

Αριθ.Πρωτ.27189/ΣΣ/σμ

ΑΘΗΝΑ, 7 Φεβρουαρίου 2014

Π Ρ Ο Σ
Δήμο Δελφών

ΚΟΙΝ.: Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων
Συμβάσεων

ΘΕΜΑ: «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΜΟΝΑΔΑΣ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΣΤΕΡΕΩΝ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ (ΕΡΓΟΣΤΑΣΙΟ ΚΟΜΠΟΣΤΟΠΟΙΗΣΗΣ) ΚΑΙ ΧΩΡΟΥ ΥΓΕΙΟΝΟΜΙΚΗΣ ΤΑΦΗΣ ΥΠΟΛΕΙΜΜΑΤΩΝ Ν. ΦΩΚΙΔΑΣ».

Κύριοι,

Την 18.2.2014 ο Δήμος Δελφών θα διεξαγάγει διαγωνισμό για την ανάθεση του έργου «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΜΟΝΑΔΑΣ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΣΤΕΡΕΩΝ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ (ΕΡΓΟΣΤΑΣΙΟ ΚΟΜΠΟΣΤΟΠΟΙΗΣΗΣ) ΚΑΙ ΧΩΡΟΥ ΥΓΕΙΟΝΟΜΙΚΗΣ ΤΑΦΗΣ ΥΠΟΛΕΙΜΜΑΤΩΝ Ν. ΦΩΚΙΔΑΣ», σύμφωνα με την από 2.12.2013 διακήρυξη ανοιχτής δημοπρασίας. Η εν λόγω διακήρυξη, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή της με την υπ' αριθ. 349/2013 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής Δήμου Δελφών, περιέχει παράνομους όρους και, για τον λόγο αυτό, ο προκείμενος διαγωνισμός πρέπει να ακυρωθεί προκειμένου να επαναπροκηρυχθεί, αφού απαλειφθούν οι επίμαχοι όροι της διακήρυξης. Συγκεκριμένα:

Στην παρ. 1 του άρθρου 15 ΚΔΕ ορίζεται ότι: **«Η δημοπρασία για την ανάθεση κατασκευής έργου διενεργείται με βάση τη σχετική διακήρυξη. Η διακήρυξη με την οποία γίνεται και ο προσδιορισμός του συστήματος υποβολής των προσφορών του άρθρου 4 του παρόντος Κώδικα, εγκρίνεται σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση από την προϊστάμενη αρχή, η οποία και διενεργεί τη δημοπρασία ή ορίζει την αρχή που θα τη διενεργήσει».**

Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2 περ. ε' Ν. 4013/2011 περί Σύστασης Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (εφεξής: ΕΑΑΔΗΣΥ), οι διακηρύξεις συμβάσεων δημοσίων έργων συντάσσονται βάσει προτύπων τευχών υποχρεωτικής εφαρμογής, τα οποία καταρτίζονται από την ΕΑΑΔΗΣΥ. Συγκεκριμένα ορίζονται τα εξής:

«Η Αρχή εκδίδει πρότυπα τεύχη δημοπράτησης και σχέδια συμβάσεων μετά από διαβούλευση με τους κατά περίπτωση αρμόδιους δημόσιους φορείς. Διατάξεις νόμων που εξουσιοδοτούν άλλα όργανα για την έκδοση προτύπων τευχών, όπως ιδίως οι διατάξεις των άρθρων 15 παρ. 2 του ν. 3669/2008 (Α` 116) και 11 παρ. 4 του ν. 3316/2005 (Α` 42), παύουν να ισχύουν από το χρόνο που θα ορισθεί με τον Κανονισμό του άρθρου 7».

Δυνάμει των ανωτέρω διατάξεων, η ΕΑΑΔΗΣΥ εξέδωσε την υπ' αριθ. 487/2003 απόφασή της που δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ υπ' αριθ. Β'2897/15.11.2013 με το εξής περιεχόμενο:

«1. **Εγκρίνουμε τα αναθεωρημένα πρότυπα τεύχη διακήρυξης δημοσίων έργων που αναφέρονται στα παραρτήματα Α και Β**, τα οποία αποτελούν αναπόσπαστο τμήμα της απόφασης αυτής, ως εξής: Παράρτημα Α. Διακήρυξη Ανοιχτής Διαδικασίας για έργα που εμπίπτουν λόγω προϋπολογισμού στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2004/18 και 2004/17 (Τύπος Α), Παράρτημα Β. Διακήρυξη Ανοιχτής Διαδικασίας για έργα που δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2004/18 και 2004/17 (Τύπος Β).

