Α. «Η ενδικοφανής διαδικασία στο στάδιο εκτέλεσης δημοσίων έργων»

Β. «Αρμόδιο καθ' ύλην δικαστήριο για τις διαφορές από σύμβαση κατασκευής δημοσίου έργου μετά τον ν. 4491/2017»

Ευγενία Βελώνη

Αντιπρόεδρος ΝΣΚ

Α. Η ενδικοφανής διαδικασία στο στάδιο εκτέλεσης δημοσίων έργων

Ι. Γενικά η ενδικοφανής προσφυγή ως μέσο αυτοελέγχου της Διοίκησης και επιτάχυνσης της διοικητικής δίκης.

Ο βασικός σκοπός της ενδικοφανούς προσφυγής στην εθνική έννομη τάξη είναι η διοικητική επίλυση των διαφορών, ως ένα στάδιο θεραπείας των πλημμελειών της διοικητικής πράξης πριν την εισαγωγή της στο δικαστήριο. Όπως δε εύστοχα έχει χαρακτηριστεί, η λειτουργία της είναι προστατευτική, ειρηνευτική, νομιμοποιητική (ή αυτοελέγχου) ή διηθητική (ή πληρέστερου δικαστικού ελέγχου)

Η ενδικοφανής προσφυγή επιτελεί λειτουργία «διήθησης» των διοικητικών διαφορών, πριν αυτές αχθούν ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων, και, ως εκ τούτου, θεωρήθηκε και θεωρείται ως πρόσφορο μέσο για την επίλυση του χρονίζοντος προβλήματος των καθυστερήσεων στην απονομή της δικαιοσύνης από τα δικαστήρια. Με την διοικητική διαδικασία που προηγείται, επιτυγχάνεται η σχετικώς ταχεία και ανέξοδη προστασία των δικαιωμάτων των ιδιωτών και η ελάφρυνση των δικαστηρίων από σημαντικό όγκο διαφορών, στις περιπτώσεις που είτε ικανοποιούνται τα παράπονα των διοικουμένων, είτε αυτοί πείθονται από τα επιχειρήματα της Διοίκησης και εγκαταλείπουν τον περαιτέρω αγώνα, θεωρώντας εν πάση περιπτώσει ότι είναι μειωμένες οι πιθανότητες ευδοκίμησης του τυχόν ενδίκου βοηθήματος της προσφυγής εκ μέρους τους.

Έτσι, βασικές λειτουργίες και επιχειρήματα υπέρ της ενδικοφανούς προσφυγής θεωρούνται:

1) ο αυτοέλεγχος (έλεγχος δευτέρου βαθμού) της Διοίκησης και η διόρθωση των σφαλμάτων και πράξεών της από την ίδια,

2) η πλήρης και αποτελεσματική προστασία του διοικούμενου από την ίδια τη Διοίκηση, η οποία, κατά τεκμήριο, διαθέτει μεγαλύτερες δυνατότητες ελέγχου και επέμβασης στις διοικητικές πράξεις σε σύγκριση με το δικαστή και η μείωση του φόρτου των δικαστηρίων, καθώς είτε η διαφορά «επιλύεται» προδικαστικά είτε πάντως η υπόθεση φθάνει ενώπιον του αρμοδίου δικαστή «εκκαθαρισμένη» κατά το νομικό και πραγματικό της μέρος.[1]

Στο δίκαιό μας οι ενδικοφανείς προσφυγές καλύπτουν ένα ευρύτατο πεδίο διοικητικών διαφορών και σε αυτές εντάσσεται, στο πλαίσιο των δημοσίων έργων, και η «προδικαστική» προσφυγή του άρθρου 174 του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών» (Α 147, Διόρθωση Σφαλμάτων Α 200).

ΙΙ. Το νομικό καθεστώς της «προδικαστικής» προσφυγής του άρθρου 174 του ν. 4412/2016

Α) Εισαγωγικά

Με τον ν. 4412/2016 που προσάρμοσε την εθνική νομοθεσία στις οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ, ενοποιήθηκαν οι διαδικασίες ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων οι οποίες αφορούν α) δημόσια έργα, β) μελέτες και συναφείς

[1] Ε. Προβαδούρου «Οι ενδικοφανείς προσφυγές ως μέσο επιτάχυνσης της διοικητικής δίκης» ΘΠΔΔ 2013, σελ. 103 επ.
Π. Λαζαράτος «Η διοικητική υποχρέωση ενημερώσεως του ιδιώτη ως προς τις ενδικοφανείς προσφυγές και τα ένδικα βοηθήματα που διαθέτει – Σκέψεις σχετικά με τέσσερα ερωτήματα» ΔιΔικ 1995, σελ 814 επ.
Δ. Ράϊκος «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», Β' έκδοση, σελ 713, με εκεί παραπομπές
Χ. Δετσαρίδης «Η ενδικοφανής διαδικασία στο στάδιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων – κριτική αντιμετώπιση» - Δημ. Νόμος

υπηρεσίες και γ) προμήθειες. Οι εν λόγω διαδικασίες πριν από τον ως άνω νόμο, ρυθμιζόταν από ιδιαίτερα νομοθετήματα, τον ν. 3669/2008, κωδικοποιητικό των διατάξεων για τα δημόσια έργα με κυριότερο το ν. 1418/1984, τον ν. 3316/2005 για τις μελέτες και το π.δ. 118/2017 για τις προμήθειες.

Οι διατάξεις του ν. 4412/2016, οι οποίες αφορούν την διοικητική επίλυση των συμβατικών διαφορών για τα δημόσια έργα είναι αυτές του άρθρου 174, ενώ υπό το προϊσχύσαν καθεστώς για τη σχετική διοικητική προδικασία προέβλεπε το άρθρο 12 του ν. 1418/1984 «Δημόσια έργα και ρυθμίσεις συναφών θεμάτων» (Α΄ 23), που είχε κωδικοποιηθεί, όπως είχε διαμορφωθεί, [2] στο άρθρο 76 του ν. 3669/2008 (Α΄ 116) νόμου κωδικοποιητικού της νομοθεσίας περί κατασκευής δημόσιων έργων.

Β) Εν συντομία η ενδικοφανής διαδικασία του ν. 1418/1984 - Διαχρονικό δίκαιο

Υπό την ισχύ του ν. 1418/1984, το άρθρο 12 αυτού προέβλεπε, πριν την εισαγωγή των διαφορών από συμβάσεις εκτέλεσης δημοσίων έργων με προσφυγή ενώπιον του αρμόδιου δικαστηρίου της σύμβασης (πολιτικού ή διοικητικού εφετείου της περιφέρειας στην οποία υπεγράφη η σύμβαση, ανάλογα με τη νομική μορφή του εργοδότη), την εξάντληση από πλευράς του αναδόχου της προβλεπόμενης ενδικοφανούς προδικασίας. Η προδικασία αυτή συνίστατο στην άσκηση δύο (2) επάλληλων ενδικοφανών προσφυγών κατά βλαπτικών πράξεων ή παραλείψεων της Δ/σας Υπηρεσίας και ειδικότερα άσκηση ένστασης ενώπιον της Προϊσταμένης Αρχής και στη συνέχεια αίτηση θεραπείας ενώπιον του αρμόδιου Υπουργού ή άλλου αρμόδιου οργάνου ή αίτηση θεραπείας ενώπιον του Υπουργού κατά πράξεων ή παραλείψεων της Προϊσταμένης Αρχής ή του κυρίου του έργου, εφόσον με τις πράξεις αυτές δημιουργείται το πρώτον διαφορά. Οι προθεσμίες που ετίθεντο ήταν δεκαπέντε (15) ημέρες για την άσκηση της ένστασης και τριών (3) μηνών για την αίτηση θεραπείας, ενώ τα αποφαινόμενα όργανα επί αυτών είχαν στην διάθεσή τους

[2] τροποποιηθέν με τους ν. 2229/1994 (άρθρο 3 παρ. 1 και 2), 2940 /2001 (άρθρο 3 παρ. 1 και 2), 3212/2003 (άρθρο 15 παρ. 1, άρθρο 23 παρ. 14)

για μεν την ένσταση δύο (2) μήνες και για την αίτηση θεραπείας τρεις (3) μήνες, μετά την παρέλευση των οποίων τεκμαίρονταν ως σιωπηρώς απορριφθείσες.

Οι προαναφερθείσες ρυθμίσεις, κατά τη μεταβατική διάταξη της παρ. 15 του άρθρου 376 του ν. 4412/2016, εξακολουθούσαν να εφαρμόζονται για τις διαφωνίες εκείνες που ανεφύησαν κατά την εκτέλεση συμβάσεων που διέπονταν υπό το καθεστώς του ν.1418/1984 (3669/2009), στο πλαίσιο των οποίων ασκήθηκε ένσταση ή αίτηση θεραπείας έως την 1-11-2017 καθώς και αυτές για τις οποίες η προθεσμία άσκησής τους δεν είχε παρέλθει κατά την παραπάνω ημερομηνία.

