



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ

ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗ υπ' αριθ. 365/2013
ΤΟΥ ΝΟΜΙΚΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ
Ε' ΤΜΗΜΑΤΟΣ

Συνεδρίαση της 22-10-2013

Σύνθεση :

Πρόεδρος : Ιωάννης Τρίαντος, Αντιπρόεδρος ΝΣΚ.

Μέλη: Νομικοί Σύμβουλοι: Μεταξία Ανδροβιτσανέα, Κωσταντίνος Χαραλαμπίδης, Βασιλική Πανταζή, Γεώργιος Ανδρέου, Δημήτριος Αναστασόπουλος, Αδαμαντία Καπετανάκη, Σταύρος Σπυρόπουλος.

Αριθμός Ερωτήματος: Α.Π. 139/30-7-2013 έγγραφο της Γενικής Γραμματείας Ισότητας των Φύλων του Υπουργείου Εσωτερικών.

Περίληψη Ερωτήματος: α) Εάν είναι απορριπτέα από την επιτροπή διαγωνισμού για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης η προσφορά ιδιωτικής εταιρείας, στην οποία ως επιστημονική υπεύθυνος για το έργο έχει ορισθεί υπάλληλος κρατικού Ν.Π.Ι.Δ. χωρίς να έχει λάβει αρμοδίως άδεια άσκησης ιδιωτικού έργου με αμοιβή και σε ποιο στάδιο χωρεί (ενδεχομένως) ο αποκλεισμός της εταιρείας.

β) Εάν η Γενική Γραμματέας Ισότητας των Φύλων δύναται να εγκρίνει το Πρακτικό της αρμόδιας Επιτροπής όπως έχει υποβληθεί, ή θα πρέπει να προσθέσει κάποια σχετική επισήμανση για το θέμα.

Εισηγητής:

Κων/νος Χαραλαμπίδης, Νομικός Σύμβουλος του Κράτους.

_____· _____·

Σχετικά με το παραπάνω Ερώτημα, το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους γνωμοδότησε ως ακολούθως:

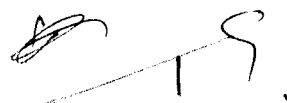
I. Η ερωτώσα υπηρεσία εκθέτει ότι η Ειδική Υπηρεσία Συντονισμού, Διαχείρισης και Εφαρμογής Συγχρηματοδοτούμενων Δράσεων του Υπουργείου Εσωτερικών/Γενική Γραμματεία Ισότητας των Φύλων (ΕΥΣΥΔΕ ΥΠΕΣ/ΓΓΙΦ), στο πλαίσιο διενέργειας Επαναληπτικού Ανοικτού Δημόσιου Διαγωνισμού με αριθμό 8/2012, του έργου «Εξειδίκευση του πρότυπου Συστήματος Ένταξης της Ισότητας των Φύλων (ΣΕΙΦ) ανά φορέα πολιτικής καθώς και πιλοτική ανάπτυξη και εφαρμογή Περιφερειακών και Τοπικών Προγραμμάτων Ισότητας των Φύλων» για το Τμήμα 3 (Περιφέρειες και Δήμοι της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Ηπείρου - Δυτικής Μακεδονίας), έλαβε προσφορές από υποψηφίους αναδόχους μεταξύ των οποίων και από: α) το Κέντρο Ερευνών για Θέματα Ισότητας (ΚΕΘΙ), β) την εταιρεία TREK CONSULTING ΑΕ., γ) την ΕΕΟ GROUP Α.Ε.