2. **Τα ανωτέρω πρότυπα τεύχη διακηρύξεων ισχύουν υποχρεωτικά για δημόσια έργα στα οποία εφαρμόζονται τα συστήματα υποβολής προσφορών που προβλέπονται στο άρθρο 4 περ. (α), (β), (γ) και (ε) του ν. 3669/2008 και των οποίων η διακήρυξη δημοπράτησης θα δημοσιευθεί δεκαπέντε ημέρες μετά τη θέση σε ισχύ της παρούσας απόφασης.**

3. *Η απόφαση αυτή ισχύει από τη δημοσίευση της στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως».*

Τέλος, σύμφωνα με το άρθρο 15 παρ. 4 ΚΔΕ «*με απόφαση του Υπουργού Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημόσιων Έργων, που εκδίδεται ύστερα από γνώμη του Τμήματος Κατασκευών του Συμβουλίου Δημοσίων Έργων της Γ.Γ.Δ.Ε. του Υπουργείου Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημόσιων Έργων, μπορεί να προστίθενται στη διακήρυξη επιπλέον όροι, όταν τούτο ενδείκνυται από το είδος ή την πολυπλοκότητα του προς ανάθεση έργου*».

Οι ανωτέρω διατάξεις περιέχουν κανόνες και διατάξεις αναγκαστικού δικαίου, από τις οποίες δεν μπορούν να παρεκκλίνουν οι αναθέτουσες αρχές κατά τη σύνταξη των διακηρύξεων διαγωνισμών για την ανάθεση δημοσίων έργων. Με τη θέσπιση αυστηρού κανονιστικού πλαισίου για τη διενέργεια των διαγωνισμών δημοσίων έργων επιδιώκεται η εξασφάλιση της διαφάνειας της διαγωνιστικής διαδικασίας, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, καθώς και του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού με απώτερο στόχο την προστασία του δημοσίου συμφέροντος (πρβλ. Εισαγωγή και άρθρο 9 της αιτιολογικής έκθεσης του ν. 3263/2004). **Έτσι, τα πρότυπα τεύχη διακηρύξεων, όπως έχουν δημοσιευτεί στο ΦΕΚ Β' 2897/15.11.2013, αποτελούν το κανονιστικό πλαίσιο διεξαγωγής των διαγωνισμών δημοσίων έργων, εφαρμόζονται υποχρεωτικά και απαρέγκλιτα από τις αναθέτουσες αρχές και δεν μπορούν να τροποποιούνται παρά με απόφαση του ΥΠΥΜΕΔΙ (τ. ΥΠΕΧΩΔΕ) που εκδίδεται υπό τις αυστηρές προϋποθέσεις του άρθρου 15 παρ. 4 ΚΔΕ, με ειδική αιτιολογία και με γνώμη του Συμβουλίου Δημοσίων Έργων.**

Στην προκείμενη περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή του διαγωνισμού παραβίασε τις ανωτέρω διατάξεις κατά τη σύνταξη της επίμαχης διακήρυξης. **Συγκεκριμένα, η αναθέτουσα αρχή τροποποίησε παρανόμως το άρθρο 23.3 του πρότυπου τεύχους διακήρυξης διαγωνισμού τύπου Α' απαιτώντας επιπλέον δικαιολογητικά για την απόδειξη της χρηματοοικονομικής ικανότητας των διαγωνιζομένων, τα οποία ούτε**

προβλέπονται στο αντίστοιχο πρότυπο τεύχος ούτε εγκρίθηκαν με υπουργική απόφαση του άρθρου 15 παρ. 4 ΚΔΕ.

Συγκεκριμένα, σύμφωνα με το άρθρο 20 παρ. 8 ΚΔΕ, «*με το φάκελο προσφοράς υποβάλλεται και βεβαίωση τράπεζας, που λειτουργεί νόμιμα στην Ελλάδα, για την πιστοληπτική ικανότητα της εργοληπτικής επιχείρησης, εφόσον δημοπρατείται ή ανατίθεται έργο προϋπολογισμού μεγαλύτερου από το ανώτατο όριο της τέταρτης τάξης*».

