

Παναγιώτης Αλ. Παπανικολάου
Ομότ. Καθηγητής
της Νομικής Σχολής
του Πανεπιστημίου Αθηνών
Κιλκίς 11, Φιλοθέη 15237
Τηλ. 6944763250
Email: apostoloupap@yahoo.gr

Γνωμοδότηση

A. Σύντομο Ιστορικό

Από τον ΔΕΣΦΑ ετέθησαν υπ' όψιν μου τα εξής δεδομένα:

1. Ο ΔΕΣΦΑ έχει προκηρύξει τον Διαγωνισμό Αρ. 991/23 «Λεπτομερής Σχεδιασμός, Προμήθεια Υλικών και Κατασκευή του αγωγού Υψηλής Πίεσης Νέα Μεσημβρία – Εύζωνοι/Γευγελή».

2. Οι όροι του Διαγωνισμού αυτού – διεπόμενου από την Οδηγία 2014/25/ΕΕ και από το Ελληνικό Δίκαιο – περιέχονται κυρίως στην Διακήρυξη (Instructions to Bidders) με τα παραρτήματά της (Annexes) και στα συμβατικά κείμενα (Contract Documents), μεταξύ των οποίων και οι Γενικοί Όροι (General Conditions).

3. Με το ερευνώμενο εδώ ζήτημα συνέχονται ειδικότερα οι ακόλουθες διατάξεις της Διακηρύξεως:

«17.8. Η αξιολόγηση των προσφορών θα ολοκληρωθεί με την (έγγραφη) έγκριση των αποτελεσμάτων από τον ΔΕΣΦΑ και τότε τα αποτελέσματα θα γνωστοποιηθούν ηλεκτρονικά μέσω του Συστήματος.

18.1. Ο αναδειχθείς νικητής με την καλύτερη προσφορά (successful Bidder) θα λάβει ηλεκτρονικά, μέσω του Συστήματος, μίαν Επιστολή Προθέσεως για ανάθεση της Συμβάσεως (a Letter of Intent to award the Contract).

Ο successful Bidder, μετά την λήψη της ανωτέρω Επιστολής Προθέσεως:

- *θα πρέπει να δηλώσει στον ΔΕΣΦΑ ηλεκτρονικά, μέσω του Συστήματος, την αποδοχή του χωρίς καμμία επιφύλαξη όχι βραδύτερα από δύο (2) εργάσιμες ημέρες από την λήψη,*
- *θα πρέπει να υποβάλει ηλεκτρονικά, μέσω του Συστήματος, όχι βραδύτερα από δέκα (10) εργάσιμες ημέρες από την λήψη τα ακόλουθα έγγραφα:*

⋮

18.2. Μετά την εν λόγω ανεπιφύλακτη αποδοχή και την υποβολή των ανωτέρω εγγράφων, ο επιτυχών Προσφέρων θα λάβει ηλεκτρονικά, μέσω του Συστήματος, Επιστολή Ανάθεσης εκδοθείσα από τον ΔΕΣΦΑ.

.....

21.1. Η συμμετοχή στον Διαγωνισμό συνιστά επίσης αποδοχή από τον Προσφέροντα του γεγονότος ότι έχει πλήρη γνώση των όρων και των διατάξεων των Τευχών της Διακήρυξης, καθώς και της ηλεκτρονικής διαδικασίας, και ότι αποδέχεται ανεπιφύλακτα το περιεχόμενό τους.

Τυχόν παράλειψη υποβολής της Προσφοράς σύμφωνα με τα Τεύχη της Διακήρυξης, καθώς και η παράλειψη υπογραφής οποιουδήποτε εκ των εγγράφων δεν παρέχει στον Προσφέροντα

το δικαίωμα να επικαλεστεί το γεγονός αυτό υπέρ αυτού (του Προσφέροντος) με οποιονδήποτε τρόπο.

Ο Προσφέρων είναι υπεύθυνος και δεσμεύεται από την Προσφορά του όπως αυτή υποβλήθηκε.

21.2. Ο ΔΕΣΦΑ δεν θα έχει καμία ευθύνη ή υποχρέωση να καλύψει ή/και να αποζημιώσει τον Προσφέροντα για οποιαδήποτε δαπάνη ή ζημία προκύψει για την προετοιμασία και υποβολή της Προσφοράς, ιδίως σε περίπτωση που οι όροι και οι διατάξεις των Εγγράφων του Διαγωνισμού τροποποιηθούν από τον ΔΕΣΦΑ ή η Προσφορά δεν γίνει αποδεκτή ή ο Διαγωνισμός παραταθεί ή αναβληθεί ή ακυρωθεί σε οποιοδήποτε στάδιο και χρόνο και για οποιονδήποτε λόγο ή σε περίπτωση που ο ΔΕΣΦΑ λάβει οποιαδήποτε απόφαση σύμφωνα με τους όρους και τις διατάξεις του παρόντος Εγγράφου του Διαγωνισμού. Ως εκ τούτου, οι συμμετέχοντες στον Διαγωνισμό που υποβάλλουν Προσφορά, ανεξάρτητα από το αν αυτή γίνει τελικά αποδεκτή ή όχι, δεν έχουν κανένα δικαίωμα έναντι του ΔΕΣΦΑ που απορρέει από τον Διαγωνισμό ή για τη συμμετοχή τους στην υποβολή Προσφοράς.

