναρές αντιδράσεις, τελικά οι υπηρεσίες αυτές συμπεριλήφθηκαν και στο παράρτημα XIV και γενικώς στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας. Στην συμπερίληψή τους αυτή ως αντίβαρο αλλά και δικλείδα ασφαλείας τέθηκαν οι αιτιολογικές σκέψεις 5 και 6 και η υποσημείωση του παραρτήματος XIV. Έτσι, το πρώτο εδάφιο της 5^{ης} αιτιολογικής σκέψης αναφέρει ότι «[...] καμία διάταξης της παρούσας οδηγίας δεν υποχρεώνει τα κράτη μέλη να αναθέτουν σε εξωτερικούς φορείς την παροχή υπηρεσιών που επιθυμούν να παρέχουν τα ίδια ή που επιθυμούν να οργανώνουν με άλλα μέσα πλην των δημοσίων συμβάσεων κατά την έννοια της παρούσας οδηγίας. [...]» και συμπληρώνεται από το πρώτο εδάφιο της 6^{ης} αιτιολογικής σκέψης σύμφωνα με το οποίο «[...] η παρούσα οδηγία δεν θα πρέπει να επηρεάζει τη νομοθεσία των κρατών μελών στον τομέα της κοινωνικής ασφάλισης.[...]».

Ταυτόχρονα, ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει η υποσημείωση του παραρτήματος XIV που εισήχθη μετά από πρωτοβουλία του Βελγίου και έχει ως εξής: «Οι υπηρεσίες αυτές [του άρθρου 74 που εξειδικεύονται στο παράρτημα XIV] δεν καλύπτονται από την παρούσα οδηγία εάν παρέχονται ως μη οικονομικές υπηρεσίες γενικού ενδιαφέροντος. Τα κράτη μέλη είναι ελεύθερα να οργανώνουν την παροχή υποχρεωτικών κοινωνικών υπηρεσιών ή άλλων υπηρεσιών είτε ως υπηρεσιών γενικού οικονομικού ενδιαφέροντος είτε ως μη οικονομικών υπηρεσιών γενικού ενδιαφέροντος». Με αυτό τον τρόπο τα κράτη μέλη διατηρούν το δικαίωμα να οργανώνουν με όποιο τρόπο κρίνουν προσφορότερο όχι μόνο όσες υπηρεσίες

¹³⁸ Ibid, σελ. 26

θεωρούνται κατά γενική ομολογία ως υπηρεσίες υποχρεωτικής κοινωνικής ασφάλισης, που συνήθως αποτελούν ένα κατώτατο όριο παροχής ασφάλειας από το κράτος, αλλά κάθε υπηρεσία που παρέχεται από το κράτος ως υπηρεσία μη οικονομικού ενδιαφέροντος, ενδυναμώνοντας με αυτόν τον τρόπο τον κοινωνικό χαρακτήρα του κράτους.

iv) Η διαμόρφωση των χρηματικών ορίων του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ

Ήδη από τα πρώτα βήματα της ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης υπήρχαν πάντα δύο στρατόπεδα, αυτό τον φιλοευρωπαϊστών και αυτό των ευρωσκεπτικιστών. Οι μεν πρώτοι ήταν ανέκαθεν υπέρμαχοι των εμβαθύνσεων και διευρύνσεων της ευρωπαϊκής συνεργασίας, οι δε δεύτεροι εμφανίζονταν ως πιο επιφυλακτικοί σε τέτοιες κινήσεις, θεωρώντας ότι μπορεί να διακυβεύεται η εθνική τους κυριαρχία. Αυτό το δίπολο δημιουργείται σε κάθε νομοθετική πρωτοβουλία και μεταρρυθμιστική ενέργεια και συνεπώς δεν θα μπορούσε να μην δημιουργεί και στο εξεταζόμενο πεδίο.

Εν προκειμένω, αυτή η διάσταση απόψεων ενσαρκώθηκε μέσω έντονου διαλόγου που αφορούσε τα κατώτατα χρηματικά όρια εφαρμογής των οδηγιών¹³⁹. Οι παραδοσιακά ευρωσκεπτικιστικές χώρες όπως το Ηνωμένο Βασίλειο και η Δανία επιθυμούσαν τη σμίκρυνση του πεδίου εφαρμογής των οδηγιών αυξάνοντας τα χρηματικά «κατώφλια» πάνω από τα οποία υπάρχει αποκλειστική υποχρεωτική εφαρμογή των οδηγιών¹⁴⁰.

Είναι σημαντικό να παρατηρηθεί, ότι ήδη πριν την έκδοση του νέου πακέτου οδηγιών είχαν εκδοθεί όπως αναφέρθηκε σε προηγούμενο κεφάλαιο, αρκετοί διαδοχικοί κανονισμοί με τους οποίους περιορίζονταν τα αρχικά χρηματικά όρια του προηγούμενου πακέτου οδηγιών. Τα τελικά χρηματικά όρια όπως υιοθετήθηκαν από το Συμβούλιο και το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο δεν παρουσιάζουν σημαντικές διαφορές και συνεπώς φαίνεται ότι ο ενωσιακός νομοθέτης αποφάσισε να διατηρήσει μια πιο ουδέτερη στάση σ' αυτό επίπεδο χωρίς όμως να θέσει το όριο κάτω από το κερτημένο των προηγούμενων οδηγιών.