Το άρθρο 23.3 των αναθεωρημένων προτύπων τευχών που εφαρμόζονται σε όλους τους διαγωνισμούς των οποίων η διακήρυξη δημοσιεύθηκε από την 1.12.2013 και εφεξής ορίζει ότι η χρηματοοικονομική ικανότητα των διαγωνιζομένων αποδεικνύεται με ένα μόνο δικαιολογητικό, ήτοι τη «*βεβαίωση τράπεζας για τη δανειοληπτική ικανότητα της διαγωνιζόμενης εργοληπτικής επιχείρησης, ημεδαπής ή αλλοδαπής. Κρίνεται επαρκής ως απόδειξη πιστοληπτικής ικανότητας, έγγραφο τράπεζας που δηλώνει ότι συνεργάζεται με υποψήφιο και θα εξετάσει αίτησή του για χρηματοδότηση, με ποσό που αντιστοιχεί σε ποσοστό 10% τουλάχιστον του προϋπολογισμού του έργου (χωρίς Φ.Π.Α.), αν και εφόσον αναδειχθεί ανάδοχος. Σε περίπτωση κοινοπραξίας η απαιτούμενη δανειοληπτική ικανότητα πρέπει να αποδεικνύεται στο πρόσωπο μίας τουλάχιστον από τις κοινοπρακτούσες επιχειρήσεις ή σωρευτικά σε όλες τις επιχειρήσεις*».

Περαιτέρω, σύμφωνα με την υποσημείωση υπ' αριθ. 47 του πρότυπου τεύχους, προστίθενται από το συντάκτη της εκάστοτε διακήρυξης στο συγκεκριμένο άρθρο **τα απαιτούμενα δικαιολογητικά για την απόδειξη τυχόν δάνειας χρηματοοικονομικής ικανότητας που επικαλούνται οι διαγωνιζόμενοι.**

Στην προκείμενη διακήρυξη, η οποία δημοσιεύθηκε την 5.12.2013 στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της Ε.Ε., το άρθρο 23.3 περί δικαιολογητικών χρηματοδοτικής και οικονομικής ικανότητας των διαγωνιζομένων έχει ως εξής:

Η απόδειξη της χρηματοδοτικής και οικονομικής ικανότητας του εργολήπτη αποδεικνύεται από τα κάτωθι:

A) βεβαίωση τράπεζας για τη δανειοληπτική ικανότητα της διαγωνιζόμενης εργοληπτικής επιχείρησης, ημεδαπής ή αλλοδαπής. Κρίνεται επαρκής ως απόδειξη πιστοληπτικής ικανότητας, έγγραφο τράπεζας που δηλώνει ότι συνεργάζεται με υποψήφιο και θα εξετάσει αίτησή του για χρηματοδότηση, με ποσό που αντιστοιχεί σε ποσοστό 10% τουλάχιστον του προϋπολογισμού του έργου (χωρίς Φ.Π.Α.), αν και εφόσον αναδειχθεί ανάδοχος. Σε περίπτωση κοινοπραξίας η απαιτούμενη δανειοληπτική ικανότητα πρέπει να αποδεικνύεται στο πρόσωπο μίας τουλάχιστον από τις κοινοπρακτούσες επιχειρήσεις ή σωρευτικά σε όλες τις επιχειρήσεις

B) ισολογισμούς ή αποσπάσματα ισολογισμών, στην περίπτωση που η δημοσίευση των ισολογισμών απαιτείται από τη νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας.

Γ) δήλωση περί του ολικού ύψους του κύκλου εργασιών και, ενδεχομένως, του κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις κατ' ανώτατο όριο, συναρτήσει της ημερομηνίας δημιουργίας του οικονομικού φορέα ή έναρξης των δραστηριοτήτων του, εφόσον είναι διαθέσιμες οι πληροφορίες για τον εν λόγω κύκλο εργασιών.

Ένας οικονομικός φορέας μπορεί να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτές. Στην περίπτωση αυτή, πρέπει να αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, παραδείγματος χάριν, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών».

Περαιτέρω, με την υπ' αριθ. 349/2013 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής Δήμου Δελφών η πρώτη περίπτωση του ανωτέρω άρθρου τροποποιήθηκε ως εξής:

«[...]βεβαίωση τράπεζας για τη δανειοληπτική ικανότητα της διαγωνιζόμενης εργοληπτικής επιχείρησης, ημεδαπής ή αλλοδαπής. Κρίνεται επαρκής ως απόδειξη πιστοληπτικής ικανότητας, έγγραφο τράπεζας που δηλώνει ότι συνεργάζεται με υποψήφιο **και θα τον χρηματοδοτήσει αν της ζητηθεί**, με ποσό που αντιστοιχεί σε ποσοστό 10% τουλάχιστον του προϋπολογισμού του έργου (χωρίς Φ.Π.Α.), αν και εφόσον αναδειχθεί ανάδοχος».