Μετά το άνοιγμα των κατατεθέντων φακέλων συμμετοχής από την αρμόδια Επιτροπή της ΕΥΣΥΔΕ ΥΠΕΣ/ΓΓΙΦ, η εταιρεία TREK CONSULTING ΑΕ. υπέβαλε υπόμνημα σύμφωνα με το οποίο στην Ομάδα Έργου της προσφοράς της εταιρείας ΕΕΟ GROUP ΑΕ. ορίζεται ως Επιστημονικός Υπεύθυνος Έργου (ΕΥΕ) υπάλληλος ΙΔΑΧ του ΚΕΘΙ, δηλαδή ΝΠΙΔ που ανήκει στους φορείς του ευρύτερου δημόσιου τομέα και επιχορηγείται από τον προϋπολογισμό της ΓΓΙΦ, και ότι η εν λόγω υπάλληλος δεν έχει αιτηθεί την άδεια άσκησης ιδιωτικού έργου που προβλέπεται από τις διατάξεις του άρθρου 31 του Ν. 3528/2007, όπως ισχύει, ενώ ταυτόχρονα, έχει ορισθεί και στην Ομάδα Έργου του ΚΕΘΙ ως Συντονίστρια του ΚΕΘΙ, που υπέβαλε προσφορά ως συνυποψήφιος ανάδοχος για τον ίδιο διαγωνισμό.

Η αρμόδια Επιτροπή υπέβαλε στη Γενική Γραμματέα Ισότητας των Φύλων, σχέδιο Πρακτικού προς έγκριση χωρίς να κάνει μνεία για το ζήτημα της συμμετοχής της εν λόγω υπαλλήλου στην Ομάδα Έργου της εταιρείας ΕΕΟ GROUP ΑΕ.

Σημειώνεται ότι στην Διακήρυξη του διαγωνισμού δεν γίνεται καμία αναφορά για την άδεια άσκησης ιδιωτικού έργου, κατ' άρθρο 31 του Ν. 3528/2007, όπως ισχύει.

Κατόπιν τούτων, ερωτάται: «α) εάν υφίσταται ζήτημα ασυμβίβαστου της συμμετοχής της εν λόγω υπαλλήλου στην Ομάδα Έργου της ιδιωτικής εταιρείας ΕΕΟ GROUP Α.Ε. ή/και απόρριψης της προσφοράς της εταιρείας εξ' αυτής της αιτίας ή



απαιτείται πλήρωση της προϋπόθεσης για λήψη άδειας ασκήσεως ιδιωτικού έργου από την εν λόγω υπάλληλο μετά την ολοκλήρωση του διαγωνισμού και σε ποιο στάδιο, πριν ή μετά την απόφαση της τυχόν κατακύρωσης στην εταιρεία ΕΕΟ GROUP ΑΕ, εφόσον κατά τ' άλλα προκριθεί.

β) η Γενική Γραμματέας Ισότητας των Φύλων δύναται να εγκρίνει νομίμως το Πρακτικό της αρμόδιας Επιτροπής όπως έχει υποβληθεί, ή θα πρέπει να προσθέσει κάποια σχετική επισήμανση για το εν λόγω θέμα».

II. Όπως προκύπτει από τον φάκελο του Ερωτήματος το Υπουργείο Εσωτερικών/Γενική Γραμματεία Ισότητας των Φύλων προκήρυξε ανοικτό επαναληπτικό δημόσιο διαγωνισμό με κριτήριο επιλογής την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά για την επιλογή αναδόχου του έργου με τίτλο «Εξειδίκευση του πρότυπου Συστήματος Ένταξης της Ισότητας των Φύλων (ΣΕΙΦ) ανά φορέα πολιτικής, καθώς και πιλοτική ανάπτυξη και εφαρμογή Περιφερειακών και Τοπικών Προγραμμάτων Ισότητας των Φύλων», ειδικότερα δε για το Τμήμα 3 «Εξειδίκευση του πρότυπου Συστήματος Ένταξης της Ισότητας των Φύλων (ΣΕΙΦ) σε Περιφέρειες και Δήμους της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Ηπείρου-Δυτικής Μακεδονίας», με Προϋπολογισμό Τμήματος 330.000,00 € περιλαμβανομένου Φ.Π.Α. Κατά την οικεία 8/2012 προκήρυξη πρόκειται για σύμβαση παροχής συμβουλών για ζητήματα ίσων ευκαιριών. Το έργο συγχρηματοδοτείται από το Ευρωπαϊκό Κοινωνικό Ταμείο και από εθνικούς πόρους. Στην άνω προκήρυξη διαλαμβάνονται, μεταξύ άλλων, και τα παρακάτω: α) Ως «νομικό και θεσμικό πλαίσιο διαγωνισμού» ορίζεται το Π.Δ. 60/2007, όπως ισχύει, τα άρθρα 79 έως 85 ν. 2362/95, εφαρμόζονται δε αναλογικά και συμπληρωματικά οι διατάξεις του Π.Δ. 118/2007 β) Η Αναθέτουσα Αρχή διατηρεί το δικαίωμα να απορρίψει προσφορά αιτιολογημένα, ανεξάρτητα από το στάδιο στο οποίο βρίσκεται ο διαγωνισμός γ) «Η Ομάδα Έργου που θα συστήσει ο Ανάδοχος θα πρέπει να απαρτίζεται από ικανό αριθμό έμπειρων στελεχών κατάλληλων για την επιτυχή υλοποίηση του περιγραφόμενου έργου, των οποίων η εμπειρία θα αποδεικνύεται για κάθε στέλεχος χωριστά με αναλυτικά βιογραφικά σημειώματα.... Η στελέχωση της Ομάδας Έργου του Αναδόχου, θα έχει την παρακάτω δομή:

- Υπεύθυνος/η Έργου (ΥΕ), ο/η οποίος/α θα ηγηθεί της Ομάδας Έργου και θα κατέχει συντονιστικό ρόλο, και τη συνολική ευθύνη των εργασιών του Αναδόχου...
- Επιστημονικά Υπεύθυνος/η, ο/η οποίος/α θα αναλάβει την επιστημονική γενική επιμέλεια του έργου».

δ) Οι υποψήφιοι υποβάλλουν υπεύθυνη δήλωση «της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 1599/1986 (Α' 75), όπως εκάστοτε ισχύει, στην οποία να δηλώνεται ότι 2... στ) δεν τελούν υπό κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων και ούτε θα υποβάλλουν στο μέλλον προσφορά σε διαγωνισμό που μπορεί να τους οδηγήσει σε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων για παράδειγμα: ι) υποβολή προσφοράς σε έργο στο οποίο έχει συμμετάσχει άμεσα ή έμμεσα στην διαδικασία σύνταξης των σχετικών τεχνικών προδιαγραφών, με βάση το άρθρο 94 του Κανονισμού 1605/02 του Συμβουλίου...».

Κατά το στάδιο υποβολής και ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής στον διαγωνισμό αυτόν επισημάνθηκε γραπτώς στην Υπηρεσία, από διαγωνιζόμενη εταιρεία, ότι στην Ομάδα Έργου της εταιρείας ΕΕΟ GROUP Α.Ε., ως Επιστημονικός Υπεύθυνος Έργου έχει οριστεί πρόσωπο που, όπως ρητά αναφέρεται στο αναλυτικό βιογραφικό σημείωμά του, είναι Συντονίστρια του Κέντρου Ερευνών για Θέματα Ισότητας (ΚΕΘΙ), όπου και απασχολείται ως υπάλληλος με σύμβαση αορίστου χρόνου. Πέραν του προφανούς, κατά την άνω εταιρεία, ασυμβιβάστου, δεδομένης της σχέσης ΚΕΘΙ και ΓΓΙΦ (το ΚΕΘΙ είναι ΝΠΙΔ που λειτουργεί υπό την εποπτεία και χρηματοδότηση της ΓΓΙΦ) «είναι επιπλέον αμφίβολο πώς μπορεί η συγκεκριμένη υπάλληλος να εκτελέσει τα καθήκοντά της ως ΕΥΕ στο προκηρυσσόμενο έργο, όταν απασχολείται με σχέση εξαρτημένης εργασίας σε άλλο φορέα, ο οποίος μάλιστα τυγχάνει να υπάγεται στη ΓΓΙΦ». Γι' αυτό ζητήθηκε ο αποκλεισμός της εταιρείας αυτής από την περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού.