¹³⁹ Τόσο της οδηγίας 2014/24/ΕΕ όσο και της 2014/25/ΕΕ.

¹⁴⁰ D. Dimitrakopoulos, όπ. παράπ., σελ. 63

Ε) Μέρος Τέταρτο: Το ζήτημα της εφαρμογής των οδηγιών σε δημόσιες συμβάσεις που υπολείπονται των «κατωφλιών» αποκλειστικής εφαρμογής των οδηγιών

Ε.1 Η προβληματική – Νομολογία

Όπως αναφέρθηκε σε προηγούμενα κεφάλαια η οδηγία 2004/18/ΕΚ εφαρμόζεται υποχρεωτικά σε συμβάσεις έργων, αγαθών και υπηρεσιών που συνάπτονται μεταξύ του ευρύτερου δημόσιου τομέα και ιδιωτών, εφόσον η προϋπολογιζόμενη αξία της σύμβασης που πρόκειται να ανατεθεί ξεπερνάει τα τιθέμενα στο άρθρο 4 της οδηγίας κατώτατα ποσά ανάλογα με το αντικείμενο του έργου. Το ζήτημα που ανακύπτει εξ αντιδιαστολής αφορά το τι συμβαίνει με τις συμβάσεις που εμπίπτουν μεν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας και αποτελούν δημόσιες συμβάσεις σύμφωνα με τον ορισμό που τους απονέμεται από αυτή αλλά δεν υπερβαίνουν τα τασσόμενα χρηματικά όρια. Σε τέτοια περίπτωση είναι δυνατόν να ανατίθεται μια δημόσια σύμβαση βάσει διατάξεων και διαδικασιών καθαρά εθνικού δικαίου ή υπάρχουν κάποιες αρχές ή κανόνες που εφαρμόζονται πάντοτε κι αν ναι ποιοι είναι αυτοί;

Το ζήτημα ανέκυψε ενώπιον διαφόρων εθνικών δικαστηρίων κρατών μελών συνήθως λόγω εφαρμογής μιας εθνικής διάταξης η οποία περιείχε διαφορετική ρύθμιση από την αντίστοιχη διάταξη της οδηγίας και σε περιπτώσεις όπου η επίμαχη δημόσια σύμβαση υπολείπεται των κατωφλιών της οδηγίας. Κατά συνέπεια, το Δικαστήριο μετά την ενεργοποίηση της διαδικασίας του άρθρου 267 ΣΛΕΕ και τα αντίστοιχα προδικαστικά ερωτήματα κλήθηκε να απαντήσει αν στην περίπτωση αυτή τα κράτη μέλη απολαμβάνουν πλήρους ελευθερίας ρύθμισης ή αν δεσμεύονται ως ένα βαθμό.

Μια απ' τις πρώτες αποφάσεις του Δικαστηρίου που αντιμετώπισε το σχετικό ζήτημα ήταν η εκδοθείσα επί των συνεκδικασθεισών υποθέσεων C-147/06 και C-148/06 (SECAP και Santorso). Στην απόφαση του αυτή το Δικαστήριο ανέφερε τα εξής «Επισημαίνεται ότι οι ιδιαίτερες και αυστηρές διαδικασίες των κοινοτικών οδηγιών περί συντονισμού των διαδικασιών συνάψεως συμβάσεων δημοσίων έργων τυγχάνουν αποκλειστικής εφαρμογής στις συμβάσεις, η αξία των οποίων υπερβαίνει μία συγκεκριμένη οριακή τιμή που προβλέπεται ρητώς σε καθεμία από τις εν λόγω

οδηγίες. Επομένως, οι κανόνες των οδηγιών αυτών δεν έχουν εφαρμογή στις συμβάσεις αξίας χαμηλότερης του καθοριζομένου με τις οδηγίες ορίου¹⁴¹. Ωστόσο, τούτο δεν σημαίνει ότι οι συμβάσεις αυτές αποκλείονται του πεδίου εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου. Συγκεκριμένα, κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, όσον αφορά τη σύναψη συμβάσεων οι οποίες, λαμβανομένης υπόψη της αξίας τους, δεν υπάγονται στις προβλεπόμενες με τους κοινοτικούς κανόνες διαδικασίες, οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται παρ' όλ' αυτά να τηρούν τους θεμελιώδεις κανόνες της Συνθήκης και, ειδικότερα, τη θεμελιώδη αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγενείας¹⁴². Ωστόσο, κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, η εφαρμογή των θεμελιωδών κανόνων και των γενικών αρχών της Συνθήκης στις διαδικασίες συνάψεως συμβάσεων αξίας χαμηλότερης του ορίου εφαρμογής των κοινοτικών οδηγιών προϋποθέτει ότι οι επίμαχες συμβάσεις παρουσιάζουν βέβαιο διασυνοριακό ενδιαφέρον¹⁴³.».

Από τις προπαρατεθείσες σκέψεις του Δικαστηρίου συνάγεται αφενός ότι τα κράτη μέλη δεν είναι ελεύθερα να ρυθμίζουν κατά βούληση τις δημόσιες συμβάσεις που υπολείπονται των κατώτατων ορίων της οδηγίας, εφόσον όμως οι επίμαχες αυτές συμβάσεις παρουσιάζουν βέβαιο διασυνοριακό ενδιαφέρον αφετέρου. Περαιτέρω, ανακύπτουν δύο νέα ζητήματα: πρώτον πότε συντρέχει το στοιχείο του βέβαιου διασυνοριακού ενδιαφέροντος και δεύτερον, στην περίπτωση που το στοιχείο αυτό συντρέχει, ποιοι είναι αυτοί οι θεμελιώδεις κανόνες και γενικές αρχές της Συνθήκης οι οποίες θα πρέπει να τηρούνται;

Το Δικαστήριο δεν έχει δώσει μέχρι σήμερα για κανένα από τα δύο ερωτήματα συγκεκριμένη απάντηση, αν και με άλλες σχετικές αποφάσεις του έχει εισάγει κάποια κριτήρια τα οποία μπορούν να οδηγήσουν στην κατάφαση ύπαρξης βέβαιου διασυνοριακού ενδιαφέροντος. Αντίστοιχα, έχει αναφερθεί σε αρχές και κανόνες της Συνθήκης που δεν πρέπει να υπονομεύονται χωρίς όμως να υπάρχει κάποια ένδειξη για περιοριστική απαρίθμησή τους, το αντίθετο μάλλον¹⁴⁴.

¹⁴¹ Σκέψη 19

¹⁴² Σκέψη 20

¹⁴³ Σκέψη 21

¹⁴⁴ Σκέψη 31 C-147/06 και C-148/06 «[...] Μεταξύ άλλων τέτοια κριτήρια μπορεί να είναι η σημαντική αξία της επίμαχης συμβάσεως σε συνδυασμό με τον τόπο εκτελέσεως των έργων. Μπορεί επίσης να αποκλείεται η ύπαρξη τέτοιου ενδιαφέροντος στην περίπτωση, παραδείγματος χάρη, του πολύ περιορισμένου οικονομικού διακυβεύματος της επίμαχης συμβάσεως δημοσίων έργων.[...]»

Πιο συγκεκριμένα, αναφορικά με τα κριτήρια που αποτελούν ένδειξη ύπαρξης βέβαιου διασυνοριακού ενδιαφέροντος το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι τέτοια κριτήρια μπορούν να αποτελέσουν κάποια τεχνικά χαρακτηριστικά της σύμβασης¹⁴⁵ ή η σημαντική αξία της σύμβασης συνδυαστικά με τον τόπο εκτελέσεως του έργου¹⁴⁶. Έτσι, το Δικαστήριο επεσήμανε ότι «[...] σε ορισμένες περιπτώσεις, [όταν] τα σύνορα διασχίζουν κατοικημένες περιοχές που βρίσκονται στο έδαφος διαφόρων κρατών μελών [...] ακόμα και συμβάσεις αμελητέας αξίας μπορεί να παρουσιάζουν βέβαιο διασυνοριακό ενδιαφέρον¹⁴⁷». Άλλο στοιχείο που θα μπορούσε να επηρεάσει την εκτίμηση περί ύπαρξης τέτοιου ενδιαφέροντος είναι η πιθανή «ύπαρξη καταγγελιών που υπέβαλαν φορείς εγκατεστημένοι σε άλλα κράτη μέλη, υπό την προϋπόθεση της εξακριβώσεως ότι οι καταγγελίες αυτές είναι πραγματικές και όχι πλασματικές¹⁴⁸», χωρίς όμως παράλληλα η απλή ύπαρξη πραγματικών καταγγελιών -έστω και συνδυαστικά με την μεγάλη οικονομική αξία των οικείων συμβάσεων- να αποδεικνύει κατ' αμάχητο τεκμήριο την ύπαρξη βέβαιου διασυνοριακού ενδιαφέροντος¹⁴⁹.

Από την άλλη πλευρά, σ' ότι αφορά τους θεμελιώδεις κανόνες και γενικές αρχές της Συνθήκης που θα πρέπει να τηρούνται μετά την κρίση περί συνδρομής του κριτηρίου του βέβαιου διασυνοριακού ενδιαφέροντος, διαπιστώνεται ότι το ενώ το Δικαστήριο δεν παρέχει αποκλειστική απαρίθμησή τους μέσω της νομολογίας του, δεν φαίνεται να προσθέτει νέους αλλά αρκείται στην επανάληψή τους. Αναλυτικότερα, κατά πάγια νομολογία, θεμελιώδεις αρχές που οφείλουν να τηρούνται είναι η απαγόρευση διακρίσεων λόγω ιθαγένειας¹⁵⁰, η αρχή της ίσης μεταχείρισης¹⁵¹, η αρχή διαφάνειας¹⁵² και η αρχή της αναλογικότητας¹⁵³. Θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι το πλέγμα αυτών των αρχών και κανόνων στο οποίο αναφέρεται το Δικαστήριο συνίσταται από τις αρχές που αποτέλεσαν τους ακρογωνιαίους λίθους του οικοδομήματος της ΕΕ και συνεπώς κάθε τέτοια αρχή ακόμα κι αν δεν έχει μνημονευτεί νομολογιακά οφείλει να τηρείται, όπως επί παραδείγματι ο σεβασμός των ανθρωπίνων δικαιωμάτων.

¹⁴⁵ Σκέψη 20 C-278/14

¹⁴⁶ Σκέψη 23 C-159/11

¹⁴⁷ Σκέψη 31 C-147/06 και C-148/06

¹⁴⁸ Σκέψη 20 C-278/14

¹⁴⁹ Σκέψη 49 C-113/13

¹⁵⁰ Σκέψη 20 C-147/06 και C-148/06

¹⁵¹ Σκέψη 23 C-159/11

¹⁵² Σκέψη 16 C-278/14

¹⁵³ Σκέψη 27 C-358/12

Ενδιαφέρον παρουσιάζει το γεγονός ότι αρμόδιο δικαστήριο για να κρίνει την ύπαρξη βέβαιου διασυνοριακού ενδιαφέροντος και κατά συνέπεια να εφαρμόσει τις θεμελιώδεις αρχές και κανόνες είναι το εθνικό δικαστήριο και επί της κρίσεως αυτής το Δικαστήριο δεν έχει εξουσία¹⁵⁴. Κατ' αποτέλεσμα, γεννάται το ζήτημα εάν το εκάστοτε εθνικό δικαστήριο είναι ελεύθερο να καθορίσει μόνο του ποια επιπλέον κριτήρια θα μπορούσαν να συνηγορούν υπέρ της θεμελίωσης βέβαιου διασυνοριακού ενδιαφέροντος, αφού το Δικαστήριο έχει δώσει μια πρώτη ενδεικτική γραμμή.

Ε.2 Επίλυση με εθνικά ή νομολογιακά κριτήρια;

Το τελευταίο αυτό ζήτημα, προσωπικά πιστεύω, ότι θα αποτελέσει έναυσμα για εντονότατο διάλογο ιδίως ενόψει της οικονομικής κρίσης, η οποία μαστίζει τα τελευταία χρόνια την Ευρώπη. Η ανάγκη για αναζωογόνηση των εθνικών οικονομιών χωρών θα μπορούσε να καλυφθεί σ' ένα βαθμό μέσω συχνότερης χρήσης των δημοσίων συμβάσεων σε περισσότερους τομείς. Κατ' αποτέλεσμα, είναι πιθανό η συχνότερη χρήση του εργαλείου αυτού σε συνδυασμό με τα μειωμένα κεφάλαια και τα προβλήματα ρευστότητας που αντιμετωπίζει ο δημόσιος τομέας σε χώρες όπως η Ελλάδα να οδηγήσουν στην προκήρυξη έργων που υπολείπονται των χρηματικών ορίων των οδηγιών και συνεπώς να τίθεται ζήτημα θεμελίωσης βέβαιου διασυνοριακού ενδιαφέροντος.

Κατά συνέπεια, θα ήταν ενδιαφέρον να αναρωτηθεί κανείς εάν θα μπορούσε να ευσταθεί ο ισχυρισμός ότι μια δημόσια σύμβαση που καταρχήν υπολείπεται των ορίων του άρθρου 7 της οδηγίας 2004/18/EK και η οποία δεν εμφανίζει κανένα από τα δύο στοιχεία που κατά πάγια νομολογία θεμελιώνουν βέβαιο διασυνοριακό ενδιαφέρον, ήτοι η σημαντική αξία της σύμβασης και ο τρόπος εκτελέσεως του έργου ιδίως δε αν είναι κοντά σε σύνορα άλλου κράτους μέλους, μπορεί να εκφύγει της εφαρμογής της οδηγίας. Παράδειγμα τέτοιας περίπτωσης θα μπορούσε να ήταν η προκήρυξη ενός έργου χωρίς σημαντική οικονομική αξία και πάντως κάτω του ορίου της οδηγίας και το οποίο θα είχε ως αντικείμενο την εκτέλεση ενός έργου σε κάποια

¹⁵⁴ Σκέψη 47 C-113/13, Σκέψη 28 C-470/13, Σκέψη 22 C-278/14, Σκέψη 24 C-358/12, Σκέψη 34 C-147/06 και C-148/06

απομακρυσμένη και χωρίς ιδιαίτερο οικονομικό ενδιαφέρον περιοχή της Ελλάδας. Με αυτό τον τρόπο οι αναθέτοντες φορείς θα ελαφρύνονταν από τις πολλές διατυπώσεις δημοσιότητας που επιβάλλει η οδηγία και θα μπορούσαν να έχουν πιο ελαστικές απαιτήσεις ανάθεσης σχετικά με τα χρηματοοικονομικά κριτήρια, όπως επί παραδείγματι να απαιτείται χαμηλότερο ύψος κύκλου εργασιών απ' το ελάχιστο που προβλέπει η οδηγία. Αντίστοιχα, θα μπορούσαν να συμπεριλάβουν διατάξεις στην οικεία προκήρυξη που να προωθούν την επιλογή εθελοντικών φορέων χωρίς κερδοσκοπικό σκοπό, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να καλύψει της ανάγκες της με το χαμηλότερο δυνατό κόστος.

Κατ' αυτόν τον τρόπο, χώρες σε βαθιά οικονομική ύφεση όπως η δική μας, όπου οι επιχειρήσεις και ιδίως οι πιο μικρές μετά βίας επιβιώνουν λόγω των ενδοκρατικών οικονομικών συνθηκών, θα μπορούσαν να δώσουν αντανakλαστικά μια ανάσα στις επιχειρήσεις τους. Μια τέτοια εξ αντιδιαστολής ερμηνευόμενη εφαρμογή της νομολογίας του Δικαστηρίου κρίνεται καταρχήν νόμιμη καθόσον θα αφορούσε μόνο συμβάσεις που έτσι κι αλλιώς εκφεύγουν λόγω ποσού της εφαρμογής της οδηγίας χωρίς μάλιστα να παρουσιάζουν διασυνοριακό ενδιαφέρον, επιπλέον δε η μη εφαρμογή της οδηγίας δε θα καταστρατηγούσε τις βασικές αρχές της Συνθήκης, όπως αυτές σκιαγραφούνται από το Δικαστήριο.

Εντούτοις η άποψη αυτή δεν είναι άνευ αντιλόγου, καθώς οι γενικές αρχές και θεμελιώδεις κανόνες της ΕΕ πρέπει να τηρούνται από τα κράτη μέλη σε κάθε έκφανση εκδήλωσης της εξουσίας τους. Κάτι αντίθετο θα ήταν άλλωστε παράλογο, αφού σε μία τέτοια περίπτωση θα ήταν για παράδειγμα θεμιτό να προκηρυχθεί ένα έργο αναμφισβήτητα αμελητέας οικονομικής και τοπικής αξίας και η αναθέτουσα αρχή να επέτρεπε τη συμμετοχή μόνο ημεδαπών επιχειρήσεων ή θα μπορούσε να προβαίνει στην περαιτέρω απαρίθμηση απαραίτητων χαρακτηριστικών των υποψήφιων αναδόχων δημιουργώντας φωτογραφικές προδιαγραφές για την ανάθεση. Βέβαια θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι κάτι τέτοιο θα ήταν παράνομο λόγω παραβίασης της Συνθήκης και όχι των περί δημοσίων συμβάσεων κανόνων. Και στις δύο περιπτώσεις η συνέπεια θα ήταν η ίδια, ήτοι η ύπαρξη παράνομων όρων στην προκήρυξη.

Συνεπώς, καταλήγει να αναρωτιέται κανείς γιατί να τίθεται το κριτήριο του βέβαιου διασυνοριακού ενδιαφέροντος προκειμένου να τηρηθούν αρχές που έτσι κι

αλλιώς οφείλουν να τηρηθούν; Κατά τη γνώμη μου, θα έπρεπε σε περίπτωση διαπίστωσης συνδρομής αυτού του κριτηρίου να απαιτείτο να τηρούνται θεμελιώδεις διατάξεις των κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων, όπως για παράδειγμα η χρήση μόνο των προβλεπόμενων από την οδηγία διαγωνιστικών διαδικασιών τηρουμένων των απαιτούμενων όρων διεξαγωγής τους, η τήρηση της απαιτούμενης προθεσμίας που πρέπει να μεσολαβεί ανάμεσα στην δημοσίευση της προκήρυξης και την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, η χρήση αποκλειστικά κριτηρίων -ή κριτηρίου μετά τη νέα οδηγία- ανάθεσης που προβλέπεται στην οδηγία, το δικαίωμα συμμετοχής τόσο φυσικών και νομικών προσώπων όσο και ενώσεων αυτών κ.α..

Η συλλογιστική που προηγήθηκε μπορεί να συνιστά τρόπο επίλυσης του ζητήματος με γνώμονα το εθνικό συμφέρον. Στον αντίποδα βρίσκεται ένας τρόπος επίλυσης που θα χρησιμοποιούσε κατ' αποκλειστικότητα τους διαμορφωμένους νομολογιακούς κανόνες ερμηνευόμενους υπό το πρίσμα της εκάστοτε υπό αμφισβήτηση σύμβασης. Μια τέτοια προσέγγιση θα ήταν αρκετά συντηρητική. Συν τοις άλλοις θα αχρήστευε τη δυνατότητα χρήσης ενός οικονομικά πολύ δυνατού εργαλείου όπως οι δημόσιες συμβάσεις για ενίσχυση των εγχώριων οικονομιών σε τέτοιες οικονομικά δύσκολες εποχές.

ΣΤ. Σύνοψη και Συμπεράσματα

Η ζωτική για την οικονομία σημασία των δημοσίων συμβάσεων προκύπτει θεωρώ ανεπιφύλακτα. Η ρύθμιση του πεδίου μάλιστα κατ' ενιαίο τρόπο σε ευρωπαϊκό επίπεδο πρεσβεύει την ανάπτυξη ενός περιβάλλοντος υγιούς ανταγωνισμού με τελικό στόχο την δημιουργία μιας ουσιαστικά ανοιχτής και ανταγωνιστικής πανευρωπαϊκής αγοράς που θα ανταγωνίζεται επάξια τις ήδη πολύ ανεπτυγμένες αμερικανικές και ασιατικές αγορές. Ταυτόχρονα, σκοπός είναι μέσα από τη διαδικασία αυτή να επέλθει η βελτίωση των δημοσίων υπηρεσιών καθώς και να ενδυναμωθεί η αποτελεσματικότητά τους. Καταλληλότερο εργαλείο για επιτέλεση αυτού του σκοπού κρίθηκε η οδηγία δεδομένου ότι οι δημόσιες συμβάσεις αποτελούν τμήμα του πυρήνα ενός κράτους και η ορθή και αποτελεσματική λειτουργία τους εξαρτάται από την κρατική οργάνωση και διάρθρωση κάθε κράτους και συνεπώς οι ευρωπαϊκές ρυθμίσεις θα έπρεπε να προσαρμοστούν στις ανάγκες κάθε εθνικής νομοθεσίας.

