

Ο ν. 4412/2016 σε σχέση με τα δημόσια έργα. Μια πρώτη προσέγγιση.

*(Εισήγηση του Δικηγόρου Ντίνου Χρ. Ρόβλια,
στην ημερίδα ΠΕΔΜΕΔΕ – ΤΕΕ, 3-11-2016)*

Ευχαριστώ την ΠΕΔΜΕΔΕ και τον Πρόεδρό της κ. Ρωμοσιό, καθώς και το ΤΕΕ για την ευκαιρία που μου δίνουν να αναπτύξω τις πρώτες σκέψεις μου για τον νέο νόμο σε σχέση με τα δημόσια έργα, παρουσία υμών, των άμεσα ενδιαφερόμενων.

Κατ' αρχήν συνιστώ ψυχραιμία!

Τριακόσιες τριάντα (330) σελίδες ΦΕΚ και τριακόσια εβδομήντα εννέα (379) άρθρα, πραγματικά απαιτούν ψυχραιμία.

Σε ένα νόμο, σ' αυτόν τον νόμο, τον 4412/2016, έχουν περιληφθεί:

- όλες οι διατάξεις για τις διαδικασίες ανάθεσης και για τις διαδικασίες εκτέλεσης, όλων των δημοσίων συμβάσεων: έργων, μελετών, υπηρεσιών, προμηθειών
- οι διατάξεις για την προδικαστική και δικαστική προστασία στο στάδιο σύναψης των συμβάσεων
- οι διατάξεις για τις διαδικασίες ανάθεσης των πρώην εξαιρούμενων τομέων – ύδατος, ενέργειας, μεταφορών και ταχυδρομικών υπηρεσιών.

Το αποτέλεσμα είναι ένας νόμος ογκώδης, πολύπλοκος και δύσχρηστος, με συνεχείς παραπομπές από το ένα άρθρο στο άλλο. Έτσι ήθελαν οι δανειστές, έτσι έγινε... Όμως το ενιαίο αυτό κείμενο που επεβλήθη είναι λάθος και θα δυσκολέψει αντί να διευκολύνει. Αυτό δεν σημαίνει ότι ο νόμος δεν έχει και τα θετικά του σημεία που θα δούμε στη συνέχεια.

Έχω προσπαθήσει να εντοπίσω και να σας μεταφέρω σημεία του νόμου που έχουν πρακτικό ενδιαφέρον και που πρέπει να προσεχθούν.

Χώρισα την παρουσίαση αυτή σε τέσσερις ενότητες:

A) Μια σύντομη αναφορά στις διαδικασίες ανάθεσης και εκτέλεσης των έργων και σ' αυτές της προδικαστικής και δικαστικής προστασίας στο στάδιο ανάθεσης.

B) Σημεία του νόμου που αλλάζουν σε σχέση με αυτά που ίσχυαν.

Γ) Προβληματικά σημεία του νέου νόμου.

Δ) Σημεία του νέου νόμου που χρήζουν ειδικής επισήμανσης και προσοχής.

Επειδή αυτή είναι μια πρώτη θεωρητική προσέγγιση του ν. 4412/2016, είναι προφανές ότι στην πορεία θα προκύψουν περισσότερα θέματα για συζήτηση και ερμηνεία.

A) Διαδικασίες ανάθεσης και εκτέλεσης των έργων και προδικαστικής και δικαστικής προστασίας στο στάδιο ανάθεσης.

Ξεκινάω με τις διαδικασίες ανάθεσης.

Σχετικά με τους δικαιούμενους συμμετοχής στους διαγωνισμούς βάσει εργοληπτικών πτυχίων, δεν αλλάζουν επί του παρόντος τα πράγματα. Παραμένουν σε ισχύ τα άρθρα 80 έως 110 του προηγούμενου νόμου 3669/2008 περί ΜΕΕΠ κλπ.

Για την υποβολή της προσφοράς προβλέπονται τρεις φάκελοι: φάκελος δικαιολογητικών (άρθρο 93), φάκελος τεχνικής προσφοράς (άρθρο 94) και φάκελος οικονομικής προσφοράς (άρθρο 95).

Ο φάκελος των δικαιολογητικών συμμετοχής περιέχει πλέον **μόνον** μια υπεύθυνη δήλωση και την εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Η υπεύθυνη δήλωση, με την μορφή του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (άρθρο 79), αποτελεί προκαταρκτική απόδειξη ότι ο διαγωνιζόμενος δεν εμπίπτει σε λόγους αποκλεισμού και πληροί τα κριτήρια επιλογής. Δηλαδή στο εξής ο διαγωνιζόμενος αρκεί να δηλώνει ότι δεν βρίσκεται σε κατάσταση που αποκλείεται από τον διαγωνισμό (άρθρα 73 και 74) και ότι διαθέτει την επαγγελματική καταλληλότητα, για το έργο, δηλαδή έχει το εργοληπτικό πτυχίο, καθώς και την οικονομική επάρκεια και την τεχνική ικανότητα που απαιτούνται από την διακήρυξη (άρθρα 75 και 76). Δεν απαιτείται συνεπώς, κατ' αρχήν, η υποβολή πιστοποιητικών.

Για τους διαγωνισμούς κάτω των ορίων της Οδηγίας η υπεύθυνη δήλωση είναι η γνωστή υπεύθυνη δήλωση, η οποία αναμένεται να τυποποιηθεί από την Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων. Απαιτείται δε επιπλέον και η προσκόμιση των εγγράφων νομιμοποίησης, καθώς και η τήρηση (μέσω της υπεύθυνης δήλωσης) των διατάξεων περί ονομαστικοποίησης των μετοχών (άρθρο 79.2). Αυτές οι τελευταίες διατάξεις περί ονομαστικοποίησης δεν προκύπτει ότι εφαρμόζονται για τους διαγωνισμούς άνω των ορίων της Οδηγίας. Αλλά σας το αναφέρω με επιφύλαξη διότι η παρ. 10 του άρθρου 375 μου δημιουργεί αμφιβολίες καθόσον τροποποιεί το άρθρο 8 παρ. 4 του ν. 3310/2005, σχετικά με θέματα ελέγχου της ονομαστικοποίησης.

Πάντως, παρότι κατ' αρχήν καταργείται η υποχρέωση υποβολής των πιστοποιητικών, η παρ. 5 του άρθρου 79 προβλέπει ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να τα ζητήσει οποτεδήποτε, «όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας». Τώρα, το ποια είναι η «ορθή διεξαγωγή διαδικασίας» θα μας δοθεί η ευκαιρία να το ερμηνεύσουμε και να το διαπιστώσουμε στην πορεία...

Επίσης, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί σε κάθε περίπτωση την υποβολή των πιστοποιητικών πριν την ανάθεση της σύμβασης από τον διαγωνιζόμενο, στον οποίο έχει αποφασίσει να αναθέσει το έργο (άρθρο 79 παρ.5).

Ο προσωρινός ανάδοχος που αποδεικνύεται ότι δηλώνει ψευδώς ή που δεν προσκομίζει τα δικαιολογητικά κηρύσσεται έκπτωτος (άρθρο 103). Τώρα πως γίνεται να κηρύσσεται έκπτωτος κάποιος ενώ η σύμβαση δεν έχει συναφθεί, είναι ακόμα ένα θέμα που θα μας απασχολήσει στην πορεία...

Ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς δεν υποβάλλεται όταν ο διαγωνισμός είναι καθαρά μειοδοτικός. Υποβάλλεται στο σύστημα δημοπράτησης με αξιολόγηση μελέτης (άρθρο 50) το λεγόμενο μελετοκατασκευή, καθώς και στις δημοπρασίες που το κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής (άρθρο 86.2).

Το περιεχόμενο του φακέλου της οικονομικής προσφοράς είναι αυτό που γνωρίζουμε σε γενικές γραμμές.

Τα κριτήρια ανάθεσης (άρθρο 86) είναι είτε η χαμηλότερη τιμή, είτε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με συνυπολογισμό και άλλων παραμέτρων, όπως κοστολόγηση κύκλου ζωής, ποιότητα, οργάνωση, τεχνική υποστήριξη, εγγύηση καλής λειτουργίας, αυξημένος χρόνος εγγύησης, κοινωνικά κριτήρια κλπ, τα οποία εκτιμώνται βάσει μαθηματικού τύπου.

Η διαδικασία του διαγωνισμού είναι αυτή που γνωρίζουμε (άρθρο 98). Η πράξη που προσβάλλεται όμως είναι μόνο μία: η απόφαση έγκρισης του αποτελέσματος της διαδικασίας. Τα προηγούμενα Πρακτικά, εισηγήσεις κλπ έχουν γνωμοδοτικό χαρακτήρα και δεν προσβάλλονται. Έτσι θα αποφευχθούν καθυστερήσεις και αυτό είναι θετικό. Κατά της τελικής εγκριτικής πράξης προβλέπεται Προδικαστική

Προσφυγή για συμβάσεις άνω των 60.000 ευρώ ή ένσταση για συμβάσεις κάτω των 60.000 ευρώ (άρθρο 98.1στ).

Τα άρθρα 98 παρ. 1γ και 101 προβλέπουν ότι, όταν έχουμε καθαρά μειοδοτικό διαγωνισμό, το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών μπορεί να προηγηθεί του ελέγχου της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής.

