

Η έκταση του ελέγχου του δικαστή των ασφαλιστικών μέτρων κατά τον Ν 3886/2010 (γνωμ.)

Περίληψη: Φύση και έκταση του ελέγχου του δικαστή των ασφαλιστικών μέτρων κατά το προσυμβατικό στάδιο. Εξουσία δικαστή ασφαλιστικών μέτρων να ελέγξει την εκδοθείσα κατά διακριτική ευχέρεια πράξη αποδοχής, ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς συμμετέχουσας σε διαγωνισμό. Λόγος βασίμου της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων.

1. Στο πλαίσιο αίτησης ασφαλιστικών μέτρων με αντικείμενο την αναστολή της εκτέλεσης πράξης της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αποφασίστηκε η αποδοχή των οικονομικών προσφορών διαγωνιζομένων εταιριών, ανέκυψε το ζήτημα της φύσης και της έκτασης του ελέγχου του δικαστή των ασφαλιστικών μέτρων κατά το προσυμβατικό στάδιο. Το πρόβλημα αφορά, ειδικότερα, την εξουσία του δικαστή των ασφαλιστικών μέτρων να ελέγξει την εκδοθείσα κατά διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής πράξη περί αποδοχής ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς συμμετέχουσας σε διαγωνισμό εταιρίας για τη σύναψη σύμβασης δημοσίων υπηρεσιών.

2. Το υπό εξέταση ζήτημα συνδέεται με τους λόγους του βασίμου της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, σύμφωνα με τον Ν 3886/2010, Δικαστική προστασία κατά τη σύναψη δημόσιων συμβάσεων - Εναρμόνιση της ελληνικής νομοθεσίας με την Οδηγία 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 21ης Ιουνίου 1989 (L 395) και την Οδηγία 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 25^{ης} Φεβρουαρίου 1992 (L 76), όπως τροποποιήθηκαν με την Οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 11ης Δεκεμβρίου 2007 (L 335) (ΦΕΚ Α' 173). Οι λόγοι αυτοί εξειδικεύονται στη διάταξη του άρθρου 5 παρ. 5, πρώτο εδάφιο, του νόμου, η οποία ορίζει τα εξής: «5. Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων γίνεται δεκτή, εφόσον πιθανολογείται σοβαρά η παράβαση κανόνα του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένω-

Ευγενία Β. Πρεβεδούρου
Επίκουρη Καθηγήτρια Νομικής ΑΠΘ

σης ή του εσωτερικού δικαίου και η λήψη του μέτρου είναι αναγκαία για να αρθούν τα δυσμενή από την παράβαση αποτελέσματα ή να αποτραπεί η ζημία των συμφερόντων του αιτούντος...»¹. Ο νομοθέτης προβλέπει ρητώς μεταξύ των ουσιαστικών προϋποθέσεων χορήγησης της προσωρινής προστασίας την παρανομία της προσβαλλόμενης πράξης². Στο δεύτερο εδάφιο της ως άνω διάταξης εισάγεται ως κριτήριο αποδοχής της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, το οποίο πρέπει να συντρέχει σωρευτικά προς το πρώτο, και η αρνητική προϋπόθεση που προβλέπει η δικονομική οδηγία 89/665/ΕΟΚ, δηλαδή η στάθμιση των αντίρροπων εμπλεκόμενων συμφερόντων, με συνέπεια την καθιέρωση ως υποχρεωτικής της δυναμικής κατά την ως άνω οδηγία προϋπόθεσης της στάθμισης του συμφέροντος του αιτούντος με το δημόσιο συμφέρον ή το συμφέρον τρίτου³. Στο πλαίσιο της ανάλυσης της δικανικής κρίσης περί συνδρομής της πρώ-

1. Η διάταξη επαναλαμβάνει αυτολεξεί τη διάταξη του άρθρου 3, παρ. 5, πρώτο εδ., του καταργηθέντος, σύμφωνα με το άρθρο 12 του Ν 3886/2010, Ν 2522/1997, Δικαστική προστασία κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης συμβάσεως δημόσιων έργων, κρατικών προμηθειών και υπηρεσιών σύμφωνα με την οδηγία 89/665/ΕΟΚ.
2. Κ. Ρέμελη, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του ΣτΕ (Ν 2522/1997). Οι κοινοτικές καταβολές της προσωρινής προστασίας στα δημόσια έργα, τις προμήθειες και τις υπηρεσίες, Εκδ. Σάκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2000, σ. 236.
3. «Η αίτηση όμως μπορεί να απορριφθεί αν, από τη στάθμιση της βλάβης του αιτούντος, των συμφερόντων τρίτων και επιτακτικών λόγων γενικού δημοσίου συμφέροντος, κρίνεται ότι οι αρνητικές συνέπειες από την παραδοχή θα είναι σοβαρότερες από την ωφέλεια του αιτούντος». (Βλ. και άρθρο 3, παρ. 5, δεύτερο εδ., του καταργηθέντος Ν 2522/1997, όπου, αντί του όρου

της προϋπόθεσης, δηλαδή του παράνομου χαρακτήρα της προσβαλλόμενης πράξης, θα πρέπει να εξετασθεί, αρχικώς, η φύση και η έκταση του ελέγχου που ασκεί γενικώς ο δικαστής των ασφαλιστικών μέτρων (I), προκειμένου να αναλυθεί, στη συνέχεια, ειδικότερα η έκταση του δικαστικού ελέγχου των εκτιμήσεων της αναθέτουσας αρχής επί των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών (II).

I. Φύση και έκταση του ασκουμένου από τον δικαστή των ασφαλιστικών μέτρων ελέγχου

3. Όσον αφορά το εφαρμοστέο από τον δικαστή των ασφαλιστικών μέτρων δίκαιο, παραβιαζόμενο δίκαιο κατά την ως άνω διάταξη του άρθρου 5, παρ. 5, πρώτο εδ., του Ν 3886/2010, είναι τόσο η νομοθεσία της Ευρωπαϊκής Ένωσης περί δημοσίων συμβάσεων, όσο και η ελληνική που τη μεταφέρει στο εσωτερικό δίκαιο, αλλά και το λοιπό εσωτερικό νομοθετικό πλαίσιο περί δημοσίων συμβάσεων⁴. Η διεύρυνση του παραβιαζόμενου ουσιαστικού δικαίου είναι εύλογη, καθόσον δεν μπορεί να βοηθεί οικονομικά διάκριση των παραβάσεων σε ενωσιακής και εθνικής προέλευσης στον ίδιο διαγωνισμό και στην ίδια διαφορά⁵. Περαιτέρω, η ίδια η δικονομική οδηγία, με το άρθρο 1, παρ. 2, αυτής, κατευθύνει τον εθνικό νομοθέτη να αποφύγει τη διακριτική μεταχείριση των διαγωνιζομένων επιχειρήσεων με κριτήριο την προέλευση του παραβιαζόμενου κανόνα⁶.