Η επιτροπή Διαγωνισμού δεν απέκλεισε τη συγκεκριμένη εταιρεία και προχώρησε στο επόμενο στάδιο, αποσφράγισης και αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, στο οποίο και ευρίσκεται σήμερα ο κρίσιμος διαγωνισμός.

Περαιτέρω, όπως συνάγεται από πλήθος στοιχείων του φακέλου του Ερωτήματος και της επ' αφορμή αυτού σχηματισθείσας αλληλογραφίας μεταξύ της Γ.Γ.Ι.Φ. και του Γραφείου Νομικού Συμβούλου του Υπουργείου Εσωτερικών, α) η συγκεκριμένη

υπάλληλος, που απασχολείται στο ΚΕΘΙ με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου από του έτους 2000 (ήδη από το 1994 με διαδοχικές συμβάσεις έργου) και κατέχει τη θέση της «συντονίστριας» του Ιδρύματος από το 2012, έχει κατ' επανάληψη συμμετάσχει, ως (επιστημονική) υπεύθυνη έργου, στη σύνθεση του προσωπικού νομικών προσώπων που έχουν λάβει μέρος σε παρόμοιους διαγωνισμούς και, σε πολλές περιπτώσεις, αναδείχθηκαν ανάδοχοι. Έχει, επίσης, συμμετάσχει, και ως στέλεχος του ΚΕΘΙ, σε όμοιους διαγωνισμούς, στους οποίους το τελευταίο είχε δικαίωμα συμμετοχής, όπως και εν προκειμένω. Στον κρίσιμο διαγωνισμό συμμετέχει ως υπεύθυνη έργου δύο υποψηφίων, τόσο του Κ.Ε.Θ.Ι. όσο και της ΕΕΟ GROUP Α.Ε.

β) Με τη 1337/5-8-2011 απόφαση του Υπουργού Εσωτερικών ορίστηκε ομάδα εργασίας για να αναπτύξει «ένα γενικό εργαλείο (Οδηγό Εφαρμογής του Πρότυπου Συστήματος Ένταξης της Ισότητας) το οποίο θα μπορεί να προσαρμοστεί αναλόγως σε κάθε διοικητικό επίπεδο ανάπτυξης και εφαρμογής πολιτικών ισότητας, να καταθέσει πρόταση για τις αναγκαίες παρεμβάσεις (θεσμικές και διοικητικές) με στόχο να εφαρμοστεί το πρότυπο Σύστημα Ένταξης της Ισότητας των Φύλων στις δημόσιες πολιτικές κ.λ.π. και να θέσει τις προδιαγραφές και συντάξει το αναλυτικό τεύχος προκήρυξης για την υλοποίηση του Υποέργου 2 Εξειδίκευση του Πρότυπου Συστήματος Ένταξης της Ισότητας των Φύλων ανά φορέα πολιτικής, καθώς και πιλοτική ανάπτυξη και εφαρμογή Τομεακών, Περιφερειακών και Τοπικών Προγραμμάτων Ισότητας των Φύλων». Στην επταμελή ομάδα εργασίας μετείχαν πρόσωπα και εκπρόσωποι φορέων, μεταξύ των οποίων και το ΚΕΘΙ όχι, όμως, με εκπρόσωπο τη συγκεκριμένη υπάλληλο.

III. Το άρθρο 31 ν. 3528/07 (Υ.Κ.) ορίζει, μεταξύ άλλων, τα εξής :

«Άσκηση ιδιωτικού έργου με αμοιβή

1. Μετά από άδεια ο υπάλληλος μπορεί να ασκεί ιδιωτικό έργο ή εργασία με αμοιβή, εφόσον συμβιβάζεται με τα καθήκοντα της θέσης του και δεν παρεμποδίζει την ομαλή εκτέλεση της υπηρεσίας του.

2. Η άδεια χορηγείται για συγκεκριμένο έργο ή εργασία μετά από σύμφωνη αιτιολογημένη γνώμη του υπηρεσιακού συμβουλίου και μπορεί να ανακαλείται με τον ίδιο τρόπο. Η άδεια στους υπαλλήλους του Δημοσίου χορηγείται από τον οικείο υπουργό και στους υπαλλήλους των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου από το

ανώτατο μονομελές όργανο διοίκησης και αν δεν υπάρχει τέτοιο όργανο, από τον πρόεδρο του συλλογικού οργάνου διοίκησης.