Οι διαφορές στο πλαίσιο των συμβάσεων δημοσίων έργων, η έναρξη της διαδικασίας σύναψης των οποίων έλαβε χώρα μετά την 8-8-2016 (έναρξη ισχύος του ν. 4412/2016) μέχρι την έναρξη ισχύος του ν. 4491/2017 (Α΄ 152), διέπονταν από το άρθρο 174 του ν. 4412/2016, το οποίο στην αρχική του μορφή προέβλεπε πανομοιότυπες ρυθμίσεις με αυτές του άρθρου 12 (του ν. 1418/1984, 76 του ν. 3669/2008), ήτοι ενδικοφανή προδικασία σε δύο στάδια (ένσταση και αίτηση θεραπείας).

Γ) Οι νέες ρυθμίσεις για την έννομη προστασία του ανάδοχου.

Βασική αλλαγή – τροποποίηση του άρθρου 174 του ν. 4412/2016, επήλθε με το άρθρο 20 του ν. 4491/2017, με το οποίο καταργήθηκε η γενική πρόβλεψη άσκησης ένστασης ενώπιον της Προϊσταμένης Αρχής, καθώς και αυτή της άσκησης αίτησης θεραπείας ενώπιον του Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών ή του κατά περίπτωση αρμόδιου αποφαινομένου οργάνου.

Οι νέες ρυθμίσεις συντομεύουν τη διάρκεια της ενδικοφανούς διαδικασίας, ώστε ο ανάδοχος να μπορέσει να προσφύγει συντομότερα στο Δικαστήριο.

Πλέον, κατά το εν λόγω στάδιο, προβλέπεται μία μόνο «διοικητική προσφυγή» και δη ένσταση, επί της οποίας αποφαίνεται ο Υπουργός Υποδομών και Μεταφορών ή το

κατά περίπτωση αρμόδιο αποφαινόμενο όργανο, με την επιφύλαξη του δευτέρου εδαφίου της παρ.6[3] του άρθρου 174 του ν. 4412/2016.

Το αρμόδιο επί της ένστασης όργανο αποφασίζει μέσα σε ανατρεπτική προθεσμία τριών (3) μηνών από την άσκησή της, ενώ εάν παρέλθει άπρακτη η ως άνω τρίμηνη προθεσμία, η ένσταση τεκμαίρεται σιωπηρώς απορριφθείσα. Ωστόσο, οι οικείες διατάξεις προβλέπουν ότι το αποφασίζον επί της ένστασης όργανο μπορεί να επανέλθει και μετά την παρέλευση του ως άνω τριμήνου και να κάνει δεκτή ή εν μέρει δεκτή την ένσταση, αλλά οπωσδήποτε όχι πέραν του έτους από τη λήξη αυτού, εφόσον δεν έχει λήξει η προθεσμία για την άσκηση προσφυγής ή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα σχετική προσφυγή και δεν έχει χωρήσει συζήτησή της στο Δικαστήριο. Ενδεχόμενη έκδοση ή κοινοποίηση της απόφασης επί της ένστασης μετά την πάροδο του τριμήνου δεν μεταθέτει την έναρξη της προθεσμίας για άσκηση προσφυγής.

Η απόφαση επί της ένστασης στην περίπτωση αυτή δεν υπόκειται σε κανένα ένδικο βοήθημα και είναι εκτελεστή μόνο αν την αποδέχεται αυτός που υπέβαλε την ένσταση και παραιτηθεί από το δικαίωμα άσκησης προσφυγής ή από τυχόν ασκηθείσα προσφυγή του εντός ανατρεπτικής προθεσμίας ενός (1) μηνός από την κοινοποίηση της σχετικής απόφασης, ενώ σε κάθε περίπτωση κατισχύει η τυχόν εκδοθείσα απόφαση του δικαστηρίου.[4] [5]

Δ) Ουσιώδη χαρακτηριστικά γνωρίσματα της ένστασης.

1. Η ένσταση ασκείται κατά των βλαπτικών για τον ανάδοχο πράξεων ή παραλείψεων της Διευθύνουσας Υπηρεσίας ή κατά αποφάσεων ή πράξεων της Προϊσταμένης Αρχής ή του κυρίου του έργου, εφόσον με αυτές προκαλείται διαφωνία για πρώτη φορά.

[3] Αν η αρμοδιότητα για την απόφαση επί ενστάσεων ασκείται από όργανο του κυρίου του έργου, επί ενστάσεων του προηγούμενου εδαφίου αποφασίζει ο Υπουργός που εποπτεύει τον κύριο του έργου και αν δεν υφίσταται εποπτεία, ο Υπουργός Υποδομών και Μεταφορών.

[4] ΓΕΝΙΚΗ ΣΗΜΕΙΩΣΗ. Η σχετική νομολογία που παρατίθεται στη παρούσα εισήγηση έχει διαμορφωθεί υπό την ισχύ του ν. 1418/1984 (άρθρα 12, 13), παρατίθεται δε μόνο για την αρτιότητα της ιστορικής συνέχειας

[5] ΣΤΕ 390/2016, 268/2018, ΔΕΦΑΘ 2422/2015 κ.α. επί των ταυτοσήμου, κατά βάση, διατάξεων του άρθρου 76, παρ 4-6, 8-10, 14-16, του ν. 3669/2008 για την αίτηση θεραπείας

Όπως παγίως έχει κριθεί, στο πλαίσιο των ομοίου, ως προς τούτο, περιεχομένου καταργηθεισών διατάξεων του άρθρου 12 του ν. 1418/1984 (76 ν.3669/2008), η προσβληθείσα με ένσταση πράξη πρέπει να είναι εκτελεστή. Αν αντιθέτως, η πράξη αυτή, ως εκ του περιεχομένου της και των συνθηκών, υπό τις οποίες εκδόθηκε, είναι επιβεβαιωτική προηγούμενης, η κατ' αυτής ένσταση είναι για το λόγο αυτό, απορριπτέα ως απαράδεκτη, καθώς επίσης και η εν τέλει ασκηθείσα προσφυγή. Εκ τούτου έπεται, ότι, όταν η Διευθύνουσα Υπηρεσία ή η Προϊσταμένη Αρχή, κατά περίπτωση, εκδώσει διαδοχικά πράξεις με το αυτό αντικείμενο, βλαπτικές των συμφερόντων του αναδόχου, ο τελευταίος προσφεύγει παραδεκτώς μόνο κατά της πρώτης βλαπτικής για τα συμφέροντά του πράξης, ενώ απαραδέκτως στρέφεται κατά των μεταγενέστερων πράξεων με το αυτό αντικείμενο, διότι κάθε μεταγενέστερη πράξη, ως επιβεβαιωτική της προηγούμενης, στερείται εκτελεστού χαρακτήρα [6]. Δηλαδή, ο ανάδοχος μια μόνο φορά δικαιούται να ασκήσει ένσταση, τυχόν δε ένσταση ασκούμενη για δεύτερη φορά κατά της ίδιας πράξης ή μεταγενέστερης με το αυτό αντικείμενο είναι απαράδεκτη, ενώ η έκδοση διοικητικής πράξης επί απαραδέκτως υποβληθείσας ένστασης κατά μη εκτελεστής πράξης δεν δημιουργεί εκτελεστή διοικητική πράξη.

2. Η ένσταση απευθύνεται στον Υπουργό Υποδομών και Μεταφορών ή στο κατά περίπτωση σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις όργανο και ασκείται με επίδοση σε αυτούς με δικαστικό επιμελητή εντός ανατρεπτικής προθεσμίας δύο (2) μηνών από την κοινοποίηση της πράξης ή τη συντέλεση της παράλειψης, κοινοποιείται δε εντός της ανωτέρω προθεσμίας και στην υπηρεσία που έχει εκδώσει την προσβαλλόμενη πράξη. Η κοινοποίηση στην τελευταία περίπτωση μπορεί να διενεργηθεί και με ταχυδρομική αποστολή επί αποδείξει. Εξάλλου, η προθεσμία των δύο (2) μηνών για την άσκηση της ένστασης αρχίζει, κατά γενική αρχή του δικαίου, την οποία αποδίδουν και τα άρθρα 241- 242 του Αστικού κώδικα και 144 του Κωδ. Πολ. Δικ., από την επόμενη ημέρα της, κατά οποιοδήποτε τρόπο, ανακοίνωσης της προσβαλλόμενης πράξης στον ανάδοχο, έστω και με υπογραφή στο σχετικό βιβλίο

[6] ΣτΕ 1462/2017, 567/2015, 3286/2015, 567/2015, 3127/2015, 993/2011, 1809/2011, 2210/2009, ΔΕΦ 192/2016 κ.ά.

