

ΓΝΩΜΑΤΕΥΣΗ

Εταιρείες – μέλη του Σ.Α.Τ.Ε. υπέβαλαν το ακόλουθο ερώτημα:

Ο Οργανισμός Σχολικών Κτιρίων Α.Ε. δημοπράτησε στις 9/7/2003 το έργο: «14° Δ.Σ. Καλλιθέας Αττικής» και στις 30/7/2003 το έργο «12° Δ.Σ. και 20θέσιο Ν/Γ Αχαρνών». Το σύστημα των δημοπρασιών ήταν «ελεύθερη συμπλήρωση τιμολογίου για το μέρος των εργασιών που εκτιμώνται με κατ' αποκοπήν τιμήματα (άρθρο 9 π.δ. 609/85) σε συνδυασμό με το σύστημα προσφοράς με επιμέρους ποσοστά έκπτωσης, κατά ομάδες εργασιών τιμών ομοειδών εργασιών και έλεγχο ομαλότητας αυτών των ποσοστών έκπτωσης για το υπόλοιπο μέρος των εργασιών που αποτιμώνται με τιμές μονάδος (άρθρο 7 π.δ. 609/85)». Στη δημοπρασία για το 14° Δ.Σ. Καλλιθέας οι συμμετέχουσες εταιρείες ήταν δύο (2), στη δε δημοπρασία για το έργο «12° Δ.Σ. Αχαρνών ήταν είκοσι τρεις (23). Για τα δύο ανωτέρω έργα η προϊσταμένη αρχή του ΟΣΚ Α.Ε. έκρινε ότι οι βέλτιστες προσφορές των εταιρειών που προέκυψαν μετά την εφαρμογή του Μαθηματικού Τύπου δεν είναι συμφέρουσες για την Υπηρεσία και αποφάσισε την ακύρωση των διαγωνισμών και την επαναδημοπράτηση των έργων. Ερωτάται, αν ο ΟΣΚ Α.Ε. νομιμοποιείται δια της προϊσταμένης αρχής να προχωρήσει στην ακύρωση των ανωτέρω διαγωνισμών.

Η απάντησή μου επί του ανωτέρω ερωτήματος έχει ως ακολούθως:

I.

1.1. Η παράγραφος 2 του άρθρου 24 του π.δ. 609/1985 προβλέπει τα εξής:

«Το αποτέλεσμα των δημοπρασιών ακυρώνεται:

α) για παράτυπη διεξαγωγή εφόσον από την παρατυπία επηρεάζεται το αποτέλεσμα της δημοπρασίας,

β) αν το αποτέλεσμα της δημοπρασίας κρίνεται αιτιολογημένα όχι ικανοποιητικό για τον κύριο του έργου και

γ) αν κατά την κρίση της προϊσταμένης Αρχής ο συναγωνισμός υπήρξε ανεπαρκής, ή αν υπάρχουν σοβαρές ενδείξεις ότι έγινε συνεννόηση των συναγωνιζόμενων προς αποφυγή πραγματικού συναγωνισμού».

Περαιτέρω, η παράγραφος 2 του άρθρου 1 καθώς και το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 2 και η παράγραφος 7 του άρθρου 2 του ν. 2576/1998 ορίζουν τα ακόλουθα:

«1.2. Για την ανάδειξη αναδόχου, η χαμηλότερη προσφορά αποτελεί βασικό αλλά όχι το μοναδικό κριτήριο. Η πιο συμφέρουσα για το Δημόσιο προσφορά είναι συνάρτηση και άλλων κριτηρίων και παραμέτρων, όπως προσδιορίζονται στις διατάξεις του παρόντος νόμου. Η Επιτροπή κατά τη διατύπωση της γνώμης της λαμβάνει υπόψη της το ύψος της προσφοράς και συνεκτιμά κάθε άλλο πρόσφορο, τεκμηριωμένο στοιχείο, κυρίως από την υπηρεσία του μητρώου του άρθρου 16 του ν. 1418/1984 (ΦΕΚ 23 Α'), σχετικά με την ικανότητα και αξιοπιστία της επιχείρησης για την καλή και έγκαιρη κατασκευή του έργου, σε συνδυασμό και με τις υποχρεώσεις της από έργα υπό κατασκευή. Η Επιτροπή Εισήγησης για Ανάθεση εισηγείται την ανάθεση κατασκευής του έργου είτε στη μειοδότηρια Εργοληπτική Επιχείρηση ή στην Κοινοπραξία Εργοληπτικών Επιχειρήσεων είτε στην Εργοληπτική Επιχείρηση ή Κοινοπραξία που υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα για το Δημόσιο προσφορά, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 2 του παρόντος νόμου.