Με το ανωτέρω περιεχόμενο, το ως άνω άρθρο της προκείμενης διακήρυξης θέτει πρόσθετους όρους χρηματοοικονομικής ικανότητας των διαγωνιζομένων που δεν προβλέπονται στην οικεία νομοθεσία και το αντίστοιχο πρότυπο τεύχος. Συγκεκριμένα, αφενός τίθεται ο πρόσθετος όρος της προσκόμισης δεσμευτικής επιστολής τράπεζας περί χρηματοδότησης του διαγωνιζομένου αντί για το απαιτούμενο από τα πρότυπα τεύχη έγγραφο περί εξέτασης αιτήματος χρηματοδότησης σε περίπτωση ανάληψης της σύμβασης και αφετέρου απαιτούνται επιπροσθέτως της προβλεπόμενης από το πρότυπο τεύχος τραπεζικής βεβαίωσης ισολογισμοί και στοιχεία για τον κύκλο εργασιών των διαγωνιζομένων.

Τα όργανα της αναθέτουσας αρχής επιχειρούν να αιτιολογήσουν την απόφασή τους για τροποποίηση των πρότυπων τευχών κατά τη σύνταξη της προκείμενης διακήρυξης με αναφορά στην υπ' αριθ. 15187/17.12.2013 έκθεση της Μονάδας Παρακολούθησης Διαγωνισμών και Συμβάσεων (ΜΟΠΑΔΙΣ) του Κέντρου Διεθνούς και Ευρωπαϊκού Οικονομικού Δικαίου και στην υπ' αριθ. 47 υποσημείωση των προτύπων τευχών. Η αιτιολογία αυτή είναι παράνομη για τους εξής δύο λόγους:

Α) Η ΜΟΠΑΔΙΣ αποτελεί συμβουλευτική μονάδα του Κέντρου Διεθνούς και Ευρωπαϊκού Οικονομικού Δικαίου και λειτουργεί ως Ειδικός Σύμβουλος του Υπουργείου Οικονομίας (βλ. Εγκύκλιο ΥπΟικ υπ' αριθ. 521/1997) σε θέματα ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων. Στο πλαίσιο της παρακολούθησης του προσυμβατικού σταδίου παρέχει συμβουλευτική αρωγή (βλ. Εγκύκλιο ΥπΟικ υπ' αριθ. 10543/1997) προς τις αναθέτουσες αρχές σε κάθε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης των συμβάσεων δημοσίου έργου. **Ωστόσο, η ΜΟΠΑΔΙΣ δεν διαθέτει ούτε αποφασιστική ούτε γνωμοδοτική**

κατά την έννοια των διατάξεων του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας αρμοδιότητα σε οποιοδήποτε στάδιο ανάθεσης σύμβασης δημοσίου έργου. Επομένως, οι παρατηρήσεις της έχουν αποκλειστικά συμβουλευτικό χαρακτήρα και δεν μπορούν να αποτελούν έρεισμα για την τροποποίηση νομοθετικών και κανονιστικών διατάξεων. Ειδικότερα, ως προς τη σύνταξη των διακηρύξεων, η ΜΟΠΑΔΙΣ δεν δύναται να τροποποιεί τα υποχρεωτικώς ισχύοντα πρότυπα τεύχη που συντάχθηκαν από την ΕΑΑΔΗΣΥ δυνάμει της εξουσιοδότησης του άρθρου 2 παρ. 2 Ν. 4013/2011.

Β) Το πρότυπο τεύχος δεν επιτρέπει την προσθήκη δικαιολογητικών στο άρθρο 23.3 παρά μόνο εάν αυτά αφορούν την απόδειξη τυχόν δάνειας χρηματοοικονομικής ικανότητας την οποία επικαλείται διαγωνιζόμενος.

Για τους λόγους που αναπτύχθηκαν σας καλούμε να επαναπροκηρύξετε τον προκείμενο διαγωνισμό.

Με τιμή

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΕΝ. ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΒΛΑΧΟΣ

ΔΗΜΗΤΡΙΟΣ ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΙΔΗΣ