

ΤΟ ΕΥΛΟΓΟ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΚΟΣΤΟΣ ΩΣ ΣΤΟΙΧΕΙΟ ΔΙΑΜΟΡΦΩΣΗΣ ΤΗΣ ΒΕΛΤΙΣΤΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ. Η ΕΥΡΕΙΑ ΚΡΙΣΗ ΤΟΥ ΔΗΜΟΣΙΟΝΟΜΙΚΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗ ¹

Ευαγγελία Ελισάβετ Κουλουμπίνη, Σύμβουλος του Ελεγκτικού Συνεδρίου

1. Οι έννοιες της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς και του εύλογου διοικητικού κόστους. Δύο αόριστες αξιολογικές έννοιες.

Το κοινοτικό δίκαιο μας δίδει την έννοια της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, διότι η διάταξη του άρθρου 52 του π.δ. 60/2007 «Προσαρμογή της Ελληνικής Νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ» που την προβλέπει, αποδίδει το περιεχόμενο της έννοιας αυτής, όπως ακριβώς την προβλέπει το άρθρο 55 της Οδηγίας 2004/18/ Ε.Κ. Η έννοια της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς είναι μια αόριστη αξιολογική έννοια την οποία στο Ελ.Συν. έχουμε προσδιορίσει ως εκείνη την προσφορά η οποία, είτε παρουσιάζει ουσιώδη απόκλιση από τον μέσο όρο των προσφορών που υποβλήθηκαν, είτε αποκλίνει ουσιωδώς από τον προϋπολογισμό του έργου. Ως ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά θεωρείται όχι μόνο εκείνη βάσει του συνολικού της κόστους αλλά και εκείνη που τα επιμέρους κόστη αυτής κρίνονται ιδιαίτερα χαμηλά, σε σχέση με τα ζητούμενα από τη διακήρυξη είδη¹

Από τη γραμματική ερμηνεία αυτής της διάταξης προκύπτει ότι η Αναθέτουσα Αρχή (Α.Α.) ζητεί γραπτώς διευκρινήσεις, αν εντοπίσει ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, τις οποίες η ίδια κρίνει σκόπιμες. Με τη διατύπωση αυτή της ως άνω διάταξης² κρίναμε ότι η Α.Α. έχει καταρχήν διακριτική ευχέρεια να ζητήσει διευκρινήσεις, εκτός εάν προβληθούν από τον συνυποψήφιο του αναδόχου ειδικοί και συγκεκριμένοι ισχυρισμοί, οπότε στην περίπτωση αυτή έχει υποχρέωση να απαντήσει, με σαφή, ειδική και επαρκή αιτιολογία.³ Κρίναμε όμως ως διακριτή την περίπτωση εκείνη, κατά την οποία, η οικονομική προσφορά είναι τέτοιου ύψους ώστε να χαρακτηρίζεται σχεδόν μηδενική, οπότε τότε δεχθήκαμε την δεσμία αρμοδιότητα αυτής να ζητήσει αιτιολόγηση, ήτοι παροχή διευκρινήσεων. Η κρίση μας αυτή στην περίπτωση της μηδενικής προσφοράς στηρίχθηκε στην μη νόθευση του ανταγωνισμού και στην τήρηση της αρχής της ισότητας των συμμετεχόντων, όταν σε ένα δημόσιο διαγωνισμό, με τον αποκλεισμό των λοιπών συμμετεχόντων κατά το στάδιο της οικονομικής αξιολόγησης των προσφορών επιλέγεται τελικά αυτός ο οποίος υποβάλλει μια ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά (σχεδόν μηδενική). Κατά λογική ακολουθία, όταν αυτός θα αρχίσει να εκτελεί τις υπηρεσίες που του ανατέθηκαν και προκύψει ζημία από την εκτέλεση της σύμβασης, λόγω του ασυνήθιστα χαμηλού τιμήματος, θα αναγκαστεί να μειώσει την ποιότητα ή και την ποσότητα των παρεχόμενων υπηρεσιών, θέτοντας υπό διακινδύνευση την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης.⁴

¹ Το κείμενο αυτό αποτελεί επεξεργασμένη εισήγηση της γράφουσας, βασισμένη σε ομιλία της που έλαβε χώρα στις 12.12.2016 σε επιστημονική εκδήλωση στο ΔΣΑ, με τίτλο, «Δημόσιες συμβάσεις και συμβάσεις παραχώρησης : Ν.4412 και 4413/2016.».

² Η διάταξη αυτή έχει καταργηθεί ήδη και ισχύει από τον Αύγουστο του 2016 η διάταξη του άρθρου 88 του ν.4412/2016 (Α'147) από την οποία προκύπτει σαφώς η δεσμία αρμοδιότητα της Αναθέτουσας Αρχής να ζητεί εξηγήσεις ως προς το ύψος της προσφοράς.