Κατά τη διαδικασία του διαγωνισμού μπορεί να ζητούνται από την αναθέτουσα αρχή διευκρινίσεις ή συμπληρώσεις των εννράφων ή δικαιολογητικών (άρθρο 102). Αν δεν ζητηθούν και υποβληθούν αυτοβούλως από τον διαγωνιζόμενο, δεν λαμβάνονται υπόψη. Οι διευκρινίσεις και συμπληρώσεις αφορούν έγγραφα που έχουν ήδη υποβληθεί. Η παροχή αυτής της δυνατότητας είναι υποχρεωτική αν επίκειται αποκλεισμός λόγω ασαφειών.

Η απόφαση κατακύρωσης κοινοποιείται υποχρεωτικά, μαζί με τα Πρακτικά, σε όλους τους διαγωνιζόμενους, εκτός από τον προσωρινό ανάδοχο. Αν δεν κοινοποιηθεί σε όλους, δεν παράγει έννομα αποτελέσματα (άρθρο 105). Για να έχουμε σύναψη της σύμβασης εργολαβίας απαιτείται σωρευτικά:

- α) άπρακτη παρέλευση των προθεσμιών της προδικαστικής και δικαστικής προστασίας (Προδικαστική Προσφυγή και Αίτηση Αναστολής)
- β) ολοκλήρωση του ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο (όταν απαιτείται)
- γ) υποβολή των δικαιολογητικών από τον προσωρινό ανάδοχο
- δ) κοινοποίηση της απόφασης στον προσωρινό ανάδοχο.

Οι νομοθετικές προβλέψεις για την εκτέλεση των έργων παραμένουν στο μεγαλύτερο μέρος τους αμετάβλητες.

Μια σημαντική καινοτομία είναι η πρόβλεψη της μονομερούς λύσης της σύμβασης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής κατά την διάρκεια της εκτέλεσης αυτής (άρθρο 133). Η καταγγελία γίνεται εφόσον:

- α) έχουμε ουσιώδη τροποποίηση της σύμβασης ή
- β) ο ανάδοχος κατά τον χρόνο ανάθεσης τελούσε σε κατάσταση τελεσίδικης καταδίκης για ποινικά αδικήματα του άρθρου 73.1 ή
- γ) ο ανάδοχος βαρύνεται με σοβαρή παραβίαση των υποχρεώσεων που υπέχει βάσει του Ευρωπαϊκού δικαίου και έχει αναγνωριστεί η παραβίαση με απόφαση του Δικαστηρίου της Ένωσης.

Ουσιώδη τροποποίηση της σύμβασης κατά το άρθρο 132.4 έχουμε όταν πληρούνται μια ή περισσότερες από τις ακόλουθες προϋποθέσεις:

- όταν εισάγονται όροι που θα είχαν προσελκύσει περισσότερους διαγωνιζόμενους κλπ
- όταν αλλάζει η οικονομική συμβατική ισορροπία υπέρ του αναδόχου
- όταν επεκτείνεται σημαντικά το αντικείμενο της σύμβασης
- όταν έχουμε μη επιτρεπτή υποκατάσταση.

Ο νόμος αναφέρει ότι η καταγγελία γίνεται «υπό τις προϋποθέσεις που ορίζουν οι κείμενες διατάξεις». Αυτές τις προϋποθέσεις όμως τις εντόπισα μόνο για τη δεύτερη περίπτωση (της ποινικής καταδίκης) και μάλιστα προβληματικά διατυπωμένες. Συγκεκριμένα, το άρθρο 160 παρ. 4 ορίζει ότι ο ανάδοχος κηρύσσεται έκπτωτος χωρίς ειδική πρόσκληση (μόνο ύστερα από ακρόαση) εάν υποπίπτει στα αδικήματα ή τα πειθαρχικά παραπτώματα που επισύρουν αποκλεισμό του. Δηλαδή ενώ το άρθρο 133 προβλέπει την μονομερή λύση μόνο για τα ποινικά αδικήματα του άρθρου 73.1, έρχεται το άρθρο 160 και προσθέτει ως λόγο λύσης τα πειθαρχικά παραπτώματα και μάλιστα χωρίς συγκεκριμένη παραπομπή σε άρθρο του νόμου. Η αοριστία αυτή καθιστά ασαφή και προβληματική τη ρύθμιση, παρέχει δε πρόσφορο έδαφος αυθαιρεσιών.

