

(Αποστολή με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο)



Αθήνα, 15 Δεκεμβρίου 2016
Αριθ. Πρωτ.: 8950

ΓΕΝΙΚΗ ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ
Α΄ Δ/ΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΤΕΚΜΗΡΙΩΣΗΣ/
ΤΜΗΜΑ ΠΡΟΩΘΗΣΗΣ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ
ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ

Κότσικα 1Α & Πατησίων 70,
Τ.Κ.104 34, Αθήνα

Πληροφ.: Κ. Μπενετάτου, Σ. Κατσερέλη

Τηλεφ.: 210 88.09.236, 244

Τηλεομ.: 210 88.09.134

Ηλ. Δ/ση: kbenetatou@epant.gr, skatsereli@epant.gr

Ιστοσελ.: www.epant.gr

Προς:

Υπουργείο Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων
Γενική Γραμματεία Υποδομών

Γεν. Δ/ση Συγκοινωνιακών Υποδομών

Δ/ση Προγραμματισμού Υποδομών με σύμβαση
παραχώρησης

Καρύστου 5

ΤΚ 11523

Τηλ.: 210 6992298

Τηλεομ.: 210 6996653

Ηλ. Δ/ση: dpysp@ggde.gr

Υπόψη: Προϊσταμένου Δ/σης, κ. Ι. Μπακογιάννη

Θέμα: Απαντήσεις επί ερωτημάτων σχετικών 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/EK)

Σχετ: Το υπ' αριθ. πρωτ. 7997/14.11.2016 έγγραφό σας

Αξιότιμε κ. Προϊστάμενε,

Σε απάντηση της ανωτέρω σχετικής επιστολής σας και σε συνέχεια προηγούμενης επικοινωνίας μας, επισημαίνουμε τα ακόλουθα:

1. Γενικά

Καταρχήν, όπως σας ενημερώσαμε και κατά τη διάρκεια της προαναφερόμενης επικοινωνίας μας, η Επιτροπή Ανταγωνισμού («Ε.Α.») έχει ως αποκλειστική αρμοδιότητα την εφαρμογή των διατάξεων του ν. 3959/2011 περί «Προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού», όπως ισχύει, καθώς και των διατάξεων των άρθρων 101 και 102 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (εφεξής ΣΛΕΕ), οι οποίες εφαρμόζονται επί επιχειρήσεων ή ενώσεων επιχειρήσεων.

Επιπλέον, οι γνωμοδοτικές και κανονιστικές αρμοδιότητες της ΕΑ προβλέπονται στα άρθρα 11 και 23 του ν. 3959/2011, υπό τις εκεί ρητά προβλεπόμενες προϋποθέσεις. Ειδικότερα, σύμφωνα με τα εν λόγω άρθρα, η ΕΑ είτε με δική της πρωτοβουλία, είτε κατόπιν και αιτήματος του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού ή άλλου αρμόδιου Υπουργού, δύναται (α) να εξετάσει συγκεκριμένο κλάδο της οικονομίας που υπάγεται στην αρμοδιότητά της και εφόσον διαπιστώσει ότι δεν υπάρχουν σε αυτόν συνθήκες αποτελεσματικού ανταγωνισμού και κρίνει ότι η εφαρμογή των άρθρων 1, 2 και 5 μέχρι 10 δεν επαρκεί για τη δημιουργία συνθηκών αποτελεσματικού ανταγωνισμού, να λάβει κάθε αναγκαίο μέτρο για τη δημιουργία συνθηκών αποτελεσματικού ανταγωνισμού στον εν λόγω κλάδο (άρθρο 11), (β) να παρέχει τη γνώμη της αποκλειστικά για θέματα αρμοδιότητάς της, επί σχεδίων νόμων και λοιπών κανονιστικών ρυθμίσεων που μπορούν να εισάγουν εμπόδια στη λειτουργία του ελεύθερου ανταγωνισμού (άρθρο 23).