της υπηρεσίας ή με χορήγηση σ᾽ αυτόν αντιγράφου της πράξης - και είναι αδιάφορο αν η ημέρα αυτή είναι κατά νόμο εξαιρετέα - και λήγει όταν παρέλθει η τελευταία ημέρα, εάν δε η ημέρα αυτή είναι κατά νόμο εξαιρετέα, η κατά τα ανωτέρω προθεσμία λήγει όταν παρέλθει η επόμενη μη εξαιρετέα ημέρα, [7] ενώ, κατά την παρ. 15 του άρθρου 174, τόσο η προθεσμία του αναδόχου για την άσκηση της ένστασης όσο και λοιπές προθεσμίες που τάσσονται σε αυτόν, αλλά και στα όργανα του εργοδότη και της Διοίκησης, αναστέλλονται κατά το μήνα Αύγουστο, όπως ίσχυε και υπό το προϊσχύσαν νομοθετικό καθεστώς.

3. Όταν ο κύριος του έργου δεν είναι το Δημόσιο, αλλά άλλο νομικό πρόσωπο, ο ασκήσας την ένσταση υποχρεούται, όπως, εντός δέκα (10) ημερών από την επίδοση αυτής στον Υπουργό, επιδώσει αντίγραφό της και στον αντισυμβαλλόμενο και εντός προθεσμίας άλλων δέκα (10) ημερών που αρχίζει από την τελευταία αυτή επίδοση, υποβάλει στον Υπουργό κυρωμένο αντίγραφο αποδεικτικού της εμπρόθεσμης επίδοσης αντιγράφου της ένστασης προς τον αντισυμβαλλόμενο. Ομοία ρύθμιση διαλαμβανόταν και στο άρθρο 12 (παρ. 6) του ν. 1418/1984 (76 παρ. 10) για την αίτηση θεραπείας, με πρόβλεψη μόνον διαφορετικής προθεσμίας υποβολής στον Υπουργό αντιγράφου της επίδοσής της προς τον αντισυμβαλλόμενο [είκοσι (20) ημέρες αντί για δέκα (10)].

Ο διαδικαστικός αυτός τύπος, ως εκ του επιδιωκόμενου με αυτόν σκοπού, είναι ουσιώδης και τούτο, διότι, με την τήρησή του επιδιώκεται η εξασφάλιση της δυνατότητας στον κύριο του έργου να υποβάλει τις αντιρρήσεις του κατά της ένστασης του αναδόχου και εν συνεχεία να παραστεί κατά την συζήτηση της υπόθεσης για να αναπτύξει αυτές και προφορικώς ενώπιον του αρμοδίου τεχνικού συμβουλίου, γεγονός που συμβάλλει αποφασιστικά στην πλήρη διάγνωση της διαφοράς και την ορθή λύση αυτής. Συνεπώς, η μη τήρηση του τύπου αυτού καθιστά την ένσταση απαράδεκτη και την επακολουθούσα προσφυγή ενώπιον του αρμοδίου δικαστηρίου τύποις απορριπτέα για το λόγο αυτό, είναι δε αδιάφορο εάν επί της ένστασης απεφάνθη το αρμόδιο όργανο ή άφησε αυτή ανεξέταστη, ώστε να

[7] Δ. Ράϊκος οπ., σελ 714, σημ. 31, 32 με εκεί παραπομπές

τεκμαίρεται αυτή, απορριφθείσα από την πάροδο άπρακτης της προθεσμίας εντός της οποίας, κατά νόμο, έπρεπε να αποφανθεί το όργανο τούτο. Τα αυτά έγιναν νομολογιακά δεκτά επί της ομοίου περιεχομένου ρύθμισης, υπό το προϊσχύσαν καθεστώς, για την αίτηση θεραπείας, ρύθμιση η οποία μάλιστα κρίθηκε ότι δεν αντίκειται στα άρθρα 20 του Συντάγματος και 6 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου περί παροχής έννομης προστασίας. [8]

Επισημαίνεται ότι, παρά το γεγονός ότι κύριος του έργου δεν είναι το Δημόσιο αλλά άλλο νομικό πρόσωπο, οι σχετικές προσφυγές στρέφονται και κατά του Ελληνικού Δημοσίου, τα δε δικαστήρια (ΣΤΕ και Διοικητικά Εφετεία) παγίως απορρίπτουν, ρητά ή σιωπηρά, ένσταση του Δημοσίου για έλλειψη παθητικής νομιμοποίησης, δεχόμενα, πάντως, ότι η εκδοθησόμενη απόφασή τους αφορά μόνο τις σχέσεις μεταξύ του νομικού προσώπου – κυρίου του έργου - και του αναδόχου και δεν συνεπάγεται επίρριψη στο Ελληνικό Δημόσιο των υποχρεώσεων που βαρύνουν το νομικό πρόσωπο έναντι του αναδόχου [9], η συμμετοχή δε του Δημοσίου στη σχετικά δίκη δικαιολογείται εκ του λόγου ότι όργανό του εμπλέκεται στην διοικητική προδικασία και μάλιστα υπό την ιδιότητα του αποφασίζοντος οργάνου, η πράξη του οποίου ή η παράλειψη προσβάλλεται με τη σχετική προσφυγή.

4. Η ένσταση είναι απαλλαγμένη δικονομικών τύπων. Πρέπει όμως: α) να αναφέρει την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη, β) να περιέχει το πραγματικό της διαφωνίας με όλους τους ισχυρισμούς που στηρίζουν τις απόψεις του αναδόχου και αντικρούουν τις απόψεις της Υπηρεσίας, γ) να περιλαμβάνει κατά τρόπο σαφή και συγκεκριμένο όλα τα αιτήματα του αναδόχου, τα οποία δεν πρέπει να είναι διάφορα ή ελάσσονα εκείνων της προσφυγής

5. Αιτήματα τα οποία δεν περιελήφθησαν στην ένσταση και τα οποία προβάλλονται, το πρώτο με την προσφυγή είναι απορριπτέα λόγω έλλειψης προδικασίας.[10]

---

[8] ΣτΕ 247/2019, Δ. Ράικος οπ σελ. 715-716 υποσημ. 17 με εκεί παραπομπές σε νομολογία ΣΤΕ, ΑΠ 548/2013, 550/2011 επί της αίτησης θεραπείας του άρθρου 12 του ν. 1418/2004

[9] Τριμ. ΔεφΑθ 1328/2019, Τρ. Εφ. Π. 265/2018, ΣΤΕ 2998, 2999/2015, 1244/2013, 3807/2012, 2219/2009, 2985/2007 κ.α.

[10] ΣτΕ 2253/2017, 2107/2016, 2363/2015 κ.α.

Ομοίως, και υπό την ισχύ του ν. 1418/1984 που προέβλεπε την άσκηση δύο επαλλήλων ενδικοφανών μέσων, ένσταση και αίτηση θεραπείας, είχε γίνει παγίως δεκτό ότι δεν επιτρέπεται να περιλαμβάνονται στα επόμενα ενδικοφανή μέσα ή στην προσφυγή αιτήματα διάφορα ή περισσότερα από εκείνα που περιελήφθησαν στα προηγούμενα ενδικοφανή μέσα και τα οποία το αρμόδιο να αποφανθεί επ' αυτών όργανο απέρριψε είτε ρητώς είτε σιωπηρώς με την πάροδο άπρακτης της προβλεπόμενης σχετικής προθεσμίας.[11]

6. Η ένσταση, ως ενδικοφανής διοικητική προσφυγή, επιτρέπει όχι μόνο τον έλεγχο νομιμότητας της προσβαλλόμενης μ' αυτή ατομικής διοικητικής πράξης, αλλά και την κατ΄ουσία επανεξέταση της υπόθεσης με νέα έρευνα και εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών, το δε αρμόδιο για την κρίση επί της ένστασης όργανο, μπορεί, όχι μόνο να ακυρώσει (εν όλω ή εν μέρει), αλλά και να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη, όχι όμως και να χειροτερέψει την θέση του ενιστάμενου.[12]

7. Η Διευθύνουσα Υπηρεσία ή η Προϊσταμένη Αρχή οφείλουν, κατά την έκδοση των πράξεων ή αποφάσεών τους, να μνημονεύουν τη δυνατότητα άσκησης ένστασης, την ανατρεπτική προθεσμία για την άσκησή της, το αποφαινόμενο όργανο καθώς και τις συνέπειες της μη άσκησής της.