³ Αποφ. VI Τμήμα 3202/2011,2234/2011

⁴ VI Τμήμα 240/2007

Αναπόσπαστο μέρος της οικονομικής προσφοράς, εκτός από το κόστος αναλωσίμων καθώς και το εργολαβικό κέρδος, πρέπει να είναι και το εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους. Από τη διάταξη του άρθρου 68 του ν.3863/2010⁵ προκύπτει και άλλος ένας κανόνας τον οποίο καλείται να εφαρμόσει η Αναθέτουσα Αρχή ήτοι ότι, οι οικονομικές προσφορές στις οποίες δεν συνυπολογίζεται υποχρεωτικά ένα εύλογο διοικητικό – λειτουργικό κόστος παροχής των προσφερόμενων υπηρεσιών απορρίπτονται ως απαράδεκτες. Η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει συνεπώς στην περίπτωση αυτή να εξετάσει, λαμβανομένων υπόψη των συνθηκών της συγκεκριμένης υπό σύναψη σύμβασης και των παρεχόμενων από το διαγωνιζόμενο εξηγήσεων – διευκρινήσεων, αν ένα ελάχιστο ή ένα μηδαμινό διοικητικό κόστος που συνυπολογίζεται σε μια οικονομική προσφορά μπορούσε να χαρακτηριστεί από την Αναθέτουσα Αρχή ως εύλογο, ή έπρεπε να απορριφθεί αυτή ως « ασυνήθιστα χαμηλή».⁶

Το Συμβούλιο της Επικρατείας ⁷ δέχεται ότι «...στο 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 της αναδόχου να προσφέρει τιμή, η οποία καλύπτει πραγματικά και όχι πλασματικά, το κόστος των αμοιβών και της ασφαλίσεως του προσωπικού και αφετέρου της επί ποινής αποκλεισμού τιθέμενης υποχρέωσης του να μην εφαρμόζει πολιτική τιμών κάτω του πραγματικού κόστους.» Ως λειτουργικό και διοικητικό κόστος είναι αυτό που αφορά, εκτός από το κόστος μισθοδοσίας του προσωπικού., το λειτουργικό κόστος απόκτησης και χρήσης του εξοπλισμού (αφορά στην συντήρηση, αποκατάσταση φθορών ή αντικατάσταση αυτών), το λειτουργικό κόστος χρήσης μεταφορικών μέσων (ζητείται αιτιολόγηση ως προς το μηδενικό κόστος εφοδιασμού με καύσιμα των οχημάτων που θα χρησιμοποιηθούν στην εκτέλεση της σύμβασης),το κόστος της απαιτούμενης ασφαλιστικής κάλυψης του έργου.(αφορά στο αν π.χ. το ασφαλιστικό πρόγραμμα που διέθετε η ανάδοχος, κατά το χρόνο αξιολόγησης της προσφοράς της, κάλυπτε όλους τους ειδικούς ασφαλιστικούς όρους που προβλέπονται στην διακήρυξη του διαγωνισμού).

Το Ελεγκτικό Συνέδριο στα πλαίσια άσκησης του προσυμβατικού ελέγχου έθεσε, κατά τη γνώμη μου, το ζήτημα στη σωστή του βάση αφού δέχθηκε ότι στους διαγωνισμούς ανάθεσης υπηρεσιών φύλαξης, που διέπονται από το άρθρο 68 του ν.3863/2010, το πρόβλημα εντοπίζεται στο τρόπο που έχει διαμορφωθεί ο προϋπολογισμός της διακήρυξης. Αυτός θα πρέπει να έχει διαμορφωθεί, κατά τέτοιο τρόπο, ώστε να καταλείπεται ευχέρεια στους διαγωνιζόμενους να συνυπολογίσουν στις οικονομικές τους προσφορές, εκτός από το ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος και

⁵ Ο νομοθέτης αντέδρασε στο συχνό φαινόμενο της υποβολής οριακά χαμηλών προσφορών από εταιρείες παροχής υπηρεσιών φύλαξης και καθαριότητας, με τη διάταξη δε αυτή υποχρέωσε αυτές να εξειδικεύουν στις προσφορές τους, επί ποινή αποκλεισμού τους, τα ως άνω στοιχεία. Δεν είναι τυχαίο άλλωστε το γεγονός ότι η υποχρέωση συνυπολογισμού εύλογου διοικητικού κόστους στην οικονομική προσφορά έχει συμπεριληφθεί σε νόμο που αφορά σε εργασιακά και ασφαλιστικά δικαιώματα των εργαζομένων. Και αυτό διότι τα μεγέθη αυτά είναι αλληλένδετα, αφού αν μια εταιρεία αναλάβει να εκτελέσει μια ζημιόγρονη σύμβαση θα συμπίπτει μετά βεβαιότητας το εργοδοτικό κόστος για να εξασφαλίσει τα λειτουργικά έξοδα μιας σύμβασης.

⁶ ΚΠΕΔ στο IV Τμήμα 5,73/2015 όπου κρίναμε ότι Α.Α. μη νομίμως αποδέχθηκε οικονομικά προσφορά αναδόχου χωρίς να ζητήσει διευκρινήσεις ενόψει του είχαν προβληθεί συγκεκριμένοι ουσιώδεις ισχυρισμοί για το χαμηλό ύψος των προσφορών από άλλη συμμετέχουσα εταιρεία η Α.Α. δεν είχε απλώς διακριτική ευχέρεια κατά την αξιολόγηση της οικονομικής προσφοράς της μειοδότης εταιρείας αλλά ειδική υποχρέωση να διερευνήσει το σχετικό θέμα. Υποχρέωση που υπαγορεύει εν προκειμένω η αρχή της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων.

⁷ Ε,Α, ΣτΕ 1299/2009

ένα εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής υπηρεσιών και εργολαβικού κέρδους και αυτό αποκτά ιδιαίτερη σημασία στις περιπτώσεις εκείνες που ο εν λόγω προϋπολογισμός έχει τεθεί ρητά ως ανώτατο όριο παραδεκτού των υποβαλλομένων προσφορών.⁸ Χαρακτηριστική η ελεγχόμενη περίπτωση κατά την οποία σε σύμβαση παροχής υπηρεσιών καθαριότητας σε πανεπιστημιακό Ίδρυμα δεχθήκαμε ότι, κατά παράβαση του άρθρου 68 του ν3863/2010, δεν προσκομίστηκαν καν οι οικονομικές προσφορές της αναδόχου εταιρείας, για να διαπιστωθεί εάν σε αυτές αναφέρονται τα στοιχεία α΄ έως στ΄ του άρθρου 68 παρ. 1 του ν.3863/2010 και κυρίως να διαπιστωθεί το εάν σ΄ αυτές έχει υπολογισθεί εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών αυτών. Η έλλειψη δε αυτή κρίθηκε ότι δεν δύναται να θεραπευθεί από την οικονομική προσφορά της αναδόχου εταιρείας, η οποία είχε κατατεθεί σε διαγωνιστική διαδικασία που έλαβε χώρα το έτος 2012 και αφορούσε χρονικό διάστημα από 1-2-2013 έως 31-12- 2013, ενώ ακολούθησαν διαδοχικές συμβάσεις παροχής υπηρεσιών που συνιστούσαν, στην ουσία, απευθείας αναθέσεις. Στα πλαίσια δε ελέγχου της τελευταίας παράτασης για το έτος 2015 κρίναμε μεταξύ άλλων ότι, δεν μπορεί να γίνει αναγωγή ως προς το διοικητικό κόστος παροχής υπηρεσιών, το δε στην οικονομική προσφορά που κατατέθηκε σε προηγούμενη διαγωνιστική διαδικασία (μάλιστα το έτος 2012), το δε σε προηγούμενες συμβάσεις, οι οποίες ελέγχονται ως αυτοτελείς σε σχέση με τις κρινόμενες, με συνέπεια να απαιτείται για τη σύναψη εκάστης εξ αυτών μια ιδιαίτερη οικονομική προσφορά, η οποία να περιέχει, αυτοτελώς, τα στοιχεία που ορίζονται στο άρθρο 68 του ν.3863/2010. Ακολουθώντας, για την ταυτότητα του νομικού λόγου, ήτοι της αυτοτέλειας των συμβάσεων, δεχθήκαμε ότι, ούτε τα στοιχεία δ΄ και ε΄ της παρ. 1 του άρθρου 68 του ν.3863/2010 που αφορούν στο ύψος του ποσού που προϋπολογίστηκε για τις πάσης φύσεως αποδοχές των εργαζομένων καθώς και στο ύψος των ασφαλιστικών εισφορών που συνιστούν υποχρεωτικό περιεχόμενο της συναφθείσας σύμβασης, δύναται να αναπληρωθούν με αναγωγή στην προηγούμενη σύμβαση και κρίναμε τις ελεγχόμενες συμβάσεις, ως άκυρες, σύμφωνα άλλωστε και με τα οριζόμενα στο άρθρο 68 παρ.1 και 3 του ν.3863/2010 όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 22 παρ.1 και 3 του ν.4144/2014(Α΄ 88). Εξάλλου, σε αντίθεση με το κόστος της αμοιβής του προσωπικού το οποίο είναι δυνατόν να προσδιορίζεται επακριβώς με βάση αντικειμενικά δεδομένα, το διοικητικό κόστος, το κόστος των αναλωσίμων καθώς και το εργολαβικό κέρδος αποδίδονται αναγκαστικά με ορισμένη ελαστικότητα και εκτιμώνται από την Αναθέτουσα Αρχή ως εύλογα για το παραδεκτό της υποβληθείσας προσφοράς.⁹ Η άνω διάκριση, κατά την γνώμη μου, υποδεικνύει το είδος και την έκταση του ελέγχου των πράξεων της Αναθέτουσας Αρχής.

2. Ο έλεγχος της υπέρβασης των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής.

Όταν το ποσοστό του διοικητικού-λειτουργικού κόστους παροχής των υπηρεσιών δεν είναι εκ των προτέρων καθορισμένο η Αναθέτουσα Αρχή εξετάζει, χωρίς να προβεί αυτομάτως στον αποκλεισμό του υποψηφίου αν, λαμβανομένων υπόψη των συνθηκών της συγκεκριμένης υπό σύναψη σύμβασης και των παρεχομένων από τον διαγωνιζόμενο διευκρινήσεων, το αναφερόμενο στην προσφορά του διοικητικό κόστος είναι εύλογο και καλύπτονται στοιχειωδώς οι λειτουργικές ανάγκες εκτέλεσης του έργου , σε κάθε περίπτωση ότι αυτό δεν θα οδηγήσει στην εκτέλεση μιας

⁸ Βλ.Πράξη Ζ Κλιμ.256/2013, απόφ. VI Τμήμ.950/2014

⁹ ΚΠΕΔ στο IV Τμήμα 25/2016, 206/2015, 98,7/2014

ζημιογόνου συμβάσεως. Η κρίση της Αναθέτουσας Αρχής ελέγχεται ως προς την υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας που αυτή διαθέτει, σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής, αφού τα μεγέθη αυτά, εκτός του ότι δεν προσδιορίζονται ειδικά στο νόμο δεν ανήκουν και στα στοιχεία εκείνα, τα οποία σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 68 του ν. 3863/2010, εφόσον δεν περιλαμβάνονται στην προσφορά των υποψηφίων αναδόχων, επιφέρουν, άνευ ετέρου, τον αποκλεισμό των υποψηφίων¹⁰