.....

21.4. Η Προσφορά θεωρείται ως πρόταση προς τον ΔΕΣΦΑ και όχι ως αποδοχή της από τον ΔΕΣΦΑ. Ως εκ τούτου, το υπόδειγμα του ΣΥΜΦΩΝΗΤΙΚΟΥ ΣΥΜΒΑΣΗΣ και τα λοιπά Έγγραφα της Διακήρυξης συνεπάγονται ότι οι Προσφέροντες υποβάλλουν την Προσφορά τους σύμφωνα με τους όρους και τις διατάξεις των εν λόγω εγγράφων, τα οποία προορίζονται να αποτελέσουν αναπόσπαστο μέρος της Προσφοράς τους.»

4. Στον ανωτέρω Διαγωνισμό successful Bidder, ως υποβαλούσα την καλύτερη προσφορά, ανεδείχθη η εταιρεία TERNA S.A., στην οποία και γνωστοποιήθηκε το ευνοϊκό γι' αυτήν αποτέλεσμα, έχει δε αυτή δηλώσει σοβαρά την πρόθεσή της να προσκομίσει εγκαίρως όλα τα έγγραφα που της ζήτησε ο ΔΕΣΦΑ, προκειμένου να προβεί στην αποστολή σ' αυτήν της προβλεπόμενης στο άρθρο 18.1 της Διακηρύξεως Επιστολής Προθέσεως Αναθέσεως της Συμβάσεως (Letter of Intent to award the Contract).

B. Το Ερώτημα

Εν όψει των ανωτέρω μου ετέθη το ερώτημα αν στο στάδιο αυτό της διαγωνιστικής διαδικασίας μπορεί ο ΔΕΣΦΑ αζημίως να ματαιώσει, χωρίς την συνδρομή κάποιου σπουδαίου λόγου, την κατακύρωση της Συμβάσεως στην υποβαλούσα την καλύτερη προσφορά εταιρεία TERNA S.A.

Γ. Η Γνώμη μου

I.1. Κατά το άρθρο 199 ΑΚ:

Σε περίπτωση πλειστηριασμού η σύμβαση, εφόσον δεν συνάγεται κάτι άλλο, ολοκληρώνεται με την κατακύρωση. Αν δεν συνάγεται κάτι άλλο, ο υπερθεματιστής δεσμεύεται εωσότου δοθεί μεγαλύτερη προσφορά ή εωσότου ματαιωθεί η κατακύρωση.

Η νομική αυτή θέση, την οποία προφανώς απηχεί και η σχετική διακήρυξη (Instructions to Bidders), στις ρυθμίσεις των άρθρων 2, 18 και 21, έχει το νόημα ότι η διακήρυξη δεν είναι πρόταση (προσφορά) προς κατάρτιση της σκοπούμενης συμβάσεως (γενομένη σε άδηλα πρόσωπα), αλλ' αποτελεί

πρόσκληση προς το κοινό προς υποβολή προτάσεων (προσφορών), με συνέπεια να θεωρείται ότι ο πλειστηριάζων δεν υποχρεούται σε κατακύρωση, δηλαδή σε αποδοχή της (κρείττονος) προσφοράς¹.

Με βάση δηλαδή την ακολουθούμενη από τον Αστικό Κώδικα θεωρητική αυτή σύλληψη – ενδοτικού πάντως δικαίου² – ο πλειστηριάζων είναι ελεύθερος να αρνηθεί την καλύτερη προσφορά – ακόμη και αν αυτή πληροί τους απαιτούμενους όρους – και να ματαιώσει την κατακύρωση³. Φραγμό βεβαίως στην δυνατότητά του αυτήν αποτελεί, όπως εκτίθεται κατωτέρω – πέραν της γενικής ρήτρας του άρθρου 281 ΑΚ που απαγορεύει την καταχρηστική άσκηση του δικαιώματος, ή εκείνης του άρθρου 919 ΑΚ, που καθιστά υπόχρεον προς αποζημίωση εκείνον που εκ προθέσεως προξένησε σε άλλον ζημία κατά τρόπον αντίθετον προς τα χρηστά ήθη – οι διατάξεις των άρθρων 197-198 ΑΚ, με τις οποίες θεσπίζεται – επί τη βάσει των ίδιων κατά βάσιν αρχών – η ευθύνη εκ των διαπραγματεύσεων⁴.

2. Με την προκήρυξη ενός διαγωνισμού προς σύναψη συμβάσεως, ανεξάρτητα από την φύση αυτού ως πλειοδοτικού ή

1. Μπαλής, ΓενΑρχ § 84· Απ. Γεωργιάδης, ΓενΑρχ, έκδ. 4^η, 2012, § 33 αρ. 50 επ· Καράσης, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου 199, αρ. 2 επ. Πρβλ. και ΑΠ 37/2005 Ολομ. ΕλλΔνη 46, 1040.

2. Με την έννοια ότι ο κανόνας αυτός ισχύει, «εφ' όσον δεν συνάγεται κάτι άλλο» εκ του τρόπου, με τον οποίο γίνεται η διακήρυξη του πλειστηριασμού· Μπαλής, όπ. ανωτ.

3. Αντί πολλών Μπαλής, όπ. ανωτ.

