

Το δημόσιο συμφέρον και η προστασία του αναδόχου μέσα από την εφαρμογή των ρητρών του ΑΚ στις δημόσιες συμβάσεις* **

Περίληψη: Στη μελέτη αναφέρεται η ιδιομορφία του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και προτείνεται η εφαρμογή των άρθρων 281 και 288 ΑΚ στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων. Μέσω μιας πρακτικής υπόθεσης, ο συγγραφέας αναδεικνύει τα αδιέξοδα του διοικητικού δικαίου και προτείνει την εφαρμογή διατάξεων του ΑΚ για την επίλυση της υπόθεσης για να καταλήξει στην πρότασή του για εμπλοκή του ιδιωτικού δικαίου και των πολιτικών δικαστηρίων στις δημόσιες συμβάσεις.

Γρηγόρης Πελεκάνος

Senior Partner, Μπάλλας - Πελεκάνος & Συνεργάτες Α.Ε.Δ.Ε.

Περιεχόμενα

- A. Εισαγωγή
- B. Η Υπόθεση
- Γ. Οι αγκυλώσεις και τα αδιέξοδα του Διοικητικού Δικαίου και του Δικαίου των Δημοσίων Συμβάσεων
- Δ. Η δυνατότητα ευθείας εφαρμογής των γενικών ρητρών του Αστικού Κώδικα στις δημόσιες συμβάσεις
- E. Η προστασία του συμφέροντος του αναδόχου ως προϋπόθεση της προστασίας του δημοσίου συμφέροντος
- ΣΤ. Αντί Επιλόγου

A. Εισαγωγή

Η νομοθεσία για τις δημόσιες συμβάσεις είναι αχανής και αντιπαραγωγική. Στο θεμέλιό της είναι οι γνωστές παθογένειες του Ελληνικού Δημοσίου και της ελληνικής κοινωνίας: καχυποψία προς και διαπλοκή με τον ιδιωτικό τομέα, έλλειψη ικανού αριθμού έμπειρων στελεχών του Δημοσίου, κακή διάρθρωση των υπηρεσιών, φόβος ανάληψης ευθύνης και δυστυχώς διάχυτη αίσθηση διαφθοράς. Οι αδυναμίες αυτές έχουν οδηγήσει σε νομοτετήματα που περιορίζουν δραστικά τις δυνατότητες προσαρμογής μιας σύμβασης στις πραγματικές ανάγκες του έργου ή προμήθειας. Αντί για συμβάσεις

που τυχάνουν διαπραγμάτευσης από γνώστες του αντικειμένου και αντί για σωστή επίβλεψη των εργασιών-προμηθειών υιοθετείται ένα μοντέλο που επιβάλλει συμβατικές διατάξεις- «ζουρλομανδύα», μη διαπραγματεύσιμες, που δεν μπορούν να προσαρμοστούν στις ανάγκες και την πάντα μη απολύτως προβλέψιμη εξέλιξη ενός έργου. Αντί για διαπραγμάτευση συμβάσεων από επιτελεία των δύο μερών έχουμε συμβάσεις «ζουρλομανδύες» και αντί για σωστή επίβλεψη και προσαρμογή έχουμε άκαμπτες διαδικασίες. Το κυρίαρχο μοντέλο είναι dirigiste, ένα σύστημα κρατικού ελέγχου και διοικητικών ρυθμίσεων. Στο άρθρο αυτό υποστηρίζεται άλλη προσέγγιση: ένα μοντέλο προσαρμοσμένο στο φιλελεύθερο οικονομικό σύνταγμα μας με ευελιξία αλλά και εποπτεία.

Το Κράτος εφαρμόζει βεβαίως τις Κοινοτικές Οδηγίες για τις διαγωνιστικές διαδικασίες στις δημόσιες συμβάσεις και προμήθειες. Έχουμε και Επιτροπή Ανταγωνισμού για τον έλεγχο των περιοριστικών συμπεριφορών μεταξύ φορέων του ιδιωτικού τομέα και δύο Αρχές για τις δημόσιες συμβάσεις. Έχουμε άρτια νομοθεσία και ειδικές Αρχές (ανεξάρτητες διοικητικές και ανεξάρ-

* Το κείμενο αποτέλεσε εισήγηση στο 1ο Πανελλήνιο Συνέδριο Δημοσίων Συμβάσεων που διοργανώθηκε διαδικτυακά στις 15 & 16 Δεκεμβρίου 2021 από τη ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ και το επιστημονικό Περιοδικό «Θεωρία και Πράξη Διοικητικού Δικαίου» (ΘΠΔΔ).

** Ο συγγραφέας επιθυμεί να ευχαριστήσει για τη συμβολή τους τους εξής συνεργάτες της δικηγορικής εταιρείας «Μπάλλας, Πελεκάνος και Συνεργάτες ΑΕΔΕ»: i) το κ. *Αλέξανδρο Ράμμο* LL.M., Δικηγόρο, Senior Associate, ii) την κα. *Βασιλική Στάθη*, LL.M., ασκ. Δικηγόρο, και iii) τον κ. *Διονύσιο Φωτόπουλο*, φοιτητή Νομικής ΕΚΠΑ, συνεργάτη.

τητες δικαστικές-εισαγγελικές) για την καταπολέμηση της διαφθοράς. Και προφανώς υπάρχει μεγάλη εμπειρία διεθνής και ελληνική στην κατασκευή κάθε είδους δημοσίου έργου και κάθε είδους προμήθειας. Πρότυπα συμβάσεων υπάρχουν για κάθε τι. Παρόλη τη λεπτομερή ρύθμιση, το βασικό νομοθέτημα - εργαλείο, ήτοι ο Ν 4412/2016, μέχρι την 1η Σεπτεμβρίου 2021, υπέστη 564 τροποποιήσεις. Ήδη όπως γράφονται αυτές οι γραμμές κυοφορείται η συγχώνευση των δύο Αρχών. Δεν χρειάζεται άλλη απόδειξη του πόσο αντιπαραγωγικό είναι το μοντέλο να ορίζονται οι συμβατικές ρυθμίσεις δια νόμου.

Οι πρόσφατες τροποποιήσεις του Ν 4412/2016 που επέφερε ο Ν 4782/2021 ενισχύουν το ασφυκτικό κλοιό καταργώντας ουσιαστικά και την διάκριση διοικητικών και ιδιωτικών συμβάσεων δημοσίων έργων και προμηθειών καθώς υφίσταται πλέον αποκλειστική αρμοδιότητα των Διοικητικών Εφετείων και του Συμβουλίου της Επικρατείας είτε είναι ιδιωτική σύμβαση είτε είναι διοικητική σύμβαση δημοσίου έργου. Ουσιαστικά επίσης τίθεται εκποδών η δυνατότητα συνομολόγησης διαιτησίας, κάτι που είναι αποτρεπτικό - ελπίζω να μην ήταν αυτή η επιδίωξη- για την προσέγκυση ιδίως αλλοδαπών εργολάβων και προμηθευτών. Η τάση διοικητικοποίησης περιορίζει, αν δεν καταργεί, τις δοκιμασμένες και συναλλακτικά ευέλικτες αρχές και διατάξεις του ιδιωτικού δικαίου. Στις δημόσιες συμβάσεις εφαρμόζονται κανόνες δημοσίου δικαίου, βάσει των οποίων ο αντισυμβαλλόμενος φορέας-κράτος παρουσιάζεται ως *potentior persona* με ειδικές συμβατικές ρήτρες, οι οποίες τον ευνοούν. Στο σημείο αυτό, η ελευθερία των συμβάσεων, ως εκδήλωση του δικαιώματος της οικονομικής ελευθερίας, αναφορικά με τη διαμόρφωση του περιεχομένου της σύμβασης, υποχωρεί¹. Η αρχή της νομιμότητας στη δράση του Δημοσίου, αν και υπηρετεί καλό σκοπό, δηλαδή να μην αυθαιρετεί το Κράτος, εντούτοις στην εφαρμογή του στις δημόσιες συμβάσεις οδηγεί σε άδικα αποτελέσματα, που για να αντιμετωπιστούν πλέον απαιτούν αλλαγή νόμου ή την κύρωση σύμβασης με νόμο, και όχι απλά τροποποίηση σύμβασης.

Γενικότερα, η ελευθερία των συμβάσεων μπορεί να περιοριστεί από το νόμο όπως προκύπτει από την ίδια τη διάταξη του άρθρου 5 παρ. 1 Συντ., προκειμένου να προστατευθούν άλλα δικαιώματα, όμως ο νομοθέτης οφείλει να σεβαστεί στο σημείο αυτό τους «περιορισμούς των περιορισμών» των ατομικών δικαιωμάτων².

Β. Η Υπόθεση

Όλα αυτά μπορούν να γίνουν αντιληπτά με μια-πραγματική- υπόθεση, που δείχνει το παραλογισμό που ελλοχεύει στην διοικητικοποίηση μιας συναλλαγής που θα έπρεπε να διέπεται από κανόνες ιδιωτικού δικαίου. Τα πραγματικά περιστατικά έχουν αλλοιωθεί ώστε να μην είναι δυνατή η ταυτοποίηση.

Υφίσταται μια σύμβαση, εν μέρει κατασκευαστική και εν μέρει προμήθειας μεταξύ Ελληνικού Δημοσίου ως Αναθέτουσας Αρχής και της Αναδόχου ιδιωτικής επιχείρησης, η οποία είναι σε εξέλιξη από το 2010. Μέρος της σύμβασης αυτής εκτελείται από ελληνική υπεργολαβική δημόσια επιχείρηση. Λόγω των καθυστερήσεων της ελληνικής υπεργολαβικής δημόσιας επιχείρησης προκύπτει η ανάγκη παράτασης της αρχικής 4ετούς διάρκειας της σύμβασης. Για το λόγο αυτό, πριν την λήξη της αρχικής διάρκειας τον Δεκέμβριο του 2014, η Ανάδοχος συμφώνησε με την Αναθέτουσα Αρχή το Φθινόπωρο του 2014 τετραετή παράταση της μεταξύ τους δημόσιας σύμβασης, μέχρι δηλαδή το Δεκέμβρη 2018. Η παράταση μέχρι το Δεκέμβρη του 2018 ήταν αναγκαία για λόγους που δεν αφορούσαν τον Ανάδοχο αλλά την ελληνική δημόσια υποκατασκευαστική εταιρεία.

Τα δύο Μέρη, Αναθέτουσα Αρχή και Ανάδοχος, βρίσκονταν σε συνεχή επικοινωνία καθόλο το επόμενο διάστημα, ο Ανάδοχος συνέχισε τις εργασίες του και η Αναθέτουσα Αρχή τον έλεγχο των εν λόγω εργασιών. Σε τακτά χρονικά διαστήματα γίνονται Progress Review Meetings με τήρηση πρακτικών, με αντικείμενο την πρόοδο των εργασιών και τις τμηματικές παραδόσεις, που εγκρίνονταν, όλα με αναφορά στη τελική παράδοση πριν την κατά παράταση λήξη της διάρκειας της σύμβασης το Δεκέμβρη 2018.

Ο Ανάδοχος παρέδωσε το έργο νωρίτερα και ανέμενε την τελική αποδοχή, προκειμένου να εισπράξει την συμβατική του αμοιβή. Προς έκπληξή του, όχι μόνο το έργο δεν έγινε αποδεκτό, αλλά απειλήθηκε με χρηματικές ποινές για καθυστέρηση παράδοσης. Η άρνηση τελικής αποδοχής καθώς και οι χρηματικές ποινές που του καταλογίστηκαν οφείλονται στο γεγονός ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν προέβη στις διαδικασίες ολοκλήρωσης της τροποποίησης παράτασης της σύμβασης και η Αναθέτουσα Αρχή τοποθετήθηκε υποστηρίζοντας ότι, εφόσον δεν έγινε η νόμιμη και εμπρόθεσμα η τροποποίηση, η αρχική σύμβαση έληξε το 2014, τροποποίηση λήξασας σύμβασης δεν νοείται και ως αποτέλεσμα η παράδοση θεωρήθηκε εκπρόθεσμη από το 2014.

1. Π. Παραράς, Οικονομική Ελευθερία Άρθρο 5 παρ. 1 Σ, εκδ. Σάκκουλα, 2019, σελ. 350, 351.

2. Κ. Χρυσόγονος, Σ. Βλαχόπουλος, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 227, 228.