Γενικότερα, επισημαίνεται ότι για την αποφυγή συμπεριφορών, οι οποίες ενδεχομένως αντίκεινται στο δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού και επηρεάζουν δυσμενώς τις συνθήκες λειτουργίας της αγοράς, οι αναθέτουσες αρχές, θα πρέπει να προβαίνουν σε αυτοαξιολόγηση της συμβατότητας των πρακτικών τους με το δίκαιο του ανταγωνισμού και να σταθμίζουν αυστηρά αν οι όροι και προδιαγραφές, οι οποίοι περιλαμβάνονται στη διακήρυξη διαγωνισμών και τείνουν να περιορίζουν τον αριθμό των συμμετεχόντων/ εναλλακτικών προμηθευτών, εξυπηρετούν πράγματι τις ουσιαστικές ανάγκες τους. Στο πλαίσιο της προληπτικής ενημέρωσης για τη διασφάλιση της ακεραιότητας των διαγωνιστικών διαδικασιών, η ΕΑ έχει προβεί στη δημοσίευση οδηγού για τις αναθέτουσες αρχές¹, με στόχο την από πλευράς τους πρόληψη και ανίχνευση συμπαιγνιακών πρακτικών σε διαγωνισμούς προμηθειών.

2. Επί των ερωτημάτων που τίθενται με την ως άνω σχετική επιστολή σας:

Ως προς το πρώτο ερώτημά σας και τις προτεινόμενες διατυπώσεις της εγκυκλίου για τις παρεχόμενες εξηγήσεις από οικονομικούς φορείς επί ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς θέτουμε υπόψη σας τα εξής:

Όπως προαναφέρθηκε, η Επιτροπή Ανταγωνισμού γνωμοδοτεί στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων της σε περιπτώσεις που κανονιστική ρύθμιση εισάγει εμπόδια στον ανταγωνισμό και όχι περί συμβατότητας, γενικώς, της ρύθμισης με την εθνική ή κοινοτική νομοθεσία. Παρά το γεγονός της έλλειψης νομοθετικής εξουσιοδότησης για το σκοπό αυτό, θα θέλαμε να σας παρέχουμε κάποιες κατευθύνσεις και επισημάνσεις σχετικά με την προτεινόμενη πρώτη διατύπωση.

Στο ενωσιακό δίκαιο περί δημοσίων συμβάσεων δεν περιέχεται ορισμός της έννοιας της «ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς». Απόκειται, επομένως, στα κράτη μέλη και, ειδικότερα, στις αναθέτουσες αρχές να καθορίσουν τον τρόπο υπολογισμού κατώτατου ορίου πέραν του

¹ Βλ. σχετικά Οδηγό «Ανίχνευση και πρόληψη συμπαιγνιακών πρακτικών σε διαγωνισμούς προμηθειών», διαθέσιμο στην ιστοσελίδα ΕΑ : http://www.epant.gr/img/x2/news/news678_1_1411562876.pdf

οποίου πρόκειται για «ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά»². Από τη διατύπωση του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016 (που ενσωμάτωσε το άρθρο 69 της Οδηγίας 2014/24) συνάγεται ότι ο σκοπός του νομοθέτη δεν είναι να αποκλείσει άνευ ετέρου μία υποβληθείσα ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά, αλλά να θεσπίσει μία διαδικασία αξιολόγησής της με βάση τον ενδεικτικό κατάλογο εξηγήσεων που μπορεί να προταθούν. Συνεπώς, η εκ προοιμίου απόρριψη μίας ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς από την αναθέτουσα αρχή ως αντικανονικής στις περιπτώσεις που ο προσφέρων προτίθεται π.χ. να καλύψει με ίδιους πόρους την οικονομική απώλεια δεν αντανακλά το σκοπό που ήθελε να εξυπηρετήσει ο νομοθέτης με το άρθρο 88 του Ν. 4412/2016.

Περαιτέρω, η αξιολόγηση θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση (ad hoc) εντός των ορίων της διακριτικής ευχέρειας της Διοίκησης. Η Διοίκηση, επομένως, πρέπει να μεριμνήσει ώστε να συλλέγει όσο το δυνατόν περισσότερα στοιχεία για την τεκμηρίωση υποβληθείσας ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς και δύναται να ζητεί, εντός των προαναφερομένων ορίων, εγγυήσεις και εξασφαλίσεις για το σκοπό αυτό. Οι υποκειμενικοί λόγοι που τυχόν θα επικαλεστεί ένας οικονομικός φορέας θα πρέπει να εξειδικεύονται στη μέγιστη δυνατή λεπτομέρεια και να μην γίνονται αποδεκτές εξηγήσεις που να ανάγονται σε μία απλή επιχειρηματική απόφαση επέκτασης δραστηριοτήτων σε ορισμένη αγορά ή απόκτησης σχετικής εμπειρίας.

