



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΑΣ & ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ
ΓΡΑΦΕΙΟ ΝΟΜΙΚΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΟΥ
ΓΕΝΙΚΗΣ ΓΡΑΜΜΑΤΕΙΑΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ

Σ.Α.Τ.Ε.

Αριθμός Γνωμοδότησεως : 46 /2004

ΤΟ ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ

Τμήμα Α΄

Συνεδρίαση της 4-2- 2004

ΣΥΝΘΕΣΗ :

Πρόεδρος : Κωνίνος Βολτής, Αντιπρόεδρος Ν.Σ.Κ.

Νομικοί Σύμβουλοι : Δημήτριος Λάκκας, Ηλίας Παπαδόπουλος, Θεόδωρος Ρεντζεπέρης, Νικόλαος Κασιμπάς, Δημήτριος Αναστασόπουλος, Δημήτριος Παπαδόπουλος, Βασίλειος Σουλιώτης, Χρήστος Παπαδόπουλος.

Εισηγητής : Θεόδωρος Ρεντζεπέρης, Νομικός Σύμβουλος Ν.Σ.Κ.

Αριθμός Ερωτήματος : ΚΒ/ΦΚ/ΠΤ/ΠΡ1/οικ/100467/22-1-04 της ΕΥΔΕ/ Αυτοκινητόδρομος/ Π.Α.Θ.Ε. της Γενικής Γραμματείας Δημοσίων Έργων του Υ.Π.Ε.Χ.Ω.Δ.Ε.

Περίληψη Ερωτήματος : Ερωτάται, αν, η Υπηρεσία μπορεί να ακυρώσει και να επαναλάβει τη διαδικασία της Β΄ φάσης του διαγωνισμού του έργου, «Σύνδεση ευρείας παράκαμψης Πατρών με την πόλη της Πάτρας, με κάλυψη του χειμάρρου Διακονιάρη» με πρόσκληση μεταξύ περιορισμένου αριθμού εργοληπτικών επιχειρήσεων και συγκεκριμένα αυτών που είχαν προεπιλεγεί και συμμετείχαν στη Β΄ φάση του διαγωνισμού, για υποβολή νέων οικονομικών προσφορών.

Επί του ερωτήματος αυτού το Α΄ Τμήμα του Ν.Σ.Κράτους γνωμοδότησε ως κατωτέρω :

Ι. α) Στο άρθρο 30 παρ. 2 και 4 του Π.Δ. 334/00 (Α΄ 279) με το οποίο προσαρμόζεται η εθνική νομοθεσία για τα δημόσια έργα με την Οδηγία 93/37 Ε.Ο.Κ. του Συμβουλίου, ορίζεται :

Σ.Α.Τ.Ε.

«2. Τα κριτήρια βάσει των οποίων οι αναθέτουσες αρχές αναθέτουν τα δημόσια έργα είναι τα εξής:

α) είτε αποκλειστικά η χαμηλότερη τιμή

β) είτε, αν η ανάθεση γίνεται στην προσφορά που είναι η πιο συμφέρουσα οικονομικά, διάφορα κριτήρια ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, π.χ. η τιμή, η προθεσμία εκτέλεσης, τα έξοδα λειτουργίας, η αποδοτικότητα, η τεχνική αξία. Στην περίπτωση αυτή, οι αναθέτουσες αρχές μνημονεύουν στα συμβατικά τεύχη ή στην προκήρυξη όλα τα κριτήρια που πρόκειται να ληφθούν υπόψη για την ανάθεση του έργου και, αν είναι δυνατό, κατά φθίνουσα σειρά σπουδαιότητας».

«5. Εάν, για μια δεδομένη σύμβαση, οι προσφορές είναι υπερβολικά χαμηλές σε σχέση με τις προβλεπόμενες εργασίες, η αναθέτουσα αρχή πριν απορρίψει τις προσφορές, ζητά εγγράφως διευκρινίσεις που κρίνει σκόπιμες για τα στοιχεία της προσφοράς λαμβάνοντας υπόψη την παρεχόμενη αιτιολόγηση. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να λαμβάνει υπόψη την αιτιολόγηση σχετικά με την οικονομία που επιτυγχάνεται χάρη στη μέθοδο κατασκευής ή τις τεχνικές λύσεις που έχουν επιλεγεί ή τις εξαιρετικά ευνοϊκά συνθήκες υπό τις οποίες ο προσφέρων εκτελεί τις εργασίες ή των πρωτοτυπία της μελέτης του...».

β) Ερμηνεύοντας τις πιο πάνω διατάξεις το Δ.Ε.Κ. με σειρά αποφάσεών του, δέχθηκε ότι: 1. Τα κράτη-μέλη, δεν μπορούν να θεσπίζουν διατάξεις οι οποίες προβλέπουν ότι αποκλείονται αυτόματα από τους διαγωνισμούς για τις συμβάσεις κατασκευής δημόσιων έργων ορισμένες προσφορές που καθορίζονται βάσει μαθηματικού κριτηρίου, αλλά πρέπει να υποχρεώνουν την αναθέτουσα αρχή, να προβεί στην εξακρίβωση του πραγματικού κόστους του έργου, ύστερα από προηγούμενη ακρόαση του ενδιαφερόμενου. 2. Το κοινοτικό δίκαιο δεν απαγορεύει στον Εθνικό νομοθέτη τη θέσπιση κριτηρίων που οδηγούν σε αποκλεισμό μιας προσφοράς ως υπερβολικά χαμηλής, αλλά τα κριτήρια αυτά δεν μπορεί να έχουν ανελαστικό και άκαμπτο χαρακτήρα και ο αποκλεισμός πρέπει να γίνεται ύστερα από προηγούμενη ακρόαση του ενδιαφερόμενου. 3. Ο ενδιαφερόμενος, του οποίου η προσφορά, κατά εφαρμογή του κατά το Εθνικό δίκαιο νομοθετημένου «μαθηματικού τύπου» θεωρείται ως υπερβολικά χαμηλή δικαιούται να αιτιολογήσει το ύψος της, κατά τον πλέον πρόσφορο, κατά την άποψή του τρόπο, και η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να λάβει υπόψη της και να αξιολογήσει την αξιοπιστία της κάθε είδους αιτιολόγησης, πριν κάνει δεκτή ή

απορρίψει την προσφορά, άλλως παραβιάζονται οι διατάξεις του υγιούς ανταγωνισμού (βλέπε αποφάσεις Δ.Ε.Κ. της 27-11-01, C-285-6/99, Impresa Lombardini και Impresa Mantovani, Συλλογή 2001, της 18-6-91, C-295/89, Dona Alfonso, Συλλογή 1991, της 22-6-89, 103/88, Fratelli Costanzo, Συλλογή 1989 και της 10-8-82, 76/81, Transporonte, Συλλογή 1982).

II. α) Στο άρθρο 2 παρ. 2 του Ν. 2576/98 (Α'25) και υπό τον υπέρτιτλο «διασφάλιση αντικειμενικότητας στη διαδικασία ανάθεσης του έργου» ορίζεται ότι: «2.2. Ο προσδιορισμός των ορίων των ασυνήθιστα ή και υπερβολικά χαμηλών προσφορών (υ.χ.π.) γίνεται για όλους τους διαγωνισμούς με ενιαίο τρόπο και σύμφωνα με διαδικασία της οποίας τα δεδομένα, οι παραδοχές και η εφαρμογή συνδέονται αποκλειστικά με τα στοιχεία των προσφορών που υποβάλλονται στον κάθε διαγωνισμό...

Με απόφαση του Υπουργού Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημόσιων Έργων καθορίζεται η ανωτέρω διαδικασία με την οποία προσδιορίζονται:

α. Οι τυχόν υποβαλλόμενες υψηλές προσφορές (υ.π.)

β. Οι τυχόν υποβαλλόμενες τελικά υ.χ.π. (για τις οποίες ζητείται αιτιολόγηση)

γ. Ο τρόπος της αιτιολόγησης από την καλούμενη εργοληπτική επιχείρηση ή Κοινοπραξία εργοληπτικών επιχειρήσεων

δ. Η αξιολόγηση της υποβαλλόμενης αιτιολόγησης από την Ε.Ε.Α.»

