



Αριθ. Πρωτ. 30735

ΑΘΗΝΑ, 19 Δεκεμβρίου 2016

Π Ρ Ο Σ Τον
Πρόεδρο της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.
κ. Γεώργιο Καταπόδη
Λ. Κηφισίας 7
115 23 Αμπελόκηποι

ΚΟΙΝ: 1. κα Μίνα Καλογρίδου - Αναπληρώτρια
Προϊσταμένη Διεύθυνσης Νομικών
Υπηρεσιών, Προϊσταμένη Τμήματος
Μελετών ΕΑΑΔΗΣΥ

2. κα Τίνα Γκόλια Επιστημονική
Συνεργάτης Γραφείου Υπουργού ΥΜΕ,
Νομικός

ΘΕΜΑ: Παρατηρήσεις ΣΑΤΕ επί υποδείγματος διακήρυξης.

Αγαπητέ Πρόεδρε,

Σε συνέχεια της από 13 Δεκεμβρίου 2016 συνάντησης και της δέσμευσης του Συνδέσμου να υποβάλει τις παρατηρήσεις του επί του υποδείγματος διακήρυξης έως και τη Δευτέρα 19 Δεκεμβρίου 2016, συνημμένα σας υποβάλλουμε εμπρόθεσμα τις εν θέματι παρατηρήσεις του Νομικού μας Συμβούλου κ. Στ. Σταμόπουλου.



Συνημμένα: Κείμενο παρατηρήσεων επί του υποδείγματος διακηρύξεων.



1. Άρθρο 4 [B]: ένσταση σε συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία κάτω των ορίων των άρθρων 5 και 235 του Ν. 4412/2016

Η διάταξη που επεκτείνει σε όλες τις συμβάσεις κάτω των ορίων κατά τη μεταβατική περίοδο μέχρι τη σύσταση της ΑΕΠΠ την πληρωμή παραβόλου 1% (που, βάσει του άρθρου 127 εφαρμόζεται στους διαγωνισμούς για συμβάσεις εκτιμώμενης αξίας μέχρι 60.000 ευρώ), είναι ευθέως παράνομη, εσφαλμένη και πρωτοφανώς άδικη για τους διαγωνιζόμενους. Το δε αποτέλεσμα της εφαρμογής της καθίσταται εξωφρενικό. Ας πάρουμε μία σύμβαση 5.100.000 ευρώ (κάτω των ορίων). Ο διαγωνιζόμενος υποχρεούται να καταβάλει 1%, ήτοι € 51.000 (!!!!), για την άσκηση μιας απλής ένστασης και ακολούθως άλλο 1% (με πλαφόν τα 50.000 ευρώ αυτή τη φορά) για την άσκηση αίτηση αναστολής ενώπιον των δικαστηρίων! Δηλαδή, σύνολο 101.000 ευρώ! Σημειωτέον δε, ότι ο διαγωνιζόμενος που μετέχει σε διαγωνισμό άνω των ορίων (ήτοι, άνω των 5.225.000 ευρώ) δεν καταβάλλει κανένα παράβολο για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής, ενώ, αντιθέτως, ο διαγωνιζόμενος που μετέχει σε διαγωνισμούς μικρών έργων θα πρέπει να καταβάλλει το υπέρογκο παράβολο του 1% και μάλιστα χωρίς το ανώτατο όριο που θεσπίζεται για την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ή αναστολής ενώπιον των δικαστηρίων!

Πρόκειται για προδήλως εσφαλμένη ερμηνεία που έχει γίνει για να καλυφθεί ένα προσωρινό νομικό ψευδοκενό (πρόκειται για ψευδοκενό στην πραγματικότητα, όπως θα καταδείξουμε στη συνέχεια) κατά τη διάρκεια της μεταβατικής περιόδου μέχρι την έναρξη εφαρμογής των διατάξεων του Ν. 4412/2016 περί προδικαστικών προσφυγών, οι οποίες καταλαμβάνουν όλες τις συμβάσεις από 60.000 ευρώ και άνω. Συγκεκριμένα:

Πράγματι, μέχρι την έναρξη εφαρμογής των διατάξεων περί ΑΕΠΠ δεν προβλέπεται προδικαστική προσφυγή βάσει του Ν. 3886/2010, του οποίου παρατάθηκε η ισχύς μέχρι την 1-1-2017, για τους διαγωνισμούς δημοσίων έργων προϋπολογιζόμενης δαπάνης κάτω των 5.225.000 ευρώ. Είναι προφανές ότι εκ πρώτης όψεως φαίνεται να υφίσταται ένα κενό νόμου (όχι όμως κενό δικαίου), το οποίο πρέπει να καλυφθεί ερμηνευτικά. Η ερμηνευτική

κάλυψη του εν λόγω κενού κατά τον τρόπο που έγινε από την πρότυπη διακήρυξη είναι άστοχη για τους εξής λόγους:

A) Τα άρθρα 116 – 128 εφαρμόζονται στις συμβάσεις κάτω των ορίων σύμφωνα με όσα ορίζονται σ' αυτά. Το επίμαχο άρθρο 127 ρητώς ορίζει ότι εφαρμόζεται στις συμβάσεις κάτω των 60.000 ευρώ και μόνο. Επομένως, οποιαδήποτε επέκταση της εφαρμογής της διάταξης σε συμβάσεις πέραν αυτού του ανωτάτου ορίου είναι ευθέως αντίθετη προς τον νόμο.