Ας δούμε τα διαδοχικά στάδια του ελέγχου στις περιπτώσεις αυτές: Όταν μια προσφορά υπολογίζει μόνο το εργοδοτικό κόστος και ιδιαίτερα χαμηλό λειτουργικό κόστος, τότε η προσφορά αυτής είναι, κατά την κοινή πείρα και λογική, ασυνήθιστα χαμηλή. Στην περίπτωση αυτή θα πρέπει η ανάδοχος εταιρεία να επικαλεστεί και να αποδείξει συγκεκριμένα, τις εξαιρετικές εκείνες περιστάσεις που συντρέχουν στην περίπτωση της, ώστε να αποδείξει ότι το χαμηλό διοικητικό κόστος που δήλωσε πρέπει να θεωρηθεί εύλογο και να μην οδηγήσει στην εκτέλεση μιας ζημιογόνου συμβάσεως. Συνεπώς, έχουμε, σε κάθε ελεγχόμενη περίπτωση μια στάθμιση, η οποία βέβαια προϋποθέτει καταρχήν έλεγχο ουσίας από την Αναθέτουσα Αρχή και έλεγχο αιτιολογίας των αποφάσεων αυτής, που δέχεται τις προσφορές αυτές που ενσωματώνουν σχεδόν μηδενικό διοικητικό κόστος, από το δικαστικό όργανο. Άλλωστε ο έλεγχος επί της αιτιολογίας συνιστά γνήσιο έλεγχο διακριτικής εξουσίας.¹¹ Οι διευκρινήσεις που θα δοθούν για την δικαιολόγηση ενός χαμηλού έως μηδενικού κόστους¹² κινούνται σε κάποιους άξονες τους οποίους ο νομοθέτης προσδιορίζει ενδεικτικά : 1) τα οικονομικά χαρακτηριστικά της μεθόδου κατασκευής των υλικών 2) τις επιλεγείσες τεχνικές λύσεις ή τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που διαθέτει ο προσφέρων 3) η πρωτοτυπία του έργου 4) η τήρηση των διατάξεων περί προστασίας της εργασίας και των συνθηκών της εργασίας που ισχύουν στο τόπο εκτέλεσης της παροχής εργασίας. 5) η συμμόρφωση σε υποχρεώσεις που αφορούν συναφθείσες υπεργολαβίες 6) το ενδεχόμενο χορήγησης κρατικής ενίσχυσης .

Εδώ πρέπει να επισημανθεί ότι το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης επεσήμανε ότι, αν και ο κατάλογος των κριτηρίων αυτών δεν περιέχει αποκλειστική-εξαντλητική απαρίθμηση, δεν είναι αμιγώς ενδεικτικός. Συνεπώς, το Δικαστήριο αναγνώρισε μεν μια σχετική διακριτική ευχέρεια της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία όμως πρέπει να εφαρμόζεται με προσοχή προς αποφυγή αδικαιολόγητα διασταλτικής ερμηνείας και αυθαιρεσίας από πλευράς των αναθετουσών αρχών.¹³

3. Η ειδική αιτιολογία των πράξεων της Αναθέτουσας Αρχής και ο έλεγχος αυτής. Η λυσιτέλεια των επικαλούμενων ισχυρισμών.

Είναι αυτονόητο, κατά τη γνώμη μου ότι, η αξιολογική κρίση στις σχετικές διευκρινήσεις επί της εκάστοτε κατατεθείσας προσφοράς υποψηφίου αναδόχου θα πρέπει να γίνεται πρωτογενώς από την Αναθέτουσα Αρχή, την απόφαση ανάθεσης της οποίας κρίνουμε¹⁴. Οι σχετικές επεξηγήσεις και ισχυρισμοί πρέπει να είναι

¹⁰Μείζ.Επταμ.Συνθ.1077/2016, VITμήμ.2090,584/2011,1382,2653,3016/2012,950,2998/2014,157/2016

¹¹ Βλ Στασινόπουλο , Δίκαιο των διοικητικών πράξεων , Αθήνα, 1982,σελ.341-343

¹² Οι διευκρινήσεις πρέπει να δοθούν εντός αποκλειστικής προθεσμίας 10 ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης της Α.Α. σύμφωνα με το άρθρο 88 του ν.4412/2016

¹³ Σκέψη 30 της απόφασης της 29ης Μαρτίου 2012 στην υπόθεση C- 599/10 με παραπομπή στην απόφαση της 23^{ης} Απριλίου 2009 C-292/07, Επιτροπή κατά Βελγίου σκέψη 159

¹⁴ Βλ. ΣτΕ Ε.Α. 873, 602/2010 σύμφωνα με τις οποίες... η αντιμετώπιση των στηριζόμενων σε αναλυτικούς υπολογισμούς ως προς το ελάχιστο εργατικό κόστος και τα λοιπά κονδύλια που πρέπει να συνυπολογίσουν οι διαγωνιζόμενοι , ουσιαδών και συγκεκριμένων ισχυρισμών προϋποθέτει