4. Μπαλής, ΓενΑρχ § 84· Καράσης, όπ. ανωτ. 199 αρ. 6· ΑΠ 37/2005 Ολομ. ΕλλΔνη 46, 1040. Εγγύτερα Τσολακίδης, Η αποζημίωση στην προσυμβατική ευθύνη, 2020, αρ. 342 επ.

μειοδοτικού, ανοίγεται η διαδικασία καταρτίσεως της σκοπούμενης συμβάσεως και συγχρόνως σηματοδοτείται η έναρξη των διαπραγματεύσεων μεταξύ του προκηρύξαντος τον διαγωνισμό και των προσώπων που υπέβαλαν πρόταση για συμμετοχή τους στον διαγωνισμό⁵. Στο στάδιο αυτό, το οποίο διαρκεί, κατά τον κανόνα του άρθρου 199 ΑΚ, μέχρι την κατακύρωση (Award), οπότε ολοκληρώνεται η σύμβαση, η συναλλακτική συμπεριφορά των μερών διέπεται, κατ' ΑΚ 197 και 198, από τις αρχές της καλής πίστεως και των συναλλακτικών ηθών⁶.

Με τις διατάξεις των άρθρων 197-198 ΑΚ καθιερώνεται η υποχρέωση τηρήσεως της αρχής της καλής πίστεως και των συναλλακτικών ηθών και στο στάδιο των διαπραγματεύσεων, προεκτεινόμενης έτσι της υποχρεώσεως αυτής – που ισχύει κυρίως στο συμβατικό στάδιο (ΑΚ 288), αλλ' έχει και γενικότερη ισχύ στο σύστημα του Ιδιωτικού Δικαίου της χώρας μας (πρβλ. ΑΚ 200, 281) – και στο προσυμβατικό στάδιο των διαπραγματεύσεων.

Στο στάδιο αυτό αναπτύσσεται μεταξύ των διαπραγματευόμενων μερών *ex lege* μία ενοχική σχέση, αντικείμενο της οποίας είναι ακριβώς η γενική υποχρέωση

⁵. Αντί πολλών **Απ. Γεωργιάδης**, ΓενΑρχ, § 33 αρ. 51 επ.· πρβλ. ΑΠ 37/2005 Ολομ. ΕλλΔνη 46, 1040.

⁶. **Γεωργιάδης**, όπ. ανωτ. αρ. 54· **Καράσης**, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου 197-198 αρ. 3· **Λέκκας**, ΣΕΑΚ 197-198 αρ. 15· **Τσολακίδης** όπ. ανωτ. αρ. 98 επ.· ΑΠ 37/2005 Ολομ. ΕλλΔνη 46, 1040· ΑΠ 1232/2000 ΧρΙΔ 2001, 300.

τηρήσεως καλόπιστης συμπεριφοράς⁷. Μια ιδιαίτερη σχέση εμπιστοσύνης γεννάται εδώ μεταξύ των μερών, αφού αμφότερα τα μέρη τον ίδιο επιδιώκουν σκοπό, ήτοι την σύναψη της συμβάσεως⁸.

Διάψευση της εμπιστοσύνης αυτής συνεπεία υπαίτιας συμπεριφοράς του διαπραγματευομένου αντίθετης προς τις αρχές της καλής πίστεως και των συναλλακτικών ηθών (ΑΚ 197) ιδρύει κατ' ΑΚ 198 ευθύνη αυτού προς αποζημίωση του ετέρου⁹. Περιεχόμενο της ευθύνης αυτής αποτελεί κατ' αρχήν μόνο το λεγόμενο «αρνητικό διαφέρον» ή «διαφέρον εμπιστοσύνης». Πρόκειται για την ζημία, την οποία υφίσταται ο διαπραγματευόμενος από την διάψευση της εμπιστοσύνης του σχετικά με την σύναψη της σκοπούμενης συμβάσεως. Ο ζημιωθείς μπορεί συνεπώς να ζητήσει κατ' ΑΚ 197-198 ό,τι θα είχε εάν δεν είχε λάβει χώρα η αντισυναλλακτική συμπεριφορά του ζημιώσαντος. Η αποζημίωση αυτή περιλαμβάνει τόσο την θετική ζημία (δαπάνες του ζημιωθέντος για την διεξαγωγή των διαπραγματεύσεων), όσο και το διαφυγόν κέρδος (π.χ. την ζημία που υπέστη ο ζημιωθείς από το γεγονός ότι – υπολογίζοντας στην κατάρτιση της ματαιωθείσης συμβάσεως – απέρριψε την πρόταση για κατάρτιση άλλης παρόμοιας συμβάσεως)¹⁰.

⁷. Εγγύτερα για την νομική φύση της έννομης αυτής σχέσεως **Καράσης**, όπ. ανωτ. αρ. 3 επ.

⁸. **Μπαλής**, ΓενΑρχ § 87· **Γεωργιάδης**, ΓενΑρχ § 34 αρ. 2 επ.

⁹. Ότι από την φύση των πραγμάτων δεν μπορεί χωρίς υπαιτιότητα να υπάρξει αντίθεση προς την καλή πίστη **Σπυριδάκης**, ΓενΑρχ αρ. 236 ββ. Διεξοδικά για την σχέση των δύο αυτών προϋποθέσεων της κατ' ΑΚ 197-198 ευθύνης **Τσολακίδης**, όπ. ανωτ. αρ. 113 επ.