4. Όσον αφορά, στη συνέχεια, τη φύση και την έκταση του ελέγχου που ασκεί ο δικαστής των ασφαλιστικών μέτρων κατά το προσυμβατικό στάδιο, δεδομένου ότι από τις πράξεις που εκδίδονται κατά το στάδιο αυτό αναφύονται ακυρωτικές διοικητικές διαφορές, ο διενεργούμενος επί της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων δικαστικός έλεγχος, όπως και επί της σχετικής αίτησης ακύρωσης η οποία θα ασκηθεί στη συνέχεια, είναι έλεγχος νομιμότητας, έχει δηλαδή ως αντικείμενο τη διακρίβωση του αν μια συγκεκριμένη διοικητική πράξη ή παράλειψη είναι σύμφωνη ή βρίσκεται σε αρμονία με τους κανόνες δικαίου που διέπουν την έκδοσή της⁷. Ειδικότερα, όταν πρόκειται για ατομικές διοικητικές

πράξεις της σύνθετης διοικητικής ενέργειας του διαγωνισμού οι οποίες εκδίδονται βάσει δέσμιας αρμοδιότητας, ο ακυρωτικός έλεγχος περιορίζεται στην κρίση του αν ο συλλογισμός που κατέληξε στην ατομική ρύθμιση είναι ορθός. Η σχετική κρίση ελέγχει τα εξής στοιχεία: α) εάν το διοικητικό όργανο που εξέδωσε την πράξη εφάρμοσε τον ισχύοντα κανόνα δικαίου που πράγματι διέπει τη συγκεκριμένη περίπτωση και όχι άλλον, καθώς και το αν ο κανόνας αυτός ερμηνεύθηκε ορθά, β) εάν κατά τη διαπίστωση της συνδρομής των προϋποθέσεων του κανόνα δεν υπήρξε πλάνη περί τα πράγματα ή εσφαλμένος νομικός χαρακτηρισμός τους και γ) αν η ατομική ρύθμιση είναι η συνέπεια και το ορθό συμπέρασμα της υπαγωγής των διαπιστωθεισών νομικών και πραγματικών καταστάσεων στον απρόσωπο αυτόν κανόνα. Στην περίπτωση των ατομικών διοικητικών πράξεων που εκδίδονται κατά διακριτική ευχέρεια -όπως η υπό κρίση πράξη της αναθέτουσας αρχής- ο ακυρωτικός έλεγχος περιλαμβάνει και την κρίση για την ορθή ή μη χρήση της εξουσίας αυτής⁸. Συνδυαζόμενοι με την εφαρμογή της αρχής της νομιμότητας, δηλαδή αναγόμενοι σε προϋποθέσεις της νομιμότητας των διοικητικών πράξεων, οι ανωτέρω λόγοι του βασίμου της αίτησης ακύρωσης διακρίνονται σε προϋποθέσεις σχετικές με την εξωτερική νομιμότητα (δηλαδή αυτές που αναφέρονται στο όργανο που εκδίδει την πράξη και στη διαδικασία έκδοσής της) και στις σχετικές με την εσωτερική νομιμότητα (δηλαδή αυτές που αναφέρονται στην αιτιολογία, το αντικείμενο και τον σκοπό της).

5. Όπως κάθε ένδικο βοήθημα και μέσον, η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων πρέπει να περιέχει τους λόγους στους οποίους στηρίζει το αίτημά της και με τους οποίους θα προβάλλεται παράβαση κανόνα δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων⁹. Οι λόγοι που μπορεί να επικαλεστεί ο αιτών ενώπιον του δικαστηρίου των ασφαλιστικών μέτρων και τους οποίους αυτό εξετάζει αφού πρώτα κρίνει παραδεκτή τη σχετική αίτηση είναι οι «κλασσικοί» του άρθρου 48 του ΠΔ 18/1989: αφενός οι τυπικοί, οι οποίοι δεν ενδιαφέρουν εν προκειμένω, και, αφετέρου, η παράβαση κατ'ουσίαν του νόμου που διέπει τον επίδικο διαγωνισμό και η κατάχρηση εξουσίας¹⁰. Ο συννηθέστερος ουσιαστικός λόγος είναι

«γενικού δημοσίου συμφέροντος», χρησιμοποιούνται οι όροι «δημοσίου συμφέροντος»).

4. Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου, Η προσωρινή προστασία κατά τη διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων μετά τον Ν 2522/1997, σ. 550.
5. Χ. Γεραρή, Η προσωρινή προστασία στα δημόσια έργα, τις προμήθειες και τις υπηρεσίες (Ν 2522/1997), Εκδ. Αντ. Ν. Σάκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 1999, σ. 41.
6. Αυτόθι.
7. Ε. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, 14^η έκδοση, 2011, αρ. περ. 72 επ., 503 επ.

8. Ε. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, ό.π., αρ. περ. 502.

9. Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του Ν 3886/2010. Προϋποθέσεις παραδεκτού και βασίμου. Έλεγχος του δικαστηρίου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2011, αρ. περ. 177.

10. Η τελευταία αποτελεί λόγο που «μένει στα χαρτιά», αφού σπάνια την επικαλείται ο αιτών και ακόμη πιο σπάνια αποδεικνύεται (Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του Ν 3886/2010, ό.π., αρ. περ. 185).