2.2. Ο προσδιορισμός των ορίων των ασυνήθιστα ή και υπερβολικά χαμηλών προσφορών (υ.χ.π.) γίνεται για όλους τους διαγωνισμούς με ενιαίο τρόπο και σύμφωνα με διαδικασία της οποίας τα δεδομένα, οι παραδοχές και η εφαρμογή συνδέονται αποκλειστικά με τα στοιχεία των προσφορών που υποβάλλονται στον κάθε διαγωνισμό.

2.7. Με τις αποφάσεις των ανωτέρω παραγράφων 2, 3 μπορεί να ορίζεται ότι στις δημοπρασίες έργων, των οποίων η προϋπολογιζόμενη αξία δεν υπερβαίνει το εκάστοτε οριζόμενο όριο για την εφαρμογή των κοινοτικών οδηγιών στις συμβάσεις δημόσιων έργων, εφαρμόζεται η ίδια διαδικασία προσδιορισμού των υπερβολικά χαμηλών προσφορών, οι οποίες όμως απορρίπτονται χωρίς προηγούμενη αιτιολόγησή τους.»

1.2. Αμφότερα τα έργα, σύμφωνα με τον προϋπολογισμό υπηρεσίας που αναγράφεται στη διακήρυξη, δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου. Επομένως, σύμφωνα με τις προδιαληφθείσες διατάξεις, όσες προσφορές εντοπίστηκαν ως υπερβολικά χαμηλές δυνάμει της μαθηματικής μεθόδου του ν. 2576/1998 απορρίπτονται χωρίς να παρέχεται δυνατότητα αιτιολόγησής τους.

1.3. Περαιτέρω, κατά πάγια αρχή του διοικητικού δικαίου, όλες οι ατομικές διοικητικές πράξεις πρέπει να αιτιολογούνται ειδικώς και επαρκώς, η δε αιτιολογία τους να προκύπτει τουλάχιστον από τα στοιχεία του φακέλου. Σε περίπτωση που η αιτιολόγηση της πράξης επιβάλλεται από ρητή διάταξη νόμου, τότε η αιτιολογία πρέπει να περιέχεται στο σώμα της πράξης.¹

Ο Οργανισμός Σχολικών Κτιρίων Α.Ε. είναι ανώνυμη εταιρεία, ήτοι νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου² ως εκ τούτου, οι αποφάσεις του δεν φέρουν το χαρακτήρα διοικητικής πράξης. Παρόλα αυτά, η νομιμότητα των αποφάσεων που εκδίδει στα πλαίσια της διαδικασίας επιλογής αναδόχου για την κατασκευή σχολικών κτιρίων πρέπει να κρίνεται με όρους δημοσίου δικαίου, πρώτον διότι ο ΟΣΚ Α.Ε. ανήκει στον ευρύτερο δημόσιο τομέα, δεύτερον διότι ο επιδιωκόμενος με τους εν λόγω διαγωνισμούς σκοπός (ανέγερση σχολικών κτιρίων) είναι σαφέστατα δημόσιος, και τρίτον διότι η ανάθεση των έργων αυτών ρυθμίζεται εξ ολοκλήρου από την ειδική περί δημοσίων έργων νομοθεσία. Επιπροσθέτως και προεχόντως, η προαναφερθείσα διάταξη της παραγράφου του άρθρου 24 του π.δ. 609/1985, επί της οποίας και μόνο δύναται να εδρασθεί τυχόν απόφαση ακύρωσης διαγωνισμού για τον προκείμενο λόγο, επιβάλλει ρητώς την αιτιολόγηση της σχετικής ακυρωτικής απόφασης.

Επομένως, η απόφαση του ΟΣΚ Α.Ε. για ακύρωση δημοπρασίας λόγω μη ικανοποιητικού αποτελέσματος – και σε περίπτωση που ήθελε κριθεί, σύμφωνα με την ανάλυση που ακολουθεί, ότι ο ΟΣΚ Α.Ε. θα είχε κατ' αρχήν τέτοια ευχέρεια – πρέπει να είναι ειδικώς και επαρκώς αιτιολογημένη, ειδάλλως η σχετική ακυρωτική απόφαση πάσχει ακυρότητα.

II.

2.1. Η ανάδειξη αναδόχου μέσω δημόσιου διαγωνισμού τεκμαίρεται ότι συνιστά το αποτέλεσμα μιας διαδικασίας κατά την οποία επικράτησε γνήσιος ανταγωνισμός³· τούτο δε ισχύει ανεξάρτητα από τον αριθμό των συμμετασχουσών στον διαγωνισμό επιχειρήσεων. Επομένως, και υπό την προϋπόθεση ότι δεν συνέτρεξε περίπτωση νόθευσης του ελεύθερου ανταγωνισμού (π.χ. συνεννόηση των διαγωνιζομένων προς το σκοπό αποφυγής πραγματικού συναγωνισμού), το

¹ Ε. Σπηλιωτόπουλος, «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου», 10^η έκδοση, §§ 165-167, σελ. 177 επ. & §§ 516-519, σελ. 529 επ.· επίσης, ΣτΕ 2424/1982, ΣτΕ 2441/1983, ΣτΕ 276/1983, ΣτΕ 4165/1984 κ.ά..

αποτέλεσμα του διαγωνισμού τεκμαίρεται ότι συνιστά τη βέλτιστη για τον κύριο του έργου προσφορά, υπό τις συγκεκριμένες συνθήκες και περιστάσεις διεξαγωγής του διαγωνισμού και σύμφωνα με τους ειδικότερους όρους κατακύρωσής του, όπως αυτοί προδιαγράφονται στο ισχύον κανονιστικό πλαίσιο (αποκλεισμός των υπερβολικά χαμηλών προσφορών βάσει της μαθηματικής μεθόδου του ν. 2576/1998).²

Περαιτέρω, σε διαγωνισμούς όπως οι προκείμενοι, όπου εφαρμόζεται η μαθηματική μέθοδος του ν. 2576/1998 χωρίς να παρέχεται δυνατότητα αιτιολόγησης των υπερβολικά χαμηλών προσφορών, οι εντοπισθείσες βάσει της μαθηματικής μεθόδου υπερβολικά χαμηλές προσφορές, δηλαδή προσφορές κάτω του οριακού κόστους εργασιών, αποτελούν προσφορές μη αιτιολογήσιμες και, συνακολούθως, αμετακλήτως απαράδεκτες. Κατά συνέπεια, ποσοστό έκπτωσης που υπερβαίνει το όριο πέραν του οποίου μία προσφορά χαρακτηρίζεται ως υπερβολικά χαμηλή δεν δύναται να προβληθεί ως ικανοποιητικό αποτέλεσμα ενός διαγωνισμού, κατά την έννοια της σχετικής διάταξης της παραγράφου 2 του άρθρου 24 του π.δ. 609/85, δοθέντος ότι ένα τέτοιο ποσοστό έκπτωσης είναι απαράδεκτο βάσει των κειμένων διατάξεων.

Επιπροσθέτως, από τα προρρηθέντα συνάγεται ότι η βέλτιστη προσφορά καθώς και το ικανοποιητικό ή μη αποτέλεσμα ενός διαγωνισμού είναι μεγέθη σχετικά, τα οποία δύναται να διαφέρουν από διαγωνισμό σε διαγωνισμό. Τούτο σημαίνει ότι, για την τεκμηρίωση της απόφασης ακύρωσης της δημοπρασίας λόγω μη ικανοποιητικού αποτελέσματος, δεν αρκεί η απλή αναφορά στο ποσοστό της προσφερθείσας έκπτωσης του αναδόχου, έστω και αν αυτό το ποσοστό, ως απόλυτο αριθμητικό μέγεθος, εκτιμάται ως ιδιαίτερα χαμηλό. Απαιτείται η πλήρως αιτιολογημένη συνεκτίμηση αρκετών άλλων παραμέτρων, ώστε η απόφαση ακύρωσης να μπορεί να θεωρηθεί νομίμως αιτιολογημένη.

2.2. Με βάση όσα προαναφέρθηκαν, για να ήταν επαρκώς και ειδικώς αιτιολογημένη η απόφαση περί ακύρωσης του διαγωνισμού λόγω μη ικανοποιητικού αποτελέσματος, θα απαιτούνταν κατ' ελάχιστον τα ακόλουθα: α) προσδιορισμός του ποσοστού έκπτωσης το οποίο θα αποτελούσε, κατά την κρίση της προϊσταμένης αρχής, το ελάχιστο ικανοποιητικό αποτέλεσμα ενός δημόσιου διαγωνισμού για την

² Βλ. σχετικά, Πάνου Κ. Χασάπη, Γνωμοδοτικό Σημείωμα, με θέμα «Συνέπειες Εισήγησης Ε.Ε.Α. για επανάληψη διαγωνισμού», Αθήνα, 3.10.2002.

ανάθεση του συγκεκριμένου έργου³ β) πλήρης τεκμηρίωση, βάσει αντικειμενικών κριτηρίων, συγκριτικών στοιχείων κλπ., της κρίσης ότι το εν λόγω ποσοστό έκπτωσης θα αποτελούσε το ελάχιστο ικανοποιητικό αποτέλεσμα για το συγκεκριμένο διαγωνισμό· γ) αποκλεισμός του ενδεχομένου το ποσοστό αυτό να χαρακτηριζόταν ως υπερβολικά χαμηλή προσφορά μετά την εφαρμογή της μαθηματικής μεθόδου του ν. 2576/1998⁴ δ) τεκμηριωμένη πιθανολόγηση, η οποία πρέπει να εγγίζει τα όρια της εξ αντικειμένου βεβαιότητας, ότι ο νέος διαγωνισμός θα αποδώσει το ζητούμενο ικανοποιητικό αποτέλεσμα (πρέπει να σημειωθεί ότι η απλή προσδοκία επίτευξης υψηλότερης έκπτωσης σε ένα μελλοντικό διαγωνισμό δεν αρκεί, ούτε είναι επιτρεπτό να χρησιμοποιηθεί ως αιτιολογικό έρεισμα της απόφασης ακύρωσης· και τούτο διότι η εκάστοτε προϊσταμένη αρχή, με πρόσχημα την προσδοκία επίτευξης καλύτερου αποτελέσματος, θα μπορούσε να ακυρώνει αενάως τα αποτελέσματα δημοπρασιών μέχρι να επιτύχει το επιθυμητό σ' αυτήν αποτέλεσμα)⁵ ε) απόκλιση τέτοια μεταξύ του ελάχιστου ικανοποιητικού ποσοστού έκπτωσης και του πράγματι προσφερθέντος κατά τον διεξαχθέντα διαγωνισμό που να δικαιολογεί, από απόψεως κόστους, ταχύτητας εκτέλεσης του έργου και γενικότερου δημοσίου συμφέροντος, την ακύρωση του διαγωνισμού και την επαναδημοπράτηση του έργου.

2.3. Από το ανωτέρω ελάχιστο αναγκαίο περιεχόμενο της αιτιολογίας που πρέπει να ενσωματώνεται στην απόφαση ακύρωσης διαγωνισμού λόγω μη ικανοποιητικού αποτελέσματος, προκύπτει ότι είναι λογικά και νομικά ανέφικτο να συντρέξουν σωρευτικά όλα τα προαναφερθέντα επιμέρους συστατικά στοιχεία του ελάχιστου περιεχομένου της απαιτούμενης αιτιολογίας σε ένα μειοδοτικό διαγωνισμό που διεξήχθη νομότυπα και υπό φυσιολογικές συνθήκες αγοράς με βάση τη μαθηματική μέθοδο του ν. 2576/1998· τούτο διότι, προεχόντως (πέραν και ανεξάρτητα όλων των λοιπών λόγων), θα ήταν σχεδόν αδύνατον το τυχόν θεωρούμενο ως ικανοποιητικό αποτέλεσμα από πλευράς της προϊσταμένης αρχής να μην ενέπιπτε στην κατηγορία των υπερβολικά χαμηλών προσφορών κατά τη διεξαχθείσα δημοπρασία. Κατά συνέπεια, και εφόσον δεν είχαν συντρέξει περιστάσεις που να είχαν παραμορφώσει τη διαγωνιστική διαδικασία και αλλοιώσει

³ ibid.

⁴ ibid.

⁵ ibid.

το αποτέλεσμα του διαγωνισμού (δηλ. παρατυπίες κατά τη διεξαγωγή του διαγωνισμού που να επηρέασαν το αποτέλεσμά της ή συνεννόηση των διαγωνιζομένων, οπότε όμως εφαρμοστέα για την ακύρωση του διαγωνισμού δεν θα καθίστατο η διάταξη της περ. β' της παραγράφου 2 του άρθρου 24 του π.δ. 609/85, αλλά αυτές των περ. α' και γ' της αυτής παραγράφου του ίδιου άρθρου), η αναδειχθείσα προσωρινή μειοδότηρια προσφορά συνιστά το *ex lege* ικανοποιητικό, και μάλιστα το μόνο ικανοποιητικό, αποτέλεσμα του διαγωνισμού. Εκ τούτου έπεται, ότι η διάταξη της περ. β' της παραγράφου 2 του άρθρου 24 του π.δ. 609/1985 είναι **ανεφάρμοστη** σε δημοπρασίες στις οποίες εφαρμόστηκε η μαθηματική μέθοδος του ν. 2576/1998, προεχόντως διότι η τυχόν απόφαση ακύρωσης που ερείδεται στον προκείμενο λόγο είναι κατά βάση **μη αιτιολογήσιμη**.

III. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑ

Η απάντησή μου επί του τεθέντος ερωτήματος έχει ως εξής:

Το αποτέλεσμα των δημοπρασιών που έχουν διεξαχθεί κατ' εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 1 και 2 του ν. 2576/1998 (μαθηματική μέθοδος ή μαθηματικός τύπος) θεωρείται εκ του νόμου ικανοποιητικό, και μάλιστα το μόνο ικανοποιητικό και παραδεκτό αποτέλεσμα του διαγωνισμού. Κατά συνέπεια, η σχετική διάταξη της περ. β' της παρ. 2 του άρθρου 24 του π.δ. 609/1985, σύμφωνα με την οποία επιτρέπεται η ακύρωση της δημοπρασίας εάν το αποτέλεσμα αυτής κρίνεται αιτιολογημένα μη ικανοποιητικό για τον κύριο του έργου, καθίσταται **ανεφάρμοστη** στην προκείμενη περίπτωση, στο μέτρο που με τον όρο «μη ικανοποιητικό» νοείται το οικονομικό αποτέλεσμα της δημοπρασίας, δηλαδή η προσφερθείσα έκπτωση. Η διάταξη αυτή καθίσταται ανεφάρμοστη, διότι η κρίση περί μη ικανοποιητικού αποτελέσματος είναι εκ του νόμου και εκ των πραγμάτων **μη αιτιολογήσιμη**, για τους λόγους που εκτίθενται αναλυτικώς ανωτέρω.

Συνεπώς, η επίμαχη απόφαση του Ο.Σ.Κ. Α.Ε. να ακυρώσει το αποτέλεσμα των δύο προαναφερθεισών δημοπρασιών, ως μη ικανοποιητικό για τον κύριο του έργου, δεν φαίνεται κατ' αρχήν να πληροί τους απαιτούμενους όρους νομιμότητας.

Με εκτίμηση,

Σ.Α.Τ.Ε.

Σταμάτης Σ. Σταμόπουλος