

Αριθ. Πρωτ.: 29112/ΣΜ/μβ

Αθήνα, 29 Ιουλίου 2015

Π Ρ Ο Σ

Ειδική Υπηρεσία Ολοκληρωμένου  
Πληροφοριακού Συστήματος

- ΑΝΑΚ.: 1. Υπουργό Οικονομίας Υποδομών  
Ναυτιλίας & Τουρισμού  
κ. Γεώργιο Σταθάκη  
2. Γενικό Γραμματέα Δημοσίων  
Επενδύσεων - ΕΣΠΑ  
κ. Αλέξη Χαρίτση  
3. ΕΥΔ ΕΠ Περιφέρειας Ηπείρου

**ΘΕΜΑ: Παρέμβαση ΣΑΤΕ σε απάντηση της Ειδικής Υπηρεσίας Ολοκληρωμένου Πληροφοριακού Συστήματος επί του ερωτήματος με κωδικό: 49816.**

Κύριοι,

Με έκπληξη πληροφορηθήκαμε την απάντησή σας στο εν θέματι ερώτημα σύμφωνα με την οποία, σε περίπτωση που ευρύτερο έργο έχει καταταμηθεί σε επιμέρους αυτοτελή υποέργα, τα οποία δημοπρατούνται ξεχωριστά, οι καλούμενες τάξεις πτυχίων κρίνονται σύμφωνα με το συνολικό προϋπολογισμό όλων των επιμέρους τμημάτων αυτού!

Η ανωτέρω θέση είναι παντελώς εσφαλμένη όπως μπορεί να διαβεβαιώσει κάθε εμπλεκόμενος στη διαδικασία δημοπράτησης δημοσίων έργων στην Ελλάδα, νομικός ή άλλος, γεγονός που αποδεικνύεται και από τη συνημμένη γνωμάτευση του Νομικού μας Συμβούλου η οποία καταλήγει στο ακόλουθο συμπέρασμα: *«Σε περίπτωση που δημοπρατείται αυτοτελώς δημόσιο έργο, το οποίο αποτελεί υποέργο ενός μεγαλύτερου έργου, τότε για τον προσδιορισμό των καλουμένων στον διαγωνισμό τάξεων και κατηγοριών έργων του Μ.Ε.ΕΠ. λαμβάνεται υπόψη ο προϋπολογισμός δημοπράτησης του υποέργου, ως αυτοτελώς δημοπρατούμενου έργου, και όχι ο προϋπολογισμός του ευρύτερου έργου».*

Κατόπιν τούτου, σας καλούμε **άμεσα** να τροποποιήσετε επί το ορθόν την εν θέματι απάντησή σας ώστε να μη δημιουργούνται προηγούμενα που κυριολεκτικά θα τινάξουν στον αέρα την υλοποίηση όλων των έργων του ΕΣΠΑ.

Με τιμή,

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΕΝ. ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΖΑΧΑΡΙΑΣ ΑΘΟΥΣΑΚΗΣ

ΔΗΜΗΤΡΙΟΣ ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΙΔΗΣ

**Συν.: Μία γνωμάτευση του Νομικού Συμβούλου του ΣΑΤΕ**

Αθήνα, 27.7.2015

## **ΓΝΩΜΑΤΕΥΣΗ**

**ΘΕΜΑ:** Σε περίπτωση κατάτμησης έργου σε επιμέρους υποέργα, τα οποία δημοπρατούνται αυτοτελώς, βάσει ποιου προϋπολογισμού καλούνται οι εργοληπτικές επιχειρήσεις του Μ.Ε.ΕΠ. στον διαγωνισμό; του προϋπολογισμού του αυτοτελώς δημοπρατούμενου υποέργου ή του ευρύτερου έργου;

Εταιρείες – μέλη του ΣΑΤΕ υπέβαλαν τα ακόλουθα ερωτήματα:

*«Σε περίπτωση που ευρύτερο έργο έχει κατατμηθεί σε επιμέρους αυτοτελής υποέργα, τα οποία δημοπρατούνται ξεχωριστά, βάσει ποιου προϋπολογισμού καλούνται οι εργοληπτικές επιχειρήσεις του Μ.Ε.ΕΠ. στους επιμέρους διαγωνισμούς: βάσει του συνολικού του ευρύτερου έργου ή του επιμέρους προϋπολογισμού κάθε αυτοτελώς δημοπρατούμενου έργου;»*

Η απάντησή μου στο ανωτέρω ερώτημα έχει ως ακολούθως:

1. Το άρθρο 9 παρ. 3 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ ορίζει τα εξής: «Κανένα σχέδιο έργου και κανένα σχέδιο αγοράς για την απόκτηση συγκεκριμένης ποσότητας προμηθειών ή/και υπηρεσιών δεν μπορεί να κατατέμνεται προς εφαρμογής της παρούσας οδηγίας». Επίσης, το άρθρο 17 παρ. 2 της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ προβλέπει τα εξής: «Οι αναθέτοντες φορείς δεν μπορούν να καταστρατηγούν την παρούσα οδηγία κατατέμνοντας τα σχέδια έργων ή τις προτεινόμενες αγορές για την απόκτηση συγκεκριμένης ποσότητας προμηθειών και/ή υπηρεσιών ή χρησιμοποιώντας ειδικές μεθόδους υπολογισμού της αξίας των συμβάσεων».

Οι ανωτέρω διατάξεις έχουν τον εξής σκοπό: Να αποτραπεί η καταστρατήγηση των κοινοτικών Οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων μέσω της κατάτμησης ή άλλων μεθοδεύσεων αλλοίωσης των προϋπολογισμών των δημοπρατούμενων συμβάσεων, ώστε τελικώς να εκφεύγουν της εφαρμογής των κοινοτικών Οδηγιών. Ο μόνος τρόπος καταστρατήγησης δεν είναι η κατάτμηση· μπορεί π.χ. να υπάρξει καταστρατήγηση μέσω του χαρακτηρισμού μιας δημόσιας σύμβασης ως σύμβασης έργου, ενώ πρόκειται για σύμβαση προμήθειας ή υπηρεσίας, οι οποίες έχουν πολύ χαμηλότερο κατώφλι εφαρμογής του κοινοτικού προϋπολογισμού απ' ό,τι οι συμβάσεις έργου και, ως εκ τούτου, θα αποτρεπόταν κατ' αυτόν τον τρόπο η εφαρμογή των κοινοτικών Οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων. Για όλες αυτές τις περιπτώσεις οι κοινοτικές Οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων περιέχουν διατάξεις, οι οποίες ως σκοπό έχουν να καταστήσουν αλυσιτελή την οποιαδήποτε μεθόδευση των προϋπολογισμών και των λοιπών συμβατικών δεδομένων. Στην περίπτωση της κατάτμησης μεγαλύτερων συμβάσεων, η μεθόδευση καθίσταται αλυσιτελής μέσω της επιλογής του συνολικού προϋπολογισμού ως κριτηρίου εφαρμογής των κανόνων των κοινοτικών Οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων.

Επομένως, αυτή καθ' εαυτή η κατάτμηση δεν απαγορεύεται, ούτε συνεπάγεται κατ' ανάγκη ακυρότητα της δημοπρατούμενης σύμβασης και της συναφούς διαδικασίας ανάθεσης, ωστόσο η όποια τυχόν σκοπούμενη καταστρατήγηση του κοινοτικού (ενωσιακού) δικαίου αποτρέπεται με την εφαρμογή της αρχής ότι κριτήριο υπαγωγής στο πεδίο εφαρμογής των κοινοτικών Οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων είναι ο συνολικός προϋπολογισμός του ευρύτερου έργου και όχι αυτός του αυτοτελώς δημοπρατούμενου υποέργου.

Στη σημείο αυτό, όμως, πρέπει να δοθεί προσοχή στο εξής: Οι διατάξεις που ρυθμίζουν τα της κατάτμησης μιας δημόσιας σύμβασης έχουν αποκλειστικά ενωσιακού δικαίου διάσταση, διότι αποσκοπούν στην αποτροπή της καταστρατήγησης των ενωσιακών Οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων και ειδικώς στην παράκαμψη της υποχρεωτικής εφαρμογής τους. **Ουδόλως επηρεάζουν τις διατάξεις του εθνικού δικαίου και ειδικώς εκείνες που δεν έχουν σχέση με τις επιταγές του ενωσιακού δικαίου, αλλά θεσπίζουν αποκλειστικά εθνικού δικαίου ρυθμίσεις.** Κατά συνέπεια, η λήψη υπόψη

του συνολικού προϋπολογισμού του ευρύτερου έργου γίνεται αποκλειστικά και μόνο προς τον σκοπό της μη αποτροπής της εφαρμογής των ενωσιακών Οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων και όχι σε κάθε ζήτημα που άπτεται της εφαρμογής του εθνικού δικαίου περί δημοσίων έργων (π.χ. δυνατότητα συμμετοχής στους διαγωνισμούς βάσει του εθνικού εργοληπτικού μητρώου). Ως προς τα τελευταία θα ισχύσουν οι διατάξεις του εθνικού δικαίου, οι οποίες έχουν ως σημείο αναφοράς τον προϋπολογισμό του αυτοτελώς δημοπρατούμενου έργου.

