

Η ΑΡΧΗ ΤΗΣ ΙΣΗΣ ΜΕΤΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΚΑΙ Η ΥΠΟΒΟΛΗ ΑΣΥΝΗΘΙΣΤΑ ΧΑΜΗΛΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ

Μαρία Πετροπούλου
ΔΝ, Δικηγόρος

ΠΕΡΙΛΗΨΗ

Η μελέτη καταπιάνεται με το ζήτημα της εφαρμογής της ίσης μεταχείρισης όταν στο πλαίσιο ανάθεσης μιας δημόσιας σύμβασης υποβάλλεται ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά. Το ΔΕΕ συνδέοντας την εφαρμογή της ίσης μεταχείρισης με το εύρος της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής να διαπραγματεύεται μετά το πέρας της προθεσμίας υποβολής των προσφορών με τους προσφέροντες διέπλεσε διαδικαστικούς κανόνες σχετικά με την διερεύνηση και απόρριψη των προσφορών που εμφανίζονται ως ασυνήθιστα χαμηλές. Η Οδηγία 2014/24 στην εκτενή διάταξη του άρθρου 69 καθόρισε ειδική διαδικασία διοικητικής αντιμετώπισης της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς. Η μελέτη, με αναφορά σε συγκεκριμένες περιπτώσεις, καταδεικνύει ότι, παρά το γεγονός ότι εν πολλοίς το ζήτημα έχει πλέον νομολογιακά και νομοθετικά οριοθετηθεί, κατά την ομοιογενή εφαρμογή αυτών των κανόνων, σε περιπτώσεις ιδιαίτερα χαμηλών προσφορών οι οποίες, όμως, δεν παρουσιάζουν τα ίδια ποσοτικά και ποιοτικά χαρακτηριστικά μεταξύ τους, αναφύεται ο κίνδυνος η διακριτική μεταχείριση μεταξύ των προσφερόντων να εντοπίζεται στην όμοια μεταχείριση των περιπτώσεων αυτών.

ABSTRACT

The paper addresses the issue of the application of equal treatment in the context of awarding a public contract when an abnormally low bid is submitted. The CJEU links the implementation of equal treatment to the scope of the contracting authority's discretion to negotiate with bidders after the deadline for bid submissions, thereby

shaping procedural rules regarding the investigation and rejection of bids that are deemed abnormally low. Directive 2014/24, in the extensive provision of Article 69, established a specific administrative procedure for dealing with abnormally low bids. The paper, with reference to specific cases, demonstrates that, even though the issue has mainly been determined through case law and legislation, in the uniform application of these rules, in cases of particularly low bids which do not present the same quantitative and qualitative characteristics, there arises a risk that the discriminatory treatment among bidders may be found in the identical treatment of these cases.

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Ένα από τα ζητήματα αιχμής στη διαγωνιστική διαδικασία, στα οποία η τυπικότητα, ως ευθεία επιταγή της αρχής της ίσης μεταχείρισης, και η ευελιξία, ως επιταγή της αποτελεσματικής δράσης της διοίκησης και του ελεύθερου ανταγωνισμού, τέμνονται είναι η υποβολή ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς. Το ζήτημα αυτό απασχόλησε τον ευρωπαϊό Δικαστή και κατέληξε, εν τέλει, να αποτυπωθεί και στις Οδηγίες. Συγκεκριμένα, το ΔΕΕ σε εμβληματικές αποφάσεις του, όπως η *Manova* (C-336/10) και η *Slovensko* (C-599/10)¹, συνδέοντας την εφαρμογή της ίσης μεταχείρισης με το εύρος της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής να διαπραγματεύεται μετά το πέρας της προθεσμίας υποβολής των προσφορών με τους προσφέροντες, διέπλασε κατά βάση διαδικαστικούς εισήγαγε κανόνες σχετικά με τη διερεύνηση και την απόρριψη των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών. Στην ίδια κατεύθυνση, η Οδηγία 2014/24 στο άρθρο 69 καθορίζει αναλυτικά τη διαδικασία ελέγχου και απόρριψης των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών.

Παρά το γεγονός, όμως, ότι το ζήτημα αυτό έχει επί της αρχής εντοπισθεί και οριοθετηθεί από το Δικαστήριο και τις ενωσιακές Οδηγίες με έναν εξισορροπητικό τρόπο που επιχειρεί να μην λειτουργήσει εις βάρος ούτε της αρχής της ίσης μεταχείρισης ούτε της ευελιξίας και του ελεύθερου ανταγωνισμού, κατά την ομοιογενή εφαρμογή αυτών των κανόνων, σε περιπτώσεις ιδιαίτερα χαμηλών προσφορών οι οποίες, όμως, δεν παρουσιάζουν τα ίδια ποσοτικά και ποιοτικά χαρακτηριστικά μεταξύ τους, αναφύεται ο κίνδυνος η διακριτική μεταχείριση μεταξύ των προσφερόντων να εντοπίζεται στη δυσανάλογη διαδικαστική εξομοίωση, ανόμοιων περιπτώσεων.

Ι. Ο ΜΗΧΑΝΙΣΜΟΣ ΕΝΤΟΠΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΕΛΕΓΧΟΥ ΤΗΣ ΑΣΥΝΗΘΙΣΤΑ ΧΑΜΗΛΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ

Σε σχέση με το ζήτημα της ρύθμισης της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, η αρχή της ίσης μεταχείρισης συνδέεται και συμπλέει με την αρχή του πραγματικού ανταγωνισμού. Υπό την έννοια, ότι, σε γενικές γραμμές, ο βασικός στόχος του μηχανισμού που αναπτύχθηκε νομολογιακά και εν τέλει αποτυπώθηκε στις Οδηγίες είναι ο εντοπισμός των κρουσμάτων ανισότητας και στρέβλω-

¹ Απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, στην υπόθεση C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser κατά Manova A/S* και απόφαση της 29ης Μαρτίου 2012, στην υπόθεση C-599/10, *SAG ELV Slovensko a.s., FELA Management AG, ASCOM (Schweiz) AG* (κτλ.).

σης του ανταγωνισμού μεταξύ των προσφερόντων κατά τη διάρκεια της ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων. Αρχικά επισημαίνεται ότι το ακριβές εννοιολογικό περιεχόμενο της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς δεν έχει καθορισθεί², αλλά φαίνεται να αφορά μια προσφορά η οποία, εξαιτίας των ιδιαίτερα ευνοϊκών όρων της, εγείρει κάποια υποψία ότι ο οικονομικός φορέας δεν θα είναι ικανός να εκτελέσει νόμιμα βάσει των προσφερόμενων όρων (οι οποίοι μπορεί να δημιουργούν ένα ρίσκο μη εκτέλεσης ή μη νόμιμης εκτέλεσης) και/ή έναν κίνδυνο ότι ο οικονομικός φορέας θα αναζητήσει πρόσθετες πληρωμές ή ότι ο προσφέρων έχει λάβει κρατική ενίσχυση³. Με σκοπό την αποσόβηση των κινδύνων που φέρουν οι ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, σε σχέση τόσο με τις υγιείς συνθήκες ανταγωνισμού και ισότητας των προσφερόντων, όσο και της μη ορθής και προσήκουσας εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης⁴, διαπλάσθηκε ένας διοικητικός μηχανισμός παρεμπόδισης της ενδεχόμενης καταχρηστικής και αυθαίρετης συμπεριφοράς της Αναθέτουσας Αρχής. Η αυθαίρετη αυτή συμπεριφορά μπορεί να πάρει είτε τη μορφή άκριτης αποδοχής εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής «ύποπτα» ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, είτε της απόρριψης των προσφορών αυτών, χωρίς περαιτέρω διερεύνηση σε σχέση με τους λόγους που θα μπορούσαν να δικαιολογήσουν τη χαμηλή τιμή της. Έτσι, η Αναθέτουσα Αρχή έχει να λύσει σε σχέση με το ζήτημα αυτό που συνάπτεται ευθέως με την αρχή της ίσης μεταχείρισης των προσφερόντων μια δύσκολη εξίσωση: από τη μία να διασφαλίσει ότι δεν θα «επιβιώσει» στον διαγωνισμό μια προσφορά η οποία θα δημιουργήσει άνισες συνθήκες ανταγωνισμού μεταξύ των προσφερόντων, και από την άλλη ότι δεν θα απορριφθεί κατά διακριτική μεταχείριση μία χαμηλή προσφορά η οποία πληροί όλους τους όρους της προκήρυξης και συγκρό- νως δεν παραβιάζει καμία νομική υποχρέωση και δεν νοθεύει τον ανταγωνισμό.