Πριν την ευρωπαϊκή επιρροή, οι ελληνικές εθνικές ρυθμίσεις ήταν αρκετά προστατευτικές αναφορικά με τις ημεδαπές επιχειρήσεις και περιείχαν πολλές διατάξεις που ευνοούσαν τη διακριτική μεταχείριση και τις προτιμησιακές συμφωνίες. Οι ρυθμίσεις μάλιστα αυτές συνέχισαν να ισχύουν και να εφαρμόζονται παρά την υποχρέωση για ενσωμάτωση των ευρωπαϊκών κανόνων αφού η χώρα μας επανειλημμένα και εσκεμμένα ενίοτε αθέτησε την υποχρέωσή της για ενσωμάτωση διότι θεωρούσε ότι η ελληνική αγορά δεν ήταν έτοιμη να ανταγωνιστεί τις ευρωπαϊκές και διότι διάφοροι πολιτικοί της εποχής είχαν όφελος από την μη ενσωμάτωση με αποτέλεσμα να κωλυσιεργούν. Η Ελλάδα συνετίστηκε με τις ευρωπαϊκές της υποχρεώσεις μόνο μετά την έκδοση πολλαπλών καταδικαστικών αποφάσεων του Δικαστηρίου.

Στο γενικότερο πλαίσιο της ευρωπαϊκής πολιτικής των δημοσίων συμβάσεων, ήδη από τις πρώτες οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων τη δεκαετία του '70 μέχρι την στρατηγική της Ευρώπης 2020 καθώς και την Πράσινη Βίβλο, κεντρικό ζήτημα για την επίτευξη των προαναφερθέντων στόχων αποτέλεσε η εξεύρεση των αποτελεσματικότερων ρυθμίσεων έτσι ώστε να προωθείται ο υγιής ανταγωνισμός, να αποφεύγεται η καταπάτηση των θεμελιωδών αρχών και κανόνων της Ένωσης και να ενισχύεται ο κοινωνικός χαρακτήρας του κράτους. Επιπλέον δε, ο ευρωπαϊκός νομοθέτης θέλησε να δώσει μια λύση στο πρόβλημα της υπερνομοθέτησης και να απομακρυνθεί από γραφειοκρατικές και τυπολατρικές πρακτικές. Οφείλει να παραδεχτεί κανείς μάλιστα ότι ήδη το πακέτο οδηγιών του 2004 εμπεριείχε σημαντικά βήματα προς αυτή την κατεύθυνση, με κυριότερο την απλούστευση και κωδικοποίηση των διαδικασιών ενσωματώνοντας τις τρεις προϋπάρχουσες σε μία, τη λεγόμενη «γενική οδηγία». Ένα από τα άλλα σημαντικά επιτεύγματά του πακέτου του 2004 ήταν η ρητή απαγόρευση εικονικής κατάτμησης των προκηρυσσόμενων έργων, η οποία σκοπό είχε το χωρισμό της κεντρικής σύμβασης σε μερικότερες έτσι ώστε να εκφεύγουν των χρηματικών ορίων της οδηγίας και αυτή να μην τυγχάνει εφαρμογής.

Από την άλλη μεριά το πακέτο του 2004 είχε πολλά αδύναμα σημεία αφού οι διαδικασίες που προέβλεπε ήταν χρονοβόρες, δαπανηρές και πολύπλοκες. Κατ' αποτέλεσμα, δυσκολεύονταν τόσο τα κράτη μέλη να ενσωματώσουν αυτές τις ρυθμίσεις όσο και οι αναθέτουσες αρχές να τις εφαρμόσουν. Παράλληλα, το κόστος και η πολυπλοκότητα της συμμετοχής πολλές φορές ήταν απαγορευτικό για τη

συμμετοχή μικρότερης εμβέλειας επιχειρήσεων. Επιπλέον δε, καθόσον η σχετική νομολογία του Δικαστηρίου γινόταν όλο και πιο ογκώδης, η υιοθέτηση νέων ρυθμίσεων και η τροποποίηση κάποιων παλιών ήταν μονόδρομος.