B) Το γεγονός ότι για το μεταβατικό στάδιο δεν προβλέπεται η άσκηση προδικαστικής προσφυγής στους διαγωνισμούς κάτω του ορίου δεν συνεπάγεται την υποχρεωτική κάλυψη του συγκεκριμένου κενού με την αντίθετη προς το γράμμα αλλά και το πνεύμα της συγκεκριμένης διάταξης επέκταση της εφαρμογής της και στις συμβάσεις άνω των 60.000 ευρώ μέχρι και 5.2250.000 ευρώ. Η διάταξη του άρθρου 127 έχει εξειδικευμένη και στοχευμένη εφαρμογή για τους διαγωνισμούς κάτω των 60.000 ευρώ, γι' αυτό και θεσπίζει τόσο υψηλό ποσοστιαία παράβολο, το οποίο σε απόλυτους αριθμούς δεν ξεπερνάει τα 600 ευρώ (υψηλότατο μεν, αλλά ανεκτό υπό προϋποθέσεις)· είναι αυτονόητο ότι ο νομοθέτης ουδέποτε διανοήθηκε την εφαρμογή της σε συμβάσεις άνω των 60.000 ευρώ, γεγονός που θα είχε ως συνέπεια να εξικνείται το καταβλητέο για το παραδεκτό της ένστασης παράβολο μέχρι τις 52.250 ευρώ! Κατά συνέπεια, η εφαρμογή της και στις συμβάσεις άνω των 60.000 ευρώ είναι ***contra legem*** και, μάλιστα, **αντίθετη τόσο στο γράμμα όσο και στο πνεύμα του νόμου.**

Γ) Ποια είναι η ορθή ερμηνευτικά λύση; Δύο εναλλακτικές λύσεις, κατά την άποψή μας:

α) Να γίνει κατά γράμμα εφαρμογή του ισχύοντος θεσμικού πλαισίου μέχρι την 1-1-2017 και να θεωρηθεί ότι κατά της κατακυρωτικής απόφασης σε διαγωνισμούς κάτω των ορίων δεν ασκείται ένσταση ούτε προδικαστική προσφυγή. Τούτο, φυσικά, δεν σημαίνει ότι δεν ασκείται καμία διοικητική προσφυγή. Ασκοούνται σε κάθε περίπτωση – διότι το αντίθετο θα ήταν αντισυνταγματικό – η γενική διοικητική προσφυγή του άρθρου 24 του

Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (Ν. 2690/1999), καθώς και οι κατά περίπτωση προβλεπόμενες ειδικές διοικητικές προσφυγές (ενώπιον του Γενικού Γραμματέα της Περιφέρειας, της Επιτροπής του άρθρου 152 κ.λπ.). Αυτή η λύση είναι η πιο ορθή κατά το γράμμα του νόμου, δεδομένου ότι δεν προβαίνει σε καμία αναλογική εφαρμογή αλλά εφαρμόζει το ισχύον θεσμικό πλαίσιο ως έχει, σύμφωνα με το γράμμα του.

β) Η δεύτερη εναλλακτική επιλογή είναι να γίνει ορθή αναλογική εφαρμογή του άρθρου 127, σύμφωνα με το πνεύμα και τον σκοπό του, ήτοι να θεσπισθεί παράβολο 1% με ανώτατο όριο τα 600 ευρώ, όπως άλλωστε ήταν και η πρόθεση του νομοθέτη, ο οποίος δεν θέσπισε ρητώς ανώτατο όριο 600 ευρώ διότι εξ αντικειμένου, λόγω της εφαρμογής της προκείμενης διάταξης αποκλειστικά και μόνο σε διαγωνισμούς μέχρι 60.000 ευρώ, ετίθετο εκ των πραγμάτων ανώτατο όριο 600 ευρώ. Κατ' αυτόν τον τρόπο το παράβολο της ένστασης κατά την επίμαχη μεταβατική περίοδο δεν θα υπερβαίνει τα 600 ευρώ. Η λύση είναι νομικά ορθή, εφόσον πηγάζει από σωστή αναλογική εφαρμογή της διάταξης, σύμφωνα με το πνεύμα και τον σκοπό της, και κατ' αποτέλεσμα δίκαιη. Για την ορθή αναλογική εφαρμογή της διάταξης και την αποφυγή παρερμηνειών, θα πρέπει να αναγράφεται ρητώς στη διακήρυξη ότι το παράβολο του 1% δεν δύναται να υπερβεί το ανώτατο όριο των 600 ευρώ.