συγκεκριμένοι και να τεκμηριώνουν την κρίση ότι λόγω του χαμηλού ύψους του διοικητικού κόστους δεν δημιουργήθηκαν στην ελεγχόμενη περίπτωση συνθήκες αθέμιτου ανταγωνισμού, ενώ θα καλυφθούν όλες οι νόμιμες δαπάνες του έργου. Συνεπώς, δεν δύναται να γίνουν δεκτές γενικές και αόριστες επεξηγήσεις-διευκρινήσεις, οι οποίες αναφέρονται σε αβέβαιες πηγές κάλυψης της ζημίας που είναι, εκ των ων ουκ άνευ, ότι θα προκύψει στις περιπτώσεις του μηδενικού κόστους, με συνέπεια την νόθευση του ανταγωνισμού, την παραβίαση της εργατικής νομοθεσίας και την συμμετοχή στους διαγωνισμούς εταιρειών οι οποίες εκτελούν συμβάσεις, κατά τεκμήριο, ζημιογόνες. Στον αντίποδα οφείλω να αναφέρω ότι απαγορεύεται, όπως έχει δεχθεί το ΔΕΕ, η εισαγωγή και εφαρμογή μιας εθνικής ρύθμισης η οποία επιτάσσει στις Αναθέτουσες Αρχές να λαμβάνουν υπόψη τους συγκεκριμένες αιτιολογήσεις για τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές.¹⁵

Δεν κρίθηκαν ως λυσιτελείς οι ακόλουθες εξηγήσεις – διευκρινήσεις των υποψήφιων αναδόχων : 1) Η αναφορά των υποψήφιων αναδόχων στα διδάγματα της κοινής πείρας και στη συνήθη πρακτική των συναλλαγών και της νομολογίας για την δικαιολόγηση του χαμηλού ύψους δεν παρίσταται ως νόμιμη αιτιολογία.¹⁶ 2) Η επίκληση του γεγονότος ότι, η ανάδοχος εταιρεία διαθέτει τα μέσα και τα σχετικά εργαλεία καθαρισμού, γεγονός που ισχύει για όλες τις εταιρείες που αναλαμβάνουν καθαρισμό κτιρίων, αποκρύπτοντας την παράμετρο του κόστους λειτουργίας και συντήρησης το οποίο βαρύνει υποχρεωτικά τον ανάδοχο και πρέπει να αποτελεί ένα από τα στοιχεία για την τεκμηρίωση της προσφοράς του.¹⁷ 3) Η επίκληση του γεγονότος ότι μια εταιρεία, που δραστηριοποιείται χρόνια στο χώρο, θα χρησιμοποιήσει την υπάρχουσα υποδομή της (απαιτούμενος εποπτικός μηχανισμός και το κατάλληλα εκπαιδευμένο προσωπικό, επαρκείς ποσότητες υλικών που θα διατεθούν για την εκτέλεση της σύμβασης και βρίσκονται ήδη στη διάθεσή της και εν γένει μηχανολογικός εξοπλισμός). Ισχυρισμός που δεν αρκεί για την τεκμηρίωση του ύψους της προσφοράς της, αφού ανεξαρτήτως του ότι συνήθως η επάρκεια του εξοπλισμού προβάλλεται αναπόδεικτα, σε κάθε περίπτωση, πρέπει να προσκομίζονται στοιχεία για το κόστος συντήρησης του εξοπλισμού αυτού, που αποτελεί αναγκαστικά κόστος του έργου. Δ) Ο ισχυρισμός εταιρείας, σε περίπτωση ανάθεσης υπηρεσιών φύλαξης ότι αρκεί η προσκόμιση βιβλίων παγίων από αυτή για την χρησιμοποίηση του εξοπλισμού της, αφού τα σχετικά βιβλία δεν συνοδεύονταν και από άλλα στοιχεία με τα οποία να επεξηγείται επακριβώς, υπό ποιες ιδιαίτερες συνθήκες και μεθόδους που αυτή χρησιμοποιεί, το λειτουργικό κόστος του εξοπλισμού θα είναι σχεδόν μηδενικό, αφού κατά την κοινή πείρα και λογική η χρησιμοποίηση ενός τέτοιου είδους εξοπλισμού συνεπάγεται ένα ελάχιστο κόστος (συντήρησης, αποκατάστασης φθορών ή αντικατάστασης). Ε) Η αναφορά της υποψήφιας αναδόχου ότι τα επίμαχα κόστη είναι «μηδενικά», λόγω του μικρού εύρους εργασιών της επίμαχης φύλαξης, σε σχέση με τον συνολικό όγκο εργασιών της εταιρείας, η οποία άλλωστε αναφορά δεν εκτιμήθηκε ειδικώς και αιτιολογημένα από την Α.Α.¹⁸

ουσιαστική έρευνα και κρίση από την Διοίκηση ...δεν μπορεί να γίνει το πρώτον από το δικαστή των ασφαλιστικών μέτρων.

¹⁵ Αποφ. της 27/11/2011 C- 285-6/99 Impresa Lombardini και Impresa Mantovani Συλλογή 2001,σ.Ι-9233 , σκέψη 29

¹⁶ ΔΕΦ Αθ 217/2013

¹⁷ Απόφ. VI Τμήμα 240/2007

¹⁸ Πράξη IV Τμήμα 39/2016

4. Ενδεικτική περιπτώσιολογία από την οποία καταδεικνύεται η ευρεία κρίση του Δημοσιονομικού Δικαστή.

