



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
Εθνικόν και Καποδιστριακόν
Πανεπιστήμιον Αθηνών

ΝΟΜΙΚΗ ΣΧΟΛΗ
ΕΝΙΑΙΟ ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΜΕΤΑΠΤΥΧΙΑΚΩΝ
ΣΠΟΥΔΩΝ
ΚΑΤΕΥΘΥΝΣΗ: ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ
ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΑΚΟ ΕΤΟΣ: 2016-2017

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ
της Θηβαίου Παναγιώτας του Δημητρίου
Α.Μ.: 7340011216008

Η ΛΥΣΗ ΤΗΣ ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ

Επιβλέποντες:

Γιαννακόπουλος Κωνσταντίνος
Γεραπετρίτης Γεώργιος
Κονδύλης Βασίλειος

Αθήνα, Δεκέμβριος 2017

Copyright © [Όνοματεπώνυμο, χρονολογία]

Με επιφύλαξη παντός δικαιώματος. All rights reserved.

Απαγορεύεται η αντιγραφή, αποθήκευση και διανομή της παρούσας εργασίας, εξ ολοκλήρου ή τμήματος αυτής, για εμπορικό σκοπό. Επιτρέπεται η ανατύπωση, αποθήκευση και διανομή για σκοπό μη κερδοσκοπικό, εκπαιδευτικής ή ερευνητικής φύσης, υπό την προϋπόθεση να αναφέρεται η πηγή προέλευσης και να διατηρείται το παρόν μήνυμα.

Οι απόψεις και θέσεις που περιέχονται σε αυτήν την εργασία εκφράζουν τον συγγραφέα και δεν πρέπει να ερμηνευθεί ότι αντιπροσωπεύουν τις επίσημες θέσεις του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών.

Περιεχόμενα

ΕΙΣΑΓΩΓΗ.....	6
ΚΕΦΑΛΑΙΟ Α: ΕΘΝΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ	12
I. Δικαίωμα των συμβαλλόμενων μερών.....	12
II. Εγγύηση του ανταγωνισμού.....	20
III. Η εφαρμογή των γενικών αρχών του ΑΚ.....	24
IV. Η ζημιογόνος πράξη της αρχής	27
ΚΕΦΑΛΑΙΟ Β: ΕΥΡΩΠΑΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ	30
I. Το πρωτογενές δίκαιο.....	31
II. Το παράγωγο δίκαιο.....	45
III. Η διακριτική ευχέρεια καταγγελίας και η τροπή σε υποχρέωση.....	59
IV. Η ευχέρεια των κρατών μελών	68
ΕΠΙΛΟΓΟΣ	73
ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ	75
ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ.....	80

ΣΥΝΤΟΜΟΓΡΑΦΙΕΣ

ΑΚ	Αστικός Κώδικας
ΑΠ	Άρειος Πάγος
Βλ.	Βλέπε
Γνωμ.	Γνωμοδότηση
ΔΕΕ	Δίκαιο Επιχειρήσεων και Εταιρειών (περιοδ.)
ΔΕΚ (νυν ΔΕΕ)	Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (νυν Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης)
Δεφ	Διοικητικό Εφετείο
ΔηΣΚΕ	Δημόσιες Συμβάσεις και Κρατικές Ενισχύσεις (περιοδ.)
Διδικ	Διοικητική Δίκη (περιοδ.)
ΕΔΔΔΔ	Επιθεώρηση Δημοσίου Δικαίου Διοικητικού Δικαίου (περιοδ.)
ΕΕΥΡΔ	Ελληνική Επιθεώρηση Ευρωπαϊκού Δικαίου (περιοδ.)
ΕΟΚ	Ευρωπαϊκή Οικονομική Κοινότητα
ΕφημΔΔ	Εφημερίδα Δημοσίου Δικαίου (περιοδ.)
ΘΠΔΔ	Θεωρία και Πράξη Διοικητικού Δικαίου (περιοδ.)
ΚΔΔ/σίας	Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας (ν. 2690/1999)
ΚΔΔ	Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας (ν. 2717/1999)
ν.	Νόμος
ΚΠολΔ	Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας
ΝΔΕ	Νομολογία Δημοσίων Έργων (περιοδ.)
ΝοΒ	Νομικό Βήμα (περιοδ.)
Ολ.	Ολομέλεια
ΠΕΚ	Πρωτοδικείο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων

Πρβλ.	Παράβλεπε
ΣτΕ	Συμβούλιο της Επικρατείας
ΣτΕ ΕΑ	Επιτροπή Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας
ΤοΣ	Το Σύνταγμα (περιοδ.)
PPLR	Public Procurement Law Review (περιοδ.)
SSRN	Social Science Research Network (ιστότοπος)

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Η παρούσα εργασία πραγματεύεται το ζήτημα της πρόωρης λύσης της δημόσιας σύμβασης, ήτοι του τερματισμού της έννομης σχέσης μιας δημόσιας σύμβασης έργου, προμήθειας, παροχής υπηρεσίας ή εκπόνησης μελέτης, η οποία λαμβάνει χώρα παρεκκλίνοντας από την ομαλή πορεία της και πριν την ολοκλήρωση του συμβατικού αντικειμένου.

Το αντικείμενο της εργασίας διχοτομείται προς το σκοπό της μελέτης και εξετάζεται αμφιμερώς, υπό δύο σκοπιές, αφενός του εθνικού μας δικαίου, αφετέρου του ευρωπαϊκού δικαίου, διαμορφώνοντας κατ' αυτόν τον τρόπο τα δύο βασικά κεφάλαια της εργασίας. Η διμερής αυτή διάκριση, η οποία διαπνέει όλο το πνεύμα της εργασίας, είναι ηθελημένη. Στόχος της είναι η ανάδειξη της προβληματικής του διαφορετικού προσανατολισμού των δύο εννόμων τάξεων αναφορικά με το στάδιο εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης και την εν γένει αντίληψη του συμβατικού δεσμού. Συγκεκριμένα, ενώ η εθνική έννομη τάξη, όντας προσανατολισμένη περισσότερο σε μία συμβατική λογική, αντιλαμβάνεται την πρόωρη λύση ως μέσο διασφάλισης των εκατέρωθεν συμφερόντων και δικαιωμάτων των συμβαλλόμενων μερών, την ίδια στιγμή η κοινοτική έννομη τάξη, όντας προσανατολισμένη στη δημιουργία της ενιαίας, χωρίς εσωτερικά σύνορα, αγοράς, αντιμετωπίζει την πρόωρη λύση ως εγγύηση του ελεύθερου κι ανόθευτου ανταγωνισμού.

Πράγματι όπως και σε άλλες ευρωπαϊκές έννομες τάξεις¹, έτσι και στην ελληνική, είναι βαθιά ριζωμένη η αντίληψη της σχετικότητας των συμβατικών σχέσεων όσον αφορά το στάδιο που έπεται της συνάψεως της διοικητικής σύμβασης και κατ' επέκταση τη λύση της σύμβασης για λόγους που αφορούν αποκλειστικά τα συμβαλλόμενα μέρη. Το γεγονός αυτό έχει διττή εξήγηση. Οφείλεται αφενός στις ισχυρές ιστορικές αστικοδικαϊκές καταβολές που επικράτησαν στη χώρα μας για πολλά χρόνια. Σύμφωνα με αυτές μέχρι το έτος 1983 και την ολοκλήρωση της

¹ Βλ. R. Williams, "Remedying a Breach of Community Law: the Judgment in Joined Cases C-20/01 and C-28/01, Commission v Germany" (2003) 12 P.P.L.R. 5, NA109, βλ. Επίσης M. Niestedt, Penalties Despite Compliance? A Note on Case C-503/04, Commission v Germany (2005) 14 P.P.L.R. NA164, ομοίως και S. Treumer, Towards an obligation to terminate contracts concluded in breach of the E.C. Public procurement rules - the end of the status of concluded public contracts as sacred cows, P.P.L.R. (2007), σ. 381, με αναφορά, ωστόσο, στις νομολογιακές προσπάθειες της Γαλλίας και της Δανίας

δικαιοδοσίας των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων με τον ν. 1406/1983, το σύνολο των διαφορών που προέκυπταν από τη συμβατική δράση της Δημόσιας Διοίκησης, με εξαίρεση το έλεγχο της νομιμότητας των λεγόμενων αποσπαστών πράξεων, υπαγόταν στη δικαιοδοσία των πολιτικών δικαστηρίων². Η δικονομική αυτή αντιμετώπιση είχε ως αποτέλεσμα να μην αναγνωρίζεται από τα πολιτικά δικαστήρια η διοικητική σύμβαση ως ιδιαίτερη νομική κατηγορία³. Αφετέρου τα δικονομικά παράδοξα του έννομου καθεστώτος εκτέλεσης των διοικητικών συμβάσεων που επικράτησαν νομολογιακά, με την άρνηση χαρακτηρισμού των μονομερών ή συμβατικών πράξεων της αναθέτουσας αρχής, περί της εκτέλεσης ή τροποποίησης συμβατικών όρων, ως εκτελεστών διοικητικών πράξεων, δημιούργησαν ένα είδος «ασυλίας» του συμβατικού δεσμού απέναντι σε τρίτα πρόσωπα, περιορίζοντας αυτά απλώς στη δυνατότητα προσβολής των λεγόμενων αποσπαστών διοικητικών πράξεων με αίτηση ακύρωσης⁴. Με τον τρόπο αυτό, λόγω της απουσίας για πολλά έτη⁵, δικονομικής δυνατότητας των θιγόμενων τρίτων να προσβάλουν με αίτηση ακύρωσης ή προσφυγή, πράξεις που λαμβάνουν χώρα κατά την εκτέλεση της σύμβασης, ενισχύθηκε η παραδοσιακή αντίληψη του εθνικού δικαίου.

Συνεπώς, λόγω των ανωτέρω, συμπεραίνει κανείς πως τη στιγμή που για το εθνικό μας δίκαιο η εκτέλεση της διοικητικής σύμβασης παραδοσιακά νοείται καταρχήν ως «ιδιωτικό ζήτημα των συμβαλλομένων»⁶, σε συνδυασμό με τις ατελείς δικονομικές εγγυήσεις των τρίτων μη συμβαλλόμενων ανταγωνιστών, μία ενδεχόμενη πρόωρη λύση αυτής λειτουργεί περισσότερο ως εγγύηση των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλόμενων μερών. Εξάλλου, πέραν των ανωτέρω, λόγω της ταυτότητας της έννοιας της διοικητικής σύμβασης με την εξυπηρέτηση του δημόσιου συμφέροντος, είναι κάτι παραπάνω από σύνηθες η

² Βλ. Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Εκδόσεις Α.Ν. Σάκκουλα, 5η έκδοση, Αθήνα-Κομοτηνή, 2004, αρ. 757

³ Βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία του Ελεύθερου Ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των Διοικητικών Συμβάσεων, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα Αθήνα- Κομοτηνή, 2006, σελ. 5

⁴ Βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία ... ό.π., σελ. 613 επ.

⁵ Η αναγνώριση του έννομου συμφέροντος τρίτων οικονομικών φορέων να ζητήσουν την επίλυση διαφορών, που γεννώνται από την εφαρμογή της νομοθεσίας των διοικητικών συμβάσεων έλαβε χώρα για πρώτη φορά στην ελληνική νομοθεσία με την προσθήκη του άρθρου 51 παρ. 3 του Ν. 3859/2008 στο άρθρο 1 παρ. 1 εδ. .. του Ν. 1406/1983.

⁶ Βλ. Σ. Φλογαίτη, Η Διοικητική σύμβαση. Έννοια και φύση, εκδ. Α.Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 1991, 83

εθνική έννομη τάξη να προωθεί τη σχετικότητα των επιβαλλόμενων κυρώσεων αποφεύγοντας τη λύση των συμβάσεων και επιδιώκοντας αντ' αυτής τη σταθερότητα και τη συνέχιση των συμβατικών δεσμών.

Απεναντίας, το κοινοτικό δίκαιο διαφοροποιείται σθεναρά από το εθνικό. Με στόχο την αφετηρία της κατάργησης των εσωτερικών συνόρων των κρατών μελών και τη δημιουργία ενιαίας αγοράς της Ευρώπης, επιδιώκει την προστασία του ελεύθερου κι ανόθευτου ανταγωνισμού και τη διασφάλιση των συμφερόντων των τρίτων μη συμβαλλόμενων ανταγωνιστών, προτάσσοντας, εν αντιθέσει με την εσωτερική έννομη τάξη, το δόγμα της «απόλυτης ακυρότητας» σε περιπτώσεις παραβάσεων του κοινοτικού ανταγωνισμού .

Ωστόσο, ο δρόμος για την προστασία του ανταγωνισμού κατά το στάδιο εκτέλεσης και η έσχατη εγγύηση αυτού δια της λύσεως της δημόσιας σύμβασης δεν ήταν στρωμένος πάντοτε με ροδοπέταλα. Χρειάστηκε αρκετός χρόνος προκειμένου να γίνει κατανοητό, νομολογιακά στην αρχή⁷, ότι το άνοιγμα στον ανταγωνισμό οφείλει να διέπει όχι μόνο αποκλειστικά το στάδιο κατάρτισης της δημόσιας σύμβασης, αλλά και το στάδιο εκτέλεσης. Κρίνοντας σκόπιμη μία σύντομη ιστορική αναδρομή, παρατηρούμε πως αρχικώς υπήρχε η αντίληψη ότι το ενωσιακό δίκαιο προσανατολιζόμενο περισσότερο στη ρύθμιση του προσυμβατικού σταδίου, άφηνε ελεύθερη την εθνική έννομη τάξη να αποφασίζει για την τύχη των συμβάσεων που είχαν ήδη συναφθεί. Συγκεκριμένα με τη ρύθμιση των «δικονομικών» οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ προβλέφθηκε η δυνατότητα⁸ κατά την ενσωμάτωση των κρατών μελών μη ακύρωσης της συναφθείσας σύμβασης και του περιορισμού των συνεπειών της παράβασης των κανόνων του κοινοτικού δικαίου σε αξιώσεις αποζημίωσης. Πράγματι, στη βάση αυτή, παρατηρήθηκε πως πολλά κράτη μέλη⁹ με

⁷ Βλ. την απόφαση της 29.04.2004 του ΔΕΚ, υπόθεση C-496/99, CAS Succhi di Frutta,, Συλλογή 2004, I-3801

⁸ Βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία ..., ό.π., σελ. 120-123, όπου επισημαίνεται ότι η εν λόγω επιλογή του κοινοτικού νομοθέτη ισοδυναμεί στην πραγματικότητα μόνο με τη χορήγηση στα κράτη μέλη επιλογής περί της ακύρωσης ή μη συναφθείσας δημόσιας σύμβασης, όταν η ακύρωση φαίνεται να μην έχει κανένα ωφέλιμο αποτέλεσμα ως προς την προστασία του ανταγωνισμού κι όχι με την αναίρεση της δυνατότητας ακύρωσης μετά τη σύναψη της σύμβασης εκεί όπου κρίνεται απαραίτητο

⁹ βλ. Ε. Πρεβεδούρου, Προβλήματα εφαρμογής της δικονομικής οδηγίας 89/665/ΕΟΚ: Τα αρμόδια για την παροχή έννομης προστασίας όργανα στο πλαίσιο της συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, ΕΔΔΔ 1999, σελ. 747 επ..

παράδοση ρύθμισης του μετασυμβατικού σταδίου εμπνευσμένη από το ιδιωτικό δίκαιο και ισχυρή την αντίληψη του *pacta sunt servanda*¹⁰, θέσπισαν νομοθετικά την «ασυλία» της σύμβασης μετά τη σύναψη, περιορίζοντας τη προστασία των τρίτων θιγόμενων οικονομικών φορέων σε αξιώσεις αποζημίωσης.

Εντούτοις, παρά την απουσία ειδικών ρυθμίσεων του νομοθέτη της Ένωσης περί του ζητήματος της λύσης της δημόσιας σύμβασης, το κενό της νομοθεσίας ήρθε να καλύψει η νομολογία του Δικαστηρίου και η εφαρμογή του πρωτογενούς δικαίου των Ευρωπαϊκών Συνθηκών. Ειδικότερα, με μία σειρά αποφάσεων το ΔΕΚ κατέστησε σαφές ότι τη στιγμή που το άνοιγμα στον ανταγωνισμό αφορά εξίσου το στάδιο εκτέλεσης, οι θεμελιώδεις αρχές του πρωτογενούς δικαίου και συγκεκριμένα οι αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, διέπουν अपαρέγκλιτα το σύνολο της ζωής μίας σύμβασης, η δε παραβίαση αυτών είτε κατά το χρόνο σύναψης, είτε κατά το χρόνο που έπεται αυτής, δύναται να οδηγήσει προς το σκοπό της διασφάλισης του ωφέλιμου αποτελέσματος του ανταγωνισμού στη λύση του συμβατικού δεσμού¹¹.

Μετά τα σχετικά νομολογιακά πορίσματα, δεν άργησε και το πρώτο εγχείρημα του ευρωπαϊού νομοθέτη να ρυθμίσει δια του παράγωγου δικαίου τη λύση της δημόσιας σύμβασης. Το πρώτο αυτό εγχείρημα έλαβε χώρα με τη «δικονομική» οδηγία 2007/66/ΕΚ. Με αυτήν πρώτη φορά θεσπίστηκε η υποχρέωση να κηρύσσεται ακόμη και μετά τη σύναψη του συμβατικού δεσμού, από αρμόδιο εθνικό όργανο, το ανενεργό της σύμβασης, εφόσον αυτή έχει συναφθεί κατά παράβαση συγκεκριμένων θεμελιωδών υποχρεώσεων ανοίγματος της διαδικασίας ανάθεσης στον ανταγωνισμό. Παρά το ισχύον πεδίο εφαρμογής της εν λόγω υποχρέωσης λύσης παρανόμως συναφθείσας δημόσιας σύμβασης, η σημασία της ρύθμισης αυτής κρίνεται εξαιρετικά σημαντική, καθώς σηματοδότησε το τέλος της παραδοσιακής ασυλίας της σύμβασης

¹⁰ Βλ. Kirsi- Maria Halonen, Termination of a public contract- lifting the veil on art. 73 of 2014/24 Directive, P.P.L.R. 2017, σ. 188

¹¹ Βλ. την απόφαση της 18.07.2007 του ΔΕΚ, υπόθεση C-503/04, Επιτροπή κατά Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, Συλλογή 2007, I-06153 και την απόφαση της 29.04.2004 του ΔΕΚ, υπόθεση C-496/99, CAS Succhi di Frutta,, Συλλογή 2004, I-3801

και της αδυναμίας των τρίτων ανταγωνιστών να αμφισβητήσουν ευθέως τη σύμβαση¹².

Εν συνεχεία, ο κοινοτικός νομοθέτης αντιλαμβανόμενος την αναγκαιότητα ύπαρξης ουσιαστικών κανόνων στον κοινοτικό χώρο προκειμένου για την ομοιόμορφη συμμόρφωση των κρατών μελών και την ταχεία αποκατάσταση της νομιμότητας, προχώρησε έτι περισσότερο. Συγκεκριμένα, περιλαμβάνοντας για πρώτη φορά στις διατάξεις των νέων «ουσιαστικών» οδηγιών, 2014/23/ΕΕ 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ, κεφάλαιο περί της εκτέλεσης, ρύθμισε την πρόωρη λύση δημόσιας σύμβασης με τη θέσπιση της «κατ' ελάχιστον» «δυνατότητας» της αναθέτουσας αρχής να καταγγέλει συναφθείσα δημόσια σύμβαση σε τρεις ρητά καθοριζόμενες περιπτώσεις. Παρά την απουσία μέχρι σήμερα νομολογιακών δεδομένων, λόγω των εξαιρετικά νέων αυτών διατάξεων, είναι αναμφίβολη η στροφή του ενδιαφέροντος του κοινοτικού δικαίου προς το στάδιο εκτέλεσης και η εμφατική ανάδειξη της μονομερούς λύσης της σύμβασης ως μόνου κατάλληλου μέτρου προς την αποκατάσταση της κοινοτικής νομιμότητας και την εγγύηση του ανταγωνισμού.

Ωστόσο, δεν θα πρέπει να λησμονείται ότι χρειάζεται ιδιαίτερη προσοχή κατά τη χρήση της δυνατότητας των αναθετουσών αρχών να καταγγέλουν συναφθείσες δημόσιες συμβάσεις, καθότι η λύση μίας σύμβασης δεν λειτουργεί κατά λογική αναγκαιότητα ως εγγύηση του ωφέλιμου αποτελέσματος του ανταγωνισμού. Υπάρχουν αντιθέτως περιπτώσεις, υπό τις οποίες, η λύση μίας σύμβασης λειτουργεί με ανάστροφη πορεία αποτελώντας πηγή περιορισμού και νόθευσης του ανταγωνισμού. Όπως επί παραδείγματος χάρη, όταν σε σύντομο χρονικό διάστημα από τη σύναψη της σύμβασης η αναθέτουσα αρχή λύει μονομερώς, για λόγο προσχηματικό, το συμβατικό δεσμό, αμέσως δε, ξεκινά τη διαδικασία κατάρτισης νέας σύμβασης, η οποία φέροντας τα ίδια χαρακτηριστικά με την προηγούμενη, αποκλείει τον προηγούμενο ανάδοχο¹³. Συνήθως σε τέτοιες περιπτώσεις, οι οποίες δεν αποκλείεται να αποτελούν προϊόν συμπαιγνίας, στοχεύεται η ευνοϊκή μεταχείριση υποψήφιου οικονομικού φορέα, που δεν μετείχε με επιτυχία στην πρώτη

¹² Κ. Γιαννακόπουλο, Η χαμένη δικονομία των δημοσίων συμβάσεων: ακόμη μία χαμένη ευκαιρία, ΕφημΔΔ 5/2010, σελ.600-601

¹³ βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία ..., ό.π., σελ. 281-284 και 458-459

διαγωνιστική διαδικασία, αντιστρατεύοντας τους στόχους της Ένωσης. Συνεπώς, λόγω της δυνητικά διττής λειτουργίας της λύσεως της δημόσιας σύμβασης σε σχέση με τον ήδη επιτευχθέντα ανταγωνισμό, χρειάζεται ιδιαίτερη προσοχή από την αναθέτουσα αρχή επί της εξέτασης των συγκεκριμένων περιστάσεων της σύμβασης, ενώ την ίδια στιγμή η χρήση της δυνατότητας της αυτής τελεί υπό δικαστικό έλεγχο κατά τις διατάξεις του εθνικού δικαίου.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Α: ΕΘΝΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Παραδοσιακά το εθνικό μας δίκαιο, επηρεαζόμενο από τη μία στερεότυπη συμβατική λογική, αντιλαμβάνεται την εκτέλεση της διοικητικής σύμβασης και την ενδεχόμενη επακόλουθη λύση αυτής ως μία υπόθεση που αφορά περισσότερο τη ρύθμιση των εκατέρωθεν δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλόμενων μερών¹⁴. Με άλλα λόγια, το εθνικό δίκαιο ενδιαφέρεται και ρυθμίζει ρητά τις περιπτώσεις πρόωρης λύσης της σύμβασης κατά το πλείστον υπό το φως της προστασίας και των δικαιωμάτων των συμβαλλόμενων μερών **(I)**. Παρόλα αυτά, δεν λείπουν από την εθνική νομοπαραγωγή κανόνες, που εγγυώνται την προστασία του ανταγωνισμού, κατά τρόπο άμεσο, αλλά κι έμμεσο, επιβάλλοντας σε περίπτωση παραβίασης αυτών τη λύση της διοικητικής σύμβασης. Ωστόσο, παρά την ύπαρξη τέτοιων κανόνων, στο παρόν κεφάλαιο θα εξεταστεί ο προβληματισμός που ανακύπτει στην εσωτερική έννομη τάξη ως προς την αποτελεσματικότητα των ανωτέρω διατάξεων, ένεκα των εθνικών δικονομικών παραδοξοτήτων και των ιστορικών καταβολών, που έχει ως αποτέλεσμα την ανεπαρκή προστασία των τρίτων μη συμβαλλόμενων ανταγωνιστών **(II)**. Επιπλέον, θα εξεταστεί το ζήτημα της ιδιότυπης εφαρμογής των αρχών του ΑΚ στο πεδίο των διοικητικών συμβάσεων **(III)**, αλλά και νομολογιακά διαπλασθέντων αρχών του διοικητικού δικαίου, όπως η ζημιογόνος πράξη της αρχής, καθώς και η προβληματική της δυνατότητας εφαρμογής αυτών αναφορικά με την πρόωρη λύση του συμβατικού δεσμού **(IV)**.

I. Δικαίωμα των συμβαλλόμενων μερών

Παραδοσιακά, η πρόωρη λύση της διοικητικής σύμβασης στο ελληνικό δίκαιο, λόγω της επικράτησης ιδιωτικοδικαιϊκών αντιλήψεων, με βαθιές ιστορικές καταβολές και των δικονομικών παραδοξοτήτων του καθεστώτος εκτέλεσης, με την νομολογιακή καθιέρωση μιας «ιδιότυπης ασυλίας» απέναντι στους τρίτους μη συμβαλλόμενους ανταγωνιστές, συνδέθηκε όχι τόσο με την προστασία του

¹⁴ Βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία ..., ό.π., σελ. 462

ανταγωνισμού και της ορθής λειτουργίας της αγοράς, αλλά περισσότερο με την προστασία των εκατέρωθεν συμφερόντων και δικαιωμάτων των συμβαλλόμενων μερών .

Πράγματι, μεταξύ άλλων ανακυπτόντων ζητημάτων, έτσι και το ζήτημα της πρόωρης λύσης του συμβατικού δεσμού, επηρεάστηκε από τις παραδοσιακές αντιλήψεις του ιδιωτικού δικαίου σχετικά με το συμβατικό δεσμό, λόγω της μέχρι το έτος 1983 ισχύουσας δικαιοδοσίας εκδίκασης από τα πολιτικά δικαστήρια, εκτός των λεγόμενων αποσπαστών πράξεων, του συνόλου των διαφορών που γεννώνται από τη συμβατική δράση της Δημόσιας Διοίκησης¹⁵. Οι ιστορικές αυτές καταβολές, οι οποίες υπερτόνισαν τη λογική της συμβατικής αυτονομίας και της δημιουργίας μιας «μικρο- έννομης τάξης» των συμβαλλόμενων μερών, όπου ο συμβατικός δεσμός αποτελεί ένα είδος «νόμου», είχαν ως αποτέλεσμα μία διαφορετική παραδοσιακή κατανόηση της σύμβασης που συνάπτουν οι φορείς του Δημοσίου¹⁶. Η εν λόγω αντίληψη της σύμβασης στο εθνικό μας δίκαιο επιβίωσε, όπως ήταν φυσικό, ακόμη και ύστερα από την νομολογιακή παγίωση της έννοιας της διοικητικής σύμβασης και την ολοκλήρωση της δικαιοδοσίας των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων με τον Ν. 1406/1983.

Επιπλέον, παράλληλα με τις παραπάνω ιστορικές καταβολές, τα δικονομικά παράδοξα του έννομου καθεστώτος εκτέλεσης των διοικητικών συμβάσεων αφενός με την αδυναμία ευθείας προσβολής του συμβατικού δεσμού, αφετέρου με την άρνηση χαρακτηρισμού των μονομερών ή συμβατικών πράξεων της αναθέτουσας αρχής που προσβάλλουν τον ανταγωνισμό, εκτελώντας ή τροποποιώντας συμβατικούς όρους, ως εκτελεστών διοικητικών πράξεων, δυνάμεων να προσβληθούν με αίτηση ακύρωσης ή προσφυγή, από θιγόμενους τρίτους, συνέτειναν στη θωράκιση του συμβατικού δεσμού απέναντι σε τρίτα μη συμβαλλόμενα μέρη¹⁷.

¹⁵ Βλ. Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. Α.Ν. Σάκκουλα, 5^η έκδοση, Αθήνα-Κομοτηνή, 2004, αρ. 757

¹⁶ Βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία ..., ό.π., σελ. 4-5 και 27-29

¹⁷ Για την μόνη δυνατότητα των τρίτων μη συμβαλλόμενων ανταγωνιστικών να αμφισβητήσουν με αίτηση ακύρωσης τη νομιμότητα των λεγόμενων αποσπαστών πράξεων που προηγούνται ή έπονται της σύμβασης, δημιουργώντας αποκλειστικά αντικειμενικό γι' αυτούς δίκαιο και για την αδυναμία τους να αμφισβητήσουν ευθέως συμβατικούς όρους ή πράξεις

Η παραπάνω πρακτική, η οποία μολονότι αμφισβητήθηκε εντόνως θεωρητικά¹⁸, εντούτοις υποστηρίχθηκε από τη νομολογία, δημιουργώντας μίας μορφής απροσπέλαστης «ασυλίας» του συμβατικού δεσμού απέναντι σε τρίτα πρόσωπα, έθεσε σοβαρούς προβληματισμούς σχετικά με την πληρότητα της δικαστικής προστασίας των τρίτων μη συμβαλλόμενων ανταγωνιστών και τόνισε την ανάγκη αλλαγής οπτικής αναφορικά με την προστασία του ανταγωνισμού.

Συγκεκριμένα, το ελληνικό δίκαιο, στα επιμέρους διάσπαρτα σχετικά νομοθετήματα, προβλέπει ότι την πρόωρη λύση μίας διοικητικής σύμβασης μπορεί να προκαλέσουν τα συμβαλλόμενα μέρη, ήτοι τόσο η συμβαλλόμενη Διοίκηση, όσο και ο αντισυμβαλλόμενος ιδιώτης, στο πλαίσιο της εκατέρωθεν επιτήρησης της ορθής εκτέλεσης των όρων της σύμβασης και του συμφωνημένου πλαισίου αυτής.

A) Συμβαλλόμενη Διοίκηση

αα) Εκπτώση

Καταρχάς, όσον αφορά τη συμβαλλόμενη Διοίκηση, ενόψει διοικητικής κύρωσης¹⁹ και προκειμένου να διασφαλίσει την αποτελεσματικότητα της διοικητικής σύμβασης, διαθέτει τη δυνατότητα να λύσει μονομερώς το συμβατικό δεσμό, κηρύσσοντας έκπτωτο τον αντισυμβαλλόμενό της, εφόσον αυτός από την πλευρά

εκτέλεσης τέτοιων όρων λόγω της ανεπάρκειας ένδικων βοηθημάτων στην ελληνική έννομη τάξη, βλέπε με λεπτομέρεια κατωτέρω στις σελ. 18-20 της παρούσης.

¹⁸ Σχετικά με την αποτελεσματική δικαστική προστασία των συμφερόντων των τρίτων ανταγωνιστών και την προστασία του ανταγωνισμού που επιβάλλει, όχι απλά την εκ των υστέρων χορήγηση αποζημίωσης στους θιγέντες, αλλά επιτάσσει δραστικότερα μέτρα, προκειμένου για την αποκατάσταση ίσων ευκαιριών ανταγωνιστικής επιχειρηματικής δράσης, βλ. εύστοχα Σ. Βλαχόπουλο, Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας- το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα, εκδ. Α.Ν. Σάκκουλα, Αθήνα- Κομοτηνή, 1998, αρ. 210-211, ο οποίος κατά το σχολιασμό της ΕΑ ΣτΕ 355/1995 αναφέρει ότι: «τα οφέλη μίας εταιρείας από την ανάθεση ενός δημόσιου έργου δεν εξαντλούνται στον προσπορισμό οικονομικών κερδών, αλλά συνίστανται και στην αύξηση της φήμης της στην αγορά, καθώς επίσης και στην απόκτηση εμπειρίας και εξειδίκευσης (που με τη σειρά τους αποτελούν παράγοντες αποφασιστικής σημασίας για τη βιωσιμότητα και την ανάπτυξη της επιχείρησης). Όπως άλλωστε, έχει δεχθεί και το Συμβούλιο της Επικρατείας, κρίνοντας επί απόφασης αποκλεισμού από διαγωνισμό δημοσίου έργου, η οποιαδήποτε μετά το πέρας του διαγωνισμού και την τυχόν εκτέλεση του έργου ή της προμήθειας νομική ευχέρεια αποκατάστασης της περιουσιακής ζημίας, δεν συνιστά προστασία εξίσου αποτελεσματική με τη δυνατότητα της επίκαιρης συμμετοχής στο διαγωνισμό μαζί με τους άλλους διαγωνιζόμενους».

¹⁹ Περί του χαρακτήρα των διοικητικών κυρώσεων σε σχέση με τον αποδέκτη, βλ. Α. Τάχο, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. Σάκκουλα Αθήνα Θεσσαλονίκη, 2003, σελ. 578 επ., βλ. και Δ. Ράικο, Δημόσια Διοίκηση και Διαφθορά, εκδ. Σάκκουλα Αθήνα Θεσσαλονίκη, 2006, σελ. 263 επ.

του δεν εκπληρώνει διόλου ή εκπληρώνει πλημμελώς τις υποχρεώσεις που έχει αναλάβει από τη σύμβαση. Συγκεκριμένα, το δημόσιο νομικό πρόσωπο, υπό μορφή επιβολής κύρωσης, κηρύττει υποχρεωτικά έκπτωτο τον αντισυμβαλλόμενο της Διοίκησης σε ρητά καθοριζόμενες στο νόμο περιπτώσεις και ειδικότερα σε περίπτωση υπαίτιας μη ορθής εκτέλεσης της σύμβασης από μέρους του, ήτοι λόγω υπερημερίας και πλημμελούς εκπλήρωσης ή μη εκπλήρωσης των συμβατικών του υποχρεώσεων, αλλά και για επιμέρους ζητήματα της συμβατικής σχέσης (παραβίαση των υποχρεώσεων σχετικά με την τήρηση των κανόνων ασφαλείας των εργαζομένων ή της προστασίας του περιβάλλοντος ή υποχρέωσης για προσκόμιση εγγυητικής επιστολής²⁰). Καθότι δε πρόκειται για την έσχατη μορφή κύρωσης που μπορεί να επιβάλει η διοίκηση, εντασσόμενη στο πλαίσιο των άμεσων επεμβάσεων που μπορεί να επιφέρει αυτή στο συμβατικό δεσμό, καθίσταται απαραίτητο, ενόψει της δυνατότητας λήψης έτερων κυρωτικών μέτρων, να τηρείται η αρχή της αναλογικότητας²¹.

Παγίως γίνεται δεκτό, τόσο από τη θεωρία²², όσο και από τη νομολογία²³, ότι για λόγους συνεπούς τήρησης της αρχής της νομιμότητας, προκειμένου να ασκήσει το εν λόγω δικαίωμα η Διοίκηση, πρέπει αυτό να προβλέπεται ρητά είτε στο νόμο, είτε στην ίδια τη σύμβαση, δεν μπορεί αντίθετα, σε περίπτωση σιωπής, να συναχθεί από γενική αρχή ανάλογου περιεχομένου^{24,25}. Σε περίπτωση μάλιστα που προβλέπεται

²⁰ βλ. άρθρο 160, 191 Ν. 4412/2016, ομοίως προηγούμενα άρθρα 61 Ν. 3669/2008, 34 πδ 118/2007, 33 Ν. 3316/2005 που καταργήθηκαν δυνάμει του Ν. 4412/2016

²¹ Βλ. Δ. Ράϊκο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, β' έκδοση, εκδ. Α.Ν. Σάκκουλα Αθήνα Θεσσαλονίκη, 2017, σελ. 684

²² βλ. Α. Γέροντα, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, εκδ. Α.Ν. Σάκκουλα, Αθήνα Θεσσαλονίκη, 2009, σελ. 576, βλ. ομοίως Ι. Κοϊμτζόγλου, Μορφές της Απρόβλεπτης Μεταβολής των Συνθηκών Εκτέλεσης των Διοικητικών Συμβάσεων, εκδ. Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη, 1997, σελ. 260 επ.

²³ ΔεφΑθ 5458/1986, ΔεφΑθ 3731/1987 και ΣτΕ 276/1986, ΣτΕ 3046/1992, όπου σημειώνουν ότι «...η λύση με μονομερή διοικητική πράξη μιας διοικητικής σύμβασης, κατ' εφαρμογή ειδικής διάταξης νόμου, δεν θίγει την οικονομική ελευθερία, η οποία ως ατομικό δικαίωμα, επιδέχεται νομοθετικό περιορισμό»..