Το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης παρέχει με τις αποφάσεις του κατευθύνσεις στα κράτη μέλη για την αξιολόγηση, μεταξύ άλλων ζητημάτων σε διαγωνιστικές διαδικασίες, των παραμέτρων που πρέπει να λαμβάνονται υπόψη κατά την εκτίμηση μίας ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς. Από το πλέγμα των αποφάσεων του Δικαστηρίου επί υποθέσεων που τέθηκε υπό κρίση η συμβατότητα εθνικών ρυθμίσεων με το περιεχόμενο των κοινοτικών Οδηγιών για τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και παροχής υπηρεσιών, συνάγονται ορισμένες βασικές αρχές.

Παραθέτουμε ορισμένα παραδείγματα προς διευκόλυνσή σας. Ειδικότερα έχει κριθεί ότι:

- Η αναθέτουσα αρχή έχει υποχρέωση να ζητήσει εγγράφως από υποψήφιο προσφέροντα σε διαγωνιστική διαδικασία εξηγήσεις και διευκρινίσεις για ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά³. Κατά το δικαστήριο, βούληση του νομοθέτη της Ένωσης ήταν να επιβάλει στην αναθέτουσα αρχή να εξακριβώνει τη σύνθεση των προσφορών που είναι ασυνήθιστα χαμηλές υποχρεώνοντάς την προς τούτο να ζητεί από τους υποψηφίους να της προσκομίσουν τα αναγκαία δικαιολογητικά στοιχεία που να αποδεικνύουν ότι οι επίμαχες προσφορές είναι σοβαρές.

² Σχετ. αποφάσεις Δικαστηρίου Ευρ. Ένωσης στις υποθέσεις C 568/13, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze κατά Data Medical Service Srl, σκ. 47 και C 285/99- C 286/99, Lombardini κ. Mantovani, EU:C:2001:640, σκ. 67.

³ Βλ. αποφ. ΔΕΕ στην υπόθ. C 599/10, SAG ELV Slovensko κ.λπ, EU: C:2012:191, σκ. 33, όπου κρίθηκε ότι [...] το άρθρο 55 της οδηγίας 2004/18 (προϊσχύον ενωσιακό δίκαιο για τις δημόσιες συμβάσεις, καταργήθηκε με την Οδηγία 2014/24 η οποία ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο με τον ν. 4412/2016) όχι μόνον δεν απαγορεύει εθνική διάταξη όπως το άρθρο 42, παράγραφος 3, του νόμου 25/2006, που προβλέπει κατ' ουσίαν ότι, σε περίπτωση που ο υποψήφιος προτείνει ασυνήθιστα χαμηλό τίμημα, η αναθέτουσα αρχή του ζητεί εγγράφως να διευκρινίσει την πρόταση αυτή, αλλά επιβάλλει τη θέσπιση τέτοιας διάταξης στην εθνική νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων (και εκεί παρατεθείσα νομολογία).

- Απαγορεύονται εθνική ρύθμιση και διοικητική πρακτική ενός κράτους μέλους οι οποίες παρέχουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει ως ασυνήθιστα χαμηλές τις προσφορές που περιλαμβάνουν ποσοστό εκπτώσεως μεγαλύτερο του κατωφλίου ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, λαμβάνοντας αποκλειστικά υπόψη τις δικαιολογήσεις των προτεινομένων τιμών οι οποίες αφορούν τουλάχιστον το 75 % της τιμής βάσεως του διαγωνισμού η οποία αναφέρεται στην προκήρυξη του διαγωνισμού και τις οποίες οι υποψήφιοι υποχρεούνται να επισυνάψουν στην προσφορά τους, **χωρίς** να παρέχεται σε αυτούς η δυνατότητα να προβάλουν την άποψή τους, μετά από το άνοιγμα των φακέλων, ως προς τα στοιχεία των προτεινομένων τιμών τα οποία έδωσαν λαβή σε υπόνοιες⁴.
- Απαγορεύονται εθνική ρύθμιση και διοικητική πρακτική ενός κράτους μέλους οι οποίες επιβάλλουν στην αναθέτουσα αρχή να λαμβάνει υπόψη της, για τις ανάγκες του ελέγχου των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, μόνο τις δικαιολογήσεις που αφορούν την οικονομία η οποία επιτυγχάνεται χάρη στη μέθοδο κατασκευής ή τις τεχνικές λύσεις που έχουν επιλεγεί ή τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που ισχύουν για τον υποψήφιο, αποκλεισμένων των δικαιολογήσεων που αφορούν οποιοδήποτε στοιχείο η κατώτατη τιμή του οποίου καθορίζεται από νομοθετικές, κανονιστικές ή διοικητικές διατάξεις ή η κατώτατη τιμή του οποίου μπορεί να προσδιοριστεί βάσει επίσημων στοιχείων⁵.
- Εθνική ρύθμιση η οποία επιβάλλει επιτακτικά στις αναθέτουσες αρχές, όταν ο αριθμός των εγκύρων προσφορών υπερβαίνει τις πέντε, να αποκλείουν αυτομάτως τις προσφορές που θεωρούνται ως ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με το προς εκτέλεση έργο, σύμφωνα με το μαθηματικό κριτήριο της ρυθμίσεως αυτής, χωρίς να παρέχεται στις αναθέτουσες αρχές καμία δυνατότητα να εξετάσουν τη σύνθεση των προσφορών αυτών ζητώντας συναφώς διευκρινίσεις από τους προσφέροντες, προσκρούει στους θεμελιώδεις κανόνες της Συνθήκης περί της ελευθερίας εγκαταστάσεως και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, καθώς και στη γενική αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων⁶.