η κατ'ουσίαν παράβαση του νόμου που διέπει τον επίδικο διαγωνισμό, προβάλλεται δε είτε απ'ευθείας είτε με τη μορφή του αναιτιολογήτου, δηλαδή της ανεπάρκειας της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης πράξης¹¹. Όπως προαναφέρθηκε (βλ. ανωτέρω, αρ. περ. 3), η νομιμότητα της προσβαλλόμενης ατομικής πράξης ή παράλειψης αμφισβητείται προεχόντως σε σχέση με τη διακήρυξη, που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του οικείου διαγωνισμού, καθώς και σε σχέση με διατάξεις της όλης νομοθεσίας, η οποία συχνά επιβάλλει διάφορες υποχρεώσεις στους διαγωνιζομένους χωρίς να περιέχει ρητή πρόβλεψη περί δημοσίευσης σχετικού όρου στην ίδια τη διακήρυξη¹². Σε τέτοιες περιπτώσεις γίνεται δεκτό ότι, σύμφωνα με την αρχή της νομιμότητας, που διέπει το σύνολο της διοικητικής δράσης, κάθε διακήρυξη δημόσιου διαγωνισμού πρέπει, ακόμη και αν δεν περιέχει σχετική ρήτρα, να ερμηνεύεται ως επιβάλλουσα στους διαγωνιζομένους την υποχρέωση τήρησης των κειμένων διατάξεων κατά τη διαμόρφωση της προσφοράς τους. Μεταξύ των διατάξεων αυτών, «*προέχουσα θέση έχουν οι διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας περί της κατώτερης νόμιμης αμοιβής της εργασίας και της νομοθεσίας περί κοινωνικής ασφάλισης. Αντίθετη εκδοχή, σύμφωνα με την οποίαν -ελλείψει σχετικής ρήτρας στη διακήρυξη- οι διαγωνιζόμενοι θα μπορούσαν να διαμορφώνουν την προσφορά τους και κάτω του ελαχίστου κατά νόμον εργατικού κόστους, ο δε έλεγχος του στοιχείου αυτού δεν θα γινόταν κατά την κατάθεση των προσφορών αλλά μετά τη σύναψη της σχετικής συμβάσεως, δεν παραβιάζει μόνο την αρχή της νομιμότητας της διοικητικής δράσεως, αλλά δημιουργεί και συνθήκες αθέμιτου ανταγωνισμού, προσκρούοντας για τον λόγο αυτό και στις αρχές της ισότητας των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας*»¹³. Όπως ρητώς προκύπτει από την ανωτέρω νομολογία της Επιτροπής Αναστολών, η νομιμότητα της προσβαλλόμενης πράξης ελέγχεται και σε σχέση με τις γενικές αρχές του δικαίου που διέπει τους διαγωνισμούς, όπως είναι η ισότητα των διαγωνιζομένων και η διαφάνεια της διαδικασίας.

6. Όπως ήδη εκτέθηκε (βλ. ανωτέρω, αρ. περ. 4), μέσω της Επιτροπής Αναστολών, το Συμβούλιο της Επικρατείας, ως αρμόδιο υπό το προηγούμενο καθεστώς του Ν 2522/1997 δικαστήριο για την εκδίκαση των αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων του προσυμβατικού σταδίου, ασκούσε ακυρωτικό έλεγχο, εφόσον ο νόμος εκείνος συνέδεε ρητά την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων με την αίτηση ακύρωσης, η άσκη-

ση της οποίας επιβαλλόταν μετά την αποδοχή της πρώτης. Ούτε από το κείμενο του Ν 3886/2010, ο οποίος, επιπλέον, παραπέμπει ρητά στο ΠΔ 18/1989, ούτε από την αιτιολογική του έκθεση προκύπτει ότι, με την ευκαιρία της μεταφοράς του μεγαλύτερου μέρους των σχετικών υποθέσεων στα Διοικητικά Εφετεία, επιδιώχθηκε οποιαδήποτε μεταβολή της φύσης αυτού του ελέγχου¹⁴. Επομένως, όσον αφορά, ειδικότερα, τον έλεγχο των εκδιδόμενων κατά διακριτική ευχέρεια πράξεων της αναθέτουσας αρχής, ο δικαστής των ασφαλιστικών μέτρων, δεν είναι σε θέση μεν να ελέγξει απ'ευθείας τις αιτιάσεις που «*αφορούν σε αμιγώς τεχνικά ζητήματα ως προς τα οποία η Διοίκηση έχει εκφέρει την ανέλεγκτη κρίση*»¹⁵, ο σχετικός έλεγχος όμως γίνεται μέσω της αιτιολογίας των προσβαλλόμενων πράξεων, όπως κάνει παγίως το Συμβούλιο της Επικρατείας επί ακυρωτικών διαφορών. Ο έλεγχος μάλιστα αυτός έχει αποδειχθεί στην πράξη επαρκέστερος από έναν κατ' όνομα ουσιαστικό έλεγχο πλήρους δικαιοδοσίας¹⁶.

7. Πράγματι, από τη μελέτη της σχετικής νομολογίας της Επιτροπής Αναστολών συνάγεται ότι όταν έχουν προβληθεί στην Αναθέτουσα Αρχή «*ουσιώδεις και συγκεκριμένοι ισχυρισμοί*», οι οποίοι «*έχρηζαν ... ως εκ τούτου αιτιολογημένης απάντησης*», «*η αντιμετώπισή τους... προϋποθέτει ουσιαστική έρευνα και εκτίμηση από τη Διοίκηση των στοιχείων της προσφοράς ...η οποία δεν μπορεί να γίνει το πρώτον από την Επιτροπή Αναστολών*»¹⁷. Δεδομένου ότι το δικαστήριο δεν μπορεί το ίδιο να εξετάσει κατ' ουσία τις ουσιώδεις τεχνικού χαρακτήρα αιτιάσεις που υποβλήθηκαν στην αναθέτουσα αρχή στα πλαίσια της προδικαστικής προσφυγής, εάν αυτές παρέμειναν αναπάντητες, πιθανολογεί σοβαρά ότι μη νόμιμα απορρίφθηκαν σιωπηρά¹⁸. Ειδικότερα, όταν η αίτηση ασφαλιστικών έβαλε και

14. Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του Ν 3886/2010, ό.π., αρ. περ. 380, σ. 210.

15. ΣτΕ ΕΑ 182,578/1998.

16. Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του Ν 3886/2010, ό.π., αρ. περ. 380, σ. 210.

17. ΣτΕ ΕΑ 873, 602/2010.

18. Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του Ν 3886/2010, ό.π., σ. 210. Για την έννοια της πιθανολόγησης, ως μειωμένου βαθμού δικανικής πεποίθησης ως προς την παράβαση, που δεν ασκεί εν προκειμένω επιρροή, βλ. ιδίως Χ. Γεραρή, Η προσωρινή προστασία στα δημόσια έργα, τις προμήθειες και τις υπηρεσίες (Ν 2522/1997), ό.π., σ. 41, και Κ. Ρέμελη, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του ΣτΕ (Ν 2522/1997), ό.π., σ. 241-276. Θα πρέπει, πάντως, να τονισθεί ότι η πιθανολόγηση αφορά αποκλειστικά τον βαθμό δικανικής πεποίθησης ως προς την παρανομία, και όχι διαβάθμιση της παρανομίας, δηλαδή ποιοτική ή ποσοτική κατηγοριοποίηση της παρανομίας, διάκριση των παραβάσεων σε ουσιώδεις και επουσιώδεις. Ειδικότερα, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η δικονομική οδηγία και οι διατάξεις μεταφοράς της στο εθνικό δίκαιο αναθέτουν στον δικαστή των ασφαλιστι-

11. Αυτόθι.

12. Όπως στην περίπτωση του άρθρου 8 παρ. 10 του Ν 3305/2005, περί ονομαστικοποίησης των μετοχών των εταιριών που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις.

13. ΣτΕ ΕΑ 58/2009, 791, 840/1172/2008.

εξακολουθεί να βάλει κατά της σιωπηρής απόρριψης της προσφυγής, το δικαστήριο θεωρεί ότι η σιωπηρή αυτή απόρριψη έχει ως αιτιολογία της την αιτιολογία της αρχικής βλαπτικής πράξης. Αν η αναθέτουσα αρχή έδωσε απάντηση στις αιτιάσεις, ελέγχεται από τον δικαστή πρώτα το κατά πόσον η νεώτερη αυτή πράξη, που συμπεροβάλλεται και, ενδεχομένως, είναι η μόνη παραδεκτός προσβαλλόμενη, αλλάζει την αιτιολογία της αρχικής βλαπτικής πράξης ή της προσθέτει νέα αιτιολογικά ερείσματα. Αν η απάντηση της αναθέτουσας αρχής «αναμασά» την αρχική βλαπτική πράξη, ο έλεγχος του δικαστηρίου θα γίνει με βάση τα υφιστάμενα δεδομένα¹⁹, όπως επί σιωπηρής απόρριψης της προδικαστικής. Συγκεκριμένα, η Επιτροπή Αναστολών ερευνά τους λόγους της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων που δεν σχετίζονται προς τεχνικά ή μη εκκαθαρισμένα, κατά το πραγματικό τους μέρος, ζητήματα, παρόλο που δεν έχουν εξετασθεί από την Αναθέτουσα Αρχή²⁰. Για παράδειγμα, όταν οι λόγοι αυτοί ανάγονται σε αμιγώς νομικό ζήτημα, όπως στην έννοια ενός όρου της διακήρυξης, το δικαστήριο των ασφαλιστικών μέτρων μπορεί να κρίνει πρωτοτύπως²¹. Όταν, όμως, οι λόγοι της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων ανάγονται προεχόντως σε τεχνικής φύσης ζητήματα, που, ως εκ της φύσης τους, χρήζουν απάντησης από τη Διοίκηση, η υπόθεση δεν είναι εκκαθαρισμένη κατά το πραγματικό της μέρος και η Επιτροπή Αναστολών δεν μπορεί να τους εξετάσει πρωτοτύπως²². Στην περίπτωση αυτή δέχεται την αίτηση και αναστέλλει την εκτέλεση της πράξης προκειμένου οι σχετικοί ισχυρισμοί να απαντηθούν από την αναθέτουσα αρχή²³.

II. Έλεγχος των ισχυρισμών περί ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς

8. Υπό το πρίσμα των ανωτέρω γενικών παρατηρήσεων, είναι δυνατή η συναγωγή συμπερασμάτων όσον αφορά

τον εκ μέρους του δικαστή των ασφαλιστικών μέτρων έλεγχο των εκτιμήσεων της αναθέτουσας αρχής ως προς τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές. Η έννοια της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς είναι αόριστη αξιολογική έννοια²⁴, πράγμα που σημαίνει ότι οι διατάξεις που τη ρυθμίζουν (άρθρο 55 της οδηγίας 2004/18/ΕΚ και 52 του ΠΔ 60/2007, βλ. κατωτέρω) παρέχουν διακριτική ευχέρεια στην αναθέτουσα αρχή ως προς την εκτίμηση και την αποδοχή σχετικών προσφορών²⁵. Ταυτόχρονα, όμως, η σχετική νομοθεσία παρέχει πολλά στοιχεία καθορισμού και εξειδίκευσης της έννοιας αυτής, τα οποία επιτρέπουν στον ακυρωτικό δικαστή να ελέγξει τα άκρα όρια της διακριτικής ευχέρειας της Διοίκησης κατά την εφαρμογή της. Πράγματι, ο ακυρωτικός έλεγχος συνίσταται στην έρευνα της υπέρβασης των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας, η οποία συνιστά παράβαση του νόμου. Τα άκρα όρια καθορίζονται συνήθως: α) από το λογικό, κατά την κοινή πείρα και αντίληψη, περιεχόμενο της αόριστης αξιολογικής έννοιας (σε συνδυασμό με την ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης περίπτωσης), ο ακριβής προσδιορισμός της οποίας ανατίθεται από τον εφαρμοστέο κανόνα δικαίου στο διοικητικό όργανο, σε συνδυασμό προς τον επιδιωκόμενο από τον κανόνα αυτό σκοπό δημοσίου συμφέροντος, β) από την ισότητα κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας και γ) από τις αρχές της χρηστής διοίκησης, δηλαδή την αγαθή κρίση που πρέπει να διέπει γενικώς τα διοικητικά όργανα κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων τους, της αναλογικότητας και της προστατευόμενης εμπιστοσύνης του δικαιουμένου²⁶. Όσον αφορά, ειδικότερα, την έννοια της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, το άρθρο 52 (με τίτλο «Ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές»), του ΠΔ 60/2007, «Προσαρμογή της Ελληνικής Νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ «περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών», όπως τροποποιήθηκε με την Οδηγία

κών μέτρων «αυτοτελή» και «αντικειμενική» δικαιοδοτική κρίση σχετικά με τη νομιμότητα της προσβαλλόμενης πράξης, χωρίς πιθανολογήσεις της βασιμότητας του κυρίου ενδίκου βοηθήματος και χωρίς διαβαθμίσεις νομιμότητας (βλ. αναλυτικά Κ. Ρέμελη, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του ΣτΕ, ό.π., σ. 264 επ.).

19. Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του Ν 3886/2010, ό.π., αρ. περ. 380, σ. 211.
20. ΣτΕ ΕΑ 477/2009, 430/2005, 839/2003, 285/2002.
21. ΣτΕ ΕΑ 39/2011: η ΕΑ έκρινε νόμιμο τον όρο της διακήρυξης που επιτρέπει τη συμμετοχή στο διαγωνισμό μόνο επιχειρήσεων με μέσο όρο συνολικού κύκλου εργασιών κατά την τελευταία τριετία ίσο ή μεγαλύτερο με το 1/3 της προϋπολογισθείσας δαπάνης.
22. ΣτΕ ΕΑ 477/2009, 1227, 1029, 744, 689, 589, 508/2007.
23. Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του Ν 3886/2010, ό.π., αρ. περ. 384, σ. 214, με πλούσιες νομολογιακές παραπομπές.

24. Για τον καθορισμό του περιεχομένου της δεν αρκούν οι κανόνες και μέθοδοι της νομικής ερμηνείας, αλλά απαιτείται αξιολόγηση, προσανατολισμός δηλαδή και κατάταξη των εννοιών αυτών σύμφωνα με ορισμένες αξίες που αναγνωρίζει αλλά δεν δημιουργεί πρώτο το δίκαιο. Επειδή ακριβώς η αξιολόγηση είναι συλλογιστική λειτουργία που γίνεται μεν μέσα σε νομικά όρια, αλλά όχι με νομικά ερμηνευτικά μέσα, ο δικαστικός έλεγχος περιορίζεται μόνο στην εξέταση της τήρησης των νομικών ορίων και δεν περιλαμβάνει την ίδια την αξιολόγηση (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2004, αρ. περ. 354 επ.).

25. Ε. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, ό.π., αρ. περ. 149.
26. Ε. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, ό.π., αρ. περ. 514.

2005/51/ΕΚ της Επιτροπής και την Οδηγία 2005/75/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 16ης Νοεμβρίου 2005», (ΦΕΚ Α΄ 64), το οποίο αποδίδει κατά λέξη το περιεχόμενο του άρθρου 55 οδηγίας 2004/18/ΕΚ, διαλαμβάνει τα εξής: «1. Εάν, για δεδομένη σύμβαση, οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με το αντικείμενό της, η αναθέτουσα αρχή, πριν να απορρίψει τις προσφορές αυτές, ζητεί γραπτώς τις διευκρινίσεις για τη σύνθεση της προσφοράς τις οποίες τυχόν κρίνει σκόπιμες...». Περαιτέρω, στο άρθρο 68 (Συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών) του Ν 3863/2010, Νέο Ασφαλιστικό Σύστημα και συναφείς διατάξεις, ρυθμίσεις στις εργασιακές σχέσεις (ΦΕΚ Α΄ 115), ορίζεται ότι «... Οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή φύλαξης (εργολάβοι) πρέπει, με ποινή αποκλεισμού, να εξειδικεύουν σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους τα ως άνω στοιχεία. Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. Επιπροσθέτως, οφείλουν να επισυνάπτουν στην προσφορά αντίγραφο της συλλογικής σύμβασης εργασίας στην οποία υπάγονται οι εργαζόμενοι...»²⁷.

9. Όπως προκύπτει από τις προπαρατεθείσες διατάξεις, η αντιμετώπιση της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς από την αναθέτουσα αρχή αποτελεί κλασική περίπτωση διακριτικής ευχέρειας της Διοίκησης, η άσκηση της οποίας υπόκειται στον έλεγχο του ακυρωτικού δικαστή μέσω της αιτιολογίας της πράξης αποδοχής της και με τη βοήθεια των ενδείξεων που παρέχει ο ίδιος ο νόμος για την εξειδίκευση της έννοιας²⁸. Πράγματι, η εκ μέρους της αναθέ-

27. Όπως αναφέρεται στην αιτιολογική έκθεση του Ν 3863/2010, με τη διάταξη του άρθρου 68, θεσπίζεται μία σειρά κανόνων προς διασφάλιση των εργασιακών και ασφαλιστικών δικαιωμάτων των εργαζομένων, οι οποίοι απασχολούνται μέσω εταιρειών παροχής υπηρεσιών-εργολάβων στο Δημόσιο, ΝΠΔΔ, ΟΤΑ, καθώς και σε επιχειρήσεις Ιδιωτικού Τομέα και σε φυσικά πρόσωπα. Με τις σχετικές ρυθμίσεις παρέχεται η δυνατότητα στις επιτροπές αξιολόγησης των προσφορών να αξιολογούν με επαρκή στοιχεία τις προσφορές και να μην παρατηρείται το φαινόμενο το συνολικό ποσό της προσφοράς να είναι μικρότερο εκείνου του μισθολογικού κόστους.

28. Κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητών πράξεων, δηλαδή εκείνων των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν (βλ. συναφώς Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, ό.π., αρ. περ. 642 Β. Καμάλη, Η αιτιολογία ως ουσιαστικός τύπος των ατομικών διοικητικών πράξεων: μια υποβαθμισμένη διαδικαστική εγγύηση, ΕφημΔΔ 4/2010, σ. 568 (571 επ.). Κατά την εύστοχη διατύπωση του Μ. Στασινοπούλου, Δίκαιον των Διοικητικών Πράξεων, Αθήνα, 1982, σ. 341, «ο επί της αιτιολογίας έλεγχος συνιστά γνήσιο έλεγχο της διακριτικής εξουσίας». Τονίζει

τους αρχής αποδοχή ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς διαγωνιζομένου έχει αποτελέσει αντικείμενο πλούσιας νομολογίας της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας, η οποία ελέγχει την αιτιολογία της σχετικής απόφασης της αναθέτουσας αρχής που απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή κατά της αποδοχής. Η Επιτροπή Αναστολών επισημαίνει ότι από τη διάταξη του άρθρου 52 του ΠΔ 60/2007 συνάγεται ότι «η αναθέτουσα αρχή έχει ευχέρεια, κατ' εκτίμηση ιδίως της αποκλίσεως της οικονομικής προσφοράς εκάστου διαγωνιζομένου από την προϋπολογισθείσα δαπάνη, να καλέσει προς παροχή των αναγκαίων διευκρινίσεων εκείνους από τους διαγωνιζομένους, των οποίων την οικονομική προσφορά κρίνει ως ασυνήθιστα χαμηλή»²⁹. Τονίζει, ωστόσο, ότι η άσκηση της σχετικής διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής δεν εκφεύγει του δικαστικού ελέγχου, στην δε περίπτωση που διαγωνιζόμενος προβάλλει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς περί υποβολής υπερβολικά χαμηλής προσφοράς εκ μέρους άλλου διαγωνιζομένου, γεννάται υποχρέωση της Διοικήσεως να απαντήσει επί των προβληθέντων ουσιαστικών αυτών ισχυρισμών³⁰.

