

## Το δίκαιο των δημόσιων συμβάσεων από τη σκοπιά της οικονομικής ανάλυσης.

### Μία γενική θεώρηση.

Γιώργος Δελλής  
Καθηγητής Δημοσίου Δικαίου  
Νομική Σχολή ΕΚΠΑ

Όπως επισήμανε έγκαιρα και εύστοχα ο καθηγητής *Σπυρίδων Φλογαΐτης*<sup>1</sup>, η σύμβαση αποτελεί κατεξοχήν εργαλείο του σύγχρονου διοικητικού δικαίου για την επιδίωξη των σκοπών του, σε αντιδιαστολή προς τη μονομερή κρατική δράση. Λόγω της σχέσης των συμβάσεων αυτών με το γενικό συμφέρον, το Δημόσιο (εν ευρεία εννοία) διαθέτει ειδικές εξουσίες (*pouvoirs exorbitants*) αλλά και υποχρεώσεις αναφορικά με τη σύναψη και την εφαρμογή τους<sup>2</sup>. Για το λόγο αυτό, η ανάθεση και η εκτέλεση τέτοιων συμβάσεων υπόκειται σε ειδικούς κανόνες οι οποίοι αποκλίνουν από τις γενικές διατάξεις του αστικού δικαίου. Στην πορεία, το δίκαιο της ΕΕ -μέσα από μία σειρά από γενικές αρχές αλλά και διατάξεις της παράγωγης νομοθεσίας<sup>3</sup>- εισήγαγε δικό του ρυθμιστικό πλαίσιο για την ανάθεση των συμβάσεων εκείνων τις οποίες ορίζει ως «δημόσιες» (υπερβαίνοντας το, αμιγώς οργανικό, κριτήριο του εθνικού δικαίου για τις «διοικητικές» συμβάσεις)<sup>4</sup>. Επιβάλλει, ειδικότερα, στη συμβατικώς δρώσα Διοίκηση και στα εξαρτώμενα από την ίδια όργανα και πρόσωπα (αναθέτουσες αρχές), να τηρούν τις θεμελιώδεις αρχές της διαφάνειας και των ίσων όρων ανταγωνισμού. Το καθεστώς των δημοσίων συμβάσεων συνιστά, πλέον, ένα από το πιο γόνιμα και δυναμικά αντικείμενα του διοικητικού δικαίου, με μεγάλο θεωρητικό και νομολογιακό ενδιαφέρον<sup>5</sup>.

Ας αφήσουμε όμως το νομικό δόγμα και ας κοιτάξουμε τις δημόσιες συμβάσεις από μία άλλη σκοπιά, εκείνη της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου<sup>6</sup>. Όπως και για τα υπόλοιπα αντικείμενα του δημοσίου δικαίου, η προσέγγισή τους με τις μεθόδους και τα διδάγματα της οικονομικής επιστήμης είναι πολλαπλά ευεργετική<sup>7</sup>. Φωτίζει πτυχές, επιβεβαιώνει επιλογές

<sup>1</sup> Φλογαΐτης Σ., *Η διοικητική σύμβαση – Έννοια και φύση*, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα Αθήνα-Κομοτηνή, 1991.

<sup>2</sup> Γέροντας Α. σε Γέροντας Α., Παυλόπουλος Π., Σιούτη Γ., Φλογαΐτης Σ., *Διοικητικό Δίκαιο*, Σάκκουλας, 2022, σελ. 339 επ., Σηλιωτόπουλος Ε., *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 195επ.

<sup>3</sup> Γιαννακόπουλος Κ., *Δημόσιες Συμβάσεις και Συμβάσεις Παραχώρησης, Μεγάλες αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, Σάκκουλας, 2019, σελ. 23επ. και 120επ., Ράικος Δ., *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Σάκκουλας, 2022, σελ. 95επ., Κουτούπα-Ρεγκάκου Ε., *Η νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, Σύνοψη των αποφάσεων 1976-2021*, Σάκκουλας, 2021

<sup>4</sup> Δελλής Γ. σε Δελλής Γ. (επιμ.), *Το νέο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, Γενική ανάλυση του νέου Ν 4782/2021*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2021.

<sup>5</sup> Βλ. ανωτέρω, υποσ. 2,3 και 4

<sup>6</sup> Για την οικονομική ανάλυση ιδίως των θεσμών του δημοσίου δικαίου, βλ. Δελλής Γ., *Δήμος και Αγορά. Το δημόσιο δίκαιο «αλλιώς», με το βλέμμα της οικονομικής ανάλυσης*, Ευρασία, 2018.

<sup>7</sup> Pig G., Treumer St. (eds.), *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, Routledge 2016, Piga G., Tatrai T.(eds.), *Law and Economics of Public Procurement Reforms*, Routledge 2020, 1, Bovis Chr., “The Regulation of Public Procurement as a Key Element of European Economic Law”, *European Law Journal*, 1998.4.220, Ho Chen T., An economic approach to public procurement, *Journal of Public Procurement*, 2008.407 καθώς και το εμβληματικό βιβλίο των Jean-Jacques Laffont και Jean Tirole, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, MIT Press, 1993.

αλλά και ανατρέπει σταθερές που το θετικό δίκαιο έχει αβασάνιστα παγιώσει από υπέρμετρο νομικισμό και οικονομικό αναλφαβητισμό.

### **I. Η αποστολή του δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις: δημιουργία συνθηκών διαφανούς ανταγωνισμού και μείωση του κόστους συναλλαγής για τα συμβαλλόμενα μέρη**

Κατά την οικονομική θεωρία, η σύμβαση ως εργαλείο για την επίτευξη στόχων που συναρτώνται με το «γενικό συμφέρον» [εξοπλισμός ενός Υπουργείου με το κατάλληλο πληροφοριακό σύστημα για να παρέχει υπηρεσίες διοίκησης, κατασκευή ενός δρόμου για τη μεταφορά ανθρώπων και εμπορευμάτων], εμφανίζει συγκριτικά πλεονεκτήματα σε σχέση με την αμιγώς μονομερή, μονοπωλιακή δράση [το Κράτος να διαθέτει κατ' αποκλειστικότητα δικά του μέσα παραγωγής για την κατασκευή πληροφοριακών συστημάτων ή δρόμων]<sup>8</sup>. Αφενός, μέσα από τη διάδραση με τους εν δυνάμει αντισυμβαλλόμενους ιδιώτες, το Κράτος μειώνει το *έλλειμμα πληροφόρησης* το οποίο μαστίζει κάθε άνωθεν, μονομερή επέμβαση: είναι σε θέση να αναζητήσει τις, βέλτιστες για τις ανάγκες του, αντιπαροχές (υπηρεσίες πληροφορικής και κατασκευής έργων υποδομής), όπως αυτές εξελίσσονται δυναμικά από τους φορείς της ιδιωτικής κοινωνίας (τεχνολογική έρευνα, αγορά). Αφετέρου, εάν αναζητήσει τον αντισυμβαλλόμενο του μέσα από ένα διαφανές και ανταγωνιστικό περιβάλλον, απολαμβάνει τα *πλεονεκτήματα αποτελεσματικότητας τα οποία αποδεδειγμένα η οικονομική θεωρία αναγνωρίζει στο θεσμό της αγοράς* (κανόνας της προσφοράς και της ζήτησης)<sup>9</sup>: είναι σε θέση να ικανοποιήσει τις ανάγκες του (άρα, τις πτυχές του γενικού συμφέροντος), στην καλύτερη σχέση τιμής και ποιότητας/ποσότητας, δηλαδή με τη βέλτιστη χρήση των, από τη φύση τους πεπερασμένων, δημόσιων πόρων<sup>10</sup>. Με μία φράση, *η οδός της δημόσιας σύμβασης είναι, τουλάχιστον στη θεωρία, πιο αποτελεσματική σε αρκετά σημεία από την άνωθεν, μονοπωλιακή δράση του Κράτους*<sup>11</sup>.

Ωστόσο, η σύναψη μίας σύμβασης -όπως και κάθε συναλλαγή άλλωστε- παρεμποδίζεται από μία σειρά από *κόστη συναλλαγής*, τα οποία αθροίζονται στους ελάχιστους πόρους για την ικανοποίηση της συγκεκριμένης ανάγκης [δηλαδή, στο παράδειγμά μας, τον ελάχιστο αριθμό μονάδων σε χρήμα, πρώτες ύλες και ανθρώπινο δυναμικό, για τη δημιουργία του πληροφοριακού συστήματος ή του δρόμου]. Σύμφωνα με τη διάσημη διάκριση του *Ronald Coase*, πρόκειται για *κόστη* τα οποία καταγράφονται σε τρία στάδια, κατά την «έρευνα», τη «διαπραγμάτευση» και την «εφαρμογή/εκτέλεση» της σύμβασης<sup>12</sup>. Ως «κόστη συναλλαγής», μπορούμε να περιγράψουμε όλα τα πιθανά εμπόδια και δυσκολίες τα οποία εμφανίζονται

<sup>8</sup> Δελλής, 2018, σπ.παρ., σελ.328.

<sup>9</sup> Ibid., σελ. 60.

<sup>10</sup> Pospisil R., Kunz P., Krocil O. "The Impact Of Public Procurement Law To The System Of Public Finance", *Global Economic Observer*, 2019.7.