Συμπερασματικά, η αναθέτουσα αρχή δύναται, στο πλαίσιο του εκ μέρους της ελέγχου αν πρόκειται για ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά και προκειμένου να διασφαλισθεί ο υγιής ανταγωνισμός, να λαμβάνει υπόψη όλα τα κρίσιμα στοιχεία όσον αφορά την επίμαχη παροχή υπηρεσιών⁷. Για την αξιολόγηση της έννοιας της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς **παρέχεται διακριτική ευχέρεια** στην αναθέτουσα αρχή ως προς την αξιολόγηση και την αποδοχή σχετικών προσφορών⁸, η υπέρβαση των ορίων της οποίας υπόκειται στον ακυρωτικό έλεγχο των δικαστηρίων. Στο πλαίσιο αυτό η αναθέτουσα αρχή, όπως προκύπτει από την ενωσιακή νομολογία, θα πρέπει για να εκτιμήσει την απόκλιση της οικονομικής προσφοράς εκάστου

⁴ Βλ. σχετ. απόφ. ΔΕΕ της 27ης Νοεμβρίου 2001, επί προδικαστικού ερωτήματος στις συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, Impresa Lombardini SpA κ.α.

⁵ Ο.π., υπόθ. C-285/99 και C-286/99.

⁶ Ο.π., υπόθ. C-147/06 και C-148/06, SECAP SpA κ.α.

⁷ Βλ. αποφ. ΔΕΕ C 568/13, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze κατά Data Medical Service Srl, σκ. 50 και C 599/10, SAG ELV Slovensko κ.λπ, EU: C:2012:191, σκ. 29, 30.

⁸ Βλ. Ε. Πρεβεδούρου, Έκταση ελέγχου δικαστή ασφαλιστικών μέτρων κατά τον Ν 3886/2010, ΘΠΔΔ 11/2012.

διαγωνιζομένου από την προϋπολογισθείσα δαπάνη, να καλέσει προς παροχή των αναγκαίων διευκρινίσεων εκείνους από τους διαγωνιζομένους, των οποίων την οικονομική προσφορά κρίνει ως ασυνήθιστα χαμηλή⁹.

Λαμβανομένων υπόψη των κατευθύνσεων που παρέχονται με τις αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ένωσης και των αρχών που θεσπίζονται με το νομοθετικό πλαίσιο για τις δημόσιες συμβάσεις, συνάγεται ότι η ερμηνευτική εγκύκλιος της Διοίκησης για την αξιολόγηση της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς δεν μπορεί να θέτει προδιατυπωμένους κανόνες μη συμβατούς με τις σχετικές κατευθύνσεις και αρχές,

Επί της προτεινόμενης εναλλακτικής διατύπωσης στο ερώτημά σας τονίζουμε τα εξής:

Η αποδοχή ή μη των εξηγήσεων ενός οικονομικού φορέα επί ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς δεν μπορεί να συναρτηθεί με γνώμη της Επιτροπής Ανταγωνισμού, η οποία παρέχεται μόνο επί ζητημάτων που άπτονται των αρμοδιοτήτων της, πέραν του ότι σε περίπτωση τυχόν διαπίστωσης τυχόν συνδρομής των προϋποθέσεων του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, η Επιτροπή Ανταγωνισμού πρέπει να δράσει στο πλαίσιο των κατασταλτικών και όχι των γνωμοδοτικών της αρμοδιοτήτων. Στο πλαίσιο αυτό της δυνατότητας δηλαδή της Ε.Α. να επιλαμβάνεται αυτεπαγγέλτως περιπτώσεων αντι-ανταγωνιστικών πρακτικών για πιθανή παράβαση των εθνικών και ενωσιακών κανόνων προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού, κατά τις διατάξεις των άρθρων 1 και 2 του ν. 3959/2011 και 101 και 102 της Σ.Λ.Ε.Ε, είναι ευνόητο ότι θα ανακλύπει υποχρέωσή σας να θέσετε υπόψη μας στοιχεία και πληροφορίες προς διευκόλυνση πιθανής αυτεπάγγελτης έρευνας της Επιτροπής, κατά τη διάταξη του άρθρου 36 παρ.6 του ν. 3959/2011.

