



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΥΠΟΔΟΜΩΝ
ΜΕΤΑΦΟΡΩΝ ΚΑΙ ΔΙΚΤΥΩΝ
ΓΕΝΙΚΗ ΓΡΑΜΜΑΤΕΙΑ ΥΠΟΔΟΜΩΝ
ΚΑΤΑΣΚΕΥΕΣ

Αθήνα, 28 Δεκεμβρίου 2016

Ομάδα Εργασίας 2

Απόφαση υπ. αρ. 5696/2-9-16, Υπουργού Υ.ΜΕ.ΔΙ.
(ΑΔΑ: 7ΒΓ74653ΟΞ-ΣΦ3)

ΠΡΟΣ:

Το Συμβούλιο Δημ. Έργων
Τμήμα Κατασκευών

ΘΕΜΑ: Έγκριση προσχεδίου Εγκυκλίου στο πλαίσιο του ν. 4412/2016 με θέμα:
«Εξειδίκευση των όρων χαρακτηρισμού μίας οικονομικής προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής και για την εκτίμηση των παρεχόμενων εξηγήσεων»

ΕΙΣΗΓΗΤΗΣ: Ιωάννης Μπακογιάννης, Μετ. Μηχ. με Α' β.,
υπεύθυνος της Ο.Ε. 2 Κατασκευών

Σωτήρης Μπασιούκας Πολ. μηχ με Α' β
υπεύθυνος της Ο.Ε. 2 Μελετών

Θέτουμε υπόψη σας την παρούσα Εισήγηση .

I. ΓΕΝΙΚΑ

1. Ο **ν.4412/2016 (Α' 147)** με τον οποίο θεσπίζεται νέο νομοθετικό πλαίσιο δημοσίων συμβάσεων, αποτελεί προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις: α) της **Οδηγίας 2014/24/ΕΕ** του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (L94), και β) της **Οδηγίας 2014/25/ΕΕ** του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις προμήθειες φορέων, που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση Οδηγίας 2004/17/ΕΚ
2. Ο **ν.4413/2016 (Α' 148)** με τον οποίο θεσπίζεται νέο νομοθετικό πλαίσιο συμβάσεων παραχώρησης, αποτελεί προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις **της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ** του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης.
3. Η ισχύς των ν.4412/2016 και 4413/2016 αρχίζει από τη δημοσίευσή τους στην Εφημερίδα της Κυβέρνησης, ήτοι από 8-8-2016, εκτός εάν ορίζεται διαφορετικά σε επιμέρους διατάξεις.
4. Για την εφαρμογή του ν.4412/2016 απαιτείται η έκδοση των προβλεπόμενων υπουργικών αποφάσεων και εγκυκλίων.
5. Η παρούσα Εισήγηση αφορά στην υποστήριξη του έργου του Τμήματος Κατασκευών του Συμβουλίου Δημοσίων Έργων της Γενικής Γραμματείας Υποδομών (Γ.Γ.Υ.), για τη σύνταξη «προσχεδίων» των υπουργικών αποφάσεων και εγκυκλίων που προβλέπονται στο ν.4412/2016 και αφορούν σε συμβάσεις έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών

επιστημονικών υπηρεσιών, καθώς και των απαιτούμενων οδηγιών εφαρμογής τους, σύμφωνα με την υπ. αριθ.5696/02-09-2016 απόφαση του Υπουργού Υ.ΜΕ.ΔΙ.

6. Με το με αριθ.Κ/261/06-09-2016 έγγραφο του Προέδρου του Συμβουλίου Δημοσίων Έργων – Τμήμα Κατασκευών και Συντονιστή του όλου έργου καθορίζονται τα ειδικότερα θέματα, που εισηγείται η Ο.Ε.

II. ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΤΗΣ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑΣ ΤΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ (Σ.Δ.Ε.) – ΤΜΗΜΑ ΚΑΤΑΣΚΕΥΩΝ

Το θέμα εισάγεται στο Σ.Δ.Ε – Τμήμα Κατασκευών:

- σύμφωνα με την υπ. αριθ. 5696/02-9/2016 απόφαση Υπουργού Υ.ΜΕ.ΔΙ., με την οποία ανατέθηκε στο Τμήμα Κατασκευών του Συμβουλίου Δημοσίων Έργων της Γενικής Γραμματείας Υποδομών, η σύνταξη «προσχεδίων» των υπουργικών αποφάσεων και εγκυκλίων που προβλέπονται στον ν.4412/2016 και αφορούν σε συμβάσεις έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών επιστημονικών υπηρεσιών, καθώς και των απαιτούμενων οδηγιών εφαρμογής τους.

III. ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΤΗΣ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΑΣ ΤΗΣ ΟΜΑΔΑΣ ΕΡΓΑΣΙΑΣ 2 - ΚΑΤΑΣΚΕΥΩΝ

Με την αριθ. 5696/02-09-2016 απόφαση του Υπουργού Υ.ΜΕ.ΔΙ. ανατέθηκε η υποστήριξη του έργου του Τμήματος Κατασκευών του Συμβουλίου Δημοσίων Έργων της Γ.Γ.Υ. στην ομάδα εργασίας για την επεξεργασία και σύνταξη τεκμηριωμένων εισηγήσεων για τη σύνταξη «προσχεδίων» των υπουργικών αποφάσεων και εγκυκλίων που προβλέπονται στους ν.4412/2016 και ν.4413/2016 και αφορούν σε συμβάσεις έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών επιστημονικών υπηρεσιών και έργων παραχωρήσεων, αντίστοιχα, καθώς και των απαιτούμενων οδηγιών εφαρμογής τους. Με το με αριθ.Κ/261/06-09-2016 έγγραφο του Προέδρου του Συμβουλίου Δημοσίων Έργων – Τμήμα Κατασκευών και Συντονιστή του όλου έργου καθορίζονται τα ειδικότερα θέματα, που εισηγείται η Ο.Ε.

IV. ΑΝΑΠΤΥΞΗ ΤΟΥ ΘΕΜΑΤΟΣ

1. Η σύνταξη «προσχεδίων» των υπουργικών αποφάσεων και εγκυκλίων που προβλέπονται στους ν.4412/2016 και ν.4413/2016 και αφορούν σε συμβάσεις έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών επιστημονικών υπηρεσιών και έργων παραχωρήσεων, αντίστοιχα,

καθώς και των απαιτούμενων οδηγιών εφαρμογής τους είναι απαραίτητη διαδικασία η οποία πρέπει να γίνει έγκαιρα και γρήγορα, δεδομένου ότι η ισχύς των ανωτέρω νόμων αρχίζει από τη δημοσίευσή τους στην Εφημερίδα της Κυβέρνησης, ήτοι από 8-8-2016.

2. Σύμφωνα με το αριθ. Κ/261/6/9/2016 έγγραφο του Συντονιστή των Ο.Ε., η Ομάδα Εργασίας 2 για τις Κατασκευές ασχολείται με τα ακόλουθα θέματα:

- **Άρθρο 53 παρ.7.ι του ν.4412/2016**

«Οι «Ομάδες Εργασιών» ανά κατηγορία έργων καθορίζονται με αποφάσεις του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων».

Επανεκδοση της ισχύουσας απόφασης σε 15 ημέρες

- **Άρθρο 53 παρ. 7.ζ του ν.4412/2016**

*«Με απόφαση του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων εγκρίνεται **Κανονισμός Αναλυτικών και Περιγραφικών Τιμολογίων Εργασιών** ανάλογα με την κατηγορία και το μέγεθος των έργων και με την προσβασιμότητα της περιοχής εκτέλεσής τους».*

Επανεκδοση της ισχύουσας απόφασης σε 22 ημέρες

- **Άρθρο 221 παρ.8.η του ν.4412/2016**

*«**Μητρώο Μελών Επιτροπών Διαγωνισμού.** Με απόφαση του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων ρυθμίζονται οι όροι, οι προϋποθέσεις και η διαδικασία για την εγγραφή στο Μητρώο, η διαδικασία κατάρτισης και τήρησης του Μητρώου, τα καθήκοντα των εγγεγραμμένων, τα πειθαρχικά αδικήματά τους και κάθε άλλο σχετικά με τα παραπάνω αναγκαίο θέμα»*

Έκδοση της εγκυκλίου σε 45 ημέρες

- **Άρθρο 88 παρ.6 του ν.4412/2016**

*«Στις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών, παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, μπορεί να εκδίδονται **εγκύκλιοι** του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων για την εξειδίκευση των όρων χαρακτηρισμού **μίας οικονομικής προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής** ανά κατηγορία έργου και μελέτης και ανά εκτιμώμενη αξία σύμβασης και για την εκτίμηση των παρεχόμενων κατά*

τα ανωτέρω εξηγήσεων. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλίνει από τα οριζόμενα στις ανωτέρω εγκυκλίους, έπειτα από σύμφωνη γνώμη του αρμόδιου τεχνικού συμβουλίου»