Η διάπλαση του μηχανισμού ελέγχου της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς έγινε αρκετά νωρίς από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης στην απόφαση *Transporoute και Fratelli Constantzo* (C-76/81)⁵. Ειδικότερα, το 1982 στην απόφαση *Transportoute* το Δικαστήριο καθ' ερμηνεία σχε- τικής διάταξης της Οδηγίας 71/305 έκρινε ότι όταν⁶, κατά τη γνώμη του αναθέτοντος δημόσια

² Επαφίεται στα κράτη μέλη να καθορίσουν το περιεχόμενο και τη μέθοδο διάγνωσης της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς.

³ S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, τόμ. 1, 2014, παρ. 7-252.

⁴ Σύμφωνα με τον Κ. Γιαννακόπουλο, *Δημόσιες συμβάσεις και συμβάσεις παραχώρησης. Μεγάλες αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, 2019, σελ. 286, οι πιο αδύναμες επιχειρήσεις με την υποβολή υπερβολικά χαμηλών προσφορών μπορεί να βρουν έναν τρόπο προσωρινής επιβίωσης διασφαλίζοντας την ανάθεση της σύμβασης σε οποιαδήποτε τιμή. Ωστόσο, σύμφωνα με τον συγγραφέα, «μια επιχείρηση που οριακώς επιβιώνει και είναι διατεθειμένη να κάνει τα πάντα για να κερδίσει την ανάθεση της σύμβασης, μπορεί να αποδειχθεί ανίκανη να ανταποκριθεί στις τεχνικές απαιτήσεις της συγγραφής υποχρεώσεων ή να διασφαλίσει την παροχή υπηρεσιών υψηλής ποιότητας. Συναφώς, στο στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, είναι πολύ πιθανόν να ζητήσει από την αναθέτουσα αρχή συμπληρωματικές αμοιβές ή, ακόμα χειρότερα να αντισταθμίζει το τίμημα της προσφοράς της μέσω παράνομων υπεργολαβιών ή απασχόλησης αδήλων εργαζομένων».

⁵ Απόφαση της 10ης Φεβρουαρίου 1982, στην υπόθεση C- 76/81, *Transporoute et Travau κατά Ministere de travaux publics*, σκέψη 18.

⁶ Η διάταξη του άρθρου 29 παρ. 5 της Οδηγίας 71/305 του Συμβουλίου, όριζε ότι: «Αν για μια συγκεκριμένη σύμβαση οι προσφορές είναι έκδηλα υπερβολικά χαμηλές σε σχέση με το έργο, η αναθέτουσα αρχή εξακριβώνει τη σύνθεση τους πριν αποφασίσει την ανάθεση του έργου. Λαμβάνει υπόψη το αποτέλεσμα της εν λόγω εξακριβώσεως. Προς το σκοπό αυτό η αναθέτουσα αρχή ζητεί από τον προσφέροντα να προσκομίσει τα αναγκαία δικαιολογητικά και του υποδεικνύει ενδεχομένως ποια από αυτά θεωρεί απαράδεκτα. Αν τα σχετικά με τη σύμβαση έγγραφα προβλέπουν την ανάθεση αυτής στην χαμηλότερη τιμή που προσφέρεται, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αιτιολογήσει στη συμβουλευτική επιτροπή που

έργα, μια προσφορά εμφανίζεται κατά τρόπο έκδηλο υπερβολικά χαμηλή ο αναθέτων φορέας «πριν αποφασίσει την κατακύρωση του έργου, οφείλει να καλέσει τον προσφέροντα να δικαιολογήσει τις τιμές που προσφέρει ή να πληροφορήσει τον προσφέροντα, ποιες από τις προσφορές εμφανίζονται ως υπερβολικά χαμηλές και να του τάξει εύλογη προθεσμία για να υποβάλει συμπληρωματικές διευκρινίσεις». Ενώ, το 1989, στην απόφαση *Fratelli Constantzo* (C-103/88) το Δικαστήριο ασχολήθηκε με το ζήτημα της αυτόματης, χωρίς δηλαδή την παροχή δυνατότητας διευκρινήσεων από τον προσφέροντα, απόρριψης ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς που προσδιορίζεται με βάση αποκλειστικά μαθηματικά κριτήρια⁷. Επ' αυτού, το Δικαστήριο έκρινε ότι «το κριτήριο του μαθηματικού αποκλεισμού αφαιρεί από όσους υπέβαλαν ιδιαίτερα χαμηλές προσφορές τη δυνατότητα να αποδείξουν ότι οι προσφορές αυτές είναι σοβαρές. Η εφαρμογή ενός τέτοιου κριτηρίου αντίκειται στο σκοπό της οδηγίας 71/305, που είναι να διευκολύνει την ανάπτυξη πραγματικού ανταγωνισμού στον τομέα των συμβάσεων δημοσίων έργων»⁸. Συνεπώς, σύμφωνα με την απόφαση, η Οδηγία 71/305 «απαγορεύει στα κράτη μέλη να θεσπίζουν διατάξεις που προβλέπουν ότι αποκλείονται αυτόματα από τους διαγωνισμούς για τις συμβάσεις δημοσίων έργων ορισμένες προσφορές που καθορίζονται βάσει μαθηματικού κριτηρίου, αντί να υποχρεώνουν την αναθέτουσα αρχή να ακολουθεί τη διαδικασία εξακριβώσεως κατόπιν ακροάσεως των ενδιαφερομένων, όπως προβλέπεται από την οδηγία»⁹.

