

ΘΕΩΡΙΑ & ΠΡΑΞΗ

ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ

ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟ - ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ & ΕΥΡΩΠΑΪΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

ΑΝΑΤΥΠΟ

Σοφία Μαυρίδου

Δικηγόρος, LLM Δημοσίου Δικαίου

- | Αγωγή άρθρων 105 και 106 ΕισΝΑΚ κατά δήμου ως αναθέτουσα αρχή. Αξίωση αποζημίωσης διαφυγόντος κέρδους λόγω παράνομου αποκλεισμού οικονομικού φορέα από διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προμήθειας προϋπολογισθείσας αξίας κάτω των 60.000 ευρώ και κατακύρωση σε έτερο οικονομικό φορέα. Αίτημα χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλάβης (σχόλιο στη ΔΠρΘεσ 470/2022 Τμ. Ε')

Συμπεράσματα

Το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων αποτελεί σταυροδρόμι όχι μόνο πολλών επιμέρους τομέων του δικαίου, γεγονός που αυξάνει την περιπλοκότητα και τον πολυσιδή χαρακτήρα του, αλλά και πολλών, συχνά αντικρουόμενων (καθέτως και οριζοντίως) μεταξύ τους συμφερόντων. Προς αναζήτηση μιας δίκαιης ισορροπίας μεταξύ των συμφερόντων αυτών και, ευρύτερα, της πλέον αποτελεσματικής διεξαγωγής των διαγωνιστικών διαδικασιών, τόσο ο ενωσιακός όσο και ο εθνικός νομοθέτης έχουν επιδείξει αυξημένη κινητικότητα στο πεδίο αυτό, προσδίδοντας στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, μεταξύ άλλων, και έναν ιδιαίτερος δυναμικό χαρακτήρα. Η πιο πρόσφατη, εκτενής επέμβαση στη νομοθεσία που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς ήταν εθνικής προέλευσης, ο νόμος 4782/2021.

Μία από τις βασικότερες επιδιώξεις του νόμου αυτού ήταν ο περιορισμός της τυπολατρίας και της υπερβολικής αυστηρότητας³¹, με άλλα λόγια η διασφάλιση ρεαλισμού και ευελιξίας κατά την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων. Στην προσπάθεια αυτή εντάσσεται και η νέα ρύθμιση του άρθρου 103 παρ. 2 του Ν 4412/2016 αναφορικά με την παροχή διευκρινίσεων και συμπληρώσεων επί των δικαιολογητικών κατακύρωσης, στη λογική της νέας ρύθμισης του άρθρου 102 του ίδιου νόμου περί παροχής διευκρινίσεων επί υποβληθεισών προσφορών. Αμφότερες οι διατάξεις αυτές, υπό τη νέα τους διατύπωση, είναι αρκετά ευρείες, με αποτέλεσμα ορισμένες «φωνές» να κάνουν λόγο για επιτακτική ανάγκη ερμηνευτικής έστω περυστολής τους από τα δικαστήρια³².

Το Συμβούλιο της Επικρατείας, στην υπό κρίση υπόθεση, οριοθέτησε το πεδίο εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 103 παρ. 2 του Ν 4412/2016, τόσο *ratione materiae* όσο και *ratione temporis*. Η δε οριοθέτηση αυτή, σεβόμενη τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της αναλογικότητας, κατά την εδώ εκφραζόμενη άποψη, αξιολογείται θετικά, κατά το μέτρο που μειώνει μεν την υπέρμετρη προσήλωση στους τύπους, χωρίς όμως να παρορά ότι ορι-

σμένοι εξ αυτών είναι απαραίτητοι, άλλως «σώζουσιν την ουσία», κατά το Ν.Ι. Σαρίπολο. Αντιστοίχως, η προσέγγιση του Τμήματος Στ' αναφορικά με την κατ' εξαίρεση επιτρεπτή αναδρομική τροποποίηση όρων διακήρυξης επιτυγχάνει την ίδια ισορροπία, άρα κρίνεται ότι κινείται στη σωστή κατεύθυνση. Μένει να φανεί εάν και η Ολομέλεια του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου, στην οποία παραπέμφθηκε λόγω μείζονος σπουδαιότητας η υπόθεση³³, θα κρίνει το ίδιο.

Μαγδαληνή-Χριστίνα Βλάχου-Βλαχοπούλου

Δικηγόρος, ΜΔΕ στο Δημόσιο Δίκαιο (ΕΚΠΑ),
LLM (υπ.) Νομικής Σχολής Harvard,
Υπ. ΔΝ Δημοσίου Δικαίου (ΕΚΠΑ)

Δημόσιες συμβάσεις και αστική ευθύνη του Δημοσίου

ΔΠρΘεσ 470/2022 Τμ. Ε'

Πρόεδρος: Σ. Βουγιουκλή, Πρωτοδίκης ΔΔ

Δικηγόροι: Α. Σιαπέρas, Ε. Ξουφλάκης (ασκ. Δικηγόρος)

Διαγωνισμός προμήθειας Δήμου. Μη νόμιμη αποδοχή προσφοράς με πιστοποιητικό η ισχύς του οποίου είχε λήξει. Μη θεμελίωση αστικής ευθύνης. Έλλειψη αιτιώδους συνδέσμου με αποθετική ζημία άλλου συμμετέχοντος. Μεταξύ της παρανομίας των οργάνων του εναγόμενου Δήμου και της επικαλούμενης με την κρινόμενη αγωγή αποθετικής ζημίας καθώς και της επικαλούμενης ηθικής βλάβης της ενάγουσας εταιρίας δεν υφίσταται αιτιώδης σύνδεσμος, ο οποίος αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση προκειμένου να θεμελιωθεί ευθύνη του εναγόμενου κατά τις διατάξεις των άρθρων 105-106 του ΕισΝΑΚ. Η ενάγουσα εταιρία δεν απέδειξε ότι εάν δεν είχε επιδοθεί η ως άνω παρανομία θα της ανατίθετο η εν λόγω σύμβαση. Ειδικότερα, δεν απέδειξε ότι εάν είχε αποκλειστεί η ανάδοχος εταιρεία από τον διαγωνισμό αυτός θα κατακυρωνόταν στην ίδια και δεν θα ακυρωνόταν λόγω ασύμφορου.

Διατάξεις: άρθρα 1 επ. Ν 4412/2016, 105, 106 ΕισΝΑΚ

[...] 2. Επειδή, με την κρινόμενη καταψηφιστική αγωγή ζητείται να υποχρεωθεί ο εναγόμενος Δήμος να καταβάλει στην ενάγουσα εταιρία, με το νόμιμο τόκο υπερημερίας, από την επίδοση της αγωγής και μέχρι την πλήρη

31. Βλ. Γ. Δελλή/Γ. Κροκίδα/Α. Τσιρώνά/Π. Πούγγουρα, Το νέο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Γενική ανάλυση του νέου Ν 4782/2021, συλλογικό έργο με επιμέλεια Γ. Δελλή, ό.π., σελ. 31 επ.

32. Βλ. Μ. Διαθεσόπουλο, Τα νέα άρθρα 102 και 310 Ν 4412/2016 μετά το Ν 4782/2021 και το νέο καθεστώς διόρθωσης και συμπλήρωσης προσφορών, ΠειρΝομ 1/2021, σελ. 4-21.

33. Βλ. σκ. 26 της σχολιαζόμενης απόφασης.

εξόφληση: α) το ποσό των 37.244,4 ευρώ, ως αποζημίωση, σύμφωνα με τα άρθρα 105 και 106 του ΕισΝΑΚ, για την αποκατάσταση της ζημίας (διαφυγόν κέρδος) που υπέστη εξαιτίας της παράνομης, κατά τους ισχυρισμούς της, κατακύρωσης υπέρ της εταιρίας με την επωνυμία «...» του ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού «...» με αναθέτουσα αρχή τον εναγόμενο Δήμο, ο οποίος, όπως υποστηρίζει θα κατακυρωνόταν υπέρ της αν δεν είχαν μεσολαβήσει παράνομες πράξεις και παραλείψεις του οργάνων του εναγομένου και β) το ποσό των 5.00 ευρώ ως χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης δυνάμει των ανωτέρω άρθρων του ΕισΝΑΚ και του άρθρου 932 του Α.Κ. Τέλος ζητά να κηρυχθεί ως προσωρινώς εκτελεστή η Απόφαση που θα εκδοθεί.

3. Επειδή, νομίμως εκώρησε η συζήτηση της υπόθεσης παρά την απουσία της εναγόμενης εταιρίας η κλήτευση της οποίας έχει νομίμως παραλειφθεί (βλ. τα από 8-6-2021 Πρακτικά Δημόσιας Συνεδρίασης του Δικαστηρίου) και της οποίας ο νόμιμος εκπρόσωπος νομιμοποίησε με το από ... ιδιωτικό έγγραφο παροχής πληρεξουσιότητας τον υπογράφοντα το δικόγραφο δικηγόρο.

4. Επειδή, με το Ν 4412/2016 (ΦΕΚ Α 147 και διόρθωση σφαλμάτων σε ΦΕΚ Α 200), έγινε προσαρμογή στην ελληνική νομοθεσία των διατάξεων των Οδηγιών 2014/24/ΕΕ (L 94) ή 2014/25/ΕΕ (L 94), με τις οποίες αντικαταστάθηκαν οι Οδηγίες 2004/18/ΕΚ και 2004/17/ΕΚ, αντίστοιχα. Στο νόμο αυτό ορίζονται τα ακόλουθα: Άρθρο 1 «1...2 Ο παρών νόμος θεσπίζει κανόνες: α) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης δημοσίων συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου Ι (άρθρα 2 έως 221), β) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙΙ (άρθρα 2 και 222 έως 338), γ) για τη διακυβέρνηση, οι οποίοι εφαρμόζονται, σύμφωνα με το Βιβλίο ΙΙΙ (άρθρα 339 έως 344), από τις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς και δ) για την έννομη προστασία κατά τη σύναψη συμβάσεων που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV (άρθρα 345 έως 374). Οι διατάξεις του παρόντος εφαρμόζονται, με την επιφύλαξη των παραγράφων 3 έως 7, σε όλες τις συμβάσεις των περιπτώσεων α' και β', ανεξαρτήτως είδους και εκτιμώμενης αξίας αυτών, εκτός αν άλλως ορίζεται στις επιμέρους διατάξεις αυτού. 3. Οι διατάξεις των άρθρων 116 έως 128 εφαρμόζονται αποκλειστικά στις συμβάσεις των περιπτώσεων α' της παραγράφου 2 με εκτιμώμενη αξία κάτω των ορίων του άρθρου 5.