<sup>11</sup> Το συγκεκριμένο πλεονέκτημα εξηγεί σε μεγάλο βαθμό μία κρίσιμη οργανωτική μεταστροφή του σύγχρονου διοικητικού φαινομένου: από τη δεκαετία του 1990, υπό την επίδραση του ενωσιακού δικαίου, παρατηρείται άνθιση του θεσμού των δημοσίων συμβάσεων με παράλληλη συρρίκνωση εκείνου των δημοσίων επιχειρήσεων. Οι τελευταίες, με μονοπωλιακό συνήθως χαρακτήρα (ΟΤΕ, ΔΕΗ κλπ.) στοιχίζουν πολύ περισσότερο στον κρατικό προϋπολογισμό, διότι μαστίζονται από συστημική, μόνιμη κακοδιαχείριση. Αντιθέτως, η απελευθέρωση των δημοσίων υπηρεσιών και η ιδιωτικοποίηση των υποδομών παροχής τους, αποδεικνύεται πιο αποτελεσματική διότι εισάγει μία λογική αγοράς στην άσκηση των συγκεκριμένων δραστηριοτήτων. Την ίδια στιγμή, η αμιγώς παροχική λειτουργία της Διοίκησης δεν εγκαταλείπεται. Για ό,τι θεωρείται κοινωνικά κρίσιμο αλλά δεν καλύπτεται από ιδιώτες παρόχους, το Κράτος συνάπτει δημόσιες συμβάσεις για την κάλυψή του (συμβάσεις εκτέλεσης δρομολογίων άγονης γραμμής ή παροχής «καθολικής υπηρεσίας» στα πεδία των ηλεκτρονικών επικοινωνιών και της ενέργειας).

<sup>12</sup> Χατζής Α., Ronald Coase, *Επίκεντρα*, 1991.77.

στα τρία αυτά στάδια και αποτρέπουν τους συναλλασσόμενους (άρα και το Δημόσιο) από τη βέλτιστη, την πιο αποτελεσματική επιλογή· εκείνη, δηλαδή, η οποία θα ικανοποιήσει με τον καλύτερο τρόπο τις ανάγκες του. Για να ανατρέξουμε σε ένα καθημερινό παράδειγμα, όταν επιθυμώ να κατασκευάσω ένα σπίτι, δεν γνωρίζω ακριβώς τα τεχνικά και οικονομικά ζητήματα που εγείρονται (*πληροφοριακή ασυμμετρία*), πρέπει να ενεργήσω μέσω δικηγόρων, μεσιτών και μηχανικών οι οποίοι δρουν ως εντολοδόχοι μου αλλά θέλουν να ικανοποιήσουν και το ατομικό τους συμφέρον (*κόστη αντιπροσώπευσης*), υπάρχει μεγάλη αβεβαιότητα για το πώς θα διαμορφωθούν οι συνθήκες την επόμενη εικοσαετία όταν θα αποπληρώνω το τραπεζικό δάνειο ή θα υφίσταμαι τους φόρους ακίνητης περιουσίας που θα επιβάλει τότε το Κράτος (*κόστος αβεβαιότητας, εξωγενές διοικητικό κόστος*), κλπ. Μήπως, λοιπόν, για το λόγο αυτό (για να μειώσουμε τα υψηλά κόστη συναλλαγής), προτιμάμε να μένουμε στο νοίκι ή να αγοράζουμε έτοιμο διαμέρισμα, παρότι δεν αντιστοιχεί απόλυτα στις προτιμήσεις μας, όπως θα ήταν αν το σχεδιάζαμε οι ίδιοι; Σύμφωνα με την αφετηριακή θέση της οικονομικής ανάλυσης, σκοπός του δικαίου είναι να παρεμβαίνει στις ανθρώπινες σχέσεις ώστε να μειώνει τα κάθε είδους κόστη συναλλαγής, δηλαδή τις αναποτελεσματικότητες που εμφιλοχωρούν ή πάντως επηρεάζουν τη συμβατική σχέση<sup>13</sup>. Με τον τρόπο αυτό, επιτρέπει στους αντισυμβαλλόμενους να προσεγγίσουν καλύτερα τις, βέλτιστες για τους ίδιους, συναλλακτικές επιλογές.

Η περίπτωση των δημοσίων συμβάσεων -και του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων- δεν είναι διαφορετική από το γενικό πλαίσιο το οποίο θέτει η οικονομική ανάλυση του δικαίου. Οι κανόνες για την ανάθεση και την εκτέλεσή τους επιδιώκουν δύο κύριους και, εν πολλοίς, αλληλοεπικαλυπτόμενους στόχους<sup>14</sup>.

Πρώτον, αποσκοπούν στη *διαμόρφωση συνθηκών αγοράς και υγιούς ανταγωνισμού* κατά την αναζήτηση του αντισυμβαλλομένου του Δημοσίου<sup>15</sup>. Η κατακύρωση μίας δημόσιας σύμβασης σε ιδιώτη ισοδυναμεί με ειδικό ή αποκλειστικό δικαίωμα υπέρ του, ώστε αυτός να καλύψει μία συγκεκριμένη ανάγκη που συνδέεται με το γενικό συμφέρον: στο παράδειγμά μας, η ανάγκη συνίσταται στην κατασκευή πληροφοριακού συστήματος σε ένα Υπουργείο ή ενός αυτοκινητοδρόμου· καταλήγει -κατά τρόπο κλειστό και, ως ένα βαθμό, μη διαπραγματεύσιμο πλέον- σε συγκεκριμένους «αναδόχους» οι οποίοι αποκτούν το προνόμιο να συμβληθούν με το Δημόσιο για το εν λόγω αντικείμενο. *Επομένως, είναι κρίσιμο να δημιουργηθεί ένα, όσο το δυνατόν, ανοικτό και προσβάσιμο ανταγωνιστικό πλαίσιο πριν και προς την ανάθεση της δημόσιας σύμβασης, το οποίο να μιμείται εκείνο μίας υγιούς αγοράς (competition for the market)*<sup>16</sup>. Με τον τρόπο αυτό, δηλαδή με τη δημιουργία συνθηκών ίσου

---

<sup>13</sup> Χατζής Α., Το Δίκαιο ως Εργαλείο Μείωσης του Κόστους των Συναλλαγών: Το Θεώρημα του Coase και η Οικονομική Ανάλυση του Δικαίου, σε: Καλαμπούκα-Γιαννοπούλου (επιμ.), *Ο Ρόλος της Δικαιοσύνης στην Άσκηση της Επιχειρηματικής Δραστηριότητας*, Νομική Βιβλιοθήκη 2012.31

<sup>14</sup> Raudla R., “Law and Economics Analysis of the Estonian Public Procurement Act”, σε Piga/Thai (eds), *Advancing Public Procurement. Practices, Innovation and Knowledge Sharing*, Boca Raton, PrAcademics Press, 2007.202.

<sup>15</sup> Τη θέση αυτή υιοθετεί, εξάλλου, και η «παραδοσιακή» νομική θεωρία για το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, βλ. Γιαννακόπουλος Κ., *Η αδιαφάνεια που απαιτεί ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός στο κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων*, Σάκκουλας, 2003, σελ.240επ.

<sup>16</sup> Williamson O., Franchise Bidding for Natural Monopolies- In general and with respect to CATV, *Bell Journal of Economics* 1976.73. 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

ανταγωνισμού για την αναζήτηση του αναδόχου, οι κρατικοί φορείς, ενεργώντας ως αναθέτουσες αρχές, επωφελούνται του *πλεονάσματος ευημερίας* (*welfare surplus*) το οποίο, κατά το πρώτο θεώρημα των οικονομικών της ευημερίας, μία ανταγωνιστική αγορά κατανέμει δίκαια μεταξύ προσφοράς και ζήτησης<sup>17</sup>. Με μία φράση, έτσι ωφελούνται και οι δύο πλευρές της συναλλαγής.

Δεύτερον, το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων (πρέπει να) επιδιώκει τη *μείωση των ειδικότερων μορφών κόστους συναλλαγής* τα οποία επιβαρύνουν τις εν λόγω συμβάσεις, στα στάδια της έρευνας, της διαπραγματεύσεως και της εφαρμογής τους<sup>18</sup>. Ως δημοσιολόγοι, έχουμε από κεκτημένη ταχύτητα συνηθίσει να αντιλαμβανόμαστε τη διάσταση αυτή μονόπλευρα: ταυτίζουμε τη μείωση του συγκεκριμένου κόστους προεχόντως με την προάσπιση των συμφερόντων του Δημοσίου, ώστε το τελευταίο να προβεί στη βέλτιστη χρήση των δικών του πόρων. Ωστόσο, οι κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων [και οι εφαρμοστές τους, ιδίως η Διοικητική Δικαιοσύνη] προσήκει να μην βλέπουν μόνο τη μία πλευρά του νομίσματος. Ακόμη και αν μας ενδιέφερε μόνο το στενό συμφέρον του Δημοσίου, τούτο εξυπηρετείται με την υγιή λειτουργία της «αγοράς των δημοσίων συμβάσεων» εν γένει· άρα, και από τη μείωση του κόστους συναλλαγής το οποίο φέρουν οι εν δυνάμει αντισυμβαλλόμενοί του. Όσο μεγαλύτερο είναι το τελευταίο, τόσο το ρίσκο των υποψηφίων αναδόχων ανεβαίνει, με διπλή αρνητική συνέπεια για τις αναθέτουσες αρχές. Αφενός, αυξάνεται το συμβατικό αντάλλαγμα σε βάρος του Δημοσίου: ένας ορθολογικός προσφέρων έχει κίνητρο να συμπεριλάβει στην προσφερόμενη τιμή το αυξημένο κόστος συναλλαγής το οποίο φέρει (π.χ. ρίσκο αβεβαιότητας, για το πόσο «ακριβά» θα του στοιχήσει η προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης, ενόψει και των ειδικών προνομίων του Δημοσίου). Αφετέρου, αντίστροφα, αυξάνεται ο κίνδυνος κακής εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης, εάν ο αντισυμβαλλόμενος έχει υπολογίσει λάθος τα κόστη του και «πέσει έξω». Στην περίπτωση αυτή, την οποία συναντάμε καθημερινά στο πεδίο των δημοσίων έργων, δεν ζημιώνεται μόνο ο εργολάβος που (κανονικά) θα κηρυχθεί έκπτωτος· «την πληρώνει» και το γενικό συμφέρον, η εξυπηρέτηση του οποίου μέσω του δημοσίου έργου είναι πλημμελής ή καταλήγει στις καλές. Κατά συνέπεια, *για να είναι αποτελεσματικό, το δίκαιο για τις δημόσιες συμβάσεις οφείλει να επιδιώκει τη μέγιστη μείωση του κόστους συναλλαγής τόσο για τις αναθέτουσες αρχές όσο και για τους μελλοντικούς αναδόχους*. Αυτή είναι η πρώτη, θεμελιώδης συμβολή της οικονομικής ανάλυσης στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Δυστυχώς, τα νομοθετικά κείμενα και η νομολογία φαίνεται να αντιλαμβάνονται ευκολότερα μόνο την πρώτη από τις δύο όψεις.

## **II. Τα ειδικότερα κόστη συναλλαγής που βαρύνουν το Δημόσιο και η αντιμετώπισή τους με τους κανόνες για τις δημόσιες συμβάσεις**

Είναι, πάντως, ακριβές ότι *το Δημόσιο μαστίζεται από εγγενείς αναποτελεσματικότητες, οι οποίες μεταφράζονται σε σοβαρά κόστη συναλλαγής που βαρύνουν περισσότερο το ίδιο*<sup>19</sup>. Τα συγκεκριμένα κόστη επιβάλλεται να αντιμετωπισθούν μέσω του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, αλλιώς οι εν δυνάμει ανάδοχοι είναι ορθολογικό να τα εκμεταλλευτούν για το

---

ανταγωνιστικές συνθήκες αγοράς σε ένα ανάντι στάδιο, σχηματίζοντας τελικά μία αγορά δημοσίων συμβάσεων για τα συναφή προς ανάθεση αντικείμενα.

<sup>17</sup> Δελλής 2018, οπ.παρ., σελ. 62.

<sup>18</sup> Klinger D., “Measuring what matters in public procurement law: efficiency, quality and more”, *Journal of Management Policy and Practice*, 2020.3.73.

<sup>19</sup> Δελλής, 2018, οπ.παρ. σελ. 151 επ.

δικό τους όφελος, σε βάρος του Δημοσίου<sup>20</sup>. Αξίζει, επομένως, να εξετασθούν εκτενέστερα οι αναποτελεσματικότητες που αφορούν ειδικά το Δημόσιο στο πεδίο της συμβατικής του δράσης.

Κατά πρώτον, οι δημόσιοι φορείς (πάντα με την ευρεία έννοια του όρου) υποφέρουν από *πληροφοριακή ασυμμετρία* και από *έλλειψη κατάλληλων κινήτρων αποτελεσματικότητας*. Τούτο είναι εύλογο, από τη στιγμή που λειτουργούν μέσω μονοπωλιακών δομών, οι οποίες είναι σχεδιασμένες για να ενεργούν μονομερώς: πρόκειται για όργανα τα οποία, λόγω του αποκλειστικού χαρακτήρα των αρμοδιοτήτων που τους έχουν απονεμηθεί (κατά κλάδον αρμόδια Υπουργεία, κατά τόπον αρμόδιοι ΟΤΑ, καθ' ύλην αρμόδια ΝΠΔΔ, κλπ.), έχουν συνηθίσει να μην συναλλάσσονται σε καθεστώς ισότητας αλλά να παρεμβαίνουν «άνωθεν» και κυριαρχικά. Κανένα όμως μονοπώλιο, ιδιωτικό ή δημόσιο, δεν εμφορείται από επαρκή κίνητρα ώστε να δρα αποτελεσματικά· πόσο μάλλον, εκείνο το οποίο βρίσκεται έξω και πάνω από την κοινωνία και την αγορά, όπως είναι το σύνολο σχεδόν των δημόσιων θεσμών που συγκροτούν το κρατικό φαινόμενο. Οι μονοπωλιακές αδυναμίες (έλλειψη κινήτρων για κάλυψη των αναγκών στις βέλτιστες συνθήκες κόστους-οφέλους) προστίθενται στα πληροφοριακά ελλείμματα (επαρκής κατανόηση των αναγκών και των μέσων για την ικανοποίησή τους). Δεν είναι καθόλου τυχαίο ότι οι φορείς του δημόσιου τομέα στην Ελλάδα ουδέποτε ασχολήθηκαν σοβαρά με την εκ των προτέρων, διαφανή και τεκμηριωμένη καταγραφή των αναγκών που πρόκειται να καλύψουν μέσω διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, ούτως ώστε να καταρτίσουν καλύτερες διακηρύξεις και να γνωρίζουν τι να αναμένουν από τους συμμετέχοντες σε αυτές. Παρά το ότι η φάση αυτή του σχεδιασμού είναι κρίσιμη και περιγράφεται ρητά στις ενωσιακές Οδηγίες και τη νομοθεσία<sup>21</sup>, ουδέποτε τηρήθηκε επισταμένως στην πράξη. Η Διοίκηση έχει μάθει να ενεργεί «στα τυφλά» και δεν βλέπει το λόγο να σταματήσει να το κάνει. Αντίστοιχη απάθεια χαρακτηρίζει και τη στάση του Δημοσίου στο στάδιο της εκτέλεσης των συμβάσεων, όπου η άγνοια και η αδιαφάνεια είναι ακόμη πιο έντονες.

Κατά δεύτερον, *οι δημόσιες δομές φέρουν ένα υψηλότατο «κόστος αντιπροσώπησης»*. Όλες τους οι αποφάσεις λαμβάνονται από αιρετούς άρχοντες ή υπαλλήλους οι οποίοι ενεργούν ως εντολοδόχοι κάποιου άλλου: οι μεν «στο όνομα» του Κράτους και του Λαού, οι δε στο πλαίσιο μίας ιεραρχικής ή εποπτικής σχέσης με τις κεφαλές της διοικητικής πυραμίδας. Το ίδιο ισχύει και για το σύνολο των πράξεων που συναρτώνται με μία δημόσια σύμβαση. Σε μία μικρή ιδιωτική επιχείρηση, το τί είναι αναγκαίο να αγοραστεί, το ποιος το προσφέρει με τους καλύτερους όρους και το αν η σύμβαση εκτελείται προσηκόντως, αποφασίζονται και εποπτεύονται από τον ιδιοκτήτη/επικεφαλής της επιχείρησης, ο οποίος έχει και το κίνητρο να προβεί στις πλέον αποτελεσματικές επιλογές. Στο δημόσιο τομέα, οι λαμβάνοντες τις αντίστοιχες αποφάσεις είναι αντιπρόσωποι διαφόρων: του Λαού, της Κυβέρνησης, του Δημοσίου ως μετόχου (για τις δημόσιες επιχειρήσεις), κλπ.. Όπως κάθε αντιπρόσωπος σε μία σχέση εντολής, τα πρόσωπα αυτά έχουν εξ ορισμού τη δική τους «ατζέντα» (επανεκλογή, προώθηση συγκεκριμένων συμφερόντων με το αζημίωτο, λιγότερη δουλειά, κλπ.). Ακόμη

---

<sup>20</sup> Εάν η παραπάνω διατύπωση σας φαίνεται κυνική, σας παραπέμπω σε ένα, οικουμενικής εφαρμογής, δίδαγμα της οικονομικής ανάλυσης: κάθε μέρος μίας συναλλαγής είναι δεδομένο -διότι είναι, καταρχήν, ορθολογικό- ότι θα χρησιμοποιήσει προς όφελός του κάθε πλεονέκτημα το οποίο διαθέτει.

<sup>21</sup> Βλ. άρθρα 44 επ. του ν. 4412/2016. Για τη σημασία του στρατηγικού διαχειριστικού σχεδιασμού στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, Abutabenjeh S., "Strategic Management in State Government Two Servants of the Same Master: Procurement and Finance", *International Journal of Public Administration*, 2021.607.

χειρότερα, η καθημερινή εφαρμογή των συγκεκριμένων αποφάσεων επαφίεται σε εντολοδόχους/υπαλλήλους με ανύπαρκτα κίνητρα αλλά και εχέγγυα αποτελεσματικότητας (οριζόντιες χαμηλές απολαβές, μονιμότητα, αδιαφάνεια, πλημμυλής εποπτεία, ελλειμματική ευθύνη για αμελείς συμπεριφορές). Προβλήματα αντιπροσώπευσης υπάρχουν σχεδόν σε όλες τις ανθρώπινες σχέσεις, οικονομικές και μη, αποτελούν δε κατεξοχήν αντικείμενο της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου. Πολλαπλασιάζονται, ωστόσο, στο πεδίο της δημόσιας δράσης, ακριβώς διότι οι δημόσιοι θεσμοί ερείδονται σε ένα ιδιαίτερα σύνθετο και πολύ-επίπεδο πλέγμα σχέσεων αντιπροσώπευσης, χωρίς επαρκώς αποτελεσματικά και διαφανή εργαλεία για την εποπτεία των εντολοδόχων<sup>22</sup>.

Οι ανωτέρω αναποτελεσματικότητες του Δημοσίου εκτοξεύουν τα δυνητικά συναλλακτικά κόστη για το ίδιο σε όλα τα στάδια ωρίμανσης μίας δημόσιας σύμβασης. Πρώτον, μεγεθύνουν το κόστος έρευνας· όπως αναφέρθηκε, εντοπίζεται έλλειμμα πληροφοριών αλλά και κινήτρων<sup>23</sup> κατά τον προσδιορισμό και την αναζήτηση των αναγκών της αναθέτουσας αρχής. Δεύτερον, υφίσταται κίνδυνος αύξησης του κόστους διαπραγματεύσεων, από τη στιγμή που το Δημόσιο συμμετέχει σε αυτές με χαμηλόμισθους και ευεπίφορους σε «σκοτεινές» συνδιαλλαγές εντολοδόχους. Τρίτον, αντίστοιχα σημαντικό ενδέχεται να αποδειχθεί και το κόστος εφαρμογής της δημόσιας σύμβασης για τον συμβαλλόμενο δημόσιο φορέα· συνήθως, η πλήρης υλοποίηση του συμβατικού αντικειμένου εκτείνεται σε βάθος χρόνου, ενώ η εποπτεία για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης διενεργείται αδιαφανώς από κακοπληρωμένες και αδιάφορες επιτροπές παραλαβής<sup>24</sup>.

Ευτυχώς, τα παραπάνω δεν είναι εντελώς άγνωστα στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Οι επί μέρους διατάξεις της σχετικής νομοθεσίας έχουν ως κεντρικό στόχο να μειώσουν τα συγκεκριμένα κόστη συναλλαγής και -είναι αλήθεια- το επιτυγχάνουν σε μεγάλο βαθμό. Ενδεικτικά, η υποχρέωση να τηρείται μία διαφανής και ανταγωνιστική διαδικασία που εκκινεί με τη δημοσίευση διακήρυξης, η οποία παγιώνει το προς ανάθεση αντικείμενο και θέτει τους όρους του παιχνιδιού, στη βάση αντικειμενικών και όσο το δυνατόν παραμετροποιημένων κριτηρίων<sup>25</sup>, μειώνει καταλυτικά τα κόστη έρευνας και διαπραγμάτευσης. Προστατεύει τόσο το Δημόσιο από τις δικές του παθολογίες όσο και τους εν δυνάμει συμμετέχοντες ή την αγορά εν γένει. Γενικότερα, η όλη ευρωπαϊκή νομοθεσία για τις δημόσιες συμβάσεις η οποία εστιάζει κατά κύριο λόγο στο καθεστώς για την ανάθεσή τους, επιδιώκει τη βέλτιστη μείωση των δύο αυτών μορφών κόστους συναλλαγής, ενώ περιορίζει έμμεσα και το κόστος εφαρμογής. Για παράδειγμα, θέτοντας εμπόδια στην ανέλεγκτη μεταβολή των όρων της σύμβασης μετά τη σύναψή της για να μην φαλκιδεύεται εκ των υστέρων η αντικειμενικότητα της διαδικασίας ανάθεσης<sup>26</sup>, μειώνεται κάπως και το πρόβλημα εποπτείας της δημόσιας σύμβασης. Συναφώς, με την προώθηση, την τελευταία 20ετία, της ευρωπαϊκής νομοθεσίας για τις διαδικασίες παραχώρησης δημοσίων έργων και

---

<sup>22</sup> Βλ. Από τη σκοπιά αυτή, το δημόσιο δίκαιο δεν είναι τίποτε άλλο παρά ένας νομικός μηχανισμός μείωσης του ενδογενούς κόστους αντιπροσώπευσης στο Κράτος και τη Διοίκηση. Το εγχείρημα αυτό εμφανίζει σοβαρές δυσχέρειες.

<sup>23</sup> Laffont/Tirole, οπ.παρ.

<sup>24</sup> Raudla, οπ.παρ.

<sup>25</sup> Βλ. ιδίως άρθρα 54, 73 έως 77 και 86 του ν. 4412/2016.

<sup>26</sup> Βλ. άρθρο 132 του ν. 4412/2016 και Ράικος Δ., *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Σάκκουλας, 2022, σελ. 650επ.

ανάθεσης συμπράξεων δημοσίου/ιδιωτικού τομέα (ΣΔΙΤ)<sup>27</sup>, δίνονται κίνητρα για την προσήκουσα εκτέλεση των συγκεκριμένων συμβάσεων. Συγκεκριμένα, μεταφέροντας στον παραχωρησιούχο τον οικονομικό κίνδυνο της κακής κατασκευής και συντήρησης ενός αυτοκινητόδρομου, αυτός έχει πλέον συμφέρον να εκτελέσει σωστά το συγκεκριμένο έργο. Αντίστοιχα, μειώνεται το κόστος εποπτείας για την αναθέτουσα αρχή, συγκριτικά με την περίπτωση που ο ίδιος αυτοκινητόδρομος κατασκευαζόταν από εργολάβο για να παραδοθεί προς λειτουργία από το Δημόσιο.

### **III. Η «κατάρτα του μειοδότη», ως αναποτελεσματικότητα στη δράση των υποψηφίων αναδόχων και η πλημμελής κατανόησή της από το δίκαιο**

Ωστόσο, η επιτυχία των κανονιστικών εργαλείων προϋποθέτει την κατανόηση, όχι μόνο των εγγενών αδυναμιών στη δράση της αναθέτουσας αρχής, αλλά και εκείνων που εντοπίζονται στο πρόσωπο των ιδιωτών με τους οποίους αυτή συμβάλλεται. Κρίσιμες είναι, ιδίως, οι αναποτελεσματικότητες στο στάδιο που προηγείται της σύναψης της σύμβασης, οι οποίες προκαθορίζουν σε μεγάλο βαθμό τις προοπτικές καλής (ή λιγότερο καλής) εκτέλεσής της. Για να αντιληφθεί κανείς τους περιορισμούς με τους οποίους βρίσκεται αντιμέτωπος ο υποψήφιος ανάδοχος όταν αναζητεί τη βέλτιστη για τον ίδιο επιλογή -με τη μορφή της υποβολής συγκεκριμένης προσφοράς προς την αναθέτουσα αρχή- είναι χρήσιμα τα διδάγματα της θεωρίας παιγνίων αναφορικά με τις δημοπρασίες και τη στρατηγική που ακολουθούν οι συμμετέχοντες. Η συνήθης διαδικασία ανάθεσης των «κλασσικών» δημοσίων συμβάσεων προμήθειας (αγαθά, υπηρεσίες, έργα) -δηλαδή ο ανοιχτός και ο κλειστός διαγωνισμός- δεν είναι τίποτε άλλο παρά ένας «αντίστροφος πλειστηριασμός με ένα χτύπημα»: θα επιλεγεί, όχι εκείνος που θα δώσει τα περισσότερα, αλλά εκείνος που θα ζητήσει τα λιγότερα για το συμβατικό αντικείμενο, με τη μία και μοναδική προσφορά του. Τούτο ισχύει πλήρως για τις διαδικασίες με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη οικονομική προσφορά και σε μεγάλο βαθμό για εκείνες με κριτήριο την βέλτιστη σχέση ποιότητας-τιμής (πλέον συμφέρουσα προσφορά).

Από τη συγκεκριμένη σκοπιά, το μεγαλύτερο πρόβλημα το οποίο αντιμετωπίζουν οι συμμετέχοντες σε διαδικασίες αντίστροφων πλειστηριασμών είναι η «κατάρτα του νικητή/μειοδότη»<sup>28</sup> (*winner's curse*). Ειδικότερα, η πιθανότητά τους να επικρατήσουν των ανθυποψηφίων τους αυξάνεται όσο υψηλότερα αξιολογούν σε οικονομικούς όρους την προοπτική να τους ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση. Η σχέση αυτή ευθείας αναλογίας παραπέμπει στο πασίγνωστο «θεώρημα του Coase», θεμελιώδες για την οικονομική ανάλυση του δικαίου, σύμφωνα με το οποίο, σε συνθήκες μηδενικού κόστους συναλλαγής, ένα δικαίωμα καταλήγει εν τέλει στο μέρος εκείνο που του προσδίδει μεγαλύτερη οικονομική αξία<sup>29</sup>. Στην περίπτωση, ωστόσο, των υποψηφίων αναδόχων, το κίνητρο της «νίκης/μειοδοσίας» δεν ταυτίζεται αναγκαστικά με το πραγματικό τους συμφέρον, με την υποβολή, δηλαδή προσφοράς με τεχνικούς και οικονομικούς όρους που είναι εν τέλει

<sup>27</sup> Βλ. ν. 4413/2016 (οδηγία 2014/23/ΕΕ) σχετικά με τις συμβάσεις παραχώρησης έργων, όπως και ν. 3389/2005 και άρθρο 1 παρ. 7 του ν. 4412/2016 σχετικά με τις συμπράξεις δημόσιου και ιδιωτικού τομέα.

<sup>28</sup> Βλ. ιδίως το κείμενο των Hendricks K., Preston McAfee R., και Williams M., Auctions and Bid Rigging, σε Blair R., Sokol D. (επιμ.), *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 2, 2014.498 (500 επ.), και Hendricks, K., Porter R., Tan. G., *Bidding Rings and the Winner's Curse*, *Rand Journal of Economics*, 2008.39.1018, Malmendier U., Han Lee Y., *The Bidder's curse*, *The American Economic Review*, 2011.101.749, Schneider H., *The Bidder's Curse: Comment*, *American Economic Review*, 2016.106.1182.

<sup>29</sup> Χατζής 2012, σπ.παρ.

επωφελείς για τους ίδιους. Οι υποψήφιοι βρίσκονται αντιμέτωποι με το ακόλουθο δίλημμα, το οποίο θυμίζει κάπως το «δίλημμα του φυλακισμένου»<sup>30</sup>: είτε να ακολουθήσουν μία συντηρητική τακτική, υποβάλλοντας υψηλή οικονομική προσφορά και αυξάνοντας παράλληλα τον κίνδυνο να μην καταστούν ανάδοχοι, είτε να κινηθούν πιο επιθετικά, μειώνοντας μεν το τίμημα που ζητούν αλλά αυξάνοντας τον κίνδυνο να υπογράψουν μία σύμβαση επιζήμια για τους ίδιους.

Με άλλα λόγια, λόγω των χαρακτηριστικών του, ο μειοδοτικός διαγωνισμός ωθεί τους συμμετέχοντες να προσφέρουν το συμβατικό αντικείμενο ακόμη και κάτω από το οριακό τους κόστος, να υποπέσουν επομένως στην κατάρα του μειοδότη. Η συγκεκριμένη συμπεριφορά δεν είναι ορθολογική και οδηγεί όσους την ακολουθούν σε επιζήμιες/αντίστροφες επιλογές (*adverse selections*). Συνιστά, λοιπόν, ένα ιδιαίτερο κόστος συναλλαγής το οποίο επιβαρύνει ειδικά τις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων. Είναι κρίσιμο να τονισθεί ότι η κατάρα του μειοδότη δεν πλήττει τους υποψήφιους μειοδότες με την ίδια ένταση σε όλες τις περιπτώσεις. Το αντίθετο μάλιστα, εμφανίζει πολύ μεγάλες διακυμάνσεις και επηρεάζεται από μία σειρά από παράγοντες.

Καταρχάς, είναι ευθέως ανάλογο των ελλειμμάτων πληροφόρησης τα οποία δεν επιτρέπουν στον διαγωνιζόμενο να αντιληφθεί επακριβώς το προς ανάθεση συμβατικό αντικείμενο, τα επί μέρους χαρακτηριστικά του, τα κριτήρια αξιολόγησης ή/και την ευθύνη που αναλαμβάνει σε βάθος χρόνου. Το συγκεκριμένο έλλειμμα προστίθεται σε μία άλλη συμπεριφορική ανθρώπινη αδυναμία, την υπέρμετρη αισιοδοξία (*overoptimism*)<sup>31</sup>, η οποία διακρίνει κάθε επιχειρηματία όταν καλείται να σταθμίσει ένα τωρινό όφελος (απόκτηση της σύμβασης) με μελλοντικά και αβέβαια κόστη (τι ακριβώς θα στοιχήσει η εκτέλεσή της). Ο συνδυασμός των ελλειμμάτων και των αδυναμιών αυτών αποτελεί τη χρυσή συνταγή για την υποβολή μίας, υπέρ το δέον, γενναιόδωρης ή και ανέφικτης προσφοράς. Κατά δεύτερον, η τάση προς επιζήμιες επιλογές ενισχύεται όσο περισσότερο εξαρτημένος είναι ο υποψήφιος ανάδοχος από την ανάληψη της δημόσιας σύμβασης. Εάν η επιχειρηματική του δραστηριότητα απευθύνεται σχεδόν αποκλειστικά στο Δημόσιο εν ευρεία εννοία (εργολάβος δημοσίων έργων, προμηθευτής μόνο του Δημοσίου) είναι προφανές ότι η αποτυχία του να καταστεί ανάδοχος σε συγκεκριμένη διαδικασία περιορίζει αυτόματα τον κύκλο εργασιών του. Η επαναλαμβανόμενη απώλεια τέτοιων συμβάσεων καθιστά τον οικονομικό φορέα μη βιώσιμο, έως και του στερεί το λόγο ύπαρξης. Περαιτέρω, όσο μικρότερος είναι ο ετήσιος αριθμός και ο τζίρος των προς ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, τόσο μεγαλύτερη είναι η εξάρτηση του οικονομικού φορέα από τις διαδικασίες αυτές και η τάση του να συνθηκολογήσει στις μονοψωνιακές απαιτήσεις του Δημοσίου, ακόμη και με καταστροφικές για τον ίδιο προσφορές. Αντίστροφα, εάν η επιχειρηματική του δραστηριότητα έχει και άλλους δυνητικούς αποδέκτες, ιδίως εντός της ιδιωτικής αγοράς (π.χ., προμήθεια ηλεκτρονικών συσκευών και ψηφιακών λύσεων), μειώνεται αντίστοιχα η ανάγκη του να συμβληθεί με την αναθέτουσα αρχή· θα το κάνει μόνο με συμφέροντες για τον ίδιο όρους, χρησιμοποιώντας ως συγκριτικό παράδειγμα για την προσφορά του τα τιμολογιακά δεδομένα της ελεύθερης αγοράς. Τέλος, η έκθεση στην κατάρα του μειοδότη συναρτάται και από την ένταση του ανταγωνισμού μεταξύ των υποψηφίων αναδόχων στη σχετική αγορά των προς σύναψη δημοσίων συμβάσεων. Όσο αυξάνεται ο ανταγωνισμός μεταξύ των υποψηφίων [από τον αριθμό και τα χαρακτηριστικά των εν δυνάμει συμμετεχόντων σε

<sup>30</sup> Δελλής 2018, σπ.παρ. σελ. 82.

<sup>31</sup> Φωκά-Καβαλιεράκη, *Οικονομική Ψυχολογία*, Παπαδόπουλος, 2017.85.



συγκεκριμένο είδος δημοσίων έργων, υπηρεσιών ή προμηθειών] τόσο μεγαλώνει η πίεση, άρα και ο κίνδυνος υποβολής επιζήμιας προσφοράς.

Κατά συνέπεια, η κατάρα του μειοδότη βαρύνει, περισσότερο ή λιγότερο, κάθε υποψήφιο ανάδοχο και αποτελεί ένα συστημικό παράγοντα αναποτελεσματικότητας στη διαδικασία δημοσίων συμβάσεων. Εάν, μάλιστα, υπερβεί ένα μη ανεκτό κατώφλι επικινδυνότητας, τότε υπονομεύει καίρια το θεσμό διότι οδηγεί νομοτελειακά σε μη βέλτιστες συναλλαγές, πλήττοντας, εν τέλει, τα συμφέροντα και των δύο μερών. Τούτο είναι κρίσιμο να γίνει κατανοητό από τον εφαρμοστή του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων. Πράγματι, *εάν δεν μειωθούν οι παράγοντες που πολλαπλασιάζουν τον κίνδυνο μόλυνσης από την κατάρα του μειοδότη, οι απώλειες από το κόστος αυτό θα έχουν ως απώτερο αποδέκτη την αναθέτουσα αρχή.* Η τελευταία, θα βρεθεί μεταξύ δύο δεινών. *Αφενός, ενδέχεται να προμηθευτεί ακριβότερα το συμβατικό αντικείμενο: όταν ένας ορθολογικός υποψήφιος βρίσκεται ενώπιον ενός αυξημένου κόστους αβεβαιότητας (δεν γνωρίζει επακριβώς τα χαρακτηριστικά και τις δυσκολίες εκτέλεσης της σύμβασης, το πώς θα χρησιμοποιήσει ενδεχομένως σε βάρος του τις υπερεξουσίες της η αναθέτουσα αρχή, το αν θα υπάρξουν στο μέλλον διαγωνισμοί με αντίστοιχα αντικείμενα, κλπ.) και φέρει υψηλό κίνδυνο να υποπέσει στη κατάρα του μειοδότη, θα προτιμήσει να μετακυλήσει το κόστος του κινδύνου αυτού στην προσφορά του, αυξάνοντας το τίμημα. Σε μία ώριμη αγορά «σοβαρών» και «ισχυρών» παικτών, οι ανάδοχοι δεν επωμίζονται το συγκεκριμένο ρίσκο αλλά το μεταφέρουν στην αναθέτουσα αρχή. Αντίστροφα, εάν η τελευταία καταφέρει να περιορίσει τους παράγοντες αυτούς -για παράδειγμα, κάνοντας σαφέστερη την περιγραφή του συμβατικού αντικειμένου- θα βρεθεί να καταβάλει μικρότερο συμβατικό αντάλλαγμα. Αφετέρου, η αναθέτουσα αρχή είναι εκτεθειμένη στο ενδεχόμενο -το οποίο είναι συνηθέστερο στην πράξη, ειδικά σε ανώριμες αγορές όπως η ελληνική- να συμβληθεί με χαμηλότερο τίμημα (διότι ο τελικός ανάδοχος θα έχει προσβληθεί από την ασθένεια της καταστροφικής μειοδοσίας), ωστόσο η σύμβαση που θα υπογράψει να είναι θνησιγενής και εν πολλοίς ανέφικτη. Το πρόβλημα θα εκδηλωθεί στο στάδιο της εκτέλεσης, όπως συχνά συμβαίνει στα δημόσια έργα τα οποία έχουν δημοπρατηθεί σε υπερβολικά χαμηλές τιμές. Για το λόγο αυτό, το δίκαιο επιχειρεί να ανακόψει με διάφορους τρόπους τις υπερβολικά χαμηλές προσφορές, χωρίς μέχρι σήμερα να έχει βρεθεί η χρυσή συνταγή<sup>32</sup>.*

Επιπρόσθετα, η αυξημένη πιθανότητα καταστροφικής για τους υποψηφίους συμμετοχής σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης επιφέρει και μία άλλη ανεπιθύμητη συνέπεια: εκείνη της «ορθολογικά παραβατικής» συμπεριφοράς από μέρους τους. Τούτο είναι ιδίως εμφανές στο πεδίο των δημοσίων έργων, ενόψει της ιδιαίτερα υψηλής έκθεσης των εργοληπτικών επιχειρήσεων στην κατάρα του μειοδότη<sup>33</sup>. Η μη «αυτοκτονική» αντιμετώπιση

<sup>32</sup> Βλ. άρθρο 88 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και από το άρθρο 32 του ν. 4782/2021, Πούγγουρας Π. σε Δελλής Γ. (επιμ.), 2021, σελ.29επ.

<sup>33</sup> Επιστρέφοντας στο παράδειγμά μας, 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 ισούται 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 παραπάνω κινδύνου, οδηγεί τον υποψήφιο ανάδοχο σε *ορθολογικές στρατηγικές νόθευσης του διαγωνισμού*. Με τον τρόπο αυτό, προσπαθεί να εξαλείψει τον κίνδυνο για τον ίδιο, στρεβλώνοντας υπέρ του τη βέλτιστη κατανομή πόρων στην οποία θα κατέληγε μία υγιής διαγωνιστική διαδικασία. Επίσης, διασφαλίζει αποκλειστικά για λογαριασμό του το κοινωνικό όφελος το οποίο, υπό κανονικές συνθήκες, μία ανοικτή αγορά μοιράζει δίκαια ανάμεσα στα μέρη της συναλλαγής. Οι στρατηγικές νόθευσης είναι ουσιαστικά δύο.

*Αφενός*, ο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας θα καταφέρει να ελέγξει τη διαγωνιστική διαδικασία προς όφελός του, εάν αποκτήσει *αθέμιτη προνομιακή σχέση με την αναθέτουσα αρχή (ομηρεία, διαφθορά)*<sup>34</sup>. Έτσι, εξασφαλίζει το προς ανάθεση αποκλειστικό δικαίωμα, λειτουργώντας εξ αρχής ως εν δυνάμει μονοπώλιο το οποίο αδιαφορεί για τους ανταγωνιστές και τους πελάτες του. Το επιτυγχάνει υπαγορεύοντας στους εκπροσώπους της αναθέτουσας αρχής (να, και εδώ, το πρόβλημα αντιπροσώπευσης στο Δημόσιο) τους όρους του διαγωνισμού ώστε να τον φωτογραφίζουν, κατευθύνοντάς τους σε διακριτική δυσμενή μεταχείριση των ανταγωνιστών του με σκοπό τον εξοβελισμό τους και διασφαλίζοντας ότι η σύμβαση θα του ανατεθεί με το περιεχόμενο που επιθυμεί, καθώς η ερμηνεία και η εκτέλεση των συμβατικών όρων θα γίνεται ευνοϊκά για τον ίδιο. Με μία φράση, ο ανάδοχος του «στημένου» διαγωνισμού αποκτά μία πρόσοδο (προσοδοθηρία, *rent-seeking*)<sup>35</sup> σε βάρος του γενικού συμφέροντος, την οποία ουδέποτε θα διασφάλιζε σε συνθήκες ελεύθερης αγοράς.

*Αφετέρου*, ο υποψήφιος έχει μεγάλο κίνητρο να αποφύγει τον καταστροφικό για τον ίδιο ανταγωνισμό μέσω συνεννοήσεων με τους εν δυνάμει ανθυποψηφίους 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, ή την μη συμμετοχή στη διαδικασία έναντι ανταλλαγμάτων<sup>36</sup>- συνιστά χαρακτηριστική μορφή παράνομης οριζόντιας σύμπραξης κατά το δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού<sup>37</sup>. Επιφέρει τα ίδια αποτελέσματα που

---

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

<sup>34</sup> Για την ομηρεία και τη διαφθορά ως παθολογίες της δημόσιας δράσης λόγω ιδίως του προβλήματος αντιπροσώπευσης, βλ. Δελλής, 2018, σπ.παρ., σελ. 174. Ειδικά για το πεδίο των δημόσιων συμβάσεων, ιδιαίτερα γόνιμο για φαινόμενα διαφθοράς, Klinger, σπ.παρ., Fazekas M., Cingolani L., “Breaking the Cycle? How (Not) to Use Political Finance Regulations to Counter Public Procurement Corruption”, *The Slavonic and East European Review*, 2017.1.76, Celentani M., Ganuza J-J, Corruption and competition in procurement, *European Economic Review*, 2002.46.1273.

<sup>35</sup> Για την έννοια της προσοδοθηρίας, Χατζής Α., Πολιτική Χωρίς Ρομαντισμό: Διανεμητικές Συσπειρώσεις και Προσοδοθηρία, σε, *Το Δημόσιο Δίκαιο σε εξέλιξη: Σύμμεικτα προς τιμήν του Καθηγητού Πέτρου Ι. Παραρά*, Σάκκουλας, 2012.1121.

<sup>36</sup> Barrus D., Scott F., Single Bidders and Tacit Collusion in Highway Procurement Auctions, *Journal of Industrial Economics*, 2020.68.483.

<sup>37</sup> Sanchez-Graells A., *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart Studies in Competition Law 2<sup>η</sup> εκδ. 2017, Kuzma K., Hartung W., *Combating Collusion in Public Procurement. Legal Limitations on Joint Bidding*, Edward Elgar 2020, Dekel O., The Legal Theory of Competitive Bidding for Government Contracts, *Public Contract Law Journal* 2008.237, Cabanes C., Neveu B., *Droit de la concurrence dans les contrats publics. Pratiques anticoncurrentielles, abus de position dominante, controls et sanctions*, Paris, Le Moniteur, 2008, Kovacic W.E., Bidding Rings and the Design of Anti-Collusive Measures for Auctions and Procurements, σε Dimitri N. κ.α. (επιμ.), *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press, 2006.381, Weishaar S.E., Cartels, *Competition and Public Procurement. Law and Economics Approaches to Bid Rigging*, *New Horizons in Competition Law and Economics*, Edward Elgar, 2013, Γιαννακόπουλου Κ., *Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των διοικητικών συμβάσεων*, εκδόσεις Σάκκουλα, 2006.

προαναφέρθηκαν, θίγοντας, εκτός από το Δημόσιο και όσους δεν συμμετέχουν στο καρτέλ. Η παρανομία αυτή διευκολύνεται σε αγορές όπου η εταιρική συνεργασία είναι συνήθης και εύλογη πρακτική<sup>38</sup>. Την ίδια στιγμή, ωστόσο, η σύμπραξη εμφανίζει εσωτερικούς εχθρούς: κάθε συμμετέχων είναι εν δυνάμει λαθρεπιβάτης, έχει δηλαδή κίνητρο να εγκαταλείψει ή να καταγγείλει τη συμμετοχή του στην παράνομη συμφωνία, καταθέτοντας αυτόνομη προσφορά όταν τούτο θα εξυπηρετεί τα συμφέροντά του<sup>39</sup>. Για τον ίδιο λόγο, το καρτέλ χρειάζεται μηχανισμούς ώστε να ελέγχει τη συμμόρφωση των μελών του και να παρέχει κίνητρα για τη διατήρησή του (μελλοντικές αναθέσεις, υπεργολαβίες)<sup>40</sup>. Εάν ο μηχανισμός αυτός συνδυαστεί με υπόγειες συνεννοήσεις με την αναθέτουσα αρχή ή τους φορείς της δημόσιας εξουσίας (αρμόδια Υπουργεία, εποπτικές αρχές), το αντιανταγωνιστικό αποτέλεσμα πάνω στη συγκεκριμένη αγορά δημόσιας σύμβασης λαμβάνει τη μέγιστη τιμή του.