10. Περαιτέρω, η Επιτροπή Αναστολών έχει ερμηνεύσει την αναγραφόμενη στον Ν 3683/2010 έννοια του εύλογου διοικητικού κόστους που πρέπει να περιλαμβάνει η προσφορά των διαγωνιζομένων για τη σύναψη σύμβασης υπηρεσιών καθαρισμού ή φύλαξης όσο και τη σχετική υποχρέωση. Σχετικά με τον υποχρεωτικό συνυπολογισμό του διοικητικού κόστους στην προσφορά έχει κριθεί ότι «...στο κόστος αυτό [ενν. το εργοδοτικό κόστος] προστίθεται υποχρεωτικά και το αναγκαίο επιπλέον κόστος παροχής της υπηρεσίας.....Τούτο δε ευλόγως ώστε να αποτρέπεται αφενός η έμμεση καταστρατήγηση της επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς υποχρέωσης του αναδόχου να προσφέρει τιμή, η οποία καλύπτει πραγματικά και όχι πλασματικά το κόστος των αμοιβών και της ασφαλίσεως του προσωπικού και αφετέρου της επίσης επί ποινή απο-

δε, στη συνέχεια, ότι η διείσδυση του ελέγχου εντός της ουσιαστικής ορθότητας της αιτιολογίας και, επομένως, του πορίσματος που προέκυψε από την άσκηση της διακριτικής εξουσίας, δεν σημαίνει έλεγχο της σκοπιμότητας αυτού, αλλά αναζήτηση της ενδεχόμενης ασυμφωνίας αυτού προς τα άκρα όρια της διακριτικής εξουσίας (αυτόθι, σ. 341-343).

29. Αντιθέτως, όταν η προσφορά είναι χαμηλότερη από ένα δεδομένο, προκύπτουν από τις ισχύουσες διατάξεις ελάχιστο όριο, η τήρηση του οποίου επιβάλλεται επί ποινή απορρίψεως της προσφοράς, όπως εν προκειμένω, η Διοίκηση δεν έχει ευχέρεια να ζητήσει αιτιολόγηση προσφοράς που υπολείπεται του ορίου αυτού, αλλά δεσμία αρμοδιότητα να την απορρίψει ως απαράδεκτη (ΣτΕ ΕΑ 1255/2009).

30. ΣτΕ ΕΑ 1208/2008, 127/2009.

κλεισμού *τιθέμενης υποχρέωσής του να μην εφαρμόζει πολιτική τιμών κάτω του πραγματικού κόστους*»³¹. Η Επιτροπή Αναστολών *ελέγχει την αιτιολογία της απόρριψης της προσφοράς της εταιρίας* που αιτήθηκε τα ασφαλιστικά μέτρα, κρίνοντας ότι ο συνυπολογισμός από τη Διοίκηση του διοικητικού κόστους παροχής της υπηρεσίας, όπως αυτό προσδιορίστηκε με την εφαρμοστέα εθνική κλαδική συλλογική σύμβαση εργασίας, με βάση τον οποίο απορρίφθηκε η προσφορά της αιτούσης ...παρίσταται νόμιμος. Επιπλέον, έχει ερμηνεύσει την έννοια του λειτουργικού κόστους, δεχόμενη ότι «... *πάντως, δεδομένου ότι, κατά κοινή αντίληψη, λειτουργικό κόστος μιας επιχείρησης δεν αποτελεί μόνο το κόστος αμοιβής των εργαζομένων, στην οικονομική προσφορά των διαγωνιζομένων θα πρέπει, καταρχήν, να ενσωματώνεται ένα ποσό, το οποίο αντιστοιχεί στις λοιπές λειτουργικές δαπάνες της επιχείρησης, ενώ, περαιτέρω, θα πρέπει να συνυπολογίζεται και ένα εύλογο περιθώριο κέρδους. Σε περίπτωση, επομένως, υποβολής οικονομικής προσφοράς που καλύπτει μόνον το εργατικό κόστος, οφείλει η αναθέτουσα αρχή να εξετάσει εάν στο πρόσωπο του διαγωνιζομένου συντρέχουν εξαιρετικές περιστάσεις, οι οποίες καθιστούν δυνατή την υποβολή προσφοράς, χωρίς να συνυπολογίζονται οι δαπάνες, οι οποίες αντιστοιχούν στο εν γένει λειτουργικό κόστος της επιχείρησης, ούτε να καταλείπεται ένα εύλογο περιθώριο κέρδους...*»³². Ο έλεγχος μάλιστα της Επιτροπής Αναστολών καλύπτει και τους υπολογισμούς στους οποίους προβαίνει ο αιτούμενος τα ασφαλιστικά μέτρα. Έτσι, κρίθηκε ότι «...η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας θα αποδειχθεί κατά πάσα πιθανότητα χαμηλότερη του ελαχίστου νομίμου εργατικού κόστους (και, συνεπώς, απαράδεκτη κατά την Διακήρυξη), λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η ίδια η παρεμβαίνουσα στην ως άνω ανάλυση της οικονομικής προσφοράς της υπολόγισε ασήμαντα ποσά προσθέτων (επί πλέον του κόστους μισθοδοσίας των φυλάκων) λειτουργικών δαπανών της και κέρδους (αντιστοίχως, 123,00 και 120,00 ευρώ, ετησίως)...»³³.