Έκδοση της απόφασης σε 60 ημέρες

- 3. Αντικείμενο της παρούσας εισήγησης αποτελεί η έκδοση της εγκυκλίου που εκδίδεται κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 88 παρ.6 του ν.4412/2016 για την εξειδίκευση των όρων χαρακτηρισμού μίας οικονομικής προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής ανά κατηγορία έργου και μελέτης και ανά εκτιμώμενη αξία σύμβασης και για την εκτίμηση των παρεχόμενων εξηγήσεων.**
- 4. Για την έκδοση της εν λόγω Εγκυκλίου, οι Ο. Ε. έλαβαν υπόψη:**
- I. Την ανάθεση, με την υπ. αριθ. 5696/02-9/2016 απόφαση Υπουργού Υ.ΜΕ.ΔΙ., υποστήριξης του έργου των Τμημάτων των Συμβουλίων Δημοσίων Έργων της ΓΓΥ και ειδικά για την εγκύκλιο που εκδίδεται κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 88 παρ.6 του ν.4412/2016.
 - II. Την με αρ. πρωτ. Δ17α/3/1/ΦΝ 402/09-01-2004 Εγκύκλιο 1 του ΥΠΕΧΩΔΕ
 - III. Τις αποφάσεις
 - Case C-147/06, SECAP SpA v Comune di Torino, Available at <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=67371&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3785185>
 - Case C-285/99, Impresa Lombardini SpA [2001] ECR I-9233, Available at: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=46878&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3764600>
 - Case C-448/01, EVN AG and Wienstrom GmbH v. Republic of Austria, Available at: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62001J0448:EN:HTML>
 - Case C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s. and others v Úrad pre verejné, Available at: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=121164&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3766582>
 - Case CA114/12, Amey LG Ltd v Scottish Ministers, Available at: <http://www.scotcourts.gov.uk/opinions/2012CSOH181.html>
 - Case T-4/01, Renco SpA v Council of the European Union, Available at: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62001TJ0004:EN:HTML>
 - Case T-121/08, PC Ware Information Technologies BV v Commission [2010], Available at:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=80486&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3762905>

- Case T-495/04, Belfass SPRL. v. Council of the European Union, Available at: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004TJ0495:EN:HTML>
 - Case EWHC 487, Morrison Facilities Services Ltd v Norwich CC [2010] (CH), Available at: <http://www.casetrack.com/ct4plc.nsf/items/4-502-7238>
 - Case EWHC 1404, J Varney & Sons Waste Management Ltd v Hertfordshire CC [2010] (QB), Available at: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2010/1404.html>
 - Case C568/13, Azienda Ospedaliero – Universitaria di Careggi – Firenze 'κατά Data medical Service Srl
 - απόφαση της 23ης Απριλίου 2009, C-292/07, Επιτροπή κατά Βελγίου
 - Case C-199/06 *CELF and Ministère de Culture et de la Communication* [2008] ECR I-469 ¶38,
 - *Commission Notice on the Enforcement of State Aid Law by National Courts* [2009] OJ C85/1 ¶20.
 - υπόθεση C-318/15, με αντικείμενο αίτηση προδικαστικής αποφάσεως δυνάμει του άρθρου 267 ΣΛΕΕ, την οποία υπέβαλε το Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (περιφερειακό διοικητικό δικαστήριο του Πεδεμοντίου, Ιταλία) με απόφαση της 29ης Απριλίου 2015, η οποία περιήλθε στο Δικαστήριο στις 26 Ιουνίου 2015, στο πλαίσιο της δίκης Tecnoedi Costruzioni Srl κατά Comune di Fossano
- IV. Αποφάσεις δικαστηρίων: ΣτΕ ΕΑ 866, 1208/2008, ΣτΕ ΕΑ 127, 297, 1069, 1255,1257, 1262, 1265, 1297, 1299/2009, ΣτΕ ΕΑ 418, 533, 602, 873, 916/2010, ΣτΕ ΕΑ 243/2011, ΔΕφΘ 237/2011, ΔΕφΑΘ 787/2011 Τμ. ΙΒ', ΔΕφΛαρ 19/2011, , ΔΕφΘ 344/2012,
- V. Το με αρ. πρωτ. 8950/15-12-2016 έγγραφο της Επιτροπής Ανταγωνισμού σε απάντηση ερωτημάτων της Ο.Ε.
- I. Το με αρ. πρωτ. 499/07-11-2016 Έγγραφο της ΠΕΣΕΔΕ με το οποίο μας διαβιβάστηκε η πρότασή της επί του αντικειμένου της εισήγησης
 - II. Το με αρ. πρωτ. 30432/ΣΜ/σβ/22-09-2016 Έγγραφο του ΣΑΤΕ με το οποίο μας διαβιβάστηκε η πρόταση επί του αντικειμένου της εισήγησης
 - III. Το με αρ. πρωτ. 1971/03-19-2016-2016 Έγγραφο της ΠΕΔΜΕΔΕ με το οποίο διαβιβάστηκε στο Υπουργείο η πρόταση επί του αντικειμένου της εισήγησης
 - IV. Βιβλιογραφία επί του θέματος των Ασυνήθιστα Χαμηλών Προσφορών:

Πρεβεδούρου Η έκταση του ελέγχου του δικαστή των ασφαλιστικών μέτρων κατά τον Ν 3886/2010 (γνωμ.) ΘΠΔΔ Τεύχος 11/2012 - Έτος 5ο

- V. Η Οδηγία Δημοσίων Προμηθειών PGN 03/13 της Ιρλανδίας για το χειρισμό των ΑΧΠ, όπως τροποποιήθηκε στις 27/02/2015.

5. Κατόπιν μελέτης και περαιτέρω επεξεργασίας του νέου νόμου, οι Ο.Ε. κατέληξαν στις εξής διαπιστώσεις :

5α. Ο ν. 4412/2016 αποτελεί αφ' ενός προσαρμογή στις οδηγίες 2014/24/Ε.Ε. και 2014/25Ε.Ε., αφ' ετέρου κατά ένα τμήμα του αποτελεί εξέλιξη και συμπλήρωση των ν.3669/2008 και 3316/2005 όσον αφορά τις διατάξεις που ανήκουν στη διακριτική νομοθετική ευχέρεια των κρατών μελών.

5β. Με την παρ. 6 του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι *«Στις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών, παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, μπορεί να εκδίδονται **εγκύκλιοι** του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων για την εξειδίκευση των όρων χαρακτηρισμού μίας **οικονομικής προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής** ανά κατηγορία έργου και μελέτης και ανά εκτιμώμενη αξία σύμβασης και για την εκτίμηση των παρεχόμενων κατά τα ανωτέρω εξηγήσεων. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλίνει από τα οριζόμενα στις ανωτέρω εγκυκλίους, έπειτα από σύμφωνη γνώμη του αρμόδιου τεχνικού συμβουλίου»*

5γ. Το θέμα των Ασυνήθιστα Χαμηλών Προσφορών (ΑΧΠ) όπως τίθεται στο άρθρο 88 του ν. 4412/2016 και στα άρθρα 69 και 70 της Οδηγίας 2014/24/ΕΚ είχε τεθεί και στην προηγούμενη Οδηγία 2004/18/ΕΚ και στο Π.Δ. 60. Οι κύριες διαφορές των προβλέψεων των δύο Οδηγιών συνίστανται στα παρακάτω:

- Το σημαντικό βήμα σε σχέση με την οδηγία 2004/19/ΕΚ είναι το γεγονός ότι ο αποκλεισμός των ΑΧΠ μπορεί να σχετίζεται με τη συμμόρφωση με τις υποχρεώσεις που προβλέπονται στο άρθρο 18 (2) σχετικά με την καταπολέμηση του κοινωνικού και περιβαλλοντικού ντάμπινγκ, ή η συμμόρφωση με τις υποχρεώσεις που ορίζονται στο άρθρο 71 (υπεργολαβία). Το δεύτερο εδάφιο του άρθρου 69 (4) της Οδηγίας 2014/24/ΕΚ υποχρεώνει τις αναθέτουσες αρχές να απορρίψουν μια προσφορά, εφόσον διαπιστώσουν ότι η προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, διότι δεν συμμορφώνεται με τις υποχρεώσεις που ορίζει η νομοθεσία της Ένωσης στον τομέα του κοινωνικού και εργατικού δικαίου ή του περιβαλλοντικού δικαίου ή από τις διατάξεις του διεθνούς κοινωνικού και περιβαλλοντικού δικαίου που παρατίθενται στο παράρτημα Χ.