Το ισχύον δίκαιο και οι εφαρμοστές του προφανώς δεν αγνοούν τα παραπάνω. Ωστόσο, ο νομικισμός, η τυπολατρία και η ηθικοπλαστική οπτική με την οποία επιχειρείται να αντιμετωπισθούν τα παραπάνω ζητήματα κάθε άλλο παρά φέρνουν τα επιθυμητά αποτελέσματα. Η αβασάνιστη προδιάθεση σε βάρος του «κακού» και επιρρεπούς στην παρανομία υποψηφίου αναδόχου και η δυσανάλογη επιμονή στο να προστατευτεί το κοινό καλό μέσα από μία οριζόντια και φορμαλιστική θεώρηση περί νομιμότητας δεν έχουν αποδώσει καρπούς. Ας δώσουμε τρία παραδείγματα, τα οποία αφορούν τόσο το ευρωπαϊκό δίκαιο για τις δημόσιες συμβάσεις όσο και τον τρόπο μεταφοράς του στη Χώρα μας:

Πρώτον, θα πρέπει να μας βάλει σε σκέψεις το γεγονός ότι το παράγωγο ενωσιακό δίκαιο επιβάλλει σχεδόν το ίδιο κανονιστικό πλαίσιο για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων προμηθειών, ανεξάρτητα από το επί μέρους αντικείμενό τους (αγαθά, υπηρεσίες, έργα). Αρκεί μία ανάγνωση των αντίστοιχων Οδηγιών για να εξαχθεί το αδιαμφισβήτητο αυτό συμπέρασμα<sup>41</sup>. Ωστόσο, η κατάρα του μειοδότη αφορά με εντελώς διαφορετική ένταση τα συγκεκριμένα αντικείμενα: όπως εξηγήθηκε, στην περίπτωση των δημοσίων έργων ο συγκεκριμένος κίνδυνος είναι σαφώς πολλαπλάσιος. Όταν το δίκαιο χρησιμοποιεί τα ίδια εργαλεία θεραπείας για τη ρύθμιση οικονομικών σχέσεων με τελείως διαφορετικά κόστη συναλλαγής –όπως είναι η απόκτηση Η/Υ από μία δημόσια αρχή ή η κατασκευή ενός αυτοκινητοδρόμου, για να επανέλθουμε στο παράδειγμά μας- οι πιθανότητες να αποδειχθεί αποτελεσματικό είναι εξ υπαρχής μειωμένες<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> Όπως στην περίπτωση των εργοληπτικών επιχειρήσεων, με τις συνεχείς κοινοπραξίες και υπεργολαβίες.

<sup>39</sup> Τα εργοληπτικά καρτέλ εμφανίζουν «αδυναμίες συλλογικής δράσης», οι οποίες έχουν διαγνωστεί από την οικονομική θεωρία και χρησιμοποιούνται από το σύγχρονο δίκαιο για την πάταξη των συγκεκριμένων παραβατικών συμπεριφορών. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί ο θεσμός της υπαγωγής σε καθεστώς «επιείκειας», κατά τη νομοθεσία περί ελεύθερου ανταγωνισμού, σύμφωνα με τον οποίο δίνεται κίνητρο ακόμη και πλήρους απαλλαγής από την ευθύνη σε μέλος καρτέλ που καταδίδει τους υπολοίπους, προσφέροντας στην ελεγκτική αρχή τα κατάλληλα αποδεικτικά στοιχεία (άρθρο 29B ν. 3959/2011.). Δεν είναι τυχαίο ότι ο θεσμός αυτός εφαρμόστηκε για πρώτη φορά επιτυχώς στην Ελλάδα για την αποκάλυψη του καρτέλ εργοληπτικών επιχειρήσεων που συμμετείχαν σε διαγωνισμούς δημοσίων έργων (ΕπΑντ 642/2017).

<sup>40</sup> Όπως έχει εύστοχα παρατηρηθεί, 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.

<sup>41</sup> Βλ. Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ.

<sup>42</sup> Η θέσπιση ενιαίων, οριζόντιων ρυθμίσεων σε ευρωπαϊκό επίπεδο σίγουρα μειώνει τα κόστη συναλλαγής τα οποία προκαλεί η πολυνομία και η εφαρμογή διαφορετικών καθεστώτων στα διάφορα

Δεύτερον, το παραπάνω πρόβλημα δεν επιλύεται απλά με τη θέσπιση δρακόντειων κανόνων και την ενδυνάμωση της συμβατικής θέσης της αναθέτουσας αρχής με ακόμη περισσότερα προνόμια. Προς αυτή την επιλογή έχει κινηθεί ο εθνικός νομοθέτης, ιδίως για το στάδιο της εκτέλεσης των συμβάσεων δημοσίων έργων, αυξάνοντας τις εξουσίες του Δημοσίου (αυστηρές διαδικασίες παραλαβής, δυνατότητες κήρυξης του εργολήπτη ως εκπτώτου, αποβολή από μελλοντικούς διαγωνισμούς, ποινικές κυρώσεις, κλπ.)<sup>43</sup>. Όπως έχει αποδειχθεί μέχρι σήμερα, τα συγκεκριμένα όπλα είναι μάλλον άσφαιρα. Χωρίς προφανώς να προτείνεται η ριζική κατάργηση των συγκεκριμένων κανόνων, μήπως θα πρέπει να μας βάλει σε σκέψη η αναποτελεσματικότητά τους; Η υπερβολική νομική ενίσχυση του ενός συμβαλλόμενου μέρους, το οποίο συχνά συμπεριφέρεται μονοψωνιακά και διαθέτει το μονοπώλιο της δημόσιας εξουσίας, εκτός του ότι διευκολύνει στρεβλώσεις του ανταγωνισμού προερχόμενες από το Δημόσιο<sup>44</sup>, κάνει δυσβάστακτη την «κατάρρα» των υποψήφιων μειοδοτών. Τούτο, μοιραία, τους ωθεί στη λήψη αντιμέτρων, ακόμη και των πλέον παραβατικών (καρτέλ, διαφθορά υπαλλήλων, διαπλοκή με πολιτική εξουσία, απόπειρα επιρροής της Δικαιοσύνης, κλπ.). Η κατάσταση θυμίζει, κάπως, εκείνη στις πολιτείες του αμερικανικού νότου: η μεγάλη αστυνόμευση και οι συστηματικές θανατικές καταδίκες κάθε άλλο παρά μειώνουν την εγκληματικότητα.

Τρίτον, θα πρέπει επιτέλους να γίνει αντιληπτό ότι η τυπολατρία, ιστορική επιλογή του Έλληνα δικαστή από τα πρώτα χρόνια της εφαρμογής των κανόνων για τις δημόσιες συμβάσεις (ν. 2522/1997), δεν αποτελεί πανάκεια, ούτε διασφαλίζει την τήρηση της νομιμότητας. Είναι, απλά, «μία κάποια, ψευδο-σολομώντεια λύσις», ώστε οι οπαδοί της να αισθάνονται ότι δεν αδίκησαν καμία πλευρά. Ωστόσο, ο άκρατος φορμαλισμός δεν διασφαλίζει ίσους όρους ανταγωνισμού αλλά μάλλον ευνοεί παίκτες με μεγαλύτερη ισχύ και περιθώρια υποβολής τεράστιων φακέλων προσφορών, με στρατιές δικηγόρων ικανών να διωλίσουν τον κώνωπα. Ακόμη χειρότερα, είναι το ιδανικό προκάλυμμα αθέμιτων συναλλαγών: οι πλέον ύποπτες αποφάσεις (είτε αναθετουσών αρχών, είτε της, πάλαι ποτέ, ΑΕΠΠ) ισορροπούν μεταξύ «ρεαλισμού» και «φορμαλισμού» κατά το δοκούν. Τέλος, και όταν δεν υποκρύπτει διαπλοκή, η τυπολατρία -ή, όπως, ευφυώς το διατύπωσε το *Consiglio di Stato*, το κυνήγι του τυπικού σφάλματος (*caccia al errore*)<sup>45</sup>- ζημιώνει τελικά το Δημόσιο και τον Έλληνα φορολογούμενο: στερεί το Κράτος από τη δυνατότητα να προμηθευτεί την καλύτερη λύση σε χαμηλότερη τιμή, διότι ο οικονομικός φορέας που την υπέβαλε δεν προσκόμισε εγκαίρως κάποιο από τα εκατοντάδες έγγραφα της διακήρυξης, παρότι θα μπορούσε κάλλιστα να το καταθέσει στη συνέχεια συμπληρώνοντας την προσφορά του και παρότι το έγγραφο αυτό δεν συνδέεται ουσιωδώς με τα κρίσιμα χαρακτηριστικά της προσφοράς και του ιδίου. Στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, ο διοικητικός δικαστής φαίνεται να ξεχνά τον επιθετικό προσδιορισμό «ουσιώδης» τύπος, τον οποίο σοφά εφαρμόζει στα υπόλοιπα πεδία της κρατικής δράσης. Πρόσφατα, η διάχυτη δυσανεξία στην εφαρμογή του νέου άρθρου 102 του ν. 4412/2016, το οποίο διεύρυνε σημαντικά τα

---

κράτη-μέλη. Ωστόσο, εάν η εναρμόνιση γίνεται σε στρεβλή βάση, τότε το πρόβλημα απλά γενικεύεται. Hickman D., "Horizontal Policies in Public Procurement-Their Use and Effectiveness in EU Law and Policy", *EPPPL* 2/2019.

<sup>43</sup> Με τα άρθρα 57 επ. του νόμου 4782/2021 τροποποιήθηκαν προς αυτή την κατεύθυνση οι διατάξεις του ν. 4412/2016 σχετικά με το στάδιο της εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων. Τσιρωνάς Αθ. σε Δελλής Γ. (επιμ.), 2021, σελ.57επ.