11. Ακόμη και σε περίπτωση σιωπηρής απόρριψης της προδικαστικής προσφυγής, η Επιτροπή Αναστολών ελέγχει αν οι προβληθέντες με την προδικαστική προσφυγή ισχυρισμοί, ότι οι οικονομικές προσφορές των προταχθεισών του αιτούντος συνδιαγωνιζόμενων δεν καλύπτουν το κόστος των αναγκαίων νόμιμων δαπανών, όπως αυτές προσδιορίζονται από τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας και τους όρους της διακήρυξης, ήταν *ουσιώδεις και συγκεκριμένοι και έρχονταν ως εκ τούτου αιτιολογημένης*

*απάντησης*³⁴. Επισημαίνει δηλαδή την υποχρέωση αιτιολόγησης που υπέχει η αναθέτουσα αρχή κατά την άσκηση της διακριτικής της ευχέρειας και κυρώνει τη μη συμμόρφωση προς αυτή. Απαιτεί δε *πλήρη και ειδική, μη δυνατόν να μεταφερθεί αυτούσια σε κάθε παρεμφερή πράξη, αιτιολογία, καθόσον έκρινε ότι η υπουργική εγκύκλιος που προσκόμισε η αναθέτουσα αρχή δεν περιλαμβάνει ούτε αναφέρεται σε συγκεκριμένους υπολογισμούς της υπηρεσίας σχετικά με το ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος επί τη βάση των δεδομένων της διακήρυξης (αντικείμενο, αριθμός εργαζομένων, ώρες εργασίας), αλλά προδήλως αναφέρεται στα γενικώς ισχύοντα κατά το κρίσιμο χρονικό διάστημα, ως προς τις υποχρεώσεις των διαγωνιζόμενων, οπότε πιθανολογείται σοβαρά ότι η σιωπηρή απόρριψη δεν είναι νόμιμη*. Κατόπιν τούτου ανέστειλε την κατακυρωτική απόφαση της αναθέτουσας αρχής, «η οποία διατηρεί, πάντως, τη δυνατότητα να επανεξετάσει την διοικητική προσφυγή της αιτούσης και να αποφανθεί επ' αυτής με απόφαση ειδικώς αιτιολογημένη»³⁵. Με άλλες αποφάσεις της, η Επιτροπή Αναστολών δέχθηκε ότι «*πιθανολογείται σοβαρώς ότι μη νομίμως κρίθηκε παραδεκτή η οικονομική προσφορά ... εταιρείας ..., η οποία διαμόρφωσε την προσφορά της υπολογίζοντας μόνο το κόστος μισθοδοσίας του προσωπικού της, χωρίς όμως να συνυπολογίζει καθόλου λειτουργικά έξοδα της επιχείρησής της, πρώτον μεν διότι η Διοίκηση εσφαλμένα θεώρησε ότι το παραδεκτό ή μη της οικονομικής προσφοράς της εν λόγω εταιρείας δεν συναρτάται προς την πρόβλεψη της ΣΣΕ, διότι η εταιρεία αυτή δεν δεσμεύεται από τη Σύμβαση αυτή, δεύτερον δε διότι, εξαιτίας αυτού του σφάλματος, δεν ερεύνησε τους ειδικούς ισχυρισμούς της αιτούσας, κατά τους οποίους η οικονομική προσφορά της υπέρ ης η κατακύρωση εταιρείας ... υπολειπόταν του κατώτατου εργατικού κόστους*»³⁶. Η σοβαρή πιθανολόγηση του παράνομου χαρακτήρα της κρίσης της αναθέτουσας αρχής στηρίζεται εν προκειμένω στην έλλειψη αιτιολογίας. Όπως προκύπτει από τις ανωτέρω αποφάσεις, ο ακυρωτικός έλεγχος που διεξάγει η Επιτροπή Αναστολών μέσω του ελέγχου της αιτιολογίας δεν μπορεί να αποστεί εντελώς από τα πραγματικά δεδομένα της υπόθεσης. Η διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρ-

31. ΣτΕ ΕΑ 1255/2009.

32. ΣτΕ ΕΑ 873, 916/2010, 1257, 1262, 1297, 1299/2009.

33. ΣτΕ ΕΑ 243/2011.

34. Έκρινε επίσης ότι οι προβληθέντες με την προδικαστική προσφυγή ειδικοί και συγκεκριμένοι ισχυρισμοί περί του ότι η οικονομική προσφορά συνδιαγωνιζόμενου ήταν απαράδεκτη, ως μη καλύπτουσα το νόμιμο ελάχιστο εργατικό κόστος, στηρίζονταν στα αποτελέσματα αναλυτικών μαθηματικών υπολογισμών κατ'επίκληση της εφαρμοστέας κλαδικής συλλογικής σύμβασης εργασίας, ήταν ουσιώδεις και έρχονταν «*ειδικώς αιτιολογημένης απαντήσεως*» από την αναθέτουσα αρχή.

35. ΣτΕ ΕΑ 297/2009, 1069/2009.

36. ΣτΕ ΕΑ 418/2010, 533/2010, 602/2010, 1265/2009.

χής ελέγχεται όσον αφορά τα άκρα όρια της βάσει των διαταγμάτων της κοινής πείρας και της λογικής, τα οποία βεβαίως γνωρίζει και μπορεί να χρησιμοποιήσει ο δικαστής³⁷. Πράγματι, όταν μία προσφορά υπολογίζει μόνο το εργοδοτικό κόστος και ασήμαντου ύψους λειτουργικό κόστος (π.χ. μόλις 0,12 ευρώ ετησίως, όπως στην υπό κρίση υπόθεση), είναι, κατά την κοινή πείρα και λογική, «ασυνήθιστα χαμηλή»³⁸. Η Επιτροπή Αναστολών επισημαίνει βεβαίως ότι η αντιμετώπιση των στηριζόμενων «σε αναλυτικούς υπολογισμούς ως προς το ελάχιστο εργατικό κόστος και τα λοιπά κονδύλια, τα οποία, κατά την διακήρυξη, έπρεπε να συνυπολογίσουν οι διαγωνιζόμενοι για την διαμόρφωση της οικονομικής προσφοράς τους» ουσιαστικά και συγκεκριμένων ισχυρισμών προϋποθέτει ουσιαστική έρευνα και εκτίμηση από τη Διοίκηση των στοιχείων της προσφοράς ετέρου διαγωνιζόμενου και δεν μπορεί να γίνει το πρώτον από τον δικαστή των ασφαλιστικών μέτρων³⁹.