²⁴ βλ. Α. Γέροντα,, σελ. 576

²⁵ βλ. Σ. Φλογαίτη, Διοικητική Σύμβαση . Έννοια και φύση, εκδ. Α.Ν. Σάκκουλα, Αθήνα- Κομοτηνή, 1991, σελ. 212, σύμφωνα με τον οποίο στο ελληνικό δίκαιο μονομερής μεταβολή των όρων της σύμβασης δεν είναι δυνατή, παρά μόνο όπου προβλέπει ο νόμος. Πρβλ. ωστόσο Κ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία ..., ό.π., σελ. 469-470, όπου αναφέρει ότι κατά περίπτωση συμβαίνει να υποστηρίζεται πως σε συμβάσεις μακράς διάρκειας, εάν ο αντισυμβαλλόμενος δεν εκτελεί τα συμβατικές του υποχρεώσεις, το συμβαλλόμενο δημόσιο νομικό πρόσωπο μπορεί να λύσει μονομερώς τη σύμβαση, κηρύσσοντας τον έκπτωτο, ακόμη κι αν αυτό δεν προβλέπεται ρητά από τη σύμβαση ή τις σχετικές διατάξεις.

από διάταξη νόμου, ένεκα της σύνδεσης του εν λόγω δικαιώματος της Διοίκησης με την άσκηση δημόσιας εξουσίας, είναι άκυρος κάθε αντίθετος συμβατικός όρος που συμφωνείται από τα μέρη εκ των υστέρων²⁶.

Επιπλέον, λόγω της ιδιότητας της εν λόγω πράξης της Διοίκησης ως ατομικής εκτελεστής διοικητικής, με δυσμενείς επιπτώσεις για το συμβατικό δεσμό και τα δικαιώματα του διοικούμενου, απαιτείται, προκειμένου για τη νομιμότητά της, η εκπλήρωση της υποχρέωσης περί αιτιολογίας, καθώς και η τήρηση του συνταγματικά κατοχυρωμένου δικαιώματος της προηγούμενης ακρόασης²⁷, όπως προβλέπει το άρθρο 20 παρ. 2 του Συντάγματος, σε συνδυασμό με το άρθρο 6 παρ. 1 και 2 του ΚΔΔ/σίας. Η νομοθεσία μάλιστα, συνήθως ρυθμίζει ειδικά το δικαίωμα της διοικητικής άμυνας του διοικούμενου πριν την οριστική έκπτωση του αναδόχου, με την δυνατότητα αυτού είτε να συμμορφωθεί μετά την κοινοποίηση ειδικής πρόσκλησης της διευθύνουσας υπηρεσίας, είτε να κληθεί σε ακρόαση, εάν δεν είναι υποχρεωτική κατά τις κατ' ιδίαν διατάξεις η ανωτέρω κοινοποίηση της ειδικής πρόσκλησης. Σε κάθε περίπτωση η διοικητική του άμυνα επαυξάνεται με την δυνατότητα του αναδόχου να ασκήσει ένσταση κατά της απόφασης έκπτωσης, εκφράζοντας τις απόψεις του, προτού αυτή καταστεί οριστική²⁸.

αβ) Διάλυση

Πέραν της εκπτώσεως, η συμβαλλόμενη Διοίκηση δύναται και πάλι στο πλαίσιο της άμεσης επέμβασής της στο συμβατικό δεσμό, με πρωτοβουλία της, να διαλύσει τη διοικητική σύμβαση, κοινοποιώντας στον ανάδοχο διαταγή για οριστική διακοπή των εργασιών²⁹. Η διαταγή για οριστική διακοπή των εργασιών είναι μονομερής απευθυντέα και αναιτιώδης³⁰ πράξη, εφαρμοζόμενης εν προκειμένω κατά

²⁶ Βλ. ΣτΕ 3709/1987

²⁷ βλ. Α. Γέροντα, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, ό.π., σελ. 574

²⁸ βλ. ενδεικτικά άρθρο 160 του Ν. 4412/2016, όπως αντικατέστησε το ομοίου περιεχομένου άρθρο 61 του Ν. 3669/2008

²⁹ βλ. άρθρο 161, 192 Ν. 4412/2016, ομοίως άρθρα 62 Ν. 3669/2008, 34 Ν. 3316/2005 που καταργήθηκαν δυνάμει του Ν. 4412/2016

³⁰ Για το ζήτημα του αναιτιώδους και το κατά πόσον το δικαίωμα της Διοίκησης μπορεί να καταλήξει σε βλάβη του δημόσιου συμφέροντος, σε περιπτώσεις που η Διοίκηση παρασυρθεί σε κατάχρηση εξουσίας, βλ. επίσης Ι. Κοϊμτζόγλου, ό.π., σελ. 280, όπου επισημαίνεται ότι ασφαλιστική δικλίδα αποτελεί η δικαιολόγηση άσκησης του εν λόγω δικαιώματος από λόγους

της παραδοχής της νομολογίας³¹, αναλογικά της διάταξης του άρθρου ΑΚ 700 εδ. α', σύμφωνα με την οποία «ο εργοδότης έχει το δικαίωμα, μέχρι την αποπεράτωση του έργου να καταγγείλει οποτεδήποτε τη σύμβαση του έργου». Στην περίπτωση αυτή υπαίτιο για την λύση της διοικητικής σύμβασης δεν είναι το αντισυμβαλλόμενο της Διοίκησης μέρος, όπως στην περίπτωση της έκπτωσης, αλλά η ίδια η Διοίκηση³², πρόκειται δε για δικαίωμα που αναγνωρίζεται μόνο στη Διοίκηση και όχι στον αντισυμβαλλόμενο ιδιώτη και το οποίο πρέπει, όπως και στην περίπτωση της εκπτώσεως, με βάση της αρχή της νομιμότητας να προβλέπεται ρητώς³³. Το εξαιρετικό αυτό δικαίωμα της συμβαλλόμενης διοίκησης να λύει μονομερώς και ανυπαίτια από πλευράς του αντισυμβαλλομένου της, καταρτισμένη σύμβαση, εντάσσεται στο πλαίσιο των ιδιαίτερων προνομίων και της υπερέχουσας θέσης του φορέα του δημοσίου έναντι του αναδόχου³⁴, δικαιολογείται δε από την ανάγκη προστασίας του δημοσίου συμφέροντος, το οποίο ως έννοια δυναμική μεταβάλλεται κάθε φορά που μεταβάλλονται οι συνθήκες υπό τις οποίες τελεί η σύμβαση³⁵.

Όσον αφορά τον αναγκαίο χαρακτήρα της εν λόγω καταγγελίας, επισημαίνεται ότι το κύρος της δεν εξαρτάται από ορισμένο λόγο και ότι η εν λόγω

δημόσιου συμφέροντος, βλ. επίσης σχετικά και Α. Μανιάτη, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, εκδ. Α.Ν. Σάκκουλα Αθήνα Κομοτηνή, 2005, σελ. 203

³¹ βλ. Ι. Κοϊμτζόγλου, ο.π., σελ. 279 με παραπομπές σε νομολογία, βλ. και Α. Γέροντα, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, εκδ. Α.Ν. Σάκκουλα, Αθήνα Θεσσαλονίκη, 2009, σελ. 699 και Πρ. Παυλόπουλο στη ΝΔΕ, τ. 2, λ. 22/11, βλ. όμως και ΣτΕ 3503/2011, 1921/2008, όπου επισημαίνεται ότι εφαρμοστέες είναι οι ειδικότερες διατάξεις της οικείας νομοθεσίας για τη δημόσια σύμβαση, οι οποίες αποκλείουν την εφαρμογή της γενικότερης διάταξης ΑΚ 700.

³² βλ. Χ. Μητκίδη, Συμβάσεις Δημοσίων Έργων, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2009, σελ. 422

³³ Βλ. Ι. Κοϊμτζόγλου, ο.π., σελ. 283-284, όπου δέχεται ότι το δικαίωμα μονομερούς λύσης υφίσταται μόνο όταν προβλέπεται ρητά στο νόμο ή τη σύμβαση, ενώ δεν γίνεται δεκτή η ύπαρξη σχετικής γενικής αρχής ανάλογου περιεχομένου. Πρβλ. ωστόσο. Κ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία ..., ό.π., σελ. 460, όπου αντίθετα στο γαλλικό δίκαιο, το συμβαλλόμενο δημόσιο νομικό πρόσωπο δύναται, κατά γενική αρχή του δικαίου, ακόμη κι ελλείψει ρητής πρόβλεψης στη σύμβαση, να αποφασίζει μονομερώς τη λύση της συμβάσεως για λόγους δημοσίου συμφέροντος.

³⁴ Γνωμ. ΝΣΚ 482/2003

³⁵ βλ. Τάχο Α., Καταγγελία διοικητικής σύμβασης- κατάχρηση διοικητικής διαδικασίας, γνωμ., ΔιΔικ 1991, σελ. 1003 επ., όπου ενδιαφέρουσα η διάκριση ανάμεσα στην καταγγελία ως κύρωση και τη «συμβατική» καταγγελία. Κατά τον Τάχο, δικαιολογείται η άσκηση συμβατικής καταγγελίας ως μέσο επίτευξης του επιδιωκόμενου σκοπού, δηλαδή της προστασίας του γενικού συμφέροντος, μόνο εφόσον τελεί σε σχέση αναλογίας προς τούτου και προφανώς εφόσον υπάρχει «σπουδαίος λόγος», δηλαδή εφόσον τηρούνται οι κανόνες και οι αρχές του αστικού δικαίου. Έτσι, κατά τον Τάχο, η συμβατική καταγγελία για σπουδαίο λόγο για να είναι έγκυρη και νόμιμη, πρέπει ο λόγος να είναι υπαρκτός και όχι αόριστος υποκειμενικά, κατά την εκτίμηση του καταγγέλλοντος, να μην αντίκειται στην καλή πίστη, τα χρηστά ήθη και να μην γίνεται κατά κατάχρηση δικαιώματος.

καταγγελία μπορεί να λάβει χώρα σε οποιονδήποτε χρόνο και για οποιονδήποτε λόγο. Βέβαια, κάτι τέτοιο δε σημαίνει ότι μπορεί η αντισυμβαλλόμενη διοίκηση να θέτει πρόωρο τέλος σε μία διοικητική σύμβαση εντελώς αυθαίρετα και καταχρηστικά. Πιο ειδικά, λόγω του ότι η αναιτιώδης λύση διοικητικής σύμβασης μπορεί, υπό προϋποθέσεις ενδεχόμενης εκμετάλλευσης δεσπόζουσας θέσης ή νόθευσης του ανταγωνισμού³⁶ να καταλήξει σε βάρος του δημόσιου συμφέροντος, κρίνεται αναγκαία για τη νόμιμη άσκηση του δικαιώματος διάλυσης εκ μέρους της συμβαλλόμενης Διοίκησης η συνδρομή λόγων δημοσίου συμφέροντος. Μόνο αν η διάλυση της σύμβασης δικαιολογείται από το δημόσιο συμφέρον, και μόνο σε αυτήν την περίπτωση, η Διοίκηση ασκεί κατά καλή χρήση την διακριτική της ευχέρεια. Αντιθέτως, ελλείπει λόγων δημοσίου συμφέροντος που δικαιολογούν επαρκώς τη διάλυση της σύμβασης, η μονομερής λύση της σύμβασης καθίσταται προβληματική ως καταχρηστική και ως εκ τούτου παράνομη. Σε κάθε περίπτωση, αναφορικά με το αναιτιώδες της άσκησης του δικαιώματος διάλυσης εκ μέρους της Διοίκησης, η νομιμότητα ή μη της αιτιολογίας της λύσης της σύμβασης έχει σημασία αφενός προκειμένου να προσδιορισθεί το καθεστώς αποζημίωσης του αναδόχου³⁷, αφετέρου για να κριθεί η παραπάνω τυχόν ύπαρξη φαινομένων νόθευσης του ανταγωνισμού.

B) Αντισυμβαλλόμενος της Διοίκησης

Η διοικητική σύμβαση όμως, δύναται να λυθεί πρόωρα και κατ' ενάσκηση δικαιώματος του αντισυμβαλλόμενου της διοίκησης. Πρόκειται για τη διάλυση της σύμβασης με πρωτοβουλία του αναδόχου, η οποία οφείλεται σε υπαιτιότητα της συμβαλλόμενης Διοίκησης, και συγκεκριμένα σε παραβιάσεις συμβατικών όρων από μέρους αυτής, όπως καθυστέρηση έναρξης εργασιών, διακοπή εργασιών με πρωτοβουλία του κυρίου, υπέρβαση της οριακής προθεσμίας, καθυστέρηση

³⁶ Για το ζήτημα της καταχρηστικής λύσης ως πηγή νόθευσης του ελεύθερου ανταγωνισμού, όταν επέρχεται πολύ σύντομα σε σχέση με τη σύναψη της σύμβασης, βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, ό.π., σελ. 283

³⁷ βλ. Ι. Κίτσο, Η διάλυση σύμβασης εκτέλεσης δημόσιου έργου κατά την ισχύουσα νομολογία, ΘΠΠΔ 2014, σελ. 712

πληρωμών³⁸. Πρόκειται για διαδικασία που υπόκειται σε πολλές λεπτομερείς διατυπώσεις και συγκεκριμένες προθεσμίες, λόγω της υπερέχουσας θέσης της αντισυμβαλλόμενης Διοίκησης και της σημασίας της δημόσιας σύμβασης για την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος³⁹. Σε όλες τις περιπτώσεις διάλυσης της σύμβασης με υπαιτιότητα της Διοίκησης, ακολουθεί η αποζημίωση του αναδόχου από το αντισυμβαλλόμενο δημόσιο νομικό πρόσωπο κατά τις κείμενες διατάξεις⁴⁰, ενώ η καθιέρωση του ειδικού τρόπου αποζημίωσης, κατ' απόκλιση των διατάξεων που αφορούν τις ιδιωτικές συμβάσεις δεν παραβιάζει τη συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή της ισότητας, καθότι δικαιολογείται από τις ειδικές συνθήκες υπό τις οποίες τελεί μία διοικητική σύμβαση, ενόψει αφενός του δημόσιου σκοπού της, αφετέρου της γνώσης του εν λόγω καθεστώτος από την πλευρά του ιδιώτη αναδόχου πριν ανατεθεί σε αυτόν η σύμβαση⁴¹.

Τέλος, αξίζει να σημειωθεί πως ο νόμος ρυθμίζει τη ματαίωση της διάλυσης της σύμβασης, που έχει επέλθει με έναν από τους παραπάνω τρόπους, εφόσον θεραπεύονται οι πλημμέλειες και συμφωνεί σε αυτό ο ανάδοχος. Στην περίπτωση αυτή και αφού ο ανάδοχος αποζημιωθεί για τις θετικές ζημίες τις οποίες υπέστη, η σύμβαση επαναφέρεται εντός του συμβατικού πεδίου⁴². Πρόκειται για μία ακόμη εθνική ρύθμιση ενδεικτική του προαναφερθέντος χαρακτήρα της σχετικότητας που προσδίδει το εθνικό μας δίκαιο στη λύση του συμβατικού δεσμού, ενόψει της επιδιωκόμενης προάσπισης των συμφερόντων των μερών.

³⁸ βλ. άρθρο 161, 192 Ν. 4412/2016, ομοίως άρθρα 62 Ν. 3669/2008, 34 Ν. 3316/2005 που καταργήθηκαν δυνάμει του Ν. 4412/2016

³⁹ Ενδεικτικά ΣτΕ 651/2006, όπου μεταξύ άλλων αναφέρει ότι «...η υποβολή από τον ανάδοχο της ειδικής δήλωσης διακοπής εργασιών του έργου με υπαιτιότητα του κυρίου του έργου, και η διακοπή από αυτόν εργασιών, δεν τον απαλλάσσει από τις λοιπές συμβατικές του υποχρεώσεις, μεταξύ των οποίων είναι η διατήρηση σε ετοιμότητα του αναγκαίου για την εκτέλεση του έργου προσωπικού, εφόσον, πάντως, δεν έχει γίνει αποδεκτή η δήλωση από την διευθύνουσα το έργο υπηρεσία και δεν έχει επέλθει η διάλυση της σύμβασης».

⁴⁰ βλ. άρθρο 163 και 194 Ν. 4412/2016

⁴¹ βλ. για τον ειδικό τρόπο υπολογισμού αποζημίωσης ενδεικτικά ΣτΕ 1918/1993 και Δεφ Αθ 424/1997

⁴² βλ. περισσότερα για την έννοια της ματαίωσης της διάλυσης σύμβασης εργολαβίας και για την επιμέτρηση αποζημίωσης των θετικών ζημιών τους αναδόχου στις γνωμοδοτήσεις ΝΣΚ 161/2003 και 377/2007

II. Εγγύηση του ανταγωνισμού

Στο εθνικό μας δίκαιο η αρχή της προστασίας του ανταγωνισμού κατοχυρώνεται στο άρθρο 106 παρ. 2 έως 4 του Συντάγματος. Οι ανωτέρω διατάξεις σε συνδυασμό με τις διατάξεις των άρθρων 4 παρ. 1, 5 παρ. 1 και 3, 17 και 25 παρ. 1 του Συντάγματος διαμορφώνουν ένα πλέγμα κανόνων από το οποίο προκύπτει ένα εξίσου αντιμονοπωλιακό, όσο και παρεμβατικό κρατικό πνεύμα⁴³, προς χάριν της ορθής λειτουργίας της αγοράς. Κατά τον Α. Μάνεση δε, η οικονομική ελευθερία κατά τις παραπάνω διατάξεις εμφανίζει τον χαρακτήρα *«αντικειμενικού δικαίου και γενικής αρχής που εκφράζει, κατοχυρώνει και ταυτόχρονα οριοθετεί μία αντικειμενική κατάσταση, αυτήν του ελεύθερου ανταγωνισμού»*⁴⁴

Ενόψει και της συνταγματικής κατοχύρωσης της γενικής αρχής του ελεύθερου ανταγωνισμού, θα ήταν λάθος κανείς να υποστηρίξει ότι η εθνική έννομη τάξη εκκινεί αποκλειστικά και μόνον από τη σχετικότητα και την μικρο- έννομη τάξη των συμβαλλόμενων μερών, όσον αφορά την προβληματική της λύσης του συμβατικού δεσμού. Στην πραγματικότητα, πέραν των αστικοδικαιϊκών καταβολών, στις οποίες αναφερθήκαμε και στις οποίες οφείλεται το εκ πρώτης άποψης ενδιαφέρον του εθνικού νομοθέτη να ρυθμίσει ρητώς τη λύση μίας σύμβασης από την πλευρά των συμβαλλόμενων μερών, δεν απουσιάζουν επιμέρους διατάξεις που εγγυώνται τον ελεύθερο και ανόθευτο ανταγωνισμό.

Δια του λόγου το αληθές, η παράβαση των διατάξεων της νομοθεσίας περί του δημόσιου λογιστικού, οι οποίες κατοχυρώνουν το άνοιγμα των συμβάσεων της Δημόσιας Διοίκησης στον ανταγωνισμό επιφέρει απόλυτη ακυρότητα της σύμβασης⁴⁵.

Ομοίως, το εθνικό δίκαιο, με τις διάσπαρτες επιμέρους ρυθμίσεις του, τόσο στον τομέα των συμβάσεων των δημόσιων έργων, όσο και στον τομέα της εκπόνησης

⁴³ Βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία του Ελεύθερου Ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των Διοικητικών Συμβάσεων, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2006, σελ. 50, αλλά και σελ. 54, όπου επισημαίνεται ότι στο πλαίσιο της εθνικής έννομης τάξης η γενική αρχή προστασίας του ανταγωνισμού αναπτύσσεται πρωτίστως υπό τη μορφή θεσμικού ορίου του κρατικού παρεμβατισμού, με περαιτέρω παραπομπές

⁴⁴ Α. Μάνεση, Συνταγματικά Δικαιώματα, α' Ατομικές Ελευθερίες, Πανεπιστημιακές Παραδόσεις, δ' έκδοση, εκδ. Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη, 1982

⁴⁵ Βλ. άρθρο 135 Ν. 4270/2014, σύμφωνα με το οποίο: *«Η καθ' οιονδήποτε τρόπο παραβίαση των διατάξεων των άρθρων 129 έως και 134 επέγγεται την απόλυτη ακυρότητα της σύμβασης...»*.

μελετών και παροχής υπηρεσιών, εγγυάται την προστασία του ανταγωνισμού δια της τροπής της ευχέρειας κήρυξης του αντισυμβαλλομένου ως εκπτώτου σε υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής σε περίπτωση που συντρέχουν οι προβλεπόμενες προϋποθέσεις μη ορθής εκτέλεσης της σύμβασης. Η εν λόγω αντικειμενική υποχρέωση του δημόσιου νομικού προσώπου⁴⁶ δικαιολογείται από το γεγονός ότι η προσήκουσα τήρηση των συμβατικών όρων δεν ενδιαφέρει μόνο τα συμβαλλόμενα μέρη, αλλά συνδέεται άμεσα και με την προστασία του ίδιου του ανταγωνισμού⁴⁷. Στο ίδιο μήκος κύματος φαίνεται να κινείται και η εθνική διάταξη του άρθρου 3 του Ν. 3310/2005, περί υποχρεωτικού ασυμβίβαστου, όπως τροποποιήθηκε από τον Ν. 3414/2005, στην οποία προβλέπεται υποχρεωτική έκπτωση του αναδόχου, εφόσον συντρέχουν στο πρόσωπό του τα ασυμβίβαστα του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος⁴⁸.

Κοινό χαρακτηριστικό των ανωτέρω διατάξεων και γενικά των διατάξεων περί προστασίας του ανταγωνισμού είναι η προώθηση του απόλυτου «δόγματος ακυρότητας»⁴⁹. Γίνεται δηλαδή δεκτό, ότι στην περίπτωση παραβίασης εθνικών διατάξεων που προστατεύουν τον ανταγωνισμό, λόγω της στενής θεσμικής συνάρτησης ανταγωνισμού και νομιμότητας, αλλά και της ανάδειξης της προστασίας του ανταγωνισμού ως θεμελιώδους συνταγματικού δικαιώματος, επιβάλλεται η ακύρωση της σύμβασης και η διενέργεια νέας ανταγωνιστικής διαδικασίας σε περίπτωση παραβίασης των εν λόγω διατάξεων. Το αποτέλεσμα της ακύρωσης της παράνομης κατ' αυτό τον τρόπο σύμβασης κρίνεται μάλιστα ως απόλυτα επιβεβλημένο, εκτός κι εάν κάτι τέτοιο εκ των πραγμάτων στην εξεταζόμενη in

⁴⁶ Χαρακτηριστική και αντιπροσωπευτική στο σημείο αυτό και η κρίση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών στην υπ' αριθμ. 2762/1988 απόφαση, σύμφωνα με την οποία κρίθηκε ότι το συμβαλλόμενο δημόσιο νομικό πρόσωπο δεν μπορεί, αντί της κήρυξης της έκπτωσης, να επιδιώξει με διαπραγματεύσεις την τροποποίηση όρου της ειδικής συγγραφής υποχρεώσεων, «... διότι τέτοια διαπραγμάτευση δεν προβλέπεται από τον νόμο, θα ήταν δε άλλωστε αντίθετη με τις διατάξεις που ρυθμίζουν τη διαδικασία διενέργειας της δημοπρασίας, αφού από μία τέτοια διαπραγμάτευση θα αποκλείονταν κατ' ανάγκη οι άλλοι εργολήπτες που έλαβαν μέρος στο διαγωνισμό και αποκλείστηκαν».

⁴⁷ Βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία..., ό.π., σελ. 471

⁴⁸ βλ. σχετικές ΣτΕ Ολ. 3470/2011 και ΔΕΚ 16.12.2008, υπόθεση C-213/07, Μηχανική, Συλλογή 2008, I-09999

⁴⁹ βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία..., ό.π. σελ. 114-115, όπου επισημαίνεται ότι η νόθευση του ανταγωνισμού αποτελεί ιδιαίτερα σοβαρή παραβίαση της αρχής της νομιμότητας, ώστε η κάλυψή της, ενόψει της ανάγκης συνέχισης της σύμβασης, να είναι δύσκολη και ότι οι εθνικές διατάξεις περί προστασίας του ανταγωνισμού φαίνεται να δικαιολογούν το απόλυτο δόγμα ακυρότητας, με περαιτέρω παραπομπές

concreto περίπτωση σύμβασης δεν αναμένεται να έχει ωφέλιμο αποτέλεσμα για την προστασία του ανταγωνισμού⁵⁰. Με άλλα λόγια, όριο προστασίας του ανταγωνισμού και άξονας για την πορεία της δράσης σε περίπτωση παραβίασης διατάξεων που ευθέως έχουν θεσπιστεί προς χάριν προστασίας του ανταγωνισμού, δεν είναι η προστασία της υποκειμενικής κατάστασης των συμβαλλόμενων μερών, όπως προτάζει το πνεύμα του παραδοσιακού συμβατικού δεσμού, αλλά η εξυπηρέτηση του δημόσιου σκοπού της σύμβασης, σε σχέση με τη δυνατότητα της αποτελεσματικότερης αποκατάστασης της ορθής λειτουργίας της αγοράς⁵¹.

Πλην όμως, παρά τη θέσπιση εθνικών διατάξεων που χαιρετίζουν και εγγυώνται τον ελεύθερο ανταγωνισμό και μάλιστα κατά τρόπο απόλυτο, προβληματισμός δημιουργείται αναφορικά με την πρακτική αποτελεσματικότητα των εν λόγω διατάξεων αναφορικά με την προστασία των τρίτων μη συμβαλλόμενων ανταγωνιστών. Διότι, όπως σε πολλές ευρωπαϊκές έννομες τάξεις⁵², έτσι και στην ελληνική, είναι μακροχρόνια η παράδοση της «ασυλίας» της συναφθείσας σύμβασης έναντι των τρίτων ανταγωνιστών, ασυλία η οποία σχετίζεται με τη δυσκολία προσαρμογής των παραδοσιακών θεωρητικών και νομολογιακών αντιλήψεων στην ανάγκη προστασίας του ανταγωνισμού κατά το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης.

Ιδίως στη χώρα μας η δυσκολία έγκειται τόσο στις παραδοσιακές αστικοδικαιϊκές αντιλήψεις που έχουν επικρατήσει από παλιά και μέχρι την ολοκλήρωση της δικαιοδοσίας των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων με τον ν. 1406/1983, όσο και στην παρωχημένη διχοτόμηση των διοικητικών διαφορών σε ακυρωτικές και ουσίας. Κι αυτό διότι, ενόψει του δικονομικού δυϊσμού, όσον αφορά την εκτέλεση της διοικητικής σύμβασης, πρόσβαση στο δικαστή της σύμβασης είχαν μέχρι πρότινος, μόνο τα συμβαλλόμενα μέρη. Αντιθέτως, οι τρίτοι μη συμβαλλόμενοι ανταγωνιστές, εδύναντο να αμφισβητήσουν μόνο με αίτηση ακύρωσης πράξεις, οι

⁵⁰ Όπως επί παραδείγματος χάρη αν πιθανολογείται σοβαρά πως ενόψει της προόδου εκτέλεσης της συναφθείσας σύμβασης η επανάληψη της διαδικασίας κατάρτισης δεν είναι οικονομικά συμφέρουσα, ή ότι στην προκειμένη δεν πρόκειται να δώσει την ευκαιρία ανάπτυξης ενός πραγματικού και αποτελεσματικού ανταγωνισμού

⁵¹ βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, *Η προστασία...*, ό.π. σελ. 123-124

⁵² Βλ. R. Williams, "Remedying a Breach of Community Law: the Judgment in Joined Cases C-20/01 and C-28/01, *Commission v Germany*" (2003) 12 P.P.L.R. 5, NA109, βλ. Επίσης M. Niestedt, *Penalties Despite Compliance? A Note on Case C-503/04, Commission v Germany* (2005) 14 P.P.L.R. NA164

οποίες μπορούσαν να θεωρηθούν αποσπαστές της σύμβασης, δημιουργώντας αποκλειστικά αντικειμενικό γι' αυτούς δίκαιο, σε κάθε δε περίπτωση δεν είχαν τη δυνατότητα να αμφισβητήσουν ευθέως τη σύμβαση ή επιμέρους συμβατικούς όρους ή πράξεις εκτέλεσης τέτοιων όρων. Το πρακτικό αυτό πρόβλημα το οποίο προέκυπτε από την ανεπάρκεια ένδικων βοηθημάτων στην ελληνική έννομη τάξη και είχε σαν αποτέλεσμα οι τρίτοι μη συμβαλλόμενοι ανταγωνιστές να μη διαθέτουν κατά πράξεων εκτέλεσης της όρων της σύμβασης ούτε το ένδικο βοήθημα της αίτησης ακύρωσης, ούτε της προσφυγής, στερούσε από αυτούς τη δυνατότητα να ελέγχουν και να παρακολουθούν την ορθή εκτέλεση της σύμβασης.

Η εν λόγω απόλυτη ασυλία, παρότι είχε αμφισβητηθεί στη θεωρία⁵³, πρωτοστατούσε ως πρώτη επιλογή της νομολογίας⁵⁴, περιορίστηκε σημαντικά με την προσθήκη της παρ. 3 του άρθρου 51 του Ν. 3659/2008 στον Ν. 1406/1983⁵⁵. Η εν

⁵³ Βλ. για την προβληματική της διχοτόμησης μεταξύ προσυμβατικού σταδίου και σταδίου εκτέλεσης, για το απαράδεκτο άσκησης αίτησης ακύρωσης και προσφυγής από τους τρίτους μη συμβαλλόμενους κατά των συμβατικών όρων και των πράξεων εκτέλεσης αυτών των όρων και την ανάγκη μεταστροφής της ελληνικής νομολογίας για τη διασφάλιση αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας των τρίτων βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία ..., ό.π., σελ. 646 επ.

⁵⁴ βλ. ενδεικτ. ΣτΕ 2685/2010, 3010/2009, που ακολουθούν την πάγια θέση της νομολογίας του ΣτΕ, το οποίο, λόγω του ότι εναντιωνόταν στην ευθεία προσβολή της σύμβασης από τρίτους μη συμβαλλόμενους, επιστράτευσε τη θεωρία προσβολής των αποσπαστών πράξεων, ώστε να διασώσει το κύρος των αιτήσεων ακύρωσεως που στρέφοντας ευθέως κατά των διοικητικών συμβάσεων. Ωστόσο, για τις αδυναμίες αυτού του μορφώματος δικαστικής προστασίας των τρίτων μη συμβαλλόμενων ανταγωνιστών βλ. σχετικά Κ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία ..., ό.π., σελ. 682-688.

Επιπλέον, βλ. τη σημαντική για την εποχή της, ρηξικέλευθη, απόφαση ΣτΕΟλ 1908/2001, που κατ' εξαίρεση έκρινε ότι ρήτρα διοικητικής σύμβασης, που διαλαμβάνει ρύθμιση που αποκλίνει από την κατακυρωτική απόφαση, μπορεί ευθέως να προσβληθεί με αίτηση ακύρωσης ως εκτελεστή ατομική διοικητική πράξη που αποσπάται από τη σύμβαση και ότι εταιρία, η οποία είχε ανεπιτυχώς συμμετέχει στο διαγωνισμό, δικαιούται να ζητήσει από τη Διοίκηση την τήρηση του καθεστώτος, υπό το οποίο ο διαγωνισμός διεξήχθη και ότι παραδεκτώς επιδιώκει την ακύρωση του όρου της σύμβασης. Βλ. ομοίως την άποψη της μειοψηφήσασας γνώμης στην υπ' αριθμ. 1923/2002 απόφαση του ΣτΕ, αναφορικά με τη σημασία της προστασίας του ανταγωνισμού κατά το στάδιο εκτέλεσης, σύμφωνα με την οποία *«άποψη, που θεωρεί την τροποποίηση όρων της διοικητικής σύμβασης κατά το στάδιο της εκτέλεσής της ως ιδιωτικό ζήτημα των συμβαλλομένων, το οποίο ουδείς δύναται να ελέγξει, έχει ως συνέπεια να διαφεύγει κατ' ουσίαν από κάθε δικαστικό έλεγχο μία ολόκληρη κατηγορία διαφορών, εκείνη από ενδεχόμενη συμπαιγνία των συμβαλλομένων κατά το στάδιο εκτέλεσης της διοικητικής συμβάσεως, ακόμη και η καθ' ολοκληρίαν μεταβολή του συμβατικού αντικειμένου, με προφανή ζημία του δημόσιου συμφέροντος, αλλά και των πολιτών που έχουν το προς τούτο έννομο συμφέρον»*.

⁵⁵ Σύμφωνα με το 51 παρ. 3 του Ν. 3859/2008 περιλήφθηκαν ως διοικητικές διαφορές ουσίας, υπαγόμενες στην αρμοδιότητα των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων, κατ' ερμηνεία, όλες οι διαφορές που ανακύπτουν κατά την αμφισβήτηση νομιμότητας ατομικών διοικητικών πράξεων, που εκδίδονται μετά την κατάρτιση της σύμβασης, έχουν ως αιτία τη σύμβαση και αφορούν την ερμηνεία, εκτέλεση, τροποποίηση και λύση αυτής, ανεξάρτητα από την ιδιότητα εκείνου που ασκεί το ένδικο βοήθημα.

λόγω δικονομική αλλαγή, αφενός κάλυψε μέχρι ενός ορίου το κενό στην ανωτέρω ελλειπτικότητα που παρουσίαζε μέχρι πρότινος το ελληνικό δικονομικό σύστημα⁵⁶, αφετέρου κατέστησε επαρκώς εφικτή την παρακολούθηση της ορθής εκτέλεσης από τους τρίτους της διοικητικής σύμβασης, καθ' όλο το διάστημα μέχρι την κατάλυση του συμβατικού δεσμού⁵⁷⁵⁸.

III. Η εφαρμογή των γενικών αρχών του ΑΚ

Είναι αλήθεια ότι, παρά το γεγονός ότι η Διοίκηση δρα πάντα με βάση την αρχή της νομιμότητας και ενόψει του τυπικού και λειτουργικού κριτηρίου, που προσδιορίζουν την ίδια την έννοια της διοικητικής σύμβασης, οπλίζεται δε με ξεχωριστές προνομίες επέμβασης στο συμβατικό δεσμό, προσανατολίζοντας τη δράση της πάντοτε προς την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος, εντούτοις κατά τη συμβατική της δράση αναγνωρίζει τον ιδιώτη ως συμπαραγωγό εννόμων αποτελεσμάτων⁵⁹. Για το λόγο αυτό, η διοικητική σύμβαση, στο πλαίσιο της οποίας

⁵⁶ Για συγκεντρωτική σύνοψη της ισχύουσας εθνικής διοικητικής δικονομίας των διοικητικών συμβάσεων βλ. ΣτΕ 880/2016.

⁵⁷ βλ. χαρακτηριστικά την ΣτΕ 2942/2013, όπου η αιτούσα εταιρεία, η οποία είναι τρίτη εν σχέσει προς την εν λόγω σύμβαση και αντιπρόσωπος στην Ελλάδα αλλοδαπού κατασκευαστικού οίκου ηλεκτρονικού μηχανισμού ελέγχου ταχύτητας, ισχυριζόμενη ότι η έγκριση των επιμάχων υλικών εχώρησε κατά παράβαση των όρων των συμβατικών τευχών, βάλλει παραδεκτώς κατά της ατομικής πράξης της συμβαλλόμενης Διοίκησης, εκδοθείσας στο πλαίσιο διοικητικής συμβάσεως, με την οποία έγινε δεκτός από την Διευθύνουσα το έργο Υπηρεσία ο προτεινόμενος από την ανάδοχο κοινοπραξία ηλεκτρονικός μηχανισμός ελέγχου ταχύτητας

⁵⁸ Βλ. Ε. Κουτούπα- Ρεγκάκου, Δημόσιες Συμβάσεις και Κοινοτικό δίκαιο. Διαδικασίες ανάθεσης και έννομη προστασία. Μελέτες διοικητικού δικαίου, τ. 2, Εκδόσεις Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη, 1995, 42 επ., όπου περιγράφει την τριπολική σχέση που αναπτύσσεται μεταξύ των υποκειμένων μίας ανοικτής στον ανταγωνισμό δημόσιας σύμβασης και τις έννομες σχέσεις ως εξής: « Οι έννομες αυτές σχέσεις αρχίζουν με τη δημοσίευση της προκήρυξης, βάσει της οποίας στις περισσότερες περιπτώσεις συμμετέχουν στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης περισσότεροι του ενός υποψήφιοι. Οι συμμετέχοντες στη διαδικασία αυτή, μεταβάλλουν ωστόσο νομική κατάσταση και θέση στη διάρκεια της διαδικασίας. Από την μια πλευρά ενεργούν οι αναθέτουσες αρχές, που είναι ταυτόχρονα συμβαλλόμενοι και εκπρόσωποι της δημόσιας εξουσίας και έχουν ιδιαίτερη ευθύνη τόσο για τη ορθή χρησιμοποίηση των δημόσιων κονδυλίων, όσο και για την ίση και αντικειμενική αντιμετώπιση των υποψηφίων. Από την άλλη πλευρά, βρίσκονται οι υποψήφιοι, οι οποίοι μετά την προεπιλογή ή την ανάθεση, χωρίζονται σε δύο κατηγορίες με αντίθετα συμφέροντα, τους επιτυχόντες και τους απορριφθέντες. Η τριπολική αυτή σχέση μεταξύ υποκειμένων που έχουν τους δικούς τους στόχους και τα δικά τους συμφέροντα, επηρεάζει άμεσα τη διαμόρφωση της έννομης προστασίας στο πεδίο των δημόσιων συμβάσεων και εξηγεί την γενικότερη προσοχή με την οποία οι δημόσιες αρχές αντιμετωπίζουν το ζήτημα, τόσο σε εθνικό, όσο και σε κοινοτικό επίπεδο».