Τέλος, το άρθρο 133 προσθέτει έναν ακόμη λόγο καταγγελίας της σύμβασης κατά την διάρκεια εκτέλεσης. Αυτόν του άρθρου 68 παρ. 5 και 7 του ν. 3863/2010. Όμως το άρθρο 68 του ν. 3863/2010 αναφέρεται σε συμβάσεις εργολαβίας εταιρειών παροχής υπηρεσιών φύλαξης και καθαρισμού, προβλέπει δε την καταγγελία τους σε περιπτώσεις αδήλωτης εργασίας, παράνομης απασχόλησης αλλοδαπών, παραβάσεων της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας κλπ. Το ερώτημα που γεννάται είναι εάν αυτός ο λόγος καταγγελίας της σύμβασης αναφέρεται μόνο στις συμβάσεις υπηρεσιών του άρθρου 68 ή σε όλες τις δημόσιες συμβάσεις. Η διατύπωση δεν είναι σαφής. Κατά την άποψή μου χρειάζεται νομοθετική διευκρίνιση για να μην βρεθούμε προ εκπλήξεων.

Τέλος, σε σχέση με την εκτέλεση των έργων, επισημαίνω ότι έχει καταργηθεί η δυνατότητα σύστασης κατασκευαστικής κοινοπραξίας, η δε υποκατάσταση αναδόχου είναι επιτρεπτή υπό αυστηρές προϋποθέσεις και συγκεκριμένα μόνον όταν υπάρχει συμβατική πρόβλεψη και όταν έχουμε ολική ή μερική διαδοχή του αναδόχου (άρθρο 132.1.δ).

Για την προστασία των διαγωνιζομένων κατά την διαδικασία σύναψης σύμβασης προβλέπονται δύο στάδια: το προδικαστικό και το δικαστικό.

Το προδικαστικό στάδιο προβλέπει την άσκηση Προδικαστικής Προσφυγής κατά πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής. Η Προδικαστική Προσφυγή ασκείται ενώπιον της νέας ανεξάρτητης Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) εντός 10 ή 15 ημερών από την κοινοποίηση της πράξης, ανάλογα με τον τρόπο κοινοποίησης, ή εντός 10 ημερών από την πλήρη γνώση αυτής (άρθρο 361). Η άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την εν συνεχεία προσφυγή στο Δικαστήριο.

Η προθεσμία για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν την υπογραφή της σύμβασης. Η πρόοδος όμως της διαδικασίας του

διαγωνισμού δεν εμποδίζεται, εκτός εάν η ΑΕΠΠ διατάξει προσωρινά μέτρα (άρθρα 364 και 366).

Η απόφαση της ΑΕΠΠ εκδίδεται σε 20 ημέρες από την εκδίκαση της Προδικαστικής Προσφυγής και είναι υποχρεωτική για τις αναθέτουσες αρχές (άρθρο 367). Η απόφαση αυτή προσβάλλεται από τον διαγωνιζόμενο ή από την αναθέτουσα αρχή ενώπιον του Δικαστηρίου (Διοικητικού Εφετείου ή ΣτΕ) εντός 10 ημερών από την έκδοσή της (άρθρο 372). Επισημαίνω ότι η προθεσμία ξεκινάει από την έκδοση της απόφασης. Η απόφαση αναρτάται στην ιστοσελίδα της ΑΕΠΠ και άρα πρέπει να παρακολουθούμε σχεδόν καθημερινά την τυχόν ανάρτηση για να μην χάσουμε την προθεσμία προσφυγής στα Δικαστήρια. Νομίζω ότι αυτό είναι μια άνευ λόγου ταλαιπωρία όταν, στις μέρες μας, οι αποφάσεις μπορούν να διαβιβάζονται ηλεκτρονικά, και χωρίς κόστος. Και όταν μάλιστα η ΑΕΠΠ έχει το e-mail του προσφεύγοντος, διότι η υποβολή της Προδικαστικής Προσφυγής γίνεται, βάσει του νόμου, ηλεκτρονικά (άρθρο 362). Είναι πραγματικά κρίμα να ψηφίζονται τέτοιες διατάξεις...

Β) Συνεχίζω με την επισήμανση τροποποιήσεων που επήλθαν με το νέο νόμο, σ' αυτά που γνωρίζαμε.

Ορισμένα τα έχω ήδη αναφέρει προηγουμένως.

Η ενημερότητα πτυχίου φαίνεται να απουσιάζει από το νέο νόμο, αλλά όχι εντελώς. Η ενημερότητα πτυχίου αντικαταστάθηκε ουσιαστικά από την υπεύθυνη δήλωση, το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης του άρθρου 79. Παρά ταύτα, στο άρθρο 166 (έγκριση υπεργολαβίας), η ενημερότητα πτυχίου εμφανίζεται για τους υπεργολάβους. Επίσης, η Υ.Α. του 2005 που αναφέρεται στην ενημερότητα πτυχίου, δεν καταργήθηκε. Τι σημαίνουν αυτά; Σημαίνουν κατά την άποψή μου ότι η ενημερότητα πτυχίου ισχύει, αλλά μάλλον δεν χρησιμεύει πλέον, εκτός από τις περιπτώσεις έγκρισης υπεργολαβίας.