2. Κατάργηση ενδοδιαγωνιστικών ενστάσεων

Η μη πρόβλεψη της δυνατότητας άσκησης ένστασης και η συναφής κατάργηση της υποχρέωσης κοινοποίησης του πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού στους διαγωνιζόμενους εγείρει μείζονα νομικά και διαδικαστικά ζητήματα:

α) Κατ' αρχάς είναι αντισυνταγματική ως αντικείμενη στο άρθρο 20 παρ. 2 του Συντάγματος (δικαίωμα ακροάσεως), δευτερευόντως δε στο άρθρο 10 παρ. 1 (δικαίωμα του αναφέρεσθαι προς τις αρχές). Η ΑΕΠΠ, ως αποφαινόμενο όργανο επί των προδικαστικών προσφυγών, δεν υποκαθιστά τη Διοίκηση, η οποία εν προκειμένω είναι η διενεργούσα τον

διαγωνισμό αναθέτουσα αρχή, προς την οποία κάθε διαγωνιζόμενος πρέπει να έχει δυνατότητα άσκησης διοικητικών προσφυγών και υποβολής παραπόνων και αιτήσεων κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας επί των πράξεων που εκείνη ή όργανά της εκδίδουν.

β) Πλήττει τη διαφάνεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, εφόσον τα πολύ κρίσιμα πρακτικά της διενεργούσας τον διαγωνισμό Επιτροπής Διαγωνισμού θα παραμένουν κρυφά και μη προσιτά στους διαγωνιζόμενους. Φυσικά κάθε διαγωνιζόμενος θα δύναται να τα αναζητήσει βάσει των γενικών διατάξεων που κατοχυρώνουν την πρόσβαση στα δημόσια έγγραφα (Κ.Διοικ. Διαδ. – Ν. 2690/1999)

γ) Σε κάθε περίπτωση, το δικαίωμα άσκησης της γενικής αιτήσεως θεραπείας ή ιεραρχικής προσφυγής του άρθρου 24 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας δεν δύναται να καταργηθεί, εφόσον είναι συνταγματικώς κατοχυρωμένο (άρθρ. 20 παρ. 2 Σ.).

δ) Η μη άσκηση ενστάσεων και, γενικότερα, η μη υποβολή του αρχικού γνωμοδοτικού πρακτικού της επιτροπής διαγωνισμού στον έλεγχο και την κρίση των διαγωνιζομένων θα υποβαθμίσει το επίπεδο και θα μειώσει το βάθος του ελέγχου που θα ασκείται από τα όργανα της αναθέτουσας αρχής, δεδομένου ότι η άσκηση ένστασης επεσήμαινε πλημμέλειες οι οποίες είχαν διαφύγει της προσοχής των γνωμοδοτικών οργάνων ή αντέκρουε τεκμηριωμένα αβάσιμους λόγους αποκλεισμού και δινόταν η δυνατότητα στην επιτροπή διαγωνισμού να επανεξετάσει τα υπό κρίση ζητήματα, έχοντας υπόψη τις απόψεις όλων των εμπλεκόμενων πλευρών και να εκφέρει περισσότερο τεκμηριωμένη γνώμη προς την προϊσταμένη αρχή, ενώ και η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να αποφανθεί επί των κρινομένων ζητημάτων επί τη βάσει πληρέστερου φακέλου με όλες τις εκατέρωθεν απόψεις και επιχειρήματα ενώπιόν της.

ε) Η ενοποίηση των σταδίων σε διαγωνισμούς που από τη φύση τους υποδιαιρούνται σε περισσότερες διαδικαστικές ενότητες (π.χ. «μελέτη – κατασκευή») μπορεί εκ πρώτης όψεως να επιταχύνει τη διαδικασία, ωστόσο δημιουργεί προβλήματα ως προς την ποιότητα του ελέγχου που θα ασκείται. Δεν μπορεί π.χ. σε ένα διαγωνισμό με το σύστημα «μελέτη – κατασκευή» να «τσουβαλιάζονται» και να εκδικάζονται μαζί όλων των

ειδών τα ζητήματα, από τα δικαιολογητικά συμμετοχής έως και την τήρηση εξειδικευμένων τεχνικών προδιαγραφών.

Τα ανωτέρω θέματα είναι βέβαιο ότι θα δημιουργήσουν αρκετά προβλήματα στην εύρυθμη διαδικασία των διαγωνισμών δημοσίων έργων. Θεωρούμε ότι το ισχύον θεσμικό πλαίσιο δεν απαγορεύει τις ενστάσεις, απλώς δεν τις προβλέπει ρητώς. Επομένως, θα μπορούσε να προβλεφθεί στις διακηρύξεις η υποβολή ενστάσεων κατά των πρακτικών των επιτροπών διαγωνισμού. Κατά μείζονα λόγο, δεν είναι αντίθετη στη νομοθεσία η πρόβλεψη στις διακηρύξεις **μίας άτυπης διαδικασίας παρέμβασης των διαγωνιζομένων** στα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι και την έκδοση κατακυρωτικής απόφασης. Ειδικότερα: **Πρώτον**, όχι απλώς είναι απολύτως σύννομη, αλλά έτι περαιτέρω, είναι επιβεβλημένη βάσει του άρθρου 5 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας η πρόβλεψη στις διακηρύξεις της υποχρέωσης των Επιτροπών Διαγωνισμού να κοινοποιούν τα εκδιδόμενα πρακτικά τους στους διαγωνιζόμενους προς ενημέρωση ή να τα δημοσιοποιούν με κάποιο τρόπο (ανάρτηση στο κατάστημα της υπηρεσίας κ.λπ.). Τα πρακτικά αυτά αφορούν και θίγουν τα έννομα συμφέροντα των διαγωνιζομένων και επομένως, άνευ ετέρου, οι τελευταίοι έχουν δικαίωμα γνώσης τους. Τούτο αποτελούσε στοιχείο *sine qua non* σε όλους τους δημόσιους διαγωνισμούς μέχρι σήμερα και αποτελεί απορίας άξιο το γεγονός ότι καταργήθηκε με το νέο θεσμικό πλαίσιο και τις πρότυπες διακηρύξεις, που υποτίθεται στοχεύουν στην καλύτερη διασφάλιση της διαγωνιστικής διαφάνειας. Επομένως, **πρέπει να ορισθεί ρητώς στις διακηρύξεις ότι όλα τα πρακτικά των επιτροπών κοινοποιούνται υποχρεωτικώς σε όλους τους διαγωνιζόμενους άμα τη εκδόσει τους. Δεύτερον**, ακόμη και αν δεν προβλέπεται ρητώς η τυπική ένσταση, οι διαγωνιζόμενοι, μετά την κοινοποίηση σ' αυτούς του πρακτικού, θα πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να υποβάλλουν στην προϊσταμένη αρχή ένα **υπόμνημα με τις απόψεις τους σχετικά με το περιεχόμενο του πρακτικού**. Τούτο αποτελεί αναφαίρετο δικαίωμα των διαγωνιζομένων και, επιπλέον, διευκολύνει και διαφωτίζει τις αναθέτουσες αρχές επί πλήθους θεμάτων, τα οποία ενδεχομένως να έχουν διαφύγει της προσοχής των επιτροπών διαγωνισμού ή επί των οποίων έχουν κάνει λάθος. Αυτή η διαδικασία είναι προς όφελος της ορθής διεξαγωγής του

διαγωνισμού και της αποφυγής σφαλμάτων τα οποία, εφόσον ανακαλυφθούν αργότερα, θα προκαλέσουν πολύ μεγαλύτερες καθυστερήσεις και ενδεχομένως θα οδηγήσουν και σε ακύρωση του διαγωνισμού.

Θα πρέπει, εν κατακλείδι, να επισημανθεί ακόμη μία φορά, ότι η μη ρητή πρόβλεψη στον νόμο της κοινοποίησης των εκδιδόμενων πρακτικών στους διαγωνιζομένους και της άσκησης ένστασης κατ' αυτών ενώπιον της προϊσταμένης αρχής, ουδόλως σημαίνει την απαγόρευση των ενστάσεων. Μη πρόβλεψη δεν σημαίνει και απαγόρευση. Η διαδικασία των ενδοδιαγωνιστικών ενστάσεων, έστω και με την παροχή δυνατότητας υποβολής άτυπου υπομνήματος, είναι απολύτως σύνηθες και επιβεβλημένη βάσει του Συντάγματος και του δικαίου γενικότερα, και απολύτως νομίμως δύναται να προβλεφθεί στις διακηρύξεις, έστω και δεν υφίσταται ρητή νομοθετική ρύθμιση.

3. (Άρθρ. 4.2): Μη πρόβλεψη κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής σε περίπτωση μη προσκομιδής επικαιροποιημένων δικαιολογητικών

Πλέον, ο οριστικός ανάδοχος καλείται σε δύο διαφορετικές ημερομηνίες να προσκομίσει τα επικαιροποιημένα δικαιολογητικά («εφόσον απαιτείται») και ακολούθως να υπογράψει το συμφωνητικό. Η διακήρυξη προβλέπει κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής στη δεύτερη μόνο περίπτωση, της μη προσέλευσης για την υπογραφή του συμφωνητικού εκτέλεσης της σύμβασης, δεν προβλέπει όμως κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής και για την περίπτωση που ο ανάδοχος δεν προσκομίσει τα επικαιροποιημένα δικαιολογητικά συμμετοχής. Προφανώς δεν ήταν αυτή η πρόθεση του νομοθέτη και του συντάκτη της διακήρυξης. Επομένως, πρέπει να διορθωθεί η συγκεκριμένη παράλειψη, διότι υπάρχει κίνδυνος χειραγώγησης των αποτελεσμάτων των δημοπρασιών και να ορισθεί ότι κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής επέρχεται τόσο εάν δεν προσκομίσει ο οριστικός ανάδοχος τα επικαιροποιημένα δικαιολογητικά συμμετοχής, όσο και αν δεν προσέλθει για την υπογραφή του συμφωνητικού.

4. Άρθρ. 24.2 (B) – δικαιολογητικά φακέλου συμμετοχής για κάτω των ορίων

Το άρθρο 93 του Ν. 4412/2016 προβαίνει σε μία δυσερμήνευτη και ανατιολόγητη διάκριση μεταξύ διαγωνισμών άνω και κάτω των ορίων ως προς τα δικαιολογητικά που πρέπει να περιλαμβάνει ο υποβαλλόμενος κατά τον διαγωνισμό φάκελος με τα δικαιολογητικά συμμετοχής. Ειδικότερα, για τους κάτω των ορίων διαγωνισμούς (ως προς όλους τους τύπους δημοπρατούμενων συμβάσεων) απαιτεί ο φάκελος δικαιολογητικών να περιέχει, εκτός από το ΤΕΥΔ και την εγγυητική συμμετοχής, γ) αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης του προσφέροντος οικονομικού φορέα και δ) παραστατικό εκπροσώπησης, αν οι οικονομικοί φορείς συμμετέχουν με αντιπρόσωπό τους.