Οι διατάξεις των άρθρων 326 έως 333 εφαρμόζονται αποκλειστικά στις συμβάσεις των περιπτώσεων β' της παραγράφου 2 με εκτιμώμενη αξία κάτω των ορίων του

άρθρου 235 (όπως η παρ. 3 αντικαταστάθηκε ως άνω με το άρθρο 22 Ν 4441/2016, ΦΕΚ Α' 227/6.12.2016). Βιβλίο Ι Μέρος Α, Τίτλος 1, Τμήμα 1, Άρθρο 3: 1. Το παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221) θεσπίζει κανόνες για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που πραγματοποιούνται από αναθέτουσες αρχές, ανεξαρτήτως εκτιμώμενης αξίας αυτών, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο παρόν άρθρο. 2. Διαδικασία σύναψης σύμβασης ή σύμβαση κατά την έννοια του παρόντος Βιβλίου είναι η απόκτηση, μέσω δημόσιας σύμβασης, από μία ή περισσότερες αναθέτουσες αρχές, έργων, αγαθών ή υπηρεσιών από οικονομικούς φορείς που επιλέγονται από τις εν λόγω αναθέτουσες αρχές, ανεξαρτήτως του κατά πόσον τα έργα, τα αγαθά ή οι υπηρεσίες προορίζονται για την εξυπηρέτηση σκοπού δημοσίου συμφέροντος...». Τμήμα ΙΙ. Άρθρο 5 «Ως κατώτατα όρια, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, ορίζονται τα ακόλουθα: α) 5.225.000 ευρώ για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, β) 135.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από κεντρικές κυβερνητικές αρχές και για διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται από τις εν λόγω αρχές. Αν οι δημόσιες συμβάσεις προμηθειών ανατίθενται από τις αναθέτουσες αρχές που δραστηριοποιούνται στον τομέα της άμυνας, το εν λόγω κατώτατο όριο ισχύει μόνο για τις συμβάσεις που αφορούν τα οριζόμενα στο Παράρτημα ΙΙΙ του Προσαρτήματος Α' προϊόντα, γ) 209.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από μη κεντρικές αναθέτουσες αρχές και για διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται από τις εν λόγω αρχές. Το κατώτατο όριο αυτό εφαρμόζεται επίσης στις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών που ανατίθενται από κεντρικές κυβερνητικές αρχές οι οποίες δραστηριοποιούνται στον τομέα της άμυνας, όταν οι συμβάσεις αυτές αφορούν προϊόντα που δεν εμπίπτουν στο Παράρτημα ΙΙΙ του Προσαρτήματος Α', δ) ... Τα κατώτατα όρια που καθορίζονται στις ως άνω περιπτώσεις α', β' και γ' ισχύουν, εφόσον δεν έχουν αναθεωρηθεί, σύμφωνα με το άρθρο 6 της Οδηγίας 2014/ 24/ΕΕ».

Ήδη με τον Κανονισμό 2017/2365 (L337/19-12-2017) η ισχύς του οποίου αρχίζει από 1.1.2018 τα ως άνω κατώτατα όρια τροποποιήθηκαν και τέθηκαν στο ποσό των 221.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από μη κεντρικές αναθέτουσες αρχές. Άρθρο 6. «1. Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς ΦΠΑ, όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος προαίρεσως ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβα-

σης». Άρθρο 26: «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προσφεύγουν: α) στις ανοικτές ή κλειστές διαδικασίες των άρθρων 27 και 28 αντίστοιχα ή β) στις συμπράξεις καινοτομίας του άρθρου 31». Άρθρο 116 «1. Για δημόσιες συμβάσεις κάτω των ορίων οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προσφεύγουν εκτός από τις διαδικασίες που προβλέπονται στο άρθρο 26 και στις διαδικασίες της απευθείας ανάθεσης και του συνοπτικού διαγωνισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 117 και 118 και στο σύστημα προεπιλογής του άρθρου 303 αναλόγως εφαρμοζόμενου. Τα ανώτατα χρηματικά όρια των άρθρων 117 και 118, μπορεί να αναπροσαρμόζονται με κοινή Απόφαση των Υπουργών Οικονομικών και του καθ' ύλην αρμοδίου Υπουργού. 2. Στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων δεν απαιτείται η σύμφωνη γνώμη της Αρχής». Βιβλίο II, Μέρος Α, Τίτλος 1, Τμήμα 1, Άρθρο 222: «1. Το παρόν Βιβλίο (άρθρα 222 έως 338) θεσπίζει κανόνες για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης που πραγματοποιούνται από αναθέτοντες φορείς για συμβάσεις και διαγωνισμούς μελετών, ανεξαρτήτως της εκτιμώμενης αξίας αυτών, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στα επιμέρους άρθρα του παρόντος Βιβλίου. 2. Διαδικασία σύναψης σύμβασης κατά την έννοια του παρόντος Βιβλίου, είναι η διαδικασία για την απόκτηση έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών από οικονομικούς φορείς που επιλέγονται από έναν ή περισσότερους αναθέτοντες φορείς, εφόσον τα εν λόγω έργα, προμήθειες ή υπηρεσίες προορίζονται για την εκτέλεση μιας εκ των δραστηριοτήτων που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234. 3-7 [...]». Άρθρο 229: «1. Όσον αφορά στον ηλεκτρισμό, οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) εφαρμόζονται στις ακόλουθες δραστηριότητες: α) την παροχή ή λειτουργία σταθερών δικτύων που έχουν ως στόχο να παρέχουν στο κοινό υπηρεσίες στον τομέα της παραγωγής, της μεταφοράς ή της διανομής ηλεκτρισμού, β)....». Άρθρο 235: «Ως κατώτατα όρια, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, ορίζονται τα ακόλουθα: α) 418.000 ευρώ για τις συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών, καθώς και για τους διαγωνισμούς μελετών....» Ήδη με τον Κανονισμό 2017/2364 (L337/2017) το ποσό αυτό αντικαταστάθηκε σε 443.000 ευρώ. Βιβλίο IV, Τίτλος 1, Άρθρο 345: «Οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 345 έως 374) εφαρμόζονται στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του παρόντος νόμου, καθώς και τροποποίησης αυτών, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ και ανεξάρτητα από τη φύση τους. 2. Οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου εφαρμόζονται και στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμφωνιών πλαίσιο, συμβάσεων παραχώρησης και δυναμικών συ-

στημάτων αγορών, καθώς των τροποποιήσεων αυτών. 3. Ως «αναθέτουσες αρχές» κατά τις διατάξεις του παρόντος βιβλίου νοούνται οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες φορείς της περίπτωσης 1 της παραγράφου 1 του άρθρου 2».

Άρθρο 346: 1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 2 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με τα άρθρα 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368. (όπως η φράση «των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1» αντικαταστάθηκε ως άνω με τη παρ. 49 άρθρου 107 Ν 4497/2017, ΦΕΚ Α 171/13.11.2017). 2. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από Απόφαση της ΑΕΠΠ επί της προδικαστικής προσφυγής του άρθρου 360, μπορεί να ασκήσει αίτηση για την αναστολή εκτέλεσης και αίτηση για την ακύρωση της απόφασής της ενώπιον των αρμόδιων δικαστηρίων, σύμφωνα με το άρθρο 372. Δικαίωμα άσκησης των ιδίων ενδίκων βοηθημάτων έχει και η αναθέτουσα αρχή αν η ΑΕΠΠ δεχθεί την προδικαστική προσφυγή. 3. Διαφορές που προκύπτουν από την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων του παρόντος νόμου και αφορούν αξιώσεις αποζημίωσης εκδίδονται από τα αρμόδια δικαστήρια, σύμφωνα με τις γενικές διατάξεις κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 373».

Άρθρο 373: «1. Ο ενδιαφερόμενος, ο οποίος αποκλείστηκε από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή από τη σύναψη αυτής, κατά παράβαση κανόνα του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του εσωτερικού δικαίου, δικαιούται να αξιώσει από την αναθέτουσα αρχή αποζημίωση, κατ' ανάλογη εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 197 και 198 ΑΚ. Αν ο ενδιαφερόμενος αποδείξει ότι θα του ανετίθετο η σύμβαση, αν δεν είχε εμφολωρήσει η παράβαση, τότε δικαιούται αποζημίωση κατά τις γενικές διατάξεις. Κάθε διάταξη που αποκλείει ή περιορίζει την αξίωση αυτή δεν εφαρμόζεται. 2. Για την επιδίκαση της αποζημίωσης απαιτείται η προηγούμενη ακύρωση της παράνομης πράξης ή παράλειψης από την ΑΕΠΠ ή το αρμόδιο, σύμφωνα με το προηγούμενο άρθρο, δικαστήριο. Η προϋπόθεση αυτή δεν απαιτείται στην περίπτωση του άρθρου 370, της παρ. 2 του άρθρου 371 και της παρ. 7 του άρθρου 372 ή όταν,

εν γένει, δεν καθίσταται εφικτή η δικαστική κήρυξη της ακυρότητας για λόγους μη συνδεόμενους με παραλείψεις του ενδιαφερομένου».

5. Επειδή, με το Βιβλίο IV του Ν 4412/2016 θεσπίστηκε σύστημα κανόνων σχετικών με την έννομη -δικαστική και μη- προστασία κατά την σύναψη δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (βλ. ΣτΕ 770/2021 7μ.). Στα πλαίσια της προστασίας αυτής με το άρθρο 373 του ως άνω Βιβλίου του προαναφερόμενου νόμου ορίστηκε ότι ο ενδιαφερόμενος μπορεί να αξιώσει αποζημίωση, σε περίπτωση παράνομου αποκλεισμού του από τη σύναψη συμβάσεων υποκείμενων στο νόμο αυτό, με την προϋπόθεση ότι η παράνομη πράξη ή παράλειψη έχει ακυρωθεί από την ΑΕΠΠ ή το αρμόδιο Δικαστήριο. Όπως ρητώς ορίζεται στο άρθρο 345 οι ανωτέρω διατάξεις που εντάσσονται στο Βιβλίο IV του Ν 4412/2016 εφαρμόζονται στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του παρόντος νόμου, καθώς και τροποποίησης αυτών, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ (πρβλ. ΣτΕ 770/2021 7μ., ΔΕφΑθ 52/2019). Επομένως, σε περίπτωση που ο ενδιαφερόμενος έχει αποκλεισθεί από διαγωνισμό λόγω παράνομης, κατά τους ισχυρισμούς του πράξης ή παράλειψης πράξης που αφορά συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία κάτω των 60.000 ευρώ δεν είναι εφαρμοστέα η προϋπόθεση που θέτει το άρθρο 373 του ανωτέρω νόμου και, ως εκ τούτου, δεν απαιτείται για το παραδεκτό της άσκησης αγωγής προηγούμενη ακύρωση της πράξης ή της παράλειψης από την ΑΕΠΠ ή το αρμόδιο Δικαστήριο.

Το ίδιο ισχύει και σε περίπτωση που, αν και η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης είναι κατώτερη των 60.000 ευρώ, η αναθέτουσα αρχή έχει επιλέξει, σύμφωνα με το άρθρο 116 του ως άνω νόμου, να προσφύγει στις διαδικασίες που προβλέπονται στο Ν 4412/2016. Και τούτο διότι αφενός έχει οριστεί ρητώς, κατά τα προαναφερόμενα ανωτέρω, ότι οι διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν 4412/2016 εφαρμόζονται στις διαφορές που προκύπτουν για τη σύναψη συμβάσεων άνω των 60.000 ευρώ αφετέρου δεν υπάρχει διάταξη στο Ν 4412/2016 που να επιτρέπει την αναλογική εφαρμογή του άρθρου 373, το οποίο θέτει κανόνες για το παραδεκτό της άσκησης ενδίκων βοηθημάτων για την ικανοποίηση αξίωσης αποζημίωσης (πρβλ. ΣτΕ 38/2020, 495/2020, 1438/2020, 2674/2020, 1714/2019) όταν τελικώς η αναθέτουσα αρχή κατ'άρθρο 116 του νόμου αυτού ασκεί το δικαίωμα επιλογής. Για την ταυτότητα του νομικού λόγου το ίδιο ισχύει ακόμα και αν με την διακήρυξη έχει οριστεί ότι εφαρμόζονται οι διαδικασίες του Βιβλίου IV του Ν 4412/2016, διότι με το νόμο αυτό, που αποτελεί προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας στο ενωσιακό δίκαιο, αναδιορ-

γανώθηκε το σύστημα δικαστικής προστασίας στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων και κατά το προσυμβατικό στάδιο και ρυθμίσθηκαν εξαντλητικά οι περιπτώσεις ακύρωσης των βλαπτικών πράξεων των αρχών και αξιώσεων αποζημίωσης (πρβλ. Απόφαση του Δικαστηρίου της 24ης Μαρτίου 2021 υπόθεση C-771/2019, ΣτΕ 235/2019 Ε.Α.).