Ο μηχανισμός εξελίχθηκε και εξειδικεύθηκε ακόμα περισσότερο στην εμβληματική απόφαση *Lombardini* (C-285/99 και C-286/99)¹⁰. Στην απόφαση αυτή το Δικαστήριο ασχολήθηκε ειδικότερα με το ζήτημα της μαθηματικής μεθόδου υπολογισμού των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών¹¹. Το Δικαστήριο αρχικά έκρινε, αφού προηγουμένως παρέπεμψε στη νομολογία του *Transporoute* και *Fratelli Constantzo*, ότι «το άρθρο 30, παράγραφος 4, της οδηγίας απαγορεύει ρύθμιση και διοικητική πρακτική, [...] με τις οποίες παρέχεται η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να αποκλείσει ως ασυνήθιστα χαμηλή μία προσφορά στηριζόμενη αποκλειστικά στις δικαιολογήσεις που αφορούν τα πλέον σημαντικά στοιχεία που συνθέτουν την τιμή, οι οποίες προσκομίζονται ταυτόχρονα με αυτή την ίδια την προσφορά, χωρίς η αναθέτουσα αρχή να έχει προβεί σε κάποιο έλεγχο, κατόπιν ακροάσεως των ενδιαφερομένων, των ύποπτων προσφορών ζητώντας διευκρινίσεις σχετικά με τα αμφίβολα σημεία τα οποία αναφέρονται κατά την πρώτη εξακρίβωση και παρέχοντας στις εν λόγω επιχειρήσεις τη δυνατότητα να προβάλουν τα επιχειρήματά τους συναφώς πριν από τη λήψη της οριστικής απόφασης»¹².

Επίσης, στην ίδια απόφαση, το Δικαστήριο έκρινε ότι «αποτελεί πάγια νομολογία ότι το κοινοτικό

συνίσταται δυνάμει της αποφάσεως του Συμβουλίου της 26ης Ιουλίου 1971 την απόρριψη των προσφορών τις οποίες θεωρεί υπερβολικά χαμηλές».

⁷ Απόφαση της 22ας Ιουνίου 1989, στην υπόθεση C-103/88, *Fratelli Costanzo SpA* κατά Δήμου Μιλάνου.

⁸ Σκέψη 18.

⁹ Σκέψη 19.

¹⁰ Απόφαση της 27ης Νοεμβρίου 2001, στις συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, *Impresa Lombardini SpA – Impresa Generale di Costruzioni* και *Impresa Ing. Mantovani SpA*.

¹¹ Βλ. αναλυτικά για την υπόθεση, Κ. Γιαννακόπουλο, *Δημόσιες συμβάσεις και συμβάσεις παραχώρησης*, ό.π., σελ. 275-296· και Μ. Dischendorfer, *Abnormally low bids under the E.C. Procurement Directives: a note on joined cases C-285/99 and 286/99*, P.P.L.R. 2/2002, σελ. 30 επ.

¹² Σκέψη 58.

δίκαιο απαγορεύει τον αυτόματο αποκλεισμό από τους διαγωνισμούς [...] ορισμένων προσφορών που καθορίζονται βάσει μαθηματικού κριτηρίου, αντιθέτως, το κοινοτικό δίκαιο δεν απαγορεύει, κατ' αρχήν, να χρησιμοποιείται το μαθηματικό κριτήριο, όπως είναι το κατώφλιο ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς [...], εφόσον, πάντως, το αποτέλεσμα στο οποίο καταλήγει η εφαρμογή του κριτηρίου αυτού δεν έχει άκαμπτο χαρακτήρα και εφόσον τηρείται η απαίτηση για έλεγχο των προσφορών αυτών, κατόπιν ακροάσεως των ενδιαφερομένων υποψηφίων»¹³. Στη βάση της νομολογίας αυτής, στην Οδηγία 2004/18 και συγκεκριμένα στο άρθρο 55 αυτής προβλέφθηκε η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να ζητεί διευκρινίσεις πριν απορρίψει μια ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά.

Στη συνέχεια, στην απόφαση *Secap* (C-147/06 και C-148/06) αναδείχθηκε η σχέση μεταξύ της αυτόματης απόρριψης ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς βάσει μαθηματικού μοντέλου εντοπισμού της και της εισαγωγής έμμεσων διακρίσεων¹⁴. Το Δικαστήριο στην απόφαση αυτή επιβεβαίωσε ότι «η εφαρμογή του κανόνα περί αυτόματου αποκλεισμού των προσφορών που θεωρούνται ως ασυνήθιστα χαμηλές στις συμβάσεις δημοσίων έργων με βέβαιο διασυνωριακό ενδιαφέρον μπορεί να αποτελέσει έμμεση διάκριση, επειδή θέτει στην πράξη σε μειονεκτική θέση τους επιχειρηματίες άλλων κρατών μελών οι οποίοι, λόγω διαφορετικής διάρθρωσης δαπανών, μπορούν να πραγματοποιούν σημαντικές οικονομίες κλίμακας ή επιθυμούν να μειώσουν το περιθώριο κέρδους τους προκειμένου να διεκδικήσουν αποτελεσματικότερα στην οικεία αγορά, και επομένως μπορούν να υποβάλλουν ανταγωνιστική και, συγχρόνως, σοβαρή και αξιόπιστη προσφορά, την οποία, λόγω της ρυθμίσεως αυτής, δεν μπορεί να λαμβάνει υπόψη της η αναθέτουσα αρχή»¹⁵. Και το Δικαστήριο κατέληξε, σε σχέση με το ερώτημα που του τέθηκε, ότι η εθνική ρύθμιση η οποία επιβάλλει επιτακτικά στις Αναθέτουσες Αρχές, όταν ο αριθμός των εγκύρων προσφορών υπερβαίνει τις πέντε, να αποκλείουν αυτόματα τις προσφορές που θεωρούνται ως ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με το προς εκτέλεση έργο, σύμφωνα με το μαθηματικό κριτήριο της ρύθμισης 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 εγκατάστασης και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, καθώς και στη γενική αρχή της απαγόρευσης των διακρίσεων¹⁶.

Ακολούθως, η απόφαση *Slovesnko* αποσαφίνισε και το ζήτημα του κατά πόσον, στην περίπτωση που η Αναθέτουσα Αρχή εκτιμά ότι μια προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, είναι υποχρεωμένη να ζητεί διευκρινίσεις από τον ενδιαφερόμενο υποψήφιο. Το Δικαστήριο, παραπέμποντας στην απόφαση *Lombardini*, και ερμηνεύοντας τη διάταξη του άρθρου 2 και του άρθρου 55 της Οδηγίας 2004/18 και που θεσπίζει την υποχρέωση ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων, διέλαβε ότι «η ύπαρξη πραγματικού κατ' αντιπαράθεση διαλόγου, διεξαγόμενου σε εύθετο χρόνο κατά τη διαδικασία εξετάσεως των προσφορών, μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του υποψηφίου, προκειμένου να δοθεί στον τελευταίο η δυνατότητα να αποδείξει ότι η προσφορά του είναι σοβαρή,

¹³ Σκέψη 73.

¹⁴ Απόφαση της 15ης Μαΐου 2008, στις συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-147/06 και C-148/06, *SECAP SpA κατά Comune di Torino*, και *Santorso Soc. coop. arl κατά Comune di Torino*.

¹⁵ Σκέψη 26.

¹⁶ Σκέψη 35.

συνιστά απαίτηση της οδηγίας 2004/18, που αποσκοπεί στο να αποτραπούν αυθαίρετες εκτιμήσεις της αναθέτουσας αρχής και να διασφαλιστεί ο υγιής ανταγωνισμός μεταξύ των επιχειρήσεων»¹⁷. Και εν τέλει κατέληξε ότι «αντιβαίνει προς το άρθρο 55 της οδηγίας 2004/18 η άποψη της αναθέτουσας αρχής κατά την οποία, [...] η εν λόγω αρχή δεν υπέχει υποχρέωση να ζητεί από τον υποψήφιο να εξηγήσει τους λόγους για τους οποίους προτείνει ασυνήθιστα χαμηλό τίμημα»¹⁸.

Η Οδηγία 2014/24 στο εκτενές άρθρο 69 επαναοριοθέτησε τον διοικητικό μηχανισμό διερεύνησης της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς καθορίζοντας το επιμέρους πεδίο των εξηγήσεων που μπορεί να δώσει ο οικονομικός φορέας, και εισάγοντας ρητή υποχρέωση απόρριψης των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών που δεν συμμορφώνονται με ειδικούς τομείς του δικαίου. Ενώ, συγχρόνως, καθόρισε ειδική διαδικασία διοικητικής αντιμετώπισης της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς της οποίας ο προσφέρων έχει λάβει κρατική ενίσχυση.

Με την απόφαση *Tax-Fin-Lex* (C-367/19)¹⁹, το Δικαστήριο προέβη, καθ' ερμηνεία της διάταξης του άρθρου 69 της Οδηγίας 2014/24, σε χρήσιμες διαπιστώσεις, ενώ ρητά αναγνώρισε ως διαδικαστικό κανόνα ότι η αξιολόγηση των πληροφοριών που παρέχονται από τους προσφέροντες πρέπει να γίνεται τηρουμένων των αρχών της ισότητας και της απαγόρευσης των διακρίσεων μεταξύ των προσφερόντων²⁰. Ειδικότερα, το Δικαστήριο εξέτασε, εάν ακόμα και μια προσφορά με τιμή μηδέν υπάγεται στη διάταξη του άρθρου 69 της Οδηγίας αυτής ή πρέπει να απορριφθεί, χωρίς την τήρηση της διαδικασίας αυτής. Επ' αυτού, λοιπόν, έκρινε ότι μια προσφορά με τιμή μηδέν ευρώ μπορεί να χαρακτηριστεί κατ' αρχήν ως ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά, κατά την έννοια του άρθρου 69, αλλά κάθε φορά που υποβάλλεται στην Αναθέτουσα Αρχή μια τέτοια προσφορά, η αρχή οφείλει να ακολουθήσει τη διαδικασία που προβλέπεται στην εν λόγω διάταξη, ζητώντας από τον προσφέροντα εξηγήσεις σχετικά με το ποσό της προσφοράς²¹. Ενώ, σύμφωνα με το Δικαστήριο, η αξιολόγηση των πληροφοριών που θα δώσει ο προσφέρων πρέπει να γίνεται τηρουμένων των αρχών της ισότητας και της απαγόρευσης των διακρίσεων μεταξύ των προσφερόντων, καθώς και της διαφάνειας και της αναλογικότητας, οι οποίες δεσμεύουν την Αναθέτουσα Αρχή σύμφωνα με το άρθρο 18, παράγραφος 1, της Οδηγίας 2014/24²².

Από το πλέγμα των ανωτέρω αποφάσεων και της νομοθεσίας συμπεραίνεται, σε σχέση με την εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης των προσφερόντων, ότι πρώτον, και στο ζήτημα της μεταχείρισης της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς η αρχή αυτή αποτελεί εγγύηση, τόσο, ότι δεν θα αποκλεισθεί ο προσφέρων του οποίου η προσφορά δεν ενέχει κινδύνους μη προσήκουσας εκτέλεσης ή νόθευσης τους ανταγωνισμού ή μη τήρησης των κανόνων δικαίου που θεωρείται ότι έχουν γενικότερα στρατηγική σημασία, όσο και ότι ο τρόπος και η μέθοδος ταυτοποίησης των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών και αξιολόγησης των εξηγήσεων δεν θα γίνεται κατά διακριτική

¹⁷ Σκέψη 29.

¹⁸ Σκέψη 34.

¹⁹ Απόφαση της 10ης Σεπτεμβρίου 2020 στην υπόθεση C-367/19, *Tax-Fin-Lex d.o.o. κατά Ministrstvo za notranje zadeve*.

²⁰ Βλ. για την απόφαση, S. Smith, *C-367/19 Tax-Fin-Lex: tenders priced at Euro 0.00 and the EU rules on abnormally low tenders*, P.P.L.R. 1/2021, σελ. 1-4.

²¹ Σκέψη 31.

²² Σκέψη 34.

μεταχείριση των προσφερόντων. Στο πλαίσιο αυτό, ο πιο λυσιτελής τρόπος για να διασφαλισθεί η εγγυητική λειτουργία της αρχής της ίσης μεταχείρισης είναι να αποφεύγεται, όπως είδαμε ανωτέρω, η υιοθέτηση άκαμπτων μεθόδων διάγνωσης των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών και να εξετάζονται *ad hoc* και με αμερόληπτο τρόπο οι ύποπτες προσφορές, ενώ οι αποφάσεις που λαμβάνονται να βασίζονται στα συγκεκριμένα περιστατικά κάθε υπόθεσης²³.

II. Η ΥΠΟΧΡΕΩΣΗ ΔΙΕΡΕΥΝΗΣΗΣ ΚΑΙ Η ΥΠΟΧΡΕΩΣΗ ΑΠΟΡΡΙΨΗΣ ΤΩΝ ΑΣΥΝΗΘΙΣΤΑ ΧΑΜΗΛΩΝ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ

Ενώ όμως αυτά έχουν, τόσο από τη νομοθεσία όσο και από τη νομολογία καταστεί πλέον σαφή, το ζήτημα που συνεχίζει να απασχολεί τη θεωρία και συνάπτεται ευθέως με την ίση μεταχείριση των προσφερόντων, είναι, κατά πόσον υφίσταται υποχρέωση ή όχι της Αναθέτουσας Αρχής να απορρίψει την προσφορά που είναι ασυνήθιστα χαμηλή. Αν και είναι, λοιπόν, σαφές ότι η Αναθέτουσα Αρχή, πριν απορρίψει μια προσφορά ως ασυνήθιστα χαμηλή, υπέχει υποχρέωση να καλέσει τον προσφέροντα να παράσχει εξηγήσεις, σε σχέση με το κόστος και την τιμή της προσφοράς του, είναι αμφιλεγόμενο και δεν επιλύθηκε με την απαραίτητη σαφήνεια, ούτε με την Οδηγία του 2014, εάν η Αναθέτουσα Αρχή υπέχει υποχρέωση να ερευνά σε κάθε περίπτωση τις προσφορές που φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές²⁴, και πολύ περισσότερο, δεν έχει ακόμα ξεκαθαρισθεί το ζήτημα του εάν η Αναθέτουσα Αρχή, στην περίπτωση που διαπιστώσει ότι όντως μια προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή και οι εξηγήσεις του προσφέροντος δεν την καλύπτουν, είναι υποχρεωμένη να απορρίψει την προσφορά.

Το νομοθετικό κενό που εντοπίζεται καλύπτεται και στις δύο περιπτώσεις με την εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης. Έτσι, σε σχέση με την υποχρέωση διερεύνησης ή μη της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, κατά ακολουθία και προς την απόφαση *Slovensko*²⁵, πρέπει να γίνει δεκτό ότι, βάσει της αρχής της ίσης μεταχείρισης, η θέσπιση του διοικητικού μηχανισμού διερεύνησης της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς δεν πρέπει να λειτουργεί μονομερώς, μόνο προς όφελος δηλαδή του προσφέροντος που υπέβαλε την ύποπτη προσφορά, αλλά και προς όφελος των λοιπών προσφερόντων, των οποίων μπορεί η προσφορά τους να μην περνά από τη «βάσανο» του μηχανισμού αυτού, αλλά σίγουρα θίγονται από την άκριτη αποδοχή προσφορών που ενέχουν κινδύνους νόθευσης του ανταγωνισμού, μη προσήκουσας εκτέλεσης της σύμβασης και μη τήρησης των υποχρεωτικών διατάξεων του δικαίου²⁶. Δεν θα πρέπει, δηλαδή, να θεωρείται η αρχή

²³ S. Arrowsmith, *The Law of Public*, ό.π., παρ. 7-263.

²⁴ Βέβαια από τη διατύπωση της παραγράφου 1 του άρθρου 69 της Οδηγίας 2014/24 («όταν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με τα έργα, τα αγαθά ή τις υπηρεσίες, οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά») φαίνεται ότι ο ενωσιακός νομοθέτης προσανατολίζεται προς την κατεύθυνση της υποχρεωτικής εξέτασης όλων των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών.

²⁵ Στην απόφαση *Slovensko* το Δικαστήριο με μια η αλήθεια είναι ιδιαίτερως διασταλτική ερμηνεία της διάταξης του άρθρου 55 της Οδηγίας διέλαβε ότι από τη διάταξη αυτή «προκύπτει σαφώς ότι 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» (σκέψη 28).

²⁶ Ο D. McGowan, *An obligation to investigate abnormally low bids?* SAG ELV *Slovensko a.s.* (C-599/10), ό.π., σελ.

της ίσης μεταχείρισης εγγύηση μόνο για την προάσπιση των συμφερόντων των προσφερόντων που υπέβαλαν ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, αλλά και των λοιπών προσφερόντων. Συνεπώς, δοθέντος ότι συνιστά άνιση μεταχείριση η όμοια μεταχείριση προσφορών που εμφανίζουν ουσιωδώς ανόμοια ποιοτικά και ποσοτικά χαρακτηριστικά, είναι αναπόδραστη και αναγκαία συνθήκη απορρέουσα από την εφαρμογή της ίσης μεταχείρισης στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης, η υποχρέωση διερεύνησης των προσφορών που εμφανίζονται ασυνήθιστα χαμηλές²⁷.

Το ζήτημα της υποχρέωσης ή μη απόρριψης της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς που, κατόπιν των απαραίτητων γραπτών εξηγήσεων από την πλευρά του προσφέροντος, εξακολουθεί να θεωρείται από την Αναθέτουσα Αρχή ασυνήθιστα χαμηλή δεν έχει επιλυθεί και αυτό με σαφήνεια. Η διάταξη, δε, του άρθρου 69 της Οδηγίας 2014/24, όχι μόνο δεν οδήγησε με ασφάλεια προς μια κατεύθυνση, αλλά, όξυνε στην πραγματικότητα την ερμηνευτική σύγχυση στο ζήτημα αυτό²⁸. Το αληθινό ερώτημα, εν προκειμένω, διατυπώνεται ως εξής: έχει υποχρέωση ή απλώς διακριτική ευχέρεια η Αναθέτουσα Αρχή να απορρίψει μια προσφορά, για την οποία έχει σχηματίσει την άποψη ότι είναι ασυνήθιστα χαμηλή και, κατά τούτο, τη συνοδεύουν όλοι οι σχετικοί κίνδυνοι για τη δημόσια σύμβαση που προκύπτουν από αυτή; Η απάντηση εδώ, κατά μείζονα λόγο, πρέπει, λαμ-

168, συναφώς σημειώνει ότι δεδομένου ότι η μεταχείριση της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς από το Δικαστήριο στην απόφαση *Slovensko* γίνεται υπό το πρίσμα της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, η υποχρέωση διερεύνησης της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς είναι ένα καθήκον που οφείλεται και στους άλλους προσφέροντες.

²⁷ Επ' αυτού η S. Arrowsmith, *The Law of Public*, ό.π., παρ. 7-255, εξηγεί ότι εάν και είναι σαφές ότι η ερμηνεία του άρθρου 55 της Οδηγίας 2004/18, όπως παρουσιάστηκε στη *Slovensko*, δεν δικαιολογεί μια υποχρέωση διερεύνησης των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών σε όλες τις περιπτώσεις, εντούτοις, έρεισμα για την υποχρέωση αυτή μπορεί να εντοπισθεί στην αρχή της ίσης μεταχείρισης. Σύμφωνα με τη συγγραφέα, εάν ένας από τους σκοπούς των Οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις είναι και η διασφάλιση ότι η καλύτερη προσφορά θα επιλεγεί μέσω μιας διαδικασίας που αναπαράγει τον ανταγωνισμό της αγοράς, τότε μπορεί να υποστηριχθεί ότι «η μη διερεύνηση και η μη απόρριψη μιας προσφοράς που ενέχει τον κίνδυνο να μην εκτελεσθεί η σύμβαση ή να επωφεληθεί ο προσφέρων από μη νόμιμη κρατική ενίσχυση, παραβιάζει την αρχή αυτή, κατά το μέρος που ο προσφέρων αυτός αντιμετωπίζεται –που δεν θα κέρδιζε τη σύμβαση σε μια “δίκαιη” αγορά– το ίδιο με τους λοιπούς προσφέροντες που, και έτσι αντιμετωπίζονται με τον ίδιο τρόπο αυτοί [οι προσφέροντες] που βρίσκονται σε διαφορετική κατάσταση». Υπάρχει βεβαίως και η αντίθετη άποψη, όπως εκφράστηκε από το High Court του Ηνωμένου Βασιλείου, το 2018 στην απόφαση *SRCL Ltd κατά National Health Service Commissioning Board*. Ειδικότερα, στην απόφαση αυτή, το Δικαστήριο έκρινε ότι δεν υπάρχει γενική υποχρέωση διερεύνησης της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς και αυτό διότι θα ήταν δυσανάλογο και μη ορθολογικό να επιβληθεί αφηρημένα μια τέτοια υποχρέωση στην Αναθέτουσα Αρχή καθώς θα προϋπέθετε οι Αναθέτουσες Αρχές να καθορίζουν εκ των προτέρων τι συνιστά ή τι θα μπορούσε να συνιστά ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά, και σε περιπτώσεις που όλες οι προσφορές είναι ιδιαίτερας χαμηλές θα πρέπει με βάση αυτή την ερμηνευτική εκδοχή να εξετάζονται όλες και να σωθεί ενδεχομένως η πιο υψηλή από αυτές. Αυτό θα οδηγούσε, σύμφωνα με τον Δικαστή, σε ένα μη συμβατό με τις Οδηγίες διακριτό δεύτερο γύρο εξέτασης όλων ή των περισσότερων προσφορών, βλ. [link](#).

