

Το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων υπό το φως της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου

- Γενική προβληματική:

Η θεμελιώδης παραδοχή της οικονομικής ανάλυσης στο συγκεκριμένο πεδίο συνίσταται στην ανάθεση δημοσίων συμβάσεων μέσω διαδικασιών που μιμούνται στο μέτρο του δυνατού το παιχνίδι της αγοράς. Στο μέτρο που η αγορά συνιστά τον μηχανισμό που επιτυγχάνει τη βέλτιστη κατανομή πόρων, η σύναψη δημοσίων συμβάσεων με έναν αντίστοιχο μηχανισμό επιτρέπει τη βέλτιστη χρήση του δημόσιου χρήματος. Επιπλέον, αποφεύγεται η στρέβλωση της αγοράς μέσω κρατικών ενισχύσεων συγκεκριμένων αναδόχων. Σύμφωνα με την οικονομική θεωρία, το κατεξοχήν εργαλείο αντιγραφής της αγοράς είναι οι ανταγωνιστικές διαδικασίες δημοπράτησης, με άλλα λόγια οι διαγωνιστικές διαδικασίες. Οι διαγωνισμοί αποτελούν το *ersatz* της αγοράς σε πεδία στα οποία αυτή δεν μπορεί να υπάρξει: η κατακύρωση δημόσιας σύμβασης αποτελεί ουσιαστικά ένα αποκλειστικό δικαίωμα, με την έννοια ότι το συγκεκριμένο έργο ή προμήθεια ανατίθενται σε ένα μόνο οικονομικό φορέα. Η ανάθεση του αποκλειστικού δικαιώματος μέσω διαγωνισμού δημιουργεί ανταγωνιστικές συνθήκες αγοράς σε ένα ανάντι στάδιο, σχηματίζοντας τελικά μία αγορά δημοσίων συμβάσεων για τα συναφή προς ανάθεση αντικείμενα.

Το ισχύον δίκαιο για τις δημόσιες συμβάσεις, όπως επιβλήθηκε στα εθνικά διοικητικά δίκαια μέσω της ΕΕ, έχει ενστερνισθεί την παραπάνω οικονομική παραδοχή. Ωστόσο, τα περιθώρια εξέλιξης και προσαρμογής του δικαίου μέσω της οικονομικής θεωρίας είναι ακόμη πάρα πολλά. Το ευρωπαϊκό δίκαιο δημοσίων συμβάσεων όπως εφαρμόζεται σε συστήματα ηπειρωτικού διοικητικού δικαίου παραμένει ακόμη εν πολλοίς κολλημένο στο νομικισμό, παρά τα πολλά βήματα που έχουν γίνει.

- Η δημόσια σύμβαση από την σκοπιά της οικονομικής ανάλυσης

Διάκριση μεταξύ ανάθεσης και εκτέλεσης δημόσιας σύμβασης.

Για την **ανάθεση** μέσω διαγωνισμών είναι χρήσιμη η οικονομική θεωρία για τις δημοπρασίες στη βάση της θεωρίας παιγνίων. Οι δημόσιοι διαγωνισμοί είναι στη μεγάλη πλειονότητα «αντίστροφοι πλειστηριασμοί», όπου σχηματικά αναζητείται, όχι εκείνος που θα δώσει τα περισσότερα αλλά εκείνος που θα ζητήσει τα λιγότερα.

Διαπίστωση: αυξημένη παραβατικότητα, τάση φαλκίδευσης της διαδικασίας. ΣΟΣ, θυμήσου Νικητάρης για αλυκές στο Κατάκολο

Αφετηρία φαίνεται να είναι η «κατάρτα του μειοδότη»¹ σύμφωνα με την οποία ο διαγωνιζόμενος έχει πιθανότητες να επικρατήσει στη διαδικασία εάν υπεραξιολογήσει το συμφέρον του να του ανατεθεί η σύμβαση.

Η κατάρτα του μειοδότη αυξάνεται από μία σειρά από παράγοντες:

-όσο λιγότερο γνωρίζω για το προς ανάθεση αντικείμενο. Πρόβλημα ασυμμετρίας πληροφορίας. Π.χ. όταν πρόκειται για ένα «μοναδικό» έργο, π.χ. ένα δρόμο ή μία γέφυρα, σε σύγκριση με πώληση τυποποιημένων προϊόντων. Πρόβλημα αβεβαιότητας (π.χ. όταν εκτείνεται σε μεγάλο χρονικό διάστημα, όπως τα ΣΔΙΤ).

- όσο περισσότερο εξαρτώμαι από τη συγκεκριμένη ανάθεση: π.χ. μπορεί το σύνολο της αγοράς να ισούνται με το άθροισμα των προς ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διότι δεν υπάρχει ιδιωτική αγορά, χονδρική και λιανική.

- όσο ισχυρότερη είναι η αναθέτουσα δημόσια αρχή: η ισχύς εξαρτάται από το μέγεθος (το Δημόσιο αντί ένας μικρός δήμος), την τεχνογνωσία, το κατά πόσον είναι μονοψώνιο για το συγκεκριμένο αντικείμενο (π.χ. μεγάλα οδικά έργα), αλλά και από τα νομικά όπλα τα οποία διαθέτει (δυνατότητα κήρυξης εκπτώτου, αποβολή από μελλοντικούς διαγωνισμούς, ποινικές κυρώσεις κλπ).

Συμπέρασμα,

- Ο κίνδυνος της κατάρτας του μειοδότη μπορεί να είναι πολύ μεγάλος
- Υπάρχουν μεγάλες διακυμάνσεις μεταξύ του κινδύνου: αρκεί να συγκρίνουμε μία μεγάλη εταιρεία κατασκευής Η/Υ η οποία προμηθεύει το δημόσιο και μία εργοληπτική εταιρεία που θα αναλάβει ένα μεγάλο έργο υποδομής. Η πρώτη έχει σαφή γνώση του αντικειμένου, του δικού της κόστους, του κόστους των ανταγωνιστών της (με βάση τις τιμές στις οποίες πωλούν στην ιδιωτική αγορά) και πολύ μικρότερη εξάρτηση από την ανάθεση της σύμβασης η οποία ενδέχεται να αποτελεί ένα αμελητέο μερίδιο του κύκλου εργασιών της. Αντιστρόφως, ο εργολάβος δεν γνωρίζει επακριβώς τις δυσκολίες και τους κινδύνους του προς ανάθεση έργου υποδομής ενόψει της μοναδικότητάς του, ενώ έχει σοβαρά κενά και στην οικονομική συμπεριφορά των ανταγωνιστών του. Την ίδια στιγμή, η ανάληψη του έργου ενδέχεται να ισούνται με το σύνολο του κύκλου εργασιών που μπορεί να αναλάβει σε μία χρονική περίοδο. Αν ακολουθήσει μία παθητική στρατηγική, καταθέτοντας υψηλή προσφορά, κινδυνεύει να βρεθεί εκτός αγοράς διότι το Δημόσιο ως μονοψώνιο δεν θα συμβληθεί με αυτόν. Αν η στρατηγική του είναι επιθετική, προσφέρει δηλαδή υψηλές εκπτώσεις, κινδυνεύει να χρεοκοπήσει εκτελώντας το έργο και να υποστεί τις δρακόντειες χρηματικές, διοικητικές ή και ποινικές κυρώσεις τις οποίες μπορεί να

¹ Hendricks Mcaffee 2014. 500

του επιβάλλει η δημόσια αρχή, κάνοντας χρήση των δημόσιων προνομίων της.