Ως προς το ζήτημα της ενημέρωσης των αναδόχων από το αποφαινόμενο όργανο περί της δυνατότητας άσκησης ένστασης, της ανατρεπτικής προθεσμίας για την άσκησή της, καθώς και των συνεπειών της μη άσκησής της υπό την ισχύ του ν. 1418/1984, (άρθρα 12 και 13 / 76 και 77 ν. 3669/2008), στα οποία δεν περιείχετο παρόμοια ρύθμιση, μετά την 2790/2011 απόφαση του ΣτΕ, είχε επικρατήσει νομολογιακά, ότι η Διοίκηση δεν υπέχει, κατά νόμον, υποχρέωση να ενημερώσει τον ανάδοχο για την τηρητέα ενδικοφανή διαδικασία ως προϋπόθεση του παραδεκτού της προσφυγής ενώπιον του διοικητικού εφετείου, καθόσον η ενδικοφανής αυτή διαδικασία δεν προβλέπεται από ειδική διάταξη διαδικαστικού χαρακτήρα άλλου διοικητικού νόμου, αλλά από τις ίδιες ως άνω διατάξεις του αυτού νόμου

[11] ΣτΕ 2253/2017, 3131/2015, 3198/2015, 2363/2015, 2814/2014, 3076/2013, 751/2001, 1884/1996, κ.ά.

[12] Β. Χριστιανός – Θ. Πανάγος «Δημόσιες Συμβάσεις Ερμηνεία κατ΄ άρθρο» σελ. 359 σημ. 9 με παραπομπή σε ΣΤΕ 3424/2006

(1418/1984), για την έννοια των οποίων δεν καταλείπεται καμία εύλογη αμφιβολία, και επομένως, σε περίπτωση παράλειψης ενημέρωσης από την πλευρά της Αναθέτουσας Αρχής και παράλειψης άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, δεν θεραπεύεται το απαράδεκτο του απευθείας ασκηθέντος ενδίκου βοηθήματος, δεδομένου ότι οι διατάξεις που προβλέπουν την ενδικοφανή διαδικασία απευθύνονται σε μικρό κύκλο αποδεκτών που οφείλουν να τις γνωρίζουν ενόψει της ιδιαιτερότητας του αντικειμένου[13]. Εξάλλου, δεν μπορεί ευλόγως να γίνει δεκτό ότι μια επιχείρηση εγγεγραμμένη στο μητρώο εργοληπτικών επιχειρήσεων, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 15 και 16 του ν. 1418/1984, με σκοπό την κατασκευή δημοσίων έργων, η οποία μετέχει σε διαγωνισμούς για την ανάθεση της κατασκευής δημοσίων έργων και η οποία έχει ανακηρυχθεί ανάδοχος με βάση τις διατάξεις του ανωτέρω ν. 1418/1984, αγνοεί τις διατάξεις των άρθρων 12 και 13 του ισχύοντος από το 1984 νόμου αυτού, οι οποίες αφορούν τη δικαστική της προστασία επί διαφορών που ανακύπτουν κατά το στάδιο της εκτέλεσης της σύμβασης κατασκευής ενός δημοσίου έργου. Με αυτά τα δεδομένα, η αντίθετη άποψη όχι μόνον υπερακοντίζει το σκοπό της ενημέρωσης, αλλά επιτρέπει και την καταστρατήγηση των ανωτέρω διατάξεων του ν. 1418/1984, οι οποίες, λόγω της σοβαρότητας του αντικειμένου των δημοσίων έργων, προβλέπουν την υποχρεωτική τήρηση ενδικοφανούς διαδικασίας.

Θέλω να ελπίζω, ότι στο πλαίσιο του άρθρου 174 του ν. 4412/2016 δεν θα αντιμετωπιστεί άλλως το ζήτημα των συνεπειών της τυχόν μη ενημέρωσης του αναδόχου για την τηρητέα ενδικοφανή διαδικασία ως προϋπόθεση του παραδεκτού της προσφυγής και θα ισχύσουν ομοίως τα παραπάνω.

Ε) Ειδικές διατάξεις για την ένσταση.

Από την επισκόπηση του κειμένου του νόμου 4412/2016 προκύπτει ότι, σε σχέση με την εκτέλεση του έργου, εκτός από τη γενική διάταξη του άρθρου 174 του ν. 4412/2016, όπως ήδη ισχύει μετά την αντικατάστασή του με το άρθρο 20 του ν.

[13] ΣτΕ 268/2018, 794/2017, 390/2016, 1595/2016, 3841/2015, 3128/2015, πρβλ επίσης ΣτΕ 876/2013 Ολομ. κ.α.

4491/2017, εξακολουθούν να υφίστανται διατάξεις που προβλέπουν ενστάσεις επί των οποίων αποφαίνεται η Προϊσταμένη Αρχή, σε κάποιες δε περιπτώσεις ορίζεται ρητώς και η προθεσμία άσκησης της ένστασης, η οποία είναι κατά πολύ συντομότερη της δίμηνης προθεσμίας του άρθρου 174. Πρόκειται περί των άρθρων 156 (παρ. 7) που αφορά τους Ανακεφαλαιωτικούς Πίνακες Εργασιών (ΑΠΕ), 157 (παρ. 6) που αφορά τα πρωτόκολλα βλαβών, 159 (παρ.3 και 4) που αφορά την Ειδική Διαταγή αποκατάστασης ελαττωμάτων, 160 (παρ. 7) που αφορά την έκπτωση του αναδόχου και 170 (παρ. 5) που αφορά τα πρωτόκολλα παραλαβής του έργου.

Έχουν τεθεί σχετικά διάφοροι προβληματισμοί για τις ενστάσεις αυτές («ειδικές») και έχουν διατυπωθεί δύο ερμηνευτικές εκδοχές κυρίως ως προς το αποφαινόμενο όργανο (Προϊσταμένη Αρχή ή Υπουργός).

α. Κατά την πρώτη εκδοχή, επί των «ειδικών» ενστάσεων αποφαίνεται η Προϊσταμένη Αρχή και εάν ήθελε ο Νομοθέτης να τροποποιήσει τα επί των ειδικών περιπτώσεων αποφαινόμενα όργανα, ρητώς θα το ανέφερε και θα τροποποιούσε τα επιμέρους σχετικά άρθρα. Για την εν λόγω ερμηνευτική εκδοχή γίνεται επίκληση του γράμματος των διατάξεων παρ. 1 και 14 του άρθρου 174 του ν. 4412/2016, όπως αντικαταστάθηκε και ισχύει, σε συνδυασμό με τη μεταβατική διάταξη της παρ. 16 του άρθρου 376 του ν. 4412/2016, όπως προστέθηκε με το άρθρο 23 του ν. 4491/2017, σύμφωνα με την οποία «Κανονιστικές πράξεις, καθώς και οι εξουσιοδοτικές αυτών διατάξεις, με τις οποίες συγκροτήθηκαν αποφαινόμενα ή γνωμοδοτικά όργανα επί αιτήσεων θεραπείας κατά την εκτέλεση δημοσίων έργων και μελετών, εξακολουθούν να ισχύουν και τα όργανα αυτά επιλαμβάνονται εφεξής των προβλεπομένων στο άρθρο 174 και 198 ενστάσεων».[14]

[14] Σύμφωνα με την άποψη αυτή, οι διατάξεις των παρ. 1 και 14 του άρθρου 174 Ν, 4412/2016, όπως αντικαταστάθηκε και ισχύει, σε συνδυασμό με τη μεταβατική διάταξη της παρ. 16 του άρθρου 376 του Ν. 4412/2016, όπως προστέθηκε με το άρθρο 23 του Ν. 4491/2017, δίνουν απάντηση στο ερώτημα αυτό. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 174 «Η ένσταση απευθύνεται στον Υπουργό Υποδομών και Μεταφορών ή στο κατά περίπτωση. σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις αρμόδιο αποφαινόμενο όργανο..,», ενώ σύμφωνα με την παρ. 14 του ιδίου ως άνω άρθρου «Όπου στο άρθρο αυτό αναφέρεται ο Υπουργός Υποδομών και Μεταφορών, νοούνται και οι άλλες αρχές, οι οποίες αποφασίζουν επί ενστάσεων, με την επιφύλαξη του δεύτερου εδαφίου της παραγράφου 6[14]. Το νέο άρθρο επαναλαμβάνει στην παρ. 1 την παλαιά διατύπωση που ίσχυε για τις αιτήσεις θεραπείας και προσθέτει, ως ανωτέρω, την παρ. 14 σε σχέση με την παλαιά πρόβλεψη. Βεβαίως, υπό το προγενέστερο καθεστώς, η διαζευκτική πρόβλεψη της παρ. 1 αφορούσε άλλες διοικητικές αρχές, ήτοι άλλους υπουργούς, γενικούς γραμματείς περιφερειών και επιτροπές, οι οποίες,

β. Κατά τη δεύτερη εκδοχή, ο Υπουργός Μεταφορών και Δικτύων ή ο καθ᾽ ύλην αρμόδιος Υπουργός ή άλλο όργανο που σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις έχει ειδικώς ορισθεί, αποφαίνεται επιπλέον και επί των «ειδικών» ενστάσεων των ανωτέρω περιπτώσεων. Κατά την άποψη αυτή, η νέα ένσταση νομοθετήθηκε με σκοπό τη σύντμηση της διοικητικής διαδικασίας σε ένα στάδιο, ουσιαστικά με απορρόφηση της παλαιάς ένστασης από την αίτηση θεραπείας και μετονομασίας της τελευταίας σε «ένσταση», για λόγους ενιαίας αντιμετώπισης των υποθέσεων προς ενίσχυση της ασφάλειας δικαίου.[15]

με ειδικές διατάξεις και εξ αντικειμένου, είχαν αρμοδιότητα να αποφανθούν επί των σχετικών αιτήσεων θεραπείας. Ωστόσο, η νέα διάταξη πρέπει να ερμηνευθεί διασταλτικά και να συμπεριλάβει και τις περιπτώσεις, στις οποίες ειδικώς ο νομοθέτης έχει ορίσει, ως αποφαινόμενο όργανο την Προϊσταμένη Αρχή. Πράγματι στο πλαίσιο μιας εργολαβίας, υφίστανται συμβατικές διαφορές, οι οποίες ανάγονται σε όλως τεχνικά ζητήματα (είδος εργασιών, ποσότητες, τρόπος εκτέλεσης), τα οποία πρακτικά χρήζουν αντιμετώπισης πρωταρχικώς και πρωτίστως από τα ίδια τα όργανα του φορέα κατασκευής (π.χ. στις περιπτώσεις διαφορών στους Α.Π.Ε ή κατά των πρωτοκόλλων προσωρινής και οριστικής παραλαβής ή της έκπτωσης), προτού οι διαφορές αυτές αχθούν ενώπιον των Διοικητικών Δικαστηρίων. Έτσι, κατά την άποψη αυτή τηρούμενης της ανωτέρω περιγραφόμενης διαδικασίας1. Η ένσταση κατά της απόφασης έκπτωσης λόγω μη υπογραφής της Σύμβασης (άρθρο 135 παρ. 1 του Ν.4412/2016, άρθρο 30 παρ. 6 του Κ.Ν. 3669/2008) ασκείται σε ανατρεπτική προθεσμία δέκα (10) ημερολογιακών ημερών από την παραλαβή της και απευθύνεται στην Προϊσταμένη Αρχή.

2. Η ένσταση κατά του πρωτοκόλλου διαπίστωσης βλαβών (άρθρο 157 παρ. 6 του Ν.4412/2016, άρθρο 58 παρ. 6 του Κ.Ν, 3669/2008) ασκείται σε ανατρεπτική προθεσμία πέντε (5) ημερολογιακών ημερών από την υπογραφή με επιφύλαξη του πρωτοκόλλου ή την κοινοποίηση του και απευθύνεται στην Προϊσταμένη Αρχή.

3. Η ένσταση κατά της ειδικής διαταγής για την αποκατάσταση ελαττωμάτων (άρθρο 159 παρ. 4 του Ν.4412/2016, άρθρο 60 παρ. 4 του ΚΝ. 3669/2008) ασκείται σε ανατρεπτική προθεσμία δέκα (10) ημερολογιακών ημερών από την κοινοποίηση της και απευθύνεται στην Προϊσταμένη Αρχή.

4. Η ένσταση κατά της απόφασης ελέγχου και έγκρισης επιμέτρησης έκπτωτης εργολαβίας του άρθρου 160 παρ. 11 του Ν. 4412/2016 (άρθρου 61 παρ. 11 του Κ.Ν. 3669/2008), ασκείται σε ανατρεπτική προθεσμία δέκα πέντε (15) ημερολογιακών ημερών από την κοινοποίηση της και απευθύνεται στην Προϊσταμένη Αρχή.

[15] Υπό την εκδοχή αυτή, το όργανο, το οποίο ο νομοθέτης ήθελε να αποφασίζει επί των νέων ενστάσεων, αδιακρίτως αν πρόκειται για ενστάσεις των ανωτέρω «ειδικών» περιπτώσεων ή για κάθε βλαπτική για τον Ανάδοχο πράξη ή παράλειψη, είναι το ίδιο με αυτό που αποφάσιζε και επί των αιτήσεων θεραπείας.

Όμως, προκύπτει ως παράδοξο, μια ένσταση για μα απλή συμβατική διαφωνία (π.χ. βλαπτική για τον Ανάδοχο διόρθωση επιμετρήσεων) να απευθύνεται στον αρμόδιο Υπουργό, ενώ για σοβαρότατες διαφωνίες, όπως π.χ, κατά της έκπτωσης, κατά της ειδικής διαταγής για την αποκατάσταση ελαττωμάτων κλπ, να παρακάμπτεται ο Υπουργός και επί της ένστασης να αποφαίνεται η Προϊσταμένη Αρχή, δοθέντος ότι τόσο στην προγενέστερη διαδικασία, όσο και στην ήδη ισχύουσα είναι κατώτερη ιεραρχικά από τον Υπουργό.

Ή άποψη δε ότι και οι «ειδικές» ενστάσεις πρέπει να απευθύνονται στον αρμόδιο Υπουργό ενισχύεται, έστω σε θεωρητικό επίπεδο, και από την αρχή της διατυπωμένης βούλησης του Νομοθέτη για ενοποίηση της εξεταζόμενης διοικητικής διαδικασίας, η οποία δεν υπηρετείται σε εργολαβίες με αναθέτοντες φορείς ν.π.ι.δ. Κι αυτό διότι, στην τελευταία αυτή περίπτωση, οι αποφάσεις του αρμοδίου Υπουργού επί ενστάσεων συνιστούν σαφώς εκτελεστές διοικητικές πράξεις, ενώ αντιθέτως, οι αποφάσεις των Προϊσταμένων Αρχών των εταιρειών του ευρύτερου δημοσίου τομέα δεν θεωρούνται με βάση το οργανικό κριτήριο ως εκτελεστές διοικητικές πράξεις. Ευτυχώς, η πρόσφατη Α.Π. 1038/20171 απόφαση έκρινε ότι οι αποφάσεις των οργάνων

Είναι προφανές το πρόβλημα.

Για το λόγο αυτό έχει ήδη προταθεί νομοθετική ρύθμιση του ζητήματος, ώστε να ερμηνευθεί αυθεντικά και πάντως να διασαφηνισθεί τι ακριβώς ισχύει σε κάθε περίπτωση, προς εξυπηρέτηση Υπηρεσιών και αναδόχων, η οποία δυστυχώς δεν έχει υλοποιηθεί μέχρι σήμερα. [16]

III. Ένδικα βοηθήματα Προσφυγής και Αγωγής - Ενδικοφανής Διαδικασία

Σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 175 του ν.4412/2016 η τήρηση της ως άνω διοικητικής προδικασίας / ένστασης είναι υποχρεωτική επί ποινή απαραδέκτου[17], σε κάθε περίπτωση που ανακύπτει διαφωνία μεταξύ του αναδόχου και του κυρίου ή του

διοίκησης ν.π.ι.δ. λειτουργικά προσομοιάζουν με εκτελεστές διοικητικές πράξεις και είναι δεκτικές ακύρωσης, ωστόσο τα Διοικητικά Δικαστήρια δεν έχουν μέχρι σήμερα σχετικώς επιληφθεί και συνεπώς αποφανθεί

Τέλος, εάν ήθελε θεωρηθεί ότι υπερισχύει η πρώτη άποψη, ότι δηλαδή αποφαινόμενο όργανο επί ενστάσεων είναι η Προϊσταμένη Αρχή, τότε ισχύει το παρακάτω παράδοξο παράδειγμα: Για την παραδεκτή άσκηση μίας «ειδικής» ένστασης π.χ. κατά του πρωτοκόλλου διαπίστωσης βλαβών του άρθρου 157 παρ. 6 του Ν. 4412/2016, σε έργο με αναθέτοντα φορέα ν.π.ι.δ. (έστω μια Α.Ε.), ενώπιον της Προϊσταμένης Αρχής (ΔΣ. της Α.Ε.), τότε, πρέπει να γίνουν οι εξής αλυσιτελείς ενέργειες: αντίγραφο της ένστασης να επιδοθεί στον αντισυμβαλλόμενο (στην Α.Ε. ως νομικό πρόσωπο ι.δ.) μέσα σε δέκα (10) ημέρες από την άσκηση της και, εν συνεχεία, εντός δέκα (10) ημερών από την επίδοση της ένστασης στην Α.Ε., ο ανάδοχος να υποβάλει στην Προϊσταμένη Αρχή (ΔΣ. της Α.Ε.) επικυρωμένο αντίγραφο του αποδεικτικού εμπρόθεσμης επίδοσης της ένστασης του στην Α.Ε.Η Περαιτέρω δε, η Α.Ε. μέσα σε ανατρεπτική προθεσμία δεκαπέντε (15) ημερών μπορεί να υποβάλει στο ίδιο Δ.Σ. αυτής τις αντιρρήσεις της (sic!).