Στα θετικά του νέου νόμου εντάσσω τις ρυθμίσεις του άρθρου 152.7 και 8, σύμφωνα με τις οποίες για την υποβολή, έλεγχο και έγκριση λογαριασμού δεν απαιτείται η προσκόμιση δικαιολογητικών και ότι το σχετικό τιμολόγιο προσκομίζεται κατά την είσπραξη του ποσού του λογαριασμού.

Στα θετικά του νέου νόμου εντάσσω επίσης την μείωση της δαπάνης του παραβόλου για την προσωρινή δικαστική προστασία. Από το 1% του προϋπολογισμού, με άνω όριο τις 50.000 ευρώ, αυξάνεται σε 1,5% (0,5% για Προδικαστική Προσφυγή και 1% για την Αίτηση Αναστολής), αλλά με όριο αντίστοιχα τις 15.000 ευρώ και 5.000 ευρώ, ήτοι 20.000 ευρώ συνολικά για Προδικαστική Προσφυγή και Αίτηση Αναστολής στο Διοικητικό Εφετείο ή στο Συμβούλιο της Επικρατείας (άρθρα 363.1 και 372.4)

Στα θετικά του νέου νόμου εντάσσω και την μείωση της παρακράτησης υπέρ της Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων από 0,10% σε 0,06% επί των ποσών των λογαριασμών (άρθρο 375.7).

Ένα καινούργιο στοιχείο του νέου νόμου είναι η υποχρέωση συγκρότησης και τήρησης φακέλου της δημόσιας σύμβασης (άρθρο 45), όπου περιλαμβάνονται τα πάντα για κάθε έργο. Εύχομαι να μην αυξήσει την γραφειοκρατία και τα όσα, τελικά, επωμίζεται σιωπηρά ο ανάδοχος.

Στα θετικά σημεία του νέου νόμου κατατάσσω και το άρθρο 49 σχετικά με την ωριμότητα της σύμβασης και τις πρόδρομες ερνασίες. Επιχειρεί αυτή η διάταξη να επιλύσει προκαταβολικά, πριν την δημοπράτηση, προβλήματα και θέματα που έχουν ταλαιπωρήσει τα έργα όπως μελέτες, χρηματοδότηση, απαλλοτριώσεις, δίκτυα ΟΚΩ, περιβαλλοντικές μελέτες, αρχαιολογικά, αδειοδοτήσεις και λοιπά πραγματικά ή νομικά εμπόδια. Ο στόχος είναι φιλόδοξος και από την επίτευξή του θα διευκολυνθούν πραγματικά τα έργα κατά την φάση

εκτέλεσης. Θυμίζω ότι ανάλογη διάταξη υπήρχε στο νομοσχέδιο Ρέππα, που δεν πρόλαβε να ψηφιστεί.

Το σύστημα της μελετοκατασκευής δεν καταργείται. Όμως καταργείται η αξιολόγηση – βαθμολόγηση της μελέτης στη διαδικασία δημοπράτησης (άρθρο 50). Η αξιολόγηση αφορά μόνο τον έλεγχο της πληρότητας και της συμφωνίας της μελέτης με τις προβλέψεις των συμβατικών τευχών.

Οι διατάξεις για το ανεκτέλεστο έχουν καταργηθεί. Επίσης, όπως προανέφερα, καταργήθηκε η κατασκευαστική κοινοπραξία, αυτή με την επίσημη μορφή, για την οποία δίδεται έγκριση. Η δε υποκατάσταση εγκρίνεται υπό τις αυστηρές προϋποθέσεις που σας έθεσα προηγουμένως.

Στα θετικά του νέου νόμου κατατάσσω το άρθρο 137 για την όχληση και τις θετικές ζημίες, διότι αποσαφηνίζει επαρκώς το απαιτούμενο περιεχόμενο της όχλησης, τον χρόνο υποβολής της, καθώς και το τι αποζημιώνεται ως θετική ζημία.

Με το νέο νόμο (άρθρο 131) καθιερώνεται η δυνατότητα απευθείας πληρωμής του υπεργολάβου εάν αυτή προβλέπεται στα συμβατικά τεύχη και εάν το εγκρίνει η αναθέτουσα αρχή και «εφόσον η φύση της σύμβασης το επιτρέπει». Αυτή η φύση της σύμβασης που το επιτρέπει ή το απαγορεύει επιδέχεται και πάλι ερμηνείας.