6. Επειδή, στην προκείμενη περίπτωση η βάση της κρίνόμενης αγωγής είναι η αξίωση αποζημίωσης λόγω αποκλεισμού του ενάγοντος από διαδικασίες σύναψης σύμβασης δυνάμει της υπ' αριθ. πρωτ. ... Διακήρυξης του Ηλεκτρονικού Ανοικτού Διαγωνισμού «... » για τις ανάγκες του Δήμου ... με αναθέτουσα αρχή τον εναγόμενο Δήμο, προϋπολογισμού συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 59.995,68 ευρώ (ήτοι ποσό 48.383,61 ευρώ και ΦΠΑ 11.612,07 ευρώ). Ο διαγωνισμός αυτός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης, που είναι κάτω των 60.000 ευρώ, δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν 4412/2016 όπως αβασίμως ισχυρίζεται το εναγόμενο. Επιπλέον, κατά τα γενόμενα δεκτά στην σκέψη 5 της παρούσας η κατ'επιλογή από την αναθέτουσα αρχή στις διαδικασίες του νόμου αυτού δεν αποτελεί λόγω εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του νόμου αυτού ενόψει της ρητής διατύπωσης περί εφαρμογής αυτών σε διαφορές που η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης είναι άνω των 60.000 ευρώ. Ενόψει των ανωτέρω, για την παραδεκτή άσκηση της κρίνόμενης αγωγής δεν απαιτείτο η προηγούμενη ακύρωση των προβαλλόμενων πράξεων και παραλείψεων από την ΑΕΠΠ ή το αρμόδιο Δικαστήριο, όπως αβασίμως προβάλλει ο εναγόμενος Δήμος με το 30.9.2021 νομίμως κατατεθέν υπόμνημα. Συνεπώς, η κρίνόμενη αγωγή ασκείται νομοτύπως και εν γένει παραδεκτώς και πρέπει περαιτέρω να εξεταστεί στην ουσία.

7. Επειδή, στο άρθρο 105 του ΕισΝΑΚ (ΠΔ 456/1984, ΦΕΚ 164 Α') ορίζεται ότι: «Για παράνομες πράξεις ή παραλείψεις των οργάνων του δημοσίου κατά την άσκηση της δημόσιας εξουσίας που τους έχει ανατεθεί, το δημόσιο ενέχεται σε αποζημίωση, εκτός αν η πράξη ή η παράλειψη έγινε κατά παράβαση διάταξης, που υπάρχει για χάρη του γενικού συμφέροντος. ...» και στο άρθρο 106 ότι: «Οι διατάξεις των δύο προηγούμενων άρθρων εφαρμόζονται και για την ευθύνη ... των άλλων νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου από πράξεις ή παραλείψεις των οργάνων που βρίσκονται στην υπηρεσία τους». Κατά την έννοια των διατάξεων αυτών, για να στοιχειοθετηθεί ευθύνη του Δημοσίου ή του ΝΠΔΔ προς αποζημίωση, απαιτείται παράνομη πράξη ή παράλειψη ή υλική ενέργεια ή παράλειψη υλικής ενέργειας οργάνων τους κατά την άσκηση της ανατεθειμένης σε αυτά

δημόσιας εξουσίας, επίκληση και απόδειξη συγκεκριμένης ζημίας, καθώς και αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της παράνομης πράξης ή παράλειψης ή υλικής ενέργειας ή παράλειψης υλικής ενέργειας και της επελθούσας ζημίας. Ο σύνδεσμος αυτός υφίσταται όταν, σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας, η φερόμενη ως ζημιόγόνος πράξη ή παράλειψη ή υλική ενέργεια, κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων και ενόψει των ειδικών συνθηκών της συγκεκριμένης περίπτωσης, ήταν εξ αντικειμένου ικανή και πρόσφορη να επιφέρει τη ζημία. Εξάλλου, σε περίπτωση συνδρομής των προϋποθέσεων εφαρμογής του άρθρου 105 του ΕισΝΑΚ το Δημόσιο ή το ΝΠΔΔ υποχρεούται να αποκαταστήσει, σύμφωνα με το άρθρο 298 του Αστικού Κώδικα (ΑΚ), κάθε θετική ζημία, καθώς και το διαφυγόν κέρδος, εκείνο δηλαδή, το οποίο προσδοκά κανείς με πιθανότητα σύμφωνα με τη συνήθη πορεία των πραγμάτων ή τις ειδικές περιστάσεις και ιδίως τα προπαρασκευαστικά μέτρα που έχουν ληφθεί.

Εξάλλου, την ίδια κατά τ' ανωτέρω ευθύνη υπέχει το Δημόσιο και το ΝΠΔΔ και στην περίπτωση έκδοσης από τη Διοίκηση παράνομων πράξεων κατά τη διαδικασία της διενέργειας διαγωνισμού για τη σύναψη διοικητικής σύμβασης. Και στην περίπτωση, δηλαδή, αυτή η ευθύνη του Δημοσίου ή του ΝΠΔΔ προς αποζημίωση είναι αδιοπρακτική και εκτείνεται μέχρι την αποκατάσταση και διαφυγόντος κέρδους, σύμφωνα με το άρθρο 298 του ΑΚ. Επομένως, ο παρανόμως αποκλεισθείς σε διαγωνισμό για σύναψη διοικητικής σύμβασης μπορεί να ζητήσει ως αποζημίωση ό,τι θα αποκέρδιε από την κατακύρωση υπέρ αυτού του αποτελέσματος του διαγωνισμού, εφ' όσον αποδείξει τον αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ του παράνομου αποκλεισμού του και της ζημίας του εκ της μη υπέρ αυτού κατακύρωσης του αποτελέσματος του διαγωνισμού, δηλαδή εφόσον αποδείξει ότι θα του ανετίθετο η σύμβαση, αν δεν είχε εμφιλοχωρήσει η παράβαση.

Η αναζήτηση διαφυγόντος κέρδους υπό την ανωτέρω έννοια δεν αποκλείεται εκ του ότι η αδιοπρακτική ευθύνη του Δημοσίου ή του ΝΠΔΔ ανακύπτει σε διοικητικό στάδιο που προηγείται της σύναψης της σύμβασης. Και ναι μεν στο στάδιο αυτό ευθύνη του Δημοσίου ή του ΝΠΔΔ μπορεί να θεμελιωθεί και στις διατάξεις των άρθρων 197 και 198 του ΑΚ, ανάλογα εφαρμοζόμενες (βλ. ΣτΕ 2031/2007), με τις οποίες ρυθμίζεται η ευθύνη των συμβαλλόμενων μερών κατά το στάδιο των διαπραγματεύσεων και κατά τις οποίες η αποζημίωση του ζημιωθέντος κατά το στάδιο αυτό συνίσταται μόνο στο αρνητικό διαφέρον (διαφέρον διάψευσης εμπιστοσύνης), δεν νοείται δε ως ζημία που μπορεί να αποκατασταθεί το απολεσθέν διαφέρον από τη μη εκπλήρωση σύμβασης που δεν συνήφθη (βλ. ΑΠ 1175, 197/2007,

1242/2005, 1678/2001, 1565, 1346/2000 κ.ά.), η ευθύνη όμως του Δημοσίου ή του ΝΠΔΔ κατά τις διατάξεις αυτές, οι οποίες στοιχούν προς την κατά το ιδιωτικό δικαιο ελευθερία των συμβάσεων και τη συναφή με αυτήν, κατ' αρχήν, έλλειψη νομικής υποχρέωσης για τη σύναψη σύμβασης (βλ. ΑΠ 197/2007), δεν αποκλείει ευθύνη του Δημοσίου κατά το άρθρο 105 του ΕισΝΑΚ (βλ. ΣτΕ 1679/2017, 3692/2015, 3040/2014, 1482/2014, 1943/2013 7μ., 451/2013 7μ., 3766/2013, πρβλ. ΑΠ 1132/1977, ΑΠ 1941/1988).

Περαιτέρω, τα δικαστήρια της ουσίας μπορούν να επιδικάσουν εις βάρος του Δημοσίου ή του ΝΠΔΔ χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης κατ' εφαρμογή του άρθρου 932 του ΑΚ, χρηματική δε ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης δικαιούνται να ζητήσουν και τα νομικά πρόσωπα, αν υπέστησαν ζημία από τον αντίκτυπο που είχε στην πίστη, το κύρος και την φήμη τους η παράνομη πράξη ή παράλειψη, χωρίς να είναι απαραίτητο να εξειδικεύεται η βλάβη αυτή, όταν από τη φύση της παράνομης πράξης ή παράλειψης είναι δυνατόν να επέλθει τέτοια βλάβη (βλ. ΣτΕ 451/2013 7μ., 3692/2015, 227/2021 κ.ά.).

8. Επειδή, στο ως άνω Ν 4412/2016 ορίζεται στο άρθρο 100 (Βιβλίο Ι) ότι: «1. Το αρμόδιο όργανο προβαίνει στην έναρξη της διαδικασίας αποσφράγισης των προσφορών την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται από τα έγγραφα της σύμβασης ή από τη σχετική πρόσκληση. Η αποσφράγιση διενεργείται δημόσια, παρουσία των προσφερόντων/συμμετεχόντων ή των νομίμως εξουσιοδοτημένων εκπροσώπων τους, οι οποίοι λαμβάνουν γνώση των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία και των στοιχείων που υποβλήθηκαν από αυτούς, όπως ειδικότερα ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 21. Η αποσφράγιση διενεργείται δημόσια. 2. Τα επιμέρους στάδια στην ανοικτή διαδικασία ή στο δεύτερο στάδιο της κλειστής διαδικασίας, όταν οι εν λόγω διαδικασίες δεν διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο, έχουν ως εξής: α) Αποσφραγίζεται ο κυρίως φάκελος προσφοράς, ο φάκελος των δικαιολογητικών συμμετοχής στην ανοικτή διαδικασία, καθώς και ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς, εφόσον προβλέπεται η υποβολή της στα έγγραφα της σύμβασης, μονογράφονται δε και σφραγίζονται από το αρμόδιο όργανο όλα τα δικαιολογητικά που υποβάλλονται κατά το στάδιο αυτό και η τεχνική προσφορά, ανά φύλλο. Το αρμόδιο όργανο καταχωρεί όσους υπέβαλαν προσφορές, καθώς και τα υποβληθέντα αυτών δικαιολογητικά και τα αποτελέσματα του ελέγχου αυτών σε Πρακτικό, το οποίο υπογράφεται από τα μέλη του οργάνου. Οι φάκελοι των οικονομικών προσφορών δεν αποσφραγίζονται, αλλά μονογράφονται και σφραγίζονται από το πα-