Η μη «αυτοκτονική» αντιμετώπιση του παραπάνω κινδύνου, οδηγεί τον «υποψήφιο ανάδοχο δημόσιας σύμβασης» σε ορθολογικές στρατηγικές νόθευσης του διαγωνισμού. Μέσω της νόθευσης αυτής, ο «υποψήφιος» θα επιχειρήσει να εξαλείψει τον κίνδυνο για τον ίδιο, στρεβλώνοντας υπέρ του τη βέλτιστη κατανομή πόρων στην οποία θα κατέληγε η διαγωνιστική διαδικασία, και να σφετερισθεί-εισπράξει το **κοινωνικό όφελος**. Οι στρατηγικές νόθευσης είναι ουσιαστικά δύο, και αντιστοιχούν στις δύο παραβατικές συμπεριφορές που καταγράφει το δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού.

Αφενός, ο υποψήφιος θα επιχειρήσει να ελέγξει τη διαγωνιστική διαδικασία προς όφελός του, αποκτώντας άδηλη προνομιακή σχέση με την αναθέτουσα αρχή (διαφθορά). Ελέγχοντας τη δημόσια αρχή εξασφαλίζει το προς ανάθεση αποκλειστικό δικαίωμα, λειτουργώντας εξ αρχής ως εν δυνάμει μονοπώλιο. Υπαγορεύει στον αναθέτοντα φορέα τους όρους του διαγωνισμού ώστε να τον φωτογραφίζουν, τον κατευθύνει σε διακριτική δυσμενή μεταχείριση των ανταγωνιστών του με σκοπό τον εξοβελισμό τους, διασφαλίζει ότι η σύμβαση θα του ανατεθεί και ότι η ερμηνεία και εκτέλεση των συμβατικών όρων θα είναι προς όφελός του.

Αφετέρου, ο υποψήφιος έχει μεγάλο κίνητρο να αποφύγει τον καταστροφικό για τον ίδιο ανταγωνισμό μέσω συνεννοήσεων με τους εν δυνάμει ανταγωνιστές του, ελέγχοντας συλλογικά την έκβαση του διαγωνισμού (καρτέλ). Η προηγούμενη συνεννόηση διαγωνιζομένων με χειρότερη εκδοχή την υποβολή προσυεννοημένων προσφορών, κάποιες από τις οποίες είναι εικονικές, συνιστά χαρακτηριστική μορφή παράνομης οριζόντιας σύμπραξης. Η παράνομη συνεννόηση διευκολύνεται σε αγορές όπου η εταιρική συνεργασία είναι συνήθης και εύλογη πρακτική (π.χ. εργολάβοι: κοινοπραξίες, υπερβολαβίες). Ως καρτέλ, η σύμπραξη αυτή εμφανίζει και τις αδυναμίες συλλογικής δράσης που έχουν διαπιστωθεί από την οικονομική θεωρία: κάθε συμμετέχων είναι εν δυνάμει λαθρεπιβάτης, έχει δηλαδή κίνητρο να εγκαταλείψει το καρτέλ καταθέτοντας αυτόνομη προσφορά εάν αυτό εξυπηρετεί τα συμφέροντά του. Αντιστρόφως, το καρτέλ χρειάζεται ένα μηχανισμό ελέγχου συμμόρφωσης των μελών του και παροχής κινήτρων για τη διατήρησή του: ενδεικτικά, η γνώση των προς ανάθεση συμβάσεων στο αμέσως επόμενο χρονικό διάστημα, επιτρέπει στο καρτέλ να ικανοποιήσει τα μέλη του οργανώνοντας εκ των προτέρων την κατανομή μελλοντικών αντικειμένων. Εάν ο μηχανισμός προσυεννοημένων προσφορών συνδυαστεί με έλεγχο και των δημόσιων φορέων (καρτέλ + διαφθορά), επιτυγχάνεται συλλογική δεσπόζουσα θέση, οπότε το αντιανταγωνιστικό αποτέλεσμα πάνω στη συγκεκριμένη αγορά δημόσιας σύμβασης λαμβάνει τη μέγιστη τιμή της.

Η στρέβλωση της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης τελεί σε στενή σχέση με το στάδιο **εκτέλεσης** της σύμβασης. Και στο σημείο αυτό, η οικονομική θεωρία οδηγεί σε κρίσιμες διαπιστώσεις: Και η εκτέλεση των συμβάσεων χαρακτηρίζεται από **ιδιαίτερα μεγάλο κόστος συναλλαγής**:

- Λόγω του μεγάλου αντικειμένου, της πολυπλοκότητας, της ενδεχόμενης μοναδικότητας και της χρονικής έκτασης του συμβατικού αντικειμένου, οι σημαντικότερες δημόσιες συμβάσεις εμφανίζουν αυξημένο **κόστος εποπτείας**. Το κόστος αυτό το οποίο ισούται με τον αποτελεσματικό έλεγχο της αδιάλειπτης τήρησης των συμβατικών προδιαγραφών είναι σαφώς μεγαλύτερο από εκείνο μίας «κοινής» ιδιωτικής σύμβασης.
- Το παραπάνω κόστος πολλαπλασιάζεται λόγω **προβλημάτων αντιπροσώπευσης και πληροφόρησης**. Επόπτες της εκτέλεσης της σύμβασης είναι υπάλληλοι της αντισυμβαλλόμενης αρχής οι οποίοι βρίσκονται στα μεσαία ή κατώτερα επίπεδα της ιεραρχίας. Οι υπάλληλοι αυτοί, ενόψει των ικανοτήτων και των οικονομικών τους απολαβών δεν έχουν το απαιτούμενο κίνητρο να υπηρετήσουν με απόλυτη συνέπεια τα συμφέροντα του εντολέα τους. Το αντίθετο μάλλον, ενόψει και της μακροχρόνιας σχέσης που μοιραία αναπτύσσεται με τον ανάδοχο, τα περιθώρια «ομηρείας» τους – αντίστοιχης με τη ρυθμιστική ομηρεία ² - είναι μεγάλα, συμπεριλαμβανομένου και του κινδύνου διαφθοράς. Στην παθολογική αυτή κατάσταση συμβάλλει και η ιδιαίτερα μειωμένη διάχυση πληροφορίας: ο τρόπος εκτέλεσης της σύμβασης είναι συνήθως αδιαφανής και οι απαραίτητες πληροφορίες είναι γνωστές μόνο στον ανάδοχο και στους υπαλλήλους που ασκούν τη φυσική εποπτεία.