¹⁰. Αντί πολλών **Γεωργιάδης**, ΓενΑρχ § 34, αρ. 10· ΑΠ 37/2005 Ολομ. ΕλλΔνη 46, 1040.

3. Κατά την εξειδίκευση τώρα της γενικής ρήτρας της καλόπιστης κατ' ΑΚ 197-198 συμπεριφοράς μπορεί κάλλιστα να υποστηριχθεί ότι ειδικότερο παράγγελμα της αρχής αποτελεί η υποχρέωση των μερών να προβαίνουν σε κάθε δυνατή ενέργεια που διασφαλίζει την ομαλή πρόοδο της διαδικασίας συνάψεως της σκοπούμενης συμβάσεως και καθιστά βέβαιη την έγκαιρη και προσήκουσα εκτέλεσή της¹¹.

Και μπορεί μεν να υποστηρίζεται ότι κατ' αρχήν η διακοπή των διαπραγματεύσεων, ακόμη και η αναιτιολόγητη, δεν συνιστά *per se* αντισυναλλακτική συμπεριφορά ιδρύουσα την κατ' ΑΚ 197-198 αστική ευθύνη, εύστοχα ωστόσο προστίθεται ότι, όταν οι διαπραγματεύσεις έχουν προχωρήσει σε τέτοιο βαθμό, ώστε στον αντισυμβαλλόμενο, υπό τις ειδικές συνθήκες της συγκεκριμένης περιπτώσεως, έχει δημιουργηθεί η εύλογη πεποίθηση ότι η σκοπούμενη σύμβαση θα συναφθεί εκ του ασφαλούς, η αδικαιολόγητη διακοπή των διαπραγματεύσεων και η εντεύθεν αυθαίρετη ματαίωση της συμβάσεως συνιστά πλέον αντισυναλλακτική και άρα παράνομη συμπεριφορά, με συνέπεια ο υπαίτιος να υπέχει την κατ' ΑΚ 197-198 ευθύνη¹².

Από ένα σημείο δηλαδή και ύστερα μόνο για σπουδαίο λόγο μπορεί ο διαπραγματευόμενος να ματαιώσει αζημίως την ζητούμενη από τον άλλον σύναψη της συμβάσεως, ήτοι για λόγο που, με βάση το κριτήριο της επιβαλλόμενης στις συναλλαγές ευθύτητας και εντιμότητας, δικαιολογεί την άρνησή του να

¹¹. Πρβλ. ενδεικτικά **Καράση**, όπ. ανωτ. 197-198 αρ. 12.

¹². Έτσι ιδίως **Καράσης**, όπ. ανωτ. 197-198, αρ. 11 επ.· **Τσολακίδης**, όπ. ανωτ. αρ. 319 επ.· πρβλ. επίσης ΑΠ 37/2005 Ολομ. ΕλλΔνη 46, 1050· ΑΠ 1231/2008 ΕλλΔνη 49, 1394.

προχωρήσει στην ολοκλήρωση της συμβατικής διαδικασίας¹³. Χωρίς την συνδρομή ενός τέτοιου λόγου – όπως κατ' εξοχήν η συνδρομή στο πρόσωπο του άλλου περιστατικών που καθιστούν επισφαλή την προσήκουσα εκ μέρους του εκτέλεση της συμβάσεως¹⁴ ή η μεταβολή των συνθηκών, συνεπεία της οποίας καθίσταται μη αξιόσιμη πλέον κατά καλή πίστη η σύναψη της συμβάσεως – η αδικαιολόγητη ματαίωση της συνάψεως της συμβάσεως ιδρύει την ευθύνη των άρθρων ΑΚ 197-198.

Ειδικά στην περίπτωση της δια πλειστηριασμού καταρτίσεως της συμβάσεως, όπου τα στάδια εξελίξεως της διαγωνιστικής διαδικασίας είναι σαφώς εκ των προτέρων καθορισμένα και με ακρίβεια έχουν τεθεί οι όροι της κατακύρωσεως, η ελευθερία του πλειστηριάζοντος να αρνηθεί την κατακύρωση στον υποβαλόντα την καλύτερη – και πληρούσα όλους τους προβλεπόμενους στην σχετική προκήρυξη όρους – προσφορά είναι σχεδόν μηδενική. Στην περίπτωση αυτή γεννιέται οπωσδήποτε η κατ' ΑΚ 197-198 ευθύνη προς αποζημίωση με περιεχόμενο το αρνητικό διαφέρον¹⁵.

4. Εριζόμενο είναι μόνο το ζήτημα αν στον διαπραγματευόμενο που υπαιτίως παρεβίασε την εκ της καλής πίστεως προσυμβατική του υποχρέωση, ματαιώνοντας

¹³. Για το κριτήριο αυτό βλ. ΑΠ 37/2005 Ολομ. ΕλλΔνη 46, 1040. Για το αδικαιολόγητο της αρνήσεως συνάψεως στην γενικότερη θεωρία της αναγκαστικής συμβάσεως βλ. εγγύτερα Π.Α. Παπανικολάου, Περί των Ορίων της προστατευτικής παρεμβάσεως του Δικαστή στην Σύμβαση, 1991, σ. 431 επ.