2. Με βάση τα προαναφερθέντα, ερχόμαστε στο εν προκειμένω κρινόμενο ζήτημα του δικαιώματος συμμετοχής στους διαγωνισμούς δημοσίων έργων.

Το εθνικό δίκαιο (και όχι το ενωσιακό) προβλέπει ένα σύστημα αξιολογικής κατάταξης των ημεδαπών εργοληπτικών επιχειρήσεων σε εθνικό μητρώο αναγνωρισμένων εργοληπτών (Μ.Ε.ΕΠ.), σε τάξεις ανά κατηγορία έργων, βάσει του οποίου οι ημεδαπές εργοληπτικές επιχειρήσεις αποκτούν δικαίωμα συμμετοχής στους διαγωνισμούς δημοσίων έργων που διεξάγονται στην ημεδαπή. Στην αρχική του μορφή το σύστημα αυτό προέβλεπε ανώτατα και κατώτατα όρια προϋπολογισμού ανά τάξη εγγραφής, μετά όμως την τροποποίηση του άρθρου 59 παρ. 1 του Ν. 4278/2014 τα κατώτατα όρια καταργήθηκαν και πλέον ισχύουν μόνο ανώτατα όρια. Επομένως, κάθε εργοληπτική επιχείρηση, αναλόγως της τάξης εγγραφής της στο Μ.Ε.ΕΠ., μπορεί να μετάσχει σε διαγωνισμούς δημοσίων έργων μέχρι ενός ανωτάτου ορίου προϋπολογισμού ανά κατηγορία εργασιών. Η 7<sup>η</sup> (ανώτατη) τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. δεν έχει ανώτατο όριο, επομένως οι εταιρείες που είναι εγγεγραμμένες στην εν λόγω τάξη δύνανται να συμμετάσχουν σε οιονδήποτε διαγωνισμό εντός Ελλάδας.

Βάσει των διατάξεων του εθνικού δικαίου [άρθρ. 16 & 102 Ν. 3669/2008 – Κώδικας Δημοσίων Έργων (Κ.Δ.Ε.)], όπως παγίως και απαραεγκλίτως εφαρμόζονται σε όλους τους διαγωνισμούς δημοσίων έργων, **το δικαίωμα συμμετοχής καθορίζεται βάσει του προϋπολογισμού υπηρεσίας του δημοπρατούμενου έργου, όπως αυτός εμφανίζεται στη διακήρυξη και επιμερίζεται στις επιμέρους κατηγορίες εργασιών.** Η

σύνδεση του προϋπολογισμού του αυτοτελώς δημοπρατούμενου έργου με το δικαίωμα συμμετοχής των εργοληπτικών επιχειρήσεων προκύπτει ευθέως από το άρθρο 16 του Κ.Δ.Ε., όπου αναφέρεται ότι «*όταν το έργο ανήκει σε μία κατηγορία του Μ.Ε.ΕΠ. καλούνται οι επιχειρήσεις της κατηγορίας αυτής*» ή, παρακάτω, «*αν το έργο περιλαμβάνει εργασίες διαφόρων κατηγοριών που καμιάς το ποσοστό δεν ξεπερνά το όριο της προηγούμενης παραγράφου, στις δημοπρασίες καλούνται επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες για όλες τις κατηγορίες του έργου ή κοινοπραξίες επιχειρήσεων που να καλύπτουν τις καλούμενες κατηγορίες*». Είναι προφανές, ότι η συμμετοχή στους διαγωνισμούς δημοσίων καθορίζεται βάσει του προϋπολογισμού του δημοπρατούμενου έργου, ανεξαρτήτως του αν τούτο αποτελεί υποέργο ενός ευρύτερου έργου, κάτι που δεν ενδιαφέρει τον εθνικό νομοθέτη.