²⁸ Βλ. σχετικά, Κ. Γιαννακόπουλο, *Δημόσιες συμβάσεις και συμβάσεις παραχώρησης*, ό.π., σελ. 299, ο οποίος σημειώνει ότι «οι οδηγίες του 2014 δεν ακολούθησαν τη στάση του Γάλλου διοικητικού δικαστή, ο οποίος μεταμόρφωσε σταδιακά τη δυνατότητα απόρριψης των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών σε μια πραγματική υποχρέωση. Αυτή η επιλογή του ενωσιακού νομοθέτη δημιουργεί ερωτηματικά». Επίσης, και η S. Arrowsmith, *The Law of Public*, ό.π., παρ. 7-268, είναι επικριτική, κατά το μέρος, «που ο ενωσιακός νομοθέτης δεν εκμεταλλεύθηκε την ευκαιρία που του δόθηκε, πρώτον, να κάνει μια μελετημένη επιλογή σχετικά με το εάν υφίσταται μια γενική υποχρέωση να απορρίπτονται οι χαμηλές προσφορές που παρουσιάζουν ένα ρίσκο μη εκτέλεσης και, δεύτερον, να διατυπώσει αυτή την επιλογή με σαφήνεια». Αυτό μπορεί να εξηγηθεί, σύμφωνα με τη συγγραφέα, «από το γεγονός ότι η απόφαση *Slovensko* εκδόθηκε χρονικά μεταξύ της αρχικής πρότασης της Κομισιόν και της θέσπισης της οδηγίας, με αποτέλεσμα να προστεθεί η υποχρέωση διερεύνησης της προσφοράς σε προχωρημένο στάδιο χωρίς να έχουν ληφθεί δεόντως υπόψη οι επιπτώσεις της».

βάνοντας υπόψη της την αρχή της ίσης μεταχείρισης, να συνάπτεται με τα αίτια που κάθε φορά κρύβονται πίσω από τη διαμόρφωση της προσφοράς αυτής. Μια ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά μπορεί να εμπεριέχει ένα ρίσκο μη ορθής και προσήκουσας εκτέλεσης της σύμβασης, είτε λόγω των ποιοτικών εκπτώσεων που μπορεί να συνεπάγεται το χαμηλό της κόστος, είτε λόγω οικονομικών κινδύνων που συνδέονται με την οικονομική θέση του προσφέροντα. Επίσης, μια ιδιαιτέρως χαμηλή προσφορά μπορεί να είναι αποτέλεσμα της καταστρατήγησης ή της άμεσης παραβίασης μιας νομοθετικής διάταξης. Ενώ, τέλος, ενδέχεται να συνδέεται άμεσα και με τη νόθευση ή την παραβίαση των κανόνων του ανταγωνισμού, όπως τη λήψη κρατικής ενίσχυσης ή κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης. Πέραν τούτων, μια ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά μπορεί να οφείλεται και στην παραβίαση κανόνων δικαίου, π.χ. της εργατικής νομοθεσίας, της περιβαλλοντικής νομοθεσίας κτλ. Αλλά μπορεί και να μην συνδέεται με τίποτα από όλα αυτά, και να είναι απλώς αποτέλεσμα της εφαρμογής μιας καινοτόμου οικονομίας κλίμακας ή της εισαγωγής μιας λιγότερο κοστοβόρας τεχνολογικής καινοτομίας.

Σε σχέση με την αρχή της ίσης μεταχείρισης των προσφερόντων, δεν συνιστά όλη η περιπτωσιολογία που προηγήθηκε και πραγματικό κίνδυνο για την αρχή. Αναλόγως, λοιπόν της έντασης της διακινδύνευσης της αρχής της ίσης μεταχείρισης θα πρέπει να διαμορφωθεί και η απάντηση στο εάν υφίσταται πράγματι υποχρέωση απόρριψης ή όχι. Με άλλες λέξεις, εάν υφίσταται ή ενδέχεται να υπάρξει παραβίαση της αρχής, πρέπει να γίνει δεκτό ότι πρέπει να μην γίνει αποδεκτή η προσφορά από την Αναθέτουσα Αρχή εξ αυτού και μόνο του λόγου.

Έτσι, σε σχέση με τον κίνδυνο της μη προσήκουσας εκτέλεσης της σύμβασης, δεν φαίνεται να συνιστά η διατήρηση της προσφοράς στον διαγωνισμό διακριτική μεταχείριση έναντι των λοιπών προσφερόντων, από τη στιγμή που το ρίσκο που συνεπάγεται η προσφορά αυτή δεν θέτει τον προσφέροντα σε διαφορετική θέση σε σχέση με τους λοιπούς. Αυτό διότι ο κίνδυνος της μη προσήκουσας εκτέλεσης αποτελεί ένα ενδεχόμενο και αβέβαιο γεγονός που αναφέρεται στο συμβατικό και όχι στο προσυμβατικό στάδιο. Έτσι, ενώ σίγουρα συνιστά ένα ποιοτικό χαρακτηριστικό της προσφοράς που πρέπει να ληφθεί υπόψη, κατά την αξιολόγηση του κριτηρίου ανάθεσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, δεν φαίνεται, από την άλλη, να έχει την ένταση και τη δυναμική να μεταβάλλει την «κατάσταση» του προσφέροντα²⁹.

Συναφής περίπτωση είναι και η ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά που είναι αποτέλεσμα κρατικής ενίσχυσης. Απ' ότι προκύπτει από τις Οδηγίες, δεν είναι, κατ' αρχήν, υποχρεωτική η απόρριψη αυτή της κατηγορίας των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών. Πράγματι, τόσο στο άρθρο 69 της Οδηγίας 2014/24, όσο και στο άρθρο 55 της Οδηγίας 2004/18, προβλέπεται απλώς η δυνατότητα και όχι

²⁹ Διαφορετική άποψη έχει ο A. Sanchez, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2015, σελ. 403, ο οποίος θεωρεί ότι «οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορεί να έχουν απεριόριστη ελευθερία επιλογής μεταξύ των προσφερόντων και, [...], παραχωρώντας τους διακριτική ευχέρεια να αποδεχτούν προσφορές που προκύπτει ότι είναι ασυνήθιστα χαμηλές μπορεί να οδηγήσει σε αποτελέσματα που εισάγουν διακρίσεις –από τη στιγμή που η ανωμαλία της προσφοράς είναι ενδεχόμενο, και από μόνη της, να επηρεάσει ουσιαστικά της ικανότητα της να ικανοποιήσει τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής και, συνεπαγωγικά, πρέπει να απορριφθεί ως μη συμβατή προσφορά». Ομοίως, βλ. Και Idem, “Rejection of Abnormally Low and Non-Compliant Tenders in EU Public Procurement: A Comparative View on Selected Jurisdictions”, σε: M. Comba/S. Treumer (Eds.), *Award of Contracts in EU Procurement*, vol. 5 European Procurement Law Series, 2013, σελ. 293.