¹⁴. **Καράσης**, όπ. ανωτ. 197-198 αρ. 12.

¹⁵. Πρβλ. **Καράση**, όπ. ανωτ. 197-198 αρ. 12, **Τσολακίδη**, όπ. ανωτ. αρ. 342 επ.· περαιτέρω δε και **Κουμάντο**, ΕρμΑΚ 197-198 αρ. 46· κι ακόμη ΑΠ 37/2005 Ολομ. ΕλλΔνη 46, 1040.

αυθαίρετα την κατάρτιση της συμβάσεως και διαψεύδοντας έτσι την εμπιστοσύνη του άλλου στην ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, θα πρέπει να επιβληθεί, ως περιεχόμενο της κατ' ΑΚ 197-198 ευθύνης του, και υποχρέωση προς σύναψη της σκοπούμενης συμβάσεως ως μορφή της προβλεπόμενης στο άρθρο 297 ΑΚ *in natura* αποκαταστάσεως της ζημίας, συναφώς δε και υποχρέωση καταβολής του (οιονεί) θετικού διαφέροντος¹⁶. Πρόκειται, ως γνωστόν, για το διαφέρον εκείνο, βάσει του οποίου ο ζημιωθείς μπορεί να ζητήσει να περιαχθεί στην κατάσταση που θα βρισκόταν αν η κατακύρωση είχε χωρήσει και δι' αυτής είχε η σύμβαση συναφθεί¹⁷.

5.α. Υπέρ της καταφάσεως μιας τέτοιας δυνατότητας στην ερευνώμενη εδώ περίπτωση θα μπορούσε να επικαλεσθεί κανείς το επιχείρημα ότι η εξουσία του πλειστηριάζοντος να αρνηθεί στο επίμαχο στάδιο την κατακύρωση, ως έκφανση της συμβατικής του ελευθερίας, έχει πλέον προσλάβει την μορφή ενός ακριβώς προσδιορισμένου κατ' έκτασιν δικαιώματος, με την νομικοτεχνική έννοια του όρου, ώστε αβίαστα να μπορεί να

¹⁶. Κατά μιας τέτοιας δυνατότητας η μάλλον κρατούσα γνώμη· πρβλ. λ.χ. **Μπαλή**, ΓενΑρχ § 87· **Κουμάντο**, ΕρμΑΚ 197-198 αρ. 80· **Σημαντήρα**, ΓενΑρχ αρ. 636· **Παπαντωνίου**, ΓενΑρχ § 63 V· **Γεωργιάδη**, ΓενΑρχ § 34 αρ. 8 επ· **Καράση**, όπ. ανωτ. αρ. 41 επ· **Τσολακίδη** όπ. ανωτ. αρ. 342 επ., 346 επ· ΑΠ 37/2005 Ολομ. ΕλλΔνη 46, 1040· ΑΠ 606/2015 ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 1175/2007 ΕλλΔνη 49, 1395· ΑΠ 1463/2001 ΕλλΔνη 43, 1634. Αντίθ. **Σπυριδάκης**, ΓενΑρχ αρ. 236 γγ· πρβλ. επίσης **Π.Α. Παπανικολάου**, όπ. ανωτ. σ. 405 επ. και **Σταθόπουλο**, ΕνοχΔίκ § 13 αρ. 31 επ., αλλά και § 3 αρ. 54.

¹⁷. Γενικά για την διάκριση του διαφέροντος σε αρνητικό (ή διαφέρον εμπιστοσύνης) και θετικό (ή διαφέρον εκπληρώσεως) βλ. αντί πολλών **Σταθόπουλο**, ΕνοχΔίκ § 8 αρ. 27 επ. Ειδικότερα για την έννοια του οιονεί θετικού διαφέροντος **Καράσης**, όπ. ανωτ. 197-198 αρ. 41 επ.

ελεγχθεί η άσκηση του δικαιώματος αυτού με το άρθρο 281 ΑΚ που απαγορεύει την κατάχρηση δικαιώματος¹⁸.

Εφαρμογή του άρθρου αυτού στην περίπτωση μας θα σήμαινε βεβαίως επιβολή στον πλειστηριάζοντα υποχρεώσεως προς σύναψη της ζητούμενης συμβάσεως, αφού μόνον κατ' αυτόν τον τρόπο θα μπορούσε εδώ να αρθεί η παρανομία, την οποία ενέχει η καταχρηστική άρνηση του υποχρέου να προβεί στην ζητούμενη κατακύρωση¹⁹. Επί αθετήσεως βεβαίως της ex lege υποχρεώσεως αυτής θα οφείλεται αποζημίωση (διαφέρον εκπληρώσεως) κατ' ΑΚ 330²⁰.