3. Δεν επιτρέπεται στον υπάλληλο η κατ' επάγγελμα άσκηση εμπορίας.

4. Ειδικές απαγορευτικές διατάξεις διατηρούνται σε ισχύ».

Εξάλλου, το άρθρο 5 ν. 1835/89 (Α' 78), όπως αντικαταστάθηκε από το άρθρο 15 ν. 2266/1994 ορίζει, μεταξύ άλλων, τα εξής: «1. Ιδρύεται ερευνητικό-επιμορφωτικό κέντρο ως νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου με την επωνυμία Κέντρο Ερευνών για Θέματα Ισότητας (Κ.Ε.Θ.Ι.) με έδρα την Αθήνα που υπάγεται στην εποπτεία του Υπουργού Προεδρίας. 2. Το Κ.Ε.Θ.Ι. έχει ως κύριο σκοπό την διεξαγωγή επιστημονικών μελετών και ερευνών για θέματα ισότητας των φύλων, καθώς και την προαγωγή της ισότητας ευκαιριών στην απασχόληση και την οικονομική ανάπτυξη και γενικά την διάδοση και εφαρμογή της πολιτικής ισότητας ευκαιριών και για τα δύο φύλα 3...4. Οι πόροι του ΚΕΘΙ είναι οι ακόλουθοι: α. Η τακτική επιχορήγηση που εγγράφεται κατ' έτος στον προϋπολογισμό του Υπουργείου Προεδρίας της Κυβέρνησης. β. Πρόσθετη κατ' έτος επιχορήγηση από το πρόγραμμα δημοσίων επενδύσεων του Υπουργείου προεδρίας της Κυβέρνησης ή άλλου φορέα. γ. Έσοδα από την παροχή υπηρεσιών στο Δημόσιο σε νομικά πρόσωπα δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου και ιδιώτες. δ. Έσοδα από την εκμετάλλευση της περιουσίας του. ε. Έσοδα από τα Ευρωπαϊκά Διαρθρωτικά Ταμεία, τις Υπηρεσίες και τους Οργανισμούς της Ευρωπαϊκής Ένωσης, καθώς και από κάθε άλλο διεθνές ταμείο. στ. Δωρεές, κληρονομίες, κληροδοσίες και κάθε είδους επιχορηγήσεις προς αυτό. ζ. Έσοδα από οποιαδήποτε άλλη πηγή συμπεριλαμβανομένων ειδικών επιχορηγήσεων και χρηματοδοτήσεων δημόσιων υπηρεσιών και φορέων του δημόσιου και ιδιωτικού τομέα. 5.α. Το Κ.Ε.Θ.Ι. διοικείται από ενδεκαμελές Διοικητικό Συμβούλιο με τριετή θητεία και δυνατότητα ανανέωσης. Το Διοικητικό Συμβούλιο διορίζεται με απόφαση του Υπουργού Προεδρίας με την οποία ορίζονται ο Πρόεδρος, ο Αντιπρόεδρος και τα λοιπά εννέα (9) μέλη του γ. Με απόφαση του Υπουργού Προεδρίας, που δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, καθορίζονται τα αποφασιστικά, συλλογικά και μονομελή όργανα διοίκησης, οι αρμοδιότητες, η σύνθεσή τους, η νόμιμη συγκρότηση και απαρτία των συλλογικών οργάνων, καθώς και τα ειδικότερα προσόντα των προσώπων που διορίζονται σε αυτά. Με όμοιες αποφάσεις μπορούν να ανακατανέμονται οι αρμοδιότητες των ανωτέρω οργάνων. δ. Ο Γενικός Διευθυντής