Κατ' αρχάς, η ανωτέρω διάκριση παρίσταται αδικαιολόγητη και έχει προκαλέσει απορίες και σύγχυση. Ωστόσο, δεδομένου ότι πρόκειται για διάταξη νόμου, μέχρι την (αναγκαία κατά την άποψή μας) απάλειψή της, πρέπει να ρυθμισθεί ο τρόπος εφαρμογής της στη διακήρυξη. **Στη διακήρυξη δεν είναι δυνατόν η συγκεκριμένη νομοθετική διάταξη να μεταφερθεί αυτολεξεί**, διότι είναι γενική και αόριστη, με αποτέλεσμα να επιτείνει τη σύγχυση στους διαγωνιζόμενους και να αυξάνει τις πιθανότητες καταχρηστικής εφαρμογής της. **Η διάταξη στη διακήρυξη πρέπει να είναι απολύτως συγκεκριμένη ως προς τα δικαιολογητικά που πρέπει να συνυποβάλλονται με την προσφορά** (π.χ. καταστατικό, ΦΕΚ δημοσίευσής του, πρακτικό συγκρότησης σε σώμα του Δ.Σ. κ.λπ.).

5. Κοινοπραξίες

Ο νέος νόμος, έστω και με αρκετές ασάφειες και αντιφάσεις, φιλελευθεροποιεί το καθεστώς των κοινοπραξιών. Αυτή η φιλελευθεροποίηση θα πρέπει να αποτυπώνεται και στις διακηρύξεις, κυρίως ως προς τρία σημεία: α) Πρέπει να καθίσταται σαφές τις διακηρύξεις ότι οποιαδήποτε σύμπραξη μεταξύ εργοληπτικών επιχειρήσεων δύναται να μετάσχει στον διαγωνισμό, αρκεί κάθε μέλος της σύμπραξης να έχει τη δυνατότητα να

εκτελέσει μέρος του έργου, χωρίς να προσ απαιτείται η τήρηση ελαχίστων ποσοστών συμμετοχής ως προς το σύνολο του έργου ή ως προς επιμέρους κατηγορίες εργασιών ή η ύπαρξη ελάχιστης διαφοράς στις τάξεις των κοινοπρακτουςών επιχειρήσεων. β) Πρέπει να παρέχεται η δυνατότητα, διότι το επιτρέπει ο νόμος, για κοινοπρακτικές συμπράξεις και με εργοληπτικές επιχειρήσεις κατωτέρων από τη χαμηλότερη πρώην «καλούμενη» τάξη, υπό την προϋπόθεση ότι είναι εγγεγραμμένες στην ίδια κατηγορία και την επίσης αυτονόητη προϋπόθεση ότι δεν θα αναλάβουν την εκτέλεση έργου τμήματος έργου εκτιμώμενου προϋπολογισμού μεγαλύτερου από το ανώτατο όριο της τάξης τους, ώστε να αποκτούν εμπειρία που θα τους παράσχει τη δυνατότητα να ανελιχθούν στο Μ.Ε.ΕΠ.. γ) Θα πρέπει να παρασχεθεί η δυνατότητα για σύσταση κοινοπραξιών από επιχειρήσεις που δεν ανήκουν στις «καλούμενες» τάξεις, εφόσον αθροιστικά πληρούν τις προϋποθέσεις χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής ικανότητας για την εκτέλεση του δημοπρατούμενου έργου. Με τον τρόπο αυτό θα παρέχεται η δυνατότητα, όπως επιτάσσει άλλωστε και το ενωσιακό δίκαιο, σε εργοληπτικές επιχειρήσεις κατωτέρων τάξεων, που πληρούν ωστόσο αθροιστικά τις προϋποθέσεις εκτέλεσης του έργου, να αναλαμβάνουν κοινοπρακτικά την εκτέλεση έργων και να αποκομίζουν εμπειρία, την οποία θα χρησιμοποιούν για την ανέλιξή τους στο Μ.Ε.ΕΠ..

6. Ενημερότητα Πτυχίου

Θετική η επαναφορά σε ισχύ της Ενημερότητας Πτυχίου, ωστόσο στις διακηρύξεις πρέπει να διευκρινισθούν ορισμένα ζητήματα:

α) Τι καλύπτει η Ε.Π.; Όλα τα δικαιολογητικά επαγγελματικής καταλληλότητας κ.λπ., με τη ρητή εξαίρεση ορισμένων (όπως η ληγμένη ασφαλιστική και φορολογική ενημερότητα), ακόμη και αν αυτά τα δικαιολογητικά δεν απαιτείται να προσκομίζονται για την έκδοσή της, όπως ρητώς προέβλεπαν οι πρότυπες διακηρύξεις υπό το προϊσχύσαν καθεστώς; Ή καλύπτει μόνο τα δικαιολογητικά εκείνα που προσκομίζονται για την έκδοσή της και αναγράφονται σ' αυτήν; Αυτό πρέπει να διευκρινίζεται ρητώς και σαφώς στη διακήρυξη.