Καινοτομία του νέου νόμου είναι η Συμβουλευτική Επιτροπή Παρακολούθησης του έργου, του άρθρου 142, που αφορά τα σημαντικά έργα. Η Επιτροπή αυτή έχει συμβουλευτικό χαρακτήρα και παρακολουθεί την πορεία του έργου. Τα μέλη της είναι 5 ή 7 και μετέχουν εκπρόσωποι της αναθέτουσας αρχής, της Τοπικής Αυτοδιοίκησης, των φορέων που θα χρησιμοποιήσουν τα έργα ή άλλων

κοινωνικών φορέων. Εύχομαι οι Επιτροπές αυτές να απαρτίζονται από σχετικούς προς το αντικείμενο και να διευκολύνουν την πρόοδο των έργων.

Στα θετικά επίσης του νέου νόμου κατατάσσω την μείωση του χρόνου ελέγχου των επιμετρήσεων από 3 μήνες σε 45 μέρες (άρθρο 151.2). Επιπλέον επισημαίνω ως καινοτομία την ενσωμάτωση νομολογίας του ΣΤΕ ότι τα ΠΠΑΕ δεν προσβάλλονται αυτοτελώς διότι δεν έχουν εκτελεστό χαρακτήρα. Προσβάλλεται η απόφαση έγκρισης της επιμέτρησης, μαζί με τα ΠΠΑΕ (άρθρο 151.3).

Το άρθρο 155 περιορίζει την έγκριση επειγουσών πρόσθετων εργασιών σε ποσοστό έως το 15% του προϋπολογισμού.

Τέλος, για τις συμπληρωματικές συμβάσεις αξίας κάτω του ορίου της Οδηγίας (5.225.000 ευρώ), εάν οι πρόσθετες εργασίες δεν υπερβαίνουν το 15% του προϋπολογισμού, η συμπληρωματική σύμβαση μπορεί να συναφθεί χωρίς να χρειάζεται επαλήθευση ότι δεν είναι ουσιώδης η τροποποίηση της αρχικής σύμβασης (άρθρο 132.2β και 156.1β). Παρά την πολύπλοκη διατύπωση των διατάξεων, πιστεύω ότι αυτή είναι η ορθή ερμηνεία τους.

Γ) Θα εκθέσω στη συνέχεια κάποιες ρυθμίσεις του νέου νόμου που, κατά την άποψή μου, είναι προβληματικές.

Ορισμένες ήδη σας τις ανέφερα. Προσθέτω και τις επόμενες:

Το άρθρο 24 αναφέρεται σε συγκρούσεις συμφερόντων. Η ρύθμιση αναφέρεται σε ένα μεγάλο κατάλογο προσώπων και μεγαλύτερο αριθμό συγγενών αυτών, η παρουσία των οποίων στις αναθέτουσες αρχές ή στον διαγωνιζόμενο ή στους υπεργολάβους αυτού θεωρείται ότι μπορεί να επηρεάσει τον ανταγωνισμό και την ίση μεταχείριση των διαγωνιζομένων. Ο κατάλογος των προσώπων είναι

τόσο μεγάλος που πραγματικά ο διαγωνιζόμενος δεν μπορεί να γνωρίζει όλα τα «ύποπτα» πρόσωπα, ειδικά μάλιστα όταν είναι συγγενείς του υπεργολάβου του. Ούτε μπορεί να γνωρίζει όλα τα «συμφέροντα» που αλληλοεμπλέκονται, τα οποία, κατά τον νόμο είναι προσωπικά, οικογενειακά, οικονομικά, πολιτικά ή άλλα κοινά συμφέροντα (άρθρο 24.4). Η αβεβαιότητα επιτείνεται από το γεγονός ότι η αναφορά των «ύποπτων» προσώπων είναι ενδεικτική (άρθρο 24.3).

Το άρθρο 49 παρ. 2γ αναφέρει ότι η ολοκλήρωση των αρχαιολογικών ερευνών αποτελεί προϋπόθεση για την εκκίνηση της διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης. Παρότι κρίναμε ως θετικό το άρθρο 49, νομίζω ότι η πρόβλεψη αυτή ειδικά για τα αρχαιολογικά μπορεί να εμποδίσει την έναρξη δημοπράτησης πολλών έργων.

Η διατύπωση του άρθρου 58 δίνει την εντύπωση ότι η υπερνολαβία ή ότι η δήλωση για υπεργολαβία από τον διανωνιζόμενο είναι υποχρεωτική. Το αντίστοιχο άρθρο 71.2 της Οδηγίας 2014/24 αναφέρει ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητήσει από τον διαγωνιζόμενο να δηλώσει ποιά τμήματα του έργου προτίθεται να εκτελέσει υπεργολαβικά. Συνεπώς το άρθρο 58 του νόμου χρήζει διευκρίνισης.