**Κατ' απολύτως πάγια πρακτική, που συνάδει με το γράμμα της εθνικής νομοθεσίας, σε όλους τους διαγωνισμούς όπου δημοπρατούνται υποέργα μεγαλύτερων έργων οι καλούμενες τάξεις του Μ.Ε.ΕΠ. στον διαγωνισμό καθορίζονται βάσει του προϋπολογισμού του αυτοτελώς δημοπρατούμενου υποέργου και όχι βάσει του προϋπολογισμού του ευρύτερου έργου** (ο οποίος, μάλιστα, δεν έχει στις περισσότερες περιπτώσεις αναλυθεί και επιμερισθεί ανά κατηγορίες εργασιών, αλλά αναφέρεται ως ένα αριθμητικό νούμερο). Δεν υπάρχει ούτε μία περίπτωση αυτοτελώς δημοπρατούμενου υποέργου όπου οι καλούμενες τάξεις να προσδιορίστηκαν βάσει του προϋπολογισμού του ευρύτερου έργου· άλλωστε, κάτι τέτοιο θα ήταν αντίθετο προς το εφαρμοστέο θεσμικό πλαίσιο. Η πρακτική αυτή αφενός είναι σύμφωνη με την εθνική νομοθεσία και, αφετέρου, δεν αντιβαίνει στο ενωσιακό δίκαιο, το οποίο δεν ασχολείται με τις λεπτομερειακές ρυθμίσεις του εθνικού δικαίου περί καλουμένων τάξεων και κατηγοριών έργων του Μ.Ε.ΕΠ. στους διαγωνισμούς δημοσίων έργων. Αντιθέτως, ο καθορισμός του δικαιώματος συμμετοχής βάσει του προϋπολογισμού του αυτοτελώς δημοπρατούμενου υποέργου συνάδει, υπό μία ευρύτερη ερμηνευτική προσέγγιση, με το πνεύμα του ενωσιακού δικαίου, δεδομένου ότι **επιτυγχάνει διεύρυνση του ανταγωνισμού**. Και τούτο, διότι με τον ενδεχόμενο προσδιορισμό των καλουμένων τάξεων του Μ.Ε.ΕΠ. σε διαγωνισμό αυτοτελούς υποέργου με βάση τον προϋπολογισμό του μεγαλύτερου έργου, το δικαίωμα συμμετοχής θα περιοριζόταν δραστικά, κατ' αντίθεση προς τις επιταγές του ενωσιακού δικαίου περί προστασίας του

ελεύθερου ανταγωνισμού, εφόσον μόνο οι εργοληπτικές επιχειρήσεις των μεγάλων τάξεων θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό· αντιθέτως, όταν η συμμετοχή εξαρτάται από τον προϋπολογισμό του αυτοτελώς δημοπρατούμενου υποέργου, ο ανταγωνισμός διευρύνεται, εφόσον πολύ περισσότερες εργοληπτικές επιχειρήσεις δύνανται να λάβουν μέρος στον διαγωνισμό και μάλιστα όλες όσες έχουν κριθεί, βάσει της αξιολογικής κατάταξής τους στο Μ.Ε.ΕΠ., ως τεχνικά και οικονομικά επαρκείς για να το εκτελέσουν. Είναι, βεβαίως, αυτονόητο ότι, όταν το υποέργο δεν εμπίπτει λόγω προϋπολογισμού στο πεδίο εφαρμογής των κοινοτικών Οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, αλλά εμπίπτει το ευρύτερο έργο, τότε εφαρμόζονται για τη δημοπράτησή του οι κοινοτικές Οδηγίες (2004/17, 2004/18 και η δικονομική 89/665), οι οποίες, όμως, δεν ρυθμίζουν τα ζητήματα που άπτονται της οργάνωσης του εργοληπτικού μητρώου, τα οποία είναι αρμοδιότητας αποκλειστικά του εθνικού νομοθέτη.

Κατά συνέπεια, η απάντησή μου στο τεθέν ερώτημα έχει ως εξής: **Σε περίπτωση που δημοπρατείται αυτοτελώς δημόσιο έργο, το οποίο αποτελεί υποέργο ενός μεγαλύτερου έργου, τότε για τον προσδιορισμό των καλουμένων στον διαγωνισμό τάξεων και κατηγοριών έργων του Μ.Ε.ΕΠ. λαμβάνεται υπόψη ο προϋπολογισμός δημοπράτησης του υποέργου, ως αυτοτελώς δημοπρατούμενου έργου, και όχι ο προϋπολογισμός του ευρύτερου έργου.**

Με εκτίμηση,

Σταμάτης Σ. Σταμόπουλος.