Βλ. για τις παραπάνω υποστηριζόμενες εκδοχές Α. Ντανάμης «προβληματισμοί σε σχέση με την προσφάτως τροποποιηθείσα διαδικασία διοικητικής και δικαστικής επίλυσης των διαφορών περί την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων. Τα άρθρα 174 και 175 του ν. 4412/2016 όπως αντικαταστάθηκαν με τα άρθρα 20 και 21 του ν. 4491/2017 αντίστοιχα και οι σχετικές μεταβατικές διατάξεις Νομ. Δημ. Εργων και Περιβάλλοντος Οκτ – Δεκ 2017 , 22 επ.

[16] Ειδικότερα προτείνεται προσθήκη παραγράφου ΙΑ στο άρθρο 174, προκειμένου να επαναφερθεί η άσκηση ένστασης ενώπιον της Προϊσταμένης Αρχής στις (ελάχιστες) περιπτώσεις των άρθρων 156 παρ. 7, 157 παρ. 6, 159 παρ. 3 και 4, 160 παρ. 7 και 170 παρ. 5, κατά των πράξεων ή παραλείψεων της Διευθύνουσας Υπηρεσίας, που προσβάλλουν έννομο συμφέρον του αναδόχου, όπως και η διαδικασία για την εκδίκασή τους που ίσχυε μέχρι την τροποποίηση της σχετικής διάταξης με το ν. 4491/2017, ενώ κατά της απόφασης της Προϊσταμένης Αρχής ή κατά της σιωπηρής απόρριψης της ένστασης, προβλέπεται η άσκηση αίτησης θεραπείας για την οποία θα εφαρμόζονται ανάλογα οι διατάξεις για την ένσταση των εδ. β', γ' και στ' της παρ. 1 και 2 έως 15 του άρθρου 174. Η τροποποίηση αυτή προτείνεται με το σκεπτικό ότι, εφόσον η σχετική διαδικασία εφαρμόζεται σε κάθε περίπτωση διαφωνίας, ακόμα και σε περιπτώσεις που αποτελεί άμεση ανάγκη η εκδίκαση ενστάσεων για τις οποίες υπό το προηγούμενο νομικό καθεστώς προβλέπονταν κατεπείγουσα διαδικασία, όπως στις ανωτέρω αναφερόμενες περιπτώσεις αποτέλεσμα είναι να παρατείνεται για μακρότατο χρονικό διάστημα η σχετική εκκρεμότητα (της αποκατάστασης ελαττώματος ή βλαβών του έργου) ή να απαιτείται να προηγείται η εκδίκαση της ένστασης (από τον Υπουργό ΥΜΕ) και να έπεται η έγκριση, εκ μέρους της Π.Α., του ΑΠΕ ή των Πρωτοκόλλων Προσωρινής και Οριστικής Παραλαβής, βάσει και της προηγηθείσας απόφασης του Υπουργού επί της ένστασης.

[17] ΣτΕ 247/2019, 268/2018, 1400/2016, ΔΕΦΑΘ 2422/2015, 119/2014

φορέα του έργου, δηλαδή υπάρχει πράξη ή παράλειψη της Διοίκησης βλαπτική των συμφερόντων του αναδόχου (ανεξάρτητα αν το έργο έχει εκτελεσθεί ή όχι), όταν σωρεύονται στο ίδιο δικόγραφο προσφυγή και αγωγή. Επίσης, η τήρηση της εν λόγω προδικασίας απαιτείται ακόμα και αν ασκείται ευθεία αγωγή, όταν στο δικόγραφο αυτής σωρεύεται αίτημα ακύρωσης ή τροποποίησης διοικητικής πράξης, έχει δηλαδή ανακύψει σχετική διαφωνία μεταξύ των μερών, αφού διαφορετικά θα υπήρχε κίνδυνος καταστρατήγησης των παραπάνω διατάξεων του άρθρου 174 του ν. 4412/2016, με τις οποίες ο νομοθέτης θέλησε και επεδίωξε την επίλυση της διαφωνίας σε προκαταρκτικό στάδιο, που προηγείται εκείνου της δικαστικής επίλυσης της διαφοράς.[18] Αντιθέτως, κατά τα ρητώς προβλεπόμενα στο άρθρο 175 παρ. 2 του ν. 4412/2016 [19], όπως άλλωστε και στην ομοίου περιεχομένου ρύθμιση του άρθρου 13 παρ.1 ως ίσχυε μετά την αντικατάστασή της με την παρ. 3 α του άρθρου 4 του ν. 3481/2006 [(Α162), 77 παρ. 3 του ν. 3669/2008], η τήρηση της διοικητικής προδικασίας δεν απαιτείται αν δεν υπάρχει διαφωνία κατά την ως άνω έννοια μεταξύ των μερών, ιδιαίτερα μάλιστα όταν δεν πρόκειται περί βλαπτικής για τα συμφέροντα του αναδόχου πράξης, αλλά αντίθετα περί πράξης της οποίας αυτός επιδιώκει την υλοποίηση, οπότε εφόσον η Διοίκηση αρνείται να ικανοποιήσει τη σχετική απαίτησή του για πληρωμή της αμοιβής, ο ανάδοχος μπορεί να ζητήσει ευθέως με αυτοτελή αγωγή των καταβολή[20] της χωρίς να υπόκειται στην από το ως άνω άρθρο προβλεπόμενη προδικασία. Τούτο δε ανεξάρτητα αν είχε εκτελεσθεί ή όχι το έργο, αφού για την πληρωμή στον ανάδοχο της αμοιβής που αυτός δικαιούται δεν τίθεται από καμία διάταξη νόμου μια τέτοια προϋπόθεση.

<u>Χαρακτηριστικό παράδειγμα είναι αυτό του εγκεκριμένου ή μη λογαριασμού.</u>

Όπως προαναφέρθηκε, όταν εκδίδεται από τη Διοίκηση πράξη βλαπτική για τον ανάδοχο δημοσίου έργου, αυτός οφείλει, επί ποινή απαραδέκτου, πρώτα να

[18] ΣΤΕ 268/2018, 1400/2016, 1595/2016, 2420/2015, 3284/2015 κ.α.

[19] (παρ. 2 όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του με το άρθρο 21 ν. 4491/2017, παρ. 3 πριν την τροποποίησή του)

[20] ΣτΕ 2676/2017, 3128/2015, 3305/2015, 2747/2013, 1591/2007, ΑΠ 256/2017, ΑΠ 544/2017, Α. Γέροντας «Το ένδικο βοήθημα της προσφυγής στο δίκαιο δημοσίων έργων» ΔιΔικ 6/2017 (29) σελ. 870 επ.

ακολουθήσει την προβλεπόμενη διαδικασία διοικητικής επίλυσης της διαφοράς και, μόνο, κατόπιν να ασκήσει προσφυγή στο αρμόδιο διοικητικό εφετείο, είτε κατά της πράξης, στην οποία η διαδικασία αυτή κατέληξε, είτε κατά της παράλειψης έκδοσής της. Όταν, όμως, δεν πρόκειται για βλαπτική για τον ανάδοχο πράξη της Διοίκησης, αλλά, αντίθετα, για πράξη της οποίας αυτός επιδιώκει την υλοποίηση, όπως είναι η πράξη της Διευθύνουσας Υπηρεσίας για έγκριση του τελικού ή ενδιάμεσου λογαριασμού του έργου, η οποία αποτελεί την πιστοποίηση για την πληρωμή του, χωρίς στο δικόγραφο της να σωρεύεται αίτημα ακύρωσης ή τροποποίησης διοικητικής πράξης ή παράλειψης, τότε, στην περίπτωση που, στη συνέχεια, η Διοίκηση αρνείται να ικανοποιήσει τη σχετική απαίτησή του, το ένδικο βοήθημα με το οποίο ο ανάδοχος μπορεί να διεκδικήσει δικαστικά την απαίτησή του, είναι η κατ` άρθρο 2 παρ. 2 του ν. 1406/1983 ευθεία αγωγή για αποζημίωσή του, η οποία εκδικάζεται σε πρώτο και τελευταίο βαθμό από το αρμόδιο εφετείο.