β. Αντίθετα, κρατούσα είναι μάλλον η άποψη ότι δεν μπορεί να αποτελεί περιεχόμενο της κατ' ΑΚ 197-198 οφειλόμενης αποζημιώσεως το λεγόμενο «*θετικό διαφέρον*» ή «*διαφέρον εκπληρώσεως*», ήτοι το διαφέρον εκείνο με την ικανοποίηση του οποίου ο ζημιωθείς θα περιήγετο στην υποθετική κατάσταση που θα βρισκόταν αν η σκοπούμενη σύμβαση δεν είχε ματαιωθεί λόγω της αντισυναλλακτικής

¹⁸. Για την διάκριση μεταξύ της συμβατικής ελευθερίας ως – μη υποκείμενης στον έλεγχο του άρθρου 281 ΑΚ καθό μη ακριβώς προσδιορισμένης κατά τα όριά της – «*φυσικής ελευθερίας*» και του «*δικαιώματος*» με την νομικοτεχνική έννοια του όρου βλ. ιδίως **Γεωργιάδη**, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου 281 αρ. 40 επ. και 118 επ. Την αδυναμία ακριβώς να χαραχθούν όρια στην άσκηση μιας φυσικής ευχέρειας θεωρεί ως λόγο μη υποβολής και της συμβατικής ελευθερίας στον έλεγχο του άρθρου 281 ΑΚ ο **Μπαλής**, ΓενΑρχ § 166.

¹⁹. Πρβλ. **Σταθόπουλο**, ΕνοχΔίκ § 13 αρ. 31 επ· **Γεωργιάδη**, όπ. ανωτ. αρ. 118 επ· εγγύτερα **Π.Α. Παπανικολάου**, όπ. ανωτ. σ. 417 επ. και **Κ. Ξυπολιά**, Η αναγκαστική σύμβασις, 1971, σ. 90 επ.

²⁰. **Π.Α. Παπανικολάου**, όπ. ανωτ. σ. 406 και 410 επ· **Σταθόπουλος**, ΕνοχΔίκ § 13 αρ. 35 επ.

συμπεριφοράς του ετέρου και είχε εκπληρωθεί κανονικά²¹. Συναφώς υποστηρίζεται από την κρατούσα γνώμη, ότι η προσυμβατική σχέση δεν δημιουργεί υποχρέωση προς σύναψη της ζητούμενης συμβάσεως και συνεπώς σε καμμία περίπτωση δεν μπορεί η ανόρθωση της ζημίας κατ' ΑΚ 197-198 να οδηγήσει στην κατάφαση της δυνατότητας του ζημιωθέντος να ζητήσει την καταδίκη του υπαιτίου σε δήλωση βουλήσεως για την κατάρτιση της ζητούμενης συμβάσεως²². Μια τέτοια αξίωση του ζημιωθέντος φαίνεται να είναι ασυμβίβαστη προς την συμβατική ελευθερία του υπαιτίου²³. Εντεύθεν υποστηρίζεται ότι ούτε δια της οδού της *in natura* αποκαταστάσεως της ζημίας (ΑΚ 297) μπορεί στο πλαίσιο της κατ' ΑΚ 197-198 ευθύνης να οδηγηθεί κανείς στην θεμελίωση αξιώσεως του ζημιωθέντος για κατάρτιση της σκοπούμενης συμβάσεως²⁴.

6. Αναμφίβολο είναι εξ άλλου ότι η αυθαίρετη άρνηση του πλειστηριάζοντος να προβεί στην κατακύρωση, υπό τις

²¹. Μπαλής, ΓενΑρχ § 87· Γεωργιάδης, ΓενΑρχ § 34 αρ. 10· Καράσης, όπ. ανωτ. 197-198 αρ. 41 επ· εγγύτερα Τσολακίδης, όπ. ανωτ. αρ. 175, 317, 342 επ., 346 επ· ΑΠ 37/2005 Ολομ. ΕλλΔνη 46, 1040· ΑΠ 1231/2008 ΕλλΔνη 49, 1394· ΑΠ 606/2015 ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 1463/2001 ΕλλΔνη 43, 1634.

²². Γεωργιάδης, ΓενΑρχ § 34 αρ. 10 επ. σημ. 18· Καράσης, όπ. ανωτ. 197-198 αρ. 11 επ.

²³. Ενδεικτικά Καράσης, όπ. ανωτ. αρ. 12· Τσολακίδης, όπ. ανωτ. αρ. 146 επ. 316, 342 επ. και *passim*· βλ. επίσης ΑΠ 1175/2007 ΕλλΔνη 49, 1395.

²⁴. Λέκκας, ΣΕΑΚ 197-198 αρ. 42· ΑΠ 1175/2007 ΕλλΔνη 49, 1395. Αμφισβητείται επίσης αν είναι εδώ δυνατή – ενόψει της εγγύτητας της ειδικής αυτής *ex lege* ευθύνης προς την αδικοπρακτική – η χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης κατ' ΑΚ 932· πρβλ. σχετικά Κουμάντο, ΕρμΑΚ 197-198 αρ. 77· Γεωργιάδη, ΓενΑρχ § 34 αρ. 10 επ. σημ. 18· Τσολακίδη, όπ. ανωτ. αρ. 556 επ.

ανωτέρω ειδικές συνθήκες, θα πληροί συνήθως – με την συνδρομή βεβαίως και του στοιχείου της προθέσεως – και το πραγματικό της στεγαζόμενης στο άρθρο 919 ΑΚ γενικής ρήτρας. Αλλά και τότε, επί εφαρμογής δηλαδή κατ' αρχήν της διατάξεως αυτής, τα ίδια κατά βάσιν θα τίθενται ζητήματα, όσον αφορά ιδίως την έκταση και το περιεχόμενο της – θεσπιζόμενης μ' αυτήν επί ζημιώσεως άλλου κατά τρόπον αντίθετον προς τα χρηστά ήθη – αστικής ευθύνης του υπαιτίου, κατά πόσον δηλαδή θα μπορεί, στο πλαίσιο του αναγκαίου κατά την διάταξη αυτήν αιτιώδους συνδέσμου²⁵, να ζητηθεί από τον ζημιωθέντα με την μορφή της *in natura* αποκαταστάσεως της ζημίας του (ΑΚ 297) η καταδίκη του αρνουμένου σε δήλωση βουλήσεως περί καταρτίσεως της επίμαχης συμβάσεως (ΚΠολΔ 949)²⁶.