Το νέο πακέτο οδηγιών έχει ως στόχο τη βελτίωση των προϋπαρχουσών ρυθμίσεων απλοποιώντας τις περαιτέρω, δίνοντάς τους περιβαλλοντική και κοινωνική διάσταση και ενισχύοντας τη διαφάνεια, τον ανταγωνισμό και τη συμμετοχή των μικρομεσαίων επιχειρήσεων. Τέτοια μέτρα είναι η εισαγωγή του European Single Procurement Document που θα χρησιμοποιείται για τη υποβολή συμμετοχής σ' ένα διαγωνισμό, η ενίσχυση και αποσαφήνιση των κριτηρίων αποκλεισμού καθώς και η ρητή δυνατότητα που παρέχεται στις αναθέτουσες αρχές να χωρίζουν σε τμήματα μεικτές συμβάσεις¹⁵⁵, έτσι ώστε αυτές να μπορούν να διεκδικηθούν και από μικρότερες επιχειρήσεις και να έχουν σημαντικές πιθανότητες να ανακηρυχθούν ανάδοχοι της σύμβασης. Υπογραμμίζεται βέβαια ότι αυτή η δυνατότητα υποκρύπτει κινδύνους στρέβλωσης του ανταγωνισμού μέσω τις εικονικής κατάταξης μιας σύμβασης.

Παρά τα καινοτόμα σημεία της νέας γενικής οδηγίας θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι αυτά απλώς «κουμπώνουν» και αποσαφηνίζουν τις ήδη υπάρχουσες ρυθμίσεις χωρίς να επιφέρουν κάποια ρηξικέλευθη αλλαγή. Τέτοια αλλαγή θα αποτελούσε για παράδειγμα η πρόβλεψη για δυνατότητα αναφοράς από μέρους της αναθέτουσας αρχής στην οικεία αρμόδια εθνική ανεξάρτητη αρχή¹⁵⁶ όταν έχει υποψίες για συμπαιγνίες ή καρτέλ που οδηγούν λ.χ. σε υποβολή ασυνήθιστα χαμηλών οικονομικών προσφορών και η αρχή να κινεί την προσήκουσα διαδικασία κατασταλτικού ελέγχου. Αντίστοιχα, η ουσιαστική ενίσχυση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων θα μπορούσε να πραγματοποιηθεί ίσως καλύτερα αν δίνονταν σ' αυτές κάποια πλεονεκτήματα κατά τη συμμετοχή τους.

Ένα αδύναμο στοιχείο της οδηγίας που πιθανόν να δυσχεράνει την αποτελεσματική εφαρμογή της είναι ότι το βάρος εφαρμογής και ουσιαστικής υλοποίησής της φέρει ο αναθέτων φορέας. Εναλλακτικά, η επιδίωξη συμμόρφωσης με την οδηγία επαφίεται στη διάθεση και την οικονομική δυνατότητα των

¹⁵⁵ Μεικτές συμβάσεις θεωρούνται εκείνες δεν έχουν ως αντικείμενο μόνη την εκπόνηση ενός έργου, την παροχή μιας υπηρεσίας ή την προμήθεια αγαθών αλλά που περιλαμβάνουν στοιχεία τουλάχιστον δύο εξ αυτών.

¹⁵⁶ Για την Ελλάδα η ΕΑΑΔΗΣΥ

συνδιαγωνιζόμενων εταιριών για δικαστική διαμάχη. Ένας μηχανισμός που θα επέβλεπε την τήρηση των επιταγών της οδηγίας σε εθνικό επίπεδο θα λειτουργούσε και ως αποτρεπτικός παράγοντας παραβίασής τους. Από την άλλη μεριά, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι σχετική είναι η πρόβλεψη των άρθρων 83επ. της οδηγίας 2014/24/ΕΕ αναφορικά με τη σύνταξη εκθέσεων αξιολόγησης. Βάσει της οδηγίας η πρώτη ex post ανάλυση επιρροής των οδηγιών είναι προγραμματισμένη για το 2019.

Εν κατακλείδι φρονώ ότι έχουν γίνει μεν σημαντικά βήματα στον τομέα αυτό αλλά η περαιτέρω εμβάθυνση και κοινή ρύθμιση ίσως φοβίζει μερικά κράτη που θεωρούν ότι έτσι μπορεί να παραχωρούν κομμάτι της εθνικής τους κυριαρχίας και γι' αυτό το λόγο οι ρυθμίσεις είναι σχετικώς στάσιμες. Βέβαια δεν αμφισβητείται ότι βελτιστοποιούνται και αποκτούν και μια πιο κοινωνική και οικολογική πτυχή. Πάντως το νέο πακέτο οδηγιών περιέχει κάποιες καινοτόμες ρυθμίσεις που είναι εύκολα εφαρμόσιμες και αφήνει αρκετά περιθώρια για να αξιοποιηθούν σε βάθος. Μένει να δούμε πως αυτές θα εφαρμοστούν, τι ζητήματα μπορεί να προκύψουν κατά την εφαρμογή τους και πως θα διαμορφωθεί η νομολογία του Δικαστηρίου.