Γ. Οι αγκυλώσεις και τα αδιέξοδα του Διοικητικού Δικαίου και του Δικαίου των Δημοσίων Συμβάσεων

Η Αναθέτουσα Αρχή- Ελληνικό Δημόσιο, δεν ολοκλήρωσε εσωτερικές διαδικασίες τροποποίησης της σύμβασης, διαδικασίες που μόνο αυτή ελέγχει και ενώ το λάθος είναι δικό της επικαλείται την αρχή της νομιμότητας και πρακτικά επιτείνει το δικό της λάθος με μία αδικία, ήτοι το λάθος της να το χρεωθεί η Ανάδοχος. Ενόψει των δέσμιων αρμοδιοτήτων που γεννά το δικαίο των δημοσίων συμβάσεων, κάθε απόκλιση θα συνιστούσε πειθαρχική παράβαση των εμπλεκόμενων δημοσίων υπαλλήλων και ενδεχόμενα και ποινική. Όπως είναι ευρέως γνωστό, κατά την σύναψη και εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων, η Διοίκηση δεσμεύεται από την αρχή της νομιμότητας³. Η Διοίκηση οφείλει όχι μόνο να συμφωνεί σε όρους που δεν παραβιάζουν την αρχή της νομιμότητας, αλλά και σε περίπτωση αμφιβολίας οφείλει να ερμηνεύει του όρους αυτούς σύμφωνα με την αρχή της νομιμότητας⁴.

Οι αγκυλώσεις και τα αδιέξοδα του Διοικητικού Δικαίου θα μπορούσαν, ενδεχομένως, με την εφαρμογή της αρχής της φανεράς δράσης της διοίκησης, την αρχή της χρηστής διοίκησης και την αρχή του estoppel, να θεραπευτούν και να καταστεί δυνατή η αποτελεσματική λειτουργία των συμβάσεων δημοσίων έργων.

Ειδικότερα:

- Η αρχή της φανεράς δράσης της Διοίκησης σύμφωνα με την οποία κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, ουδείς διοικούμενος δύναται να απωλέσει τα νόμιμα δικαιώματά του επειδή δεν γνώριζε την εσφαλμένη εσωτερική διαδικασία για την έκδοση μιας διοικητικής πράξης⁵.
- Η αρχή της χρηστής διοίκησης, της επιείκειας και της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικούμενου σύμφωνα με την οποία κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, ουδείς διοικούμενος δύναται να απωλέσει τα νόμιμα δικαιώματα εφόσον με θετικές ενέργειες της Διοικήσεως του δημιουργήθηκε

η σταθερή και εύλογη πεποίθηση ότι ορισμένη συμπεριφορά του είναι νόμιμη⁶.

• Η πρωτότυπη αρχή του estoppel, την οποία αναγνωρίζει το ΕΔΔΑ, το ΔΕΕ και ειδικά το Ελεγκτικό Συνέδριο⁷ κατ' επίκληση του άρθρου 62 παρ. 3 περ. β' ΚΔΔ, σύμφωνα με την οποία η ίδια η Διοίκηση οφείλει να αναλαμβάνει τον κίνδυνο των παραλείψεων των οργάνων της⁸, τυχόν δε επίρριψη του βάρους στους καλόπιστους διοικουμένους που ενεργούσαν για μεγάλο χρονικό διάστημα έχοντας δικαιολογημένη πεποίθηση ότι δρούσαν νόμιμα, διαταράσσει άνευ ετέρου τη δίκαιη ισορροπία μεταξύ του υπηρετούμενου σκοπού και της προστασίας της περιουσίας των προσώπων αυτών, όταν μάλιστα δεν διακυβεύονται άμεσα συμφέροντα τρίτων⁹. Στην ίδια κατεύθυνση, η ΔΕφΑθ 1492/2013 έχει αποφανθεί ρητά ότι στα πλαίσια της αρχής του estoppel, δεν μπορεί να αποβεί σε βάρος του διοικούμενου η δυσμενής γι' αυτόν παράλειψη της Διοίκησης, διότι η Διοίκηση δεν μπορεί, επικαλούμενη δική της παράλειψη, για την οποία δεν ευθύνεται ο διοικούμενος να αρνείται τη συναγωγή ευνοϊκών έννομων συνεπειών.

Όμως, οι ανωτέρω αρχές αφορούν και ρυθμίζουν τη διαδικασία και όχι το περιεχόμενο των πράξεων, δηλαδή δικαιολογούν την αποχή της διοίκησης από την έκδοση άδικης πράξης, αλλά όχι την υιοθέτηση μιας δίκαιης contra legem πράξης.

Στην παρούσα υπόθεση, με βάση τις αρχές του Διοικητικού Δικαίου, η Αναθέτουσα Αρχή θα μπορούσε να απέχει από την επιβολή των χρηματικών ποινών, αλλά όχι και να προχωρήσει σε αποπληρωμή του τιμήματος. Σημειώνεται ότι η μη επιβολή χρηματικών ποινών είναι δίκαιη στην υπό εξέταση περίπτωση, αλλά εξακολουθεί να υφίσταται αδικία από τη στιγμή που παραδόθηκε έργο, το οποίο, όμως, δεν αποπληρώθηκε.

6. Β. Βαθρακοκόιλης, ΕΡΝΟΜΑΚ - Γενικό Ενοχικό (Άρθρα 287-495), τόμ. 2, 2003, σελ. 32, ΣτΕ 2582/2015, 2674/2013, 608/2004, ΣτΕ 548/2004, ΔΕφΑθ 5291/2015, ΝΣΚ 213/2016 και ΑΕΠΠ 295/2018.

7. ΕΣ (Ολ) 287/2017.

8. Αρχή του estoppel, βλ. και την απόφ. του ΕΔΔΑ της 5.1.2000 Beyeler κατά Ιταλίας, σκ. 120.

9. ΕΔΔΑ της 26.11.2013 «Bogdel κατά Λιθουανίας», σκ. 65 και 66, της 12.11.2013 «Pyrantiene κατά Λιθουανίας», σκ. 55, της 16.5.2013, της 20.5.2010 «Lelas κατά Κροατίας», σκ. 73, της 11.6.2009 «Trgo κατά Κροατίας», σκ. 67, της 13.12.2007, «Gashi κατά Κροατίας», σκ. 40, της 5.11.2002 «PINCOVA και PINC κατά Τσεχίας», σκ. 58.

3. Βλ. Τ-461/08 «Ευρωπαϊκή Δυναμική» σκ. 6 και 89.

4. Βλ. Γμδ ΝΣΚ 2/2008 και αποφάσεις του Δικαστηρίου ΕΕ της 21ης Μαρτίου 1991, C-314/89, Rauh, Συλλογή 1991, σ. I-1647, σκέψη 17 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία, και της 29ης Ιουνίου 1995, C-135/93, Ισπανία κατά Επιτροπής, Συλλογή 1995, σ. I-1651, σκ. 37.

5. Βλ. Ε. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, παρ. 168, ΣτΕ 1696/1950.

Δ. Η δυνατότητα ευθείας εφαρμογής των γενικών ρητρών του Αστικού Κώδικα στις δημόσιες συμβάσεις

Το εν λόγω αδιέξοδο θα μπορούσε να επιλυθεί εφόσον η Αναθέτουσα Αρχή υποχρεούταν να ενεργήσει όπως θα ενεργούσε οποιοσδήποτε ιδιώτης, βάσει των γενικών ρητρών του ΑΚ για την ευθύνη από διαπραγματεύσεις (άρθρα 197, 198 ΑΚ), την αρχή της καλής πίστης (άρθρα 173, 200, 288 ΑΚ) και την απαγόρευση καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος (άρθρο 281 ΑΚ).

Όμως, στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων και ειδικά σε περιπτώσεις που προκύπτουν απρόβλεπτες δυσκολίες στο στάδιο εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων¹⁰, μόνο αναλογικά μπορεί να εφαρμοστεί η αρχή της καλής πίστης κατά τα άρθρα 173, 200, 288 ΑΚ, ως θεμελιακή αρχή του δικαίου και μόνο στο πλαίσιο της αρχής της νομιμότητας και στα όρια που επιτρέπει η νομιμότητα.

Όπως είναι γνωστό, στο άρθρο 200 ΑΚ καθιερώνεται η αντικειμενική ερμηνεία των συμβάσεων, σύμφωνα με την οποία στους όρους μιας σύμβασης πρέπει να αποδίδεται το νόημα που της αποδίδει ο μέσος, έντιμος, κοινωνικός άνθρωπος του οικείου κύκλου συναλλαγών. Έτσι επιτυγχάνεται η προστασία των συναλλασσόμενων, τα συμφέροντα των οποίων κινδυνεύουν, εάν μια δήλωση βούλησης που τους αφορά ισχύσει με το νόημα που την κατανοεί μόνο ο δηλώσας. Η ανωτέρω διάταξη, και οι άλλες που εκφράζουν τη αρχή της καλής πίστης στον Αστικό Κώδικα μπορούν να εφαρμοστούν μόνο σε περιπτώσεις που δεν προβλέπεται από το νόμο άλλη προστασία των συμβαλλομένων κατά την εκπλήρωση των υποχρεώσεών τους¹¹. Οι διατάξεις αυτές λειτουργούν συμπληρωματικά στις συμφωνηθείσες ρήτρες καθώς και διορθωτικά επ' αυτών.

Ειδικότερα, το άρθρο 200 ΑΚ αναφέρεται στην μέθοδο, στον τρόπο ερμηνείας της σύμβασης, ενώ το 288 ΑΚ συνιστά νομοθετική επιταγή που επιτάσσει την τήρηση αυτών που επιβάλλεται από τη συναλλακτική καλή πίστη. Πάντως, συχνά εξομοιώνονται οι δύο αυτές διατάξεις. Όπως είναι γνωστό με το 288ΑΚ μπορεί να τροποποιηθεί η υποχρέωση παροχής και η οφειλόμενη παροχή και ας μη συντρέχουν οι περιστάσεις της απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών του άρθρου 388ΑΚ.

Το άρθρο 288 ΑΚ διαφοροποιείται από το 281 ΑΚ κατά τη λεκτική τους διατύπωση, καθώς το πρώτο αφορά

την εκπλήρωση της παροχής, ενώ το δεύτερο την άσκηση δικαιώματος.

Οι δυνατότητες επίκλησης των διατάξεων αυτών ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων είναι περιορισμένες. Η εφαρμογή διατάξεων του ΑΚ για την επίλυση διαφορών που αναφέρονται κατά το στάδιο εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων εκ μέρους των διοικητικών δικαστηρίων είναι αρκετά περιορισμένη και μάλλον επιλεκτική. Αυτό συμβαίνει ιδίως λόγω της εξαντλητικής ρύθμισης των οικείων θεμάτων με ειδικές διατάξεις, ή από την ίδια τη σύμβαση. Βέβαια ακόμη και όταν δεν υπάρχουν ειδικές ρυθμίσεις, η νομολογία αποφεύγει τη συμπληρωματική εφαρμογή διατάξεων του ΑΚ, επικαλούμενη την ιδιωτικού δικαίου φύση των συγκεκριμένων διατάξεων¹². Σύμφωνα εξάλλου με τη νομολογία του ΣτΕ, το άρθρο 281 ΑΚ δεν βρίσκει εφαρμογής στο δημόσιο δίκαιο και αντ' αυτού χρησιμοποιείται το άρθρο 25 παρ. 3 Συντ., με βάση το οποίο ο συνταγματικός νομοθέτης απαγορεύει ρητώς την κατάχρηση δικαιώματος.

Ε. Η προστασία του συμφέροντος του αναδόχου ως προϋπόθεση της προστασίας του δημοσίου συμφέροντος

Αξίζει να σημειωθεί ότι τόσο το ΕΔΔΑ όσο και το ΣτΕ έχουν υπογραμμίσει ότι η έννοια του «δημοσίου συμφέροντος» δεν μπορεί να ταυτίζεται με μια ευκαιρική και στενή ερμηνεία του κρατικού ταμειακού συμφέροντος¹³. Προς αυτήν την ορθή κατεύθυνση, οι λύσεις τύπου «εν αμφιβολία υπέρ του ταμειακού κρατικού συμφέροντος» αγνοώντας το συμφέρον του αναδόχου μακροπρόθεσμα επιδεινώνουν την φερεγγυότητα του δημοσίου και αποβαίνουν εις βάρος του ταμειακού του συμφέροντος. Σημειώνεται βέβαια, σε αντίθεση με τη νομολογία του ΣτΕ ότι σε αμυντικές προμήθειες πρότυπες συμβάσεις ορίζεται: «*Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καταγγείλει οποτεδήποτε την σύμβαση για λόγους δημοσίου συμφέροντος, στους οποίους συμπεριλαμβάνονται και οι λόγοι αποδεδειγμένης αδυναμίας τήρησης της συμφωνίας για οικονομικούς λόγους...*»!