Επίσης η πρότασή σας για παροχή οικονομικής εξασφάλισης με την κατάθεση του ποσού της διαφοράς για την κάλυψη της οικονομικής απώλειας σε δεσμευμένο λογαριασμό και την σταδιακή αποδέσμευσή του, μπορεί να δημιουργήσει προβλήματα αν συναχθεί υπέρμετρη δέσμευση του προσφέροντος οικονομικού φορέα, που πιθανώς να αντιτίθεται με την αρχή της αναλογικότητας. Κατά συνέπεια, η δεύτερη προτεινόμενη διατύπωση δεν εξυπηρετεί το σκοπό και τις αρχές του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και δεν κρίνεται δόκιμη. Ορθολογικότερη, ίσως, θα ήταν μία γενικότερη διατύπωση για τη δυνατότητα του προσφέροντος χαμηλή προσφορά να αιτιολογεί κατά τρόπο που θα μπορεί να παρέχει πίστη στην αναθέτουσα αρχή ότι δεν υποκρύπτονται κίνητρα παρεμπόδισης, κατά οποιονδήποτε τρόπο, του υγιούς ανταγωνισμού στην πρότασή του και να του παρέχεται η δυνατότητα να προσφέρει οικονομικά εχέγγυα και εξασφαλίσεις (π.χ. έκδοση εγγυητικής επιστολής) με γνώμονα την αρχή της αναλογικότητας, ώστε να μην του επιφέρει επαχθείς και δυσανάλογους περιορισμούς.

⁹ Βλ. και σκ. 82 της απόφασης του ΔΕΕ επί των συνεκδικαζόμενων υποθέσεων C-285/99- C-286/99, Lombardini κ. Mantovani, «Δεδομένου ότι, στο πλαίσιο της αναπτύξεως πραγματικού ανταγωνισμού στον τομέα των δημοσίων έργων, είναι σημαντικό η δυνατότητα αυτή να είναι όσο το δυνατόν ευρύτερη και πληρέστερη, ο υποψήφιος πρέπει να έχει τη δυνατότητα να υποβάλει προς στήριξη της προσφοράς του όλες τις δικαιολογήσεις, ιδίως δε αυτές που αναφέρει το άρθρο 30, παράγραφος 4, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας τις οποίες ο υποψήφιος κρίνει σκόπιμες, λαμβανομένης υπόψη της φύσεως και των χαρακτηριστικών του εν λόγω έργου, άνευ οποιουδήποτε σχετικού περιορισμού. Η δε αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να λάβει υπόψη της το σύνολο των δικαιολογήσεων που παρέσχε ο επιχειρηματίας πριν λάβει την απόφαση της σχετικά με το αν θα κάνει δεκτή ή θα απορρίψει την εν λόγω προσφορά».

Ως προς **το δεύτερο ερώτημά σας**, επισημαίνουμε ότι η Επιτροπή Ανταγωνισμού δεν είναι αρμόδια για την αξιολόγηση από οποιαδήποτε άποψη, νομιμότητας ή συμβατότητας, της χορήγησης κρατικών ενισχύσεων, καθώς ο έλεγχος αυτός έχει ανατεθεί στην Αποκεντρωμένη Μονάδα Κρατικών Ενισχύσεων του Υπουργείου Οικονομίας και Ανάπτυξης, στην οποία θα πρέπει να απευθυνθείτε αρμοδίως.

Παραμένουμε στη διάθεσή σας για οποιαδήποτε συμπληρωματική διευκρίνιση ή πληροφορία.



ΑΚΡΙΒΕΣ ΑΝΤΙΓΡΑΦΟ
Η Πρωτότυπη της
Α' Δ/σης Οικονομικής Τεκμηρίωσης

Καλλιόπη Αλεξεντάτου

Με τιμή

Ο Πρόεδρος
της Επιτροπής Ανταγωνισμού

Δημήτριος Κυριτσάκης