Ζ) Βιβλιογραφία

Ελληνικά Συγγράμματα

Ε. Σαχπεκίδου, Ευρωπαϊκό Δίκαιο, Β' Έκδοση, Σάκκουλας, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2011

Γ.-Ε. Καλαβρός και Θ. Γεωργόπουλος, Το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Θεσμικό Δίκαιο), Τόμος Ι, Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα, 2010

Κ. Χρυσόγονος, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006

Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου, Δημόσιες Συμβάσεις και Κοινοτικό Δίκαιο – Διαδικασίες Ανάθεσης και Έννομη Προστασία, Μελέτες Διοικητικού Δικαίου, Τόμος ΙΙ, Σάκκουλας, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 1995

Β. Σκουρής, Ερμηνεία Συνθηκών για την Ευρωπαϊκή Ένωση και την Ευρωπαϊκή Κοινότητα, Σάκκουλας, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2003

Γ. Μαραγκού, Ι. Κάρκαλης, Δ. Τσακανίκας, Ε. Καραθανασόπουλος, Β. Προβίδη, Β. Πέππα, Πρακτικός Οδηγός για τον Έλεγχο από το Ελεγκτικό Συνέδριο των Δημοσίων Συμβάσεων των Δήμων, Περιφερειών και των Νομικών τους Προσώπων (το προσυμβατικό στάδιο), Ελληνική Δημοκρατία, Υπουργείο Εσωτερικών, Αποκέντρωσης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης, Εθνικό Τυπογραφείο, Αθήνα, Ιούνιος 2011

Α. Μάνεση, Η συνταγματική αρχή της ισότητας και η εφαρμογή της υπό των δικαστηρίων, Συνταγματική Θεωρία και Πράξη, 1980

ΞΕΝΟΓΛΩΣΣΑ ΣΥΓΓΡΑΜΜΑΤΑ

D. Dimitrakopoulos, The power of the centre – Central governments and the macro-implementation of EU public policy, European Policy Research Unit Series,

Manchester University Press, 2008

D. Dimitrakopoulos, «Institutions and the implementation of EU public policy in Greece: the case of public procurement», The Hellenic Observatory, The European Institute, GreeSE Paper No 2, Hellenic Observatory Papers on Greece and Southeast Europe, Μάιος 2007

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΑΡΘΡΟΓΡΑΦΙΑ

Δ. Νικηφόρος, Το τέλος του «βασικού μετόχου»...μέσω μιας κοινής αρχής, Η αναλογικότητα ως διάμεσος της εθνικής και της ενωσιακής έννομης τάξης- Σκέψεις με αφορμή την (Ολ.) ΣΤΕ 3470/2011, www.constitutionalism.gr

ΞΕΝΟΓΛΩΣΣΗ ΑΡΘΡΟΓΡΑΦΙΑ

S. Arrowsmith, H.-J. Priess, P. Friton, *Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?*, Public Procurement Law Review, 2009 (6)

J. Richardson, S. Mazey, European Union – Power and Policy Making, Routledge, 4th Edition, 2015

H. Farrel, A. Heritier, Formal and Informal Institutions under Codecision: Continuous Constitution Building in Europe, European Integration Online Papers (EIoP), Vol. 6, No 3, 2002

D. Easton, An approach to the analysis of political-systems, World Politics, Τόμος 9^{ος}, Τεύχος 3^ο, Princeton University Press, 1957

R. Thomson, M. Hosli, Who has power in the EU? The Commission, Parliament and Council in legislative decision-making, Journal of Common Market Studies, Τόμος 44^{ος}, Αρ. 2, 2006

R. Costello, R. Thomson, The distribution of power among institutions: Who wins under codecision and why?, Journal of European Public Policy, Τόμος 20^{ος}, Αρ. 7, Routledge, 2013

R. Beuter, European Public Procurement Reform: Main Innovations in the Public Sector Directive – A Preliminary Assessment, European Public Procurement Reform, EIPASCOPE 2005/3

D. Pirvu, The reform of the European public procurement system, SEA-Practical Application of Science, Τόμος 2^{ος}, Τεύχος 3(5), 2014

C. Gelderman, P. Ghijse, M. Brugman, Public Procurement and EU tendering directives-explaining non-compliance, International Journal of Public Sector Management, Τόμος 19, Τεύχος 7

C. McCrudden, Using Public Procurement to achieve social outcomes, Natural Resources Forum, Τεύχος 28, 2004

R. Lukosiuniene, Social Aspects of the Reform to the European Union Public Procurement Law, Social Transformations in Contemporary Society (STICS), 2014 (2)

E. Van den Abeele, Integrating social and environmental dimensions in public procurement: one small step for the internal market, one giant leap for the EU?, European Trade Union Institute (ETUI), Working Paper 2014.08

ΙΣΤΟΤΟΠΟΙ

<http://www.europedia.moussis.eu>

<http://ec.europa.eu>

<http://www.europarl.europa.eu>

<http://www.eaadhsy.gr>

ΕΥΡΩΠΑΙΚΑ ΕΓΓΡΑΦΑ

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2013/514073/IPOL-JOIN_NT\(2013\)514073_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2013/514073/IPOL-JOIN_NT(2013)514073_EN.pdf)

European Commission (2011a), Towards a Single Market Act. For a higher competitive social market economy. 50 proposals for improving our work, business and exchanges with one another, http://ec.europa.eu/internal_market/smact/docs/single-market-act_en.pdf

COM/91/476

98/C39/02

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΕΘΝΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΣΤΕ 3470/2011

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΙΚΗΣ ΕΝΩΣΗΣ

C- 311/95

C-213/07

C-159/91 και C-160/91

C-147/06 και C-148/06

C-278/14

C-159/11

C-113/13

C-159/11

C-358/12