12. Από την ανωτέρω νομολογία συνάγεται ότι, όπως για κάθε διοικητική πράξη, για την αποδοχή ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς δεν αρκεί να παρατίθεται γενική και αόριστη αιτιολογία, αλλά νόμιμη, ειδική και πλήρης, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 17 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας. Στοιχεία της αιτιολογίας είναι η αναφορά του νομίμου ερείσματος της πράξης, η τυχόν ερμηνεία του, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων όταν επιτρέπεται, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους, καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας⁴⁰. Εάν η παρατιθέμενη αιτιολογία της πράξης δεν πληροί τις ως άνω προδιαγραφές, ακυρώνεται η πράξη ή, στο πλαίσιο της προσωρινής δικαστικής προστασίας, αναστέλλεται η εκτέλεσή της λόγω μη νόμιμης αιτιολογίας⁴¹. Εν προκειμένω, η διαδικασία του άρθρου 52 του ΠΔ 60/2007, που αφορά την παροχή διευκρινίσεων από τον διαγωνιζόμενο σχετικά με τη σύνθεση της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς του, είναι ουσιαστικός μηχανισμός με σκοπό την ανίχνευση και τον αποκλεισμό των ζημιολογικών προσφορών, ώστε να μην προκαλείται στρέβλωση στον ανταγωνισμό μεταξύ των διαγωνιζόμε-

νων εταιριών, να μην παραβιάζεται η εργατική νομοθεσία και να διασφαλίζεται η ισότητα των διαγωνιζόμενων με την αποφυγή προσφοράς τιμών κάτω του κόστους.

13. Ο χαρακτηρισμός της προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλή ή όχι αποτελεί εξειδίκευση του περιεχομένου αξιολογικής έννοιας, κρίση που εκφέρει η Διοίκηση κατά διακριτική ευχέρεια, δηλαδή ζήτημα ως προς το οποίο είναι αναγκαία η παρέμβαση της αναθέτουσας αρχής και το οποίο δεν μπορεί να εξετασθεί πρωτοτύπως από το δικαστήριο των ασφαλιστικών μέτρων. Παράβαση, επομένως, του οικείου τύπου της παροχής των διευκρινίσεων, ως κακή χρήση της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής, πρέπει να εξετασθεί κανονικά από τον δικαστή των ασφαλιστικών μέτρων, μέσω της αιτιολογίας της απόφασης της που αποδέχεται την προσφορά και αναγνωρίζει ενδεχομένως εξαιρετικές περιστάσεις που δικαιολογούν την εκτέλεση της σύμβασης με μηδενικό κόστος⁴². Εάν αρκούσε απλώς η τυπική τήρηση της διαγραφόμενης στο άρθρο 52 του ΠΔ 60/2007 διαδικασίας και ο δικαστής των ασφαλιστικών μέτρων αδυνατούσε να ελέγξει την αιτιολογία αποδοχής των προσφορών κατόπιν της υποβολής των διευκρινίσεων βάσει της οικείας διάταξης, η προσωρινή δικαστική προστασία θα στερούνταν πρακτικής αποτελεσματικότητας⁴³.

14. Υπό το πρίσμα των ανωτέρω σκέψεων, συνάγεται το συμπέρασμα ότι ο δικαστής των ασφαλιστικών μέτρων οφείλει να ελέγξει -όπως ακριβώς ο ακυρωτικός δικαστής που θα επιληφθεί, στη συνέχεια, του κυρίου ενδίκου βοηθήματος- την αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης της αναθέτουσας αρχής που απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή της αιτούσας και αποδέχεται τις ασυνήθιστα

42. ΣτΕ ΕΑ 866/2008: «...η Διοίκηση δεν απήντησε, εν προκειμένω, ως όφειλε, με αρκούντως αιτιολογημένο τρόπο επί των ειδικών και συγκεκριμένων ισχυρισμών του αιτούντος περί υποβολής ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς εκ μέρους των λοιπών διαγωνιζόμενων, διαλαμβάνοντας ειδικά αιτιολογημένη κρίση σχετικά με το εάν οι επίμαχες οικονομικές προσφορές είναι ή όχι υπερβολικά χαμηλές, δεν αρκεί δε για την αιτιολόγηση των υπερβολικά χαμηλών προσφορών, όπως εσφαλμένως φαίνεται να θεωρεί η υπηρεσία, μόνο το γεγονός ότι ο διαγωνισμός διενεργείται με κριτήριο την χαμηλότερη προσφορά...».

43. Η σημασία της επιλογής της βέλτιστης προσφοράς τονίζεται και στο Ψήφισμα του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου της 18ης Μαΐου 2010 σχετικά με τις νέες εξελίξεις στον τομέα των δημόσιων συμβάσεων (2009/2175(INI)) (ΕΕ C 161 E/06, σ. 38), όπου επισημαίνεται ότι η ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων πρέπει να πραγματοποιείται υπό συνθήκες διαφάνειας και ίσης μεταχείρισης όλων των ενδιαφερομένων με τελικό κριτήριο τη σχέση τιμής και απόδοσης του έργου, «ώστε να λαμβάνεται υπόψη η βέλτιστη προσφορά και όχι αποκλειστικά και μόνο η χαμηλότερη οικονομικά προσφορά», πράγμα που αποδυναμώνει την καινοτόμη βάση και την παγκόσμια ανταγωνιστικότητα της ΕΕ.

37. Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, ό.π., αρ. περ. 362.

38. Σημειωτέον ότι με την ΔΕΦΘ 237/2011 κρίθηκε ότι 1 ευρώ μηνιαίως δεν μπορεί να θεωρηθεί «κατά τα αντικειμενικώς γνωστά» ότι αποτελεί εύλογο διοικητικό και εργαλαβικό κέρδος.

39. ΣτΕ ΕΑ 873, 602/2010.

40. Ε. Σηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, ό.π., αρ. περ. 516 επ.

41. Ε. Σηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, ό.π., αρ. περ. 518.

χαμηλές προσφορές των συνδιαγωνιζομένων εταιριών, με γνώμονα τις επιταγές του άρθρου 17 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας περί αιτιολογίας, όπως αυτές έχουν ερμηνευθεί από την πάγια νομολογία της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας. Εάν η απόφαση δεν διαλαμβάνει ειδικά αιτιολογημένη κρίση σχετικά με το εάν οι επίμαχες οικονομικές προσφορές είναι ή όχι

υπερβολικά χαμηλές, δηλαδή δεν απαντά με αρκούντως αιτιολογημένο τρόπο επί των ειδικών και συγκεκριμένων ισχυρισμών της αιτούσης στην υπό κρίση υπόθεση εταιρίας περί υποβολής ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς εκ μέρους των λοιπών διαγωνιζομένων, ο δικαστής των ασφαλιστικών θα πρέπει να αναστείλει την εκτέλεσή της.