- Σχετικά με την κρατική ενίσχυση επισημαίνεται η διαφοροποίηση της παρ. 3 του άρθρου 52 του ΠΔ 60/2007 (άρθρο 55 της Οδηγίας 2004/18) «3. Εφόσον η αναθέτουσα αρχή διαπιστώνει ότι μια προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή λόγω χορήγησης κρατικής ενίσχυσης στον προσφέροντα, η προσφορά μπορεί να απορρίπτεται αποκλειστικά για αυτόν τον λόγο με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση μόνο μετά από διαβούλευση, και εφόσον ο προσφέρων δεν είναι σε θέση να αποδείξει, εντός επαρκούς προθεσμίας την οποία τάσσει η αναθέτουσα αρχή, ότι η εν λόγω ενίσχυση χορηγήθηκε σε νόμιμα πλαίσια. Όταν η αναθέτουσα αρχή απορρίπτει μια προσφορά υπό τις συνθήκες αυτές, ενημερώνει την Ευρωπαϊκή Επιτροπή σχετικά» και της παρ. 4 του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 (άρθρο 69 της Οδηγίας 2014/24) «4. Εάν η αναθέτουσα αρχή διαπιστώνει ότι μια προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή λόγω χορήγησης κρατικής ενίσχυσης στον προσφέροντα, η προσφορά μπορεί να απορρίπτεται αποκλειστικά για αυτόν τον λόγο μόνο μετά από διαβούλευση με τον προσφέροντα και εφόσον αυτός δεν είναι σε θέση να αποδείξει, εντός επαρκούς προθεσμίας την οποία ορίζει η αναθέτουσα αρχή, ότι η εν λόγω ενίσχυση είναι σύμφωνη με την εσωτερική αγορά κατά την έννοια του άρθρου 107 της ΣΛΕΕ. Σε περίπτωση όπου η αναθέτουσα αρχή απορρίπτει προσφορά υπό τις συνθήκες αυτές, ενημερώνει σχετικά την Επιτροπή». Η διαφοροποίηση αυτή συνεπώς δεν περιορίζει τον έλεγχο μόνο σε έλεγχο νομιμότητας της ενίσχυσης αλλά τον επεκτείνει και σε έλεγχο «συμβατότητας» (compatibility). Κρατική ενίσχυση θα είναι «παράνομη», όταν έχει απονεμηθεί κατά παράβαση των διαδικαστικών υποχρεώσεων που καθορίζονται στους κανονισμούς 2015/1589 και 2015/2282. Κρίνεται ως «μη συμβατή» όταν δεν πληροί τους όρους συμβατότητας που έχει θεσπίσει η Επιτροπή στην ΣΛΕΕ, τις Κατευθυντήριες Γραμμές, Κανονισμούς, Πλαίσια κλπ ώστε να μη νοθεύει ή απειλεί να νοθεύσει τον ανταγωνισμό εντός της εσωτερικής αγοράς και, ως εκ τούτου, δεν μπορεί να εξαιρεθεί από την Επιτροπή από τη γενική απαγόρευση του άρθρου 107 (1) της ΣΛΕΕ. Ως εκ τούτου, η δοκιμή της «νομιμότητας» είναι απλώς τυπική, ενώ το κριτήριο της «συμβατότητας» απαιτεί μια ουσιαστική αξιολόγηση.

V. ΓΕΝΙΚΟΤΕΡΕΣ ΕΠΙΣΗΜΑΝΣΕΙΣ ΚΑΙ ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ

Οι Ο.Ε. στα πλαίσια των εργασιών τους θέτουν υπόψη του Σ.Δ.Ε. τα παρακάτω:

1. Για το θέμα του άρθρου 6.2.x του προσχεδίου της εγκυκλίου δηλαδή της δυνατότητας να γίνει επίκληση και αποδοχή ως ικανοποιητική εξήγηση της προσφοράς με οικονομική απώλεια του προσφέροντος, υπήρξαν σημαντικά διαφορετικές και αποκλίνουσες προσεγγίσεις.

- Στην με αρ. πρωτ. Δ17α/3/1/ΦΝ 402/09-01-2004 Εγκύκλιο 1 του ΥΠΕΧΩΔΕ, η παρ. 3 προβλέπει: «...*Βασική αρχή την οποία πρέπει να καλύψει η ανάλυση του κόστους του έργου, όπως αυτό υλοποιείται από την προσφορά του κάθε διαγωνιζόμενου, είναι η αρχή που υπάρχει σε κάθε υγιή ανταγωνισμό. Ότι δηλαδή ο προσφέρων πρέπει να αποδείξει ότι θα έχει ένα εύλογο επιχειρηματικό όφελος από την προσφορά του. Με βάση αυτή την αρχή θα ζητείται από τον κάθε διαγωνιζόμενο να αποδείξει ότι το κόστος του έργου, όπως το έχει προεκτιμήσει, είναι μικρότερο από την υποβληθείσα προσφορά του..*». Περαιτέρω η παρ. 13 της ίδιας αναφέρει: «*Εάν η δοθείσα Προσφορά υπολείπεται του αθροίσματος κόστος έργου + κέρδος (χωρίς ΦΠΑ), τότε η προσφορά αυτή απορρίπτεται*»
- Δεδομένης της νομικής πολυπλοκότητας και απαιτητικής θεώρησης του αντίστοιχου εθνικού και κοινοτικού θεσμικού πλαισίου, απευθυνθήκαμε με ταυτόσημο περιεχόμενο ερωτημάτων επί του θέματος, στην Επιτροπή Ανταγωνισμού και την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. Η απάντηση της Επιτροπής Ανταγωνισμού επισυνάπτεται, ενώ αυτή της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. εκκρεμεί.
- Τα 2 ερωτήματα ήταν τα εξής:

ΕΡΩΤΗΜΑ 1: Η παρακάτω διατύπωση είναι σύμφωνη με την εθνική και κοινοτική νομοθεσία; Ποιες ειδικότερες διατάξεις μπορεί να καθιστούν την εν λόγω διάταξη ως μη συμβατή με εν ισχύ νομοθεσία; «*Όταν στις υποβαλλόμενες εξηγήσεις ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς προβάλλεται ο ισχυρισμός ότι ο οικονομικός φορέας έχει προσφέρει, για υποκειμενικούς λόγους, τίμημα χαμηλό με οικονομική απώλεια την οποία προτίθεται ο ίδιος ο προσφέρων να καλύψει με ίδιους πόρους, η εξήγηση αξιολογείται ότι δεν εξηγεί κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται και η προσφορά θεωρείται ως μη κανονική σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 26 του ν. 4412/2016*»

Στην περίπτωση που η απάντηση στο παραπάνω ερώτημα είναι αρνητική (θεωρείται δηλαδή ότι υπάρχει πρόβλημα συμβατότητας με εθνική ή/και κοινοτική νομοθεσία) η παρακάτω διατύπωση είναι σύμφωνη με την εθνική και κοινοτική νομοθεσία; «*Όταν στις υποβαλλόμενες εξηγήσεις προβάλλεται ο ισχυρισμός ότι ο οικονομικός φορέας έχει προσφέρει, για υποκειμενικούς λόγους, τίμημα χαμηλό με οικονομική απώλεια την οποία προτίθεται ο ίδιος να καλύψει, θα εξετάζεται καταρχάς η συμβατότητα με το άρθρο 102 της Ενοποιημένης απόδοση της Συνθήκης για την Ευρωπαϊκή Ένωση και της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (πρώην άρθρο 82 της συνθήκης ΕΚ) και ειδικότερα για καταχρηστική υποτιμολόγηση – επιθετική τιμολόγηση. Για τον έλεγχο της*

συμβατότητας θα απευθύνεται σχετικό ερώτημα με όλα τα απαραίτητα στοιχεία στην Επιτροπή Ανταγωνισμού (Ν. 3959/2011 «Προστασία του Ελεύθερου Ανταγωνισμού»). Σε περίπτωση που διαπιστωθεί ότι η προσφορά είναι συμβατή με το εθνικό και κοινοτικό δίκαιο θα διασφαλίζεται ότι το ποσό που απαιτείται για την κάλυψη της απώλειας θα κατατίθεται σε δεσμευμένο λογαριασμό πριν την κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού και θα αποδεσμεύεται σταδιακά ανάλογα με την εξέλιξη της υλοποίησης της σύμβασης. Το ποσό αυτό πρέπει να είναι διαθέσιμο από τα ταμειακά διαθέσιμα του οικονομικού φορέα και δεν γίνεται δεκτή επίκληση μελλοντικών δανειακών συμβάσεων. Οι όροι αποδέσμευσης του ποσού του δεσμευμένου λογαριασμού θα καθορίζονται με την απόφαση τυχόν αποδοχής των εξηγήσεων».

ΕΡΩΤΗΜΑ 2^ο: Στις διαγωνιστικές διαδικασίες όταν γίνει επίκληση λήψης κρατικών ενισχύσεων για εξήγηση ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, πρέπει να γίνεται και έλεγχος «συμβατότητας» (compatibility)» και αν ναι από ποιόν;