ραπάνω όργανο και τοποθετούνται σε ένα νέο φάκελο ο οποίος επίσης σφραγίζεται και υπογράφεται από το ίδιο όργανο και φυλάσσεται, προκειμένου να αποσφραγισθεί την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται από τα έγγραφα της σύμβασης ή την πρόσκληση. β) Στη συνέχεια το αρμόδιο όργανο προβαίνει στην αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς, σύμφωνα με τους όρους των εγγράφων της σύμβασης και συντάσσει Πρακτικό για την απόρριψη των τεχνικών προσφορών που δεν γίνονται αποδεκτές και την αποδοχή ή/και βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών με βάση το κριτήριο ανάθεσης των εγγράφων της σύμβασης. γ) Οι κατά τα ανωτέρω σφραγισμένοι φάκελοι με τα οικονομικά στοιχεία των προσφορών, μετά την ολοκλήρωση της αξιολόγησης των λοιπών στοιχείων των προσφορών, αποσφραγίζονται κατά την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται από τα έγγραφα της σύμβασης ή την ειδική πρόσκληση και ακολουθεί σχετική ανακοίνωση τιμών. Για όσες προσφορές δεν κρίθηκαν αποδεκτές κατά τα προηγούμενα ως άνω στάδια α' και β' οι φάκελοι της οικονομικής προσφοράς δεν αποσφραγίζονται, αλλά επιστρέφονται. 3. Τα επιμέρους στάδια στο πρώτο στάδιο της κλειστής διαδικασίας, στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση, στον ανταγωνιστικό διάλογο και στη σύμπραξη καινοτομίας έχουν ως εξής: α) Η αποσφράγιση του φακέλου με τις αιτήσεις και τα δικαιολογητικά συμμετοχής λαμβάνει χώρα την ημέρα και ώρα που ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης. Μετά την αποσφράγιση του φακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής, το αρμόδιο όργανο προβαίνει στην καταχώριση των υποψηφίων, στον έλεγχο των δικαιολογητικών που υπέβαλαν, καθώς και στην αξιολόγηση των αιτήσεων συμμετοχής των υποψηφίων, βάσει των κριτηρίων προεπιλογής που καθορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. Στη συνέχεια η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί τους υποψηφίους που προεπιλέγησαν για υποβολή προσφορών. β) Η αποσφράγιση των προσφορών και τα επόμενα διαδικαστικά στάδια διενεργούνται, κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2. 4. Τα αποτελέσματα των ανωτέρω σταδίων επικυρώνονται με Απόφαση του αποφαινόμενου οργάνου της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιείται με επιμέλεια αυτής στους προσφέροντες ή στους συμμετέχοντες. Κατά της ανωτέρω Απόφασης χωρεί ένσταση, σύμφωνα με το άρθρο 127 για συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία έως εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ (προ ΦΠΑ) ή η, σύμφωνα με το άρθρο 360 προδικαστική προσφυγή για συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ (προ ΦΠΑ). 5. Σε όλες τις διαδικασίες κατά την αποσφράγιση, αντί της μονογραφής που θέτει το αρμόδιο όργανο επί των αιτήσεων συμμετοχής και των προσφορών, μπορεί να γίνεται χρήση μηχανικού μέσου (διάτρηση), με το οποίο θα

αποτυπώνεται η ημερομηνία και η ώρα αποσφράγισης. 6. Τα παραπάνω οριζόμενα στις παραγράφους 1 έως 3 προσαρμόζονται για τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών που διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο, σύμφωνα με τα άρθρα 22 και 36, με την Απόφαση της παρ. 5 του άρθρου 36. (όπως το εδάφιο αυτό αντικαταστάθηκε με το άρθρο 22 παερ. 27 του Ν 4441/2016, ΦΕΚ Α' 227). 9. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση από τα στοιχεία της δικογραφίας προκύπτουν τα ακόλουθα: Με την με αριθμό πρωτοκόλλου ... διακήρυξη του Δημάρχου ... προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός ανοικτός διαγωνισμός με αντικείμενο «...» για τις ανάγκες του Δήμου ..., προϋπολογισθείσας συνολικής δαπάνης 59.995,68 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%. Κατά τα οριζόμενα στην εν λόγω διακήρυξη, ο διαγωνισμός επρόκειτο να διεξαχθεί με την ανοικτή διαδικασία του άρθρου 27 του Ν 4412/2016, με τη χρήση της πλατφόρμας του Εθνικού συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) και κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει μόνο τιμής. Σύμφωνα με το κεφάλαιο «2.4 Κατάρτιση-Περιεχόμενο Προσφορών» οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν με την προσφορά τους υποφάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά (υπό στοιχ. 2.4.2.3.α. της διακήρυξης) καθώς και υποφάκελο με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά» (υπό στοιχ. 2.4.2.3.β. της Διακήρυξης). Ως προς τα δικαιολογητικά του υποφακέλου της Τεχνικής προσφοράς ορίστηκε ότι: «Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή....Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδώνΣυγκεκριμένα θα περιλαμβάνει τα εξής επί ποινή αποκλεισμού 1) Τεχνικής έκθεση-τεχνική περιγραφή.... Επίσης θα προσκομισθούν πιστοποιητικά ISO 9001 και 14001 (υπό στοιχ. 2.4.3.2. Διακήρυξης)». Περαιτέρω, στο Κεφάλαιο 3 της Διακήρυξης καθορίστηκε η διαδικασία της αξιολόγησης των προσφορών (υπό στοιχ. 3.1.2.) σύμφωνα με την οποία «α. το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο καταχωρεί όσους υπέβαλαν προσφορές καθώς και τα υποβληθέντα αυτών δικαιολογητικά....β) Στη συνέχεια το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο προβαίνει στην αξιολόγηση μόνο των τεχνικών προσφορών των προσφερόντων των οποίων τα δικαιολογητικά συμμετοχής έκρινε πλήρη...γ) Μετά την ολοκλήρωση της αξιολόγησης ... αποσφραγίζονται....οι φάκελοι όλων των υποβληθεισών οικονομικών προσφορών, δ) Τα αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο προβαίνει στην αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών

Και συντάσσει Πρακτικό στο οποίο εισηγείται αιτιολογημένα την αποδοχή ή την απόρριψή τους, την κατάταξη και την ανάδειξη του προσωρινού αναδόχου...». Ακολούθως προσκαλείται ο προσωρινός ανάδοχος να υποβάλει δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου (υπό στοιχ. 3.2 της Διακήρυξης) και η διαδικασία αυτή ολοκληρώνεται με τη σύνταξη Πρακτικού από την Επιτροπή Διαγωνισμού και τη διαβίβαση του φακέλου στο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη Απόφασης είτε για την κατακύρωση της σύμβασης είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας είτε για την κήρυξη του προσωρινού αναδόχου ως εκπτώτου.

Στον ως άνω διαγωνισμό, ο οποίος διενεργήθηκε, κατά τα προβλεπόμενα στη Διακήρυξη, στις 9.8.2018, έλαβαν μέρος η εταιρία με την επωνυμία «...» και η ενάγουσα εταιρία καταθέτοντας αρχικώς την τεχνική τους προσφορά για την αξιολόγηση των οποίων συντάχθηκε το υπ' αριθ. πρωτ. Πρακτικό Αποσφράγισης και Αξιολόγησης Διαγωνισμού της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με το ανωτέρω Πρακτικό και οι δύο εταιρίες είχαν συνυποβάλλει με τον φάκελο της τεχνικής τους προσφοράς, μεταξύ άλλων, η μεν «...» υπεύθυνη δήλωση πιστοποιητικού ISO-IEC η δε ενάγουσα πιστοποιητικό ISO 9001-14001. Εξάλλου, μεταξύ των δικαιολογητικών που κατέθεσε στην τεχνική της προσφορά η ενάγουσα και τα οποία κατά την αποσφράγιση κατατέθηκαν στο πρωτόκολλο της υπηρεσίας, μονογράφησαν και σφραγίστηκαν από την Επιτροπή ήταν τα κάτωθι: Διαβιβαστικό, Εγγυητική επιστολή συμμετοχής, ISO 9001-14001, Βεβαίωση εναλλακτικής διαχ. ΑΗΗΕ, πιστοποιητικό ΕΟΑΝ, πιστοποιητικά CE, τεχνικά φυλλάδια, πιστοποιητικά ISO. Ακολούθως, οι τεχνικές προσφορές των ως άνω δύο εταιριών έγιναν δεκτές και στις 3-9-2018 η ως άνω Επιτροπή προχώρησε στην αποσφράγιση των φακέλων των οικονομικών προσφορών τους, για την οποία συντάχθηκε το υπ' αριθ. πρωτ. Πρακτικό Αποσφράγισης Και Αξιολόγησης Οικονομικών Προσφορών. Σύμφωνα με το Πρακτικό αυτό οι εταιρία «...» υπέβαλε οικονομική προσφορά ποσού 21.881,97 ευρώ (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%) και η ενάγουσα υπέβαλε οικονομική προσφορά ποσού 54.007,39 ευρώ (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%). Η Επιτροπή Διαγωνισμού ζήτησε διευκρινίσεις από την εταιρία «...» για το ύψος της προσφοράς της, οι οποίες δόθηκαν από την εταιρία αυτή και κρίθηκαν ικανοποιητικές από την Επιτροπή. Με το ως άνω Πρακτικό η Επιτροπή του Διαγωνισμού έκρινε ως αποδεκτές και τις δύο υποβληθείσες προσφορές και με το ως άνω Πρακτικό πρότεινε στην Οικονομική Επιτροπή του εναγόμενου Δήμου την ανάδειξη της εταιρίας «...» ως προσωρινής αναδόχου του διαγωνισμού καθόσον προσέφερε τη χαμηλότερη τιμή. Η ως άνω πρόταση έγινε δεκτή από την Οικονομική Επι-

τροπή, η οποία, με τη ληφθείσα, κατά τη συνεδρίαση της, με αριθμό, απόφασή της προέβη στην ανακήρυξη της εταιρίας «...» ως προσωρινής αναδόχου του διαγωνισμού.

Κατά της τελευταίας αυτής Απόφασης η ενάγουσα εταιρία άσκησε ενώπιον της Επιτροπής Αξιολόγησης Ενστάσεων του Δήμου ... ένσταση ζητώντας την ακύρωσή της προβάλλοντας, μεταξύ άλλων, ότι η ισχύς του πιστοποιητικού ISO 14001:2004 που είχε συνυποβάλει ως δικαιολογητικό η εταιρία «...» σχετικά τους λαμπτήρες είχε λήξει στις 30.6.2018 ήτοι πριν την καταληκτική ημερομηνία του διαγωνισμού και για το λόγο αυτό δεν ανταποκρινόταν στις απαιτήσεις της διακήρυξης και, ως εκ τούτου, μη νομίμως είχε κριθεί ως αποδεκτή η τεχνική της προσφορά. Ωστόσο η ασκηθείσα ένσταση απορρίφθηκε με το υπ' αριθ. πρωτ. Πρακτικό της ως άνω Επιτροπής Αξιολόγησης Ενστάσεων και το ως άνω Πρακτικό εγκρίθηκε με Απόφαση της συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής του εναγόμενου Δήμου κατά τη συνεδρίαση της 2ης-10-2018. Κατά της Απόφασης αυτής η ενάγουσα εταιρία άσκησε ενώπιον του Γενικού Γραμματέα της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Μακεδονίας-Θράκης την ειδική διοικητική προσφυγή του άρθρου 227 του Ν 3852/2010, όπως αντικαταστάθηκε με το 118 του Ν 4555/2018, προβάλλοντας ότι μη νομίμως κρίθηκε ως αποδεκτή η τεχνική προσφορά της προσωρινής αναδόχου καθόσον είχε υποβάλει πιστοποιητικό ισχύς του οποίου είχε λήξει. Εν τω μεταξύ οι διαδικασίες του Διαγωνισμού δεν είχαν σταματήσει.

Η ως άνω προσωρινή ανάδοχος μετά πρόσκληση υπέβαλε τον φάκελο μετά των δικαιολογητικών κατακύρωσης (πιστοποιητικό εκπροσώπησης ΓΕΜΗ, πιστοποιητικό επιμελητηρίου, αντίγραφο ποινικού μητρώου, ασφαλιστική ενημερότητα ΕΦΚΑ, φορολογική ενημερότητα, εγγυητική καλής εκτέλεσης, γενικό πιστοποιητικό ΓΕΜΗ, πιστοποιητικά περί μη πτώχευσης), η δε Επιτροπή με το υπ' αριθ. πρωτ. Πρακτικό Ελέγχου Δικαιολογητικών Κατακύρωσης πρότεινε στην Οικονομική Επιτροπή του Δήμου να κατακυρωθεί ο διαγωνισμός στην εταιρία «...». Πράγματι με την υπ' αριθ. Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του εναγόμενου δήμου κατά τη συνεδρίαση της 24ης-10-2018 αποφασίσθηκε η κατακύρωση του ως άνω Διαγωνισμού στην εταιρία «...». Κατά της Απόφασης αυτής η ενάγουσα άσκησε νέα ένσταση προβάλλοντας ότι η προσωρινή ανάδοχος δεν είχε αναρτήσει τα δικαιολογητικά του προσωρινού μειοδότη στην πλατφόρμα του διαγωνισμού, η δε ένσταση αυτή έγινε δεκτή με το υπ' αριθ. πρωτ. Πρακτικό Αξιολόγησης της Επιτροπής του Διαγωνισμού κατά τη συνεδρίαση της 6ης-11-2018 η οποία εισηγήθηκε στην Οικονομική Επιτροπή να ακυρώσει μερικώς τη διαδικα-

σία και να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε η παρανομία, η δε Οικονομική Επιτροπή με την υπ' αριθ. απόφασή της κατά τη συνεδρίαση της 6ης.11.2018 έκανε δεκτή την πρόταση της επιτροπής Διαγωνισμού, ανακάλεσε μερικώς την προγενέστερη υπ' αριθ. απόφασή της και ακύρωσε μερικώς τη διαδικασία, αποφασίζοντας την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε η παράλειψη της Επιτροπής διαγωνισμού και συγκεκριμένα από το σημείο της πρόσκλησης της προσωρινής αναδόχου για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης.

Τελικώς ο διαγωνισμός κατακυρώθηκε στην εταιρία «...» κατόπιν του υπ' αριθ. πρωτ. Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού με την υπ' αριθ. Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... κατά τη συνεδρίαση της 19ης-11-2018, ενώ ακολούθως υπογράφηκε η υπ' αριθ. πρωτ. σύμβαση για την προμήθεια λαμπτήρων και λοιπού ηλεκτρολογικού εξοπλισμού μεταξύ της ως άνω εταιρίας και του εναγόμενου Δήμου. Εξάλλου, μετά την κατακύρωση του διαγωνισμού, η ειδική διοικητική προσφυγή που είχε ασκήσει η ενάγουσα έγινε δεκτή με την υπ' αριθ. πρωτ. Απόφαση του Συντονιστή της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Μακεδονίας-Θράκης. Επιπλέον, ο εναγόμενος Δήμος άσκησε την υπ' αριθ. προσφυγή ενώπιον της 2ης Ειδικής Επιτροπής της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Μακεδονίας-Θράκης (άρθρου 152 Ν 3463/2006) η οποία απορρίφθηκε ως αβάσιμη με το Πρακτικό Α της Ειδικής Επιτροπής κατά τη συνεδρίαση της 5ης/8.4.2019.

10. Επειδή, με την κρινόμενη αγωγή, η ενάγουσα εταιρία υποστηρίζει ότι μη νόμιμα ο εναγόμενος Δήμος δέχθηκε τη συμμετοχή της εταιρείας με την επωνυμία «...» στον εν λόγω διαγωνισμό και μη νόμιμα, ακολούθως, προέβη στην κατακύρωση του διαγωνισμού σε αυτή. Και τούτο διότι, όπως ισχυρίζεται, επαναλαμβάνοντας τους προβληθέντες, με την ειδική διοικητική προσφυγή ενώπιον του Γενικού Γραμματέα της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Μακεδονίας-Θράκης λόγους. Ειδικότερα υποστηρίζει ότι μη νομίμως κρίθηκε ως αποδεκτή η τεχνική προσφορά της εταιρίας ... , διότι αυτή είχε υποβάλει ως δικαιολογητικό πιστοποιητικό ISO η ισχύς του οποίου είχε λήξει πριν από το πέρας της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών για τον ως άνω διαγωνισμό και ενόψει της πλημμέλειας αυτής θα έπρεπε, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην Διακήρυξη, να αποκλεισθεί από τον Διαγωνισμό, καθόσον η υποβολή των απαιτούμενων δικαιολογητικών είχε τεθεί επί ποινή αποκλεισμού. Επιπλέον, υποστηρίζει ότι ο μη αποκλεισμός της ως άνω εταιρίας κρίθηκε ως παράνομη πράξη του εναγόμενου Δήμου με την Απόφαση του Συντονιστή της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Μακεδονίας-Θράκης, με την

οποία έγινε δεκτή ένστασή της, και με το Πρακτικό Α της 2η Ειδική Επιτροπής της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Μακεδονίας-Θράκης (άρθρου 152 Ν 3463/2006) κατά τη συνεδρίαση της 5ης/8.4.2019, με το οποίο απορρίφθηκε αντίστοιχη προσφυγή του εναγόμενου Δήμου κατά της ανωτέρω Απόφασης του Συντονιστή της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Μακεδονίας-Θράκης.

Περαιτέρω, υποστηρίζει, ότι εάν δεν είχαν μεσολαβήσει οι ως άνω παράνομες πράξεις των οργάνων του εναγόμενου Δήμου, ο διαγωνισμός θα είχε κατακυρωθεί σε αυτή, καθώς, αποκλειόμενης της ανωτέρω εταιρείας, η ίδια έμενε η μόνη συμμετέχουσα στον διαγωνισμό, περαιτέρω, δε, είχε προσκομίσει πλήρη φάκελο δικαιολογητικών ενώ η οικονομική προσφορά της ανερχόταν στο ποσό των 54.007,39 ευρώ, το οποίο ήταν εντός του προκηρυχθέντος με τη διακήρυξη ποσού των 59.995,68 ευρώ. Εξαιτίας, δε, της ανωτέρω μη νόμιμης συμπεριφοράς των οργάνων του εναγόμενου Δήμου η ενάγουσα εταιρία ισχυρίζεται ότι υπέστη: α) αποθετική ζημία ύψους 37.244,4 ευρώ, η οποία συνίσταται στο εργολαβικό αντάλλαγμα, το οποίο θα λάμβανε για τις υπηρεσίες που θα παρείχε στον εναγόμενο Δήμο στο πλαίσιο της ανωτέρω σύμβασης, και β) ηθική βλάβη, η οποία συνίσταται στην προσβολή του κύρους και της επαγγελματικής της φήμης, καθώς προσδοκούσε την κατακύρωση της σύμβασης προκειμένου να προβληθεί η επαγγελματικής της δραστηριότητα. Κατόπιν τούτων, ζητά να υποχρεωθεί ο εναγόμενος Δήμος να της καταβάλει με τον νόμιμο τόκο υπερημερίας α) το ποσό των 37.244,4 ευρώ, ως αποζημίωση για την αποκατάσταση του διαφυγόντος κέρδους, και β) το ποσό των 5.000 ευρώ ως χρηματική ικανοποίηση σύμφωνα με το άρθρο 932 του Αστικού Κώδικα, για την αποκατάσταση της ηθικής βλάβης που υπέστη, κατά τα ανωτέρω, εξαιτίας των ως άνω παράνομων πράξεων των οργάνων του εναγόμενου Δήμου. Για την απόδειξη των ισχυρισμών της προσκομίζει και τα υποβληθέντα στο ως άνω διαγωνισμό δικαιολογητικά της.

11. Επειδή, αντίθετα, ο εναγόμενος Δήμος ζητά την απόρριψη της αγωγής. Ειδικότερα προβάλλει ότι δεν υφίσταται αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της επικαλούμενης παρανομίας και της προβαλλόμενης ζημίας, διότι η ενάγουσα δεν απέδειξε ότι σε περίπτωση αποκλεισμού της εταιρίας «...» η ίδια θα ανακηρυσσόταν ως οριστικός ανάδοχος. Συναφώς υποστηρίζει ότι ακόμα και αν αποκλειόταν η ως άνω εταιρία και οριζόταν η ενάγουσα ως προσωρινή ανάδοχος, θα έπρεπε να υποβάλει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης για την υπογραφή της σύμβασης, τα οποία όμως δεν είναι βέβαιο ότι αυτή διέθετε ενόψει της μη προσκόμισής τους στο Δικαστήριο. Άλλωστε, η ίδια δεν άσκησε κανένα ένδικο

βοήθημα κατά της κατακύρωσης του Διαγωνισμού στην εταιρία «...» ενώπιον του ΣτΕ ή του Διοικητικό Εφετείου παρά μόνο την κρινόμενη αγωγή αποζημίωσης. Επιπλέον, προβάλλει ότι η επικαλούμενη αξίωση χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλάβης πρέπει να απορριφθεί ως αόριστη.

12. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου με την αριθμό πρωτοκόλλου ... διακήρυξη του Δημάρχου ... προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός ανοικτός διαγωνισμός με αντικείμενο «...» για τις ανάγκες του Δήμου ... προϋπολογισθείσας συνολικής δαπάνης 59.995,68 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%. Στον διαγωνισμό συμμετείχε η ενάγουσα εταιρία και η εταιρία με των επωνυμία «...». Σύμφωνα με τα οριζόμενα στην ανωτέρω διακήρυξη η οποία κατά τα παγίως κριθέντα (βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 2772/2016, 2992/1983), αποτελεί την κανονιστική πράξη από την οποία διέπεται ο διαγωνισμός και δεσμεύει τόσο την αρμόδια δημόσια αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους, οι ως άνω εταιρείες όφειλαν να υποβάλουν με τον φάκελο της τεχνικής τους προσφοράς, επί ποινή αποκλεισμού, συγκεκριμένα πιστοποιητικά και μεταξύ αυτών πιστοποιητικά ISO για τους λαμπτήρες. Ωστόσο, όπως προκύπτει από τα στοιχεία της δικογραφίας η εταιρία με την επωνυμία «...» κατέθεσε πιστοποιητικό του οποίου η ισχύς είχε λήξει στις 30.6.2018, ήτοι πριν την καταληκτική ημερομηνία του διαγωνισμού και δεν ανταποκρινόταν στις απαιτήσεις της διακήρυξης, όπως άλλωστε κρίθηκε με την Απόφαση του Συντονιστή της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Μακεδονίας-Θράκης με την οποία έγινε δεκτή ένστασή της ενάγουσας και με το Πρακτικό Α της 2η Ειδικής Επιτροπής της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Μακεδονίας-Θράκης (άρθρου 152 Ν 3463/2006) κατά τη συνεδρίαση της 5ης/8.4.2019, με το οποίο απορρίφθηκε αντίστοιχη προσφυγή του εναγόμενου Δήμου κατά της ανωτέρω Απόφασης του Συντονιστή της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Μακεδονίας-Θράκης, πράξεις κατά των οποίων δεν προκύπτει από το φάκελο να έχουν ασκηθεί ένδικα βοηθήματα.

Ωστόσο, ο εναγόμενος Δήμος έκρινε ως αποδεκτή την τεχνική προσφορά της εταιρίας «...», προέβη στην αποσφράγιση της οικονομικής της προσφοράς και, τελικώς την ανακήρυξε προσωρινή ανάδοχο και μετά την προσκόμιση από αυτήν των δικαιολογητικών κατακύρωσης οριστική ανάδοχο υπογράφοντας με αυτήν την σχετική σύμβαση. Εξάλλου, η μεταγενέστερη εν μέρει ακύρωση της διαδικασίας από το στάδιο της πρόσκλησης προς την προσωρινή ανάδοχο για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, με την υπ' αριθ. Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του εναγόμενου Δήμου, δεν αφορούσε το προγενέστερο στάδιο της αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών το οποίο κρίθηκε μη

νόμιμο από τον Συντονιστή της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Μακεδονίας Θράκης. Ενόψει των ανωτέρω, μη νόμιμα έγινε δεκτή, κατά την κρίση του Δικαστηρίου, η συμμετοχή της ως άνω εταιρίας στον διαγωνισμό μετά την αποσφράγιση της τεχνικής της προσφοράς, όπως βάσιμα υποστηρίζει η ενάγουσα εταιρεία.

Ωστόσο, το Δικαστήριο κρίνει ότι μεταξύ της ανωτέρω παρανομίας των οργάνων του εναγόμενου Δήμου και της επικαλούμενης με την κρινόμενη αγωγή αποθετικής ζημίας καθώς και της επικαλούμενης ηθικής βλάβης της ενάγουσας εταιρίας δεν υφίσταται αιτιώδης σύνδεσμος, ο οποίος αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση προκειμένου να θεμελιωθεί ευθύνη του εναγόμενου κατά τις διατάξεις των άρθρων 105-106 του ΕισΝΑΚ. Και τούτο διότι σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στην έβδομη σκέψη, η ενάγουσα εταιρία δεν απέδειξε ότι εάν δεν είχε εμφολωθεί η ως άνω παρανομία θα της ανατίθετο η εν λόγω σύμβαση. Ειδικότερα, δεν απέδειξε ότι εάν είχε αποκλειστεί η ανωτέρω εταιρεία από τον διαγωνισμό αυτός θα κατακυρωνόταν στην ίδια και δεν θα ακυρωνόταν λόγω ασύμφορου.