Συμπέρασμα: η ανάθεση και η εκτέλεση δημοσίων συμβάσεων χαρακτηρίζονται από υψηλότατα κόστη συναλλαγής. Το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων είναι το μέσο για την αντιμετώπιση του κόστους αυτού, μέσω κανόνων και διαδικασιών, με άλλα λόγια, το μέσο για τη βέλτιστη, δηλαδή την πιο ορθολογική από οικονομική άποψη, χρήση των δημοσίων πόρων. Από τη σκοπιά αυτή, η τελολογική και συστηματική ερμηνεία των κανόνων για τις δημόσιες συμβάσεις είναι άμεσα συνδεδεμένη με τη *ratio* της οικονομικής ανάλυσης. Η σημασία της οικονομοαναλυτικής μεθόδου είναι εξ ορισμού πολύ πιο στενή με το συγκεκριμένο πεδίο του δημοσίου δικαίου σε σύγκριση με άλλους τομείς του ίδιου κλάδου.

² Η περίπτωση είναι η ίδια με εκείνη που περιγράφει ο ... για τις ρυθμιστικές αρχές στις ΗΠΑ οι οποίες επόπτευαν μονοπωλιακές δραστηριότητες. Και εδώ, η σχέση μεταξύ εποπτευόντων την εκτέλεση μίας δημόσιας σύμβασης και αντισυμβαλλομένου ιδιώτη είναι σχέση δημόσιας αρχής/μονοπωλίου σε συνθήκες ακόμη πιο αδιαφανείς.

Μία άλλη παρατήρηση: δημόσια έργα, φάρμακα όπλα : ενδημική παραβατικότητα, διαφθορά, πιθανά καρτέλ, παθολογία στην ανάθεση και εκτέλεση ...

-Ξαναδιαβάζοντας τους κανόνες για τις δημόσιες συμβάσεις από τη σκοπιά του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων

Σε γενικές γραμμές, το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων υιοθετεί τα βασικά διδάγματα της οικονομικής ανάλυσης με προέχουσα την έμφαση στις διαγωνιστικές διαδικασίες και η καταρχήν αποδοκιμασία της απευθείας ανάθεσης. Το περιθώριο να παρακαμφθούν οι διαγωνιστικές διαδικασίες μέσω απευθείας αναθέσεων γίνονται όλο και πιο στενό. Κάθε νέα διαδικασία εκτός από τον παραδοσιακό «ανοιχτό» διαγωνισμό, όπως είναι ο ανταγωνιστικός διάλογος, διαπνέεται από αγορακεντρική λογική³. Αλλά και οι δύο θεμελιώδεις αρχές που διέπουν το δίκαιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, όπως αποτυπώνονται στην πάγια νομολογία του ΔΕΕ και του ΣτΕ, αντιμετωπίζουν ζητήματα τα οποία αναδεικνύει η οικονομική ανάλυση: πρόκειται για τις αρχές της *διαφάνειας* και των *ίσων όρων ανταγωνισμού*. Η πρώτη αποσκοπεί στη μείωση του ελλείμματος πληροφόρησης το οποίο πολλαπλασιάζει το ρίσκο του διαγωνιζομένου και τον κίνδυνό του να υποστεί την «κατάρα του μειοδότη». Μειώνει επίσης τους κινδύνους που απορρέουν από το πρόβλημα αντιπροσώπευσης, από το γεγονός δηλαδή ότι τα συμφέροντα της δημόσιας αρχής εξυπηρετούνται από συγκεκριμένα πρόσωπα, τους εμπλεκόμενους στη διαδικασία ανάθεσης* περιορίζεται έτσι και το ενδεχόμενο διαφθοράς, το οποίο είναι, όπως εξηγήθηκε, αυξημένο στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων. Η δεύτερη μετατρέπει σε νομικό κανόνα την αφετηριακή θέση της οικονομικής ανάλυσης: σκοπός της διαδικασίας

³ Η λογική αυτή δεν υπήρχε στο εθνικό διοικητικό δίκαιο. Η επιλογή μεταξύ διαγωνισμού και απευθείας ανάθεσης ανήκε καταρχήν στο νομοθέτη, ο οποίος μπορούσε να καταλείπει ευρέα περιθώρια διακριτικής ευχέρειας στη διοίκηση. Η κανονιστική αυτή χαλαρότητα δεν προσέκρουε σε κάποιο συνταγματικό κανόνα αλλά εύρισκε έρεισμα στην εξουσία του νομοθέτη να κατευθύνει και να οργανώνει κατά το δοκούν την οικονομία. Τα δικαστήρια μπορούσαν οριακά να ελέγξουν εξόφθαλμες αδικίες μέσω απευθείας αναθέσεων μόνο στη βάση της αρχής της ισότητας, έλεγχος ο οποίος οδηγεί σε φτωχά και αβέβαια αποτελέσματα. Η καταρχήν αποδοκιμασία της απευθείας ανάθεσης και η ανάδειξη των διαγωνιστικών διαδικασιών σε βασική οδό σύναψης δημοσίων συμβάσεων προϋπέθετε την υιοθέτηση μίας γενικής αρχής σεβασμού του ελεύθερου ανταγωνισμού με υπερνομοθετική περιωπή, η οποία να δεσμεύει τις κρατικές αρχές. Τέτοια υποχρέωση υφίσταται στο δίκαιο της ΕΕ, μέσω των διατάξεων του πρωτογενούς δικαίου οι οποίες απαγορεύουν τις κρατικές ενισχύσεις. Η απαγόρευση των κρατικών ενισχύσεων αποτελεί έκφραση ενός γενικότερου καθήκοντος σεβασμού του ελεύθερου ανταγωνισμού, την ίδια στιγμή που η ανάθεση δημόσιας σύμβασης εκτός διαγωνιστικής διαδικασίας δημιουργεί ένα μαχητό τεκμήριο κρατικής ενίσχυσης. [Για την ανατροπή του τεκμηρίου αυτού όταν οι κρατικοί χρηματικοί πόροι για την εξυπηρέτηση του γενικού συμφέροντος καταλήγουν σε ιδιώτες μέσω διαγωνιστικών διαδικασιών, βλ. ΔΕΚ Altmark και την μετέπειτα νομολογία, αναφορικά με τη χρηματοδότηση της καθολικής υπηρεσίας σε δραστηριότητες γενικού οικονομικού συμφέροντος].