β) Στα πλαίσια της πιο πάνω εξουσιοδότησης εκδόθηκε η Δ17α/08/16/Φ.Ν.402/10-2-98 απόφαση του Υπουργού Π.Ε.Χ.Ω.Δ.Ε. (Β' 116) η οποία αρχικά τροποποιήθηκε με τη Δ17α/10/65/Φ.Ν.402/24-7-98 (Β' 835) ίδια απόφαση, στις οποίες γίνεται κατηγοριοποίηση των προσφορών με βάση τον αναφερόμενο στο Ν. 2576/98, όπως αναλύεται στις Υπουργικές αποφάσεις, «μαθηματικό τύπο» και ορίζεται ότι οι διαγωνιζόμενοι των οποίων οι προσφορές κρίνονται ως «τελικά υπερβολικά χαμηλές» (τ.υ.χ.), σε σχέση με το «οριακό κόστος εργασιών» (ο.κ.ε.) μπορούν να τις αιτιολογήσουν περιοριστικά, μόνο λόγω της μεθόδου κατασκευής του έργου ή της εφαρμογής πρωτοτύπων τεχνικών λύσεων, ενώ, οι διαγωνιζόμενοι των οποίων οι προσφορές κρίνονται ως «εξαιρετικά υπερβολικά χαμηλές προσφορές» (ε.υ.χ.π.) αποκλείονται της περαιτέρω διαδικασίας του διαγωνισμού, χωρίς πρόσκληση για αιτιολόγησή τους.

γ) Στο σημείο αυτό, επ' ευκαιρία δημοπρατηθέντος δημόσιου έργου, προσέφυγε ενώπιον της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ κατά την προβλεπόμενη

από το Ν. 2522/97 διαδικασία, εργοληπτική επιχείρηση της οποίας η προσφορά κρίθηκε κατ' εφαρμογή του προαναφερθέντος «μαθηματικού τύπου» έως ε.υ.χ., αλλά παρά ταύτα κλήθηκε να την αιτιολογήσει, αλλά μόνο με τους αναφερόμενους στις κρινόμενες ως τ.υ.χ. προσφορές τρόπους.

Η Ε.Α. του ΣτΕ με την 527/03 απόφασή της, εναρμονιζόμενη και με τις σχετικές αποφάσεις του Δ.Ε.Κ., θεώρησε ότι οι διατάξεις του Κοινοτικού δικαίου υπερισχύουν, κατά το άρθρο 28 παρ. 1 του Συντάγματος, των τυχόν αντιθέτου περιεχομένου διατάξεων του Εθνικού δικαίου και κατά συνέπεια, δεν είναι συμβατές με την κοινοτική νομοθεσία και δεν εφαρμόζονται οι διατάξεις του Ν.2576/98 και των κατ' εξουσιοδότησή του εκδοθεισών αποφάσεων του Υπουργού ΠΕΧΩΔΕ, που αποκλείουν παντελώς την υποχρέωση πρόσκλησης των διαγωνιζομένων να αιτιολογήσουν τις κρινόμενες ως ε.υ.χ. προσφορές ή περιορίζουν τους λόγους και τον τρόπο αιτιολόγησης των τ.υ.χ. προσφορών. (Ομοίως, ΣτΕ, Ε.Α. 690/03).

δ) Κατόπιν τούτων, εκδόθηκαν οι Δ17α/03/52/Φ.Ν. 402/6-6-03 (755 Β') και Δ17α/10/67/Φ.Ν. 402/29-7-03 (1065, Β') αποφάσεις της Υπουργού ΠΕ.ΧΩ.Δ.Ε. με την πρώτη από τις οποίες ορίστηκε ότι δεν υπάρχουν πλέον ε.υ.χ. προσφορές, οι οποίες δηλαδή απορρίπτονται χωρίς πρόσκληση των ενδιαφερομένων να τις αιτιολογήσουν και με τη δεύτερη (ορίστηκε) ότι η αιτιολόγηση των κρινόμενων ως χαμηλών προσφορών δεν περιορίζεται μόνο στους περιοριστικά αναφερόμενους στη Δ17α/08/16/Φ.Ν. 402/10-2-98 απόφαση του Υπουργού ΠΕ.ΧΩ.Δ.Ε. λόγους και τρόπους, (Σχετικές οι 15 και 24/03 και 1/04 εγκύκλιοι της Γ.Γρ.Δημ. Έργων).