Διότι, ναι μεν η ύπαρξη μίας και μόνο τυπικά δεκτής προσφοράς δεν αποκλείει τη συνέχιση του διαγωνισμού, εφόσον αυτή από πλευράς τεχνικών προδιαγραφών και οικονομικής προσφοράς είναι συμφέρουσα, όπως τούτο ρητά προβλέπεται στην διακήρυξη, πλην όμως, η ενάγουσα εταιρία δεν απέδειξε ότι η υποβληθείσα εκ μέρους της προσφορά, η οποία, μετά τον αποκλεισμό της ως άνω εταιρίας, θα ήταν η μόνο τυπικά δεκτή προσφορά, θα κρινόταν από την Επιτροπή ως συμφέρουσα. Το γεγονός, δε, ότι η προσφορά της ήταν εντός της προϋπολογισθείσας δαπάνης του διαγωνισμού, δεν επάγεται, άνευ άλλου τινός ότι αυτή θα κρινόταν από την Επιτροπή ως συμφέρουσα και δεν θα ακυρωνόταν ο διαγωνισμός λόγω ασύμφορου, απορριπτόμενου ως αβάσιμου του περί του αντιθέτου ισχυρισμού της. Εξάλλου, η κήρυξη μιας εταιρίας ως προσωρινής αναδόχου δεν συνεπάγεται άνευ ετέρου την κατακύρωση της σύμβασης σε αυτήν, διότι με βάση τα οριζόμενα στην ως άνω Διακήρυξη, μετά το στάδιο της κήρυξης ως προσωρινής αναδόχου μιας εταιρίας ακολουθεί το στάδιο της πρόσκλησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, τα οποία δεν αποδεικνύεται από κανένα στοιχείο του φακέλου ότι η ενάγουσα διέθετε κατά τον κρίσιμο χρόνο.

Συνεπώς, ενόψει των ανωτέρω, το Δικαστήριο κρίνει ότι η ενάγουσα εταιρεία δεν απέδειξε ότι εάν είχε αποκλειστεί η ανωτέρω εταιρεία από τον διαγωνισμό αυτός θα κατακυρωνόταν, χωρίς αμφιβολία και κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων, υπέρ της και ότι θα συναπτόταν η ως άνω σύμβαση μεταξύ αυτής και του

εναγόμενου Δήμου. Επομένως, δεν θεμελιώνεται, στην προκείμενη περίπτωση, αποζημιωτική ευθύνη του εναγόμενου Δήμου κατά τις διατάξεις των άρθρων 105-106 του ΕισΝΑΚ, όσα, δε περί του αντιθέτου υποστηρίζει η ενάγουσα εταιρία πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμα.

13. Επειδή, κατ' ακολουθία, πρέπει να απορριφθεί η κρινόμενη αγωγή, να απαλλαγεί, όμως, η ενάγουσα εταιρία, κατ' εκτίμηση των περιστάσεων, από τα δικαστικά έξοδα του εναγόμενου Δήμου, σύμφωνα με το άρθρο 275 παρ. 1 εδ. ε' του ΚΔΔ (Ν 2717/1999, ΦΕΚ 97 Α'). [...]

Παρατηρήσεις

Αγωγή άρθρων 105 και 106 ΕισΝΑΚ κατά δήμου ως αναθέτουσα αρχή. Αξίωση αποζημίωσης διαφυγόντος κέρδους λόγω παράνομου αποκλεισμού οικονομικού φορέα από διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προμήθειας προϋπολογισθείσας αξίας κάτω των 60.000 ευρώ και κατακύρωση σε έτερο οικονομικό φορέα. Αίτημα χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλάβης.

Με την κριθείσα καταψηφιστική αγωγή, η ενάγουσα εταιρία ζήτησε να υποχρεωθεί ο εναγόμενος δήμος να της καταβάλει, με το νόμιμο τόκο υπερημερίας (α) το ποσό των 37.244,04 ευρώ, ως αποζημίωση, σύμφωνα με τα άρθρα 105 και 106 του ΕισΝΑΚ, για την αποκατάσταση της ζημίας (διαφυγόν κέρδος) που υπέστη εξαιτίας της παράνομης, κατά τους ισχυρισμούς της, κατακύρωσης υπέρ άλλης εταιρίας ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού προμήθειας προϋπολογισμού 48.383,61 ευρώ πλέον ΦΠΑ, με αναθέτουσα αρχή τον εναγόμενο δήμο, ο οποίος, όπως υποστήριξε, θα κατακυρωνόταν υπέρ αυτής αν δεν είχαν μεσολαβήσει παράνομες πράξεις και παραλείψεις των οργάνων του εναγόμενου και (β) το ποσό των 5.000 ευρώ ως χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης δυνάμει των ανωτέρω άρθρων του ΕισΝΑΚ και του άρθρου 932 του ΑΚ.

Δύο ήταν τα κύρια νομικά ζητήματα που απασχόλησαν το Δικαστήριο: (α) το πρώτο αφορούσε την υποχρέωση ή μη προηγούμενης κήρυξης της παράνομης πράξης ως άκυρης κατ' άρθρο 373 του Ν 4412/2016 για το παραδεκτό της ασκηθείσας αγωγής, και (β) το δεύτερο αφορούσε την ύπαρξη ή μη αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ της παράνομης πράξης του εναγόμενου δήμου και της επικαλούμενης ζημίας της ενάγουσας. Επί αυτών το Δικαστήριο έκρινε τα ακόλουθα:

Α. Ως προς το παραδεκτό της ασκηθείσας αγωγής

Σημειώνεται καταρχάς ότι το Δικαστήριο απεφάνθη, λαμβάνοντας υπόψη το χρηματικό όριο της προϊσχύουσας διάταξης του άρθρου 345 του Ν 4412/2016, σύμφωνα με την οποία οι διατάξεις που εντάσσονται στο Βιβλίο IV του Ν 4412/2016 εφαρμόζονται στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των 60.000 ευρώ (πρβλ. ΣτΕ 770/2021 7μ., ΔΕΦΑΘ 52/2019). Πλέον προβλέπεται ότι το Βιβλίο IV καταλαμβάνει τις διαφορές από ανάθεση συμβάσεων με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των ορίων της απ' ευθείας ανάθεσης, ήτοι ανώτερη των 30.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, και για συμβάσεις έργου και υπηρεσιών που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των άρθρων 107 έως 110, ανώτερη των 60.000 ευρώ¹.

Σύμφωνα με το σκεπτικό του Δικαστηρίου, σε περίπτωση που ο ενδιαφερόμενος έχει αποκλειστεί από διαγωνισμό λόγω παράνομης, κατά τους ισχυρισμούς του, πράξης ή παράλειψης πράξης που αφορά συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία κάτω των 60.000 ευρώ, δεν είναι εφαρμοστέα η προϋπόθεση που θέτει το άρθρο 373 παρ. 2 του Ν 4412/2016 περί προηγούμενης κήρυξης της παράνομης πράξης ως άκυρης και, ως εκ τούτου, δεν απαιτείται για το παραδεκτό της ασκηθείσας αγωγής προηγούμενη ακύρωση από την ΑΕΠΠ (ήδη ΕΑΔΗΣΥ) ή το αρμόδιο δικαστήριο.

Μάλιστα το Δικαστήριο έκρινε ότι το ίδιο ισχύει και σε περίπτωση που, αν και η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης είναι κατώτερη των 60.000 ευρώ, η αναθέτουσα αρχή έχει επιλέξει, σύμφωνα με το άρθρο 116 του Ν 4412/2016, να προσφύγει στις διαδικασίες που προβλέπονται στον εν λόγω νόμο. Και τούτο διότι αφενός μεν οι διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν 4412/2016 εφαρμόζονται στις διαφορές που προκύπτουν για τη σύναψη συμβάσεων άνω των 60.000 ευρώ, αφετέρου δεν υπάρχει διάταξη στο Ν 4412/2016 που να επιτρέπει την αναλογική εφαρμογή του άρθρου 373, το οποίο θέτει κανόνες για το παραδεκτό της άσκησης ενδίκων βοηθημάτων για την ικανοποίηση αξίωσης αποζημίωσης (πρβλ. ΣτΕ 38/2020, 495/2020, 1438/2020, 2674/2020, 1714/2019), όταν τελικώς η αναθέτουσα αρχή κατ' άρθρο 116 του νόμου αυτού ασκεί το δικαίωμα επιλογής. Για την ταυτότητα του νομικού λόγου, σύμφωνα με την σχολιαζόμενη απόφαση, το ίδιο ισχύει ακόμα και αν με την διακήρυξη έχει ορισθεί ότι εφαρμόζονται οι διαδι-

1. Αρ. 134 Ν 4782/2021.

κασίες του Βιβλίου IV του Ν 4412/2016, διότι με το νόμο αυτό ρυθμίσθηκαν εξαντλητικά οι περιπτώσεις ακύρωσης των βλαπτικών πράξεων των αρχών και αξιώσεων αποζημίωσης (πρβλ. Απόφαση του ΔΕΕ της 24ης Μαρτίου 2021 υπόθεση C-771/2019, ΣτΕ 235/2019 ΕΑ).

Υποστηρίζεται, πάντως, ότι υφίσταται ερμηνευτικό ερώτημα σε σχέση με το εάν η ρύθμιση του άρθρου 373 παρ. 2 του Ν 4412/2016 καθιερώνει προϋπόθεση του παραδεκτού ή του βασίμου της αποζημιωτικής αγωγής. Η παραπεμπτική στην επταμελή σύνθεση απόφαση ΣτΕ 817/2010 δέχθηκε στην πλειοψηφία γνώμη ότι πρόκειται για δικονομική προϋπόθεση· η απόφαση της επταμελούς που ακολούθησε (ΣτΕ 3519/2020) δεν υπεισέλθε όμως στο ζήτημα αυτό. Ως δικονομική προϋπόθεση άσκησης της αγωγής αντιλαμβάνεται τη ρύθμιση του άρθρου 2 παρ. 6 της οδηγίας 89/665 και το ΔΕΕ στην απόφαση ΔΕΕ C-166/14, MedEval. Από την άλλη πλευρά, η θεωρία επισημαίνει ότι το γράμμα του άρθρου 373 παρ. 2 Ν 4412/2016 θέτει την προηγούμενη ακύρωση της ζημιογόνου πράξης ή παράλειψης ως προϋπόθεση επιδίκασης της αποζημίωσης και όχι ως όρο του παραδεκτού της αγωγής. Προς την κατεύθυνση αυτή συνηγορεί επίσης και ο τίτλος του άρθρου, ο οποίος αναφέρεται στην αξίωση (και όχι την αγωγή) αποζημίωσης.²

Β. Ως προς τον αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ της παράνομης πράξης και της επελθούσας ζημίας

α. Οι ισχυρισμοί των διαδίκων

Με την κριθείσα αγωγή, η ενάγουσα εταιρία υποστήριξε ότι μη νόμιμα ο εναγόμενος Δήμος δέχθηκε τη συμμετοχή έτερης εταιρίας στον ένδικο διαγωνισμό και μη νόμιμα, ακολούθως, προέβη στην κατακύρωση του διαγωνισμού σε αυτήν. Ειδικότερα υποστήριξε ότι μη νομίμως κρίθηκε ως αποδεκτή η τεχνική προσφορά της έτερης εταιρίας, διότι είχε υποβάλει ως δικαιολογητικό πιστοποιητικό ISO, η ισχύς του οποίου είχε λήξει πριν από το πέρας της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών για τον ένδικο διαγωνισμό και ενόψει της πλημμέλειας αυτής θα έπρεπε, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην διακήρυξη, να αποκλεισθεί, καθόσον η υποβολή των απαιτούμε-

νων δικαιολογητικών είχε τεθεί επί ποινή αποκλεισμού. Επιπλέον, υποστήριξε ότι ο μη αποκλεισμός της ως άνω εταιρίας κρίθηκε ως παράνομη πράξη του εναγόμενου δήμου με απόφαση του Συντονιστή της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Μακεδονίας-Θράκης, με την οποία έγινε δεκτή ένστασή της, και με πρακτικό της Ειδικής Επιτροπής της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Μακεδονίας-Θράκης (άρθρου 152 Ν 3463/2006), με το οποίο απορρίφθηκε αντίστοιχη προσφυγή του εναγόμενου Δήμου κατά της ανωτέρω απόφασης του Συντονιστή της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Μακεδονίας-Θράκης. Περαιτέρω, υποστήριξε, ότι εάν δεν είχαν μεσολαβήσει οι ως άνω παράνομες πράξεις των οργάνων του εναγόμενου δήμου, ο διαγωνισμός θα είχε κατακυρωθεί σε αυτήν, καθώς, αποκλεισμένης της έτερης εταιρίας, η ίδια έμενε η μόνη συμμετέχουσα στον διαγωνισμό, περαιτέρω, δε, είχε προσκομίσει πλήρη φάκελο δικαιολογητικών ενώ η οικονομική προσφορά της ήταν εντός της προϋπολογισθείσας αξίας σύμβασης.

