



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΥΠΟΔΟΜΩΝ, ΜΕΤΑΦΟΡΩΝ
ΚΑΙ ΔΙΚΤΥΩΝ
ΓΕΝΙΚΗ ΓΡΑΜΜΑΤΕΙΑ ΥΠΟΔΟΜΩΝ
ΓΕΝ. Δ/ΝΣΗ ΣΥΓΚΟΙΝΩΝΙΑΚΩΝ ΥΠΟΔΟΜΩΝ
Δ/ΝΣΗ ΠΡΟΓΡΑΜΜΑΤΙΣΜΟΥ ΥΠΟΔΟΜΩΝ ΜΕ
ΣΥΜΒΑΣΗ ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΗΣ

Αθήνα, 14/11/2016
Αρ. πρωτ.: ΠΥΣΠ/ΓΕΝ/1007
Σχετ.

Ταχ. Δ/ση: Καρύστου 5
Τ.Κ.: 11523
Πληροφορίες : Πρ/νος
Τηλ. : 210 6992298
FAX : 210 6996653
e-mail : dpysp@ggde.gr

Προς

1. Επιτροπή Ανταγωνισμού
Κότσικα 1^Α
10434 Αθήνα
Υπόψη κας Καλ. Μπενετάνου
Αποστολή με email: kbenetatou@epant.gr

ΘΕΜΑ : Αποστολή ερωτημάτων σχετικά με την παροχή εξηγήσεων από οικονομικούς φορείς οι προσφορές των οποίων χαρακτηρίστηκαν ως ασυνήθιστα χαμηλές (άρθρο 88 ν. 4412/2016 και άρθρο 69 της Οδηγίας 2014/24/ΕΚ)

Με την υπ. αριθ. πρωτ. 5996/02-09-2016 Απόφαση Υπουργού Υ.ΜΕ.ΔΙ. (ΑΔΑ:7ΒΓ74653ΟΞΣΦ3) «Σύνταξη “προσχεδίων” υπουργικών αποφάσεων και εγκυκλίων των Ν.4412/2016 και Ν.4413/2016, όσον αφορά τις συμβάσεις έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών επιστημονικών υπηρεσιών, και έργων παραχωρήσεων, αντίστοιχα, καθώς και οδηγιών εφαρμογής τους» ορίστηκαν οι σχετικές Ομάδες Εργασίας έργο των οποίων είναι η σύνταξη των προσχεδίων αποφάσεων και εγκυκλίων και η εισήγηση αυτών στο ΣΔΕ- Τμ. Κατασκευών. Στο αντικείμενο της Ο.Ε. 2 της οποίας έχω οριστεί υπεύθυνος της Ο.Ε. και εισηγητής των θεμάτων της Ο.Ε. στο ΣΔΕ - Τμ. Κατασκευών και σε εφαρμογή της πρόβλεψης της παρ. 6 του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 περιλαμβάνεται η σύνταξη προσχεδίου εγκυκλίου για το ζήτημα της διαχείρισης των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών (άρθρο 88 ν. 4412/2016 και άρθρο 69 της Οδηγίας 2014/24/ΕΚ).

Κατά τη διαδικασία σύνταξης του προσχεδίου ανέκυψαν διάφορα θέματα επί των οποίων επιθυμούμε τη γνωμοδότηση της Επιτροπής σας.

ΘΕΜΑ 1^ο: Επί του χαρακτήρα των εξηγήσεων της παρ. 2 του άρθρου 88.

Στην παρ. 2 του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 περιλαμβάνεται ένας θεματικός κατάλογος των εξηγήσεων που μπορούν να ζητηθούν. Μολονότι ο κατάλογος αυτός, δεν είναι εξαντλητικός, εντούτοις δεν είναι ούτε αμιγώς ενδεικτικός, με αποτέλεσμα να μην επιτρέπεται στις αναθέτουσες αρχές να καθορίζουν ελεύθερα τα κρίσιμα στοιχεία που πρέπει να λαμβάνουν υπόψη πριν απορρίψουν προσφορά που φαίνεται ασυνήθιστα χαμηλή (ιδέ απόφαση της 23ης Απριλίου 2009, C-292/07, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 159 και απόφαση της 29ης Μαρτίου 2012 C-599/10 Slovensko a.s σκέψη 30). Το θέμα που τίθεται προς διερεύνηση είναι η νομιμότητα επίκλησης από τον προσφέροντα οικονομικό φορέα ως εξήγηση, σκοπούμενη για υποκειμενικούς λόγους του προσφέροντος, υποκοστολόγηση της προσφοράς και η δυνατότητα αποδοχής ως ικανοποιητικής μιας τέτοιας εξήγησης. Επισημαίνουμε ότι ο νομοθέτης έχει ειδικές αναφορές στην παρ. 2 του άρθρου 88 για τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18 (περιβαλλοντική, κοινωνικοοικονομική, εργατική νομοθεσία), ενώ δεν γίνεται

ειδική μνεία για άλλου είδους υποχρεώσεις και περιορισμούς. Ωστόσο στις σκέψεις του προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΚ γίνεται εκτενής αναφορά στην υποχρέωση συμμόρφωσης προς τη ΣΛΕΕ (π.χ. σκέψη 1 «Η ανάθεση δημόσιων συμβάσεων από τις αρχές των κρατών μελών ή εκ μέρους αυτών πρέπει να είναι σύμφωνη με τις αρχές της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ) και ιδίως με την αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων, την αρχή της ελευθερίας της εγκατάστασης και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, καθώς και με τις αρχές που απορρέουν από αυτές, όπως είναι η αρχή της ίσης μεταχείρισης, η αρχή της αποφυγής διακρίσεων, η αρχή της αμοιβαίας αναγνώρισης, η αρχή της αναλογικότητας και η αρχή της διαφάνειας...»)

Με βάση τα παραπάνω το ΕΡΩΤΗΜΑ 1 έχει ως 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 υλομολόγηση – 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 αιτείται για την κάλυψη της απώλειας θα κατατίθεται σε δεσμευμένο λογαριασμό πριν την κατακόρωση 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».

ΘΕΜΑ 2ο: Επί του χαρακτήρα των εξηγήσεων για λήψη κρατικής ενίσχυσης, στις περιπτώσεις που την επικαλείται ο προσφέρων οικονομικός φορέας, σύμφωνα με τα άρθρα 88 και 89 του ν. 4412/2016.

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 σχετικώς 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. Επισημαίνεται πάντως ότι ο έλεγχος έχει αποκλειστικά ανατεθεί στην Επιτροπή (Υπόθεση C-199/06 *CELF and Ministère de Culture et de la Communication* [2008] ECR I-469 ¶38, και *Commission Notice on the Enforcement of State Aid Law by National Courts* [2009] OJ C85/1 ¶20)

ΕΡΩΤΗΜΑ 2ο: 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;

Είμαστε στη διάθεσή σας για οποιαδήποτε διευκρίνιση και ευχαριστούμε εκ των προτέρων για την απάντηση στο αίτημά μας. Επισημαίνουμε επίσης το επείγον του θέματος καθώς πρέπει να εκδοθούν οι σχετικές αποφάσεις για τη διασφάλιση της λειτουργικότητας του νέου νόμου.

Ε. Δ.

1. Δ/ΠΥΣΠ

2.Χ.Α.

Πρ/νος

Ο Προϊστάμενος

Ιωάννης Μπακογιάννης

Π.Ε. Μηχ. με Α' β