II.1. Εν προκειμένω τυχόν άρνηση του ΔΕΣΦΑ να προβεί στην κατακύρωση, στην αποδοχή δηλαδή της προσφοράς της TERNA S.A. που αναδείχθηκε η καλύτερη, πληροί δε όλους τους απαιτούμενους στην Διακήρυξη όρους και τούτο έχει γνωστοποιηθεί στην νικήτρια εταιρεία (άρθρ. 17.8 της Διακηρύξεως), αυτή δε μάλιστα έχει δηλώσει σοβαρά την πρόθεσή της να προσκομίσει εγκαίρως όλα τα ζητηθέντα από

²⁵. Με βάση του τί θα είχε ο ζημιωθείς, αν δεν παρεμβαλλόταν η ανήθικη συμπεριφορά του υπαιτίου· πρβλ. σχετικά Γεωργιάδη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου 919 αρ. 6 και 914 αρ. 80.

²⁶. Θετικός μάλλον προς την κατεύθυνση αυτήν ο Σταθόπουλος, ΕνοχΔίκ § 13 αρ. 31 επ. σημ. 43. Στην όμοια με το άρθρο 919 ΑΚ § 826 του γερμΑΚ στηρίζει την ερευνώμενη εδώ δυνατότητα αναγκαστικής συνάψεως η κρατούσα στην Γερμανία γνώμη· εγγύτερα Π.Α. Παπανικολάου, όπ. ανωτ. σ. 435 επ.

αυτήν – ως τελευταίο πριν από την κατακύρωση βήμα της διαγωνιστικής διαδικασίας – έγγραφα, προκειμένου να της αποσταλεί από τον ΔΕΣΦΑ η προβλεπόμενη στο άρθρο 18.1 της Διακηρύξεως – δεσμευτική πλέον γι' αυτόν – Επιστολή Πρόθεσης Ανάθεσης της ΣΥΜΒΑΣΗΣ, θα συνιστούσε αναμφίβολα – αφού σπουδαίος λόγος για την άρνηση αυτή δεν φαίνεται να συντρέχει εδώ κανένας, αντίθετα δε έχει δημιουργηθεί δικαιολογημένα στην TERNA S.A. ως successful Bidder η στέρεη προσδοκία ότι σ' αυτήν θα ανατεθεί η Σύμβαση – αντίθετη προς την αρχή της καλής πίστεως αντισυναλλακτική και άρα παράνομη (και υπαίτια) συμπεριφορά, ιδρύουσα την κατ' ΑΚ 197-198 ευθύνη του ΔΕΣΦΑ προς αποζημίωση.

Η αποζημίωση αυτή θα συνίσταται στην καταβολή του αρνητικού διαφέροντος, μπορεί δε να περιλαμβάνει, κατά τα ανωτέρω, τόσο την θετική ζημία όσο και το διαφυγόν κέρδος της TERNA S.A..

2. Συγχρόνως όμως μια τέτοια αντισυναλλακτική συμπεριφορά του ΔΕΣΦΑ θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι ενέχει και απαγορευμένη κατ' ΑΚ 281 κατάχρηση δικαιώματος, ως καταχρηστική δε άρνηση συνάψεως της ζητούμενης από την TERNA S.A. ως υπερθεματίστρια συμβάσεως να οδηγήσει στην θεμελίωση αξιώσεως αυτής προς (αναγκαστική) κατάρτιση της επίμαχης συμβάσεως με καταδίκη του ΔΕΣΦΑ σε δήλωση της συμβατικής του βουλήσεως βάσει του άρθρου 949 ΚΠολΔ. Με την κατάφαση της δυνατότητας αυτής, η οποία πάντως δεν απηχεί, όπως λέχθηκε ήδη, την κρατούσα στην Χώρα μας γνώμη, θα μπορούσε κανείς να υποστηρίξει ότι η προβλεπόμενη

για την ερευνώμενη εδώ περίπτωση καταχρηστικής αρνήσεως συνάψεως αποζημίωση μπορεί τελικά να καλύπτει και το διαφέρον εκπληρώσεως.

3. Βασίμως, τέλος, θα μπορούσε κανείς να υποστηρίξει ότι η τυχόν άρνηση του ΔΕΣΦΑ να προβεί στην κατακύρωση υπό τις ανωτέρω συνθήκες ενέχει και αντίθεση προς τα χρηστά ήθη, ώστε με την συνδρομή και του στοιχείου της προθέσεως – που μάλλον εύκολα θα δεχόταν εδώ κανείς με την μορφή τουλάχιστον του ενδεχόμενου δόλου – να ιδρύεται ευθύνη του ΔΕΣΦΑ προς αποζημίωση και με βάση το άρθρο 919 ΑΚ. Με τον συνδυασμό της γενικής αυτής ρήτηρας με την προβλεπόμενη στο άρθρο 297 ΑΚ δυνατότητα φυσικής αποκαταστάσεως της ζημίας θα μπορούσε και πάλι να οδηγηθεί κανείς στην επιβολή στον ΔΕΣΦΑ υποχρέωσης προς κατάρτιση της ζητούμενης συμβάσεως, εντεύθεν δε και σε οφειλή (κατ' ΑΚ 330) του θετικού διαφέροντος εν αρνήσει του να συμμορφωθεί προς την υποχρέωσή του αυτήν²⁷.