η υποχρέωση της Αναθέτουσας Αρχής να απορρίπτει την προσφορά αυτή και μόνο κατόπιν σχετικής διαβούλευσης με τον προσφέροντα και κατά την οποία αυτός δεν κατάφερε να αποδείξει ότι η ενίσχυση αυτή είναι σύμφωνη με την εσωτερική αγορά. Κατά τούτο, δυο ενδιάμεσα συμπεράσματα προκύπτουν από τη νομοθεσία: πρώτον, ότι δεν είναι ασύμβατη με το ενωσιακό δίκαιο για τις δημόσιες συμβάσεις η ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά που είναι αποτέλεσμα κρατικής ενίσχυσης και δεύτερον ότι δεν είναι υποχρεωτική η απόρριψη ακόμη και της μη σύμφωνης με την εσωτερική αγορά ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς. Εξ απόψεως της αρχής της ίσης μεταχείρισης, η αντιμετώπιση αυτή από τον ενωσιακό νομοθέτη φαίνεται να είναι σύμφωνη και προς τη νομολογία σχετικά με τη συμμετοχή στις διαγωνιστικές διαδικασίες εταιρειών είτε δημόσιων είτε ιδιωτικών που έχουν επωφεληθεί από κρατικές ενισχύσεις ή από κάθε είδους επιδοτήσεις. Ειδικότερα, στη γνωστή απόφαση *Arge* (C-94/99) το 2000³⁰, το Δικαστήριο εξέτασε το ζήτημα του κατά πόσον παραβιάζεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης των προσφερόντων από τη συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία οργανισμών στους οποίους έχουν καταβληθεί επιδοτήσεις από την Αναθέτουσα Αρχή ή από άλλες Αναθέτουσες Αρχές, με αποτέλεσμα να τους παρέχεται η δυνατότητα να υποβάλλουν προσφορές σε τιμές οι οποίες υπολείπονται σημαντικά των τιμών που προσφέρουν οι λοιποί μετέχοντες στη διαδικασία, που δεν λαμβάνουν τέτοιες επιδοτήσεις. Επ' αυτού, λοιπόν, του ζητήματος το Δικαστήριο αποσαφήνισε ότι «το γεγονός και μόνο ότι η αναθέτουσα αρχή επιτρέπει σε τέτοιους οργανισμούς τη συμμετοχή σε διαδικασία συνάψεως δημόσιας σύμβασης δεν συνιστά ούτε συγκαλυμμένη διάκριση ούτε περιορισμό που να αντιβαίνουν στο άρθρο 59 της Συνθήκης»³¹, ενώ έκρινε επίσης ότι «η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των υποβαλλόντων προσφορές, [...] δεν παραβιάζεται για τον λόγο και μόνο ότι η αναθέτουσα αρχή επιτρέπει τη συμμετοχή σε διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως παροχής υπηρεσιών των οργανισμών στους οποίους η ίδια ή άλλες αναθέτουσες αρχές καταβάλλουν επιδοτήσεις οποιασδήποτε φύσεως, οι οποίες παρέχουν τη δυνατότητα στους οργανισμούς αυτούς να υποβάλλουν προσφορές σε τιμές οι οποίες υπολείπονται σημαντικά των τιμών που προσφέρουν οι λοιποί μετέχοντες στη διαδικασία, που δεν λαμβάνουν τέτοιες επιδοτήσεις»³². Η ερμηνευτική αυτή προσέγγιση του Δικαστή, σε σχέση με την αρχή της ίσης μεταχείρισης, είναι σίγουρα επηρεασμένη από την τάση διεύρυνσης του ανταγωνισμού στις δημόσιες συμβάσεις, ενώ από την άλλη δεν φαίνεται να είναι ασυνεπής με τη βασική παραδοχή ότι βάσει της αρχής της ίσης μεταχείρισης θα πρέπει οι προσφέροντες να είναι προσπλωμένοι μόνο στο πλαίσιο και στους ειδικότερους όρους που θέτει η προκήρυξη. Είναι αλήθεια ότι η «απογύμνωση» των προσφορών από

³⁰ Απόφαση της 7ης Δεκεμβρίου 2000, στην υπόθεση C-94/99, *ARGE Gewässerschutz* και *Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*.

³¹ Σκέψη 38.

³² Σκέψη 32, βλ. συναφώς και απόφαση της 23ης Δεκεμβρίου 2009, στην υπόθεση C-305/08, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa)* κατά *Regione Marche*, στην οποία το Δικαστήριο, μεταξύ άλλων, έκρινε ότι «όπως προκύπτει τόσο από τις κοινοτικές ρυθμίσεις όσο και από τη νομολογία του Δικαστηρίου, έχει δικαίωμα υποβολής προσφοράς ή καταθέσεως αιτήσεως συμμετοχής κάθε πρόσωπο ή φορέας που, ενόψει των όρων που θέτει η οικεία προκήρυξη, φρονεί ότι διαθέτει την απαιτούμενη ικανότητα προς εκτέλεση της συμβάσεως, απευθείας ή μέσω υπεργολαβίας, ανεξαρτήτως του νομικού καθεστώτος –δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου– που τον διέπει και ανεξαρτήτως του εάν δραστηριοποιείται στην αγορά επί συστηματικής βάσεως ή μόνον ευκαιριακά, ή εάν επιδοτείται από κρατικούς πόρους ή όχι».

εξωγενή επιδραστικά της τιμής ή του κόστους στοιχεία δεν είναι καθόλου ρεαλιστική, καθώς δεν αντανακλά τη πραγματική λειτουργία της αγοράς. Οι εταιρείες στο πεδίο της ελεύθερης αγοράς αντλούν χρηματοδοτήσεις, επενδύουν και συνάπτουν συνεργασίες με εταιρίες του δημόσιου ή του ιδιωτικού τομέα με σκοπό την ενίσχυση της οικονομικής τους θέσης και αυτό είναι, κατ' αρχήν, θεμιτό.

Έτερο ζήτημα αποτελεί, όμως, η διαμόρφωση ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς λόγω παραβίασης κανόνων δικαίου. Στη διάταξη του άρθρου 69 της Οδηγίας 2014/24 προβλέπεται ότι η απόρριψη θα πρέπει να είναι υποχρεωτική σε περιπτώσεις όπου η Αναθέτουσα Αρχή έχει διαπιστώσει ότι η ασυνήθιστα χαμηλή τιμή ή το ασυνήθιστα χαμηλό κόστος που προτείνεται είναι αποτέλεσμα της μη συμμόρφωσης με υποχρεωτική ενωσιακή νομοθεσία ή συμβατή προς αυτή εθνική νομοθεσία στους τομείς του κοινωνικού, εργατικού ή περιβαλλοντικού δικαίου, ή με διατάξεις του διεθνούς εργατικού δικαίου³³. Πρόκειται για διατάξεις οι οποίες είναι στο επίκεντρο ενδιαφέροντος του ενωσιακού νομοθέτη διότι συνάπτονται ευθέως με πολιτικές που θέλει να προωθήσει μέσω της ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων³⁴. Έτσι, βάσει της διάταξης αυτής πλην των ανωτέρω περιπτώσεων δεν φαίνεται να είναι υποχρεωτική η απόρριψη της διαπιστωμένα ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς που παραβιάζει γενικά κανόνες δικαίου³⁵. Η επιλογή αυτή του ενωσιακού νομοθέτη να μην διευρύνει, δηλαδή, την υποχρέωση απόρριψης σε όλες τις περιπτώσεις των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών που προκύπτουν, λόγω μη συμμόρφωσης, γενικά, σε νομοθετικές διατάξεις, είναι άκρως προβληματική σε σχέση με την εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης. Αυτό διότι, σε αντίθεση με τις ανωτέρω περιπτώσεις, στην προκειμένη περίπτωση το ανταγωνιστικό πλεονέκτημα που προσδίδει η χαμηλή τιμή στην προσφορά οφείλεται σε μια παρανομία. Το γεγονός αυτό από μόνο του είναι ικανό να τοποθετήσει σε «διαφορετική κατάσταση» τις προσφορές αυτές σε σχέση με τις λοιπές προσφορές για τη διαμόρφωση των οποίων έχουν τηρηθεί οι νομικές υποχρεώσεις³⁶. Συνεπώς, η αποδοχή τους από την Αναθέτουσα Αρχή συνιστά μη συμβατή, κατά την αρχή της ίσης μεταχείρισης, «όμοια μεταχείριση» ανόμοιων καταστάσεων. Μάλιστα, όπως συναφώς παρατηρεί η Arrowsmith³⁷, «στη βάση της αναλογίας με τη *Slovensko* και βάσει της αρχής

³³ Βλ. και σημείο 103 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24.