Προβληματίζομαι τι θα συμβεί εάν κάποιος ανακηρυχθεί προσωρινός μειοδότης με διαφορά από τον δεύτερο, αλλά κατά την προσκόμιση των πιστοποιητικών προκύπτει, για παράδειγμα, ότι δεν ήταν φορολογικά ή ασφαλιστικά ενήμερος κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, όπως δήλωσε, πλην όμως μεταγενέστερα συμμορφώθηκε. Ποιος θα πάρει την ευθύνη να τον αποκλείσει, όταν θα προβάλλεται το τυπικό κατ' αρχήν όφελος του δημοσίου από την μεγάλη έκπτωση που έδωσε; Και ναι μεν το άρθρο 104.1 αναφέρει ότι το δικαίωμα συμμετοχής κρίνεται και κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, αλλά οι αμφιβολίες μου παραμένουν.

Προβληματικό παραμένει πάντοτε και δυστυχώς επαναλαμβάνεται, προς δόξαν του εμπνευστή του, το πρώην άρθρο 75Α και ήδη άρθρο 173, με την νομικά αντιεπισημονική διατύπωσή του. Είναι το γνωστό άρθρο που προβλέπει απόσβεση δικαιωμάτων του αναδόχου εάν αυτά δεν ασκηθούν μέσα σε 4 μήνες από την εμφάνιση της αιτίας που τα γέννησαν. Ήταν ευκαιρία να καταργηθεί το, ούτως ή άλλως, άχρηστο αυτό άρθρο, για να μειώσουμε την γραφειοκρατία και την άνευ λόγου αλληλογραφία, που μπορεί και να δηλητηριάζει αναίτια τις σχέσεις αναδόχου – αναθέτουσας αρχής.

Πρόβλημα έχει δημιουργηθεί και από την κακή χωροθέτηση μιας κρίσιμης διάταξης για την αναθεώρηση. Η διάταξη αυτή «διασπάστηκε» στις παρ. 7 και 23 του άρθρου 153. Αφορά την αναθεώρηση για συμβάσεις με χρόνο δημοπράτησης πριν και μετά το Γ' τρίμηνο του 2012. Παρότι νομίζω ότι θα μπορούσε να λυθεί το πρόβλημα ερμηνευτικά με Εγκύκλιο, φαίνεται ότι επιλέγεται η λύση της νομοθετικής ρύθμισης, ως πιο ασφαλής.

Τέλος, προβληματική είναι και η διατύπωση του άρθρου 73.4γ, σύμφωνα με την οποία η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει διαγωνιζόμενους εάν «διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις» για συμφωνίες με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού. Οι «ενδείξεις», ακόμη και οι «επαρκώς εύλογες» δεν επιτρέπεται να επισύρουν ποινή αποκλεισμού, αφού βάσει βασικών αρχών του δικαίου δεν θεμελιώνεται ενοχή με ενδείξεις. Κατά την άποψή μου αντί για «επαρκώς εύλογες ενδείξεις» θα έπρεπε να υιοθετηθεί η φράση «επαρκείς αποδείξεις».

Δ) Στο τελευταίο μέρος της εισήγησής μου εντοπίζω διατάξεις που χρήζουν επισήμανσης και προσοχής.

Συγκεκριμένα:

Στο άρθρο 32 (διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση) αναφέρεται ότι η διαδικασία αυτή ακολουθείται και στην περίπτωση που δεν είναι

κατάλληλη καμία από τις προσφορές. Αναζητώντας την ερμηνεία της λέξης «κατάλληλη» οδηγήθηκα στο άρθρο 26 παρ. 3 και παρ. 4. Στο άρθρο αυτό προσδιορίζεται η έννοια της «μη κανονικής» προσφοράς (παρ. 3) και της «απαράδεκτης» προσφοράς (παρ. 4). Κατά την άποψή μου οι «μη κατάλληλες» προσφορές του άρθρου 32 είναι οι «μη κανονικές» και οι «απαράδεκτες» προσφορές του άρθρου 26.

Στο κείμενο του νόμου θα συναντήσετε αρκετές φορές την λέξη «Αρχή» με το «Α» κεφαλαίο (άρθρα 24.6, 24.8, 73.8 κλπ). Πρόκειται για την Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων. Δεν πρέπει να γίνεται σύγχυση προς την αναθέτουσα αρχή ή προς την Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών.

Οι ηλεκτρονικοί πλειστηριασμοί του άρθρου 34. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται στη χρήση του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) σε όλα τα στάδια της διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων του Ν.4412/2016, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) από 18-4-2017 (άρθρα 36 και 379.2). Οι ηλεκτρονικοί πλειστηριασμοί διέπονται από τις διατάξεις των άρθρων 36, 37 και 259.