III. Την γένεση της κατά τα άνω ευθύνης του ΔΕΣΦΑ προς αποζημίωση της υπερθεματίστριας TERNA S.A. – ανεξάρτητα από την νομοθετική βάση, στην οποία αυτή ήθελε στηριχθεί, και ανεξάρτητα από την έκταση και το περιεχόμενο, που ήθελε αυτή ενδεχομένως προσλάβει – δεν μπορεί να αποτρέψει ο ΔΕΣΦΑ με επίκληση της περιλαμβανόμενης στο άρθρο 21.2 της Διακηρύξεως ρυθμίσεως. Διότι η ρύθμιση αυτή αποτελεί απαλλακτική ρήτρα με την έννοια του άρθρου 332 ΑΚ,

²⁷. Διεξοδικά για την δυνατότητα αυτήν Π.Α. Παπανικολάου, όπ. ανωτ. σ. 435 επ.

το οποίο, ως γνωστόν, κηρύσσει άκυρη κάθε εκ των προτέρων συμφωνία, με την οποία αποκλείεται (ή περιορίζεται) η ευθύνη από δόλο ή βαριά αμέλεια²⁸. Κι εδώ μάλλον εύκολα θα γινόταν δεκτό ότι η χωρίς αποχρώντα λόγο (αυθαίρετη) άρνηση του ΔΕΣΦΑ να προβεί, κατά το παρόν στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, στην κατακύρωση της επίμαχης συμβάσεως οφείλεται σε πρόθεση (ενδεχόμενο δόλο) του ΔΕΣΦΑ.

Δ. Συμπέρασμα

1. Στο ανωτέρω τεθέν ερώτημα προσήκει απάντηση αρνητική. Ο ΔΕΣΦΑ δεν μπορεί, κατά το παρόν στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, να ματαιώσει, χωρίς να συντρέχει κάποιος σπουδαίος λόγος προς τούτο, αζημίως την κατακύρωση στην ΤΕΡΝΑ S.A., που υπέβαλε την καλύτερη προσφορά και έχει τηρήσει όλους τους απαραίτητους όρους. Σε αντίθετη περίπτωση θα καταστεί υπόχρεος προς αποζημίωση της εταιρείας αυτής.

2. Ως νομοθετικές βάσεις της σχετικής ευθύνης του ΔΕΣΦΑ θα τεθούν οπωσδήποτε υπόψη οι διατάξεις των άρθρων 197-198 ΑΚ για την ευθύνη από διαπραγματεύσεις, ενδεχομένως δε και εκείνες των άρθρων 281 ΑΚ για την καταχρηστική άρνηση συνάψεως μιας συμβάσεως και 919 ΑΚ

²⁸. Για το ζήτημα του κύρους των απαλλακτικών ρητρών βλ. αντί πολλών Σταθόπουλο, ΕνοχΔίκ § 6 αρ. 124 επ. Εκεί και για τις προβλεπόμενες στο άρθρο 332 § 2 ΑΚ εξαιρέσεις, αναφορικά με την ευθύνη και από ελαφρά αμέλεια, στις περιπτώσεις, όπως εδώ, όπου η απαλλακτική ρήτρα έχει διατυπωθεί μονομερώς από τον διαπραγματευτικά ισχυρότερο συμβαλλόμενο χωρίς ατομική διαπραγμάτευση ή αφορά σε ευθύνη προερχόμενη από την άσκηση επιχειρήσεως, για την οποία προηγήθηκε παραχώρηση της Αρχής.

για την εκ προθέσεως πρόκληση ζημίας κατά τρόπον αντίθετον προς τα χρηστά ήθη.

3. Όσον αφορά στο περιεχόμενο της ευθύνης αυτής, βέβαιο είναι ότι θα μπορεί να ζητηθεί το «αρνητικό διαφέρον» (ή διαφέρον εμπιστοσύνης), ενδεχομένως όμως και να υποστηριχθεί σοβαρά ότι στον ΔΕΣΦΑ θα πρέπει να επιβληθεί και υποχρέωση συνάψεως της ζητούμενης Συμβάσεως, οπότε επί μη συμμορφώσεως του ΔΕΣΦΑ προς την υποχρέωσή του αυτή θα οφείλεται (κατ' ΑΚ 330) το «θετικό διαφέρον» (ή διαφέρον εκπληρώσεως). Ακόμη και ζήτημα οφειλής χρηματικής ικανοποιήσεως λόγω ηθικής βλάβης (κατ' ΑΚ 932) μπορεί ενδεχομένως να τεθεί.

Αθήνα, 31^η Μαΐου 2024

Ο Γνωμοδοτών



Παν. Α. Παπανικολάου