Κανένας συνετός, αξιόπιστος και έμπειρος ανάδοχος δεν επιθυμεί να εμπλακεί άνευ λόγου σε μια πολύπλοκη διαγωνιστική διαδικασία, η οποία μπορεί να οδηγήσει σε μια σύμβαση η εκτέλεση της οποίας θα εξαρτάται αποκλειστικά από άκαμπτες κανονιστικές ρυθμίσεις με καθοριστικό παράγοντα το ταμειακό συμφέρον του

10. Κ. Καλλικάκη, Η εφαρμογή διατάξεων του Αστικού Κώδικα στις δημόσιες συμβάσεις, Διοικητική Δίκη, τεύχος 4/2019, σελ. 562.

11. Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, εκδ. Σάκουλα, 3η εκδ. 2019, σελ. 700.

12. Κ. Καλλικάκη, Η εφαρμογή διατάξεων του Αστικού Κώδικα στις δημόσιες συμβάσεις, Διοικητική Δίκη, τεύχος 4/2019, σελ. 562.

13. Βλ. ΕΔΔΑ Ζουμπουλίδη κατά Ελλάδος (25.6.2009), ΕΔΔΑ Μεϊδάνης κατά Ελλάδος (22.5.2008), ΣτΕ (ΟΛ) 1663/2009.

αντισυμβαλλόμενου του. Εάν ο ανάδοχος αυτός αποφάσιζε να συμμετάσχει στην διαδικασία αυτή, θα είχε τουλάχιστον εκ των προτέρων προϋπολογίσει και εντάξει στην προσφορά του την αυξημένη διακινδύνευση τόσο για την συμμετοχή όσο και για την πολύ πιθανή περίπτωση που η εκτέλεση της σύμβασης δεν θα εξελισσόταν ομαλά λόγω γραφειοκρατικής ακαμψίας και ως αποτέλεσμα προσφορά αυτή θα είναι πολύ πιο ακριβή από ότι εάν υπήρχε η ασφαλιστική εγγύηση της *contra legem administrativum* ενέργειας της αναθέτουσας αρχής. Σε κάθε περίπτωση, η ακαμψία του νόμου και των διοικητικών διαδικασιών εκτρέφει τη διαπλοκή και την διαφθορά.

Συμπεραίνεται επομένως ότι η έννοια του δημοσίου συμφέροντος πρέπει να περιλαμβάνει τη «δίκαιη μεταχείριση του αναδόχου» και εφόσον με τον τρόπο αυτό επιτευχθεί η διεύρυνση της έννοιας του δημοσίου συμφέροντος να επιτρέπεται η αξιοποίηση από τα αρμόδια δικαστήρια, στο πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων, της αρχής της καλής πίστης με βάση τον ΑΚ όσον αφορά τις

υποχρεώσεις κατά τις διαπραγματεύσεις, την ερμηνεία της σύμβασης, την εκπλήρωση των υποχρεώσεων και την άσκηση των δικαιωμάτων.

ΣΤ. Αντί Επιλόγου

Προτείνεται λοιπόν η υπέρβαση: δημόσιες συμβάσεις με διαπραγμάτευση και ιδιωτικό δίκαιο και υπαγωγή στα πολιτικά δικαστήρια. Να επιτρέπεται η συνομολόγηση διαιτησίας. Να καταργηθεί εντελώς το τμήμα του Ν 4412/2016, το οποίο αφορά τις συμβατικές ρυθμίσεις των δημοσίων συμβάσεων και να αφεθεί η διαπραγμάτευση και το περιεχόμενό τους στη λειτουργία της ιδιωτικής βούλησης με βάση τη αρχή *“Contracts need to be written properly and contractors supervised vigilantly”*¹⁴.

14. Bernard Mar, James Creelman, *More with less: Maximising Value in the Public Sector*. (London, Palgrave Macmillan, 2011) p.55.