Αντίθετα, ο εναγόμενος Δήμος ζήτησε την απόρριψη της αγωγής προβάλλοντας ότι δεν υφίσταται αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της επικαλούμενης παρανομίας και της προβαλλόμενης ζημίας, διότι η ενάγουσα δεν απέδειξε ότι σε περίπτωση αποκλεισμού της έτερης εταιρίας η ίδια θα ανακηρυσσόταν ως οριστικός ανάδοχος. Συναφώς, υποστήριξε ότι ακόμα και αν αποκλειόταν η έτερη εταιρία και οριζόταν η ενάγουσα ως προσωρινή ανάδοχος, θα έπρεπε να υποβάλει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης για την υπογραφή της σύμβασης, τα οποία όμως δεν είναι βέβαιο ότι αυτή διέθετε ενόψει της μη προσκόμισής τους στο Δικαστήριο.

Β. Το σκεπτικό του Δικαστηρίου ως προς την ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου

«7. Επειδή, στο άρθρο 105 του ΕισΝΑΚ (ΠΔ 456/1984, ΦΕΚ Α' 164) ορίζεται ότι: «Για παράνομες πράξεις ή παραλείψεις των οργάνων του δημοσίου κατά την άσκηση της δημόσιας εξουσίας που τους έχει ανατεθεί, το δημόσιο ενέχεται σε αποζημίωση, εκτός αν η πράξη ή η παράλειψη έγινε κατά παράβαση διάταξης, που υπάρχει για χάρη του γενικού συμφέροντος. ...» και στο άρθρο 106 ότι: «Οι διατάξεις των δύο προηγούμενων άρθρων εφαρμόζονται και για την ευθύνη ... των άλλων νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου από πράξεις ή παραλείψεις των οργάνων που βρίσκονται στην υπηρεσία τους». Κατά την έννοια των διατάξεων αυτών, για να στοιχειοθετηθεί ευθύνη του Δημοσίου ή του ΝΠΔΔ προς αποζημίωση, απαιτείται παράνομη πράξη ή παράλει-

2. Κ. Γώγος, Καθηγητής Νομικής Σχολής ΑΠΘ, Εισήγηση στο συνέδριο που διοργάνωσαν η ΕΑΑΔΗΣΥ και η Ένωση Διοικητικών Δικαστών με τίτλο «Δημόσιες Συμβάσεις: Κρίσιμα θέματα και νεότερες εξελίξεις», το οποίο πραγματοποιήθηκε στην Αθήνα στις 21-23.11.2019, Δημόσιες συμβάσεις - Κρίσιμα θέματα και νεότερες εξελίξεις, 2021, σ. 279.

ψη ή υλική ενέργεια ή παράλειψη υλικής ενέργειας οργάνων τους κατά την άσκηση της ανατεθειμένης σε αυτά δημόσιας εξουσίας, επίκληση και απόδειξη συγκεκριμένης ζημίας, καθώς και αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της παράνομης πράξης ή παράλειψης ή υλικής ενέργειας ή παράλειψης υλικής ενέργειας και της επελθούσας ζημίας. Ο σύνδεσμος αυτός υφίσταται όταν, σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας, η φερόμενη ως ζημιολόγος πράξη ή παράλειψη ή υλική ενέργεια, κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων και ενόψει των ειδικών συνθηκών της συγκεκριμένης περίπτωσης, ήταν εξ αντικειμένου ικανή και πρόσφορη να επιφέρει τη ζημία. Εξάλλου, σε περίπτωση συνδρομής των προϋποθέσεων εφαρμογής του άρθρου 105 του ΕισΝΑΚ το Δημόσιο ή το ΝΠΔΔ υποχρεούται να αποκαταστήσει, σύμφωνα με το άρθρο 298 του Αστικού Κώδικα (ΑΚ), κάθε θετική ζημία, καθώς και το διαφυγόν κέρδος, εκείνο δηλαδή, το οποίο προσδοκά κανείς με πιθανότητα σύμφωνα με τη συνήθη πορεία των πραγμάτων ή τις ειδικές περιστάσεις και ιδίως τα προπαρασκευαστικά μέτρα που έχουν ληφθεί. Εξάλλου, την ίδια κατά τ' ανωτέρω ευθύνη υπέχει το Δημόσιο και το ΝΠΔΔ και στην περίπτωση έκδοσης από τη Διοίκηση παράνομων πράξεων κατά τη διαδικασία της διενέργειας διαγωνισμού για τη σύναψη διοικητικής σύμβασης. Και στην περίπτωση, δηλαδή, αυτή η ευθύνη του Δημοσίου ή του ΝΠΔΔ προς αποζημίωση είναι αδιοπρακτική και εκτείνεται μέχρι την αποκατάσταση και διαφυγόντος κέρδους, σύμφωνα με το άρθρο 298 του ΑΚ. Επομένως, ο παρανόμως αποκλεισθείς σε διαγωνισμό για σύναψη διοικητικής σύμβασης μπορεί να ζητήσει ως αποζημίωση ό,τι θα αποκέρδιζε από την κατακύρωση υπέρ αυτού του αποτελέσματος του διαγωνισμού, εφ' όσον αποδείξει τον αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ του παράνομου αποκλεισμού του και της ζημίας του εκ της μη υπέρ αυτού κατακύρωσης του αποτελέσματος του διαγωνισμού, δηλαδή εφόσον αποδείξει ότι θα του ανετίθετο η σύμβαση, αν δεν είχε εμφοιλοχωρήσει η παράβαση. Η αναζήτηση διαφυγόντος κέρδους υπό την ανωτέρω έννοια δεν αποκλείεται εκ του ότι η αδιοπρακτική ευθύνη του Δημοσίου ή του ΝΠΔΔ ανακύπτει σε διοικητικό στάδιο που προηγείται της σύναψης της σύμβασης. Και ναι μεν στο στάδιο αυτό ευθύνη του Δημοσίου ή του ΝΠΔΔ μπορεί να θεμελιωθεί και στις διατάξεις των άρθρων 197 και 198 του ΑΚ ανάλογα εφαρμοζόμενες (βλ. ΣτΕ 2031/2007), με τις οποίες ρυθμίζεται η ευθύνη των συμβαλλόμενων μερών κατά το στάδιο των διαπραγματεύσεων και κατά τις οποίες η αποζημίωση του ζημιωθέντος κατά το στάδιο αυτό συνίσταται

μόνο στο αρνητικό διαφέρον (διαφέρον διάψευσης εμπιστοσύνης), δεν νοείται δε ως ζημία που μπορεί να αποκατασταθεί το απολεσθέν διαφέρον από τη μη εκπλήρωση σύμβασης που δεν συνήφθη (βλ. ΑΠ 1175, 197/2007, 1242/2005, 1678/2001, 1565, 1346/2000 κ.ά.), η ευθύνη όμως του Δημοσίου ή του ΝΠΔΔ κατά τις διατάξεις αυτές, οι οποίες στοιχούν προς την κατά το ιδιωτικό δίκαιο ελευθερία των συμβάσεων και τη συναφή με αυτήν, κατ' αρχήν, έλλειψη νομικής υποχρέωσης για τη σύναψη σύμβασης (βλ. ΑΠ 197/2007), δεν αποκλείει ευθύνη του Δημοσίου κατά το άρθρο 105 του ΕισΝΑΚ (βλ. ΣτΕ 1679/2017, 3692/2015, 3040/2014, 1482/2014, 1943/2013 7μ., 451/2013 7μ., 3766/2013, πρβλ. ΑΠ 1132/1977, ΑΠ 1941/1988). Περαιτέρω, τα δικαστήρια της ουσίας μπορούν να επιδικάσουν εις βάρος του Δημοσίου ή του ΝΠΔΔ χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης κατ' εφαρμογή του άρθρου 932 του ΑΚ χρηματική δε ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης δικαιούνται να ζητήσουν και τα νομικά πρόσωπα, αν υπέστησαν ζημία από τον αντίκτυπο που είχε στην πίστη, το κύρος και την φήμη τους η παράνομη πράξη ή παράλειψη, χωρίς να είναι απαραίτητο να εξειδικεύεται η βλάβη αυτή, όταν από τη φύση της παράνομης πράξης ή παράλειψης είναι δυνατόν να επέλθει τέτοια βλάβη (βλ. ΣτΕ 451/2013 7μ., 3692/2015, 227/2021 κ.ά.). (...)

12. (...) Ωστόσο, όπως προκύπτει από τα στοιχεία της οικογραφίας η εταιρία με την επωνυμία «...» κατέθεσε πιστοποιητικό του οποίου η ισχύς είχε λήξει στις 30.6.2018, ήτοι πριν την καταληκτική ημερομηνία του διαγωνισμού και δεν ανταποκρινόταν στις απαιτήσεις της διακήρυξης, όπως άλλωστε κρίθηκε με την .../18.12.2018 απόφαση του Συντονιστή της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Μακεδονίας-Θράκης με την οποία έγινε δεκτή ένστασή της ενάγουσας και με το Πρακτικό Α' της 2ης Ειδικής Επιτροπής της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Μακεδονίας-Θράκης (άρθρου 152 Ν 3463/2006) κατά τη συνεδρίαση της .../8.4.2019, με το οποίο απορρίφθηκε αντίστοιχη προσφυγή του εναγόμενου δήμου κατά της ανωτέρω απόφασης του Συντονιστή της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Μακεδονίας-Θράκης, πράξεις κατά των οποίων δεν προκύπτει από το φάκελο να έχουν ασκηθεί ένδικα βοηθήματα. Ωστόσο, ο εναγόμενος δήμος έκρινε ως αποδεκτή την τεχνική προσφορά της εταιρίας «...», προέβη στην αποσφράγιση της οικονομικής της προσφοράς και, τελικώς την ανακήρυξε προσωρινή ανάδοχο και μετά την προσκόμιση από αυτήν των δικαιολογητικών κατακύρωσης οριστικής

ανάδοχο υπογράφοντας με αυτήν την σχετική σύμβαση. Εξάλλου, η μεταγενέστερη εν μέρει ακύρωση της διαδικασίας από το στάδιο της πρόσκλησης προς την προσωρινή ανάδοχο για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, με την υπ' αριθ. .../2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του εναγόμενου Δήμου, δεν αφορούσε το προγενέστερο στάδιο της αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών το οποίο κρίθηκε μη νόμιμο από τον Συντονιστή της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Μακεδονίας Θράκης. Ενόψει των ανωτέρω, μη νόμιμα έγινε δεκτή, κατά την κρίση του Δικαστηρίου, η συμμετοχή της ως άνω εταιρίας στον διαγωνισμό μετά την αποσφράγιση της τεχνικής της προσφοράς, όπως βάσιμα υποστηρίζει η ενάγουσα εταιρεία. Ωστόσο, το Δικαστήριο κρίνει ότι μεταξύ της ανωτέρω παρανομίας των οργάνων του εναγόμενου Δήμου και της επικαλούμενης με την κρινόμενη αγωγή αποθετικής ζημίας καθώς και της επικαλούμενης ηθικής βλάβης της ενάγουσας εταιρίας δεν υφίσταται αιτιώδης σύνδεσμος, ο οποίος αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση προκειμένου να θεμελιωθεί ευθύνη του εναγόμενου κατά τις διατάξεις των άρθρων 105-106 του ΕισΝΑΚ. Και τούτο, διότι σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στην έβδομη σκέψη, η ενάγουσα εταιρεία δεν απέδειξε ότι εάν δεν είχε επιλοχωρήσει η ως άνω παρανομία θα της ανατίθετο η εν λόγω σύμβαση.