και τα πρόσωπα που ορίζονται σε θέσεις μονομελών οργάνων διοίκησης απασχολούνται στο Κ.Ε.Θ.Ι. με σύμβαση εργασίας ορισμένου χρόνου διάρκειας τουλάχιστον τριών (3) ετών με δυνατότητα ανανέωσης. Οι κάθε είδους αποδοχές και αποζημιώσεις των ανωτέρω, καθώς και οι αποζημιώσεις των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου καθορίζονται με απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου έπειτα από έγκριση του Υπουργού Προεδρίας..... 7. Με απόφαση του Υπουργού Προεδρίας, έπειτα από γνώμη του Διοικητικού Συμβουλίου, που δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, ρυθμίζονται τα θέματα που αφορούν την εσωτερική οργάνωση, την λειτουργία και την οικονομική διαχείριση του Κ.Ε.Θ.Ι. στα πλαίσια της ισχύουσας νομοθεσίας και καταρτίζονται οι ακόλουθοι κανονισμοί». Περαιτέρω με το άρθρο 1 Π.Δ. 127/2010 η εποπτεία του Κ.Ε.Θ.Ι. μεταφέρθηκε στο Υπουργείο Εσωτερικών, Αποκέντρωσης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης ενώ με το άρθρο 2 Π.Δ. 65/2011 (Α' 147) μεταφέρθηκε, ως σύνολο αρμοδιοτήτων, θέσεων και προσωπικού, η Γενική Γραμματεία Ισότητας των Φύλων και η εποπτεία του υπαχθέντος λειτουργικά σε αυτήν Κ.Ε.Θ.Ι. στο Υπουργείο Εσωτερικών.

IV. Από τις διατάξεις που προαναφέρθηκαν προκύπτει, μεταξύ άλλων, ότι το Κέντρο Ερευνών για Θέματα Ισότητας (Κ.Ε.Θ.Ι.) ιδρύθηκε και λειτουργεί ως νομικό πρόσωπο ιδιωτικού μεν δικαίου, που ανήκει, όμως, πράγματι στον δημόσιο τομέα, όπως αυτός προσδιορίζεται στο άρθρο 1 παρ. 6 του Ν. 1256/1982 ή και στον ακόμη στενότερο του άρθρου 51 του Ν. 1892/1990, εν όψει του ότι όχι μόνο υπηρετεί σκοπούς κρατικούς, όπως είναι η διεξαγωγή επιστημονικών μελετών και ερευνών για θέματα ισότητας των φύλων καθώς και η προαγωγή της ισότητας ευκαιριών στην απασχόληση και την οικονομική ανάπτυξη, αλλά και η εξάρτησή του από το κράτος είναι σχεδόν καθολική, αφού αυτό διορίζει τα όργανα διοίκησής του, μονομελή και συλλογικά, εγκρίνει τις αποζημιώσεις τους, ρυθμίζει με κανονισμούς τα θέματα εσωτερικής οργάνωσης, λειτουργίας και οικονομικής του διαχείρισης, αποσπά υπαλλήλους του για την πλήρωση θέσεων του προσωπικού του και το επιχορηγεί τακτικά κατά το μεγαλύτερο μέρος του προϋπολογισμού του (γνμδ. Ν.Σ.Κ. 173/05). Ούτε, όμως, τα χαρακτηριστικά αυτά του Κ.Ε.Θ.Ι., ως ν.π.ι.δ. του δημόσιου τομέα, ούτε η εντόνως ηθική και δεοντολογική βάση του άνω άρθρου 31 Υ.Κ. αρκούν για να θεμελιωθεί υποχρέωση υπαλλήλου του να ζητήσει, και να λάβει πριν, βέβαια (Σ.τ.Ε. 177/95, 130/89), από την έναρξη του διαγωνισμού, άδεια της υπηρεσίας για να