III. α) Από το αναφερόμενο στο ερώτημα ιστορικό και τα στοιχεία που το συνοδεύουν προκύπτει ότι το Δημόσιο προέβη στη δημοπράτηση του αναφερόμενου στην περίληψη της παρούσας έργου, προϋπολογισμού 60.000.000 Ευρώ, με το σύστημα της «κλειστής διαδικασίας» (με προεπιλογή) σύμφωνα με τα άρθρα 7 παρ. 2 του ΠΔ 334/00 και 4 παρ. 2 περ. β του Ν. 1418/84 (Α' 23).

Κατά τη Β' φάση του διαγωνισμού κλήθηκαν και υπέβαλαν οικονομικές προσφορές στις 22-10-03 εννέα προεπιλογείς εργοληπτικές επιχειρήσεις και Κοινοπραξίες των οποίων οι εκπτώσεις κυμαίνονται από 3,90 μέχρι 6,40 για τις οκτώ και της ένατης ανερχόταν σε 16,70.

β) Κατά την εφαρμογή του «μαθηματικού τύπου» το ο.κ.ε. προσδιορίστηκε σε 10,81 με αποτέλεσμα να κρίνονται απορριπτές όλες οι οικονομικές προσφορές, από τις οποίες οι οκτώ ως υψηλές (υ.π.) και η ένατη ως ε.υ.χ. και η

Σ.Α.Τ.Ε.

Επιτροπή Εισήγησης Ανάθεσης (Ε.Ε.Α.) πρότεινε την επανάληψη του διαγωνισμού, κατ' εφαρμογή του άρθρου 2 του Ν. 2576/98 και των Δ17α/08/16/Φ.Ν. 402/10-2-98 και Δ17α/10/16/Φ.Ν. 402/12-8-98 αποφάσεων του Υπουργού ΠΕ.ΧΩ.Δ.Ε.

IV. Αναφέρθηκε ήδη, ότι το άρθρο 2 του Ν. 2576/98 και οι προ ολίγου αναφερθείσες Υπουργικές αποφάσεις, κατά το μέρος που θεωρούν ως απαγορευτικές οικονομικές προσφορές ως ε.υ.χ. ή περιορίζουν τους τρόπους αιτιολόγησης των τ.υ.χ.π., κρίθηκαν μη εφαρμοστέες ως αντικείμενες στις διατάξεις περί ανταγωνισμού του Κοινοτικού δικαίου, από το ΔΕΚ, επί παρεμφερών και την Ε.Α. του ΣτΕ σε όμοια περίπτωση, ήδη δε, έχουν αντικατασταθεί με τις Δ 17^α/03/52/Φ.Ν. 402/6-6-03 και Δ17α/10/67/Φ.Ν. 402/29-7-03 αντίθετου περιεχομένου αποφάσεις της Υπουργού ΠΕΧΩΔΕ των οποίων η ισχύς άρχισε από τις 11-6-03 και 30-7-03, αντίστοιχα που δημοσιεύθηκαν στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως.

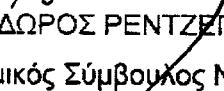
Η προσφορά λοιπόν της Εταιρείας με έκπτωση 16,70 δεν πρέπει να κριθεί, χωρίς περαιτέρω έρευνα, ως απορριπτέα, αλλά πρέπει να κληθεί η εργοληπτική επιχείρηση που την έδωσε να την «αιτιολογήσει» με οποιοδήποτε τρόπο κρίνει πρόσφορο και η Ε.Ε.Α. και η Αναθέτουσα Αρχή, πρέπει αιτιολογημένα να αξιολογήσουν της «αιτιολόγηση» της διαγωνιζόμενης Εταιρείας, ανάλογα δε με το αποτέλεσμα της διαδικασίας αυτής θα κριθεί και η περαιτέρω πορεία του διαγωνισμού.

Συνεπώς επί του τεθέντος ερωτήματος, κατά την ομόφωνη γνώμη του Τμήματος, προτείνεται η πιο πάνω αναλυτική απάντηση.



12/2/2004
ΕΠΙΣΤΡΟΦΗ
ΚΩΝ/ΝΟΣ ΒΟΛΤΗΣ
Αντιπρόεδρος Ν.Σ. Κράτους

Ο Εισηγητής


ΘΕΟΔΩΡΟΣ ΡΕΝΤΖΕΠΕΡΗΣ
Νομικός Σύμβουλος Ν.Σ.Κ.

Σ.Α.Τ.Ε.