- Σε σχέση με ορισμένα από τα αναφερόμενα στο απαντητικό έγγραφο της Επιτροπής Ανταγωνισμού:
 - ✓ Σε σχέση με το σκέλος του ερωτήματος 1 «ποιες ειδικότερες διατάξεις μπορεί να καθιστούν την εν λόγω διάταξη ως μη συμβατή με εν ισχύ νομοθεσία» δεν υπήρξε συγκεκριμένη ρητή απαρίθμηση ειδικών διατάξεων. Αντιλαμβανόμαστε ότι πρόκειται μάλλον για νομική ερμηνεία γενικότερων διατάξεων, η οποία μπορεί και να επιδέχεται και άλλη προσέγγιση.
 - ✓ «Συνεπώς, η εκ προοιμίου απόρριψη μιας ΑΧΠ από την αναθέτουσα αρχή ως αντικανονικής στις περιπτώσεις που ο προσφέρων προτίθεται π.χ. να καλύψει με ίδιους πόρους την οικονομική απώλεια δεν αντανakλά το σκοπό που ήθελε να εξυπηρετήσει ο νομοθέτης με το άρθρο 88 του ν. 4412/2016». Το θέμα που μπαίνει εδώ είναι αν μπορεί να υπάρξει γενικευμένη θεώρηση κάποιων εξηγήσεων ως αποδεκτών ή μη. Πρέπει να γίνει διάκριση στην απαγόρευση της «αυτόματης» απόρριψης μιας προσφοράς που χαρακτηρίζεται ως ΑΧΠ, θέμα που έχει κριθεί σε πληθώρα υποθέσεων και δεν αμφισβητείται, και στη δυνατότητα της ΑΑ να θέσει ως αποδεκτή μια κατηγορία εξηγήσεων δεδομένου ότι «Η ΑΑ οφείλει να εξετάσει όλα τα στοιχεία που παρατίθενται ως διευκρινήσεις ακόμη και όσα δεν εμπίπτουν στην παρ. 2 του άρθρου 88 του ν. 4412/2016».
 - ✓ Το άρθρο 72 του ν. 4412/2016 για τις εγγυήσεις δεν προβλέπει τη δυνατότητα πρόσθετων εγγυήσεων. Οι εγγυήσεις καθορίζονται στο νόμο, αυστηρά σε 5% της αξίας της σύμβασης. Πουθενά δεν προβλέπεται πρόσθετη εγγύηση και για το λόγο αυτό δεν

συμπεριλήφθηκε ως μέτρο διασφάλισης σε συμβάσεις ανατιθέμενες σε ΑΧΠ των όποιων οι εξηγήσεις θεωρηθήκαν ικανοποιητικές. Επισημαίνουμε επίσης ότι οι πρόσθετες εγγυήσεις αποτελούν πρόσθετη διασφάλιση της αναθέτουσας αρχής σε περίπτωση που ο ανάδοχος δεν είναι σε θέση να εκπληρώσει τις συμβατικές του υποχρεώσεις και να κατασκευάσει το έργο, αλλά δεν διασφαλίζουν ότι ο προσφέρων είναι σε θέση να κατασκευάσει το έργο. Η έκδοση εγγυητικής επιστολής δεν καλύπτει την απώλεια. Η κατάρπωση της εγγυητικής πάει στον κύριο του έργου και όχι στην κάλυψη της απώλειας. Περαιτέρω με βάση το νόμο, το ύψος της εγγυητικής πρέπει να είναι γνωστό εκ των προτέρων και δεν συναρτάται με τον χαρακτηρισμό ως ΑΧΠ ο οποίος εξαρτάται και από τις υπόλοιπες προσφορές.

- ✓ *«...Η Διοίκηση, επομένως, πρέπει να μεριμνήσει ώστε να συλλέγει όσο το δυνατό περισσότερα στοιχεία για την τεκμηρίωση υποβληθείσας ΑΧΠ και δύναται να ζητεί εντός των προαναφερομένων ορίων, εγγυήσεις και εξασφαλίσεις για το σκοπό αυτό».* Επισημαίνουμε ότι η παροχή εξηγήσεων γίνεται από τον προσφέροντα ενώ η ΑΑ τις αξιολογεί.
- ✓ Σε σχέση με τις δέσμιες αρμοδιότητες επισημαίνουμε ότι η ΑΑ υποχρεούται:
 - να εξετάσει την ύπαρξη ΑΧΠ
 - Η ΑΑ μπορεί να απορρίψει την προσφορά μόνο αν τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται. Η δυνατότητα αυτή πρέπει να θεωρείται ως δέσμια αρμοδιότητα της ΑΑ εφόσον θεωρήσει ότι οι παρασχεθείσες εξηγήσεις δεν είναι ικανοποιητικές.
 - Εάν μια προσφορά χαρακτηρίζεται ως ΑΧΠ και διαπιστωθεί ότι δεν συμμορφώνεται με τις ισχύουσες υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016 (στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου) η ΑΑ υποχρεούται εκ δέσμιας αρμοδιότητας να απορρίψει την προσφορά.
 - Εάν η ΑΑ διαπιστώνει ότι μια προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή λόγω χορήγησης κρατικής ενίσχυσης στον προσφέροντα, η προσφορά μπορεί να απορρίπτεται αποκλειστικά για αυτόν τον λόγο, μόνο μετά από διαβούλευση με τον προσφέροντα και εφόσον αυτός δεν είναι σε θέση να αποδείξει, εντός επαρκούς προθεσμίας την οποία ορίζει η αναθέτουσα αρχή, ότι η εν λόγω ενίσχυση είναι σύμφωνη με την εσωτερική αγορά κατά την έννοια του άρθρου 107 της ΣΛΕΕ