³⁴ Στο πλαίσιο αυτό, το άρθρο 18 παρ. 2 προβλέπει ότι «τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα ώστε να εξασφαλίσουν ότι, κατά την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις ισχύουσες υποχρεώσεις στους τομείς του περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, που έχουν θεσπισθεί με το ενωσιακό δίκαιο, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο παράρτημα Χ».

³⁵ Σύμφωνα με τον Κ. Γιαννακόπουλο, *Δημόσιες συμβάσεις και συμβάσεις παραχώρησης*, ό.π., σελ. 290, «θα ήταν αναμενόμενο η υποχρέωση αυτή να γενικευθεί, εκτός εάν ο πραγματικός στόχος των παραπάνω ρυθμίσεων είναι απλώς η παρακίνηση όλων των τρίτων χωρών να υιοθετήσουν τις ρυθμίσεις του ενωσιακού δικαίου και τους διεθνούς δικαίου στους συγκεκριμένους τομείς».

³⁶ Και ο Α. Sanchez, *Public Procurement*, ό.π., σελ. 403, υποστηρίζει ότι «ανεξάρτητα από τους άλλους γενικούς περιορισμούς που η εθνική ή ειδική νομοθεσία μπορεί να θέτει στις αναθέτουσες αρχές και να τις εμποδίζει από το να μην απορρίπτουν μια ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά, οι αρχές της μη διακριτικής μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού φαίνεται να περιορίζουν ακόμα περισσότερο τις δυνατότητες της αναθέτουσας αρχής να ενεργήσει με αυτόν τον τρόπο».

³⁷ Η S. Arrowsmith, *The Law of Public*, ό.π., παρ. 7-252-7-270, ωστόσο, φαίνεται να υποστηρίζει ότι ούτε στις περιπτώσεις μη τήρησης των νομικών υποχρεώσεων υφίσταται υποχρέωση απόρριψης των προσφορών αυτών βάσει

της ίσης μεταχείρισης μπορεί να υποστηριχθεί ότι υφίσταται νομική υποχρέωση απόρριψης τέτοιων προσφορών: η αγορά που προωθείται από την οδηγία είναι μια αγορά που οι εταιρείες λειτουργούν σύμφωνα με τις νομικές τους υποχρεώσεις, και όταν αυτές αποκτούν ένα πλεονέκτημα από την μη συμμόρφωση τους με τον νόμο η προσφορά τους πρέπει να απορρίπτεται»³⁸. Στο ίδιο πλαίσιο και για τους ίδιους λόγους πρέπει να γίνει δεκτό ότι, βάσει της αρχής της ίσης μεταχείρισης, παρά τις σημαντικές δυσκολίες διάγνωσης των περιπτώσεων, δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι οι ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές που είναι αποτέλεσμα μη νόμιμων κρατικών ενισχύσεων μπορούν να επιβιώσουν στη διαγωνιστική διαδικασία.

Συνεπώς, και στο ζήτημα της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς η αρχή της ίσης μεταχείρισης δεν έχει σε όλες τις περιπτώσεις την ίδια κανονιστική βαρύτητα. Αλλά ανάλογα με την υπό εξέταση προσφορά, και κυρίως τις αιτίες που τη διαμόρφωσαν, η αρχή καθορίζει τον τρόπο που πρέπει να αντιμετωπίζονται αυτές από την Αναθέτουσα Αρχή. Λαμβανομένου, έτσι, υπόψη και του πεδίου διακριτικής ευχέρειας που έχει η Αναθέτουσα Αρχή, η εξομοίωση, κατά τούτο, και στο πεδίο αυτό προσφορών με ανομοιογενή χαρακτηριστικά δεν προωθεί την αρχή της ίσης μεταχείρισης, αλλά αντίθετα την υπονομεύει.

III. ΚΑΤΑΛΗΚΤΙΚΕΣ ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ

Σε σχέση με το ζήτημα των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, η αρχή της ίσης μεταχείρισης επηρέασε τη νομολογιακή διάπλαση του μηχανισμού εντοπισμού και απόρριψης των προσφορών αυτών, καθώς ο σκοπός εν τέλει αυτού του μηχανισμού, είναι ο εντοπισμός και η απομάκρυνση από τη διαγωνιστική διαδικασία των προσφορών εκείνων που πράγματι δημιουργούν άνισες συνθήκες ανταγωνισμού. Έτσι, από τη μια, η υποχρεωτική κλήση του προσφέροντα για την παροχή διευκρινήσεων, σε σχέση με τα σημεία της προσφοράς του βάσει των οποίων η Αναθέτουσα Αρχή την έκρινε ως ασυνήθιστα χαμηλή, και από την άλλη η αποφυγή της υιοθέτησης άκαμπτων μεθόδων διάγνωσης των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, που σήμερα αποτυπώνονται στο άρθρο 69 της Οδηγίας 2014/24, στοχεύουν στο ότι δεν θα αποκλεισθούν προσφέροντες, οι προσφορές των οποίων δεν δημιουργούν εν τέλει συνθήκες άνισου ανταγωνισμού στη διαδικασία, και ότι ο τρόπος και η μέθοδος ταυτοποίησης των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών και αξιολόγησης των εξηγήσεων δεν θα γίνεται κατά διακριτική μεταχείριση των προσφερόντων.

Η αρχή της ίσης μεταχείρισης επιβάλλει, επίσης, και την υποχρέωση να διερευνώνται περαιτέρω όσες προσφορές φαίνονται κατ' αρχήν ασυνήθιστα χαμηλές από την Αναθέτουσα Αρχή. Ως ζήτημα που, αν και δεν έχει ακόμα απαντηθεί νομολογιακά, η υποχρέωση αυτή πρέπει να θεωρηθεί ότι υφίσταται ως αναγκαία συνθήκη τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης των προσφερόντων, δεδομένου ότι η ύπαρξη στον διαγωνισμό προσφορών που ενδέχεται να νοθεύουν άμεσα τον υγιή ανταγωνισμό στη διαγωνιστική διαδικασία, συνιστά άνιση μεταχείριση εις βάρος των προσφερόντων που οι προσφορές τους δεν εμφανίζουν αυτά τα χαρακτηριστικά. Περαιτέρω, η αρχή πρέπει

των κανόνων που έχουν διαμορφωθεί για τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές και τούτο διότι στόχος των κανόνων αυτών είναι να αποτραπεί η αυθαίρετη απόρριψη των προσφορών αυτών.

³⁸ S. Arrowsmith, *The Law of Public*, ό.π., παρ. 7-262.

να γίνει δεκτό ότι, οριοθετώντας και το ζήτημα του κατά πόσον υφίσταται υποχρέωση ή όχι της Αναθέτουσας Αρχής να απορρίψει μια προσφορά που πράγματι διέγινωσεν ότι είναι ασυνήθιστα χαμηλή, επιβάλλει σε όσες περιπτώσεις υφίσταται ή ενδέχεται να υπάρξει πραγματικός κίνδυνος παραβίαση της αρχής λόγω των προσφορών αυτών, την απόρριψή τους εξ' αυτού και μόνο του λόγου. Τέτοιες περιπτώσεις είναι οι ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές που είναι αποτέλεσμα καταστρατήγησης ή άμεσης παραβίασης γενικά μιας νομοθετικής διάταξης ή ακόμα και νόθευσης ή παραβίασης των κανόνων του ανταγωνισμού, όπως λήψη παράνομης κρατικής ενίσχυσης ή κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης. □