Το άρθρο 83 παρ. 2, σε συνδυασμό με το άρθρο 78, προβλέπει τη δυνατότητα εγγραφής στο ΜΕΕΠ με επίκληση πόρων τεχνικής ικανότητας και οικονομικής επάρκειας άλλων τεχνικών επιχειρήσεων που μετέχουν στην «ένωση». Για την ερμηνεία του όρου «ένωση» κατέφυγα στο αντίστοιχο άρθρο της Οδηγίας (άρθρο 64.2 αυτής), το οποίο αναφέρεται σε «όμιλο». Συμπεραίνω λοιπόν ότι ο νόμος παρέχει τη δυνατότητα εγγραφής επιχείρησης στο ΜΕΕΠ με επίκληση ικανοτήτων άλλων επιχειρήσεων, οι οποίες ανήκουν στο ίδιο όμιλο.

Ιδιαίτερη προσοχή απαιτείται στον τρόπο εφαρμογής των διατάξεων για τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές (άρθρο 88), τόσο για τον προσδιορισμό αυτών, όσο για την εξήγησή τους, δηλαδή την αιτιολόγησή τους. Απαιτείται μεγάλη

προσοχή για να μην επιστρέψουμε στην εποχή των αιτιολογήσεων. Οι προβλεπόμενες στο άρθρο 88.6 σχετικές Εγκύκλιοι του Υπουργείου, που θα εξειδικεύσουν τον τρόπο προσδιορισμού των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών και την εκτίμηση των παρεχόμενων εξηγήσεων θα παίξουν καθοριστικό ρόλο ως λίαν κρίσιμες. Πάντως διατηρώ νομικές επιφυλάξεις για την δυνατότητα χρήσης Εγκυκλίων για τα θέματα αυτά, καθώς και για την υποχρεωτικότητα της τήρησης των Εγκυκλίων.

Επισημαίνω ότι οι διατάξεις για τα ανώτατα όρια παραμένουν σε ισχύ βάσει του άρθρου 102 του ν. 3669/2008, που δεν καταργείται επί του παρόντος. Τα κατώτατα όρια έχουν καταργηθεί με το άρθρο 59 του ν. 4278/2014, που παραμένει σε ισχύ.

Ένα «πονηρό» θα το έλεγα άρθρο είναι το 18 και ειδικά η παρ. 2 αυτού. Η διάταξη αυτή ορίζει ότι κατά την εκτέλεση των έργων οι ανάδοχοι τηρούν τις υποχρεώσεις τους από την νομοθεσία περιβάλλοντος, την εργατική και την κοινωνικό – ασφαλιστική. Στην διάταξη αυτή και στην τήρησή της παραπέμπουν κάποια άρθρα του νόμου που έχουν να κάνουν με διαδικασίες ελέγχου των διαγωνιζομένων και που μπορεί να επιφέρουν αποκλεισμούς από τους διαγωνισμούς (άρθρα 71, 73.4α, 88.2δ, 89.2, 131.1, 131.5). Περαιτέρω, ο άγνωστος - και επιφυλακτικός με τους αναδόχους - κονδυλοφόρος, προέβλεψε στην παρ. 3 του άρθρου 18 ότι οι ανάδοχοι δημοσίων συμβάσεων εντάσσονται κατά προτεραιότητα στα προγράμματα επιθεωρήσεων και ελέγχων του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας και του Σώματος Επιθεώρησης Περιβάλλοντος, Δόμησης, Ενέργειας και Μεταλλείων. Καμία αντίρρηση για τις επιθεωρήσεις και τους ελέγχους. Γιατί όμως άραγε να εντάσσονται κατά προτεραιότητα στις επιθεωρήσεις στους ελέγχους οι ανάδοχοι; Υπάρχει απάντηση;

Ιδιαίτερη προσοχή και ανάλυση (ίσως αντικείμενο ιδιαίτερης ημερίδας) απαιτείται για τα άρθρα 73 και 74, όπου προβλέπονται οι λόγοι και η διαδικασία αποκλεισμού διαγωνιζομένων.

Τελειώνω την εισήγησή μου με κάτι γλωσσολογικό, που με εντυπωσίασε πραγματικά. Στους ορισμούς του άρθρου 2, παρ. 2, περίπτωση 6, συναντάμε την λέξη – ορισμό «επιτελεστικότητα». Διαπιστώνοντας άγνοια της λέξης εκ μέρους μου, κατέφυγα στον ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗ, αλλά διαπίστωσα άγνοια αυτής και εκ μέρους αυτού. Κατά τον νόμο, ως «επιτελεστικότητα» νοείται το σύνολο των μετρήσιμων ιδιοτήτων ενός έργου, οι οποίες αναφέρονται στην ταυτόχρονη ύπαρξη ασφάλειας, λειτουργικότητας και αισθητικής εμφάνισης για την τεχνική διάρκεια ζωής του. Εύχομαι καλό ταξίδι στην νεοπαγή ορολογία και καλή δύναμη σε όλους μας για όσα θα ακολουθήσουν.

Σας ευχαριστώ.