είναι η επίτευξη συνθηκών πραγματικού ανταγωνισμού μεταξύ των υποψηφίων* από τη στιγμή που αποτέλεσμα της διαδικασίας είναι συνήθως η επιλογή ενός μόνο υποψηφίου από φορέα ο οποίος, για τις ανάγκες της σύμβασης, ενεργεί ως μονοψώνιο, υγιής ανταγωνισμός μπορεί να δημιουργηθεί μόνο εάν το μονοψώνιο ενεργεί αντικειμενικά και αμερόληπτα.

Θα μπορούσε να υποστηριχθεί πως η εξέλιξη του ευρωπαϊκού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων υποδηλώνει μία τάση να γίνει καλύτερα κατανοητή η οικονομική λογική της συγκεκριμένης δραστηριότητας.

Πρώτον, η αύξηση των επί μέρους μεθόδων ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, αρκεί αυτές να υπηρετούν τη διαφάνεια και τους ίσους όρους ανταγωνισμού, κινείται προς τη σωστή κατεύθυνση. Οι πιθανές στρατηγικές των υποψηφίων είναι πολλές και διαφορετικές και εξηγούνται συχνά από τη θεωρία παιγνίων. Είναι επομένως αδύνατο να αντιμετωπισθούν οι στρατηγικές αυτές μέσω της προκρούστειας κλίνης του κλειστού ή του ανοιχτού διαγωνισμού σε μία φάση. Η αναθέτουσα αρχή είναι σκόπιμο να προσαρμόζει τους κανόνες του παιχνιδιού στις ιδιαιτερότητες της προς ανάθεση σύμβασης, δηλαδή στις αναμενόμενες συμπεριφορές των παικτών. Ενδεικτικά, η εισαγωγή της ηλεκτρονικής δημοπρασίας ιδίως για την προμήθεια τυποποιημένων προϊόντων όπως είναι οι φαρμακευτικές προμήθειες αυξάνει τα περιθώρια ανταγωνισμού και τη διαφάνεια στη συμπεριφορά των παικτών μετά την πρώτη οικονομική τους προσφορά, οδηγώντας σε χαμηλότερες τιμές άρα και σε βέλτιστη κατανομή πόρων.

Συναφώς, η έμφαση που δόθηκε στις τελευταίες «γενιές» των ενωσιακών οδηγιών σε νέους τύπους συμβάσεων όπου το σύνολο ή μεγάλο μέρος του επενδυτικού κινδύνου μεταφέρεται στον αντισυμβαλλόμενο της δημόσιας αρχής συνάδει με τις διαπιστώσεις της οικονομικής θεωρίας. Η επιλογή της παραχώρησης ή της σύμπραξης⁴ αντί για την ανάθεση έργου ή υπηρεσίας δεν μειώνει απλώς το ύψος των δημοσίων πόρων που απαιτούνται για τη σύναψη της σύμβασης. Η μετάθεση του κινδύνου στον συμβαλλόμενο ιδιώτη σε αντικείμενα με μοναδικά χαρακτηριστικά⁵ είναι συμφέρουσα από πολλές απόψεις: Αφενός, μειώνει το έλλειμμα πληροφόρησης της διοίκησης όταν αυτή καλείται να περιγράψει αναλυτικά ένα αντικείμενο (την κατασκευή ενός μεγάλου οδικού άξονα, την κατασκευή και λειτουργία ενός συστήματος διαχείρισης αποβλήτων), τα επί μέρους τεχνικά χαρακτηριστικά του οποίου είναι περισσότερο γνωστά στους υποψηφίους * οι τελευταίοι, στο μέτρο που

⁴ ΣΟΣ, να πώ ότι προστέθηκε η παραχώρηση έργου και μετά η παραχώρηση υπηρεσίας και τα ΣΔΙΤ.

⁵ Αντιθέτως, στην περίπτωση τυποποιημένων προϊόντων με προϋφιστάμενα χαρακτηριστικά, κόστος το οποίο μπορεί να υπολογισθεί με ασφάλεια εκ των προτέρων και ευχερή εποπτεία ως προς την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης, η μετάθεση του επιχειρηματικού κινδύνου στον ιδιώτη δεν είναι εξίσου απαραίτητη, αναμένεται δε να αυξήσει την τελική τιμή για την αναθέτουσα αρχή στην οποία ο ανάδοχος θα μετακυλήσει, εκτός από το κόστος του προμηθευόμενου αγαθού και το χρηματοοικονομικό κόστος. Για το λόγο αυτό οι συμβατικές μορφές της παραχώρησης και της σύμπραξης δεν αφορούν σε προμήθεια αγαθών αλλά σε εκτέλεση έργων και σε παροχή υπηρεσιών.

καλούνται να σχεδιάσουν οι ίδιοι τις λεπτομέρειες του προς ανάθεση αντικειμένου, περιορίζουν αντίστοιχα το ενδεχόμενο να υποπέσουν στην «κατάρτα του μειοδότη». Αφετέρου, οι συμβάσεις παραχώρησης και σύμπραξης αντιμετωπίζουν δραστικά τον ηθικό κίνδυνο του ιδιώτη να αδιαφορεί για την αποτελεσματική εφαρμογή της σύμβασης καθώς και την εγγενή αδυναμία της διοίκησης να εποπτεύσει την εφαρμογή αυτή* πλέον, επόπτης της αποτελεσματικής εκτέλεσης του έργου ή της υπηρεσίας καθίσταται ο ιδιώτης ο οποίος έχει και το κίνητρο διασφάλισης της αποτελεσματικότητας αυτής διότι φέρει τον οικονομικό κίνδυνο της αποτυχίας. Η διοίκηση από την πλευρά της εστιάζει στον παραδοσιακό έλεγχο νομιμότητας, για παράδειγμα, την τήρηση της περιβαλλοντικής νομοθεσίας κατά τη διαχείριση των αποβλήτων από τον παραχωρησιούχο.

Δεύτερον, θετική είναι και η εξέλιξη μείωσης των φάσεων της διαδικασίας: να κατατίθενται στο τέλος τα νομιμοποιητικά και να μπορούν να συμπληρωθούν.. Μειώνει το διοικητικό κόστος συμμετοχής αλλά και το κόστος σύναψης για την αναθέτουσα αρχή η οποία εξέταζε εξονυχιστικά τα τυπικά όλων με ενστάσεις και δικαστικές διαμάχες. Μεταφέρει τον ανταγωνισμό εκεί που έχει σημασία, στα τεχνικοοικονομικά δεδομένα των υποψηφίων.