β) Εάν η Ε.Π. καλύπτει μόνο τα δικαιολογητικά που προσκομίζονται για την έκδοσή της και αναγράφονται σ' αυτήν, καθώς και όσα από τα αναγραφόμενα δεν έχουν λήξει, θα πρέπει να απαλειφθούν αποσπασματικές διατάξεις των προϋσχυσάντων προτύπων τευχών και να διευκρινισθεί ρητώς στη διακήρυξη ότι οι διαγωνιζόμενοι είναι υποχρεωμένοι να προσκομίζουν αυτούσια τα δικαιολογητικά συμμετοχής που δεν έχουν υποβληθεί για την έκδοση της Ε.Π. καθώς και όσα έχουν προσκομισθεί και αναγράφονται επ' αυτής, πλην όμως έχουν λήξει.

7. Δικαιολογητικά Οικονομικής Επάρκειας και Τεχνικής Ικανότητας

Αυτό είναι ένα πολύ σύνθετο πεδίο και χρήζει ιδιαίτερας προσοχής ώστε να αποφευχθούν κίνδυνοι δυσμενούς διακριτικής μεταχείρισης είτε των ημεδαπών είτε των αλλοδαπών εργοληπτικών επιχειρήσεων, που μπορεί να αγάγουν ακόμη σε ακύρωση διαγωνισμών και καθυστέρηση των έργων.

Σύμφωνα με τις ενωσιακές Οδηγίες, όπως έχουν ερμηνευθεί διαχρονικά από το Δ.Ε.Ε., η εγγραφή στο οικείο επίσημο μητρώο αναγνωρισμένων εργοληπτών αποτελεί τεκμήριο τεχνικής και οικονομικής καταλληλότητας της διαγωνιζόμενης εργοληπτικής επιχείρησης, που την απαλλάσσει από την υποχρέωση απόδειξης της συνδρομής των απαιτούμενων βάσει της διακήρυξης προϋποθέσεων τεχνικής ικανότητας και οικονομικής επάρκειας¹· εξαίρεση μπορεί να υπάρξει μόνο όταν για την εκτέλεση του δημοπρατούμενου έργου η εγγραφή στο οικείο μητρώο δεν στηρίζεται σε ισοδύναμα κριτήρια τεχνικής και οικονομικής ικανότητας με αυτά που απαιτούνται για την εκτέλεση του υπό δημοπράτηση έργου.¹ Η απαίτηση τότε προσθέτων κριτηρίων για τις ημεδαπές επιχειρήσεις γίνεται με απόφαση του Υπουργού Υ.ΜΕ.ΔΙ. κατόπιν εισήγησης του Σ.Δ.Ε. (προσθήκη όρων πρόσθετης εμπειρίας). Επομένως, η απόδειξη της πλήρωσης των προϋποθέσεων τεχνικής και οικονομικής επάρκειας πρέπει να γίνεται ως εξής και να καθίσταται αυτό σαφές στη διακήρυξη:

¹ ΔΕΚ 27/86, 28/86 και 29/86, SA. *Constructions et Entreprises Industrielles (CEI) και λοιποί κατά Societe Cooperative "Association Intercommunale pour les Autoroutes des Ardennes"* και λοιπών, Συλλ. 1987, σελ. 03347, σκέψη 27' ΣτΕ (Τμ. Δ') 4696/1998 κ.ά.

α) Ημεδαπές εργοληπτικές επιχειρήσεις εγγεγραμμένες στο Μ.Ε.ΕΠ. στις αντίστοιχες (πρώην «καλούμενες») τάξεις και κατηγορίες έργων: Με την προσκόμιση του εργοληπτικού πτυχίου (βεβαίωσης εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ.).

β) Αλλοδαπές εργοληπτικές επιχειρήσεις προερχόμενες από χώρες – μέλη της Ε.Ε. στις οποίες ισχύει επίσημο μητρώο αναγνωρισμένων εργοληπτών το οποίο απονέμει στην εγγραφόμενη κατόπιν αξιολόγησης επιχείρηση καταλληλότητα για την κατασκευή συγκεκριμένων κατηγοριών έργων, να μπορούν να συμμετέχουν με την προσκόμιση του αλλοδαπού εργοληπτικού πτυχίου, βάσει του δικαιώματος εκτέλεσης έργων που εκείνο (το αλλοδαπό εργοληπτικό πτυχίο) τους απονέμει.

γ) Αλλοδαπές εργοληπτικές επιχειρήσεις που προέρχονται από χώρες της Ε.Ε. όπου δεν τηρείται τέτοιο αξιολογικό μητρώο, να μπορούν να μετέχουν στον διαγωνισμό μέσω απόδειξης της τεχνικής ικανότητάς τους και της οικονομικής τους επάρκειας να εκτελέσουν το συγκεκριμένο έργο, με τη χρήση κριτηρίων επιλογής που προβλέπονται στις ενωσιακές Οδηγίες, όπως η εμπειρία από την εκτέλεση παρόμοιων έργων εντός της τελευταίας πενταετίας κ.λπ.. Σε καμία περίπτωση τα κριτήρια αυτά δεν έχουν σχέση με τις προϋποθέσεις εγγραφής στην αντίστοιχη τάξη και κατηγορία έργων του ελληνικού Μ.Ε.ΕΠ., διότι τα τελευταία αυτά κριτήρια, λόγω του ιδιάζοντος χαρακτήρα τους είναι διαφορετικά από αυτά που ισχύουν σε άλλες χώρες της Ε.Ε. και τυχόν παραπομπή σ' αυτά θα συνιστούσε παραβίαση της θεμελιώδους αρχής της απαγόρευσης διακρίσεων και κατά πάσα πιθανότητα θα οδηγούσε σε ακύρωση διαγωνισμών, απώλεια χρηματοδότησης και καθυστέρηση ή και ματαίωση πολλών έργων.