⁵⁹ βλ. Π. Μουζουράκη, Η εφαρμογή των διατάξεων του ΑΚ στις Διοικητικές Συμβάσεις, σε Γενέθλιον Απόστολου Σ. Γεωργιάδη, Τόμος II, εκδ. Α. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα Κομοτηνή, 2006, σελ. 2277, με περαιτέρω παραπομπές

εντοπίζονται και συναντώνται τόσο η δήλωση βούλησης του Δημοσίου, όσο και του ιδιώτη, αποτελεί ένα φαινόμενο διαπλοκής δύο δικαϊκών κλάδων⁶⁰.

Λόγω της απουσίας στο διοικητικό δίκαιο ενός οργανωμένου πλέγματος κανόνων δικαίου που να ρυθμίζει κατά τρόπο συστηματικό τη συμβατική δραστηριότητα, από τη σύναψη μέχρι και τη λύση του συμβατικού δεσμού, αλλά και της αποσπασματικής κατ' ιδίαν ρύθμισης ζητημάτων που προκύπτουν στο πλαίσιο του συμβατικού δεσμού, η αναλογική εφαρμογή των διατάξεων του ΑΚ, εκεί όπου συναντώνται αρρυθμιστα πεδία, στο πλαίσιο της διοικητικής σύμβασης, χαιρετίζεται από την ελληνική θεωρία⁶¹ και νομολογία, παρά την άποψη των υποστηρικτών της αυτονομίας του διοικητικού δικαίου.

Πράγματι, λόγω της ανωτέρω ελλειπτικότητας που παρουσιάζει το διοικητικό δίκαιο και η οποία δημιουργεί πρόσφορο έδαφος για την αναλογική εφαρμογή αστικοδικαϊκών διατάξεων, η ανάλογη εφαρμογή της αρχής της καλής πίστης, στην οποία αναφερόμαστε εν προκειμένω, αποτελεί ένα πρακτικό εργαλείο στα χέρια του εφαρμοστή του δικαίου, καθότι αποτελώντας αόριστη νομική έννοια, μη διαθέτοντας συγκεκριμένο εννοιολογικό περιεχόμενο, του δίνει τη δυνατότητα να την συγκεκριμενοποιεί κάθε φορά με βάση τις συγκεκριμένες συνθήκες της υπό κρίση περίπτωσης. Πρόκειται δε για μία αρχή η οποία επιτάσσει ένα ελάχιστο μέτρο σεβασμού, εντιμότητας και ευπρέπειας στις συναλλαγές, αποσκοπώντας στην εξισορρόπηση αντιτιθέμενων συμφερόντων, ώστε να μην προκαλούνται υπέρμετρες αδικίες σε βάρος του ενός από τα συμβαλλόμενα μέρη. Άλλωστε, η αρχή της καλής πίστης αποδίδει κατά την ανωτέρω έννοια, μία γενική αρχή του δικαίου, η εφαρμογή της οποίας προσήκει σε όλη την έκταση του δικαϊκού μας χώρου⁶².

⁶⁰ βλ. Π. Μουζουράκη, Η εφαρμογή ... ό.π.

⁶¹ Για τις τρεις απόψεις που έχουν υποστηριχθεί σχετικά με τον τρόπο που εφαρμόζονται οι αρχές του ΑΚ στις διοικητικές συμβάσεις σε περίπτωση ύπαρξης κενού της σχετικής νομοθεσίας βλ. Π. Μουζουράκη, Η εφαρμογή των διατάξεων ..., ό.π., σελ. 2286, υποσημ. 32. Πρβλ. ωστόσο και Απ. Γέροντα/ Π. Παυλόπουλο, Η ευθύνη από τις διαπραγματεύσεις στο πλαίσιο των διοικητικών συμβάσεων, γνωμοδότηση, ΝοΒ 1987, 703, όπου γίνεται δεκτό ότι διατάξεις του ΑΚ τυγχάνουν εφαρμογής στις διοικητικές συμβάσεις μόνο κατά την κατάρτιση της σύμβασης, αντιθέτως, απομακρύνεται η διοικητική σύμβαση από το καθεστώς των διατάξεων του ΑΚ κατά το στάδιο εκτέλεσης, διότι κατά το στάδιο αυτό εμφανίζονται τα προνόμια του συμβαλλόμενου Νομικού Προσώπου Δημοσίου Δικαίου, που διαταράσσουν την ισορροπία μεταξύ των συμβαλλόμενων και δίνουν στη διοικητική σύμβαση τον δημοσίου δικαίου χαρακτήρα της.

⁶² βλ. Π. Μουζουράκη, Η εφαρμογή των διατάξεων ..., ό.π., σελ. 2282

Τα άρθρα 173, 200, 281, 288 και 388 του Αστικού Κώδικα εξειδικεύουν την αρχή της καλής πίστης. Περισσότερο ενδιαφέρουσα σχετικά με το αντικείμενο της παρούσας εργασίας είναι η διερεύνηση της αναλογικής εφαρμογής στο χώρο της διοικητικής σύμβασης των άρθρων 173, 200, 288 και 388 ΑΚ και της προβληματικής του κατά πόσο μία τέτοια ανάλογη εφαρμογή θα μπορούσε να επιφέρει υπό προϋποθέσεις τη λύση της σύμβασης. Ως προς το ζήτημα αυτό η νομολογία απαντά καταφατικά⁶³, καθότι κοινός στόχος των ανωτέρω διατάξεων είναι η διαφύλαξη της οικονομικής ισορροπίας της σύμβασης μεταξύ των εμπλεκόμενων μερών και της ισορροπίας της παροχής με την αντιπαροχή, παρά τις μεταβαλλόμενες απρόοπτες συνθήκες, η τύχη των οποίων δεν είχε ρυθμιστεί εκ των προτέρων από τη διακήρυξη.

Ωστόσο, παρά την εν θερμώ αποδοχή από τη νομολογία της αναλογικής εφαρμογής των ανωτέρω αστικολογικής προέλευσης αρχών και κανόνων στο χώρο της διοικητικής σύμβασης, απομονωμένα ιδωμένη η εφαρμογή αυτή που μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα τη λύση της διοικητικής σύμβασης από το διοικητικό δικαστή δημιουργεί σίγουρα προβληματισμό. Πράγματι, λόγω του ουδέτερου χαρακτήρα των εν λόγω διατάξεων του ΑΚ, που μπορούν να τύχουν εφαρμογής ως δικαιώματα εκατέρωθεν των συμβαλλόμενων μερών και όχι μόνο της συμβαλλόμενης διοίκησης, οι διατάξεις αυτές δεν φαίνεται να λαμβάνουν υπόψη, εκ της κατασκευής τους, το δημόσιο συμφέρον, στην επίτευξη του οποίου αποσκοπεί κάθε διοικητική σύμβαση. Το δημόσιο συμφέρον δε που καθορίζει το σύνολο της διοικητικής δράσης τόσο της μονομερώς ασκηθείσας, όσο και της συμβατικής και το οποίο συνίστατο στην ομαλή και συνεχή λειτουργία της δημόσιας υπηρεσίας, δέον πάντοτε να καθορίζεται από το νόμο και μόνον αυτόν. Γι' αυτόν τον λόγο, θεωρείται ορθό ότι στις διοικητικές συμβάσεις ο διοικητικός δικαστής δεν δύναται, ακόμη κι ενόψει απρόοπτων κι έκτακτων περιστατικών, να έχει ευχέρεια επιλογής, όπως διαθέτει στο πλαίσιο του άρθρου 388 ΑΚ, αλλά οφείλει να υιοθετεί το δρόμο εκείνο που θα εξασφαλίσει τη

⁶³ Βλ. ΣτΕ 1582/2009 και ΣτΕ 2625/2014, σύμφωνα με τις οποίες εάν τα περιστατικά τα οποία απετέλεσαν το θεμέλιο της διοικητικής σύμβασεως, μετεβλήθησαν μετά την κατάρτιση αυτής από λόγους έκτακτους και απρόβλεπτους και λόγω της συνδρομής των λόγων αυτών η εκπλήρωση της παροχής, εν όψει και της αντιπαροχής, κατέστη υπερμέτρως επαχθής, το δικαστήριο δύναται διορθωτικά να παρέμβει στη σύμβαση και να αναμορφώσει την παροχή στο προσήκον μέτρο, αλλά και να αποφασίσει την λύση της σύμβασεως εξ ολοκλήρου ή κατά το μη εκτελεσθέν μέρος της.

διάσωση της σύμβασης και την περιφρούρηση της δημόσιας υπηρεσίας⁶⁴. Συνεπώς, ενώ γίνεται παγίως αποδεκτή από την ελληνική νομολογία η αναλογική εφαρμογή των κανόνων του ΑΚ στον τομέα των διοικητικών συμβάσεων, εντούτοις καταδεικνύεται ως αδήριτη η ανάγκη να προσαρμόζονται κάθε φορά οι κανόνες και οι αρχές του αστικού δικαίου στο ιδιαίτερο θεσμικό πλαίσιο των διοικητικών συμβάσεων, ώστε να αποφεύγονται οι αξιολογικές αντινομίες.

Επιπλέον, μία ερμηνευτική προσέγγιση του αντικειμένου της διοικητικής σύμβασης με αυστηρή προσήλωση στην ανάλογη εφαρμογή αστικοδικαιϊκών διατάξεων, χωρίς τις κατάλληλες προσαρμογές, δημιουργεί προβληματισμό ως έντονα ξεπερασμένη ως προς τον αντικειμενικό χαρακτήρα που διέπει τη σύμβαση και πιο συγκεκριμένα την αντικειμενική σχέση που αναπτύσσεται μεταξύ του ίδιου του συμβατικού δεσμού και της οικείας αγοράς. Πράγματι, μία τέτοια αυστηρή προσήλωση φαντάζει ακραίως προσανατολισμένη στην κακώς εννοούμενη συμβατική λογική, καθώς φαίνεται να λαμβάνει υπόψη μόνο τα συμφέροντα των συμβαλλόμενων μερών, τα οποία παραβιάφτηκαν από έκτακτους και απρόβλεπτους λόγους. Συνεπώς, πρέπει να λαμβάνεται πάντοτε υπόψη ότι σε περίπτωση απρόοπτων περιστατικών που δύνανται να επιφέρουν απρόοπτες μεταβολές στο συμβατικό δεσμό, η διοικητική σύμβαση δεν είναι μία καθαρά ιδιωτική υπόθεση των συμβαλλόμενων μερών, αλλά ενδιαφέρει την αγορά και το σύνολο των ανταγωνιστών και των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι έχουν έννομο συμφέρον να τηρηθεί απαρέγκλιτα η διακήρυξη και οι όροι της, καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης και για το λόγο αυτό δικαιούνται να παρακολουθούν την εξέλιξή της μέχρι τη λύση⁶⁵.

IV. Η ζημιογόνος πράξη της αρχής

Εκτός από τις περιπτώσεις εκείνες, με βάση τις οποίες προκαλείται άμεση επέμβαση στο συμβατικό δεσμό από τη συμβαλλόμενη Διοίκηση, όπως η περίπτωση

⁶⁴ βλ. Ν. Καπελλάκη, Οι έμμεσες επεμβάσεις της Διοίκησης στη διοικητική σύμβαση, ΔιΔικ 1994, 814-815, όπου επισημαίνεται επίσης ότι η λύση της σύμβασης, στο πλαίσιο του άρθρου ΑΚ 388, δεν αποτελεί παρά μόνο μία δυνατότητα η οποία παρέχεται στο δικαστή, της οποίας αυτός μπορεί, ωστόσο, στο πλαίσιο μιας διοικητικής σύμβασης, να μην κάνει χρήση.

⁶⁵ βλ. ΔΕΚ, 29.4.2004, υπόθεση C-499/99, Επιτροπή κατά Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, I-03801

της έκπτωσης του αντισυμβαλλόμενου μέρους ή της μονομερούς λύσης, λόγω αλλαγής του δημόσιου συμφέροντος, όπως περιγράφηκαν ανωτέρω, υπάρχουν και οι περιπτώσεις εκείνες που η Διοίκηση δύναται να προκαλέσει ρωγμή σε καταρτισθείσα σύμβαση διαμέσω έμμεσων επεμβάσεων.

Στο όνομα της αυτονομίας του διοικητικού δικαίου σε σχέση με άλλους δικαιοκούς κλάδους, τα τακτικά κυρίως διοικητικά δικαστήρια, αλλά και τμήμα της θεωρίας προήγαγαν για την επίλυση των ζητημάτων που προέκυπταν στο πεδίο της διοικητικής σύμβασης, αντί των γενικών αρχών του ΑΚ, γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου⁶⁶. Πρόκειται συγκεκριμένα για την αρχή του απρόβλεπτου και της ζημιόγону πράξης της αρχής, που έχουν προκύψει από τη νομολογία του γαλλικού Συμβουλίου της Επικρατείας⁶⁷. Στο παρόν μέρος θα ασχοληθούμε μόνο με τη δεύτερη αρχή, η οποία ενδεχομένως θα μπορούσε να οδηγήσει σε πρόωρη λύση της σύμβασης, σε αντίθεση με την πρώτη, η οποία έχει μόνο αποζημιωτικό χαρακτήρα προς όφελος του αντισυμβαλλόμενου της Διοίκησης.

Η θεωρία της ζημιόγону πράξης της αρχής, γνωστή στο χώρο του δημόσιου γαλλικού δικαίου με τον όρο «*fait du prince*» εφαρμόζεται στην περίπτωση που το συμβαλλόμενο δημόσιο νομικό πρόσωπο επεμβαίνει έμμεσα στους όρους της διοικητικής σύμβασης, ασκώντας αρμοδιότητες που αφορούν όχι τη συγκεκριμένη σύμβαση, αλλά έτερες αρμοδιότητες που διαθέτει από το νόμο. Απαραίτητη προϋπόθεση για την εφαρμογή της είναι η έμμεση αυτή επέμβαση στο συμβατικό δεσμό να είναι έκτακτη και απρόβλεπτη και συνάμα τόσο ισχυρή και βαθιά που να επηρεάζει ουσιωδώς τη σύμβαση, υπό την έννοια ότι η συνέχισή της καθίσταται απολύτως αδύνατη, ήτοι να μην έχει μόνο αντανακλαστικές συνέπειες γι' αυτήν⁶⁸.

Ωστόσο, κι εδώ, πέραν της πάγιας πλέον νομολογίας των δικαστηρίων μας που προτάσσει την αναλογική εφαρμογή των αρχών του ΑΚ στο πεδίο των

⁶⁶ βλ. Π. Μουζουράκη, ό.π., σελ. 2299

⁶⁷ βλ. Π. Μουζουράκη, ό.π., σελ. 2299

⁶⁸ Χαρακτηριστικό ακαδημαϊκό παράδειγμα ζημιόγону πράξης της συμβαλλόμενης διοίκησης είναι η λήψη με κανονιστική πράξη του δημάρχου, μέτρων, που αφορούν τη ρύθμιση της κυκλοφορίας και την κατασκευή και λειτουργία πεζοδρόμων, δηλαδή μέτρων που συνεπάγονται δυσμενείς συνέπειες κατά τη διάρκεια καταρτισθείσας διοικητικής σύμβασης παραχώρησης δημόσιας υπηρεσίας αστικών συγκοινωνιών, η οποία έχει συναφθεί ανάμεσα στο δήμο και έναν ιδιώτη και καθιστούν αδύνατη για λόγους αντικειμενικούς τη συνέχιση της διοικητικής σύμβασης.

διοικητικών συμβάσεων, σε σχέση με τις εν λόγω αρχές του διοικητικού δικαίου⁶⁹, προβληματισμό προκαλεί πάλι η αξιολογική αντινομία που εντοπίζεται. Πιο συγκεκριμένα, αμφισβητείται κατά πόσο δύναται να καθοριστεί η τύχη της διοικητικής σύμβασης, η οποία εξ ορισμού εξυπηρετεί και συστρατεύεται με το δημόσιο συμφέρον, σε σχέση με την επίδραση απρόοπτων γεγονότων και έμμεσων επεμβάσεων στο συμβατικό δεσμό. Λύση στην αντινομία αυτή φαίνεται να δίνεται με την ολοένα και αυξανόμενη θέσπιση κατ' ιδίαν ειδικών ρυθμίσεων, εθνικής και ενωσιακής προέλευσης⁷⁰, ώστε να ρυθμίζονται εκ των προτέρων νομοθετικά ζητήματα τα οποία δύνανται να προκύψουν απρόοπτα κατά την εξέλιξη της συμβατικής σχέσης, κλονίζοντας τη συμβατική ισορροπία, όπως σε σχέση με την αναθεώρηση τιμών, τις απρόβλεπτες δαπάνες, τις νέες εργασίες. Οι ρυθμίσεις αυτές έχουν ως στόχο, αφενός τη ρύθμιση της συμβατικής σχέσης των εμπλεκόμενων μερών, αφετέρου τη μη ανατροπή του δικαιοπρακτικού θεμελίου της σύμβασης και των αρχικών όρων του ανταγωνισμού. Εξάλλου, όπως αναφέρθηκε και ανωτέρω, αναφορικά με τη δυνατότητα αναλογικής εφαρμογής των κανόνων του ΑΚ, από την άποψη προστασίας του ανταγωνισμού, που ενδιαφέρει και το εθνικό δίκαιο, μία κλασσική διάκριση μεταξύ μονομερούς μεταβολής των όρων της σύμβασης, ζημιολόγου πράξης της αρχής και της αρχής του απροβλέπτου, είναι διάκριση που έχει σημασία περισσότερο σε σχέση με τις προϋποθέσεις και την έκταση της αποζημίωσης του αντισυμβαλλομένου της Διοίκησης και δεν εγγυάται την προστασία των τρίτων συμβαλλόμενων και την αποκατάσταση της ορθής λειτουργίας της αγοράς⁷¹. Με άλλα λόγια, από την άποψη προστασίας του ανταγωνισμού, που εκκινεί από διαφορετική βάση και όχι από μία στενή συμβατική λογική, κάθε επέμβαση της

⁶⁹ βλ. νομολογία μετά την ΣτΕ 1136/1999, σύμφωνα με την οποία (...) επί των διοικητικών συμβάσεων δεν τυγχάνουν εφαρμογής οι κατά την θεωρία του δικαίου των διοικητικών συμβάσεων γενικές αρχές «της ζημιολόγου πράξεως της Αρχής» και «του απροβλέπτου», αφού η ικανοποίηση του σκοπού, στον οποίο αποβλέπουν οι γενικές αυτές αρχές, ήτοι η εξασφάλιση της διατήρησης της ισορροπίας διοικητικής σύμβασης, επιτυγχάνεται, κατά νόμον, με την ανάλογο εφαρμογή κειμένης διατάξεως (άρθρο 388 ΑΚ). Όμοια οι ΣτΕ 2625/2014, 1582/2009, Δεφ Αθ 118/2004 και 379/2003. Διαφορές δε εντοπίζονται μεταξύ τους, περισσότερο, αναφορικά με την αποζημιωτική ευθύνη της συμβαλλόμενης Διοίκησης απέναντι στον αντισυμβαλλόμενο, καθότι η αρχή της ζημιολόγου πράξης της αρχής θεμελιώνει αξίωση για πλήρη αποζημίωση, δηλαδή κάλυψη της θετικής ζημίας και του διαφυγόντος κέρδους, εν αντιθέσει με τις γενικές αρχές του ΑΚ.

⁷⁰ βλ. νέο άρθρο 72 Οδηγίας 2014/24/ΕΕ με τίτλο *Τροποποίηση συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους*, όπου ρυθμίζονται τέτοιες ενδεχόμενες τροποποιήσεις που είναι σε θέση να κλονίσουν την οικονομική ισορροπία της σύμβασης

⁷¹ Βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, *Η προστασία ...*, ό.π., σελ. 425-426

κρατικής εξουσίας, έστω έμμεση, δύναται να παραβιάζει το ωφέλιμο αποτέλεσμα της διαδικασίας κατάρτισης της σύμβασης και να θέτει κατά λογική αναγκαιότητα ζητήματα λύσης και επαναπροκήρυξης της σύμβασης. Για τον ανταγωνισμό, αντιθέτως, μόνο η όλως απρόβλεπτη και εξαιρετική μεταβολή των συνθηκών, για την οποία δεν ευθύνεται κανένα από τα συμβαλλόμενα μέρη, δε δημιουργεί προβλήματα.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Β: ΕΥΡΩΠΑΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Σε αντίθεση με το εθνικό μας δίκαιο, το οποίο όπως ήδη αναφέρθηκε, είναι περισσότερο εμπνευσμένο και προσανατολισμένο, αναφορικά με το στάδιο εκτέλεσης της διοικητικής σύμβασης, σε μία παραδοσιακή συμβατική λογική, το ευρωπαϊκό δίκαιο ενδιαφέρεται να προστατεύσει περισσότερο τη «μακρο- έννομη τάξη»⁷² των μη συμβαλλόμενων τρίτων ανταγωνιστών και να εξασφαλίσει, στα πλαίσια μίας κοινής αγοράς, το καθεστώς ενός ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού ανάμεσα στους οικονομικούς φορείς του ευρωπαϊκού χώρου.

Στο παρόν κεφάλαιο, αρχικά, θα αναφερθούμε στη σημασία του πρωτογενούς δικαίου της Ένωσης και της εφαρμογής των θεμελιωδών κανόνων και αρχών του που διέπουν όλα τα στάδια ζωής της σύμβασης, τόσο κατά την κατάρτιση, όσο και κατά την εκτέλεση της σύμβασης. Στο κεφάλαιο αυτό θα παρουσιαστεί η διαπλασθείσα νομολογία, σύμφωνα με την οποία, παρά την ανυπαρξία ειδικότερων κανόνων, η παράβαση του πρωτογενούς δικαίου δύναται να επιφέρει πρόωρη λύση του συμβατικού δεσμού **(I)**. Εν συνεχεία, θα παρουσιαστούν οι ρυθμίσεις του παράγωγου ενωσιακού δικαίου που αφορούν τη λύση της δημόσιας σύμβασης και οι οποίες «ήρθαν» χρονικά αργότερα, από την χρονικά πρότερη Οδηγία 2006/77/EK, η οποία ρύθμισε για πρώτη φορά το δικονομικά «ανενεργό» της δημόσιας σύμβασης, έως τις

⁷² Για τη διάκριση μεταξύ «μικρο- έννομης τάξης» και «μακρο- έννομης τάξης», βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία του Ελεύθερου Ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των Διοικητικών Συμβάσεων, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2006, σελ. 27

νέες ουσιαστικού περιεχομένου Οδηγίες 2014/23/ΕΕ, 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ, οι οποίες και ρύθμισαν κατά τρόπο συγκεκριμένο τους λόγους εκείνους για τους οποίους δύναται μία αναθέτουσα αρχή να καταγγείλει μία δημόσια σύμβαση λόγω παραβίασης του ενωσιακού δικαίου (II). Κατόπιν, στα πλαίσια της ρύθμισης των νέων Οδηγιών, οι οποίες θεσπίζουν καταρχήν διακριτική ευχέρεια για το ζήτημα της καταγγελίας, θα διερευνηθεί ο προβληματισμός περί των ορίων αυτής, ενώ συγχρόνως θα αναζητηθούν οι περιπτώσεις όπου αυτή τρέπεται σε υποχρέωση μονομερούς λύσης (III). Τέλος, θα γίνει αναφορά στην ευχέρεια των κρατών μελών περί του τρόπου ενσωμάτωσης των εν λόγω ρυθμίσεων του παράγωγου δικαίου και της υποχρέωσής τους να εξασφαλίζουν εν πάσει περιπτώσει την αποτελεσματική εφαρμογή αυτών στην εσωτερική έννομη τάξη με σεβασμό στις επιμέρους ενωσιακές αρχές και κανόνες (IV).

I. Το πρωτογενές δίκαιο

Έως τη θέσπιση της δικονομικής Οδηγίας 2007/66/ΕΚ, η οποία έθεσε το πρώτον στον ευρωπαϊκό χώρο επί τάπητος το ζήτημα της ακυρότητας ήδη συναφθείσας σύμβασης, αμφισβητήσεις που γεννώνταν σε χρόνο κατά την εκτέλεση μίας δημόσιας σύμβασης αποτελούσαν κατά πλειοψηφία ζήτημα ρυθμιζόμενο αποκλειστικά από την εσωτερική έννομη τάξη⁷³. Ωστόσο, το εν λόγω κενό του παράγωγου δικαίου είχε επισημανθεί ήδη από το έτος 1996 και την Επιτροπή με τη δημοσίευση της Πράσινης Βίβλου με τίτλο «Οι δημόσιες συμβάσεις στην Ευρωπαϊκή Ένωση: κατευθύνσεις και προβληματισμοί για το μέλλον»⁷⁴. Σύμφωνα με την Επιτροπή, παρόλο που «ο κανόνας προς εφαρμογή δεν αναφέρεται ρητά στις οδηγίες (...) μεταβολές, οι οποίες ήσαν ουσιώδεις, θα έπρεπε να επιφέρουν την ακύρωση της διαδικασίας που βρισκόταν σε εξέλιξη, και την έναρξη νέας διαδικασίας με τη

⁷³ Βλ. R. Williams, “Remedying a Breach of Community Law: the Judgment in Joined Cases C-20/01 and C-28/01, Commission v Germany” (2003) 12 P.P.L.R. 5, NA109, βλ. Επίσης M. Niestedt, “Penalties Despite Compliance? A Note on Case C-503/04, Commission v Germany” (2005) 14 P.P.L.R. NA164

⁷⁴ COM (96) 583 τελικό, 27.11.1996, μετά την οποία η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων δημοσίευσε δύο προτάσεις για την αναθεώρηση των υφιστάμενων κοινοτικών Οδηγιών, την COM (2000) 275 τελικά, 10.5.2000 και την COM (2000) 276 τελικό, 10.5.2000. Οι προτάσεις αυτές οδήγησαν τελικώς στην υιοθέτηση των Οδηγιών 2004/17/ΕΚ και 2004/18/ΕΚ

δημοσίευση νέας προκήρυξης». Ήδη δηλαδή από τόσο νωρίς τονίστηκε από την ίδια την Επιτροπή η ανάγκη λύσης του συμβατικού εκείνου δεσμού που νοθεύεται από ουσιώδεις τροποποιήσεις και η ανάγκη διενέργειας νέου διαγωνισμού.

Συγκεκριμένα, με την ανωτέρω δημοσίευση της Πράσινης Βίβλου, η Επιτροπή επεσήμανε ότι το κενό αυτό ειδικών ρυθμίσεων του παραγώγου δικαίου, πρέπει να αντιμετωπίζεται με την εφαρμογή γενικών αρχών και κανόνων του πρωτογενούς δικαίου της Ένωσης, τη στιγμή εξάλλου που η εφαρμογή των δύο αυτών ενωσιακής προέλευσης κανόνων δεν είναι αντιφατική, αφού κατατείνουν στον ίδιο σκοπό και θεμελιώδη στόχο της Ένωσης⁷⁵, ήτοι στη διαμόρφωση κοινής αγοράς⁷⁶.

Συγκεκριμένα, το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, προς το σκοπό της ικανοποίησης και του σεβασμού των βασικών κοινοτικών στόχων, διέπεται από μία σειρά θεμελιωδών αρχών του πρωτογενούς δικαίου, οι οποίες αρχικά είχαν διαμορφωθεί στις έννομες τάξεις των κρατών μελών κι εν συνεχεία υιοθετήθηκαν παγίως από τη νομολογία του ΔΕΕ. Το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, αντιλαμβανόμενο τη σημασία των θεμελιωδών αυτών κοινοτικών αρχών, όπως μεταξύ άλλων, της αρχής της ίσης μεταχείρισης, της αποφυγής διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, της διαφάνειας, της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, του

⁷⁵ Βλ. άρθρο 26 ΣΛΕΕ, σύμφωνα με το οποίο, στόχος της ΕΕ είναι η εγκαθίδρυση και η διασφάλιση λειτουργίας της λεγόμενης εσωτερικής αγοράς, ήτοι «ενός χώρου, χωρίς εσωτερικά σύνορα, μέσα στον οποίο θα εξασφαλίζεται η ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων, των προσώπων, των υπηρεσιών και των κεφαλαίων».

⁷⁶ Βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, Η αδιαφάνεια που απαιτεί ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός στο κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, Σειρά «Βιβλιοθήκη Νομικής Θεωρίας και Πράξεως» τ. 36, εκδ. Α. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα Κομοτηνή, 2003, σελ. 34, υποσημείωση 45, όπου επισήμανση των Β. Σκουρή και Ν. Φραγκάκη, σύμφωνα με την οποία, οι οδηγίες «εφαρμόζουν κι εξειδικεύουν κανόνες του πρωτογενούς κοινοτικού δικαίου. Ως ratio έχουν τη διασφάλιση της επίτευξης μίας πραγματικής ενιαίας εσωτερικής αγοράς, όπως την προβλέπουν η Συνθήκη ΕΚ, με την ολοκλήρωση της απαγόρευσης των περιορισμών στην ενδοκοινοτική κυκλοφορία εμπορευμάτων και με τη διευκόλυνση της υλοποίησης των θεμελιωδών ελευθεριών της Συνθήκης (εγκατάσταση επιχειρήσεων, παροχή υπηρεσιών)». Βλ. επιπλέον συναφώς για τη σχέση πρωτογενούς και παράγωγου δικαίου, αιτιολογική σκέψη 9 Οδ. 2004/17/ΕΚ και αιτιολογική σκέψη 2 Οδ. 2004/18/ΕΚ, καθώς και ΔΕΚ 21.7.2005, υπόθεση C-231/03, Υπόθεση Coname, Συλλογή 2005, I-07287

Συναφώς, για την εν λόγω αμφίδρομη σχέση, βλ. Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Tizzano, στις προτάσεις του, της 28.06.2001, στην υπόθεση C-92/00, Hospital Ingenieure (HI), επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση ΔΕΚ, 18.06.2002, σύμφωνα με τις οποίες: «οι οδηγίες περί των δημοσίων συμβάσεων πρέπει να ερμηνεύονται σύμφωνα με τις παραδοσιακές αρχές της κοινοτικής νομολογίας, και ειδικότερα σύμφωνα με εκείνη που επιβάλλει ερμηνεία των υλοποιουσών τις θεμελιώδεις αρχές της ελεύθερης κυκλοφορίας διατάξεων μη περιοριστικής της εκτάσεως και μη θίγουσα την πρακτική αποτελεσματικότητά τους», αλλά και περαιτέρω παραπομπές.

πραγματικού κι ελεύθερου ανταγωνισμού⁷⁷, έκρινε την καθ' ολοκληρίαν εφαρμογή αυτών σε όλες τις δημόσιες συμβάσεις, είτε αυτές εμπίπτουν, είτε όχι στο πεδίο εφαρμογής των κοινοτικών οδηγιών. Χαρακτηριστική είναι η απόφαση του ΔΕΚ, *Telaustria et Telefonadress*⁷⁸, όπου κρίθηκε ότι οι δημόσιες συμβάσεις που δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών δεν εκφεύγουν του κοινοτικού δικαίου, αλλά δέον να σέβονται απαρέγκλιτα τις βασικές κοινοτικές αρχές.

Πέραν της ανωτέρω νομολογιακής διεύρυνσης της εφαρμογής του πρωτογενούς κοινοτικού δικαίου, την υποχρέωση τήρησης των θεμελιωδών αρχών της Ένωσης και την κατ' ελάχιστον συμμόρφωση της συμβατικής δράσης με αυτές, επεσήμανε και η Επιτροπή με την έκδοση σχετικών ανακοινώσεων⁷⁹. Άξιο επισήμανσης, εν προκειμένω, είναι ότι η Επιτροπή, διευρύνοντας τη νομολογία του ΔΕΚ, επεσήμανε ότι υπόκεινται στο ευρωπαϊκό πρωτογενές δίκαιο όλες οι διαδικασίες, οι οποίες «έχουν επαρκή σχέση με τη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς» ή «παρουσιάζουν ενδιαφέρον για την εσωτερική αγορά» ή «ενδέχεται να ενδιαφέρουν οικονομικούς παράγοντες που εδρεύουν σε άλλα κράτη μέλη», αρκεί να μην παρουσιάζουν πολύ περιορισμένο οικονομικό ενδιαφέρον, χωρίς ενδιαφέρον για

⁷⁷ βλ. Α. Γέροντα, Οι θεμελιώδεις αρχές που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις Οι πρόσφατες νομολογιακές προσεγγίσεις, Εφαρμογές Π/2006, σελ. 397-446, όπου αναπτύσσονται με λεπτομέρεια οι θεμελιώδεις κοινοτικές αρχές

⁷⁸ ΔΕΚ 7.12.2000, υπόθεση C-324/98, Συλλογή 2000, I-10745, όπου χαρακτηριστικά το ΔΕΚ απεφάνθη ότι παρόλο που αποκλείονται του πεδίου εφαρμογής της κοινοτικής Οδηγίας οι εκεί εξεταζόμενες συμβάσεις, «εντούτοις οι αναθέτοντες φορείς, όταν τις συνάπτουν, υποχρεούνται να τηρούν τους θεμελιώδεις κανόνες της Συνθήκης εν γένει και την αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας ειδικότερα. Και συνέχισε η απόφαση (...) η αρχή αυτή συνεπάγεται ιδίως υποχρέωση διαφάνειας, επιτρέπущα στην αναθέτουσα να μπορεί να βεβαιώνεται για την τήρηση της αρχής αυτής. Η εν λόγω υποχρέωση διαφάνειας (...) συνίσταται στη διασφάλιση, υπέρ όλων των ενδεχόμενων αναδόχων, προσήκοντος βαθμού δημοσιότητας που να καθιστά δυνατό το άνοιγμα της αγοράς υπηρεσιών στον ανταγωνισμό, καθώς και τον έλεγχο του αμερόληπτου χαρακτήρα των διαδικασιών διαγωνισμού». Συναφείς και οι αποφάσεις ΔΕΚ 18.6.2002, C-92/00, υπόθεση *Hospital Ingenieure (HI)*, Συλλογή 2002, I-05553, ΔΕΚ 21.7.2005, C-231/03, Υπόθεση *Coname*, Συλλογή 2005, I-07287, ΔΕΚ 13.10.2005, C-458/03, υπόθεση *Parking Brixen*, Συλλογή 2005, I-08585, ΔΕΚ 3.12.01, C-59/00, υπόθεση *Bent Mousten Vestergaard*, Συλλογή 2001, I-09505, ΔΕΚ 23.01.2003, C-57/01, υπόθεση *Makedoniko Metro και Michaniki*, Συλλογή 2003, I-01091

⁷⁹ Συγκεκριμένα εκδόθηκαν οι εξής ανακοινώσεις: α) η 2006/C 179/02, η οποία ασχολήθηκε με το κοινοτικό δίκαιο που εφαρμόζεται στην ανάθεση συμβάσεων, οι οποίες δεν καλύπτονται ή καλύπτονται εν μέρει από τις οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις και συγκεκριμένα με δύο κατηγορίες δημόσιων συμβάσεων, ήτοι αυτές με αξία μικρότερη από το προβλεπόμενο κατώφλι και τις συμβάσεις υπηρεσιών που απαριθμούνταν στα παραρτήματα των τότε ισχυόντων Οδηγιών, 2004/17/EK και 2004/18/EK. β) η 2000/C 121, η οποία ασχολήθηκε με τους κανόνες της Συνθήκης που εφαρμόζονται επί των συμβάσεων παραχώρησης, γ) η Πράσινη Βίβλου σχετικά με τις συμπράξεις δημοσίου και ιδιωτικού τομέα και το κοινοτικό δίκαιο των δημόσιων συμβάσεων και των συμβάσεων παραχώρησης.

τις επιχειρήσεις που είναι εγκατεστημένες σε άλλα κράτη μέλη⁸⁰. Έγκειται δε, κατά την παρατήρηση της Επιτροπής, στην αρμοδιότητα της εκάστοτε αναθέτουσας αρχής να κρίνει εάν μία δημόσια σύμβαση έχει τα χαρακτηριστικά εκείνα, λόγω των οποίων ενδέχεται να ενδιαφέρει τους οικονομικούς παράγοντες που εδρεύουν σε άλλα κράτη μέλη, ενώ η κρίση της αυτή είναι δικαστικά ελέγξιμη.

Κατόπιν των ανωτέρω εισαγωγικών, πλην αναγκαίων παρατηρήσεων, κρίσιμο να αναφερθεί, για το ζήτημα της πρόωρης λύσης που μας απασχολεί στην παρούσα εργασία, είναι ότι το πρωτογενές δίκαιο της Ένωσης και ο σεβασμός των θεμελιωδών αρχών του οφείλουν να διαπνέουν το σύνολο της ζωής μίας σύμβασης, ήτοι όχι μόνο το στάδιο της σύναψης μίας δημόσιας σύμβασης **(α)**, αλλά και το στάδιο εκτέλεσης **(β)**, κατά τις παραδοχές της νομολογίας του ΔΕΚ (νυν ΔΕΕ). Τυχόν δε παραβίαση του πρωτογενούς δικαίου και δη των αρχών της ίσης μεταχείρισης, της απαγόρευσης των διακρίσεων και της διαφάνειας, κατά τη διάρκεια ισχύος του συμβατικού δεσμού, δύναται νομολογιακώς να οδηγήσει στη λύση του συμβατικού δεσμού λόγω του ότι αυτή αποτελεί το μόνο κατάλληλο μέσο αποκατάστασης της νομιμότητας εντός της ενιαίας αγοράς.

α) Κατά τη σύναψη

Πριν προχωρήσουμε περαιτέρω, σημαντικό, για το ζήτημα της πρόωρης λύσης που εξετάζουμε, είναι, όσον αφορά το στάδιο σύναψης, να κάνουμε μία διάκριση ανάμεσα σε παραβίαση του πρωτογενούς δικαίου της Ένωσης που εμφιλοχώρησε μεν κατά το στάδιο κατάρτισης, ωστόσο, εντοπίστηκε κατόπιν της σύναψης και μπορεί, υπό προϋποθέσεις, να οδηγήσει σε λύση της δημόσιας

⁸⁰ βλ. Γ. Σαμπάνη, Χ. Συνοδινό, Συμβάσεις του Δημοσίου. Προστασία κάτω από τα ευρωπαϊκά κατώφλια, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ. 2-12, όπου διάκριση ανάμεσα στο συνδυαστικό στοιχείο προς το κοινοτικό δίκαιο, δυναμικό συνδυαστικό στοιχείο και το βέβαιο διασυνοριακό ενδιαφέρον. Συγκεκριμένα επισημαίνεται η αντίδραση της νομολογίας του ΔΕΚ στη γενικευμένη ερμηνευτική ανακοίνωση της Επιτροπής και η συσταλτική προς εκείνη τάση που υιοθετήθηκε, περί της εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου στις περιπτώσεις αυτές που οι υπό ανάθεση συμβάσεις παρουσιάζουν βέβαιο διασυνοριακό ενδιαφέρον, το οποίο πρέπει να αποδεικνύεται με τη συνδρομή κατ' ιδίαν κριτηρίων, όπως η αξία της σύμβασης, ο τόπος εκτέλεσης αυτής, οι ιδιαιτερότητες και το αντικείμενό της, η δομή της αγοράς και οι εμπορικές συνήθειες. Βλ. για το ίδιο ζήτημα και Α. Κατσιμέρου, Συμβάσεις κάτω από τα κοινοτικά χρηματικά όρια, ΔηΣΚΕ 2/2009, σελ. 36 επ.

σύμβασης, αφενός και παραβίαση των βασικών αρχών και κανόνων των Συνθηκών που μπορεί να οδηγήσει σε ματαίωση του διαγωνισμού, αφετέρου. Στην τελευταία αυτή περίπτωση δεν μιλάμε κατ' ακριβολογία για λύση της σύμβασης, αφού δεν έχει στο στάδιο αυτό προφτάσει να δημιουργηθεί συμβατικός δεσμός ανάμεσα στην αναθέτουσα αρχή και κάποιον οικονομικό φορέα, αλλά για παύση της διαγωνιστικής διαδικασίας. Με την τελευταία αυτή περίπτωση θα ασχοληθούμε μόνο επιδερμικά.

Όπως ήδη αναφέρθηκε, μέχρι τη θέσπιση των πρόσφατων ευρωπαϊκών Οδηγιών, οι οποίες ρύθμισαν κατά τρόπο ειδικό και επαρκώς προσδιορισμένο, την πρόωρη λύση μίας σύμβασης από μέρους της αναθέτουσας αρχής, η λύση μίας δημόσιας σύμβασης ήταν αποτέλεσμα της νομολογιακής εφαρμογής των αρχών του πρωτογενούς ενωσιακού δικαίου και συγκεκριμένα της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της αρχής της διαφάνειας και της προστασίας του ανταγωνισμού. Κατά την εν λόγω νομολογιακή εφαρμογή και κατόπιν πρωτοβουλίας ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα, το Δικαστήριο της ΕΕ, υπό τη στάθμιση μίας σειράς παραγόντων, έκρινε με μία σειρά αποφάσεις του ότι η λύση της δημόσιας σύμβασης από την αρμόδια εθνική αρχή ήταν το πλέον κατάλληλο και πρόσφορο μέτρο για την αποκατάσταση της νομιμότητας⁸¹.

Χαρακτηριστική για τη λύση δημόσιας σύμβασης λόγω εμφιλοχώρησης παραβίασης του πρωτογενούς δικαίου κατά το στάδιο της σύναξης είναι η απόφαση του ΔΕΚ, της 18ης Ιουλίου 2007, υπόθεση C-503/04, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας⁸². Στην εν λόγω υπόθεση, η επίδικη αναθέτουσα αρχή, υπό τη μορφή δήμου της Γερμανίας, με τη

⁸¹ Δυνάμει του άρθρου 228 παρ. 1 ΣΕΚ (νυν άρθρο 260 παρ. 1 ΣΛΕΕ) εάν το Δικαστήριο της ΕΕ διαπιστώσει ότι ένα κράτος μέλος έχει παραβεί υποχρέωσή του εκ των Συνθηκών, απόκειται στη συνέχεια στο ενδιαφερόμενο κράτος μέλος να λάβει τα μέτρα που συνεπάγεται η εκτέλεση της απόφασης του Δικαστηρίου, αντλώντας τις συνέπειες που θεωρεί ότι απορρέουν από τη διαπιστώνουσα παράβαση απόφαση, αλλά και να δικαιολογήσει το βάσιμο αυτών των συνεπειών, εφόσον η Επιτροπή τις επικρίνει.

⁸² Η εν λόγω απόφαση εκδόθηκε επί προσφυγής της Επιτροπής, δυνάμει του άρθρου 228 ΣΕΚ (νυν 260 ΣΛΕΕ), λόγω μη συμμόρφωσης της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας στην απόφαση του Δικαστηρίου της 10ης Απριλίου 2003, C-20/01 και C-28/01 Επιτροπή κατά Γερμανίας, με την οποία διαπιστώθηκε η εκ μέρους του εν λόγω κράτους μέλους παράβαση του κοινοτικού δικαίου περί σύναξης δημοσίων συμβάσεων και αφορούσε συγκεκριμένα τα συμπεράσματα, τα οποία όφειλε να συναγάγει το κράτος μέλος από την προηγούμενη, αναγνωριστική της παράβασης απόφαση του Δικαστηρίου, προκειμένου να εκπληρώσει την υποχρέωση αποκατάστασης μίας σύμφωνης προς το κοινοτικό δίκαιο κατάστασης.

σύναψη σύμβασης στην οποία προέβη, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση σχετικής προκήρυξης και πρόσκλησης προς τους εν δυνάμει ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς για υποβολή προσφορών, αλλά με διαδικασία απευθείας διαπραγμάτευσης, μολονότι δεν συνέτρεχαν οι συγκεκριμένες προϋποθέσεις της οδηγίας, παραβίασε βασικές αρχές του πρωτογενούς δικαίου της Ένωσης. Ειδικότερα, με την μη επιτρεπόμενη στην προκείμενη περίπτωση σύναψη της σύμβασης με απευθείας διαπραγμάτευση, χωρίς διαγωνιστική διαδικασία, παραβίασε τις αρχές της ίσης μεταχείρισης των ενδιαφερομένων, της διαφάνειας και της εν γένει υποχρέωσης ανοίγματος της διαδικασίας σύναψης στον ελεύθερο και πραγματικό ανταγωνισμό⁸³.

Το ΔΕΚ δεν δέχθηκε τα επιχειρήματα της Γερμανικής Κυβέρνησης, σύμφωνα με τα οποία είχε δικαίωμα να κάνει χρήση της διακριτικής ευχέρειας που της παρείχε το άρθρο 2, παράγραφος 6 της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ⁸⁴ και να χορηγήσει μόνο αποζημίωση, διατηρώντας εν ισχύ την παρανόμως συναφθείσα δημόσια σύμβαση. Απεναντίας, ως προς τον εν λόγω ισχυρισμό, το Δικαστήριο, προβαίνοντας στην απαραίτητη σχετική διάκριση, δέχθηκε ότι μία τέτοια εθνική ρύθμιση⁸⁵ αφορά μόνο

⁸³ ΔΕΚ 10.04.2003, C-20/01 και C-28/01, υπόθεση Επιτροπή Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας Γερμανίας, όπου στις σκ. 64 και 65 εκτίθεται ότι ο κίνδυνος προσβολής της αρχής της απαγορεύσεως των διακρίσεων είναι ιδιαίτερα έντονος όταν μια αναθέτουσα αρχή αποφασίζει να μη συνάψει μια συγκεκριμένη σύμβαση στο πλαίσιο διαδικασίας διεξαγομένης στο πλαίσιο ανταγωνισμού. Γι' αυτό το λόγο, τυχόν ύπαρξη τεχνικού λόγου δύναται μεν να δικαιολογεί την διαδικασία σε προσφυγή διαπραγματεύσεων, ωστόσο η διαδικασία αυτή πρέπει να τηρεί όλες τις θεμελιώδεις αρχές του κοινοτικού δικαίου και, ιδίως, την αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων, όπως αυτή απορρέει από τις διατάξεις της Συνθήκης περί του δικαιώματος εγκαταστάσεως και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών (βλ., κατ' αναλογία, την προπαρατεθείσα απόφαση *Concordia Bus Finland*), κρίσιμο είναι δε συγχρόνως να δικαιολογείται επαρκώς ότι για τον συγκεκριμένο λόγο η σύμβαση δεν μπορούσε να συναφθεί παρά μόνο με συγκεκριμένη επιχείρηση.

⁸⁴ Σύμφωνα με το οποίο επί λέξει προβλέπεται ότι: *«Τα αποτελέσματα της άσκησης των εξουσιών που προβλέπονται στην παράγραφο 1 επί της συμβάσεως που ακολουθεί την ανάθεση μιας σύμβασης δημοσίου θα καθορίζονται από το εθνικό δίκαιο (παρ. 1).* Εκτός από την περίπτωση κατά την οποία μια απόφαση πρέπει να ακυρωθεί προτού χορηγηθεί αποζημίωση, ένα κράτος μέλος μπορεί επίσης να προβλέπει ότι, μετά τη σύναψη της σύμβασης που ακολουθεί την ανάθεση της σύμβασης του δημοσίου, οι εξουσίες της υπεύθυνης για τις διαδικασίες προσφυγής αρχής περιορίζονται στη χορήγηση αποζημίωσης σε κάθε πρόσωπο που υπέστη ζημία από παράβαση (παρ. 2). Για την προβληματική του εν λόγω ισχυρισμού σχετικά με την υποχρέωση ή μη λύσης μίας σύμβασης συναφθείσας κατά παράβαση του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, βλ. αναλυτικά και κατωτέρω

⁸⁵ Η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας έκανε χρήση της ανωτέρω εξουσιοδοτήσεως της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, με τη θέσπιση του άρθρου 114, παρ. 2, πρώτη φράση, του Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (νόμου κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού). Με τη διάταξη αυτή, κατά το γερμανικό δίκαιο, απόφαση περί ανάθεση έργου δεν μπορεί να ακυρωθεί. Επιχείρηση που υπέστη ζημία συνεπεία παραβάσεως ενός παρέχοντος προστασία κανόνα του

την αποκατάσταση την οποία ο θιγόμενος μπορεί να επιτύχει από παράβαση διαπραχθείσα εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, ενώ δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι διέπει και τη σχέση μεταξύ ενός κράτους μέλους και της Κοινότητας. Συναφώς τόνισε ότι τα κράτη μέλη δεν δύνανται να επικαλούνται προβλήματα εσωτερικής φύσεως ή την μεταφορά στο εσωτερικό δίκαιο ενός κοινοτικού κανόνα, ώστε να αποφύγουν τις κοινοτικές τους υποχρεώσεις⁸⁶.

Διαφωτιστικές για την έκδοση της εξεταζόμενης ως άνω απόφασης του ΔΕΚ είναι οι προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως Verica Trstenjak, της 28ης Μαρτίου 2007, όπου εκτίθεται χαρακτηριστικά ότι η υποχρέωση να τίθεται τέλος σε συμβάσεις που συνάπτονται κατά παραβίαση των διατάξεων του διέποντος τη σύναψη συμβάσεων δικαίου και η επακόλουθη εκ νέου προκήρυξη του διαγωνισμού παρουσιάζεται σαν αυτόθροη συνέπεια παραβίασης αυτών. Σε διαφορετική περίπτωση, όπως σημειώνει η Γενική Εισαγγελέας, αν η κοινοτική έννομη τάξη ανεχόταν την παραβίαση διάταξης της Οδηγίας καθ' όλη τη διάρκεια της δημόσιας σύμβασης, αυτό θα είχε σαν αποτέλεσμα να καταστεί *«η νομολογία νεκρό γράμμα»*. Κάτι τέτοιο, εξάλλου, δεν θα ήταν σύμφωνο με το τρόπο που το Δικαστήριο αντιλαμβάνεται τις Οδηγίες περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, το οποίο συναφώς φροντίζει να τονίζει με κάθε ευκαιρία, το σκοπό τους, ο οποίος συνίσταται στην πραγματοποίηση της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών και της ελεύθερης κυκλοφορίας εμπορευμάτων⁸⁷. Ως εκ τούτου, στην περίπτωση παραβιάσεων διατάξεων, που έχουν

διέποντος τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων δικαίου, έχει, κατά το άρθρου 126 του νόμου αυτού αξίωση αποζημίωσης λόγω προσβολής της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης.

⁸⁶ Για την αδυναμία των κρατών μελών να επικαλούνται εσωτερικές καταστάσεις και πρακτικές, ώστε να απεκδύνονται των υποχρεώσεων που υπέχουν από το κοινοτικό δίκαιο βλ. Κατ' αναλογία ΔΕΚ 17.04.2007, C-470/03, υπόθεση A.G.M.-COS.MET, Συλλογή 2007, I-02749, σκέψη 72, ΔΕΚ 14.05.2002, C-383/00, υπόθεση Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλογή 2002, I-04219, σκέψη 18, ΔΕΚ 02.12.1986, C-239/85, υπόθεση Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1986, 03645 και Προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα Alber στην υπόθεση C-328/1996, Επιτροπή κατά Αυστρίας.

⁸⁷ βλ. Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως Verica Trstenjak (υποσ. 47), όπου : *«Κατά την αιτιολογική σκέψη 2 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, περί του συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, το παράγωγο δίκαιο που αφορά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων σκοπό έχει την αποτελεσματική υλοποίηση των σχετικών με την επιχειρηματική δράση θεμελιωδών ελευθεριών. (...) Επομένως, οι οδηγίες περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων πρέπει να νοούνται ως συγκεκριμένη έκφραση των θεμελιωδών ελευθεριών. Εκδόθηκαν για να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των θεμελιωδών ελευθεριών και το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον κοινοτικό ανταγωνισμό. Το Δικαστήριο, επίσης, διευκρίνισε πολύ νωρίς ότι οι οδηγίες περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων- επομένως και το διέπον τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων δίκαιο- σκοπό έχουν την ουσιαστική υλοποίηση των θεμελιωδών ελευθεριών. Βλ. Τις*

τεθεί προς την υλοποίηση των θεμελιωδών αρχών και κανόνων του πρωτογενούς ευρωπαϊκού δικαίου, και οι οποίες εμφιλοχωρούν εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής κατά την κατάρτιση δημόσιας σύμβασης, το μέτρο της παύσης ισχύος της παρανόμως κατ' αυτόν τον τρόπο συναφθείσας σύμβασης, αποτελεί κυρωτικό μέτρο, πρόσφορο, της παραβίασης και υπό προϋποθέσεις ελέγχου, σύμφωνο με την αρχή της αναλογικότητας⁸⁸.

Παραλλήλως, όπως προαναφέρθηκε, παραβίαση του πρωτογενούς δικαίου μπορεί να εμφιλοχωρήσει και κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας και να διαπιστωθεί με απόφαση του αρμόδιου εθνικού οργάνου σε πρότερο χρονικό σημείο, χωρίς να έχει προφτάσει να λάβει χώρα ο συμβατικός δεσμός. Στην περίπτωση αυτή, μη νοούμενης ως υπαρκτής στο νομική κόσμο σύμβασης, δεν μιλάμε για λύση, αλλά ενδεχομένως για ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού, αρθείσης της εν λόγω παρανομίας.

Χαρακτηριστική είναι η νομολογία του δικαστηρίου της ΕΕ αναφορικά με τη σταθερότητα και τη διαφάνεια που πρέπει να εμφανίζουν τα κριτήρια ανάθεσης, που αποτελούν περιεχόμενο της προκήρυξης του διαγωνισμού ή της συνοδευτικής συγγραφής υποχρεώσεων⁸⁹. Σύμφωνα με την εν λόγω νομολογία, εάν δεν πληρούνται, κατά τη σύναψη μίας σύμβασης, οι θεμελιώδεις αρχές των Συνθηκών, και υπό την προϋπόθεση ακύρωσης από εθνική αρμόδια αρχή απόφασης σχετικής με ένα κριτήριο ανάθεσης, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να προβεί σε ανάκληση της

αποφάσεις της 10ης Μαρτίου 1987, C-199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας, της 12ης Φεβρουαρίου 1982, C-76/81, Επιτροπή κατά Λουξεμβούργου, της 3ης Οκτωβρίου 2000, C-380/98, University of Cambridge, της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00, SIAC».

⁸⁸ Στην εν λόγω υπόθεση, το ΔΕΚ έλαβε υπόψη ως κριτήριο, τον παράγοντα της χρονικής διάρκειας της σύμβασης που συνήψε ο δήμος της Γερμανίας, ώστε να δικαιολογήσει την λύση ως μέτρο ανάλογο προς την προκείμενη παράβαση. Κατά τις προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως Verica Trstenjak (σκέψη 78): «*Το μέτρο αυτό είναι εν προκειμένω σύμφωνο και ως προς την αρχή της αναλογικότητας, αν ληφθεί υπόψη η αρχικώς προβλεπόμενη τριακονταετής διάρκεια της σύμβασης διαθέσεως απορριμάτων. Λόγω της διάρκειας αυτής, η συμβατική αυτή σχέση είναι πρόσφορη για τη δημιουργία τετελεσμένων γεγονότων. Επομένως, μία διαιωνιζόμενη, αντίθετη προς το κοινοτικό δίκαιο, κατάσταση μπορεί να αντιμετωπιστεί μόνο με λύση της συμβάσεως*».

⁸⁹ Βλ. σχετική νομολογία ΔΕΚ 4.12.2008, C-448/01, υπόθεση EVN και Wienstrom, Συλλογή 2003, I-14527, σκέψεις 47-51, 56-58, 92-95 και ΔΕΚ 24.01.2008, C-532/06, υπόθεση Λιανάκης και λοιποί, Συλλογή 2008, I-00251, σκέψεις 34-45, ομοίως και ΔΕΚ 25.04.1996, C-87/94, υπόθεση Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, I-2043, σκέψη 88, ΔΕΚ 12.12.2002, C-470/99, υπόθεση Universale-Bau κ.λπ., Συλλογή 2002, I-11617, σκέψη 98, ΔΕΚ 24.11.2005, C-331/04, υπόθεση ATI EAC e Viaggi di Maio κ.λπ., Συλλογή 2005, I-10109, σκέψη 24

προκήρυξης του διαγωνισμού και προκήρυξη νέου, ενώ δε μπορεί νομίμως να συνεχίσει τη διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως αποκλείοντας αυτό το κριτήριο, διότι τούτο θα κατέληγε σε μη νόμιμη τροποποίηση των κριτηρίων ανάθεσης.

Συνεπώς, από τα παραπάνω γίνεται σαφές ότι παρά την απουσία ειδικών ρυθμίσεων του παράγωγου δικαίου, τυχόν παραβίαση των θεμελιωδών αρχών του πρωτογενούς ενωσιακού δικαίου κατά τη διαδικασία κατάρτισης μίας δημόσιας σύμβασης, έχει διαφορετικές έννομες συνέπειες με κριτήριο το χρόνο που θα διαπιστωθεί αυτή από το αρμόδιο εθνικό όργανο. Κι ενώ σε πρότερο χρόνο, πριν τη σύναψη της συμβάσεως, επιβάλλει την ματαίωση του διαγωνισμού από την αναθέτουσα αρχή και την επαναπροκήρυξη διαγωνιστικής διαδικασίας, σε μετέπειτα χρόνο, εφόσον έχει προκύψει συμβατικός δεσμός, η διαπίστωση της παραβίασης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, επιβάλλει, υπό προϋποθέσεις, τη λύση της σύμβασης, ως το μόνο ανάλογο μέσο προς το σκοπό της άρσης της κοινοτικής παρανομίας.

β) Κατά την εκτέλεση

Ενώ κατά το προσυμβατικό στάδιο στόχος είναι το άνοιγμα της σύμβασης στον κοινοτικό ανταγωνισμό και η ανάπτυξη ενός πραγματικού και αποτελεσματικού ανταγωνισμού, μετά τη σύναψη της σύμβασης και τη δημιουργία του συμβατικού δεσμού⁹⁰, η μόνη επιδίωξη που ενδιαφέρει την εκτέλεσή της είναι να μην

⁹⁰ Βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, *Η προστασία...*, ό.π., σελ. 252 επ., όπου επισημαίνει εξάλλου, ότι η διάκριση ανάμεσα στο στάδιο κατάρτισης και το στάδιο εξέλιξης μίας διοικητικής σύμβασης είναι περισσότερο λειτουργική, παρά εννοιολογική διάκριση, που οφείλεται κατά βάση στις εθνικές δικονομικές παραδοξότητες διχοτόμησης των διαφορών που μπορούν να προκύψουν. Αντίθετα, αναδεικνύει τη διαρκή θεσμική διαλεκτική μεταξύ προσυμβατικού σταδίου και σταδίου εκτέλεσης της σύμβασης, σύμφωνα με την οποία στο στάδιο της εκτέλεσης επιβιώνουν όλες οι αρχές που διέπουν το στάδιο κατάρτισης της σύμβασης, με τρόπο, ώστε, η κανονιστική ισχύς της διακήρυξης του διαγωνισμού να επιβιώνει και μετά τη σύναψη της σύμβασης, ως και την ολοκλήρωση της εκτέλεσής της και να συνυπάρχει με τις αρχές που συνδέονται αποκλειστικά με την εξέλιξη της συμβατικής σχέσης μεταξύ των συμβαλλομένων. Κατά δε τον Δ. Τομαρά, στον οποίο γίνεται σχετική παραπομπή, τονίζεται η συνολική θεώρηση των δύο σταδίων στο πλαίσιο της σύνθετης διοικητικής ενέργειας και συγκεκριμένα: «η κατάρτιση της συμβάσεως δεν σηματοδοτεί το τέλος της συνθέτου διαδικασίας, αλλά μάλλον αποτελεί ένα ενδιάμεσο στάδιο αυτής, καθώς γνωρίζουμε ότι της συνάψεως έπονται οι πράξεις εκτελέσεως. Οι τελευταίες δύνανται να είναι είτε υλικές πράξεις, είτε διοικητικές πράξεις.

καταστρατηγηθεί το αποτέλεσμα που επετεύχθη από τη διαγωνιστική διαδικασία και ενσωματώθηκε στη συναφθείσα σύμβαση. Πρόκειται για τη θεωρία του ωφέλιμου αποτελέσματος⁹¹ των κανόνων που διέπουν τη διαδικασία κατάρτισης της σύμβασης, η οποία έχει την έννοια ότι η δεσμευτική ισχύς της σύμβασης πρέπει να προστατευτεί στο μέτρο που απαιτείται για τη διασφάλιση της πρακτικής αποτελεσματικότητας αυτών των κανόνων. Συναφώς, επειδή, όπως εξετάσαμε αμέσως ανωτέρω, στους κανόνες που διέπουν το στάδιο κατάρτισης των δημόσιων συμβάσεων, περιλαμβάνονται οι κανόνες του πρωτογενούς δικαίου περί προστασίας του ανταγωνισμού, το ωφέλιμο αποτέλεσμα αυτών κρίνεται προστατευτέο και κατά το στάδιο εκτέλεσης και δεν πρέπει να αναιρείται.

Πέρα από τη θεωρία, η νομολογία του Δικαστηρίου της ΕΕ δέχθηκε, χωρίς ενδοιασμούς και αμφισημίες, την επέκταση της εφαρμογής του πρωτογενούς κοινοτικού δικαίου και δη των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης και στο στάδιο εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης στην απόφαση της 29^{ης} Απριλίου 2004, στην υπόθεση «Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta SpA», C-496/99 P⁹².

Η σημασία της απόφαση αυτής είναι διττή. Πρώτον, δεδομένης της απουσίας ειδικών ρυθμίσεων, αναγνώρισε νομολογιακά την ανάγκη λύσεως καταρτισθείσας σύμβασης, κατά την εξέλιξη του συμβατικού δεσμού, σε περίπτωση ουσιώδους μεταβολής όρου της προκήρυξης, που δεν προβλεπόταν στο αρχικό κείμενο αυτής,

Φυσικό τέρμα μιας σύνθετης διοικητικής ενέργειας που περιλαμβάνει και σύμβαση είναι η πράξη λύσεως της τελευταίας».

⁹¹ Για τη διάκριση ανάμεσα στη θεωρία του «ωφέλιμου αποτελέσματος» και τη θεωρία του λεγόμενου «αναγκαίου αποτελέσματος», βλ. σχετικά Κ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία..., ό.π., σελ. 303-305.

⁹² Το πραγματικό της εν λόγω απόφασης, η οποία εκδόθηκε κατόπιν αίτησης αναιρέσεως κατά της αποφάσεως που εξέδωσε το Πρωτοδικείο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, T-191/96 και T-106/97, CAS Succhi di Frutta κατά Επιτροπής (Συλλογή 1999, σ. II-3181), αφορούσε συντόμως τα κάτωθι περιστατικά: Εκδόθηκε το 1996 από την αναθέτουσα αρχή (την Επιτροπή) προκήρυξη για την προμήθεια χυμών φρούτων, που προβλέπονταν να αποσταλούν ως βοήθεια στον Καύκασο. Ο μειοδότης, κατά τους όρους της προκήρυξης, επρόκειτο να λάβει αντί για χρηματική πληρωμή μήλα που είχαν αποσυρθεί από την αγορά και προέρχονταν από αποθέματα παρέμβασης και οι προσφέροντες έπρεπε να δηλώσουν την απαιτούμενη ως πληρωμή ποσότητα. Μετά την κατακύρωση σε άλλες εταιρίες από την υποψήφια CASSucchidiFruttaSpA, η αναθέτουσα αρχή γνωστοποίησε ότι, αντί για μήλα, μπορούσαν να παραληφθούν και ροδάκινα, πράγμα που αργότερα επεκτάθηκε και σε άλλα είδη φρούτων, ενώ καθορίστηκαν και σχέσεις ισοδυναμίας ανά μονάδα βάρους μεταξύ των διαφόρων ειδών. Αυτές οι σχέσεις ισοδυναμίας τροποποιήθηκαν με μια περαιτέρω απόφαση της Επιτροπής, κατά της οποίας εστράφη το πρώτον δικαστικά η προσφεύγουσα. Το Πρωτοδικείο έκανε δεκτή την προσφυγή ακυρώσεως και η Επιτροπή, καθ' ης η προσφυγή, άσκησε αίτηση αναιρέσεως κατά της αποφάσεως του Πρωτοδικείου.

παραβιάζοντας τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων κατά το χρόνο προετοιμασίας των προσφορών τους. Συγκεκριμένα, με αφορμή την κατά την εκτέλεση της σύμβασης, μονομερή τροποποίηση ουσιώδους όρου του διαγωνισμού, αφορώντος τον τρόπο πληρωμής, στην οποία προέβη η αναθέτουσα αρχή, έκρινε, στις σκέψεις 115 και 116, ότι η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής ως προς την τήρηση των αρχών του κοινοτικού δικαίου και των κριτηρίων που η ίδια έχει καθορίσει με το περιεχόμενο της προκήρυξης, δεν παύει με την ανάθεση της σύμβασης, αλλά συνεχίζεται και μετά από αυτήν, μέχρι και το πέρας του σταδίου εκτέλεσης της σύμβασης και ότι, η αναθέτουσα αρχή, αντιθέτως, *«δεν είναι εξουσιοδοτημένη να αλλοιώνει τη γενική οικονομία του διαγωνισμού, τροποποιώντας στη συνέχεια μονομερώς έναν από τους ουσιώδεις όρους του και, ειδικότερα, μια διάταξη που, αν είχε περιληφθεί στην προκήρυξη του διαγωνισμού, θα είχε παράσχει στους υποψηφίους τη δυνατότητα να υποβάλουν ουσιωδώς διαφορετική προσφορά»*. Σε περίπτωση, δε, όπως συνεχίζει η απόφαση του Δικαστηρίου, που επιθυμεί η αναθέτουσα αρχή να διατηρήσει το δικαίωμά της να προβαίνει σε τέτοιου είδους τροποποιήσεις, πρέπει να περιλάβει αυτή, την εκ μέρους της δυνατότητα, προσαρμογής της σύμβασης, καθώς και τον ειδικό τρόπο εφαρμογής τους, ως ρητό όρο στην προκήρυξη. Μόνο υπό αυτή την προϋπόθεση δίδεται η δυνατότητα όλες οι επιχειρήσεις που ενδιαφέρονται να μετάσχουν στον διαγωνισμό να γνωρίζουν εξ αρχής αυτή τη δυνατότητα αλλοίωσης της σύμβασης και τελούν, κατ' αυτόν τον τρόπο, σε ισότητα κατά την υποβολή της προσφοράς τους. Σε διαφορετική περίπτωση, εφόσον στην προκήρυξη δεν προβλέπεται εκ των προτέρων και με τρόπο σαφή η δυνατότητα αλλοίωσης της υπό εκτέλεση σύμβασης και η αναθέτουσα δεν επιθυμεί πλέον την εκτέλεση της σύμβασης με την μορφή που αυτή ανατέθηκε στον ανάδοχο, η μόνη λύση δεν μπορεί παρά να είναι η διάλυση της σύμβασης και η επαναπροκήρυξή της.

Εκ διαμέτρου αντίθετα, όπως παρατηρεί το ΔΕΚ, αν επιτρεπόταν στην αναθέτουσα αρχή να τροποποιεί κατά βούληση, κατά το στάδιο της εκτελέσεως της συμβάσεως τους όρους του διαγωνισμού, χωρίς ρητή εξουσιοδότηση προκύπτουσα από τις σχετικές ισχύουσες διατάξεις, θα αλλοιώνονταν οι αρχικά προβλεφθέντες όροι που διέπουν την ανάθεση της συμβάσεως. Μια τέτοια πρακτική θα συνεπαγόταν

αναπόφευκτα παραβίαση των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως των υποψηφίων, καθότι εάν η τροποποίηση αυτή είχε περιληφθεί στην προκήρυξη του διαγωνισμού, θα είχε παράσχει, με μεγάλη πιθανότητα, στους υποψηφίους τη δυνατότητα να υποβάλουν ουσιωδώς διαφορετική προσφορά, από αυτή που τελικώς υπέβαλλαν⁹³.

Αφού τον δρόμο άνοιξε η προπαρατεθείσα απόφαση του ΔΕΚ, C-496/99 P, αναφορικά με την ανάγκη διεξαγωγής νέας διαδικασίας διαγωνισμού λόγω μεταγενέστερης μη επιτρεπόμενης τροποποίησης ουσιώδους όρου σε σχέση με την απόφαση περί ανάθεσης και την εξ αυτού του λόγου παραβίαση των βασικών αρχών του πρωτογενούς δικαίου, στο ίδιο μήκος κύματος κινήθηκαν και μεταγενέστερες αποφάσεις του Δικαστηρίου. Πιο συγκεκριμένα, στην απόφαση επί προδικαστικού ερωτήματος, της 8^{ης} Μαΐου 2014, C-161/13, υπόθεση *Idrodinamica Spurgo Velox srl κλπ κατά Acquedotto Pugliese SpA* το Δικαστήριο έκρινε χαρακτηριστικά, στην σκέψη 39, ότι *«η απόφαση με την οποία επιτρέπεται η μεταβολή της συνθέσεως της αναδόχου κοινοπραξίας συνεπάγεται τροποποίηση σε σχέση με την απόφαση περί αναθέσεως, η οποία ενδέχεται να χαρακτηριστεί ως ουσιώδης εφόσον, λαμβανομένων υπόψη των ιδιαιτεροτήτων της επίμαχης διαδικασίας διαγωνισμού, αφορά ένα από τα βασικά στοιχεία στα οποία στηρίχθηκε η έκδοση της αποφάσεως περί αναθέσεως. Στην περίπτωση αυτή, πρέπει να εφαρμόζονται τα αντίστοιχα μέτρα που προβλέπει το εθνικό δίκαιο για την αντιμετώπιση της ως άνω πλημμέλειας, τα οποία μπορούν σε τελική ανάλυση να συνίστανται στη διεξαγωγή νέας διαδικασίας διαγωνισμού»*. Ομοίως έκρινε και η προγενέστερη χρονικά απόφαση επί προδικαστικού ερωτήματος, της 13^{ης} Απριλίου 2010, C-91/08, υπόθεση *Wall*, C-91/08, όπου στη σκέψη 43, το Δικαστήριο εμφατικά τονίζει και πάλι την ανάγκη κίνησης νέας διαδικασίας ανάθεσης *«όταν τροποποιήσεις διατάξεων συμβάσεως για την παραχώρηση υπηρεσιών φέρουν ουσιωδώς διαφορετικά χαρακτηριστικά από εκείνα που δικαιολόγησαν την αρχική ανάθεση της συμβάσεως παραχωρήσεως και υποδηλώνουν, κατά συνέπεια, τη βούληση των συμβαλλομένων να αναδιαπραγματευθούν τους ουσιώδεις όρους της συμβάσεως αυτής»*. Όπως συνεχίζει το ΔΕΚ, στην περίπτωση αυτή, *«θα πρέπει να*

⁹³ ΔΕΚ 29.04.2004, C-496/99 P, υπόθεση *CAS Succhi di Frutta SpA*, Συλλογή 2004, I-03801, σκέψεις 120-121

λαμβάνεται, σύμφωνα με την εσωτερική έννομη τάξη του οικείου κράτους μέλους, κάθε αναγκαίο μέτρο προκειμένου να αποκατασταθεί η διαφάνεια στη διαδικασία, συμπεριλαμβανομένης μιας νέας διαδικασίας αναθέσεως. Η νέα διαδικασία αναθέσεως θα πρέπει, ενδεχομένως, να οργανωθεί κατά τρόπο προσαρμοσμένο στις ιδιαιτερότητες της κρίσιμης παραχώρησης υπηρεσιών και να επιτρέπει σε επιχειρήσεις εγκατεστημένες σε άλλα κράτη μέλη να έχουν πρόσβαση σε κατάλληλες πληροφορίες σχετικά με τη συγκεκριμένη παραχώρηση, πριν αυτή ανατεθεί».

Επιπλέον, χωρίς η σημασία της να εξαντλείται στα παραπάνω, η απόφαση C-496/99 P είναι σημαντική και για έναν ακόμη λόγο. Εξ' αφορμής της εν λόγω απόφασης, διατυπώθηκε νομολογιακά η δυνατότητα των τρίτων μη συμβαλλόμενων ανταγωνιστών, που απέτυχαν ως προς την ανάθεση της σύμβασης⁹⁴, να επιβλέπουν την ορθή εκτέλεση αυτής⁹⁵, ώστε να γίνονται σεβαστοί οι όροι και το αποτέλεσμα της προηγούμενης διαδικασίας κατάρτισης. Συγκεκριμένα, αναφορικά με το έννομο συμφέρον της αναιρεσίβλητης, τρίτης ανταγωνίστριας εταιρείας, να επέμβει στο συμβατικό δεσμό, χαρακτηριστική είναι η σκέψη 57 των προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα S. Alber, που υιοθετήθηκε από την απόφαση του Δικαστηρίου, σύμφωνα με την οποία, έναν υποψήφιο που δεν προκρίθηκε, ώστε να του ανατεθεί η σύμβαση, «δεν τον αφορά ατομικά μόνον η απόφαση της Επιτροπής που καθορίζει την τύχη, ευνοϊκή ή δυσμενή, μιας εκάστης των υποβληθεισών, μετά την προκήρυξη του

⁹⁴ Βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία ..., ό.π., σελ. 636 επ., σχετικά με τον προσδιορισμό των τρίτων μη συμβαλλόμενων ανταγωνιστών, των οποίων τα συμφέροντα κρίνονται άξια έννομης προστασίας. Αναφορικά με την προστασία του ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση μίας διοικητικής σύμβασης και το έννομο συμφέρον τρίτων να παρακολουθούν την ορθή πορεία αυτής, ως προστατευόμενοι τρίτοι θεωρούνται οι επιχειρήσεις που με κάποιον τρόπο συνδέονται με τη διαδικασία κατάρτισης της εν λόγω σύμβασης, δεδομένης της θεμελίωσης της ανωτέρω προστασίας του ανταγωνισμού στη διασφάλιση του ωφέλιμου αποτελέσματος των κανόνων που διέπουν τη διαδικασία της κατάρτισης. Δεν αρκεί, αντίθετα, το γεγονός και μόνο ότι μία πράξη είναι ικανή να επηρεάσει τις ανταγωνιστικές σχέσεις στην αγορά, για να θεωρηθεί κάθε επιχειρηματίας, ο οποίος τελεί σε κάποια σχέση ανταγωνισμού προς τον ευεργετούμενο από την πράξη, ως άμεσα και ατομικά θιγόμενος από αυτήν.

⁹⁵ Βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία ..., ό.π., σελ. 316, όπου σχετικώς αναφέρεται ότι η διαφάνεια της διαδικασίας εκτέλεσης της σύμβασης προς τρίτους συνδέεται με την προστασία του ανταγωνισμού και απομυθοποιεί την παραδοσιακή αντίληψη περί της μυστικότητας του συμβατικού δεσμού, την οποία η καθαρά συμβατική λογική εκλαμβάνει σχεδόν ως έμφυτη ιδιότητα του τελευταίου, στενά συνυφασμένη με τη σχετικότητά του. βλ. Ομοίως και Κ. Γιαννακόπουλο, Η αδιαφάνεια ..., ό.π., αρ. 47

διαγωνισμού, προσφορών⁹⁶. Διατηρεί επίσης ατομικό συμφέρον να μεριμνά ώστε να τηρούνται οι όροι της προκηρύξεως του διαγωνισμού κατά τη φάση της εκτέλεσής του». Η νομολογιακή αυτή παραδοχή του εννόμου συμφέροντος των τρίτων περί της επίβλεψης της ορθής και σύμφωνης με τους όρους της προκήρυξης εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης αποτελεί τομή για την εγγύηση καταπολέμησης των περιπτώσεων καταστρατήγησης της διαδικασίας κατάρτισης της σύμβασης, των μεθοδεύσεων και συμπαιγνιών μεταξύ των συμβαλλόμενων μερών μετά την σύναψη του συμβατικού δεσμού και την εν γένει προστασία του πραγματικού και ανόθευτου ανταγωνισμού⁹⁷.

Συνεπώς, με άξονα τις παραδοχές του ΔΕΚ στην απόφαση της *Succhi di Frutta* κατά Επιτροπής, συμπεραίνει κανείς, για ακόμη μία φορά ότι το κενό που δημιουργεί η απουσία ειδικών ρυθμίσεων του παράγωγου δικαίου περί προστασίας του ανταγωνισμού κατά το στάδιο εκτέλεσης μίας δημόσιας σύμβασης, όπως και κατά το στάδιο της σύναψης, καλύπτεται από την εφαρμογή των γενικών αρχών και κανόνων του πρωτογενούς δικαίου. Αναγνωρίζοντας και υιοθετώντας ένα ποιοτικο-λειτουργικό κριτήριο, το ΔΕΚ στην απόφαση αυτή, επισημαίνει ότι απαγορεύονται κατά την εκτέλεση της σύμβασης αφενός μόνον οι μη εκ των προτέρων γνωστές ουσιώδεις τροποποιήσεις, υπό την έννοια αυτών που αν ήταν γνωστές ήδη κατά το στάδιο κατάρτισης θα μπορούσαν να προκαλέσουν τη συμμετοχή επιπλέον υποψηφίων ή την υποβολή ουσιαστικά διαφορετικών προσφορών, από αυτές που τελικά υποβλήθηκαν, αφετέρου οι υποκειμενικά ηθελημένες απρόβλεπτες τροποποιήσεις ουσιωδών όρων, εν αντιθέσει με τη γενικώς αποδεκτή μεταβολή συμβατικών όρων λόγω αντικειμενικά απρόβλεπτων γεγονότων, όπως ομοίως συμβαίνει και κατά το στάδιο κατάρτισης. Όπως νομολογιακά συνεχίστηκε ⁹⁸, κρίθηκε ότι απαγορευόμενες τροποποιήσεις κατά την εκτέλεση της σύμβασης, με τα

⁹⁶ Συναφώς εδώ έκρινε η απόφαση ΔΕΚ 06.03.1979, C-92/78, υπόθεση *Simmenthal* κατά Επιτροπής, Συλλογή 1979, 00777, σκέψη 25

⁹⁷ Βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία ..., ό.π., σελ. 482-483, σχετικά με τον τρόπο και τα μέσα επίβλεψης της εκτέλεσης της σύμβασης από τους τρίτους, όπως την ευχέρεια πρόσβασης σε πληροφορίες και αποδεικτικά έγγραφα σχετικά με την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης, υπό τη μορφή ύπαρξης υποχρέωσης πληροφόρησης, η οποία βαρύνει τους συμβαλλόμενους και ιδίως το δημόσιο νομικό πρόσωπο που ελέγχει την εξέλιξη της σύμβασης.

⁹⁸ Όπως η νομολογία της *Succhi di Frutta*, συνεχίστηκε ομοίως με την ΔΕΕ 19.06.2008, C-454/06, υπόθεση *Pressetext Nachrichtenagentur*, Συλλογή 2008, I-04401

ανωτέρω χαρακτηριστικά, επιφέρουν παραβίαση των βασικών αρχών της ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων και της αρχής της διαφάνειας, ήτοι θεμελιωδών αρχών του πρωτογενούς δικαίου, η προστασία των οποίων, βασιζόμενη στην αρχή της προστασίας του ωφέλιμου αποτελέσματος της διαγωνιστικής διαδικασίας, μπορεί να φτάσει να έχει ως αποτέλεσμα και τη παύση της συμβατικής σχέσης και την επαναπροκήρυξη διαγωνισμού.

II. Το παράγωγο δίκαιο

A) Η Οδηγία 2007/66/EK

Παρά τις αποσπασματικές προσπάθειες νομολογιακής μεταστροφής και διάπλασης νέων ενδίκων βοηθημάτων σε ορισμένα κράτη μέλη, με κυρίαρχη την προσπάθεια του Γαλλικού Συμβουλίου της Επικρατείας στην υπόθεση *Societe Tropic Travaux Signalisation*⁹⁹, μέχρι τη θέσπιση της νέας «δικονομικής» Οδηγίας 2007/66/EK, ήταν συχνό φαινόμενο, οι τρίτοι μη συμβαλλόμενοι οικονομικοί φορείς μετά το πέρας της σύναψης της δημόσιας σύμβασης να τυγχάνουν ανίκανοι προστασίας και δυνατότητας να αμφισβητήσουν πρόδηλες παρανομίες αυτής. Έτσι, όπως σε πολλές ευρωπαϊκές έννομες τάξεις¹⁰⁰, έτσι και στην ελληνική, ήταν μακροχρόνια η παράδοση «ασυλίας» της συναφθείσας σύμβασης έναντι των τρίτων ανταγωνιστών, ασυλία η οποία οφειλόταν τόσο στο παραδοσιακό σύστημα διπλής δικαιοδοσίας, όσο και στην παρωχημένη διχοτόμηση των διοικητικών διαφορές σε

⁹⁹ Βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, Η προσφυγή τρίτων κατά της διοικητικής σύμβασης και το διαχρονικό δίκαιο της νομολογίας, σχόλιο στην απόφαση του Conseil d'Etat, *Societe Tropic Travaux Signalisation*, ΕφημΔΔ 4/2007, σελ. 482-492, όπου πέραν της μεταστροφής της πάγιας νομολογίας με την σχολιαζόμενη απόφαση και της νομολογιακής διάπλασης ενδίκου βοηθήματος για την ευθεία προσβολή της ίδιας της σύμβασης από τρίτους μη συμβαλλόμενους ανταγωνιστές, επισημαίνεται ότι συναφείς θεωρητικές αναλύσεις είχαν διατυπωθεί και σε προγενέστερη νομολογία του Conseil d'Etat (βλ. υποσ. 15,16,17) και ότι ομοίως τέτοιου είδους ένδικα βοηθήματα αναγνωρίζονται ήδη και σε άλλες ευρωπαϊκές και όχι μόνον χώρες (βλ. υποσ. 19).

¹⁰⁰ Βλ. Βλ. R. Williams, "Remedying a Breach of Community Law: the Judgment in Joined Cases C-20/01 and C-28/01, *Commission v Germany*" (2003) 12 P.P.L.R. 5, NA109, βλ. Επίσης M. Niestedt, "Penalties Despite Compliance? A Note on Case C-503/04, *Commission v Germany*" (2005) 14 P.P.L.R. NA164, ομοίως και S. Treumer, Towards an obligation to terminate contracts concluded in breach of the E.C. Public procurement rules - the end of the status of concluded public contracts as sacred cows, P.P.L.R. (2007), σ. 381

ακυρωτικές και ουσίας. Εξάλλου οι προγενέστερες «δικονομικές» Οδηγίες 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ, οι οποίες τροποποιήθηκαν μερικώς με την Οδηγία 2007/66/ΕΚ, δεν είχαν κατορθώσει να διασφαλίσουν το αιτούμενο επίπεδο αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας των τρίτων, αφενός μη ρυθμίζοντας ούτε το σύνολο των δημοσίων συμβάσεων, αλλά ούτε το στάδιο εκτέλεσης, αφετέρου αφήνοντας μεταξύ άλλων στα κράτη μέλη τη διακριτική ευχέρεια ως προς την ενσωμάτωση του άρθρου 2 παρ. 6 των αντίστοιχων ως άνω Οδηγιών¹⁰¹.

Ανατρέποντας μία μακροχρόνια παράδοση του εθνικού διοικητικού δικαίου των κρατών μελών, η «δικονομική» οδηγία 2007/66/ΕΚ, όχι μόνο προέβη στη βελτίωση των υφιστάμενων εθνικών μηχανισμών προσφυγής κατά το στάδιο σύναψης, αλλά επιπλέον απαίτησε τη θέσπιση μίας νέας προσφυγής, η οποία επιβάλλει, ακόμη και μετά τη σύναψη της σύμβασεως, την κήρυξη του ανενεργού συμβάσεων που συνήφθησαν κατά παράβαση των υποχρεώσεων διαφάνειας και προηγούμενου ανοίγματος στον ανταγωνισμό¹⁰².

¹⁰¹ Πέρα από την ενσωμάτωση της εν λόγω «ασυλίας» στην Ελλάδα με τους Ν. 2522/1997 (αρ. 4 παρ. 2) και Ν. 2854/2000 (αρ. 2 παρ. 3) αντίστοιχα, και τον αποκλεισμό της ακύρωσης αυτής σε περίπτωση που δεν είχε χορηγηθεί προσωρινή δικαστική προστασία, αναφορικά με την ποικιλομορφία του τρόπου ενσωμάτωσης σε επιμέρους εθνικά δίκαια κρατών μελών της επίμαχης διάταξης της παραγράφου 6 του άρθρου 2 της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ βλ. Ε. Πρεβεδούρου, Προβλήματα εφαρμογής της δικονομικής οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, ΕΔΔΔ 1999, σελ. 747 επ.. Συγκεκριμένα, στο Βέλγιο, όπου έννομη προστασία στο πλαίσιο των διαδικασιών σύναψης παρέχεται από το Conseil d'Etat και τα πολιτικά δικαστήρια ανάλογα με το αίτημα του ενδίκου βοηθήματος, προβλέφθηκε σχετικά ότι μετά την κατάρτιση της σύμβασης υπάρχει δυνατότητα έννομης προστασίας από τα πολιτικά δικαστήρια, τα οποία μπορούν να ακυρώσουν τη σύμβαση, κατόπιν αιτήματος των συμβαλλομένων, οι δε τρίτοι δύνανται να επικαλεστούν απόλυτη ακυρότητα της σύμβασης μόνο λόγω παραβίασης κανόνων δημόσιας τάξης κατά τη σύναψη αυτής. Στη Γαλλία, έννομη προστασία κατά τη διαδικασία σύναψης παρέχεται από τα πολιτικά ή τα διοικητικά δικαστήρια, αναλόγως του χαρακτήρα της σύμβασεως, μετά δε τη σύναψη αυτής είναι δυνατό να ζητηθεί μόνο αποζημίωση ή ακύρωση των αποσπαστών πράξεων, η οποία ουδόλως επηρεάζει το κύρος της σύμβασης. Στο Ηνωμένο Βασίλειο έννομη προστασία παρέχουν τα τακτικά δικαστήρια, μετά δε τη σύναψη της σύμβασης προβλέφθηκε μόνο η δυνατότητα χορήγησης αποζημίωσης. Στην Ιρλανδία, όπου αρμόδια για την παροχή έννομης προστασίας είναι τα τακτικά δικαστήρια, μετά τη σύναψη της σύμβασης προβλέφθηκε ότι στην μεν περίπτωση συμβάσεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ ο προσφεύγων μπορεί να επιλέξει μεταξύ της αποζημιώσεως ή της ακύρωσης της σύμβασης, στη δε περίπτωση των συμβάσεων που ρυθμίζονται από την οδηγία 92/13/ΕΟΚ είναι δυνατή μόνο η χορήγηση αποζημίωσης. Στην Ιταλία έννομη προστασία παρέχουν τα διοικητικά δικαστήρια, στα οποία τυχόν ακύρωση της πράξης ανάθεσης δεν ασκεί καμία επιρροή στο κύρος της σύμβασης και από τα πολιτικά, τα οποία μπορούν στο πλαίσιο παρεμπόδιτος ελέγχου, να κρίνουν τη σύμβαση που καταρτίστηκε στη βάση παράνομης πράξης ανάθεσης ως άκυρη. Βλ. ακόμη για το καθεστώς ενσωμάτωσης στις Κάτω Χώρες, τη Σουηδία, την Πορτογαλία, τη Γερμανία, τη Δανία κ.α.

¹⁰² Βλ. τις σχετικές αιτιολογικές σκέψεις 13 επ. της Οδηγίας 2007/66/ΕΚ, βλ. επίσης Α. Γέροντα, Η παροχή αποτελεσματικής έννομης προστασίας στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Μία πρώτη προσέγγιση της Οδηγίας 2007/66/ΕΚ της 11.11.2007 για την τροποποίηση των οδηγιών 89/665/ΕΟΚ

Πρόκειται για υβριδικό ένδικο βοήθημα, επί του οποίου, κατά τις επιταγές της Οδηγίας, κρίνει όργανο προσφυγής, ανεξάρτητο από την αναθέτουσα αρχή¹⁰³, το εθνικό δίκαιο δε κάθε κράτους μέλους μπορεί να κρίνει τις συνέπειες της κήρυξης του ανενεργού, ήτοι αν θα προσδώσει σε αυτές αναδρομικά ή μόνο ex nunc αποτελέσματα, ενώ παράλληλα κατ' εξαίρεση επιτρέπει σε περίπτωση που συντρέχουν επιτακτικού λόγου δημόσιου συμφέροντος να μην κηρύσσεται το ανενεργό της σύμβασης, αλλά άλλες εναλλακτικές κυρώσεις¹⁰⁴.

Παρά το περιορισμένο πεδίο εφαρμογής της νέας δικονομικής οδηγίας και τους ρητά καθορισμένους λόγους απαγγελίας ανενεργού της παρανόμως συναφθείσας σύμβασης που αυτή προβλέπει¹⁰⁵, η σημασία της εν λόγω ρύθμισης κρίνεται εξαιρετικά σημαντική, αφενός λόγω της ιδιότητάς της ως πρώτης νομοθετικής παρέμβασης του ενωσιακού νομοθέτη σχετικά με το ζήτημα της λύσης της σύμβασης, αφετέρου λόγω της σημασίας της αναφορικά με την προστασία τρίτων μη συμβαλλόμενων ανταγωνιστών, καθότι έθεσε τέλος στο προαναφερόμενο καθεστώς παραδοσιακής «ασυλίας» της συναφθείσας σύμβασης.

και 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου όσον αφορά τη βελτίωση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης δημοσίων συμβάσεων σε Χαριστήριο εις Λουκά Θεοχαρόπουλου και Δήμητρα Κοντόγιωργα- Θεοχαροπούλου, Θεσσαλονίκη 2009, τ. ΙΙ, σελ. 61 επ.

¹⁰³ Ο Έλληνας νομοθέτης επέλεξε στα πλαίσια του Ν. 3886/2010, συγκεκριμένα στο άρθρο 8 αυτού, να κρίνει επί του ένδικου βοηθήματος της προσφυγής για την κήρυξη ακυρότητας της σύμβασης δικαιοδοτικό όργανο και δη το κατά περίπτωση αρμόδιο Διοικητικό Εφετείο της έδρας της αναθέτουσας αρχής ή το ΣτΕ, σε περιπτώσεις συμβάσεων με προϋπολογισμό μεγαλύτερο των 15.000.000 ευρώ, περιλαμβανομένου του ΦΠΑ. Αντίθετα, με τον Ν. 4412/2016, άρθρο 368 επ., ο οποίο κατήργησε τον Ν. 3886/2010, ο Έλληνας νομοθέτης κάνοντας χρήση της διακριτικής ευχέρειας που του παρείχε η Οδηγία 2007/66/ΕΚ, ανέθεσε την κρίση επί της κήρυξης ακυρότητας σε μία ανεξάρτητη νεοσυσταθείσα αρχή, την ΑΕΕΠ. Η εν λόγω απόφαση της ΑΕΠΠ, όπως προβλέπεται πλέον, θα υπόκειται εν συνεχεία, σε τελική δικαιοδοτική κρίση του αρμόδιου Διοικητικού Εφετείου ή του ΣτΕ.

¹⁰⁴ βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, Η χαμένη δικονομία των δημοσίων συμβάσεων: ακόμη μία χαμένη ευκαιρία, ΕφημΔΔ 5/2010, σελ. 601-602 επ, για την προβληματική της δυνατότητας του αρμόδιου οργάνου προσφυγής να προβαίνει σε τέτοιες κρίσεις σκοπιμότητας, τις οποίες μόνο το συμβαλλόμενο δημόσιο νομικό πρόσωπο ή μία ανεξάρτητη αρχή μπορούν να κάνουν

¹⁰⁵ Οι τρεις περιοριστικά αναφερόμενοι λόγοι για τους οποίους ο ενδιαφερόμενος μπορεί να ζητήσει να κηρυχθεί το ανενεργό της σύμβασης που υπογράφηκε, είναι οι κάτωθι: α) εφόσον ανατέθηκε αυτή χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ήτοι σε περίπτωση μείζονος σημασίας παρανομίας, δηλαδή απευθείας ανάθεσης ή β) εφόσον δεν τηρήθηκε η υποχρέωση αναστολής της σύναψης, κατά τη διάρκεια της ανασταλτικής περιόδου ή γ) σε περίπτωση σύναψης συμφωνίας πλαισίου και εφαρμογής δυναμικού συστήματος αγορών, όταν παραβιάζονται κατ' ιδίαν υποχρεώσεις, βλ. επιπλέον περισσότερη ανάλυση σε Κ. Σκουρή, Η νέα δικονομική οδηγία 2007/66/ΕΚ, ΔηΣΚΕ 2009, σελ. 40 επ.

B) Οι Οδηγίες 2014/23/ΕΕ, 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ

Καταρχάς, είναι αλήθεια ότι το δίκαιο της Ένωσης έχει ρυθμίσει με το εργαλείο της Οδηγίας¹⁰⁶ περισσότερο το προσυμβατικό στάδιο, διότι, μόνο αυτό, κατ' εσφαλμένη διαπίστωση, διασφαλίζει τον ανταγωνισμό, επιτυγχάνοντας καταρχήν το άνοιγμα στον ανταγωνισμό και εμποδίζοντας τη στεγανοποίηση της αγοράς και τον αυθαίρετο αποκλεισμό οικονομικών φορέων. Ωστόσο, παρά την παραδοσιακή αντίληψη ότι το ενδοσυμβατικό στάδιο επαφίεται αποκλειστικά στην εθνική ρύθμιση των κρατών μελών¹⁰⁷, αλλά και την άποψη ότι το στάδιο εκτέλεσης δεν παρουσιάζει διασυνοριακό ενδιαφέρον¹⁰⁸, λόγω της παγίωσης του συμβατικού δεσμού, δεν αμφισβητεί κανείς ότι ζητήματα νόθευσης του ανταγωνισμού μπορεί να προκύψουν και κατά το στάδιο εκτέλεσης, είτε ως μορφή παραβίασης του ωφέλιμου αποτελέσματος της διαγωνιστικής διαδικασίας, είτε ως μορφή προγενέστερων παραβιάσεων του κοινοτικού δικαίου κατά το στάδιο της σύναψης που επιβιώνουν και ασκούν επιρροή στο στάδιο εκτέλεσης. Η νόθευση αυτή, η οποία, υπό προϋποθέσεις, δύναται να οδηγεί ως κύρωση στη λύση της δημόσιας σύμβασης, όπως αναλύσαμε παραπάνω, μέχρι πρότινος, αντιμετωπιζόταν νομολογιακώς διαμέσω της εφαρμογής των θεμελιωδών αρχών του πρωτογενούς δικαίου. Από το έτος 2014, ωστόσο, με τις τρεις νέες ουσιαστικού περιεχομένου Οδηγίες, 2014/23/ΕΕ,

106 βλ. I. Hors, *Shedding Light on Corrupt Practices in Public Procurement*, P.P.L.R., (2003) 12, NA101, όπου εντοπίζοντας τις ανταγωνιστικές πρακτικές των κρατών μελών και τα σχετικά αίτια, τονίζει την εν τοις πράγμασι σκοπιά του προβληματισμού. Συγκεκριμένα, επισημαίνει ότι δεν αρκεί μόνο η υιοθέτηση κανόνων για την επίτευξη υγιούς ανταγωνισμού, διαφάνειας και αποτελεσματικότητας. Είναι εξίσου σημαντικό να διασφαλίζεται ότι τόσο οι κρατικού, όσο και οι ιδιωτικοί φορείς, θα χρησιμοποιούν αυτούς τους κανόνες και θα σέβονται τους θεμελιώδεις σκοπούς της Ένωσης.

107 Dr Albert Sanchez Graells, *What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of their Economic Balance?*, 06.07.2012, SSRN, σελ. 6, όπου αναφέρεται μεταξύ άλλων ότι «η κόκκινη γραμμή» των κοινοτικών διατάξεων που ρυθμίζουν καθαρά συμβατικά ζητήματα επεκτείνεται ολόενα και περισσότερο, βλ. Και S. Treumer, *Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: The European Commission's Proposal of December 2011*, PPLR 2012, σελ. 166, καθώς και Rui Medeiros, *The New Directive 2014/24/EU on Public Procurement: A First Overview*, in *The new Directive 2014/24/EU on Public Procurement* (eds. Luís Valadares Tavares / Rui Medeiros /David Coelho), Lisbon, 2014, σελ. 49, διαθέσιμο στο https://www.servulo.com/xms/files/THE_NEW_DIRECTIVE_2014_Rui_Medeiros.pdf

¹⁰⁸ Βλ. γνωμοδότηση Επιτροπής των Περιφερειών με θέμα «Δέσμη μέτρων για τις δημόσιες συμβάσεις» 2012/C 391/09 επί της πρότασης οδηγίας του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με τις δημόσιες συμβάσεις (COM (2011) 896 final), σημείο 23

2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ¹⁰⁹, ο κοινοτικός νομοθέτης καινοτόμησε και περιέλαβε για πρώτη φορά σε ρύθμιση το μετασυμβατικό στάδιο, περιλαμβάνοντας κανόνες για την εκτέλεση της σύμβασης και συγκεκριμένα προκειμένου για τη λύση αυτής¹¹⁰.

Με τα σχετικά άρθρα για την πρόβλεψη της λύσης της δημόσιας σύμβασης εισήχθη για πρώτη φορά ένας μηχανισμός, μέσω του οποίου εξασφαλίζεται η τήρηση των κανόνων των Οδηγιών. Συγκεκριμένα, ο ενωσιακός νομοθέτης ρύθμισε «τουλάχιστον» τρεις περιπτώσεις, κατά τις οποίες μία αναθέτουσα αρχή/φορέας δύναται να προβεί σε μονομερή καταγγελία δημόσιας σύμβασης, εμπίπτουσας στο πεδίο εφαρμογής των εν λόγω Οδηγιών, λύνοντας μονομερώς το συμβατικό δεσμό επισημαίνοντας παράλληλα την ευχέρεια των κρατών μελών να θεσπίσουν επιπλέον λόγους καταγγελίας. Ήτοι, καταρχήν, ρύθμισε ως λόγους καταγγελίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής τους κάτωθι¹¹¹: α) την ουσιώδη τροποποίηση της σύμβασης, ήτοι παρανομία που εμφίλοχώρησε κατόπιν της σύναψης και κατά την εξέλιξη του συμβατικού δεσμού, β) τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο του αναδόχου και γ) τη διαπιστωμένη με απόφαση του ΔΕΕ αθέτηση των κοινοτικών υποχρεώσεων

¹⁰⁹ Πρόκειται για τις Οδηγίες 2014/23/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26.02.2014, σχετικά με την ανάθεση των συμβάσεων παραχώρησης, 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26.02.2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/28/ΕΚ και 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26.02.2014, σχετικά με τις προμήθειες φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ και τα αντίστοιχα άρθρα 44, 73 και 90 με τίτλο «Λύση συμβάσεων» στα επιμέρους κεφάλαια που αφορούν την εκτέλεση της σύμβασης

¹¹⁰ Ως προς το νομοθετικό σκοπό των νέων ρυθμίσεων βλ. τις αιτιολογικές σκέψεις 80, 112 και 118 αντίστοιχα των επιμέρους νέων Οδηγιών, όπου τονίζεται επί λέξει: «Οι αναθέτοντες φορείς βρίσκονται ενίοτε αντιμέτωποι με καταστάσεις που απαιτούν την πρόωγη καταγγελία δημόσιων συμβάσεων προκειμένου να συμμορφωθούν προς υποχρεώσεις δυνάμει του δικαίου της Ένωσης στον τομέα των δημόσιων προμηθειών. Τα κράτη μέλη θα πρέπει, συνεπώς, να διασφαλίζουν τη δυνατότητα των αναθετόντων φορέων, βάσει των προϋποθέσεων που ορίζει το εθνικό δίκαιο, να καταγγέλλουν μια δημόσια σύμβαση κατά τη διάρκεια της ισχύος της, εφόσον απαιτείται από το δίκαιο της Ένωσης».

¹¹¹ Σημειωτέον ότι η αρχική Πρόταση οδηγίας της Επιτροπής (COM (2011) 896 final) περιλάμβανε έναν ακόμη λόγο καταγγελίας. Σύμφωνα με αυτόν, εάν σε συμβάσεις αρχικώς συναφθείσες μεταξύ δημόσιων φορέων και μη ρυθμισθείσες ως εκ του λόγου τούτου από το καθεστώς των οδηγιών (in house), προέκυπτε ιδιωτική συμμετοχή κατά τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης, το γεγονός αυτό θα έπρεπε να συνεπάγεται καταγγελία της αρχικής σύμβασης και σύναψη νέας υπό το καθεστώς του παράγωγου ενωσιακού δικαίου. Βλ. σχετικά με το ζήτημα αυτό και τον λόγο της μη συμπερίληψης αυτού του λόγου καταγγελίας στο τελικό κείμενο τη Οδηγίας Dr T. Kotsionis, The 2014 Utilities Directive of the EU: codification, flexibilisation and other misdemeanours, P.P.L.R. 2014, σ.185, όπου αναφέρεται ότι ο λόγος αυτός δεν περιλήφθηκε προκειμένου αφενός να μην θεσπισθεί μία τέτοιου είδους απόλυτη απαγόρευση ιδιωτικής συμμετοχής, αφετέρου να μετριάσθουν ανησυχίες αναφορικά με προϋπάρχουσες ρυθμίσεις

του αναδόχου, ήτοι παρανομίες του ενωσιακού δικαίου που συνέτρεχαν ήδη κατά την ανάθεση της συμβάσεως.

Ωστόσο, έχει υποστηριχθεί¹¹² πως, μολονότι εκ πρώτης άποψης η ως άνω το πρώτον επέμβαση του ενωσιακού νομοθέτη στο μετασυμβατικό στάδιο, με τη ρητή ρύθμιση της τύχης ήδη συναφθείσας συμβάσεως, ομοιάζει με καινοτομία, στην πραγματικότητα η δυνατότητα μίας αναθέτουσας αρχής να θέσει τέλος σε μία παράνομη σύμβαση προϋπήρχε και υφίστατο ακόμη και παρά την απουσία σχετικής απόφασης δικαιοδοτικού οργάνου. Απορρέει δε από το άρθρο 4 παρ. 3 ΣΕΕ (πρώην άρθρο 10 ΣΕΚ περί καθήκοντος συνεργασίας), το οποίο θεσπίζοντας υποχρέωση των κρατών μελών να λαμβάνουν κάθε κατάλληλο μέτρο ώστε να εκπληρώνουν τις ενωσιακές τους υποχρεώσεις, αποδίδει κατ' ακολουθίαν γενικευμένες ευχέρειες στις αναθέτουσες αρχές όταν αυτές διαπιστώνουν σοβαρές παραβάσεις του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων κατά την εκτέλεση μίας δημόσιας σύμβασης. Ούτε, ομοίως, το περιεχόμενο των κατ' ιδίαν λόγων καταγγελίας, ενεχόντων περιπτώσεων παραβιάσεων του κοινοτικού δικαίου είναι κάτι νέο. Αντιθέτως, στα πλαίσια διαλόγου του Δικαστηρίου της ΕΕ και του κοινοτικού νομοθέτη, οι ρυθμισμένοι πλέον λόγοι καταγγελίας αποτελούν στην πραγματικότητα νομολογιακό μόρφωμα του Δικαστηρίου, το οποίο υφίστατο ήδη και εδύνατο να οδηγήσει από τις αρμόδιες εθνικές αρχές στη λύση της σύμβασης, κατόπιν απόφασης διαπιστώνουσας σοβαρή παραβίαση ενωσιακού δικαίου από το ΔΕΚ (νυν ΔΕΕ).

Σε κάθε περίπτωση, πάντως, η επιλογή του κοινοτικού νομοθέτη να περιλάβει σε κείμενο Οδηγιών τη ρύθμιση του ζητήματος της λύσης μίας παράνομης δημόσιας σύμβασης είναι συνειδητή και ο στόχος αυτής διττός. Αφενός, επιδιώκει¹¹³ την εμπέδωση στη συνείδηση όλων των εμπλεκόμενων φορέων της πιστής συμμόρφωσης με τους κανόνες του ενωσιακού δικαίου. Αφετέρου, στοχεύει στην ομοιόμορφη αντιμετώπιση από όλα τα κράτη μέλη των άκρως σημαντικών παρανομιών του

¹¹² S. Treumer, Towards an obligation to terminate contracts concluded in breach of the E.C. Public procurement rules - the end of the status of concluded public contracts as sacred cows, P.P.L.R. (2007), σ. 384, όπου επιπλέον εξηγείται ότι είναι η ίδια η παράβαση του κοινοτικού δικαίου καθ' εαυτή που δημιουργεί υποχρέωση ή ευχέρεια λύση της σύμβασης και αντιθέτως δεν γεννώνται αυτές ως απόρροια μίας δικαστικής απόφασης.

¹¹³ Σ. Καλογήρου, Φως στο νέο καθεστώς σύναψης και εκτέλεσης συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών κατά την Οδηγία 2014/23/ΕΕ, ΕφημΔΔ 6/2014, σελ. 799

κοινοτικού δικαίου με την ίδια κύρωση, αυτή της λύσης της σύμβασης. Εξάλλου, είναι γνωστό ότι, εφαρμοζόμενων μόνο των γενικών αρχών, όπως πριν, ενυπάρχει κίνδυνος ανασφαλείας δικαίου, ιδίως αν υπάρξουν αποκλίνουσες ερμηνείες και διαφορές στην κατανόηση των αρχών της ΣΛΕΕ, λόγω και των μεγάλων διαφορών μεταξύ των νομοθεσιών στα διάφορα κράτη μέλη¹¹⁴.

α) Η ουσιώδης τροποποίηση

Σύμφωνα με τις νέες ουσιαστικού περιεχομένου Οδηγίες 2014/23/ΕΕ, 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ¹¹⁵, οι αναθέτουσες αρχές δύνανται να καταγγέλουν μία δημόσια σύμβαση, απευθείας, εφόσον διαπιστώνουν ότι η σύμβαση έχει υποστεί ουσιώδη τροποποίηση του περιεχομένου της και για το λόγο αυτό απαιτείται νέα διαγωνιστική διαδικασία¹¹⁶.

Δια του λόγου το αληθές, όπως επαναλάβουμε παραπάνω, ο πρώτος λόγος λύσης του παράγωγου ενωσιακού δικαίου αποτελεί πράγματι αποτύπωση των πορισμάτων της νομολογίας του ΔΕΚ και όχι καινοτομία του νομοθέτη. Η νομολογία της απόφασης CAS Succhi di Frutta, στην οποία έχουμε ήδη αναφερθεί, επεκτάθηκε περαιτέρω με την απόφαση επί της υπόθεσης Pressetext, C-454/2006¹¹⁷, στην οποία

¹¹⁴ Βλ. αιτιολογική σκέψη 4 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26.02.2014, σχετικά με την ανάθεση των συμβάσεων παραχώρησης

¹¹⁵ Στα άρθρα 44, 73 και 90 αντίστοιχα των Οδηγιών του Συμβουλίου και του Κοινοβουλίου

¹¹⁶ S. Treumer, Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract : the European Commission' s proposal of December 2011, P.P.L.R. 2012, 153, όπου αναφέρεται ότι οι τροποποιήσεις που λαμβάνουν χώρα σε συναφθείσα σύμβαση μπορεί μεν να μην εναντιώνονται και να είναι υπό μία έννοια «ευπρόσδεκτες» από τα εθνικά δίκαια κρατών μελών, κάτι τέτοιο ωστόσο δε συνάδει με το καθεστώς της ευρωπαϊκής κοινότητας

¹¹⁷ ΔΕΕ 19.06.2008, C-454/06, υπόθεση Pressetext Nachrichtenagentur, Συλλογή 2008, I-04401. Η εν λόγω απόφαση εκδόθηκε επ' αφορμή υποβολής από το αυστριακό Bundesvergabeamt ενός μακροσκελούς καταλόγου προδικαστικών ερωτημάτων που αφορούσαν την ερμηνεία του όρου «σύναψη» στο πλαίσιο του δικαίου περί δημοσίων συμβάσεων. Ειδικότερα, έπρεπε να διευκρινιστεί υπό ποιες προϋποθέσεις η τροποποίηση υφιστάμενης συμβάσεως πρέπει να θεωρείται ως σύναψη νέας δημόσιας συμβάσεως παροχής υπηρεσιών, ώστε να πρέπει να προηγηθεί, εφόσον παρίσταται ανάγκη, η διαδικασία περί συνάψεως δημόσιας συμβάσεως.

Συγκεκριμένα, όσον αφορά τα πραγματικά περιστατικά, η διαφορά ανέκυψε στο πλαίσιο διαμάχης με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών πρακτορεύσεως ειδήσεων στις αυστριακές ομοσπονδιακές αρχές όταν η pressetext Nachrichtenagentur, μια σχετικά νέα εταιρία παροχής τέτοιων υπηρεσιών στην αυστριακή αγορά, αμφισβήτησε με τα ένδικα βοηθήματα που άσκησε το κύρος των συμβατικών σχέσεων οι οποίες υφίστανται παραδοσιακά μεταξύ της Αυστριακής Δημοκρατίας και της από μακρού δραστηριοποιούμενης στην Αυστρία Austria Presse Agentur και οι οποίες τροποποιήθηκαν κατά τα έτη 2000, 2001 και 2005 αντίστοιχως.

το Δικαστήριο επικεντρώθηκε στην επεξεργασία της έννοιας της «ουσιώδους μεταβολής»¹¹⁸ των επιμέρους στοιχείων της σύμβασης. Όπως επισημαίνει η αρμόδια γενική εισαγγελέας Juliane Kokott στις Προτάσεις, της 13ης Μαρτίου 2008, είναι σύνηθες φαινόμενο σε διαρκείς συμβάσεις μακράς διάρκειας να απαιτείται πολλές φορές η προσαρμογή του αντικειμένου τους σε νέες, διαρκώς μεταβαλλόμενες συνθήκες, η οποία ενδέχεται να συμβάλει στην καλύτερη πραγματοποίηση του σκοπού της σύμβασης. Στις περιπτώσεις, όμως, τέτοιων μεταβολών, όπως συνεχίζει η γενική εισαγγελέας, είναι αναπόφευκτο να συγκρούεται η επιδίωξη για την όσο το δυνατόν αποτελεσματικότερη ολοκλήρωση της εκτελέσεως της σύμβασης, αφενός, με την αξίωση των διαγωνιζόμενων να παραμείνει αναλλοίωτο το αντικείμενο της σύμβασης αφετέρου. Η σύγκρουση αυτή καταλήγει στο επιτρεπτό των επουσιωδών αλλαγών και στην απαγόρευση των ουσιωδών. Οι τελευταίες, ήτοι οι ουσιώδεις, υποδηλώνοντας την βούληση των μερών περί επαναδιαπραγμάτευσης βασικών συμβατικών όρων¹¹⁹, πρέπει να συνεπάγονται, κατά τις προτάσεις της γενικής εισαγγελέας, σύναψη νέας σύμβασης.

Η απόφαση *Pressetext* προέβη σε συστηματική κωδικοποίηση των ουσιωδών τροποποιήσεων των συμβατικών όρων, η οποία εν συνεχεία υιοθετήθηκε επακριβώς τόσο στην Πρόταση της Επιτροπής, όσο και στο κείμενο των νέων Οδηγιών. Αποφάνθηκε, συγκεκριμένα, ότι υφίσταται ουσιώδης τροποποίηση, η οποία απαιτεί

Τέθηκε το ζήτημα υπό ποιές προϋποθέσεις κατά την εκτέλεση της σύμβασης α) η αλλαγή αντισυμβαλλόμενου, με τη μορφή αλλαγών καθαρά εσωτερικής φύσεως, β) η εξωτερική μεταβολή συνθηκών, με τη μορφή αλλαγής του εθνικού νομίσματος και της προσαρμογής των αρχικών συμβατικών τιμών και γ) η τροποποίηση όρων της αρχικής σύμβασης, με τη μορφή χρονικής παράτασης συμβατικής ρήτρας παραιτήσεως από το δικαίωμα καταγγελίας και αύξησης της έκπτωσης επί των τιμών ορισμένων παροχών της σύμβασης, αποτελούν ουσιώδεις τροποποιήσεις του συμβατικού δεσμού και πρέπει απαραίτητως να οδηγούν σε νέα διαγωνιστική διαδικασία και νέα σύναψη δημόσιας σύμβασης.

118 Βλ. Χ. Μητκίδη, Οι αλλοιώσεις των δημόσιων συμβάσεων κατά την εκτέλεσή τους, σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, Η υπόθεση *Pressetext*, ΘΠΔΔ 10/2010, σελ. 1017-1022

119 βλ. στο σημείο αυτό για τη σημασία εντοπισμού της υποκειμενικής πρόθεσης των συμβαλλόμενων μερών να επαναδιαπραγματευτούν κατά την εκτέλεση τους ουσιώδεις όρους της σύμβασης ως στοιχείου της ουσιώδους τροποποίησης που δέον να οδηγεί σε σύναψη νέας σύμβασης και ΔΕΚ 05.10.2000, C-337/98, υπόθεση Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλογή 2000, I 8377, σκέψεις 46, 50 και 51 (την πρώτη απόφαση στην οποία το Δικαστήριο εξέτασε την οικεία προβληματική), ΔΕΚ 29.04.2004, C-496/99, υπόθεση CAS *Succhi di Frutta*, Συλλογή 2004, I 3801, σκέψη 117. Ωστόσο βλ. και ΔΕΕ 07.09.2016, C-549/14, υπόθεση *Finn Frogne*, δημοσιευμένη στην ψηφιακή Συλλογή, σκ. 33, όπου επισημαίνεται ότι ο χαρακτηρισμός ορισμένης τροποποίησης ως ουσιώδους πρέπει να αναλύεται αντικειμενικά και συνεπώς όχι με βάση την βούληση των συμβαλλομένων μερών.

νέα διαγωνιστική διαδικασία, σε τέσσερις περιπτώσεις. Πρώτον, όταν κατά την διάρκεια ισχύος της αρχικής σύμβασης προστίθενται όροι, οι οποίοι αν είχαν γνωστοποιηθεί κατά τη διαδικασία σύναψης, ενδεχομένως θα είχαν προσελκύσει περισσότερους υποψήφιους στην υποβολή προσφοράς ή θα είχαν οδηγήσει στη συμμετοχή διαφορετικών υποψηφίων, από αυτούς που επιλέχθηκαν ή στην αποδοχή, λόγω των νέων συμβατικών όρων, διαφορετικής προσφοράς, από αυτήν που τελικώς επελέγη. Ενδιαφέρουν δηλαδή ως ουσιώδεις οι τροποποιήσεις εκείνες, οι οποίες δύνανται υπό τις παρούσες συνθήκες να νοθεύσουν τον ανταγωνισμό στην οικεία αγορά και να ευνοήσουν τον αντισυμβαλλόμενο της αναθέτουσας σε βάρος άλλων, ομοίως δραστηριοποιούμενων, οικονομικών φορέων¹²⁰, ενώ δεν ενδιαφέρουν και είναι συνεπώς επιτρεπτές, οι ήσσονος σημασίας τροποποιήσεις.

Έπειτα, ουσιώδης τροποποίηση υφίσταται όταν αλλάζει κατά την εκτέλεση της σύμβασης η οικονομική ισορροπία υπέρ του αναδόχου αφενός, ή επεκτείνεται σημαντικά το αντικείμενο του συμβατικού δεσμού αφετέρου. Εδώ ανευρίσκεται το όριο των επιτρεπόμενων, ποσοτικά και ποιοτικά¹²¹, τροποποιήσεων που δύνανται να

¹²⁰ Βλ. Kirsi- Maria Halonen, Termination of a public contract- lifting the veil on art. 73 of 2014/24 Directive, P.P.L.R. 2017, σ. 196, όπου αναφορά στην ΔΕΕ 07.09.2016, C-549/14, υπόθεση Finn Frogne, δημοσιευμένη στην ψηφιακή Συλλογή, σύμφωνα με την οποία έγινε σαφές στην νομολογία ότι απαγορεύεται κάθε είδους ουσιώδης τροποποίηση που λαμβάνει χώρα μετά τη σύναψη της σύμβασης, ενώ δεν είναι επιτρεπτές ούτε μεταβολές, οι οποίες κατατείνουν μόνον στο να ελαχιστοποιήσουν τις επιβλαβείς συνέπειες λύσης μίας σύμβασης, όπως στην περίπτωση της C-549/14. Στην υπόθεση αυτή τέθηκε το ζήτημα εάν απαιτείται νέα διαδικασία ανάθεσης όταν η διενεργούμενη τροποποίηση συνιστά αντικειμενικώς τρόπο εξωδικαστικού διακανονισμού, ο οποίος περιλαμβάνει αμοιβαίες παραιτήσεις από μέρους αμφοτέρων των συμβαλλομένων, προκειμένου να δοθεί τέλος σε διαφορά της οποίας η έκβαση είναι αβέβαιη και η οποία ανέκυψε λόγω των δυσχερειών εκτελέσεως της συμβάσεως αυτής, όπου και η απόφαση του Δικαστηρίου ήταν καταφατική.

¹²¹ Για τις επιτρεπόμενες, ποσοτικά και ποιοτικά τροποποιήσεις του συμβατικού δεσμού, βλ. Α. Γέροντα, Διοικητικό Δίκαιο, σελ. 316-317, όπου επισημαίνεται ότι: «Ο ποιοτικός περιορισμός του δικαιώματος για μονομερή τροποποίηση των συμβατικών όρων αναφέρεται στο είδος των τροποποιήσεων που μπορεί να επιφέρει η διοίκηση. Ανεπίδεκτοι τροποποίησης θεωρούνται εκείνοι οι όροι, οι οποίοι καθορίζουν το χαρακτήρα και το αντικείμενο της διοικητικής σύμβασης και όσοι αναφέρονται στις αμοιβές και τα ανταλλάγματα του αναδόχου, εκτός εάν η μεταβολή αυτών των όρων αποτελεί αναγκαστική συνέπεια μίας άλλης επιτρεπτής συμβατικής τροποποίησης. Ο ποσοτικός περιορισμός αναφέρεται στην έκταση των τροποποιήσεων και σε καμία περίπτωση η άσκηση του δικαιώματος για μονομερή τροποποίηση δε μπορεί να οδηγήσει στη διατάραξη της ισορροπίας της σύμβασης, η οποία αντίκειται στο σκοπό αυτού του δικαιώματος και ενδεχομένως καταλήγει και στην κατάλυση του συμβατικού σκοπού. Επομένως, η ανατροπή της οικονομικής ισορροπίας της σύμβασης αποτελεί και το απόλυτο όριο για άσκηση από τη διοίκηση του δικαιώματος για μονομερή τροποποίηση των συμβατικών όρων», βλ. Επίσης ομοίως και Ι. Κοϊμτζόγλου, Μορφές της Απρόβλεπτης Μεταβολής των Συνθηκών Εκτέλεσης των Διοικητικών Συμβάσεων, Εκδ. Σάκκουλα, 1997, σελ. 224-225, όπου αναφέρεται ότι: «Ανεπίδεκτοι τροποποίησης, κατ' ενάσκηση του σχετικού δικαιώματος της διοίκησης, είναι και εκείνοι οι συμβατικοί όροι, οι οποίοι, επειδή καθορίζουν το χαρακτήρα και το αντικείμενο της

επέλθουν στο πλαίσιο μίας σύμβασης και οι οποίες δεν θα πρέπει να επιφέρουν ούτε την αλλαγή του χαρακτήρα της σύμβασης, ούτε την ανατροπή της οικονομικής ισορροπίας της. Στην περίπτωση αθέμιτων τροποποιήσεων, που κλονίζουν την ταυτότητα της αρχικώς συναφθείσας σύμβασης με τον παραπάνω τρόπο, δεν μπορεί παρά να διαταράσσεται το ωφέλιμο αποτέλεσμα του πραγματικού ανταγωνισμού που αναπτύχθηκε κατά το στάδιο σύναψης της σύμβασης και το οποίο ενσωματώθηκε στη συναφθείσα σύμβαση¹²². Όταν συμβαίνει κάτι τέτοιο, η αποκατάσταση του ανταγωνισμού δεν μπορεί παρά να απαιτεί, υπό προϋποθέσεις, την πρόωρη λύση της τροποποιηθείσας σύμβασης και εν συνεχεία τη διενέργεια νέας διαγωνιστικής διαδικασίας για εκ νέου ανάθεση¹²³.

Τέλος, ιδιαίτερη σημασία έχει η ανάλυση στην οποία προέβη η νομολογία της *Pressetext* αναφορικά με την ουσιώδη τροποποίηση που σχετίζεται με τη μεταβολή του προσώπου του αναδόχου κατά την εκτέλεση της συμβάσεως. Η γενική εισαγγελέας ξεκινά από την παραδοχή ότι η μεταβολή του προσώπου του αναδόχου συνιστά οπωσδήποτε ουσιώδη τροποποίηση των όρων της σύμβασης, δυνάμενη να νοθεύσει τον ανταγωνισμό και να ευνοήσει συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς, διότι με τον τρόπο αυτό, μία επιχείρηση που δεν έλαβε μέρος στη διαδικασία ανάθεσης και της οποίας η επιλογή δεν στηρίχθηκε στη σύγκριση της προσφοράς της

διοικητικής σύμβασης, ενδεχόμενη μεταβολή τους θα διαφοροποιούσε τη συμβατική ταυτότητα. Πρόκειται για τους όρους που με το περιεχόμενό τους αφενός κατατάσσουν τη συγκεκριμένη διοικητική σύμβαση στην μία ή την άλλη κατηγορία των εν λόγω συμβάσεων και αφετέρου προσδιορίζουν, κατά γένος, το προσδοκώμενο από την εκτέλεση της σύμβασης αποτέλεσμα. Η τροποποίηση των όρων αυτών θα επέφερε αλλοίωση της διοικητικής σύμβασης και ανεπίτρεπτη μεταβολή του δικαιοπρακτικού της θεμελίου. Ακόμη, θα υποδήλωνε τη δημόσια ανάγκη για σύναψη νέας διοικητικής σύμβασης και όχι για απλή τροποποίηση της ήδη υπάρχουσας».

122 Συναφώς, για το ζήτημα της μεταβολής των τιμών και τη σχέση της εν λόγω τροποποίησης με την νόθευση του ανταγωνισμού, βλ. Προτάσεις της 13ης Μαρτίου 2008, της γενικής εισαγγελέως Juliane Kokott, επί της απόφασης *Pressetext*, όπου επισημαίνεται ότι ο κίνδυνος νόθευσης του ανταγωνισμού, υφίσταται μεν, αλλά είναι μικρότερος στην περίπτωση μείωσης των τιμών, απ' ότι στην περίπτωση αυξήσεώς τους, διότι η μείωση των τιμών αποβαίνει υπέρ της αναθέτουσας αρχής και συνάμα βελτιώνει την οικονομική αποδοτικότητα της εκτέλεσης της σύμβασης (σκέψη 89).

123 βλ. Και Κ. Γιαννακόπουλο, *Η προστασία ...*, ό.π., σελ. 485, όπου γίνεται αναφορά στο γαλλικό δίκαιο, στο οποίο γίνεται δεκτό πως η απαγόρευση της διατάραξης της οικονομίας της σύμβασης έχει την έννοια ότι, αν κριθεί πως πράγματι υφίσταται ανάγκη να τροποποιηθούν συμβατικοί όροι κατά τρόπο, ώστε να μεταβληθεί το αντικείμενο ή η οικονομία της σύμβασης, η συμβαλλόμενη δημόσια αρχή είναι υποχρεωμένη να διακόψει τη συνέχιση της εκτέλεσης της σύμβασης και να προσφύγει στην προσήκουσα ανταγωνιστική διαδικασία, βλ. συναφώς και Πράσινο βιβλίο σχετικά με τις συμπράξεις δημοσίου και ιδιωτικού τομέα ΣΔΙΤ και το κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων και των συμβάσεων παραχώρησης, Επιτροπή COM/2004/0327 Τελικό, σημείο 49

με τις προσφορές των άλλων υποψήφιων, αναλαμβάνει την εκτέλεση της σύμβασης και άρα τα οφέλη αυτής. Καταλήγει, ωστόσο, στο ότι, κατ' εξαίρεση γίνεται δεκτό ότι μία τέτοια τροποποίηση δε συνιστά σύναψη νέας συμβάσεως σε δύο περιπτώσεις. Συγκεκριμένα, δεν πρόκειται για ουσιώδη τροποποίηση της υπό εκτέλεση συμβάσεως, πρώτον, στην περίπτωση χρήσης υπεργολάβου από τον αντισυμβαλλόμενο της αναθέτουσας αρχής, πρακτική, η οποία γίνεται παγίως δεκτή από τη νομολογία, έστω υπό προϋποθέσεις¹²⁴, ενώ ενθαρρύνεται και από το παράγωγο δίκαιο, δεδομένης και της διατήρησης της εις ολόκληρον ευθύνης για την εκτέλεση της σύμβασης του κύριου, αρχικού αντισυμβαλλόμενου. Δεύτερον, δεν υπάρχει ουσιώδης τροποποίηση όταν ο ανάδοχος προβαίνει σε οργανωτικού χαρακτήρα αλλαγές, αμιγώς εσωτερικής φύσεως¹²⁵.

Συνεπώς, δεδομένων των ανωτέρων, γίνεται σαφές ότι η έννοια της ουσιώδους μεταβολής των συμβατικών όρων που δύναται, πλέον με ρητή πρόβλεψη του παράγωγου δικαίου, να οδηγήσει σε πρόωρη μονομερή λύση μίας δημόσιας σύμβασης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, είναι μία έννοια λειτουργική, άλλως ένα ποιοτικό- λειτουργικό κριτήριο. Στο πλαίσιο αυτό, για την κατάφαση της επιτρεπτής ή ανεπιτρεπτής μεταβολής, πρέπει να ελεγχθούν πρώτα από την αναθέτουσα αρχή, μετέπειτα δε στο πλαίσιο ενδεχόμενου δικαστικού ελέγχου, οι κατ' ιδίαν περιστάσεις της εξεταζόμενης κάθε φορά συμβάσεως¹²⁶.

124 ΔΕΚ 02.12.1999, C-176/98, υπόθεση Holst Italia, Συλλογή 1999, I 8607, σκέψεις 26 και 27

125 Συγκεκριμένα, στην κρινόμενη υπόθεση της Pressetext, το Δικαστήριο εξέτασε την περίπτωση της υποκατάστασης, διαμέσω της μεσολάβησης κάποιας εκ των θυγατρικών εταιριών του αρχικού αναδόχου για την εκτέλεση της συμβάσεως, στην οποία ο αρχικός ανάδοχος κατείχε ποσοστό 100 % του μετοχικού κεφαλαίου της εν λόγω θυγατρικής εταιρείας- υποκαταστάτου. Έκρινε σχετικά ότι δεν υφίσταται εν προκειμένου ουσιώδης τροποποίηση και νόθευση του ανταγωνισμού, διότι εκεί ο ανάδοχος, όντας ο μοναδικός μέτοχος του υποκαταστάτου, ελέγχει τον υποκατάστατό του σαν να επρόκειτο για δική του υπηρεσία, ομοιάζοντας στην in house ανάθεση.

Αξιόλογη είναι στο σημείο αυτό, η επισήμανση της νομολογίας Pressetext, σχετικά με τον χρόνο διαπίστωσης της ουσιώδους τροποποίησης. Κατά τις Προτάσεις της 13ης Μαρτίου 2008, της γενικής εισαγγελέως Juliane Kokott, επισημαίνεται ότι ναι μεν από θεωρητικής άποψης δεν διασφαλίζεται ότι η εταιρική σύνθετη του υποκαταστάτου θα παραμείνει αναλλοίωτη για όλη τη διάρκεια της σύμβασης, πλην όμως κρίσιμα για το υπό εξέταση ζήτημα του αν επήλθε ουσιώδης τροποποίηση της συμβάσεως είναι μόνο τα γεγονότα που θα μπορούσαν να προβλεφθούν in concreto κατά το χρόνο της σύναψης. Η αρχή της ασφάλειας δικαίου επιτάσσει να κρίνεται η υποχρέωση διεξαγωγής του διαγωνισμού πάντοτε αναδρομικά, ήτοι κατά την ημερομηνία συνάψεως της συμβάσεως, ενώ η συνεκτίμηση μεταγενέστερων περιστάσεων είναι δυνατή μόνον εφόσον η επέλευσή τους ήταν απολύτως προβλέψιμη κατά τον χρόνο κατά τον οποίο έλαβε χώρα η πράξη (σκέψεις 63-64).

126 Βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία του Ελεύθερου Ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των Διοικητικών Συμβάσεων, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2006, σελ. 413, όπου επισημαίνεται ότι «για τον

β) Η συνδρομή λόγων αποκλεισμού

Οι νέες Οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις προβλέπουν ως δεύτερο λόγο καταγγελίας μίας σύμβασης τη διαπίστωση από την αναθέτουσα αρχή, κατά την εκτέλεση της σύμβασης, της συνδρομής ενός υποχρεωτικού λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο του αναδόχου, ο οποίος συνέτρεχε ήδη κατά τη στιγμή της ανάθεσης. Πρόκειται για τους περιοριστικά αναφερόμενους¹²⁷ υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού, που περιλαμβάνονται στην ευρύτερη κατηγορία των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και λαμβάνονται υπόψη για την ανάθεση μίας σύμβασης. Αφορούν την προσωπική κατάσταση του αναδόχου και έχουν ως στόχο να μην ανατίθενται συμβάσεις ή κατά περίπτωση να τίθεται τέλος σε ήδη συναφθείσες συμβάσεις με φορείς, για τους οποίους ή, στην περίπτωση νομικών προσώπων, για τα μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου ή για τα μέλη που έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου, έχει εκδοθεί τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση εθνικού δικαστηρίου για συμμετοχή σε εγκληματική οργάνωση, δωροδοκία, απάτη σε βάρος οικονομικών συμφερόντων της Ένωσης, τρομοκρατικά εγκλήματα, νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες και παιδική εργασία ή άλλες μορφές εμπορίας ανθρώπων¹²⁸.

Άξια αναφοράς στο σημείο αυτό είναι η σχετική υπ' αριθμ. 20 κατευθυντήρια οδηγία που εξέδωσε η Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων με θέμα «Λόγοι αποκλεισμού από τη συμμετοχή στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων». Εκεί επισημαίνεται ότι η δυνατότητα μονομερούς καταγγελίας της αναθέτουσας αρχής υφίσταται μόνο στην περίπτωση που η τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση σε βάρος του αναδόχου είχε εκδοθεί μεν σε χρόνο προγενέστερο της σύναψης της σύμβασης, είχε δε, διαφύγει της προσοχής της αναθέτουσας και

προσδιορισμό του θεμιτού ή μη χαρακτήρα των μεταβολών της σύμβασης, μπορούν να ληφθούν υπόψη διάφοροι επί μέρους παράγοντες, όπως ο τύπος της διαδικασίας ανάθεσης, η φύση και η διάρκεια της σύμβασης, το γεγονός ότι οι μεταβολές αυτές ενδεχομένως να ανατρέπουν τους στόχους και τα χαρακτηριστικά της αρχικής σύμβασης (...) το γεγονός ότι οι επίμαχες τροποποιήσεις δικαιολογούνται από αντικειμενικούς και εξωτερικούς της σύμβασης παράγοντες».

127 Για τον περιοριστικό χαρακτήρα των λόγων αποκλεισμού βλ. ΔΕΕ 09.02.2006, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-226/04 και C-228/04, La Cascina, Συλλογή 2006, I-01347, σκέψη 22

128 βλ. Άρθρο 57 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, άρθρο 38 παρ. 4 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ και άρθρο 80 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ του Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, με παραπομπή στο άρθρο 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

διαπιστώθηκε στον ύστερο χρόνο εκτέλεσης της συμβάσεως. Αντιθέτως, τονίζεται ότι δεν υφίσταται ανάλογη δυνατότητα μονομερούς λύσης από την αναθέτουσα αρχή, όταν η τελεσίδικη καταδίκη του οικονομικού φορέα, λόγω της συνδρομής υποχρεωτικών λόγων αποκλεισμού, έλαβε χώρα μετά την ανάθεση της σύμβασης. Στην περίπτωση αυτή, η δυνατότητα καταγγελίας θα έπρεπε να έχει προβλεφθεί ως ειδικός όρος εκτέλεσης της σύμβασης και να έχει αποτυπωθεί στα αρχικά έγγραφα της σύμβασης.

Τέλος, λόγω της απουσίας νομολογιακών πορισμάτων σχετικά με τα νεορυθμιζόμενα από το πρόσφατο παράγωγο δίκαιο ζητήματα πρόωρης λύσης της δημόσιας σύμβασης, αλλά και της σιωπής στο γράμμα των νέων Οδηγιών, δεν είναι σαφές ποιά αντιμετώπιση θα επιφυλάσσεται από τις αναθέτουσες αρχές σε περίπτωση που διαπιστώνεται μεν κατά την εκτέλεση της σύμβασης συνδρομή κάποιου εκ των υποχρεωτικών λόγων αποκλεισμού του αναδόχου, ο ανάδοχος ωστόσο αποδεικνύει ότι έχει λάβει συγκεκριμένα μέτρα αυτοκάθαρσης, άλλως επανορθωτικά¹²⁹, δυνατότητα η οποία για πρώτη φορά παρεσχέθη σε όλους τους οικονομικούς φορείς από το παράγωγο δίκαιο, περιλαμβάνοντας συνάμα και τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού. Σε συστοιχία με τα ίδια προβλεπόμενα, το πιθανότερο σε μία τέτοια περίπτωση είναι ότι η αναθέτουσα αρχή πριν την καταγγελία της δημόσιας σύμβασης θα εξετάζει και θα λαμβάνει υπόψη της τυχόν υπάρχοντα επανορθωτικά μέτρα, τα οποία αποδεικνύουν την αξιοπιστία του αναδόχου. Εξάλλου προς την ίδια κατεύθυνση προσανατολίζεται η επιλογή της Δανίας κατά την ενσωμάτωση των νέων Οδηγιών, καθότι όρισε κατά την ενσωμάτωση ρητώς, πως η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να καταγγείλει τη σύμβαση δεν υφίσταται στην περίπτωση των μη υποχρεωτικών λόγων αποκλεισμού του οικονομικού φορέα, καθώς υπενθύμισε τη δυνατότητα αυτοκάθαρσης¹³⁰.

129 βλ. Αιτιολογική σκέψη 102 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, σύμφωνα με την οποία «... Τα εν λόγω μέτρα μπορεί να συνίστανται ιδίως σε μέτρα που αφορούν το προσωπικό και την οργάνωση, όπως είναι η διακοπή όλων των δεσμών με πρόσωπα ή οργανισμούς που εμπλέκονται στην παράνομη συμπεριφορά, κατάλληλα μέτρα αναδιοργάνωσης προσωπικού, η εφαρμογή συστημάτων υποβολής εκθέσεων και ελέγχου, η δημιουργία δομής εσωτερικού ελέγχου για την παρακολούθηση της συμμόρφωσης και η έγκριση εσωτερικών κανόνων ευθύνης και αποζημίωσης».

¹³⁰ Βλ. Kirsi- Maria Halonen, Termination of a public contract- lifting the veil on art. 73 of 2014/24 Directive, P.P.L.R. 2017, σ. 193, με αναφορά στον τρόπο ενσωμάτωσης της Δανίας

γ) Η διαπίστωση με απόφαση του ΔΕΕ σοβαρής αθέτησης των κοινοτικών υποχρεώσεων

Όπως και οι παραπάνω λόγοι, έτσι και ο θεσπιζόμενος στις νέες Οδηγίες του Συμβουλίου και του Κοινοβουλίου ως τρίτος λόγος πρόωρης λύσης δημόσιας σύμβασης δεν αποτελεί καινοτομία του νομοθέτη. Αφορά την, στο πλαίσιο των γενικών διατάξεων των άρθρων 4 παρ. 3 ΣΕΕ (καθήκον συνεργασίας), 19 παρ. 1 ΣΕΕ και 260 παρ.1 ΣΛΕΕ, υποχρέωση συμμόρφωσης των κρατών μελών και των επιμέρους εθνικών αρχών και την αντίστοιχη υποχρέωση λήψης από αυτούς όλων των κατάλληλων μέτρων επανόρθωσης, κατόπιν δικαστικής απόφασης διαπίστωσης παράβασης από το Δικαστήριο της Ένωσης, δυνάμει της διαδικασίας του άρθρου 258 ΣΛΕΕ¹³¹. Η εν λόγω υποχρέωση, απορρέουσα από τις ίδιες τις Συνθήκες, φυσικά προϋπήρχε της αποτύπωσης στις εξεταζόμενες στο παρόν Οδηγίες. Διατυπωμένη δε με ευρύτητα, περιλαμβάνει στην ουσία και τους δύο προαναφερθέντες λόγους καταγγελίας μίας δημόσιας σύμβασης, υπό την έννοια ότι δεδομένης της έκδοσης απόφασης διαπιστώνουσας παράβαση του δικαίου της Ένωσης, τόσο γενικότερα το κράτος μέλος, όσο και ειδικότερα οι αναθέτουσες αρχές, ως φορείς δημόσιας εξουσίας, οφείλουν να λάβουν τα κατάλληλα μέτρα, προκειμένου να παύσει η εκ μέρους του κράτους μέλους παρανομία. Τα κατάλληλα αυτά μέτρα ενδεχομένως φτάνουν μέχρι και την πρόωρη λύση του συμβατικού δεσμού.

Ωστόσο, η σημασία της ρητής αποτύπωσης της δυνατότητας των αναθετουσών αρχών να θέτουν πρόωρο τέλος σε συμβάσεις που συνάφθηκαν κατόπιν διαπιστωμένης με απόφαση του ΔΕΕ παράβασης του ενωσιακού δικαίου είναι μεγάλη κι έγκειται στην άρση αμφιβολιών και ασαφιών που δημιουργούνταν κατά το προγενέστερο καθεστώς. Διότι σε αυτό, παρά την ύπαρξη σοβαρών παραβιάσεων του

131 Βλ. Ε. Πρεβεδούρου, Η υποχρέωση συμμόρφωσης σε απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης που διαπιστώνει τη σύναψη δημόσιας σύμβασης κατά παράβαση των διατάξεων του ενωσιακού δικαίου (γνωμ), ΘΠΔΔ 12/2014, σελ. 997-1006, όπου εξετάζεται το συναφές ζήτημα που τέθηκε στα πλαίσια της υπ' αριθμ. 557/2014 ΣτΕ (σκέψη 8), σύμφωνα με την οποία ο εθνικός δικαστής της αποζημίωσης, επιλαμβανόμενος αγωγής του αναδόχου με αίτημα την καταβολή σε αυτόν ποσού εκκαθαρισμένου εκ μέρους της Διοίκησης δυνάμει εγκριτικών των υπ' αυτού υποβληθέντων λογαριασμών πράξεων και έχοντας ως αιτία τη σύμβαση, έχει την εξουσία, ακόμη και παρεμπιπτόντως, να ελέγξει τη νομιμότητα των εν λόγω εγκριτικών πράξεων και, εάν κρίνει ότι αυτές παραβιάζουν την υποχρέωση συμμόρφωσης προς αποφάσεις του ΔΕΕ, να αρνηθεί να αναγνωρίσει την υποχρέωση καταβολής του αιτουμένου ποσού.

δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και της έκδοσης αντίστοιχων αναγνωριστικών αποφάσεων από το Δικαστήριο της Ένωσης και πριν τις νέες Οδηγίες, λόγω της αρμοδιότητας κάθε κράτους μέλους να λάβει τα κατά την κρίση του κατάλληλα μέτρα ώστε να άρει την παράβαση, ήταν σύνηθες φαινόμενο να επιλέγονται εναλλακτικές κυρώσεις από τα αρμόδια εθνικά όργανα και όχι οι πλέον πρόσφορες και κατάλληλες για την αποκατάσταση της νομιμότητας¹³².

Θεωρούμε, ότι με την νέα ρύθμιση στο παράγωγο ενωσιακό δίκαιο περί της σχετικής ευχέρειας των αναθετουσών αρχών για τη λύση διαπιστωμένης επισήμως ως παράνομης με απόφαση του Δικαστηρίου δημόσιας σύμβασης, δε θα υπάρχουν πολλά περιθώρια στο μέλλον για διαφορετικές ερμηνείες.

III. Η διακριτική ευχέρεια καταγγελίας και η τροπή σε υποχρέωση

Η κοινή αντίληψη που επικρατούσε παραδοσιακά στα κράτη μέλη, σύμφωνα με την οποία μία παράβαση των κανόνων του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων δεν συνεπαγόταν γενικώς την υποχρέωση καταγγελίας της σύμβασης¹³³, αμφισβητήθηκε έντονα από τη θεωρία¹³⁴, ανατράπηκε δε εν συνεχεία ευθέως και πανηγυρικώς από τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ένωσης¹³⁵.

Ως προς το ίδιο ζήτημα, οι νέες κοινοτικές Οδηγίες σχετικά με την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, στα επιμέρους αντίστοιχα άρθρα περί της λύσης δημόσιας σύμβασης, με μονομερή καταγγελία της αναθέτουσας αρχής, αναφέρουν ότι τα κράτη μέλη διασφαλίζουν πως οι αναθέτουσες αρχές «έχουν τη δυνατότητα» να προβαίνουν στην καταγγελία της σύμβασης. Η εν λόγω διάταξη προσδίδοντας ένα δυνητικό χαρακτήρα στην καταγγελία της σύμβασης, υπό την έννοια πρόβλεψης

¹³² Βλ. την χαρακτηριστική προαναφερόμενη νομολογία του ΔΕΚ, C-503/04, Επιτροπή κατά Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας

¹³³ βλ. R. Williams, *Remedying a Breach of Community Law: the Judgment in Joined Cases C-20/01 and C-28/01, Commission v Germany* (2003) 12 P.P.L.R. 5, NA114, βλ. Επίσης S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Sweet and Maxwell, 2nd ed., 2005

¹³⁴ βλ. S. Treumer, *Damages for Breach of the EC Public Procurement Rules Changes in Europe Regulation and Practice* (2006) 15 P.P.L.R. 159

¹³⁵ ΔΕΚ 18.07.2007, C-503/04, υπόθεση Επιτροπή κατά Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, Συλλογή 2007, I-06153, όπου αναγνωρίστηκε ευθέως η πρόωρη λύση της σύμβασης ως το μόνο αποτελεσματικό μέσο θεραπείας της παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, έναντι οποιασδήποτε άλλης εναλλακτικής κύρωσης

σχετικής διακριτικής ευχέρειας των εθνικών αναθετουσών αρχών, είναι άλλωστε συνεπής με την συστατική υπερεθνική τάση επέμβασης σε εσωτερικές πτυχές του συμβατικού δεσμού¹³⁶.

Πράγματι, αν επιθυμεί κανείς να εξαγάγει ένα γενικό κανόνα περί του τρόπου αντιμετώπισης από μία αναθέτουσα αρχή ή ένα κατά περίπτωση δικαιοδοτικό όργανο των εν εξελίξει συμβατικών δεσμών, στις οποίες έχει επιφορτιστεί παρανομία του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, τείνει προς την ανάγκη της προηγούμενης εξέτασης μιας σειράς ζητημάτων, προτού καταλήξει στην καταγγελία της σύμβασης. Κι αυτό διότι, παρά το γεγονός ότι η προστασία του ανταγωνισμού, που πλήττεται, κατά το στάδιο εκτέλεσης μίας σύμβασης ενέχει αντικειμενικό χαρακτήρα, ο οποίος έχει άμεση σχέση με την ισορροπία της αγοράς και την εξυπηρέτηση του δημόσιου συμφέροντος¹³⁷, εξίσου σημαντική εμφανίζεται η ανάγκη της ασφάλειας δικαίου, της προστασίας των καλόπιστων συναλλασσομένων και η αρχής της συνέχειας της δημόσιας υπηρεσίας, οι οποίες κατά περίπτωση επιβάλλουν τη διατήρηση της ισχύος του συμβατικού δεσμού. Συνεπώς, επιβάλλεται κάθε φορά μια ενδελεχής και *in concreto* ανάλυση των δεδομένων και των συνθηκών εκτέλεσης της εξεταζόμενης σύμβασης και εν συνεχεία μία στάθμιση του σεβασμού της αρχής της νομιμότητας με άλλες αρχές, όπως της αποτελεσματικότητας της διοικητικής δράσης και του

136 Βλ. συναφώς τη Διάταξη του Προέδρου του Δικαστηρίου της 22ας Απριλίου 1994, C-87/94R, Υπόθεση Επιτροπή κατά Βασιλείου του Βελγίου, Συλλογή 1994 I-01395, σκέψη 33-34, όπου αναφέρεται ότι: «... ο κοινοτικός νομοθέτης αποδέχθηκε τη δυνατότητα των κρατών μελών να αποκλείουν, σε εθνικό επίπεδο, την ακύρωση τέτοιων συμβάσεων (ενν. συναφθέντων κατά παράβαση των κανόνων των δημοσίων συμβάσεων) που βρίσκονται στο στάδιο της εκτέλεσής τους. (...) Στο πλαίσιο της αλληλουχίας αυτής, η Επιτροπή οφείλει να επεμβαίνει σε κοινοτικό επίπεδο, στο μέτρο του δυνατού, πριν από τη σύναψη της σχετικής σύμβασης .. », βλ. και Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Siegbert Alber της 19.01.1999, στην υπόθεση C-328/96, Επιτροπή κατά Αυστρίας, Συλλογή 1999 I-07479, σκέψεις 80-82, όπου χαρακτηριστικά αναφέρεται ότι: «η ενδεχόμενη ακύρωση (ενν. παρανόμως συναφθείσας σύμβασης) εμπίπτει στην αρμοδιότητα του κράτους μέλους. Οι νομικές βάσεις και η έκταση της ενδεχόμενης ακύρωσης καθορίζονται από το εθνικό δίκαιο και κατά συνέπεια δεν μπορούν να διαπιστωθούν εδώ κατά τρόπο δεσμευτικό», βλ. και Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως Stix-Hackl, της 16.12.2004, στην υπόθεση C-15/04, Koppensteiner GmbH, Συλλογή 2005, I-04855, σκέψη 70, όπου αναφέρεται ότι: «...ωστόσο ο αποκλεισμός της ακύρωσης και του περιορισμού στη χορήγηση αποζημιώσεως στην ανωτέρω περίπτωση στηρίζεται στην αρχή, ότι οι άπαξ συναφθείσες συμβάσεις δεν πρέπει να ακυρώνονται».

137 βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, Η αδιαφάνεια ..., ό.π., αρ. 109

δημόσιου συμφέροντος, της σταθερότητας των διοικητικών συμβατικών σχέσεων και της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης¹³⁸.

Δεδομένης της σιωπής των Οδηγιών και των σχετικών αιτιολογικών σκέψεων περί των παραμέτρων που πρέπει να λαμβάνονται κάθε φορά υπόψη από τις αναθέτουσες αρχές, προκειμένου αυτές να προβαίνουν σε μια όσο το δυνατόν πιο ορθή αξιολόγηση της σκοπιμότητας καταγγελίας μίας εκτελούμενης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές δύνανται να αξιοποιήσουν την υπάρχουσα νομολογία του Δικαστηρίου. Συναφής για παράδειγμα μπορεί να θεωρηθεί η νομολογία περί της ευθύνης των κρατών μελών ενόψει κατάφωρης παραβίασης των κανόνων του κοινοτικού δικαίου. Στην περίπτωση αυτή, το Δικαστήριο εξειδίκευσε τους παράγοντες που πρέπει να λαμβάνονται υπόψη, περιλαμβάνοντας σε αυτούς το βαθμό σαφήνειας και ακρίβειας του παραβιαζόμενου κανόνα, την έκταση διακριτικής ευχέρειας της αρμόδιας εθνικής αρχής, τον ηθελημένο ή ακούσιο χαρακτήρα της παράβασης, το γεγονός αν η εν λόγω παράβαση συνετέλεσε στη διατήρηση αντιθέτων προς το κοινοτικό δίκαιο εθνικών πρακτικών¹³⁹.

Άλλη παράμετρος που θα πρέπει να λαμβάνεται υπόψη από τις αναθέτουσες αρχές είναι ο βαθμός εκτέλεσης της επίμαχης σύμβασης κατά το χρόνο εξέτασης της ενδεχόμενης κύρωσης της λύσης. Η εν λόγω παράμετρος, η οποία συνδέεται στενά με την αρχή της αναλογικότητας, σημαίνει ότι διαφορετικά θα εκτιμήσει η αναθέτουσα αρχή μία σύμβαση, η οποία παραβιάζει τους ενωσιακούς κανόνες των δημοσίων συμβάσεων, βρίσκεται ωστόσο προς το τέλος του συμβατικού χρόνου ισχύος της, υπό την έννοια ότι ολοκληρώνεται ή έχει ολοκληρωθεί η εκτέλεση αυτής¹⁴⁰ και

138 βλ. Για τη σχετικοποίηση του απόλυτου «δόγματος ακυρότητας» των διοικητικών συμβάσεων Κ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία ..., ό.π., σελ. 104

139 ΔΕΚ 05.03.1996, συνεκδικασθείσες C-46/93 και C-48/93, υπόθεση Brasserie du pêcheur SA and Factorame, Συλλογή 1996, I-01029, σκέψη 56. Κατά δε τη σκέψη 57, θεωρείται πρόδηλη μια παράβαση του κοινοτικού δικαίου, όταν συνεχίζεται παρά την έκδοση δικαστικής απόφασης που διαπιστώνει την προσαπτόμενη παράβαση, ομοιάζοντας στον τρίτο λόγο καταγγελίας που προβλέπουν οι νέες Οδηγίες.

140 βλ. σχετικά σκέψη 21 των Προτάσεων της 24.02.2005, του Γενικού Εισαγγελέα Jacobs επί της υπόθεσης C-394/02, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, όπου επισημαίνεται ότι: «...Γίνεται γενικώς δεκτό ότι η ανατροπή μιας πλήρως εκτελεσθείσας σύμβασης λόγω παραβίασης των εφαρμοστέων κοινοτικών κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων δεν είναι πάντοτε η πλέον συνετή λύση, καθόσον δεν συνεπάγεται, κατά κανόνα, ικανοποιητική αποκατάσταση ούτε των δημοσίων ούτε των ιδιωτικών εμπλεκόμενων συμφερόντων. Αυτό ισχύει ιδιαίτερα στην περίπτωση των συμβάσεων

διαφορετικά μία σύμβαση, η οποία πρόκειται να διαρκέσει για πολύ καιρό ακόμη, επηρεάζοντας περαιτέρω τόσο τον ίδιο το συμβατικό δεσμό, όσο και τις έννομες σχέσεις των τρίτων¹⁴¹, διαιωνίζοντας συγχρόνως την εν λόγω παρανομία στο χρόνο. Επιπλέον, στην περίπτωση συμβάσεων, το αντικείμενο των οποίων αποτελεί δημόσια υπηρεσία υπό λειτουργική έννοια, η παροχή της οποίας είναι ζωτικής σημασίας για το κοινωνικό σύνολο, θα ληφθεί υπόψη με την ανάλογη βαρύτητα το σχετικό δημόσιο συμφέρον, το οποίο ενδεχομένως να επιβάλει την αναγκαιότητα συνέχισης της εκτέλεσης της σύμβασης, περιορίζοντας αναλόγως τη δυνατότητα λύσης της σύμβασης, ενόψει και της χρονικής καθυστέρησης που θα προκαλέσει μία νέα διαγωνιστική διαδικασία. Τέλος δε, δε θα πρέπει να παραβλέπεται και να απουσιάζει από την εκτίμηση της αναθέτουσας τυχόν εσκεμμένη από πλευράς του αρχικού αναδόχου παράβαση των κοινοτικών κανόνων ή έστω επίγνωση αυτής της παράβασης. Κάτι τέτοιο ενδεχομένως συνεπάγεται τον περιορισμό του πραγματικού ενδιαφέροντος του συμβαλλόμενου μέρους για τη διατήρηση της σύμβασης¹⁴².

Σε κάθε περίπτωση, είναι σαφές ότι, ακριβώς λόγω της ratio των νέων διατάξεων περί της πρόωρης λύσης του συμβατικού δεσμού, δεν επιβάλλεται λύση της σύμβασης και διενέργεια νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, εάν δεν υπάρχει υπό τις συγκεκριμένες περιστάσεις, ωφέλιμο αποτέλεσμα για την προστασία του ανταγωνισμού. Κάτι τέτοιο μπορεί ενδεχομένως να συμβαίνει όταν ενόψει της προόδου εκτέλεσης της σύμβασης η επανάληψη της διαδικασίας ανάθεσης θα προκαλέσει ένα δυσανάλογα μεγάλο οικονομικό κόστος¹⁴³ ή πρόκειται για περίπτωση

δημοσίων έργων που έχουν κατά το μεγαλύτερο μέρος τους εκτελεστεί. Υπ' αυτές τις περιστάσεις, ο καλύτερος τρόπος ικανοποίησης των ζημιωθέντων είναι ενδεχομένως η επιδίκαση αποζημίωσης».

141 Σχετικά με την έκταση της παραβίασης σε βάθος χρόνου λόγω της μακράς διάρκειας της σύμβασης και της σχέσης με την αρχή της αναλογικότητας, βλ. Σκέψη 78 των Προτάσεων της 28.03.2007, της Γενικής Εισαγγελέως Verica Trstenjak, επί της υπόθεσης C-503/04, Επιτροπή κατά Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, όπου επισημαίνεται ότι: «Το μέτρο της λύσης της σύμβασης είναι σύμφωνο και προς την αρχή της αναλογικότητας, αν ληφθεί υπόψη και η αρχικώς προβλεπόμενη τριακονταετής διάρκεια της σύμβασης διαθέσεως απορριμμάτων. Λόγω αυτής της διάρκειας, η συμβατική αυτή σχέση είναι πρόσφορη για τη δημιουργία τετελεσμένων γεγονότων. Επομένως μια διαιωνιζόμενη, αντίθετη προς το κοινοτικό δίκαιο, κατάσταση μπορεί να αντιμετωπισθεί μόνο με τη λύση της σύμβασης».

¹⁴² S. Treumer, Towards an obligation to terminate contracts concluded in breach of the E.C. Public procurement rules - the end of the status of concluded public contracts as sacred cows, P.P.L.R. (2007), σ. 381

143 βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία ..., ό.π., σελ. 486, όπου εύστοχα αναφέρεται πως το κόστος της προστασίας του ανταγωνισμού θα περιλαμβάνει πέραν των εξόδων της νέας

που δεν μπορεί να δώσει την ευκαιρία ανάπτυξης ενός πραγματικού και αποτελεσματικού ανταγωνισμού¹⁴⁴. Τέλος, δεν θα πρέπει να διαφύγει της εκτίμησης της αναθέτουσας αρχής και το γεγονός, ότι σε μία ενδεχόμενη νέα ανταγωνιστική διαδικασία για την εκ νέου ανάθεση της αρχικώς παρανόμως συναφθείσας σύμβασης, μία επιδιωκόμενη απόλυτη ισότητα ευκαιριών μεταξύ των υποψήφιων φαντάζει μάλλον ουτοπική. Και αυτό διότι, ο αρχικός ανάδοχος, εφόσον δύναται να συμμετάσχει, θα έχει ένα σαφές ανταγωνιστικό προβάδισμα έναντι των λοιπών υποψηφίων, καθότι έχει ο ίδιος διαμορφώσει τις έως τότε συνθήκες εκτέλεσης της σύμβασης, με αποτέλεσμα να γνωρίζει καλύτερα από κάθε άλλον υποψήφιο τα δεδομένα του ανταγωνιστικού «παιχνιδιού». Όλες οι ανωτέρω παράμετροι εντάσσονται, εξάλλου, στην εφαρμογή του λεγόμενου κανόνα της λογικής (rule of reason), σύμφωνα με τον οποίο ένας περιορισμός του ανταγωνισμού δύναται να θεωρηθεί δικαιολογημένος, κατόπιν της στάθμισης μεταξύ του κοινωνικού οφέλους που προκύπτει από τον εν λόγω περιορισμό και του δυσμενούς αποτελέσματος για τον ανταγωνισμό που επιφέρει ο ίδιος ο περιορισμός¹⁴⁵.

Ωστόσο, αφού εξετάστηκαν συνοπτικώς παραπάνω οι παράμετροι που θα πρέπει να εκτιμηθούν από τις αναθέτουσες αρχές στα πλαίσια της διακριτικής ευχέρειας που τους παρέχει το παράγωγο κοινοτικό δίκαιο, αναφορικά με την καταγγελία μίας σύμβασης που έχει συναφθεί και εκτελείται κατά παράβαση του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, υπάρχουν και περιπτώσεις όπου η διακριτική ευχέρεια τρέπεται σε υποχρέωση λύσης της σύμβασης.

ανταγωνιστικής διαδικασίας κατάρτισής της και την αποζημίωση του αρχικού αναδόχου (όπου φυσικά αυτή πράγματι οφείλεται), βλ. επιπλέον σχετικές παραπομπές

144 βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία ..., ό.π., σελ. 123

145 βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, Η προστασία ..., ό.π., σελ. 486-487, βλ. Για την εφαρμογή του κανόνα της λογικής και Β. Κονδύλη, Ελευθέρια Επαγγέλματα και Κοινοτικό Δίκαιο του Ανταγωνισμού, Βιβλιοθήκη Δημοσίου Δικαίου, τ. 14, Εκδόσεις Α.Ν. Σάκκουλα, Αθήνα Κομοτηνή, 2000, σελ. 236, υποσημ. 632, και με περαιτέρω παραπομπές σε βιβλιογραφία, βλ. αντίθετα και Δ. Τζουγανάτο, Περιορισμοί του ανταγωνισμού προκαλούμενοι με κρατική παρέμβαση και κοινοτική έννομη τάξη (Σκέψεις με αφορμή την απόφαση του ΔΕΚ της 29.6.1995, Υπόθεση C-391/92 Επιτροπή ΕΚ κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, Συλλογή 1995, I-1642), ΔΕΕ 4/1996, σελ. 344 επ., όπου αντί για τον κανόνα της λογικής αναφέρεται στην αρχή της αναλογικότητας.

Χαρακτηριστική είναι στο σημείο αυτό η νομολογία του ΔΕΚ και δη η απόφαση C-503/04, Επιτροπή κατά Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας¹⁴⁶. Παρά τη λακωνική διατύπωση της δικαιοδοτικής της κρίσης¹⁴⁷ και της μη θέσπισης συγκεκριμένου κανόνα, σύμφωνα με τον οποίο θα συνάγεται εφεξής υπό ποιές περιστάσεις και σε ποιές παραβάσεις του κοινοτικού δικαίου δημιουργείται υποχρέωση λύσεως μιας σύμβασης, εντούτοις η απόφαση αυτή έκρινε για πρώτη φορά τόσο ευθέως ότι η λύση της συμβάσεως αποτελούσε στην προκειμένη το μοναδικό πρόσφορο μέσο για την εξάλειψη της παράβασης του δικαίου των δημόσιων συμβάσεων, ενόψει και της μακράς διάρκειας της επίμαχης σύμβασης και της διαιώνισης κατ' αυτόν τον τρόπο, της παρανομίας στον χρόνο. Το Δικαστήριο, αντικρούοντας μία σειρά προβαλλόμενων ισχυρισμών της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, αναφορικά με την ασφάλεια δικαίου, τη προστασία της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης των διοικούμενων, την αρχή *acta sunt servanda*¹⁴⁸, το δικαίωμα ιδιοκτησίας, καθώς και την προηγούμενη νομολογία του σχετικά με την αδυναμία λύσης ήδη συναφθείσας σύμβασης¹⁴⁹, αποφάνθηκε ότι μολονότι οι παραπάνω αρχές δύνανται να αντιταχθούν στην αναθέτουσα αρχή από τον αντισυμβαλλόμενο της, ένα κράτος μέλος δεν μπορεί να τις επικαλεστεί για να δικαιολογήσει την μη εκτέλεση απόφασης διαπιστώνουσας παράβαση, βάσει του άρθρου 226 ΕΚ και ως εκ τούτου να απεκδύεται της ευθύνης που υπέχει από το κοινοτικό δίκαιο. Τόνισε δε την πρακτική αποτελεσματικότητα του κοινοτικού δικαίου¹⁵⁰ για την πραγμάτωση των θεμελιωδών ελευθεριών και το άνοιγμα στον

146 ΔΕΚ 18.07.2007, C-503/04, Υπόθεση Επιτροπή κατά Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, Συλλογή 2007, I-06153

147 S. Treumer, *Towards an obligation to terminate contracts concluded in breach of the E.C. Public procurement rules - the end of the status of concluded public contracts as sacred cows*, P.P.L.R. (2007), σ. 377-378

148 Συγκεκριμένα για την αρχή *acta sunt servanda* και το κατά πόσο αυτή δύναται να αντιταχθεί ενόψει της λύσεως παρανόμως συναφθείσας σύμβασης, βλ. Προτάσεις της 28.03.2007 της Γενικής Εισαγγελέως Verica Trstenjak, επί της C-503/04, σκέψη 74, σύμφωνα με την οποία «... η αρχή *acta sunt servanda* μπορεί να θεωρηθεί ότι έχει σημασία, μόνον αν το κοινοτικό δίκαιο αναγνωρίζει ρητώς την προστασία των κεκτημένων δικαιωμάτων για τις συμβάσεις που συνήφθησαν κατά παραβίαση της νομοθεσίας περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων».

149 βλ. Σχετική νομολογία του ΔΕΚ στην προπαρατεθείσα υποσημείωση 107

150 βλ. H. Leffter, *Damages liability for breach of EC procurement law: governing principles and practical solutions*, P.P.L.R., τεύχος 4, 2003, σελ. 153-153, βλ. Και D. Pachnou, *Enforcement of the EC procurement rules: the standards required of national review systems under EC law in the context of the principle of effectiveness*, P.P.L.R., τεύχος 2, 2000, σελ. 69

ελεύθερο ανταγωνισμό, υπό την έννοια ότι το Δικαστήριο δεν αντιλαμβάνεται το παράγωγο δίκαιο για τις δημόσιες συμβάσεις μόνο ως τυπικές ρυθμίσεις για την κατάρτιση συμβάσεως. Συνεπώς, λόγω και της συνεχιζόμενης παράβασης, αλλά και του κινδύνου διαιώνισης στα κράτη μέλη αντίθετων προς το κοινοτικό δίκαιο καταστάσεων και παρακίνησης αυτών στην άσκηση πολιτικής τετελεσμένων γεγονότων¹⁵¹, επεσήμανε την ανάγκη εξάλειψης της παράβασης, μέσω της παύσης ισχύος της σύμβασης¹⁵².

Αξιοσημείωτος είναι και ο πυρήνας προβληματισμού του Δικαστηρίου περί της υποχρέωσης λύσης μίας σύμβασης σε συνδυασμό με τον προβληματισμό που δημιουργεί η διακριτική ευχέρεια που παρέχει η παράγραφος 6 του άρθρου 2 της δικονομικής Οδηγίας 89/665/EK, σύμφωνα με την οποία μπορεί ένα κράτος μέλος να προβλέψει ότι μετά τη σύναψη της συμβάσεως, οι εξουσίες της υπεύθυνης για τις διαδικασίες προσφυγής αρχής περιορίζονται στη χορήγηση αποζημίωσης στους θιγόμενους οικονομικούς φορείς¹⁵³. Επί του ζητήματος αυτού, η απόφαση επισημαίνει εμφατικά ότι η εν λόγω διάταξη του παράγωγου δικαίου αφορά τη διαμόρφωση της ατομικής νομικής προστασίας έναντι παράνομων αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής και την προστασία του ατομικού συμφέροντος των θιγόμενων

151 Βλ. Σχετικά με τους κινδύνους της μη αναστρέψιμης παραβίασεως του κοινοτικού δικαίου Fernandez Martin, *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, Clarendon Press, 1996, σελ. 157, βλ. επίσης και S. Arrowsmith, *Remedies for enforcing the public procurement rules*, Winteringham, Earls Gate, 1993, σελ. 16, όπου αναφέρεται ότι η έλλειψη μίας τέτοιας δυνατότητας να τίθεται τέλος στη σύμβαση θα μπορούσε να μειώσει την ετοιμότητα των αρχών να ενεργούν σύμφωνα με το διέπον τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων δίκαιο. Υφίσταται ο κίνδυνος να μπορούν να συνάπτονται συμβάσεις κατά παράβαση της υποχρέωσης ανακοινώσεως, προκειμένου να αποθαρρύνονται ορισμένοι προσφέροντες και να περιορίζονται οι δυνατότητες της νομικής τους προστασίας.

152 βλ. Προτάσεις της 28.03.2007 της Γενικής Εισαγγελέως Verica Trstenjak, επί της C-503/04, σκέψη 76-77, βλ. και R. Williams, *Remedying a Breach of Community Law: the Judgment in Joined Cases C-20/01 and C-28/01, Commission v Germany* (2003) 12 P.P.L.R. 5, NA115, όπου επισημαίνεται ότι η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας συνέχιζε να παραβιάζει το κοινοτικό δίκαιο διατηρώντας εν ζωή τις επίμαχες συμβάσεις και ότι το σημαντικό εν προκειμένω ήταν όχι οι παραβιάσεις, καθ' εαυτές, αλλά η συνέχιση αυτών των παραβιάσεων στο χρόνο.

153 Η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας έκανε χρήση της ανωτέρω εξουσιοδοτήσεως της Οδηγίας 89/665/EOK, με τη θέσπιση του άρθρου 114, παρ. 2, πρώτη φράση, του Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (νόμου κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού). Με τη διάταξη αυτή, κατά το γερμανικό δίκαιο, απόφαση περί ανάθεση έργου δεν μπορεί να ακυρωθεί. Επιχείρηση που υπέστη ζημία συνεπεία παραβίασεως ενός παρέχοντος προστασία κανόνα του διέποντος τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων δικαίου, έχει, κατά το άρθρο 126 του νόμου αυτού αξίωση αποζημίωσης λόγω προσβολής της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης.

οικονομικών φορέων, ουδόλως δε την προστασία του κοινοτικού συμφέροντος¹⁵⁴. Εξάλλου, όπως υποστηρίζεται¹⁵⁵, η ευχέρεια που παρέχει στα κράτη μέλη η εν λόγω δικονομική οδηγία¹⁵⁶, δεν μπορεί να ισχύσει¹⁵⁷ όταν η σύναψη της σύμβασης ή η εκτέλεσή της, είναι αντίθετη με τις διατάξεις του πρωτογενούς κοινοτικού δικαίου περί προστασίας του ανταγωνισμού. Στην περίπτωση αυτή, η σύμβαση δε μπορεί παρά να ακυρωθεί, εφόσον υπάρχουν τρίτοι ανταγωνιστές οι οποίοι έχουν θιγεί.

Τέλος, η νομολογία της C-503/04, η οποία υπογράμμισε την υποχρέωση λύσης συμβάσεως, σε περιπτώσεις παραβίασης του ωφέλιμου αποτελέσματος του ανταγωνισμού και την ανάγκη αποκατάστασης της ορθής λειτουργίας της αγοράς, κατόπιν της *in concreto* κατάλληλης στάθμισης των επιμέρους συνθηκών εκτέλεσης, επεσήμανε και μία ακόμη παράμετρο που δέον να λαμβάνεται υπόψη από την αναθέτουσα αρχή. Συγκεκριμένα, υποστηρίζει ότι με τη λύση μίας παράνομης

¹⁵⁴ Βλ. ΔΕΚ 10.04.2003, συνεκδικασθείσες C-20/01 και C-28/01, υπόθεση Επιτροπή κατά Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, Συλλογή 2003, I-03609, σκέψη 39, όπου επισημαίνεται ότι: «...ναί μεν η ως άνω διάταξη επιτρέπει στα κράτη μέλη να διατηρούν τα αποτελέσματα συμβάσεων συναφθεισών κατά παράβαση οδηγιών στον τομέα της συνάψεως δημοσίων συμβάσεων και προστατεύει, με τον τρόπο αυτό, τη δικαιολογημένη εμπιστοσύνη των αντισυμβαλλομένων, δεν μπορεί όμως να έχει ως αποτέλεσμα να θεωρείται ότι η έναντι τρίτων συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής είναι σύμφωνη προς το κοινοτικό δίκαιο ύστερα από τη σύναψη τέτοιων συμβάσεων, διότι άλλως συρρικνώνεται το περιεχόμενο των διατάξεων της Συνθήκης περί δημιουργίας της εσωτερικής αγοράς».

¹⁵⁵ Βλ. S. Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, Sweet & Maxwell, London, 1996, 914

¹⁵⁶ Βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, *Η προστασία ...*, ό.π., σελ. 122, όπου αναφέρεται ότι το παράγωγο κοινοτικό δίκαιο, υιοθετώντας έναν κανόνα λογικής (*rule of reason*), φαίνεται να αποδέχεται τον ενδεχόμενο περιορισμό των κυρώσεων μόνο στην καταβολή αποζημίωσης, ακριβώς επειδή η σύναψη της σύμβασης μπορεί να τροποποιεί ουσιωδώς τις ανταγωνιστικές σχέσεις μεταξύ των συμβαλλομένων και τρίτων ανταγωνιστών τους, έτσι ώστε να μην είναι δυνατή στην πράξη η επαναφορά των πραγμάτων στην προηγούμενη κατάσταση. Ωστόσο, δε φαίνεται το παράγωγο δίκαιο να παραιτείται από την αξίωση εξάντλησης όλων των περιθωρίων λήψης κατάλληλων μέτρων για την ανατροπή των διαμορφωθέντων παράνομων καταστάσεων, βλ. συναφώς και Προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα Jacobs, της 24.02.2005, επί της υπόθεσης C-394/02, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, σκέψη 21.

¹⁵⁷ Για την άρση των αμφισβητήσεων που δημιούργησε η εν λόγω ευχέρεια των κρατών μελών κατά την ενσωμάτωση στα επιμέρους εθνικά δίκαια βλ. τη διαβούλευση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την αναθεώρηση των δικονομικών οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις, στο πλαίσιο της οποίας τέθηκε το ζήτημα της τροποποίησης των διατάξεων των οδηγιών που επιτρέπουν στα κράτη μέλη να περιορίζουν τις προσφυγές στη χορήγηση αποζημίωσης μετά τη σύναψη της σύμβασης, Δελτίο Τύπου IP/03/1455 της 27.10.2003, βλ. και E. Pijnacker Hordijk and M. Meulenbelt, *A Bridge Too Far: Why the European Commission's Attempts to Construct an Obligation to Tender outside the Scope of the Public Procurement Directives should be Dismissed*, P.P.L.R. 2005, σελ. 130

Αναφορικά με την ποικιλομορφία του τρόπου ενσωμάτωσης σε επιμέρους εθνικά δίκαια κρατών μελών της επίμαχης διάταξης της παραγράφου 6 του άρθρου 2 της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ και της ορθής ή μη, κάθε φορά, διασφάλισης του ωφέλιμου αποτελέσματος του ανταγωνισμού βλ. Ε. Πρεβεδούρου, *Προβλήματα εφαρμογής της δικονομικής οδηγίας 89/665/ΕΟΚ*, ΕΛΔΔ 1999, σελ. 747 επ.

δημόσιας σύμβασης δεν επιτυγχάνεται μόνο το κοινοτικό συμφέρον. Αντίθετα, κάτι τέτοιο αποτελεί την καλύτερη εναλλακτική δυνατότητα, η οποία λαμβάνει συγχρόνως υπόψη το ατομικό συμφέρον των αποκλεισθέντων προσφερόντων. Αφενός διότι, η καθ' εαυτή σύναψη συμβάσεως και η εκτέλεσή της συχνά είναι ευνοϊκότερη για τον καταρχήν αποκλεισθέντα οικονομικό φορέα, από την αποζημίωση που ενδέχεται να λάβει από την αναθέτουσα αρχή¹⁵⁸. Αφετέρου, η επιδίκαση αποζημίωσης σε ένα θιγόμενο οικονομικό φορέα, ο οποίος κατά παραβίαση του ανταγωνισμού αποκλείστηκε από διαγωνιστική διαδικασία, δεν είναι πάντα εύκολη υπόθεση, καθότι ο τελευταίος βαρύνεται τόσο με το βάρος απόδειξης της ζημίας που υπέστη, αλλά και της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, ενώ οφείλει επιπροσθέτως να αποδείξει ότι η προσφορά του ήταν όντως καλύτερη του τελικώς επιλεγέντος αναδόχου¹⁵⁹.

Συνεπώς, δεδομένης της ανωτέρω ανάλυσης αναφορικά με την προβληματική περί της υποχρέωσης ή ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής, δεν θα πρέπει να λησμονήσουμε να αναφερθούμε στο βάρος το οποίο μετατίθεται στις αναθέτουσες αρχές με βάση τις νέες κοινοτικές διατάξεις περί δυνητικής καταγγελίας. Διότι, σε όλες τις περιπτώσεις μονομερούς λύσης μίας συμβάσεως, πλην αυτής που συνδέεται με προηγούμενη απόφαση- δικαιοδοτική κρίση, διαπιστώνουσα παραβίαση του κοινοτικού δικαίου, η αναθέτουσα αρχή καλείται να κρίνει επί πολυμορφικών ζητημάτων, όπως πότε μία τροποποίηση είναι ουσιώδης και πότε όχι, φέρουσα ταυτοχρόνως το ρίσκο, μία, τέτοιας μορφής, πρόωρη λύση να αμφισβητηθεί από το αντισυμβαλλόμενο πρόσωπο με βάση το εθνικό δίκαιο και να γεννήσει υπέρ αυτού

¹⁵⁸ Για τον χαρακτήρα της καθ' εαυτής εκτέλεσης μίας συμβάσεως ως της καλύτερης εναλλακτικής δυνατότητας σε σχέση με τη χορήγηση αποζημίωσης βλ. Fernandez Martin, *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, Clarendon Press, 1996, σελ. 213, βλ. και D. Pachnou, *Enforcement of the EC procurement rules: the standards required of national review systems under EC law in the context of the principle of effectiveness*. P.P.L.R., τεύχος 2, 2000, σελ. 65

¹⁵⁹ Βλ. Προτάσεις της 28.03.2007, της Γενικής Εισαγγελέως VericaTrstenjak, επί της υπόθεσης C-503/04, Επιτροπή κατά Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, σκέψη 80, βλ. και H. Leffler, *Damages liability for breach of EC procurement law: governing principles and practical solutions*, P.P.L.R., τεύχος 4, 2003, σελ. 160, όπου επισημαίνονται οι ελάχιστες πιθανότητες νίκης του προσφέροντος στην περίπτωση άσκησης αγωγής αποζημίωσης λόγω της απώλειας ανάθεσης ενός δημόσιου έργου, ενώ περισσότερο εμφατικά ο Fernandez Martin, *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, Clarendon Press, 1996, σελ. 214, υπενθυμίζει ότι τα περισσότερα κράτη μέλη προβλέπουν ότι πρέπει να προσκομίζεται επαρκής απόδειξη ότι το έργο θα είχε ανατεθεί στον ενάγοντα ή τουλάχιστον ότι αυτός θα είχε σοβαρές πιθανότητες να του ανατεθεί. Αν δεν προσκομισθεί αυτή η απόδειξη, τα δικαστήρια είναι αρνητικά στην επιδίκαση αποζημίωσης. Κατά τη γνώμη μάλιστα του συγκεκριμένου συγγραφέα ως προς το ζήτημα αυτό, είναι απίθανο ένας ενάγων να κατορθώσει να υπερκεράσει αυτό το εμπόδιο που αφορά τον υψηλό βαθμό της απόδειξης.

αποζημιωτική ευθύνη. Συνεπώς, ελλείπει νομολογιακών δεδομένων στη βάση των νέων Οδηγιών, είναι εύλογο κι αναμενόμενο πως στην πράξη οι αναθέτουσες αρχές θα προτιμήσουν να κάνουν χρήση των νέων διατάξεων και του δικαιώματος καταγγελίας περισσότερο σε περιπτώσεις προηγούμενης απόφασης του Δικαστηρίου¹⁶⁰, ενώ αναμένεται, μάλλον να φανούν πιο φειδωλές ως προς τη χρήση της ευχέρειας με βάση τις υπόλοιπες διατάξεις.

IV. Η ευχέρεια των κρατών μελών

Στα επιμέρους κεφάλαια των νέων Οδηγιών του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και Συμβουλίου, που αφορούν τους νεοθεσπισθέντες κανόνες για την εκτέλεση των δημόσιων συμβάσεων, και δη στα αντίστοιχα άρθρα περί της λύσης αυτών, αναφέρεται χαρακτηριστικά, ότι τα κράτη μέλη διασφαλίζουν ότι οι αναθέτουσες αρχές έχουν τη δυνατότητα «τουλάχιστον» στις εκεί προβλεπόμενες περιπτώσεις και «υπό τις προϋποθέσεις που ορίζει το εφαρμοστέο εθνικό δίκαιο», να καταγγέλουν μία δημόσια σύμβαση κατά τη διάρκεια εκτέλεσής της.¹⁶¹

Με δεδομένη τη διατάραξη της ισορροπίας μεταξύ της Κοινότητας και των κρατών μελών, την οποία θα επέφερε τυχόν υποχρεωτική «εντολή» από μέρους της πρώτης για τον τερματισμό μίας δημόσιας σύμβασης¹⁶², οι νέες κοινοτικές Οδηγίες αφήνουν στην εθνική έννομη τάξη, τόσο την απόφαση περί της υποχρέωσης ή

¹⁶⁰ Βλ. Kirsi- Maria Halonen, Termination of a public contract- lifting the veil on art. 73 of 2014/24 Directive, P.P.L.R. 2017, σ. 198, όπου επιπλέον προτείνεται εναλλακτικώς οι αναθέτουσες αρχές να έχουν περιλάβει στη σύμβαση διατάξεις που να ρυθμίζουν ότι είναι δυνατή πρόωρη λύση τους σε οποιοδήποτε χρόνο και για οποιοδήποτε λόγο, προκειμένου να αποφεύγεται ο κίνδυνος των αναθετουσών αρχών να κηρύττουν αβάσιμα την πρόωρη λύση μίας σύμβασης. Ωστόσο, όπως επισημαίνει η ίδια συγγραφέας αυτού του είδους οι διατάξεις είναι σε θέση να μολύνουν την εμπιστοσύνη μεταξύ των μερών, καθότι πάντοτε επιδιώκονται σαφείς διατάξεις στο πλαίσιο μίας σύμβασης.

¹⁶¹ βλ. Ομοίως άρθρο 73 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και άρθρο 90 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, όπου χαρακτηριστικά: «Τα κράτη μέλη διασφαλίζουν ότι οι αναθέτουσες αρχές έχουν τη δυνατότητα τουλάχιστον στις ακόλουθες περιστάσεις και υπό τις προϋποθέσεις που ορίζει το εφαρμοστέο εθνικό δίκαιο, να καταγγέλλουν μία δημόσια σύμβαση κατά τη διάρκεια εκτέλεσής της ...», αλλά και άρθρο 44 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ, όπου, αντιστοίχως: «Τα κράτη μέλη διασφαλίζουν ότι οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες φορείς έχουν τη δυνατότητα, δυνάμει των προϋποθέσεων που ορίζει το εφαρμοστέο εθνικό ενοχικό δίκαιο, να καταγγείλει μια δημόσια σύμβαση κατά τη διάρκεια της εκτέλεσής της, εφόσον πληρούται μία ή περισσότερες από τις κατωτέρω προϋποθέσεις...».