Τα στοιχεία που αφορούν το διοικητικό κόστος παροχής των υπηρεσιών, το κόστος αναλωσίμων υλικών, καθώς και το εργολαβικό κέρδος είναι στοιχεία που αποσκοπούν στην αναλυτική περιγραφή του κόστους παροχής των υπηρεσιών, ώστε να καταστεί ελέγξιμο το ύψος της οικονομικής προσφοράς σε σχέση με το αντικείμενο της υπηρεσίας.¹⁹ Εδώ το VI Τμήμα δεν εστιάζει στην συμφωνία της προσφοράς με την διακήρυξη και κυρίως με το κριτήριο κατακύρωσης που είναι συνήθως η χαμηλότερη τιμή, αλλά στην πληρότητα της ανάλυσης της προσφοράς, η οποία πρέπει να έχει ένα ελάχιστο περιεχόμενο, ώστε να καταστεί ελέγξιμο το κόστος παροχής των υπηρεσιών που ανατίθενται. Και αυτό διότι τελικό κριτήριο για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών, υπό συνθήκες πάντοτε διαφάνειας και ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων, πρέπει να είναι η σχέση τιμής και απόδοσης του έργου. Αυτό σημαίνει αναζήτηση της βέλτιστης οικονομικής προσφοράς και όχι μόνο της χαμηλότερης οικονομικά προσφοράς.²⁰ Ειδικά στους διαγωνισμούς για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών καθαρισμού το ΕλΣυν έχει δεχθεί ότι είναι απαραίτητο στην οικονομική προσφορά των διαγωνιζομένων, πέραν των λοιπών, να καθορίζεται ένα εύλογο ποσοστό διοικητικού-λειτουργικού κόστους παροχής των προσφερόμενων υπηρεσιών και αναλωσίμων, το οποίο να καλύπτει το κόστος για την απόκτηση και χρήση του εξοπλισμού που θα χρησιμοποιηθεί στην εκτέλεση της σύμβασης, ενώ πρέπει να καταλείπεται και ένα περιθώριο εργολαβικού κέρδους για να μην τίθεται σε κίνδυνο η εκτέλεση της σύμβασης. Δεν απαγορεύεται από τις εφαρμοστέες διατάξεις η χρησιμοποίηση ενός μαθηματικού κριτηρίου (κατωφλίου) για τον προσδιορισμό των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών. Η μη εφαρμογή αυτού του κατωφλίου δεν οδηγεί σε αυτόματη απόρριψη των προσφορών αλλά παρέχεται η δυνατότητα ακρόασης των ενδιαφερομένων για να αποδείξουν την φερεγγυότητα της προσφοράς τους.²¹ Συνεπώς, ο προσδιορισμός ενός ελάχιστου ποσοστού επί του εργατικού κόστους ως διοικητικό κόστος, κόστος αναλωσίμων και εργολαβικό κέρδος είναι δυνατόν να τίθεται από την διακήρυξη, ώστε να διασφαλιστεί εξ αρχής η κάλυψη, στοιχειωδώς, των λειτουργικών αναγκών εκτέλεσης της σύμβασης. Η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει όμως να μην απορρίπτει προσφορές που ως προς τα κονδύλια αυτά υπολείπονται του προσδιοριζόμενου στη διακήρυξη ποσοστού, πριν εξετάσει το μεν, τις συνθήκες εκτέλεσης της σύμβασης το δε, τις παρεχόμενες από τον διαγωνιζόμενο διευκρινήσεις και να κρίνει το εύλογο του ύψους αυτών. Είναι αξιοσημείωτο ότι δεχθήκαμε²² το

¹⁹ Απόφ. VI Τμήμα 2998/2014

²⁰ Στις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαριότητας, φύλαξης, μεταφοράς, εκδόσεων, η επιλογή του κριτηρίου της χαμηλότερης τιμής είναι η καλύτερη ενδεδειγμένη λύση σε μια διαγωνιστική διαδικασία, όπου η Α.Α. γνωρίζει το αντικείμενο που θα προκηρύξει σε τέτοια λεπτομέρεια ώστε να είναι σε θέση να το προδιαγράψει, οπότε της είναι αρκετή η καταρχήν συμφωνία των προσφορών των υποψηφίων με τις απαιτούμενες προδιαγραφές, ενώ η διαφοροποίηση αυτών αφορά μόνο στο ύψος της προσφερόμενης τιμής. βλ και Ψήφισμα του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου της 18^{ης} Μαΐου 2010 σχετικά με τις νέες εξελίξεις στο τομέα των δημοσίων συμβάσεων (2009/2175(INI)) (EE C 161 E/06, σ.38)

²¹ Βλ. Δ.Ε.Ε. C-599/10, SAG ELV Slovensko, σκ.28-29, C-285/99 και C-286/99, Lombardini και Mantovani, σκ.44-55, 67-73, Τμήμ. Μείζ. Συνθ. 3976/2014, VI Τμήμ. 157/2016, 19/2014, 1664, 3016/2012, 3134/2009, 257/2007, 104/2004, ΣτΕ 4035/2008, 2181/2004 κ.α.

²² VI Τμήμ. 157/2016 Επίσης βλέπε την 1079/2009 απόφαση της ΕΑ.ΣτΕ όπου κρίθηκε περίπτωση κατά την οποία η διακήρυξη έθετε αυτό το κατώφλι ορίζοντας ότι όταν η προσφορά του υποψηφίου αναδόχου είναι μικρότερη του 80% του συνολικού προϋπολογισμού του έργου είναι ασυνήθιστη χαμηλή και πρέπει να δοθούν διευκρινήσεις.