δ) Σύμφωνα με τις επιταγές και της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, θα πρέπει να υλοποιείται και να εξειδικεύεται η δυνατότητα, που ούτως ή άλλως παρέχεται από τον Ν. 4412/2016, να μετέχουν στους διαγωνισμούς και ημεδαπές εργοληπτικές επιχειρήσεις εγγεγραμμένες σε κατώτερη τάξη της κατώτερης «καλούμενης» τάξης της Μ.Ε.ΕΠ. ανά εκάστη κατηγορία εργασιών, εφόσον, είτε αυτοτελώς είτε σε σύμπραξη με άλλες επιχειρήσεις, πληρούν τα κριτήρια τεχνικής ικανότητας και χρηματοοικονομικής επάρκειας.

8. Υποχρεωτική αναφορά στη διακήρυξη του ποσοστού 15% για συμπληρωματικές συμβάσεις του άρθρου 156 παρ. 1 β' του Ν. 4412/2016.

Σύμφωνα με το δεύτερο εδάφιο της παρ. 1 β' του άρθρου 156 του Ν. 4412/2016, δύναται να καταρτισθεί συμπληρωματική σύμβαση για εργασίες κάτω του 15% της αξίας της αρχικής σύμβασης, εφόσον οι τροποποιήσεις αυτές προβλέπονται στα αρχικά συμβατικά έγγραφα και συνολική τους αξία είναι κάτω των 5.225.000 ευρώ. Κατά συνέπεια, για να δύναται να ενεργοποιηθεί η συγκεκριμένη διάταξη, θα πρέπει η κατ' αρχήν πρόβλεψη να περιέχεται στα τεύχη της σύμβασης και ειδικά στη διακήρυξη. Επομένως, είναι αναγκαίο να περιληφθεί η συγκεκριμένη πρόβλεψη σε όλα τα πρότυπα τεύχη διακηρύξεων, ανεξαρτήτως του αν θα ενεργοποιηθεί σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, διότι διαφορετικά η συγκεκριμένη ουσιώδης δυνατότητα δεν θα μπορεί να ενεργοποιηθεί κατά την εκτέλεση ενός έργου, ακόμη και αν το απαιτούν οι περιστάσεις, κάτι που βεβαίως θα είναι βλαπτικό πρωτίστως για το έργο.

9. Ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές – αλγόριθμος

Δεν υπάρχει καμία αναφορά στην δυνατότητα αιτιολόγησης των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών (άρθρα 88 και 89 του Ν. 4412/2016).

Επί του θέματος αυτού έχει υποβληθεί αναλυτικό υπόμνημα με την από 30432/22-9-2016 επιστολή μας με θέμα: *"Αντικειμενικός τρόπος διαπίστωσης των Ασυνήθιστα Χαμηλών Προσφορών - Πόρισμα Ομάδας Εργασίας ΣΑΤΕ"*. Στην επιστολή επισημαίνεται ότι ο ΣΑΤΕ παγίως υποστηρίζει σε όλους τους τόνους και σε κάθε ευκαιρία διαβούλευσης των σχετικών κανονιστικών κειμένων ότι είναι ριζικά αντίθετος στην παροχή ευρύτατης διακριτικής ευχέρειας στις αναθέτουσες αρχές / αναθέτοντες φορείς κατά τον καθορισμό των κριτηρίων επιλογής και ανάθεσης, άρα και κρίσης τους τόσο για την ανάδειξη των ΑΧΠ όσο και για την αιτιολόγηση αυτών, αφού σε αυτήν την

περίπτωση θα εμφανιστούν τα πολύ δυσάρεστα φαινόμενα του προηγούμενου συστήματος των υποκειμενικών αιτιολογήσεων του Ν. 2229/1994, το οποίο έχει συνδεθεί με μνήμες φαυλότητας, αυθαιρεσίας και διαφθοράς. Κατά το σύστημα εκείνο η αναθέτουσα αρχή αποφάσιζε με δικά της, απολύτως ανέλεγκτα εν τοις πράγμασι κριτήρια, πρώτον ποιο ήταν το όριο της έκπτωσης πέραν του οποίου μία οικονομική προσφορά χαρακτηριζόταν ως υπερβολικά χαμηλή και, δεύτερον, εάν θα γινόταν μία αιτιολόγηση αποδεκτή ή μη. Η άκρα υποκειμενικότητα και το κατ' ουσία ανέλεγκτο της άσκησης της οδήγησε το σύστημα αυτό σε παταγώδη αποτυχία, με συνέπεια να αντικατασταθεί άρον άρον από τον Ν. 2576/1998.