Επισημαίνεται, ότι για να ασκηθεί το προβλεπόμενο ένδικο βοήθημα της αγωγής του εργολήπτη δημοσίου έργου, για την καταβολή της εργολαβικής του αμοιβής για τις αντίστοιχες εργασίες που έχουν εκτελεσθεί από αυτόν, πρέπει πρώτα να έχει εγκριθεί ο λογαριασμός του έργου που υπέβαλε στην Διευθύνουσα Υπηρεσία του έργου, με σχετική πράξη αυτής και στη συνέχεια ο κύριος του έργου να αρνείται να προβεί στην εξόφληση του διαπιστωθέντος ποσού του εγκριθέντος λογαριασμού. Αν ο λογαριασμός δεν εγκριθεί μέσα σε ένα μήνα, η παράλειψη αυτή της Διευθύνουσας Υπηρεσίας συνιστά παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, η οποία εμποδίζει την πληρωμή - εξόφληση του λογαριασμού και ως βλαπτική για τον ανάδοχο προσβάλλεται με ένσταση. Επομένως και με βάση τα προαναφερόμενα, τότε μόνο και στην περίπτωση που η Διοίκηση αρνείται να ικανοποιήσει τη σχετική απαίτηση του αναδόχου για την πληρωμή των εργασιών του στο έργο, το ένδικο βοήθημα με το οποίο ο τελευταίος (ανάδοχος) μπορεί να διεκδικήσει δικαστικά την απαίτησή του, είναι αυτό της αγωγής, η οποία, θα έχει ως αίτημα την υποχρέωση του εναγόμενου εργοδότη να καταβάλει στον ενάγοντα ανάδοχο το ποσό του εγκριθέντος λογαριασμού, χωρίς να υπόκειται στην υπό του άρθρου 174 του ν. 1418/1984 προβλεπόμενη προδικασία.

Αντίθετα, αν ο λογαριασμός δεν εγκριθεί μέσα σε ένα μήνα, η παράλειψη αυτή της Διευθύνουσας Υπηρεσίας συνιστά παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, η οποία εμποδίζει την πληρωμή - εξόφληση του λογαριασμού και ως βλαπτική για τον ανάδοχο προσβάλλεται με προσφυγή μετά τήρηση της προβλεπόμενης από το ως άνω άρθρο προδικασίας.

Ομοίως, με προσφυγή, μετά τήρηση της προβλεπόμενης προδικασίας, προσβάλλεται η πράξη της Διευθύνουσας Υπηρεσίας περί μη έγκρισης του λογαριασμού του έργου, [21] ως βλαπτική για τον ανάδοχο πράξη της Διοίκησης.

Β. Αρμόδιο καθ' ύλην δικαστήριο για τις διαφορές από σύμβαση κατασκευής δημοσίου έργου μετά τον ν. 4491/2017

Στο άρθρο 175 του ν. 4412/2016 προβλεπόταν αρχικά ότι «*Κάθε διαφορά μεταξύ των συμβαλλόμενων μερών που προκύπτει από τη σύμβαση κατασκευής δημόσιου έργου επιλύεται με την άσκηση προσφυγής ή αγωγής στο αρμόδιο δικαστήριο κατά τις διατάξεις του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας ή του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, με την επιφύλαξη των επόμενων παραγράφων. Η κατά τον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας διάκριση μεταξύ των ενδίκων βοηθημάτων της προσφυγής και της α-γωγής (άρθρα 63 και 71) ισχύει και στις διαφορές του παρόντος τίτλου Ι. 2. Αρμόδιο δικαστήριο για την εκδίκαση των διαφορών αυτών είναι το διοικητικό ή το πολιτικό εφετείο της περιφέρειας, στην οποία εκτελείται το έργο. Παρέκταση αρμοδιότητας δεν επιτρέπεται. Αν το έργο εκτελείται στην περιφέρεια δύο ή περισσότερων εφετείων, αρμόδιο καθίσταται αυτό που θα επιλέξει ο προσφεύγων».*

Η διάταξη του άρθρου 175, αντικαταστάθηκε με το άρθρο 21 του ν. 4491/2017 ως ακολούθως «1.*Κάθε διαφορά μεταξύ των συμβαλλόμενων μερών που προκύπτει από τη σύμβαση κατασκευής δημόσιου έργου, ανεξάρτητα από τον χαρακτήρα της σύμβασης ως διοικητικής ή ως ιδιωτικού δικαίου, επιλύεται με την άσκηση*

[21] ΑΠ 10/2016, ΑΠ 256/2017, ΣτΕ 1591/2007, Εφ. Ανατ. Κρητ. 1/2018 κ.α.

προσφυγής ή αγωγής στο διοικητικό εφετείο της περιφέρειας, στην οποία εκτελείται το έργο. Παρέκταση αρμοδιότητας δεν επιτρέπεται. Αν το έργο εκτελείται στην περιφέρεια δύο ή περισσότερων διοικητικών εφετείων, αρμόδιο καθίσταται αυτό που θα επιλέξει ο προσφεύγων ή ο ενάγων».

Με τη νέα διάταξη, για κάθε διαφορά μεταξύ των συμβαλλόμενων μερών που προκύπτει από τη σύμβαση κατασκευής δημόσιου έργου, καθιερώνεται αποκλειστική καθ' ύλην αρμοδιότητα μόνο του διοικητικού εφετείου της περιφέρειας στην οποία εκτελείται το έργο, ανεξάρτητα από τον χαρακτήρα της σύμβασης ως διοικητικής ή ως ιδιωτικού δικαίου, και επιλύεται με την άσκηση προσφυγής ή αγωγής στο ως άνω διοικητικό εφετείο, αποκλεισθείσας έτσι της αρμοδιότητας του πολιτικού εφετείου. Η εν λόγω τροποποίηση σκοπεί, σύμφωνα με το άρθρο 94 παρ. 3 του Συντάγματος, στην ενιαία αντιμετώπιση των υποθέσεων και εφαρμογή της ισχύουσας νομοθεσίας, κατά την ίδια λογική που υιοθετήθηκε στις διαφορές στο στάδιο που προηγείται της σύναψης της σύμβασης, με τις διατάξεις του ν. 3886/2010, αλλά και του ν. 4412/2016 (άρθρα 372 - 373).

Και ενώ αρχικά, πριν δηλαδή τη θέσπιση του ν. 4491/2017, ο ν. 4412/2016 και επομένως και η σχετική διάταξή του, ήτοι αυτή του άρθρου 175, εφαρμοζόταν, κατά το άρθρο 376, μόνο για τις συμβάσεις των οποίων η διαδικασία σύναψης λαμβάνει χώρα μετά την έναρξη της ισχύος του, δηλαδή μετά την 8-8-2016, ακολούθως στη διάταξη αυτή προσδόθηκε αναδρομική ισχύ, με το άρθρο 23 του νεότερου ν. 4491/2017, με τη προσθήκη σχετικά παραγράφου 14 στο ως άνω άρθρο 376[22]. Επιπρόσθετα, με το άρθρο 26 του ίδιου ν. 4491/2017, καταργήθηκε το άρθρο 64 παράγραφος 4 του Εισαγωγικού Νόμου του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, που προέβλεπε την συγκρότηση του πολιτικού πενταμελούς εφετείου για τις διαφορές από δημόσια έργα, στην περίπτωση που αυτές αναφύονται από ιδιωτικού δικαίου συμβάσεις, σε οποιαδήποτε νομική βάση και αν θεμελιώνονται, ενώ με το άρθρο 28 του ίδιου ν. 4491/2017 έγινε ειδική ρύθμιση για τις εκκρεμείς κατά τον χρόνο της 1-

[22] 14. Το άρθρο 175 του ν. 4412/2016 εφαρμόζεται και στις διαφορές που ανακύπτουν από συμβάσεις έργων και μελετών που έχουν συναφθεί πριν από την έναρξη ισχύος του ν. 4412/2016».

11-2017 προσφυγές ή αγωγές, με τη προσθήκη σχετικά παραγράφου 14 στο άρθρο 379[23] του ίδιου ν. 4412/2016.