ποσοστό του εργολαβικού κέρδους καθώς και διοικητικού κόστους ύψους 2,24% - μειωμένο σε σχέση με το κατώφλι της διακήρυξης εκ ποσοστού 5% του εργατικού κόστους- σε συμφωνία- πλαίσιο μεταξύ του αρμόδιου Υπουργείου και εταιρείας με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών καθαριότητας των κτιριακών εγκαταστάσεων και χώρων του Ν.Ν.Α. και το κρίναμε εύλογο αυτών, λαμβάνοντας υπόψη δύο βασικούς παράγοντες: 1) τις συνθήκες εκτέλεσης της σύμβασης 2) το οικονομικό περιβάλλον και τις αποπληθωριστικές συνθήκες της οικονομίας, κατά τα έτη 2013-2015.

Κρίναμε περαιτέρω, ως εύλογο, το ποσοστό διοικητικού κόστους (0,08 ευρώ ετησίως) σε σύμβαση παροχής υπηρεσιών φύλαξης, αφού η ανάδοχος εταιρεία προσκόμισε αντίγραφα τιμολογίων αγοράς ετών 2013-2013 επαρκών ποσοτήτων υλικών που θα διατεθούν για την εκτέλεση της σύμβασης (αλεξίσφαιρα γιλέκα, στολές μέσα ασύρματης επικοινωνίας φακοί κλπ), όπου διαπιστώθηκε ότι ενόψει του χρόνου της αγοράς τους δεν θα προκληθεί πρόσθετο κόστος κατά τη χρήση αυτών, επίσης τυχόν πρόσθετα κόστη που θα προκύψουν, στα οποία περιλαμβάνεται το λειτουργικό κόστος χρήσης μεταφορικών μέσων για την εκτέλεση της εποχουμένης περιπόλου θα καλυφθούν από τα καθαρά κέρδη της εταιρείας, όπως αυτά προκύπτουν από τους ισολογισμούς των τελευταίων ετών. Τα ως άνω στοιχεία τα οποία δόθηκαν συμπληρωματικά ενώπιον του Τμήμ. Μείζ. Επταμ. Συνθ. εκτιμήθηκαν, για λόγους οικονομίας της διαδικασίας, από το ίδιο και δεν αναπέμφθηκε η υπόθεση στο αρμόδιο Κλιμάκιο.²³

5. Η φύση και η έκταση του έλεγχου που ασκείται από το Ε.Σ. προληπτικά στην διαδικασία και στο σχέδιο της σύμβασης παροχής υπηρεσιών. Τα διάφορα νομολογιακά στάδια.

Ο έλεγχος που ασκεί το Ελεγκτικό Συνέδριο στις συμβάσεις μεγάλης οικονομικής αξίας είναι προληπτικός έλεγχος νομιμότητας με στοιχεία όμως ουσιαστικής κρίσης στο μέτρο που εκτείνεται στο σύνολο των υπαγωγών της ελεγχόμενης εκάστοτε Αναθέτουσας Αρχής.²⁴ Εν προκειμένω, το Δικαστήριο μας ελέγχει αν η γενόμενη υπαγωγή στις αόριστες έννοιες «ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά» καθώς και « εύλογο διοικητικό κόστος» είναι ορθή, υπό την προϋπόθεση πάντοτε ότι δεν υποκαθιστά την Αναθέτουσα Αρχή στον έλεγχο που όφειλε να διενεργήσει πρωτογενώς. Εν προκειμένω, η διαδικασία που προέβλεπε το άρθρο 52 του π.δ.60/2007 και ήδη το άρθρο 88 του ν.4412/2016 για την παροχή διευκρινήσεων – επεξηγήσεων, κατά την ανάθεση δημόσιων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών, είναι ένας ουσιαστικός μηχανισμός για την ανεύρεση και τον αποκλεισμό ζημιωγόνων προσφορών, ώστε να μην προκαλείται στρέβλωση στον ανταγωνισμό μεταξύ των διαγωνιζομένων εταιρειών²⁵, να μην παραβιάζεται η εργατική νομοθεσία και να διασφαλίζεται η ισότητα των διαγωνιζομένων με την αποφυγή προσφορών που είναι πλασματικές, αφού δεν περιέχουν δεδομένα και αναπόφευκτα λειτουργικά έξοδα για την εκτέλεση της σύμβασης. Το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης δέχεται ότι συνιστά επιταγή του κοινοτικού δικαίου η ύπαρξη ουσιαστικού εδραιωμένου διαλόγου μεταξύ της Α.Α. και των υποψηφίων ούτως ώστε, να χορηγείται στους τελευταίους η δυνατότητα να αποδείξουν τη σοβαρότητα της προσφοράς τους.²⁶

²³ Βλ. Μείζ. Επταμ. Συνθ.1077/2016

²⁴ Βλ. Πάνος Λαζαράτος , Η έκταση του ελέγχου νομιμότητας μεγάλων συμβάσεων από το Ελεγκτικό Συνέδριο στην ΘΠΔΔ 2008, σελ.1154 επομ.

²⁵ Βλ. Ε.Πρεβεδούρου, Η έκταση του δικαστή των ασφαλιστικών μέτρων ,ΘΠΔΔ 2012, σελ .963 επομ.