Αυστηρότεροι κανόνες για αντιμετώπιση των φαινομένων καρτέλ και διαφθοράς:

6

Ίσως το πιο χαρακτηριστικό παράδειγμα επιτυχούς συμπλήρωσης του κανονιστικού πλαισίου με νομολογιακή μάλιστα προτροπή αποτελεί η πρόβλεψη της δυνατότητας εκείνων που δεν επελέγησαν ή δεν συμμετείχαν στη διαδικασία επιλογής αναδόχου να αμφισβητήσουν δικαστικά τις αλλοιώσεις του συμβατικού πλαισίου κατά την εκτέλεση της σύμβασης, εάν με τον τρόπο αυτό παραβιάζονται a posteriori οι αρχές της διαφάνειας και των ίσων όρων ανταγωνισμού. Η δικονομική αυτή δυνατότητα ανατρέπει την πάγια θέση του διοικητικού δικαίου ότι το περιεχόμενο και ο τρόπος εκτέλεσης της συναφθείσας σύμβασης δεν μπορούν να αμφισβητηθούν παραδεκτά από ανταγωνιστές του αναδόχου και εξηγείται με ένα αμιγώς οικονομικό σκεπτικό. Η διάκριση μεταξύ του σταδίου της ανάθεσης και της εκτέλεσης της σύμβασης μπορεί να είναι νομικά σαφής, όχι όμως και από οικονομική σκοπιά, δεδομένου ότι στη στρατηγική της νόθευσης του διαγωνισμού μέσω «ιδιαιτέρων» σχέσεων με την αναθέτουσα αρχή, τα δύο στάδια συχνά διαπλέκονται: το αντιανταγωνιστικό πλεονέκτημα του

⁶ EU Directives as Anticorruption Measures: Excluding Corruption-Convicted Tenderers from Public Procurement Contracts105
TERESA MEDINA ARNÁIZ Σε [International Handbook 2009](#)

υποψηφίου ο οποίος τηρεί προνομιακή σχέση με την αναθέτουσα αρχή είναι η ευνοϊκή του μεταχείριση στο στάδιο της εκτέλεσης. Η αναγνώριση στους ανταγωνιστές του, του δικαιώματος να αμφισβητήσουν τη νομιμότητα της συμπεριφοράς της αναθέτουσας αρχής αποτελεί ένα έξυπνο όπλο στα χέρια της έννομης τάξης δεδομένου ότι οι επιχειρήσεις αυτές έχουν υψηλό κίνητρο να παρακολουθήσουν την εκτέλεση της δημόσιας σύμβασης αναλαμβάνοντας αντίστοιχα το υψηλό, όπως προαναφέρθηκε, κόστος παρακολούθησης της εκτέλεσής της.

Παρόλα αυτά, ακόμα ανεπαρκή:

- Ενιαία εν πολλοίς νομική αντιμετώπιση περιπτώσεων με τελείως διαφορετικά χαρακτηριστικά... Ακόμη υπέρμετρη έμφαση στο στάδιο της ανάθεσης με μία ομογενοποίηση αδικαιολόγητη: να το συνδέσω με τις αποτυχίες σε πεδία όπως τα όπλα, οι εργολάβοι και τα φάρμακα.. : τρόποι αντιμετώπισης: άλλο δίκαιο, άλλες διαδικασίες, άλλα όργανα;

Hendricks...: Economic theory shows that **the incentive of bidders to collude in an auction depends in part on the auction format** (see, e.g., Robinson, 1985, Waehrer, 1999, and Marshall and Marx, 2007).

As Marshall and Marx (2012, p. 176) note: “the extra bid shading by the highest-valuing colluding bidder opens the possibility that the ring does not capture all the gains to its collusive conduct.

The non-colluding bidders are beneficiaries, in expected terms, from the collusion.

. . .The leakage of some of the collusive gain to the outside bidders, which is absent at the ascending-bid auction, means the incentives for suppression of rivalry through collusion are typically weaker at the sealed-bid auction than at the ascending-bid auction.” ΣΟΣ: άρα οι κλειστές προσφορές μειώνουν τα περιθώρια σύμπραξης ...

- Ανεπαρκές άνοιγμα της δυνατότητας προσφυγής στα δικαστήρια των τρίτων ανταγωνιστών για το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης.
- Εστιάζουμε σε λάθος πράγματα:
 - ο Ακόμα υπέρμετρος Νομικισμός = τυπολατρία, Νομολογία ΣτΕ. Υπάρχει και κακή τυπολατρία. Ανάγκη cost benefit των τύπων
 - ...

- Η τυπολατρία σημείο έντασης μεταξύ διαφάνειας και βέλτιστης κατανομής πόρων. Να καταλάβουμε ότι οι τύποι είναι διοικητικό κόστος, το οποίο θα μετακυληθεί στην τελική τιμή. Το επιπλέον αυτό κόστος δικαιολογείται μόνο όταν είναι απαραίτητο για να μειώσει άλλο, μεγαλύτερο «κόστος συναλλαγής». Για το λόγο αυτό, οι πρόχειρες διαδικασίες κάτω από ορισμένα ποσά είναι καθόλα δικαιολογημένες.
 - Γενικότερα, ανάγκη ευελιξίας. Δεν αρκεί η αύξηση των διαδικασιών ώστε να υπάρχουν περισσότερες επιλογές ανάλογα με τα χαρακτηριστικά της κάθε περίπτωσης. Χρειάζεται ευελιξία ΔΕΣ Εσθονός 221 με παραπομπές : π.χ. είναι σωστό να γίνεται διαπραγμάτευση και στο τέλος της διαδικασίας με το μειοδότη.
- Ανάγκη για κεντρικές προμήθειες: εξήγηση: οικονομία κλίμακας – έχουμε προχωρήσει όχι όμως αρκετά. Δεν έχουν βρεθεί τα εργαλεία ώστε αυτό να είναι δικαστικά ελέγξιμο και να ακυρώνονται διαδικασίες σαλαμοποίησης. Την ίδια στιγμή, η ανακοίνωση περισσότερων αντικειμένων στο πλαίσιο της ίδιας αγοράς διευκολύνει τις παράνομες συνεννοήσεις διότι επιτρέπει στους παίκτες να συμφωνήσουν ποιο έργο θα χτυπήσει ο καθένας⁷:
- - Ανάγκη για πιο αυστηρή νομοθεσία ως προς τη διάρκεια των συμβάσεων και της δυνατότητας ανανέωσής της: ενόψει του αυξημένου κόστους εποπτείας που συνεπάγεται η εκτέλεσή της και του ηθικού κινδύνου ο ανάδοχος να εντείνει την αδιαφορία του για την αποτελεσματική εξυπηρέτηση του γενικού συμφέροντος με το πέρασμα του χρόνου. Η επέκταση της συμβατικής διάρκειας πέραν από το διάστημα που είναι απαραίτητο για την επιστροφή της επένδυσης του αναδόχου ενέχει τον παραπάνω κίνδυνο και ενδέχεται να υποκρύπτει κρατική ενίσχυση. **Το πρόβλημα είναι οξύτερο στην περίπτωση των συμβάσεων παραχώρησης και σύμπραξης ...** Πιθανή λύση: ο χρόνος ανάθεσης να συνοδεύεται από τέτοια εκτίμηση. Αντιθέτως, ο κανόνας για σύντμηση του χρόνου παραχώρησης εάν υπήρξε επιστροφή της επένδυσης μάλλον λειτουργεί ανάποδα δίνοντας κίνητρο στον παραχωρησιούχο να κρατήσει
 - Ένα άλλο πεδίο του δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις το οποίο δεν έχει επαρκώς εξεταστεί υπό το πρίσμα της οικονομικής ανάλυσης είναι