στελεχώσει διαγωνιζόμενο ιδιωτικό φορέα έναντι αμοιβής για το έργο (υπηρεσίες) που θα προσφέρει σε αυτόν, εάν τελικά του ανατεθεί, καθότι ουδαμού της κείμενης νομοθεσίας προβλέπεται παρόμοια τήρηση διαδικασίας για τους υπαλλήλους Ι.Δ.Α.Χ. των ν.π.ι.δ. του κρατικού (δημόσιου) τομέα. Ούτε, πολύ λιγότερο, μία τέτοια «παράλειψη» μπορεί, από μόνη της, να οδηγήσει σε αποκλεισμό φορέα που συμμετέχει σε διαγωνισμό όταν, μάλιστα, δεν υφίσταται σχετική, ρητή ή κατά παραπομπή στην άνω διάταξη του Υ.Κ. πρόβλεψη στην οικεία προκήρυξη (πρβλ. Σ.Τ.Ε. 5022/12 και 1328/08, κατά τις οποίες δεν είναι καταρχήν νόμιμος ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου λόγω μη προσκομίσεως διαφορετικών από τα προβλεπόμενα ή και επί πλέον δικαιολογητικών συμμετοχής που απαιτούνται από διατάξεις, στις οποίες η διακήρυξη δεν παραπέμπει ειδικώς ως εφαρμοστέο στον διαγωνισμό δίκαιο).

V. Ανεξάρτητα, όμως, από την ως άνω διδόμενη απάντηση γεννάται, κατά την ομόφωνη επί του θέματος αυτού θέση του Τμήματος, υποχρέωση εξέτασης και του ζητήματος αν η συμμετοχή της συγκεκριμένης υπαλλήλου του Κ.Ε.Θ.Ι., ως επιστημονικής υπεύθυνης του υπό ανάθεση έργου, στη διαγωνιζόμενη εταιρεία ΕΕΟ GROUP Α.Ε. αλλά ταυτόχρονα, και στο διαγωνιζόμενο Κ.Ε.Θ.Ι. μπορεί, και εξ οιοδήποτε άλλου λόγου, ενόψει του δεδομένου πραγματικού και ιστορικού του Ερωτήματος, να οδηγήσει σε αποκλεισμό της άνω εταιρείας ή (και) άλλου διαγωνιζομένου από την Αναθέτουσα Αρχή και αν ναι, για ποιόν λόγο. Εν προκειμένω λεκτέα τα ακόλουθα: Το άρθρο VI, παράγραφος 4. της Συμφωνίας σχετικά με τις δημόσιες συμβάσεις, που είναι συνημμένη στην απόφαση 94/800/ΕΚ του Συμβουλίου της 22ας Δεκεμβρίου 1994, σχετικά με την εξ ονόματος της Ευρωπαϊκής Κοινότητας σύναψη των Συμφωνιών που απέρρευσαν από τις πολυμερείς διαπραγματεύσεις του Γύρου της Ουρουγουάης (1986-1994) προβλέπει: «Οι αρχές δεν ζητούν ούτε δέχονται κατά τρόπο παρεμποδίζοντα τον ανταγωνισμό, συμβουλές που μπορούν να χρησιμοποιηθούν για τον καθορισμό τεχνικών προδιαγραφών συγκεκριμένης συμβάσεως από εταιρία συναρτώσα εμπορικό συμφέρον με τη σύμβαση».

Από την ταυτόσημη, εξάλλου, διατύπωση των άρθρων 3 παρ. 2 της Οδηγίας 92/50, 5 παρ. 7 της Οδηγίας 93/36, 6 παρ. 6 της Οδηγίας 93/37 και 4 παρ. 2 της Οδηγίας 93/38 του Συμβουλίου συνάγεται σαφώς και αδιαστίκτως ότι οι αναθέτουσες αρχές μεριμνούν ώστε να μη δημιουργούνται διακρίσεις (κατά τη συμμετοχή σε

διαγωνισμούς) μεταξύ των διαφόρων προμηθευτών, εργοληπτών, παρεχόντων υπηρεσίες κ.λ.π.

Περαιτέρω στη δέκατη Τρίτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 98/4, διευκρινίζεται: «[...] οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ζητούν ή να δέχονται συμβουλές που μπορεί να χρησιμοποιηθούν για τον καθορισμό των τεχνικών προδιαγραφών μιας συγκεκριμένης σύμβασης, υπό τον όρο ότι οι συμβουλές αυτές δεν θα παρεμποδίζουν τον ανταγωνισμό».