²⁶ C -599/2010 SAG ELV Slovenko a.s. σκέψη 28 με παραπομπή στην απόφαση της 27ης Νοεμβρίου 2001 ,C -285/1999 k C -286/99 Lombardini και Mantovani

Ο ρόλος του δημοσιονομικού δικαστή όπως και ο ρόλος του ακυρωτικού δικαστή, αν και ο πρώτος έχει ευρύτερη εξουσία ελέγχου σε σχέση με τον δεύτερο και μάλιστα a priori, είναι καίριος. Αν και υπάρχουν νομολογιακές διακυμάνσεις για το κατά πόσο μπορεί ο δημοσιονομικός δικαστής να προβεί σε ουσιαστική έρευνα στοιχείων των οικονομικών προσφορών για το εύλογο ύψος τους ή μη, τα οποία ανάγονται στον επιχειρηματικό κίνδυνο που αναλαμβάνει ο οικονομικός φορέας που συμμετέχει σε μια διαγωνιστική διαδικασία²⁷, έχει παγιωθεί πλέον η νομολογία σύμφωνα με την οποία στις περιπτώσεις αυτές γίνεται ευρύς έλεγχος αιτιολογίας της πράξης της Αναθέτουσας Αρχής που αποδέχθηκε διευκρινήσεις για το χαμηλό και σχεδόν μηδενικό διοικητικό κόστος σε συμβάσεις ανάθεσης παροχής υπηρεσιών. Και αυτό διότι, όπως άλλωστε ρητά συνάγεται από τη νέα διάταξη του άρθρου 88 του ν.4412/2016)²⁸ ο νομοθέτης θέλησε σε διαγωνισμούς με κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή, οι αναθέτουσες αρχές να επιδεικνύουν ιδιαίτερη πρόνοια ώστε να τηρείται η νομιμότητα και να διασφαλίζεται ότι οι μειοδότες υποβάλλουν σοβαρές, βιώσιμες και τεκμηριωμένες προσφορές οι οποίες, prima facie, είναι ασυνήθιστα χαμηλές και επιπλέον ότι ο προσφέρων διαθέτει τα αναγκαία εχέγγυα για την προσήκουσα και σύμφωνη με τις ανειλημμένες υποχρεώσεις του εκτέλεση του έργου σε περίπτωση που αναδειχθεί ανάδοχος.

Ο δικαστής ο οποίος θα ελέγξει τη διαδικασία είτε a priori, είτε κατά την εκτέλεσή της, αυτό που πρέπει να διασφαλίσει είναι το μοίρασμα των κινδύνων κατά την ανάθεση και εκτέλεση μιας σύμβασης, διασφαλίζοντας με κάθε τρόπο, με τις υπαγωγές που θα κάνει σε κάθε περίπτωση ότι θα τηρηθεί η αρχή της ίσης και σύννομης μεταχείρισης όλων των υποψηφίων και ότι θα προστατευθεί το δημόσιο συμφέρον.

6. Στόχος της ελεγκτικής a priori διαδικασίας.

Ο έλεγχος των συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας ο οποίος ασκείται ήδη από το έτος 1993, προβλέφθηκε ως έλεγχος νομιμότητας της διαδικασίας ανάληψης από μια δημόσια αρχή μιας συμβατικής υποχρέωσης με δημοσιονομικές συνέπειες, κατοχυρώθηκε δε και συνταγματικά με την αναθεώρηση του Σ το έτος 2001 και περιελήφθη ρητώς και ειδικώς στο άρθρο 98 παρ.1 Σ, ως μια επιπλέον ελεγκτική αρμοδιότητα του ΕλΣυν, κατοχυρωμένη και συνταγματικά. Η πρόθεση του συνταγματικού νομοθέτη ήταν να αποδώσει συνταγματική αξία στον συγκεκριμένο, νομοθετικώς προβλεπόμενο θεσμό του ελέγχου των σχεδίων συμβάσεων, πριν από την υπογραφή τους.²⁹ Αν λοιπόν ο δημοσιονομικός δικαστής περιοριζόταν σε ένα τυπικό έλεγχο της αιτιολογίας αποδοχής των προσφορών που είναι ασυνήθιστα χαμηλές, ο έλεγχος των συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας, ο οποίος έχει ιδιαίτερη αξία, την οποία αναγνώρισε ο συνταγματικός νομοθέτης το 2001, λόγω του στοιχείου της πρόληψης, θα έχανε την αξία του καθώς και την αποτελεσματικότητά του. Αυτό που αναγνώρισε κατ' ουσία ο συνταγματικός νομοθέτης είναι η εγγυητική a priori επέμβαση του δημοσιονομικού δικαστή στην διασφάλιση της νομιμότητας της συναλλακτικής δράσης της διοίκησης.

Με νομικό λόγο ευθύβολο και διαυγή καλούμαστε, λοιπόν, να αναμετρηθούμε με το στόχο της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων καθώς και του υγιούς ανταγωνισμού και χωρίς να παίρνουμε μια «υπεροπτική απόσταση» από την

²⁷ Βλ. αποφ. VI Τμήμ. 2090/2011

²⁸ Με τη νέα διάταξη η Α.Α. ... απαιτεί από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή και το κόστος που προτείνουν με την προσφορά τους.

²⁹ Βλ. Πρακτικά Ολ. Ελ. Συν. 22^{ης} Γεν. Συν. 19/11/2014

διαρκώς μεταβαλλόμενη πραγματικότητα, οφείλουμε να δίνουμε λύσεις στα πλαίσια της νομιμότητας.

Κλείνοντας, δεν μου μένει παρά να αναρωτηθώ, πόσο άραγε κινδυνεύουν οι στόχοι της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων και του υγιούς ανταγωνισμού, για τους οποίους ο συνταγματικός νομοθέτης μας ανέθεσε την ειδική αυτή αποστολή, από την ακραία κυριαρχία της λογικής της αγοράς.