<sup>44</sup> Sanchez-Graells A., Distortions of Competition Generated by the Public (Power) Buyer: A Perceived Gap in EC Competition Law and Proposals to Bridge It, *University of Oxford, Center for Competition Law and Policy*, 2009, CCLP (L). 23.

<sup>45</sup> *Consiglio di Stato sez. V*, 494/21.9.2005.

περιθώρια εκ των υστέρων συμπληρώσεων και διορθώσεων των κατατεθειμένων προσφορών<sup>46</sup>, καταδεικνύει ότι οι ρίζες του φορμαλισμού είναι ακόμη βαθιές στο σύστημά μας.

### **Συμπέρασμα. Αναζητώντας ένα αποτελεσματικό δίκαιο για τις δημόσιες συμβάσεις**

Εν κατακλείδι, απέχουμε πολύ από τη διαμόρφωση ενός αποτελεσματικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις, εθνικού και ευρωπαϊκού<sup>47</sup>. Για να συμβεί αυτό, είναι κρίσιμο οι κανόνες που τις διέπουν να εκπονούνται από το νομοθέτη και να ερμηνεύονται από τις αναθέτουσες αρχές, τα Δικαστήρια και τις αρμόδιες ανεξάρτητες αρχές, με γνώμονα το κατά πόσον επιτυγχάνουν ταυτόχρονα τη δημιουργία συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού και την βέλτιστη μείωση των διαφόρων μορφών κόστους συναλλαγής τα οποία καταγράφονται στο ειδικό αυτό πεδίο. Η οικονομική ανάλυση του δικαίου μπορεί να αποδειχθεί πολύτιμη στη συγκεκριμένη προσπάθεια, ακριβώς διότι αντιπαραθέτει το ρεαλισμό και την εμπειρική έρευνα στον ιδεοληπτικό νομικισμό. Τα περιθώρια χρήσης των εργαλείων της οικονομικής ανάλυσης είναι ιδιαίτερα ευρέα, είτε για την επιβεβαίωση είτε για την ανατροπή των θέσεων που ακολουθεί μέχρι σήμερα η παραδοσιακή νομική προσέγγιση. Το βέβαιο είναι πως μπορεί να φωτίσουν «όψεις του Καθεδρικού» -κατά τη διάσημη φράση του *Guido Calabresi*- οι οποίες ακόμη μας διαφεύγουν. Εξάλλου, τα χρησιμοποιούμε ήδη, καμιά φορά από διαίσθηση, για να τεκμηριώσουμε την εξέλιξη της νομοθεσίας. Ορισμένες αλλαγές του ν. 4782/2021, όπως η προαναφερθείσα διεύρυνση των περιθωρίων συμπλήρωσης μίας προσφοράς<sup>48</sup>, η έμφαση στην τεκμηρίωση των ιδιαίτερα χαμηλών προσφορών<sup>49</sup>, η ενίσχυση των ηλεκτρονικών διαγωνισμών<sup>50</sup> και, ιδίως, η προτίμηση στη χρήση εργαλείων ψηφιακής διαφάνειας αντί για επιπλέον διαδικασίες και περιορισμούς<sup>51</sup> απηχούν μία ευτυχή «νομικο-οικονομική συν-αντίληψη». Το καθεστώς των δημοσίων συμβάσεων επιτυγχάνει περισσότερο όταν δίνει τα σωστά κίνητρα και «σκουνητάματα» (*nudges*)<sup>52</sup> στους οικονομικούς φορείς, τους χρηματοδότες τους και στις αναθέτουσες αρχές<sup>53</sup>, όταν αξιολογεί και

<sup>46</sup> Βλ. άρθρο 42 του ν. 4782/2021, με το οποίο τροποποιήθηκε το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως επίσης και ΣτΕ 725/2022, σκ. 35, Πούγγουρας Π. σε Δελλής Γ. (επιμ.), σελ. 32επ., 2021.

<sup>47</sup> Το ζήτημα απασχολεί ιδιαίτερα το δίκαιο της ΕΕ. ΑΝΑΚΟΙΝΩΣΗ ΤΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ ΠΡΟΣ ΤΟ ΕΥΡΩΠΑΪΚΟ ΚΟΙΝΟΒΟΥΛΙΟ, ΤΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ, ΤΗΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΚΑΙ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΚΑΙ ΤΗΝ ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΤΩΝ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΩΝ, *Να γίνουν οι δημόσιες συμβάσεις προμηθειών αποτελεσματικές μέσα στην Ευρώπη και για την Ευρώπη, Στρασβούργο*, 3.10.2017, COM(2017) 572 final.

<sup>48</sup> Βλ. άρθρο 42 του ν. 4782/2021, το οποίο τροποποίησε το άρθρο 102 του ν. 4412/2016.

<sup>49</sup> Βλ. άρθρο 32 του ν. 4782/2021, το οποίο τροποποίησε το άρθρο 88 του ν. 4412/2016.

<sup>50</sup> Βλ. άρθρο 3 του ν. 4782/2021, το οποίο τροποποίησε το άρθρο 34 του ν. 4412/2016.

<sup>51</sup> Βλ. άρθρα 4, 5 και 6 του ν. 4782/2021, τα οποία τροποποίησαν, αντίστοιχα, τα άρθρα 36, 37 και 38 του ν. 4412/2016, σχετικά με τη χρήση του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) και του Κεντρικού Ηλεκτρονικού Μητρώου Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ).

<sup>52</sup> Για την έννοια αυτή, βλ. Karampatzos A., *Private Law, Nudging and Behavioural Economic Analysis: The Mandated-Choice Model (Markets and the Law)*, Routledge 2020.

<sup>53</sup> Από τη σκοπιά αυτή, η αρτιότερη χρήση μηχανισμών διαφάνειας και «έξυπνης» σύμπραξης με την ιδιωτική κοινωνία μπορεί να βελτιώσει σοβαρά την κατάσταση. Για παράδειγμα, η υποχρεωτική ιδιωτική ασφάλιση των δημοσίων έργων θα ενίσχυε τις προοπτικές της καλής τους εκτέλεσης, διότι θα καθιστούσε συνυπεύθυνες τις τραπεζικές και ασφαλιστικές επιχειρήσεις για την επίβλεψή τους. Θα έχουν το κίνητρο να το πράξουν προσηκόντως, αλλιώς θα υποστούν το οικονομικό κόστος της πλημμελούς εκτέλεσης. Η χρήση του χρηματοπιστωτικού κλάδου ως έμμεσου επόπτη της τήρησης της νομιμότητας δεν πρέπει να ξαφνιάζει. Παρατηρείται ήδη σε άλλα πεδία, όπως για παράδειγμα σε εκείνο των ενεργειακών έργων από τη σκοπιά των περιβαλλοντικών τους επιπτώσεων. Οι τράπεζες εξετάζουν όλο και πιο αυστηρά τις περιβαλλοντικές επιδόσεις των έργων που πρόκειται να χρηματοδοτήσουν.

παραμετροποιεί την αποδοτικότητα των επιλογών του<sup>54</sup> και, πάνω από όλα, όταν προβληματίζεται για τις πιθανές παρενέργειες των δεσμευτικών κανόνων που εισάγει<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Klinger οπ.παρ. Αξίζει, για παράδειγμα, να εξετασθεί κατά πόσον τα κόστη συναλλαγής που βαραίνουν μία διαδικασία ανάθεσης θα μπορούσαν να μειωθούν εάν επιλεγεί διαφορετική διαδικασία μειοδοσίας (π.χ., μειοδοτικός διαγωνισμός με περισσότερους γύρους, τον οποίο χρησιμοποιεί επιλεκτικά το Υπουργείο Υγείας για νοσοκομειακές προμήθειες). Στις περιπτώσεις αυτές, η κατάρα του μειοδότη και τα περιθώρια καρτέλ ενδέχεται να μειώνονται: Hendricks/Preston McAfee/Williams, οπ.παρ., Skrzypacz A., Hopenhayn H., Tacit Collusion in Repeated Auctions, *Journal of Economic Theory*, 2004.114.153, Robinson, M., Collusion and the Choice of Auction, *Rand Journal of Economics* 1985.16.141.

<sup>55</sup> Την ίδια στιγμή, δεν αρμόζει να υπεραισιοδοξούμε. Σε ανώριμες, θεσμικά, έννομες τάξεις και οικονομίες, τα περιθώρια απόκλισης από την προκρούστεια, υπερεξαντλητική ρύθμιση των δημοσίων συμβάσεων, είναι μικρότερα. Βλ. Bosio E., Djankov S., Glaeser E.L., Shleifer A., “Public Procurement in law and practice”, NBER WORKING PAPER SERIES, 2020. Η μελέτη εξετάζει τα «trade offs» μεταξύ λεπτομερούς νομικής ρύθμισης και παροχής διακριτικής ευχέρειας στις αναθέτουσες αρχές. Η ρύθμιση είναι πιο χρήσιμη για κράτη με ανώριμο θεσμικό οπλοστάσιο διότι φαίνεται να αποτελεί άμυνα κατά της διαφθοράς και της ομηρείας. Αντιθέτως, σε κράτη με ώριμους θεσμούς η ρύθμιση καθίσταται τροχοπέδη. Η παροχή διακριτικής ευχέρειας στις αναθέτουσες αρχές οδηγεί σε καλύτερα αποτελέσματα.