Κατά την άποψη του ΣΑΤΕ είναι βέβαιο ότι το ίδιο θα συμβεί και τώρα, εάν δεν θεσμοθετηθούν κανόνες αντικειμενικής και ελέγξιμης κρίσης ως προς τα δύο ουσιώδη ζητήματα του ελέγχου των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών: α) Της μεθόδου εντοπισμού των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών και β) της διαδικασίας και των κριτηρίων αξιολόγησης των υποβαλλομένων αιτιολογήσεων.

Κατά τη άποψή μας, πρέπει να λυθεί, που θα διασφαλίσει τη διαφάνεια, την ίση μεταχείριση και τον υγιή ανταγωνισμό, αφορά στην θέσπιση ενός αντικειμενικού, παραμετροποιημένου συστήματος προσδιορισμού του ορίου των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών και αξιολόγησης των υποβαλλομένων αιτιολογήσεων. Επίσης κατά την άποψή μας θα πρέπει να συσταθεί Ειδικό Σώμα Ελεγκτών Αιτιολόγησης που θα αποτελεί ανεξάρτητο τρίτο φορέα που δεν θα εμπλέκεται επ' ουδενί με την εκάστοτε Α.Α. Τα μέλη του θα απαρτίζουν τις Επιτροπές Ελέγχου Αιτιολογήσεων και θα προκύπτουν με κλήρωση από όλη την Περιφέρεια. Τα πορίσματα επί των αιτιολογήσεων καθώς και οι αιτιολογήσεις, πλην των κατοχυρωμένων δικαιωμάτων που αναφέρονται σε αυτές, θα αναρτώνται σε συγκεκριμένο ιστότοπο, ελεύθερα προσβάσιμο.

Προτείνουμε, μέχρι τον προσδιορισμό των παραμέτρων αντικειμενικής αξιολόγησης των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, τη διασφάλιση των αναθετουσών αρχών από την υπογραφή συμβάσεων υψηλού ρίσκου, με την πρόβλεψη πρόσθετων προβλέψεων, οι οποίες φυσικά θα αναγράφονται στις

διακηρύξεις των έργων, όπως αυξημένες εγγυητικές καλής εκτέλεσης, αυστηρούς ελέγχους από Ειδικό Σώμα Ελεγκτών ή και από Εξωτερικό Σύμβουλο Επίβλεψης κ.α.

10. Απαίτηση αναγραφής εγκριτικής υπουργικής απόφασης στην περίπτωση ειδικών όρων

Στα πρότυπα τεύχη που ίσχυαν υπό τον Ν.3669/2008 υπήρξε η ακόλουθη πρόβλεψη:

"Εφόσον στη Διακήρυξη τίθενται επιπλέον όροι τεχνικής ικανότητας, αναφέρεται η σχετική απόφαση του Υπουργού Υ.ΜΕ.ΔΙ. όπως απαιτείται από το άρθρο 15 παρ. 4 του ΚΔΕ."

Ανάλογη πρόβλεψη θα πρέπει να υπάρχει και στο πρότυπο τεύχος υπό τον Ν.4412/2016 αφού στο άρθρο 76 παρ. 2 για τις δημόσιες συμβάσεις ειδικών έργων προβλέπεται:

"2. Πέραν των οριζομένων στις παρ. 4 και 5 του άρθρου 75, ειδικά για τις δημόσιες συμβάσεις ειδικών έργων των οποίων η κατασκευή απαιτείται να πραγματοποιηθεί από εξειδικευμένους οικονομικούς φορείς, μπορεί στα έγγραφα της σύμβασης να ορίζονται πρόσθετες απαιτήσεις για τη συμμετοχή τους στη διαδικασία. Κατόπιν αιτήματος της αναθέτουσας αρχής, με απόφαση του Υπουργού Υποδομών Μεταφορών και Δικτύων, ύστερα από γνώμη του Τμήματος Κατασκευών του Συμβουλίου Δημόσιων Έργων της Γενικής Γραμματείας Υποδομών, μπορεί να προστίθενται στη διακήρυξη επιπλέον όροι, όταν τούτο ενδείκνυται από το είδος ή την πολυπλοκότητα του προς ανάθεση έργου."

11. Γενικότερη παρατήρηση

Οι διατάξεις της διακήρυξης πρέπει να είναι απόλυτα σαφείς και ξεκάθαρες και δεν πρέπει να αφήνουν την παραμικρή αμφιβολία σχετικά με την έννοιά τους και τις απαιτήσεις που θέτουν. Οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να γνωρίζουν πέραν κάθε αμφιβολίας, διαβάζοντας τους όρους της διακήρυξης, ποια δικαιολογητικά πρέπει να προσκομίσουν και ποια όχι. Οποιαδήποτε ασάφεια ανοίγει επικίνδυνες ατραπούς προς την αδιαφάνεια και τις μεθοδεύσεις. Για τον λόγο αυτό οι διατάξεις της διακήρυξης, ειδικά αυτές που θέτουν όρους στους διαγωνιζόμενους ή απαιτούν την υποβολή συγκεκριμένων δικαιολογητικών, πρέπει να είναι όσο το δυνατόν πιο συγκεκριμένες και εξειδικευμένες.