⁷ Hendricks 507

εκείνο των συνεργειών μεταξύ ιδιωτών τόσο στο στάδιο πριν την ανάθεση της σύμβασης, με τη μορφή της από κοινού συμμετοχής στο διαγωνισμό σε σχήμα κοινοπραξίας ή ένωσης εταιριών όσο και στο στάδιο μετά την υπογραφή της σύμβασης, με τη μορφή της υπεργολαβίας ή της διεύρυνσης του αναδόχου. Από τη μία, τέτοιες συνεργασίες περιορίζουν τον δυνητικό ανταγωνισμό μειώνοντας άμεσα ή έμμεσα ⁸ τον αριθμό των συμμετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία, επιφέροντας αποτελέσματα αντίστοιχα προς εκείνα μίας συγκέντρωσης επιχειρήσεων στο πεδίο του ελεύθερου ανταγωνισμού. Ακόμη, επιτρέπουν την ανταλλαγή πληροφοριών μεταξύ ανταγωνιστικών επιχειρήσεων, αίροντας την αδιαφάνεια που θα έπρεπε καταρχήν να χαρακτηρίζει τις σχέσεις τους⁹. Από την άλλη, η από κοινού δράση πριν την υποβολή προσφοράς επιτρέπει τη συμμετοχή μικρότερων και περισσότερων παικτών οι οποίοι επιμερίζουν με τον τρόπο αυτό τον επιχειρηματικό τους κίνδυνο και ανταλλάσσουν πληροφορίες που τους επιτρέπουν να αποφύγουν την «κατάρρα του μειοδότη», υποβάλλοντας εν τέλει πιο αποτελεσματική προσφορά (χαμηλότερη ως προς το τίμημα ή πιο βιώσιμη ως προς το ύψος των εκπτώσεων). Αντίστοιχα, η υπεργολαβία και οι αλλαγές στο πρόσωπο του αναδόχου στο στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης αποτελούν συχνά το μέσο διάσωσης της τελευταίας όταν ο μειοδότης έχει «πέσει έξω» στον τεχνικό ή τον οικονομικό του σχεδιασμό. Το δίκαιο της ΕΕ φαίνεται να διευκολύνει μέχρι ενός σημείου ορισμένες συνεργασίες, είτε μειώνοντας το διοικητικό κόστος συμμετοχής¹⁰ είτε διευκολύνοντας το δανεισμό εμπειρίας, πάντοτε όμως προς το σκοπό της αύξησης των εν δυνάμει συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης και καταλείποντας τα πλέον ακανθώδη ζητήματα στο εθνικό δίκαιο όπου παρατηρούνται μεγάλες διαφορές¹¹. Στην Ελλάδα, παρατηρείται το παράδοξο να επιτρέπονται σχεδόν χωρίς όρια οι παραπάνω συνέργειες¹² στο πεδίο της ανάθεσης και της παραχώρησης δημοσίων έργων, πολύ περισσότερο από ότι στις υπόλοιπες μορφές δημοσίων συμβάσεων, διαμορφώνοντας διαχρονικά για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις μία ιδιότυπη κατάσταση ταυτόχρονης συνεργασίας και ανταγωνισμού, επικοινωνίας και αδιαφάνειας. Εάν οι επί μέρους

⁸ Άμεσα στην περίπτωση της κοινοπραξίας ή της ένωσης εταιριών, έμμεσα στην περίπτωση της υπόσχεσης υπεργολαβίας ή συμμετοχής σε διευρυμένο κοινοπρακτικό σχήμα μετά την ανάθεση της σύμβασης, οπότε δεν υφίσταται πλέον κίνητρο συμμετοχής στο διαγωνισμό.

⁹ Γιαννακόπουλος ...

¹⁰ Επιτρέποντας τη συμμετοχή υπό σύσταση κοινοπρακτικών σχημάτων ή ενώσεων εταιριών χωρίς αυξημένες τυπικότητες.

¹¹ Βλ. Albano/Spragnolo/Zanza (2009) όπου διαπιστώνεται ότι τα κράτη μέλη της ΕΕ έχουν προβεί σε τελείως διαφορετικές επιλογές ως προς τα περιθώρια κοινοπρακτικής συμμετοχής σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων.

¹² Δυνητικά, ακόμη και η αλλαγή κοινοπρακτικού σχήματος πριν την οριστική ανάθεση ενός έργου (βλ. αυτοκινητόδρομοι).

κανονιστικές επιλογές είναι ίσως εξηγήσιμες¹³, διαπιστώνεται μία διαχρονική έλλειψη ρυθμιστικής στρατηγικής και η αντίφαση να διευκολύνεται η επικοινωνία μεταξύ ανταγωνιστών σε ένα κλάδο με αυξημένο κίνητρο φαλκίδευσης της διαγωνιστικής διαδικασίας. Για την οικονομική θεωρία, το ελληνικό δίκαιο για τα δημόσια έργα αποτελεί το πλέον γόνιμο έδαφος για αντιανταγωνιστικές συμπεριφορές: σε συστήματα κλειστών προσφορών ενός γύρου, όπως είναι οι διαγωνισμοί δημοσίων έργων σύμφωνα με το δίκαιο της ΕΕ, η αποτελεσματική καρτελική συμπεριφορά εξαρτάται από δύο προϋποθέσεις, την αυξημένη επικοινωνία μεταξύ των υποψηφίων και τη δυνατότητα εκ των υστέρων συναλλαγών μεταξύ τους, προϋποθέσεις τις οποίες διασφαλίζει στο μέγιστο βαθμό η ελληνική νομοθεσία(!)¹⁴.

Συμπέρασμα:

Εάν πρέπει να εξαχθεί ένα γενικό συμπέρασμα από την ανάγνωση του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων από τη σκοπιά της οικονομικής ανάλυσης, αυτό είναι πως οι συγκεκριμένοι κανόνες δεν αποτελούν, ούτε θα μπορούσαν άλλωστε, μία χρυσή λύση των προβλημάτων που διαπιστώνονται. Το δίδαγμα του Coase, ότι το δίκαιο ενεργεί ταυτόχρονα ως μέσο μείωσης αλλά και αύξησης του κόστους συναλλαγής επιβεβαιώνεται εμφατικά στο πεδίο της δημόσιας σύμβασης. Έτσι, η φορμαλιστική εφαρμογή των όρων της διακήρυξης αντιμετωπίζει μεν ορισμένες μορφές διαφθοράς, αλλά ενδέχεται να οδηγήσει σε ανάθεση της σύμβασης στο λιγότερο αποτελεσματικό υποψήφιο, να εντείνει επομένως το πρόβλημα της *αντίθετης/ανάποδης επιλογής* το οποίο υποτίθεται ότι βρίσκεται στο στόχαστρο της συγκεκριμένης νομοθεσίας. Αντιστρόφως, η συνάρτηση της υποβολής προσφοράς ή της σύναψης σύμβασης με την κατάθεση εγγυητικών επιστολών μεγάλου ύψους από τη μία μειώνει τον κίνδυνο *adverse selection* ο οποίος συνίσταται στην επιλογή ενός μη ικανού, άρα και μη αποτελεσματικού μειοδότη, την ίδια όμως στιγμή ενδέχεται να επιτείνει μία άλλη περίπτωση *adverse selection*, τον εκ των προτέρων αποκλεισμό ή την αποθάρρυνση εν δυνάμει αποτελεσματικών ανταγωνιστών υπέρ των προϋφιστάμενων, μεγάλων παικτών της αγοράς, έχοντας συνέπειες αντίστοιχες με εκείνες μίας οριζόντιας σύμπραξης των τελευταίων! Αντίστοιχα, οι συμπράξεις στο στάδιο υποβολής της προσφοράς ή εκτέλεσης της σύμβασης έχουν την ίδια στιγμή θετικά και αρνητικά αποτελέσματα οπότε και δεν μπορεί να υποστηριχθεί ότι η χαλαρή ή η

¹³ Όπως η ανάγκη να διευκολύνεται η εκ των υστέρων αλλαγή του σχήματος εκτέλεσης της σύμβασης ώστε να αποφεύγεται η έκπτωση του αναδόχου και η καθυστέρηση στην υλοποίηση του δημοσίου έργου.

¹⁴ Hendricks/Porter/Tan (2008), δεξ Hendricks 2014.506

αυστηρή νομική μεταχείριση των συμπράξεων αυτών είναι η ενδεδειγμένη σε όλες τις περιπτώσεις.

Την ίδια στιγμή, διαπιστώνεται ένα έλλειμμα οικονομοαναλυτικής προσέγγισης κατά την θέσπιση και την ερμηνεία των κανόνων για τις δημόσιες συμβάσεις, έλλειμμα το οποίο οφείλεται στην φτώχη εάν όχι ανύπαρκτη εξέταση της πτυχής αυτής. Κατά συνέπεια, **ανάγκη για στάθμιση κόστους-οφέλους σε όλα τα επίπεδα επιλογών**. Στάθμιση αναφορικά με την επιλογή της διαδικασίας ανάθεσης και των επί μέρους όρων του παιχνιδιού. Σε ποιο στρατηγικό επίπεδο, απαιτείται η εξέταση των υπέρ και των κατά κατά την επιλογή του τρόπου σύμπραξης με τους ιδιωτικούς φορείς: κλασσική σύμβαση ανάθεσης έργων ή υπηρεσιών, σύμβαση παραχώρησής τους σε ιδιώτες ή σύμπραξη ιδιωτικού και δημοσίου; Αλλά και στο επίπεδο της κανονιστικής παρέμβασης στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, τόσο στο στάδιο της κατασκευής του εφαρμοστέου κανόνα όσο και στο στάδιο της ερμηνείας του –όταν ο ερμηνευτής καλείται να επιλέξει μεταξύ περισσότερο ή λιγότερο αυστηρής εφαρμογής των κανονιστικών προϋποθέσεων- έχει πρωταρχική σημασία για την εξεύρεση της πλέον αποτελεσματικής λύσης μέσω της στάθμισης κόστους- οφέλους. Στην αναζήτηση του «ορθού» δικαίου δημοσίων συμβάσεων νομιμότητα και αποτελεσματικότητα δεν μπορεί παρά να διαπλέκονται. Η χρήση εργαλείων από τη θεωρία παιγνίων και την οικονομική ανάλυση είναι επομένως απαραίτητη για κάθε φορέα δημόσιας εξουσίας ο οποίος σχετίζεται με τις δημόσιες συμβάσεις, από την επί μέρους αναθέτουσα αρχή, τις διαχειριστικές αρχές για την ορθή χρήση των δημοσίων πόρων (π.χ. κοινοτικά ταμεία, ΟΛΑΦ) και τις ρυθμιστικές αρχές που παρεμβαίνουν σε κεντρικό επίπεδο (ενιαία αρχή δημοσίων συμβάσεων, επιτροπή ανταγωνισμού, τομεακοί ρυθμιστές), την ευρωπαϊκή επιτροπή μέχρι τον εθνικό και τον ευρωπαϊκό δικαστή συμπεριλαμβανομένου και του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Ο ρόλος του δικαστή είναι τελικά ο πλέον κρίσιμος διότι αυτός θα διατυπώσει την αυθεντική και συστηματική ερμηνεία των συγκεκριμένων κανόνων. **ΣΟΣ, υπάρχει νομολογία ΔΕΚ ή ΣτΕ με τέτοια ψήγματα;** Τέτοια οικονομική ανάγνωση του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων δεν φαίνεται να υφίσταται ακόμη. Στην Ελλάδα, εάν το ΣτΕ φαίνεται τουλάχιστον να εξελίσσει διαισθητικά τη νομολογία του προς την κατεύθυνση που θα υποδείκνυε η μέθοδος της οικονομικής ανάλυσης, περιορίζοντας τις «αναποτελεσματικά φορμαλιστικές» θέσεις του, το Ελεγκτικό Συνέδριο έχει ακόμη μακρύ δρόμο να διανύσει. Το συμπέρασμα είναι απογοητευτικό, εάν αναλογισθεί κανείς ότι το Σώμα αυτό, αφενός είναι περισσότερο εξοικειωμένο με οικονομικές και λογιστικές έννοιες, έστω από τη σκοπιά της δημοσιονομικής τους σημασίας, αφετέρου ασκεί έλεγχο περισσότερο αποτελεσματικότητας παρά στείρας

νομιμότητας της δημόσιας σύμβασης: παρεμβαίνει στο τελευταίο στάδιο και καλείται να ελέγξει κατά πόσον ο υποψήφιος ανάδοχος συνιστά την πλέον συμφέρουσα, δηλαδή την πιο αποτελεσματική χρήση των δημόσιων πόρων. Και όμως, έχει επιλέξει να επαναλαμβάνει ουσιαστικά τον έλεγχο νομιμότητας ο οποίος έχει προηγηθεί ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων, συχνά μάλιστα με ακόμη πιο φορμαλιστικό τρόπο¹⁵.