- ✓ Σε σχέση με την αρχή της αναλογικότητας στη δεύτερη διατύπωση του ερωτήματος 1 σημειώνουμε ότι η αρχή της αναλογικότητας θα πρέπει να δρα και προς τα δύο Μέρη. Εδώ πρόκειται απολύτως για εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας. Προκειμένου να διασφαλιστεί ότι το έργο θα εκτελεστεί θα πρέπει με κάποιο τρόπο η απώλεια να καλυφθεί. Αυτό που ζητείται είναι απολύτως ίσο με την δηλούμενη απώλεια.
 - Με βάση όλα τα παραπάνω διαμορφώθηκαν οι δύο διατυπώσεις επί του συγκεκριμένου θέματος οι οποίες τίθενται υπόψη του Συμβουλίου.
2. Επί του σημείου 6.2.iii της εγκυκλίου, αν δηλαδή θα γίνεται αξιολόγηση των εξηγήσεων όλων των προσφορών για τις οποίες ζητήθηκαν, επισημαίνουμε ότι παρατίθενται δύο εναλλακτικές, μια για την αξιολόγηση όλων και μια με σταδιακή προσέγγιση με σκοπό τη μείωση του διοικητικού βάρους στις ΑΑ.
 3. Θεωρούμε ότι θα ήταν ιδιαίτερα χρήσιμο να παρέχεται ένας κατάλογος με τα υποχρεωτικά νομοθετήματα στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου από τα οποία θα προκύπτουν οι εξειδικευμένες ποιοτικές και ποσοτικές σχετικές υποχρεώσεις και απαιτήσεις που υποχρεούνται να ακολουθούν οι εξηγήσεις.

VI. ΣΚΕΠΤΙΚΟ

Επειδή:

1. Η ισχύς των ν.4412/2016 και ν.4413/2016 αρχίζει από τη δημοσίευσή τους στην Εφημερίδα της Κυβέρνησης, ήτοι από 8-8-2016.
2. Για την εφαρμογή του ν.4412/2016 απαιτείται η έκδοση των προβλεπόμενων υπουργικών αποφάσεων και εγκυκλίων.
3. Σύμφωνα με την αριθ. 5696/9/2016 απόφαση του Υπουργού Υ.ΜΕ.ΔΙ. ανατέθηκε στο Τμήμα Κατασκευών του Συμβουλίου Δημοσίων Έργων της Γενικής Γραμματείας Υποδομών, η σύνταξη «προσχεδίων» των υπουργικών αποφάσεων και εγκυκλίων που προβλέπονται στον ν.4412/2016 και αφορούν σε συμβάσεις έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών επιστημονικών υπηρεσιών, καθώς και των απαιτούμενων οδηγιών εφαρμογής τους. Με την ίδια απόφαση ανατέθηκε η υποστήριξη του έργου του Τμήματος Κατασκευών του Συμβουλίου Δημοσίων Έργων της Γ.Γ.Υ., σε ομάδες εργασίας για την επεξεργασία και σύνταξη τεκμηριωμένων εισηγήσεων, όσον αφορά στην σύνταξη «προσχεδίων» των υπουργικών αποφάσεων και εγκυκλίων που προβλέπονται στους ν.4412/2016 και ν.4413/2016 και αφορούν σε συμβάσεις έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών επιστημονικών υπηρεσιών και έργων παραχωρήσεων, αντίστοιχα, καθώς και των απαιτούμενων οδηγιών εφαρμογής τους.

4. Σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι «*Στις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών, παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, μπορεί να εκδίδονται **εγκύκλιοι** του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων για την εξειδίκευση των όρων χαρακτηρισμού μίας **οικονομικής προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής** ανά κατηγορία έργου και μελέτης και ανά εκτιμώμενη αξία σύμβασης και για την εκτίμηση των παρεχόμενων κατά τα ανωτέρω εξηγήσεων...*»

Ε Ι Σ Η Γ Ο Υ Μ Ε Θ Α

Την έγκριση του προσχεδίου Εγκυκλίου στο πλαίσιο του ν. 4412/2016 με θέμα : «***Εξειδίκευση των όρων χαρακτηρισμού μίας οικονομικής προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής και για την εκτίμηση των παρεχόμενων εξηγήσεων***»

Συνημμένα

Προσχέδιο Εγκυκλίου

Ο Υπεύθυνος της Ομάδας Εργασίας 2

Κατασκευών

Ιωάννης Μπακογιάννης

ΠΕ Μηχ. με Α' β

Ο Υπεύθυνος της Ομάδας Εργασίας 2

Μελετών

Σωτήρης Μπασσιούκας

ΠΕ Μηχ. Με Α' β