Ειδικότερα, δεν απέδειξε ότι εάν είχε αποκλειστεί η ανωτέρω εταιρεία από τον διαγωνισμό αυτός θα κατακυρωνόταν στην ίδια και δεν θα ακυρωνόταν λόγω ασύμφορου. Διότι, ναι μεν η ύπαρξη μίας και μόνο τυπικά δεκτής προσφοράς δεν αποκλείει τη συνέχιση του διαγωνισμού, εφόσον αυτή από πλευράς τεχνικών προδιαγραφών και οικονομικής προσφοράς είναι συμφέρουσα, όπως τούτο ρητά προβλέπεται στη διακήρυξη, πλην όμως, η ενάγουσα εταιρεία δεν απέδειξε ότι η υποβληθείσα εκ μέρους της προσφορά, η οποία, μετά τον αποκλεισμό της ως άνω εταιρίας, θα ήταν η μόνο τυπικά δεκτή προσφορά, θα κρινόταν από την Επιτροπή ως συμφέρουσα. Το γεγονός, δε, ότι η προσφορά της ήταν εντός της προϋπολογισθείσας δαπάνης του διαγωνισμού, δεν επάγεται, άνευ άλλου τινός ότι αυτή θα κρινόταν από την Επιτροπή ως συμφέρουσα και δεν θα ακυρωνόταν ο διαγωνισμός λόγω ασύμφορου, απορριπτόμενου ως αβάσιμου του περί του αντιθέτου ισχυρισμού της. Εξάλλου, η κήρυξη μιας εταιρίας ως προσωρινής αναδόχου δεν συνεπάγεται άνευ ετέρου την κατακύρωση της σύμβασης σε αυτήν, στην περίπτωση που κατά τη διακήρυξη σύμφωνα με τα οριζόμενα

στην ως άνω Διακήρυξη, μετά το στάδιο της κήρυξης ως προσωρινής αναδόχου μιας εταιρίας ακολουθεί το στάδιο της πρόσκλησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, τα οποία δεν αποδεικνύεται από κανένα στοιχείο του φακέλου ότι η ενάγουσα διέθετε κατά τον κρίσιμο χρόνο».

Ενόψει των ανωτέρω, το Δικαστήριο έκρινε ότι η ενάγουσα εταιρεία δεν απέδειξε ότι, εάν είχε αποκλειστεί η έτερη εταιρεία από τον διαγωνισμό, αυτός θα κατακυρωνόταν, χωρίς αμφιβολία και κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων, υπέρ της και ότι θα συναπτόταν η ως άνω σύμβαση μεταξύ αυτής και του εναγόμενου Δήμου και απέρριψε την αγωγή.

γ. Παρατηρήσεις

Κατά πάγια νομολογία, ο παρανόμως αποκλεισθείς σε διαγωνισμό για σύναψη διοικητικής σύμβασης μπορεί να ζητήσει ως αποζημίωση, τι θα αποκέρδαινε από την κατακύρωση υπέρ αυτού του αποτελέσματος του διαγωνισμού, εφόσον αποδείξει τον αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ του παράνομου αποκλεισμού του και της ζημίας του εκ της μη υπέρ αυτού κατακύρωσης του αποτελέσματος του διαγωνισμού, δηλαδή εφόσον αποδείξει ότι θα του ανετίθετο η σύμβαση, αν δεν είχε επιλοχωρήσει η παράβαση (ΣτΕ 451/2013 7μ., 1943/2013 7μ., 3766/2013, 543, 1482, 3040/2014, 3692/2015 κ.ά.).

Υποστηρίζεται, ωστόσο, ότι η αναφορά από τον νομοθέτη σε “απόδειξη” της ανάθεσης της σύμβασης στον ενάγοντα³ δεν είναι εύστοχη. Γνήσια απόδειξη μιας υποθετικής πορείας των πραγμάτων, τι θα είχε δηλαδή συμβεί εάν δεν είχε επιλοχωρήσει η παρανομία στο προσυμβατικό στάδιο, δεν νοείται: απόδειξη είναι δυνατή μόνον για πραγματικά γεγονότα που συνέβησαν, όχι για εκείνα που θα μπορούσαν να συμβούν, ανεξαρτήτως του πόσο ισχυρά πιθανολογείται η έκβαση των πραγμάτων. Ως εκ τούτου, το δικονομικό βάρος το οποίο ο νόμος αναθέτει στον ενάγοντα είναι να προσκομίσει στοιχεία, με βάση τα οποία να πιθανολογείται βασίμως ότι θα υπεισέρχονταν (και όχι απλώς ότι μπορεί να υπεισέρχονταν) στη θέση του αντισυμβαλλόμενου της αναθέτουσας αρχής⁴.

3. Ν 2522/1997 - ΔΕΦΑΘ 4055/2014 (ΔΔικ 4, 2017), αρ. 9 παρ. 1 Ν 3886/2010 και ήδη αρ. 373 παρ. 1 Ν 4412/2016.

4. Κ. Γώγος, Καθηγητής Νομικής Σχολής ΑΠΘ, Εισήγηση στο συνέδριο που διοργάνωσαν η ΕΑΑΔΗΣΥ και η Ένωση Διοικητικών Δικαστών με τίτλο «Δημόσιες Συμβάσεις: Κρίσιμα θέματα και νεότερες εξελίξεις», το οποίο πραγματοποιήθηκε

Συναφώς, γίνεται δεκτό ότι, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 298 ΑΚ, 197-198 ΑΚ και 105 ΕισΝΑΚ, για την απόδειξη ότι θα ανετίθετο η σύμβαση στον παρανόμως αποκλεισθέντα, αν δεν είχε επιλοχωρήσει η παράβαση, δεν απαιτείται βεβαιότητα, αλλά πιθανολόγηση (ΔΠρΑθ 11275/2019, ΣτΕ 2487/2018, πρβλ. ΣτΕ 3692/2015, ΣτΕ 289/1995). Μάλιστα με την απόφαση ΣτΕ 1482/2014 κρίθηκε ότι για τη θεμελίωση της ευθύνης ΝΠΔΔ, στην περίπτωση διαφυγόντος κέρδους, δεν απαιτείται βεβαιότητα αλλά, αρκεί η κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων πιθανολόγηση του προσδοκώμενου κέρδους, η οποία στην προκειμένη περίπτωση προέκυπτε από το ότι, κατά την τελική αξιολογική κατάταξη των συμμετασχόντων μελετητικών γραφείων, στην πρώτη θέση κατετάγη η μελέτη της ομάδας γραφείων που έγινε παρανόμως δεκτή στο διαγωνισμό και στη δεύτερη θέση κατετάγη η μελέτη της ομάδας γραφείων στην οποία μετείχε η ενάγουσα (αναιρεσεύουσα). Το δικαστήριο, λαμβάνοντας υπόψη την προηγηθείσα δικαστική διάγνωση της παρανομίας, έκρινε ως «σφόδρα πιθανή» την ανάθεση της μελέτης στην ενάγουσα (αναιρεσεύουσα) και απέρριψε τον ισχυρισμό του εναγόμενου πανεπιστημίου ότι δεν ήταν βέβαιο ότι η σύμβαση θα ανετίθετο στην ενάγουσα ακόμα και αν είχε αποκλειστεί η ομάδα μελετητικών γραφείων που κατετάγη πρώτη.

Εξάλλου, με τη με αριθμό 7010/2020 απόφαση του Διοικητικού Πρωτοδικείου Αθηνών⁵, αφορώσα αγωγή αποζημίωσης λόγω αποκλεισμού εταιρείας σε διαγωνισμό για τη σύναψη διοικητικής σύμβασης παρο-

χής υπηρεσιών συντήρησης ανελκυστήρων, κρίθηκε ότι υφίστατο αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ του παράνομου αποκλεισμού της ενάγουσας και της ζημίας που υπέστη από τη μη κατακύρωση υπέρ αυτής του αποτελέσματος του διαγωνισμού, δεδομένου ότι οι συμμετέχουσες εταιρείες στο διαγωνισμό ήταν μόνο δύο, και η ενάγουσα προσέφερε τη χαμηλότερη τιμή, συνεπώς, αν δεν είχε επιλοχωρήσει ο αποκλεισμός της, θα της είχε ανατεθεί η σύμβαση.

Στη σχολιαζόμενη απόφαση, το Δικαστήριο θεώρησε ότι η ενάγουσα θα έπρεπε να αποδείξει ότι η προσφορά της, ως η μοναδική εναπομείνασα μετά τον αποκλεισμό της έτερης συμμετέχουσας, θα ήταν συμφέρουσα για την αναθέτουσα αρχή, αφήνοντας να εννοηθεί ότι ενδεχομένως θα έπρεπε να προσκομίσει στο Δικαστήριο συγκριτικά στοιχεία από αντίστοιχους διαγωνισμούς, περαιτέρω δε ότι θα έπρεπε να προσκομίσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που θα υπέβαλε στην αναθέτουσα αρχή εάν της είχε κατακυρωθεί ο διαγωνισμός. Ωστόσο, διερωτάται κανείς, λαμβάνοντας υπόψη τη γενικότερη νομολογιακή προσέγγιση επί του θέματος, εάν ενόψει των συνθηκών της συγκεκριμένης περίπτωσης θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι η κριθείσα ως παράνομη πράξη της αναθέτουσας αρχής κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων ήταν εξ αντικειμένου ικανή και πρόσφορη να επιφέρει ζημία στην ενάγουσα. Θα έχει, δε, ιδιαίτερο νομολογιακό ενδιαφέρον η κρίση του δευτεροβάθμιου δικαστηρίου, σε περίπτωση άσκησης έφεσης εκ μέρους της ενάγουσας, ως προς το τι θεωρείται τελικά «απόδειξη» της πιθανολόγησης ανάθεσης της σύμβασης εκ μέρους του ενάγοντος.

Σοφία Μαυρίδου

Δικηγόρος, LL.M. Δημοσίου Δικαίου

στην Αθήνα στις 21-23.11.2019, Δημόσιες συμβάσεις - Κρίσιμα θέματα και νεότερες εξελίξεις, 2021, σ. 279.

5. Τμήμα 26ο Μονομελές.



ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ

Εκδοση | Εκπαίδευση | Καινοτομία

ΑΘΗΝΑ - ΚΕΝΤΡΙΚΑ:

Μαυρομικάλη 23, 106 80 | T 210 3678800 (30 γραμμές) | F 210 3678922 | E info@nb.org

ΑΘΗΝΑ:

Μαυρομικάλη 2, 106 80 | T 210 3607521 | F 210 3603975 | E m2bookstr@nb.org

ΠΑΤΡΑ:

Κανάρη 15, 262 22 | T 2610 361600 | F 2610 361515 | E nbpatra@nb.org

ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ:

Φράγκων 1, 546 26 | T 2310 545618, 2310 532134 | F 2310 551530 | E nbthess@nb.org

www.nb.org