Εν κατακλείδι: α) μετά τη θέση σε ισχύ, από 13-10-2017, του ν. 4491/2017 όλες οι προσφυγές ή αγωγές, που αφορούν τις διαφορές από την εκτέλεση δημοσίου, δημοτικού κ.λ.π. έργου και απορρέουν από διοικητική σύμβαση ή από ιδιωτικού δικαίου σύμβαση, είτε έχουν, οι διαφορές, συμβατικό υπόβαθρο είτε, λόγω ακυρότητας της σύμβασης, ερείδονται στις διατάξεις του αδικαιολόγητου πλουτισμού, ακόμα και αν ανακύπτουν από συμβάσεις έργων και μελετών που έχουν συναφθεί πριν από την έναρξη ισχύος του ν. 4412/2016, υπάγονται εφεξής στη δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων και στην αρμοδιότητα του διοικητικού εφετείου της περιφέρειας, όπου εκτελείται το δημόσιο κ.λ.π. έργο, β) από την ως άνω ρύθμιση εξαίρεση θεσπίζεται για τις ήδη κατατεθείσες, έως την 1-11-2017, προσφυγές ή αγωγές, οι οποίες έχουν κατατεθεί, λόγω της δικαιοδοσίας των πολιτικών δικαστηρίων, όπως αυτή παγίως είχε κριθεί ότι δημιουργείται στις περιπτώσεις που η διαφορά έχει, ως υποκείμενη αιτία, ιδιωτικού δικαίου σύμβαση, στο πολιτικό πενταμελές εφετείο, οι οποίες και συνεχίζουν να δικάζονται από το Δικαστήριο αυτό και γ) αν οι ως άνω, εκκρεμούσες στις 1-11-2017 στο πολιτικό πενταμελές εφετείο προσφυγές ή αγωγές, δεν είναι εγγεγραμμένες στο πινάκιο αυτού γιατί έχει ματαιωθεί η συζήτησή τους, συνεχίζουν να υπάγονται στη δικαιοδοσία των πολιτικών δικαστηρίων, με τη μοναδική διαφοροποίηση ότι, όταν επαναφερθούν για συζήτηση, προδήλως με κλήση οποιουδήποτε από τους διαδίκους τους, θα εισαχθούν στο πολιτικό τριμελές εφετείο, αφού πλέον το πολιτικό πενταμελές εφετείο έχει καταργηθεί.[24]

Η διαδικασία εκδίκασης της υπόθεσης παραμένει κατά βάση ίδια.

Οι διάδικοι υποχρεούνται να προσκομίσουν κατά την πρώτη συζήτηση όλα τα αποδεικτικά μέσα. Το δικαστήριο λαμβάνει υπόψη και αποδεικτικά μέσα που δεν

[23] 14. Προσφυγές ή αγωγές, που έχουν κατατεθεί μέχρι την 1.11.2017, δικάζονται από το Δικαστήριο, στο οποίο έχουν κατατεθεί. Εξαιρετικά, όσες από αυτές εκκρεμούν στο πολιτικό Πενταμελές Εφετείο, αλλά δεν είναι εγγεγραμμένες στο πινάκιο, γιατί έχει ματαιωθεί η συζήτησή τους, όταν επαναφερθούν για συζήτηση, θα εισαχθούν στο πολιτικό Τριμελές Εφετείο»

[24] Εφ. Δυτ. Μακ. 73/2018

πληρούν τους όρους του νόμου. Αν ο φάκελος της υπόθεσης δεν αποσταλεί στο διοικητικό εφετείο από τη Διοίκηση, η συζήτηση αναβάλλεται σε νέα δικάσιμο, κατά την οποία η υπόθεση συζητείται με βάση τα στοιχεία που προσκομίζει ο προσφεύγων ή ο ενάγων, αν το ζητήσει ο ίδιος. (παρ. 3). Η συζήτηση και η διεξαγωγή της απόδειξης ολοκληρώνονται σε μια δικάσιμο. Ένορκες βεβαιώσεις ενώπιον ειρηνοδίκη ή συμβολαιογράφου ή προξένου λαμβάνονται υπόψη μόνο αν έχουν δοθεί ύστερα από κλήτευση του αντιδίκου τρεις (3) τουλάχιστον εργάσιμες ημέρες πριν από τη βεβαίωση και, αν πρόκειται να δοθούν στην αλλοδαπή, οκτώ (8) τουλάχιστον ημέρες πριν από αυτή. Η απόφαση εκδίδεται το ταχύτερο και αρκεί πιθανολόγηση. Οι αποφάσεις του διοικητικού εφετείου είναι αμέσως εκτελεστές (παρ. 4).

Ωστόσο, υπάρχουν οι παρακάτω σημαντικές αλλαγές:

1. Με την αντικατασταθείσα διάταξη του άρθρου 175 επιχειρείται επιτάχυνση της οριστικής δικαστικής επίλυσης της διαφοράς, με προσδιορισμό σύντομης δικασίμου στα δημόσια έργα με προϋπολογισμό άνω των 500.000 ευρώ εντός έξι (6) μηνών από την κατάθεση (παρ. 3 άρθρου 175).

2. Τροποποιείται η προθεσμία άσκησης της προσφυγής, η οποία εφεξής, δεδομένου ότι ουδέν πλέον αναφέρεται στην επίμαχη διάταξη, είναι εξήντα (60) ημέρες (και όχι δύο μήνες έως πρόσφατα - παρ. 3 άρθρου 175 πριν την τροποποίησή του με το 4491/2017) από τη ρητή ή σιωπηρή απόρριψη της ένστασης, σύμφωνα με τις γενικές διατάξεις του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας.

3. Αίτηση αναίρεσης κατά αποφάσεων του Διοικητικού Εφετείου ασκείται ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας και επιτρέπεται για τους προβλεπόμενους στο άρθρο 56 του π.δ. 58/1989 νόμιμους λόγους αναίρεσης, χωρίς περιορισμό. (παρ. 5 άρθρου 175 ν. 4491/2017 ως ισχύει μετά την αντικατάστασή του άνω με το άρθρο 21 του ν. 4491/2017).[25] [26] [27]

---

[25] Έτσι, καταργείται η διάταξη που επέτρεπε την άσκηση αναίρεσης κατά αποφάσεων του εφετείου που αφορούσαν σε εργολαβίες με αναθέτοντες φορείς ν.π.ι.δ. και μέχρι προσφάτως άγονταν ενώπιον του Αρείου Πάγου, μόνο για ορισμένους εκ των λόγων του άρθρου 559 του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας (παρ. 6 άρθρου 175 πριν την τροποποίησή του με το 4491/2017, Α. Ντανταμης οπ.

[26] Υπενθυμίζεται ότι σύμφωνα με το άρθρο 53 του εν λόγω διατάγματος δεν επιτρέπεται η άσκηση αναίρεσης όταν το ποσό της διαφοράς που άγεται ενώπιον του ΣΤΕ είναι κατώτερο των 200.000. Όταν η διαφορά υπερβαίνει το όριο αυτό, για το παραδεκτό της αίτησης αναίρεσης πρέπει να προβάλλεται από τον

αναιρεσείοντα με συγκεκριμένους ισχυρισμούς στο εισαγωγικό δικόγραφο ότι δεν υπάρχει νομολογία του ΣΤΕ επί του συγκεκριμένου νομικού ζητήματος, η επίλυση του οποίου ήταν αναγκαία για την διάγνωση της υπόθεσης ή ότι υπάρχει αντίθεση της προσβαλλόμενης απόφασης προς τη νομολογία του ΣΤΕ ή άλλου ανωτάτου δικαστηρίου (ΣΤΕ, ΑΠ, Ελ. Συνέδριο) ή Ανωτάτου Ειδικού Δικαστηρίου ή προς ανέκκλητη απόφαση διοικητικού δικαστηρίου.

Επίσης, αναφέρεται ότι με την 850/2019 απόφαση του ΣΤΕ (ΣΤ΄ Τμήματος) έχει παραπεμφθεί στην Επταμελή σύνθεση το ζήτημα εάν το ποσό του ΦΠΑ προσμετρείται προκειμένου να υπολογιστεί το ποσό της διαφοράς.

[27] Επισημαίνεται ότι, σε αντίθεση με τα προβλεπόμενα με το προϊσχύσαν δίκαιο (άρθρα 13 ν. 1418/1984 και 77 ν. 3369/2008), με τη διάταξη του άρθρου 175 του ν. 4412/2016 καταργείται η αρμοδιότητα του Προέδρου του Σ.τ.Ε. (και μόνον αυτού πλέον) να ορίσει αρμόδιο εφετείο, εάν το έργο εκτελείται στην περιφέρεια δύο ή περισσότερων διοικητικών εφετείων. Αρμόδιο καθίσταται αυτό που θα επιλέξει ο προσφεύγων ή ο ενάγων.