Γενικότερα, η οικονομοαναλυτική μέθοδος θα ανακατεύθυνε το δικανικό έλεγχο από την προάσπιση της τυπικής νομιμότητας σε ζητήματα τα οποία θεωρούνται σήμερα ανέλεγκτα ή αδιάφορα. **ΣΟΣ θα ξαναπώ εδώ για τυπολατρία και ανάγκη για rule of reason στα διαδικαστικά; Αντίστοιχο νομολογιακό κανόνα όπως για την αλυσιτέλεια των διαδικαστικών τύπων;** Ενδεικτικά, η αοριστία στην περιγραφή του προς ανάθεση αντικείμενου δεν θεωρείται νομικά προβληματική –εκτός από εξόφθαλμες περιπτώσεις¹⁶- με το σκεπτικό ότι δεν πλήττει τους ίσους όρους ανταγωνισμού, παρότι αυξάνει δραματικά το έλλειμμα πληροφόρησης των διαγωνιζομένων και υπονομεύει την αποτελεσματικότητα της διαδικασίας ανάθεσης. Θα ήταν επομένως ευκαταία μία πιο αυστηρή νομολογιακή στάση. Περισσότερο αυστηρός θα έπρεπε να είναι και ο έλεγχος πάνω στη διάρκεια της σύμβασης και τα περιθώρια ανανέωσής της, για λόγους που εξηγήθηκαν παραπάνω. Επίσης, η οικονομοαναλυτική προσέγγιση θα οδηγούσε το δικαστή να περιορίσει τα περιθώρια αυτενέργειας της διοίκησης αξιωνοντας την αιτιολόγηση των επιλογών της. Τούτο θα ήταν εφικτό εάν επιβληθεί στη διοίκηση –από το νόμο, αλλιώς από τη νομολογία- η εκπόνηση μελέτης επιπτώσεων στο στάδιο εκπόνησης της προκήρυξης ή και πριν από αυτό, στο στάδιο χάραξης της πολιτικής δημοσίων συμβάσεων συγκεκριμένου φορέα ή κλάδου, κατά τρόπο αντίστοιχο προς **τη ΜΠΕ και τη ΣΜΠΕ** στο περιβαλλοντικό δίκαιο: μέσω των σταθμίσεων που θα περιλαμβάνονται σε αυτή τη μελέτη, η διοίκηση οφείλει να εξηγήσει γιατί επιλέγει συγκεκριμένη μορφή σύμβασης, γιατί και πώς οριοθετεί το προς ανάθεση αντικείμενο, *ratione materiae* και *ratione temporis*, γιατί τάσσει συγκεκριμένους όρους και διαδικασίες. Με τον τρόπο αυτό αναμένεται να ενταθεί ο έλεγχος στο στάδιο κατάρτισης και ερμηνείας των όρων της προκήρυξης σε σχέση με εκείνον της εκτίμησης των

¹⁵ **Εδώ να δοθούν παραδείγματα από ομιλία μου και να πω γιατί η νομολογία ΕλΣυν για μη επανάληψη των όσων εξετάστηκαν στο ΣτΕ είναι σωστή.** Ο ρόλος του ΕλΣυν θα έπρεπε να εξαντλείται σε ζητήματα τα οποία δεν εξετάστηκαν ή δεν θα μπορούσαν να εξετασθούν ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου ή του ΣτΕ δυνάμει του ν. 3886/2010. Μεταξύ των ζητημάτων αυτών προφανώς δεν περιλαμβάνεται η προστασία των συμφερόντων των ανταγωνιστών του υποψηφίου αναδόχου. Εάν ο τελευταίος είναι τεχνικοοικονομικά ικανός να εκτελέσει τη σύμβαση και επελέγη μετά από μία διαδικασία αρκούτως ανταγωνιστική, το ΕλΣυν θα έπρεπε να εγκρίνει την υπογραφή της σύμβασης ακόμη και εάν διαπιστώνει παρατυπίες στη διαδικασία ανάθεσης ή τυπικές ελλείψεις στο πρόσωπο του υποψηφίου. Η αντίθετη νομολογιακή θέση του ΕλΣυν, στο όνομα μίας μαξιμαλιστικής νομιμότητας, είναι μάλλον ατυχής και μετατρέπει την παρέμβασή του στη διαδικασία, από μέσο μείωση σε μηχανισμό αύξησης του κόστους συναλλαγής.

¹⁶ **Μίνως**

προσφορών¹⁷, κάτι το οποίο είναι επίσης εύλογο ενόψει των γνωσιακών ορίων του δικαστικού ελέγχου. Κοντολογίς, η επιβολή μίας τέτοιας διαδικαστικής προϋπόθεσης ίσως είναι το σημαντικότερο βήμα: εντάσσει λογική οικονομικής ανάλυσης και στον τρόπο δράσης της διοίκησης και στο στάδιο του ελέγχου της δράσης αυτής.

- Δεν υπάρχουν χρυσές λύσεις: π.χ. καρτέλ: ακόμη πιο αυστηρή τιμωρία των συνεννοήσεων ... το λέει η νομοθεσία αλλά;
- Η αδυναμία αντιμετώπισης των υπέρμετρων εκπτώσεων: Άρα και πρόβλημα "αντίστροφης επιλογής" στην περίπτωση των δημοσίων συμβάσεων. Επιλέγω τον μη κατάλληλο αντισυμβαλλόμενο. Προφανώς εκεί εστιάζεται και το πρόβλημα στις υπερβολικές εκπτώσεις του ελληνικού συστήματος. Πρόβλημα το οποίο ουδέποτε αντιμετωπίστηκε επιτυχώς.

ο

ΣΟΣ: να πώ κάπου ότι στο στάδιο της νομικής ερμηνείας και εφαρμογής της σύμβασης, η ΟΑΔ είναι χρήσιμη όπως στο ιδιωτικό δίκαιο ... Να παραπέμψω δηλαδή στα πορίσματα της ΟΑΔ για τις συμβάσεις, ενόψει του ότι η λογική των συμβάσεων είναι καταρχήν η ίδια ανεξαρτήτως φύσης.

Μήπως για να αποφεύγεται το bid rigging θα πρέπει να ανεχόμαστε κάποια αρχή πληροφόρησης

ΣΟΣ: Celentani 15 : κρίσιμη διαπίστωση της ΟΑΔ: ο κίνδυνος και η έφεση στην διαφθορά αντιμετωπίζεται με τη μείωση της διακριτικής ευχέρειας των υπαλλήλων της αναθέτουσας αρχής. Π.χ., καλύτερα η ανάθεση με χαμηλότερη προσφορά αντί για «πλέον συμφέρουσα». **Κρίσιμο συμπέρασμα για το σχεδιασμό /αρχιτεκτονική της διαδικασίας. ...**

Επίσης, δεύτερη διαπίστωση Celentani 15. Η αύξηση της ανταγωνιστικότητας δεν μειώνει από μόνη της τον κίνδυνο διαφθοράς. Άρα αυτό που λέει η Rose Ackerman (δεν Celentani 1) δεν έχει απόλυτη αξία.

¹⁷ Αντίστοιχα, όπως τα αμερικανικά δικαστήρια εστίασαν στη rule making αντί για το adjudication.