¹⁶² M. Niestedt, Penalties despite compliance? A note on case C-503/04, Commission v Germany, (2005), NA 168

ευχέρειας της μονομερούς λύσης, όσο και τη ρύθμιση των ειδικών ζητημάτων εφαρμογής. Ωστόσο, το γεγονός αυτό δύναται να εγκυμονεί κινδύνους ως προς τις διαφορετικές ερμηνείες που είναι δυνατό να προσδοθούν από τα επιμέρους εθνικά δίκαια και κατ' ακολουθία ως προς την αρχή της αποτελεσματικότητας.

Συγκεκριμένα, η αρχή της αποτελεσματικότητας παρά την κεφαλαιώδη σημασία της για την κοινοτική έννομη τάξη, ένεκα του αποκεντρωτικού συστήματος εκτέλεσης που έχει υιοθετήσει η ΕΕ, δεν είναι καταγεγραμμένη στη Συνθήκη, παρά διαμορφώνεται από τη νομολογία του Δικαστηρίου¹⁶³. Σύμφωνα με αυτήν¹⁶⁴, ελλείπει σχετικής κοινοτικής κανονιστικής ρυθμίσεως, η εκτέλεση του δικαίου της Ένωσης εντός των κρατών μελών πραγματοποιείται σύμφωνα με τους εθνικούς διαδικαστικούς κανόνες, υπό την προϋπόθεση, πάντως, ότι με τον τρόπο αυτό δε καθίσταται πρακτικώς αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερής η άσκηση των δικαιωμάτων που χορηγεί η κοινοτική έννομη τάξη. Αφετέρου, τα εθνικά δικαστήρια, υπό το φως της αρχής αυτής, οφείλουν να εφαρμόζουν τα μέτρα που θεσπίζει ο εθνικός νομοθέτης σε συμφωνία με το δίκαιο της Ένωσης.

Δεδομένων των ανωτέρω, το κοινοτικό παράγωγο δίκαιο ενδιαφέρεται και δεσμεύει¹⁶⁵ σε κάθε περίπτωση ως προς την επίτευξη του επιδιωκόμενου αποτελέσματος¹⁶⁶. Υπό την έννοια αυτή πρέπει να διασφαλίζεται τελικώς η

¹⁶³ M. Accetto, S. Zleptnig, 'The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law' (2005) *European Public Law*, τ. 3, σ. 375

¹⁶⁴ Χαρακτηριστική για τον τρόπο όπου περιγράφει την αρχή της αποτελεσματικότητας η D. Pachnou, 'Enforcement of the EC procurement rules: the standards required of national review systems under EC law in the context of the principle of effectiveness', (2000) 2 *P.P.L.R* 55

¹⁶⁵ ΔΕΚ 25.02.1999, C-131/97, υπόθεση Carbonari κ.λ.π., Συλλογή 1999, I-01103, σκέψη 48, σύμφωνα με την οποία «...όπως δέχεται παγίως το Δικαστήριο ... η απορρέουσα από οδηγία υποχρέωση των κρατών μελών να επιτύχουν το αποτέλεσμα που αυτή επιδιώκει, καθώς και το καθήκον που έχουν δυνάμει του άρθρου 5 της Συνθήκης να λαμβάνουν κάθε γενικό ή ειδικό μέτρο κατάλληλο να εξασφαλίσει την εκπλήρωση της υποχρέωσης αυτής, επιβάλλονται σε όλες τις αρχές των κρατών μελών, συμπεριλαμβανομένων των δικαστηρίων στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων του»..

¹⁶⁶ ΔΕΚ 25.02.1999, C-131/97, υπόθεση Carbonari κ.λ.π., Συλλογή 1999, I-01103, σκέψη 48, σύμφωνα με την οποία «...όπως δέχεται παγίως το Δικαστήριο ... η απορρέουσα από οδηγία υποχρέωση των κρατών μελών να επιτύχουν το αποτέλεσμα που αυτή επιδιώκει, καθώς και το καθήκον που έχουν δυνάμει του άρθρου 5 της Συνθήκης να λαμβάνουν κάθε γενικό ή ειδικό μέτρο κατάλληλο να εξασφαλίσει την εκπλήρωση της υποχρέωσης αυτής, επιβάλλονται σε όλες τις αρχές των κρατών μελών, συμπεριλαμβανομένων των δικαστηρίων στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων τους. Όπως προκύπτει από την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, το εθνικό δικαστήριο, όταν εφαρμόζει το εθνικό δίκαιο, ..., με σκοπό ακριβώς τη μεταφορά οδηγίας στο εθνικό δίκαιο, οφείλει να ερμηνεύει το εθνικό δίκαιο λαμβάνοντας κατά το δυνατό υπόψη το γράμμα και τον σκοπό της οδηγίας, ώστε να επιτυγχάνεται το αποτέλεσμα που

δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να λύει μονομερώς συμβάσεις υπό το φως των τριών ρητά αναφερόμενων παραβιάσεων του ενωσιακού δικαίου, και με τον τρόπο εκείνο που είναι αναγκαίος για την επίτευξη των επιδιωκόμενων σκοπών¹⁶⁷. Παρόλα αυτά και υπό την επιφύλαξη της αποτελεσματικότητας, ο τρόπος με τον οποίο θα υλοποιηθεί η μονομερής αυτή λύση επαφίεται στον εθνικό νομοθέτη. Έτσι, για παράδειγμα εναπόκειται στην ευχέρεια των κρατών μελών εάν θα θεσπίσουν εύλογη προθεσμία προηγούμενης ειδοποίησης του συμβαλλομένου της αναθέτουσας αρχής πριν την καταγγελία, ρύθμιση την οποία ουδόλως απαγορεύει καταρχήν ο κοινοτικός νομοθέτης. Υποστηρίζεται¹⁶⁸ λοιπόν, σχετικώς, ότι εφόσον επιβάλλεται για κάποιο χρονικό διάστημα η συνέχιση μίας παράνομης σύμβασης με τη χορήγηση προθεσμίας πριν την καταγγελία και έως την κίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, κάτι τέτοιο δύναται να είναι σύμφωνο με τους στόχους των Οδηγιών, τηρουμένης της αρχής της αναλογικότητας.

Όσον αναφορά το έτερο σκέλος, ο εθνικός νομοθέτης οφείλει να δείχνει προσοχή κατά την ενσωμάτωση των Οδηγιών, ώστε να επιτυγχάνεται πάντοτε και σε κάθε περίπτωση το *minimum* εναρμόνισης. Υπό αυτήν την έννοια, όταν οι σχετικές διατάξεις του παράγωγου δικαίου αναφέρονται στους λόγους πρόωρης λύσης που πρέπει να διατίθενται «τουλάχιστον» στις αναθέτουσες αρχές, τα κράτη μέλη διαθέτουν απλώς ευχέρεια να θεσπίζουν επιπλέον λόγους καταγγελίας, διασφαλίζοντας έτι περισσότερο τον κοινοτικό ανταγωνισμό και το δημόσιο συμφέρον, έχουν δε την ελάχιστο υποχρέωση ως προς την ενσωμάτωση των ρητά αναφερόμενων λόγων καταγγελίας. Επομένως, ενσωμάτωση, όπως αυτή που λαμβάνει χώρα στη Σουηδία, σύμφωνα με την οποία τα συμβαλλόμενα μέρη καθίστανται υπεύθυνα να περιλάβουν στο κείμενο της σύμβασης τους λόγους πρόωρης λύσης αυτής, χωρίς δε την ύπαρξη τέτοιων διατάξεων η αναθέτουσα αρχή δεν διαθέτει τη δυνατότητα καταγγελίας «τουλάχιστον» στις περιπτώσεις παρανομίας που εξαγγέλλουν οι Οδηγίες, δε φαίνεται να εκπληρώνει τους σκοπούς του

επιδιώκεται με την οδηγία αυτή, και να συμμορφώνεται έτσι προς το άρθρο 189, τρίτο εδάφιο, της Συνθήκης ΕΚ...».

¹⁶⁷ ΔΕΚ 07.07.2016, C-46/15, υπόθεση *Ambisig*, δημοσιευμένη στην ψηφιακή Συλλογή, σκ. 40

¹⁶⁸ *Kirsi- Maria Halonen*, Termination of a public contract- lifting the veil on art. 73 of 2014/24 Directive, P.P.L.R. 2017, σ. 194

παράγωγου δικαίου¹⁶⁹. Διότι σύμφωνα με το αυτό «...οι αναθέτουσες αρχές έχουν τη δυνατότητα τουλάχιστον στις τρεις περιοριστικά αναφερόμενες περιπτώσεις παραβίασης του κοινοτικού δικαίου να καταγγέλουν τη δημόσια σύμβαση κατά τη διάρκεια εκτέλεσής της» και όχι, κατά συμφωνία, τα συμβαλλόμενα μέρη. Σε μία τέτοια περίπτωση ως λύση δύναται βασίμως να προταθεί είτε η ευθεία εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου από το εθνικό δικαστήριο, είτε μία σύμφωνη με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνεία του εθνικού δικαίου.

Ομοίως, με τον ίδιο τρόπο δύνανται να αντιμετωπισθεί η διαφορετική λογική που ενυπάρχει σε πολλά κράτη μέλη περί της δικαιοδοτικής διχοτόμησης των συμβάσεων, η οποία καθίσταται προβληματική. Όπως έχει ήδη κριθεί σχετικά, από τη νομολογία του Δικαστηρίου της ΕΕ, διατάξεις, πρακτικές ή περιστάσεις της εσωτερικής έννομης τάξης δεν δύνανται να δυσχεραίνουν την ομοιόμορφη εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου. Ούτε, ομοίως, έχει τη δυνατότητα ένα κράτος μέλος να επικαλείται βασίμως το κατά την έννομη τάξη του διαφορετικό καθεστώς σύναψης μίας δημόσιας σύμβασης¹⁷⁰, υπό την έννοια ότι αυτό εμφανίζει διαφορετικά απ' ότι σε άλλα κράτη μέλη, βασικά χαρακτηριστικά ιδιωτικού δικαίου, με αποτέλεσμα η αναθέτουσα αρχή να δεσμεύεται ως ισότιμος με τον ανάδοχο συμβαλλόμενος από σύμβαση ιδιωτικού δικαίου και να μην μπορεί, ένεκα του καθεστώτος αυτού ισοτιμίας, να καταγγείλει τη σύμβαση. Επομένως, σε κάθε περίπτωση, που είτε δεν έχουν θεσπισθεί από το κράτος μέλος οι κατάλληλες προϋποθέσεις για την άσκηση του δικαιώματος καταγγελίας, είτε υφίστανται εσωτερικής φύσεως εμπόδια που δυσχεραίνουν τη δυνατότητα της αναθέτουσας, θεωρείται ότι θα πρέπει να χρησιμοποιηθούν και να εξαντληθούν όλες οι υφιστάμενες κατά το εθνικό δίκαιο δυνατότητες, ώστε να τεθεί τέλος στη σύμβαση, τηρουμένης της αρχής της

¹⁶⁹ Βλ. Kirsi- Maria Halonen, Termination of a public contract- lifting the veil on art. 73 of 2014/24 Directive, P.P.L.R. 2017, σ. 192

¹⁷⁰ Σχετικά με το καθεστώς της Γερμανίας βλ. ΔΕΚ 10.04.2003, υπόθεση C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, σκέψη 25, σύμφωνα με την οποία : «Όσον αφορά το εθνικό δίκαιο, η Γερμανική Κυβέρνηση εκθέτει ότι χαρακτηριστικό στοιχείο του είναι η αρχή ότι δεν είναι δυνατή η καταγγελία συμβάσεως την οποία συνήψε αναθέτουσα αρχή κατά παράβαση των διατάξεων περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων παρά μόνο για σοβαρό λόγο, έννοια η οποία δεν καλύπτει τα προγενέστερα της συνάψεως της ως άνω συμβάσεως γεγονότα. Εξάλλου, η ακυρότητα μιας τέτοιας συμβάσεως προβλέπεται μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις, αυστηρά καθορισμένες, οι οποίες δεν αφορούν τις συναφθείσες εν προκειμένω συμβάσεις. Αντιθέτως, το εθνικό δίκαιο περιλαμβάνει τις αναγκαίες διατάξεις που παρέχουν τη δυνατότητα στα θιγόμενα πρόσωπα να ζητήσουν αποζημίωση»..

αποτελεσματικότητας και της ισοδυναμίας των διαθέσιμων για την εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου ενδίκων βοηθημάτων¹⁷¹.

Κοντολογίς, συνάγεται πως τα κράτη μέλη δεσμεύονται μεν ως προς την επίτευξη του επιδιωκόμενου αποτελέσματος του παράγωγου δικαίου, ήτοι την εγγύηση της δυνατότητας της αναθέτουσας αρχής να θέτει πρόωρο τέλος σε συμβάσεις που εμφανίζουν σοβαρές παραβάσεις του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων. Ωστόσο υπό την επιφύλαξη της αρχής της αποτελεσματικότητας¹⁷² και των δικλείδων ασφαλείας που αυτή προσφέρει, διαθέτουν ευχέρεια αφενός κατά τη ρύθμιση των επιμέρους εθνικών διαδικαστικών προϋποθέσεων της εν λόγω καταγγελίας, αφετέρου κατά τη τυχόν ρύθμιση επιπλέον λόγων πρόωρης λύσης.

¹⁷¹ Βλ. σχετικά Προτάσεις της 28.03.2007 της Γενικής Εισαγγελέως Verica Trstenjak, επί της C-503/04, σκέψη 82 και σχετική υποσημείωση 56, όπου αναφορά στον τρόπο αντιμετώπισης του εν λόγω ζητήματος από το Landgericht Munchen I, το οποίο με την απόφασή του, της 20^{ης}. 12.2005 (33 O 16465/05), αναφερόμενο στο άρθρο 313, παράγραφο 3 του Burgerliches Gesetzbuch (γερμανικός αστικός κώδικας) και σε μία συμβατική ρήτρα περί «ειλικρινούς συνεργασίας», έκρινε θεμιτή την εκ μέρους του δήμου του Μονάχου κατ' εξαίρεση καταγγελία μίας συμβάσεως μεταφοράς που δεν είχε αποτελέσει το αντικείμενο προσκλήσεως υποβολής προσφορών.

¹⁷² Βλ. . Στ. Μαυρίδη, Η δικονομική αυτονομία των κρατών μελών κατά την εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου: Η περίπτωση των δικονομικών Οδηγιών 89/665, 92/13 και 2007/66 για τις δημόσιες συμβάσεις, ΕΕΥΡΔ 2016, σελ. 300

ΕΠΙΛΟΓΟΣ

Οι νέες κοινοτικές Οδηγίες της Ένωσης, αφιερώνοντας για πρώτη φορά στην ιστορία του παράγωγου δικαίου των δημοσίων συμβάσεων στο κείμενό τους διάταξη που αφορά το στάδιο της εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης και δη τη λύση αυτής, ανέτρεψαν εκ βάθρων τη λαθεμένη σύλληψη από τα κράτη μέλη της συναφθείσας δημόσιας σύμβασης ως «ιερής αγελάδας»¹⁷³. Με τον τρόπο αυτό φαίνεται να τίθεται οριστικό τέλος τόσο στην παραδοσιακή, εμπνευσμένη από τις αρχές της σχετικότητας των συμβάσεων και της *pacta sunt servanda*, αντίληψη των εθνικών κρατών, όσο και στην πάγια ακολουθούμενη νομολογιακή τακτική αυτών να μην θεωρούν ότι παραβιάσεις του κοινοτικού δικαίου οδηγούν σε πρόωρη λύση της δημόσιας σύμβασης¹⁷⁴.

Ο ευρωπαϊός νομοθέτης, αξιοποιώντας την νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου και με απώτερο στόχο την ασφάλεια δικαίου και την ομοιόμορφη κατά το δυνατόν προστασία του ανταγωνισμού στο σύνολο της ενιαίας αγοράς, για πρώτη φορά συγκεκριμενοποιεί τα πράγματα. Ορίζει τις επιμέρους αναθέτουσες αρχές ως θεματοφύλακες του ωφέλιμου αποτελέσματος του ανταγωνισμού, αναθέτοντάς τους την πρωτογενή εξουσία να καταγγέλλουν κατά το στάδιο εκτέλεσης μία δημόσια σύμβαση «τουλάχιστον» στις ρητά καθοριζόμενες από αυτόν σοβαρές περιστάσεις παραβάσεων του κοινοτικού δικαίου. Ωστόσο, λαμβανομένης υπόψη της, υπό συγκεκριμένες περιπτώσεις, αντίθετης όψης της λύσης μίας δημόσιας σύμβασης ως πηγής νόθευσης του ανταγωνισμού, ο νέος ρόλος που ανατίθεται στις αναθέτουσες αρχές απαιτεί ιδιαίτερη προσοχή. Παράλληλα, την ίδια στιγμή, κρίνεται ως ιδιαίτερα απαιτητικός, καθότι αυτές καλούνται για πρώτη φορά ρητά να κρίνουν κάθε φορά *ad hoc* με βάση τις εκάστοτε περιστάσεις, επί μιας σειράς πολυμορφικών ζητημάτων, όπως το ουσιώδες ή μη της τροποποίησης μίας εκτελούμενης σύμβασης, το βαθμό της εκτέλεσης αυτής, τη σημασία της συνέχισης εκτέλεσης για το κοινωνικό σύνολο, τις συνέπειες σε χρόνο και κόστος που θα επιφέρει η λύση μίας σύμβασης και η

¹⁷³ Βλ. S. Treumer, *Towards an obligation to terminate contracts concluded in breach of the E.C. Public procurement rules - the end of the status of concluded public contracts as sacred cows*, P.P.L.R. (2007)

¹⁷⁴ Βλ. S. Treumer, *Towards an obligation to terminate contracts concluded in breach of the E.C. Public procurement rules - the end of the status of concluded public contracts as sacred cows*, P.P.L.R. (2007), σελ. 371

προσφυγή σε νέα διαγωνιστική διαδικασία κ.α. Η έλλειψη σχετικής εμπειρίας και η δυσκολία αυτής της πρωτογενούς κρίσης περί σοβαρής παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, σε περίπτωση απουσίας σχετικής δικαστικής απόφασης, κατατείνουν, τουλάχιστον προς ώρας, στη σκέψη πως οι αναθέτουσες αρχές αναμένεται στην αρχή να φανούν πιο φειδωλές ως προς τη χρήση του δικαιώματος καταγγελίας σε τέτοιες περιπτώσεις¹⁷⁵.

Επιπλέον παρά το γεγονός ότι νέες Οδηγίες αφήνουν ευρύ πεδίο ελευθερίας στον εθνικό νομοθέτη ως προς τη ρύθμιση των επιμέρους λεπτομερειών καταγγελίας της δημόσιας σύμβασης, τα περιθώρια των εν λόγω ρυθμίσεων τίθενται πάντοτε υπό την επιφύλαξη της αρχής της αποτελεσματικότητας του ευρωπαϊκού δικαίου και των δικλίδων ασφαλείας αυτής.

Λόγω της απουσίας τη δεδομένη χρονική στιγμή, νομολογιακών δεδομένων επί των πρόσφατων διατάξεων αναμένεται με μεγάλο ενδιαφέρον ο τρόπος που θα αντιμετωπίσουν τη νέα δυνατότητα που έχουν «στα χέρια τους» οι αναθέτουσες αρχές, η προθυμία ή η συστολή τους. Ο χρόνος είναι αυτός που θα δείξει κατά πόσον θα ανταποκριθούν στο ρόλο τους και θα σταθούν αντάξιες των προσδοκιών του νομοθέτη της Ένωσης.

¹⁷⁵ Βλ. Kirsi- Maria Halonen, Termination of a public contract- lifting the veil on art. 73 of 2014/24 Directive, P.P.L.R. 2017, σ. 198

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

I. Ελληνική

- Βλαχόπουλο Σ.**, Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας- το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα, Εκδόσεις Α.Ν. Σάκκουλα, Αθήνα- Κομοτηνή, 1998
- Α. Γέροντα**, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, Εκδόσεις Α.Ν. Σάκκουλα, Αθήνα Θεσσαλονίκη, 2009
- Γέροντα Α.**, Οι θεμελιώδεις αρχές που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις. Οι πρόσφατες νομολογιακές προσεγγίσεις, Εφαρμογές Π/2006
- Γέροντα Α./Παυλόπουλο Πρ.**, Η ευθύνη από τις διαπραγματεύσεις στο πλαίσιο των διοικητικών συμβάσεων, γνωμοδότηση, ΝοΒ 1987
- Γέροντα Α.**, Η παροχή αποτελεσματικής έννομης προστασίας στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Μία πρώτη προσέγγιση της Οδηγίας 2007/66/ΕΚ της 11.11.2007 για την τροποποίηση των οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου όσον αφορά τη βελτίωση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης δημοσίων συμβάσεων σε Χαριστήριο εις Λουκά Θεοχαρόπουλου και Δήμητρα Κοντόγιωργα- Θεοχαροπούλου, Θεσσαλονίκη 2009, τ. II
- Γιαννακόπουλο Κ.**, Η προστασία του Ελεύθερου Ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των Διοικητικών Συμβάσεων, Εκδόσεις Α.Ν. Σάκκουλα Αθήνα- Κομοτηνή, 2006
- Γιαννακόπουλο Κ.**, Η αδιαφάνεια που απαιτεί ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός στο κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, Σειρά «Βιβλιοθήκη Νομικής Θεωρίας και Πράξεως» τ. 36, Εκδόσεις Α. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα Κομοτηνή, 2003
- Γιαννακόπουλο Κ.**, Η προσφυγή τρίτων κατά της διοικητικής σύμβασης και το διαχρονικό δίκαιο της νομολογίας, σχόλιο στην απόφαση του Conseil d' Etat, Societe Tropic Travaux Signalisation, ΕφημΔΔ 4/2007

- Γιαννακόπουλο Κ.*, Η χαμένη δικονομία των δημοσίων συμβάσεων: ακόμη μία χαμένη ευκαιρία, ΕφημΔΔ 5/2010
- Δαγτόγλου Π.*, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Εκδόσεις Α.Ν. Σάκκουλα, 5^η έκδοση, Αθήνα- Κομοτηνή, 2004
- Καλογήρου Σ.*, Φως στο νέο καθεστώς σύναψης και εκτέλεσης συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών κατά την Οδηγία 2014/23/ΕΕ, ΕφημΔΔ 6/2014
- Καπελλάκη Ν.*, Οι έμμεσες επεμβάσεις της Διοίκησης στη διοικητική σύμβαση, ΔιΔικ 1994
- Κατσιμέρου Α.*, Συμβάσεις κάτω από τα κοινοτικά χρηματικά όρια, ΔηΣΚΕ 2/2009
- Κίτσο Ι.*, Η διάλυση σύμβασης εκτέλεσης δημόσιου έργου κατά την ισχύουσα νομολογία, ΘΠΠΔ 2014
- Κοϊμτζόγλου Ι.*, Μορφές της Απρόβλεπτης Μεταβολής των Συνθηκών Εκτέλεσης των **Διοικητικών Συμβάσεων**, Εκδόσεις Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη, 1997
- Κονδύλη Β.*, Ελευθέρια Επαγγέλματα και Κοινοτικό Δίκαιο του Ανταγωνισμού, Βιβλιοθήκη Δημοσίου Δικαίου, τ. 14, Εκδόσεις Α.Ν. Σάκκουλα, Αθήνα Κομοτηνή, 2000
- Κουτούπα- Ρεγκάκου Ε.*, Δημόσιες Συμβάσεις και Κοινοτικό δίκαιο. Διαδικασίες ανάθεσης και έννομη προστασία. Μελέτες διοικητικού δικαίου, τ. 2, Εκδόσεις Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη, 1995
- Μάνεση Α.*, Συνταγματικά Δικαιώματα, α' Ατομικές Ελευθερίες, Πανεπιστημιακές Παραδόσεις, δ' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη, 1982
- Μανιάτη Α.*, Δίκαιο Δημοσίων Έργων, Εκδόσεις Α.Ν. Σάκκουλα, Αθήνα Κομοτηνή, 2005
- Μαυρίδη Στ.*, Η δικονομική αυτονομία των κρατών μελών κατά την εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου: Η περίπτωση των δικονομικών Οδηγιών 89/665, 92/13 και 2007/66 για τις δημόσιες συμβάσεις, ΕΕΥΡΔ 2016
- Μητκίδη Χ.*, Οι αλλοιώσεις των δημοσίων συμβάσεων κατά την εκτέλεσή τους, σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, Η υπόθεση Pressetext, ΘΠΔΔ 10/2010

- Μητκίδη Χ**, Συμβάσεις Δημόσιων Έργων, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2009
- Μουζουράκη Π.**, Η εφαρμογή των διατάξεων του ΑΚ στις Διοικητικές Συμβάσεις, σε Γενέθλιον Απόστολου Σ. Γεωργιάδη, Τόμος ΙΙ, Εκδόσεις Α.Ν. Σάκκουλα, Αθήνα Κομοτηνή, 2006
- Παυλόπουλο Πρ.**, ΝΔΕ, τ. 2, λ. 22/11
- Πρεβεδούρου Ε.**, Η υποχρέωση συμμόρφωσης σε απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης που διαπιστώνει τη σύναψη δημόσιας σύμβασης κατά παράβαση των διατάξεων του ενωσιακού δικαίου (γνωμ.), ΘΠΔΔ 12/2014
- Πρεβεδούρου Ε.**, Προβλήματα εφαρμογής της δικονομικής οδηγίας 89/665/ΕΟΚ: Τα αρμόδια για την παροχή έννομης προστασίας όργανα στο πλαίσιο της συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, ΕΔΔΔ 1999
- Ράικου Δ.**, Δημόσια Διοίκηση και Διαφθορά, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2006
- Ράικου Δ.**, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Εκδόσεις Α.Ν. Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2^η έκδοση, 2017
- Σαμπάνη Γ., Συνοδινό Χ.**, Συμβάσεις του Δημοσίου Προστασία κάτω από τα ευρωπαϊκά κατώφλια, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2010
- Σκουρή Κ.**, Η νέα δικονομική οδηγία 2007/66/ΕΚ, ΔηΣΚΕ 2009
- Τάχου Α.**, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 7η έκδοση 2003, 8η έκδοση 2005
- Τάχου Α.**, Καταγγελία διοικητικής σύμβασης- κατάχρηση διοικητικής διαδικασίας, γνωμ., ΔιΔικ 1991
- Τζουγανάτο Α.**, Περιορισμοί του ανταγωνισμού προκαλούμενοι με κρατική παρέμβαση και κοινοτική έννομη τάξη (Σκέψεις με αφορμή την απόφαση του ΔΕΚ της 29.6.1995, Υπόθεση C-391/92 Επιτροπή ΕΚ κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, Συλλογή 1995, I-1642), ΔΕΕ 4/1996
- Φλογαϊτή Σ.**, Διοικητική Σύμβαση, Έννοια και φύση, εκδ. Α.Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 1991

II. Ξενόγλωσση

- Accetto M., S. Zleptnig*, The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law' (2005) European Public Law, τ. 3, σ. 375
- Arrowsmith S.*, Remedies for enforcing the public procurement rules, Winteringham, Earlsgate, 1993
- Arrowsmith S.*, The law of public and utilities procurement, Sweet & Maxwell, London, 1996
- Arrowsmith S.*, The Law of Public and Utilities Procurement, Sweet and Maxwell, 2nd ed., 2005
- Fernandez Martin*, The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis, Clarendon Press, 1996
- Halonen Kirsi- Maria*, Termination of a public contract- lifting the veil on art. 73 of 2014/24 Directive, P.P.L.R. 2017, σελ. 188, 193, 194, 196, 198
- Hors I.*, Shedding Light on Corrupt Practices in Public Procurement, P.P.L.R., (2003) 12, σελ. NA101
- Kotsonis Dr T.*, The 2014 Utilities Directive of the EU: codification, flexibilisation and other misdemeanours, P.P.L.R. 2014, σ.185
- Leffter H.*, Damages liability for breach of EC procurement law: governing principles and practical solutions, P.P.L.R., τεύχος 4, 2003, σελ. . 153-153, 160
- Medeiros Rui*, The New Directive 2014/24/EU on Public Procurement: A First Overview, in The new Directive 2014/24/EU on Public Procurement (eds. Luís Valadares Tavares / Rui Medeiros /David Coelho), Lisbon , 2014, σελ. 49, διαθέσιμο στο https://www.servulo.com/xms/files/THE_NEW_DIRECTIVE_2014_Rui_Medeiros.pdf
- Niestedt M.*, Penalties Despite Compliance? A Note on Case C-503/04, Commission v Germany (2005) 14 P.P.L.R. σελ. NA164, 168

- Pachnou D.**, Enforcement of the EC procurement rules: the standards required of national review systems under EC law in the context of the principle of effectiveness, P.P.L.R., τεύχος 2, 2000, σελ. 55, 65, 69
- Pijnacker E. Hordijk and M. Meulenbelt**, A Bridge Too Far: Why the European Commission's Attempts to Construct an Obligation to Tender outside the Scope of the Public Procurement Directives should be Dismissed, P.P.L.R. 2005, σελ. 130
- Sanchez Graells Dr Albert**, What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of their Economic Balance?, 06.07.2012,SSRN, σελ. 6
- Treumer S.**, Damages for Breach of the EC Public Procurement Rules Changes in Europe Regulation and Practice (2006) 15 P.P.L.R. σελ. 159
- Treumer S.**, Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: The European Commission's Proposal of December 2011, PPLR 2012, σελ. 153, 166
- Treumer S.**, Towards an obligation to terminate contracts concluded in breach of the E.C. Public procurement rules - the end of the status of concluded public contracts as sacred cows, P.P.L.R. (2007), σελ. 377, 378, 381, 384
- Williams R.**, Remedying a Breach of Community Law: the Judgment in Joined Cases C-20/01 and C-28/01, Commission v Germany (2003) 12 P.P.L.R. 5, σελ. NA 109, 114, 115

NΟΜΟΛΟΓΙΑ

III. Εθνική Νομολογία

ΔεφΑθ 5458/1986 (NOMOS)

ΔεφΑθ 3731/1987 (NOMOS)

ΣτΕ 276/1986 (NOMOS)

ΣτΕ 3046/1992 (NOMOS)

ΣτΕ 3709/1987 (NOMOS)

ΣτΕ 3503/2011 (NOMOS)

ΣτΕ 1921/2008 (NOMOS)

ΣτΕ 4192/2000 (NOMOS)

ΣτΕ 6075/1996 (NOMOS)

Δεφ Αθ 1194/2014 (NOMOS)

ΣτΕ 651/2006 (NOMOS)

ΣτΕ 1918/1993 (NOMOS)

Δεφ Αθ 424/1997 (NOMOS)

ΣτΕ Ολ. 3470/2011 (NOMOS)

ΣτΕ 1923/2002 (NOMOS)

ΣτΕ 2942/2013 (NOMOS)

ΣτΕ 1136/1999 (NOMOS)

ΣτΕ 2625/2014 (NOMOS)

ΣτΕ 1582/2009 (NOMOS)

Δεφ Αθ 118/2004 (NOMOS)

Δεφ Αθ 379/2003 (NOMOS)

ΣτΕ 2685/2010 (NOMOS)

ΣτΕ 3010/2009 (NOMOS)

ΣτΕΟλ 1908/2001 (NOMOS)

ΣτΕ 880/2016 (NOMOS)

ΣτΕ 557/2014 (NOMOS)

IV. Ευρωπαϊκή Νομολογία

ΔΕΚ 29.4.2004, υπόθεση C-496/99P, Επιτροπή κατά Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, I-03801

ΔΕΚ 22.10.1986, υπόθεση C-75/84, Metro κατά Επιτροπής, Συλλογή 1986, 03021

ΔΕΚ 25.11.1971, υπόθεση C-22/71, Béguelin Import κατά G.L. Import Export, Συλλογή 1971, 00949

ΔΕΚ 21.7.2005, υπόθεση C-231/03, Υπόθεση Coname, Συλλογή 2005, I-07287

ΔΕΚ 7.12.2000, υπόθεση C-324/98, Telaustria et Telefonadress , Συλλογή 2000, I-10745

ΔΕΚ 18.6.2002, υπόθεση C-92/00, Hospital Ingenieure (HI), Συλλογή 2002, I-05553

ΔΕΚ 21.7.2005, υπόθεση C-231/03, Coname, Συλλογή 2005, I-07287

ΔΕΚ 13.10.2005, υπόθεση C-458/03, Parking Brixen, Συλλογή 2005, I-08585

ΔΕΚ 3.12.01, υπόθεση C-59/00, Bent Mousten Vestergaard, Συλλογή 2001, I-09505

ΔΕΚ 23.01.2003, υπόθεση C-57/01, Makedoniko Metro και Michaniki, Συλλογή 2003, I-01091

ΔΕΚ 18.06.2002, υπόθεση C-92/00, Hospital Ingenieure (HI), Συλλογή 2002, I-05553

ΔΕΚ 10.04.2003, υπόθεση C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλογή 2003, I-3609

ΔΕΚ 17.04.2007, υπόθεση C-470/03, A.G.M.-COS.MET, Συλλογή 2007, I-02749

ΔΕΚ 14.05.2002, υπόθεση C-383/00, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλογή 2002, I-04219

ΔΕΚ 02.12.1986, υπόθεση C-239/85, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1986, 03645

ΔΕΚ 28.10.1999, υπόθεση C-328/96, Επιτροπή κατά Αυστρίας, Συλλογή 1999, I-07479

ΔΕΚ 4.12.2008, υπόθεση C-448/01, EVN και Wienstrom, Συλλογή 2003, I-14527

ΔΕΚ 24.01.2008, υπόθεση C-532/06, Λιανάκης και λοιποί, Συλλογή 2008, I-00251

ΔΕΚ 25.04.1996, υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, I-2043

ΔΕΚ 12.12.2002, υπόθεση C-470/99, Universale-Bau κ.λπ., Συλλογή 2002, I-11617

ΔΕΚ 24.11.2005, υπόθεση C-331/04, ATI EAC e Viaggi di Maio κ.λπ., Συλλογή 2005, I-10109

ΔΕΚ 8.5.2014, υπόθεση C-161/13, IdrodinamicaSpurgoVeloxsrl κλπ κατά AcquedottoPuglieseSpA, Ψηφιακή Συλλογή

ΔΕΚ 13.04.2010, υπόθεση C-91/08, Wall, Συλλογή 2010, I-02815

ΔΕΚ 06.03.1979, υπόθεση C-92/78, Simmenthal κατά Επιτροπής, Συλλογή 1979, 00777

ΔΕΕ 19.06.2008, υπόθεση C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur, Συλλογή 2008, I-04401

ΔΕΚ 05.10.2000, υπόθεση C-337/98, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλογή 2000, I 8377

ΔΕΚ 02.12.1999, υπόθεση C-176/98, Holst Italia, Συλλογή 1999, I 8607

ΔΕΕ 09.02.2006, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-226/04 και C-228/04, La Cascina, Συλλογή 2006, I-01347

ΔΕΚ 18.07.2007, υπόθεση C-503/04, Επιτροπή κατά Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, Συλλογή 2007, I-06153

ΔΕΚ 22.04.1994, υπόθεση C-87/94R, Επιτροπή κατά Βασιλείου του Βελγίου, Συλλογή 1994 I-01395

ΔΕΚ 02.06.2005, υπόθεση C-15/04, Korpensteiner GmbH, Συλλογή 2005, I-04855

ΔΕΚ 05.03.1996, συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-46/93 και C-48/93, Brasserie du pêcheur SA and Factorame, Συλλογή 1996, I-01029

ΔΕΚ 02.06.2005, υπόθεση C-394/02, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, Συλλογή 2005, I-04713

ΔΕΚ 16.12.1976, υπόθεση C-33/76, Rewe κατά Landwirtschaftskammer für das Saarland, Συλλογή 1976, 01989

ΔΕΚ 14.12.1995, συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-430/93 και C-431/93, Van Schijndel κατά Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten, Συλλογή 1995, I-04705

ΔΕΚ 07.06.2007, συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-222/05 έως C-225/05, Van der Weerd κ.λπ., Συλλογή 2007, I-4233

ΔΕΚ 15.04.2008, υπόθεση C-268/06, Impact, Συλλογή 2008, I-02483

ΔΕΚ 25.02.1999, υπόθεση C-131/97, Carbonari κ.λ.π., Συλλογή 1999, I-01103

ΔΕΚ 16.12.2008, υπόθεση C-213/07, Μηχανική, Συλλογή 2008, I-09999