Σχετικά με την ερμηνεία των διατάξεων αυτών γίνονται δεκτά, μεταξύ άλλων, τα ακόλουθα: α) Δεν είναι δυνατόν εκ των προτέρων να απαγορευθεί η υποβολή αιτήσεως συμμετοχής ή η υποβολή προσφοράς για δημόσια σύμβαση εκ μέρους προσώπου, το οποίο συμμετέσχε στην έρευνα, τον πειραματισμό, τη μελέτη ή την προώθηση αυτών των έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών, χωρίς να παρέχεται στο εν λόγω πρόσωπο η δυνατότητα να αποδείξει ότι, υπό τις συγκεκριμένες περιστάσεις, η αποκτηθείσα επ' αυτού πείρα δεν νόθευσε τον ανταγωνισμό. Δεν δύναται επίσης η αναθέτουσα αρχή να απαγορεύει, μέχρι το πέρας της διαδικασίας εξέτασης των προσφορών, τη συμμετοχή στη διαδικασία ή την υποβολή προσφοράς σε επιχείρηση συνδεδεμένη με οποιοδήποτε πρόσωπο στο οποίο ανατέθηκε η έρευνα, ο πειραματισμός, η μελέτη ή η προώθηση εκτέλεσης έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών, και τούτο μολονότι η επιχείρηση αυτή, ερωτηθείσα σχετικώς από την αναθέτουσα αρχή, βεβαιώνει ότι δεν απολαύει εκ του λόγου αυτού αδικαιολογήτου πλεονεκτήματος δυναμένου να νοθεύσει τους κανονικούς όρους του ανταγωνισμού (Δ.Ε.Κ. C-21 και C-34/2003). β) Ενόψει των άνω παραδοχών, με την Εγκύκλιο E9/29-11-2006 «Οδηγίες για την αποφυγή σύγκρουσης συμφερόντων στα πλαίσια των διαγωνισμών ανάθεσης συμβάσεων έργων και μελετών», το ΥΠΕΧΩΔΕ διευκρίνισε ότι, εφόσον ένας διαγωνιζόμενος ή κάποια επιχείρηση συνδεδεμένη με αυτόν, έλαβε μέρος στην προετοιμασία του διαγωνισμού (π.χ. ως τεχνικός σύμβουλος), μπορεί να αποκτά πλεονέκτημα σε σχέση με τους λοιπούς διαγωνιζόμενους, εξ αιτίας της εμπλοκής του αυτής και γι' αυτό πρέπει η αναθέτουσα αρχή να εξετάσει το ζήτημα και να τον αποκλείσει, αν τυχόν πράγματι νοθεύεται με τη συμμετοχή του ο επί ίσοις όροις ανταγωνισμός. Προηγουμένως πάντως πρέπει να τον καλέσει και να του δώσει την ευκαιρία να αποδείξει ότι δεν υπάρχει τέτοιο πλεονέκτημα. Κατά συνέπεια, ενώ η εμπλοκή στην προετοιμασία σύμβασης δεν δημιουργεί αμάχητο τεκμήριο υπέρ της

απόκτησης πλεονεκτήματος από τον εμπλεκόμενο και δεν οδηγεί στον άνευ ετέρου αποκλεισμό του, πρέπει εν πάση περιπτώσει, να ερευνάται από την υπηρεσία και να του παρέχεται η δυνατότητα να αποδείξει ότι δεν απόκτησε πλεονέκτημα. γ) Με τις, ενδεικτικώς εδώ, μνημονευόμενες 517/07, 496/07 και 582/09 αποφάσεις της Επιτροπής Αναστολών του Σ.Τ.Ε. κρίθηκε σχετικώς ότι η (τυχόν) διαπίστωση ότι ενέργειες ή ιδιαίτερες συνθήκες, υπό τις οποίες τελούν διαγωνιζόμενες επιχειρήσεις, δύνανται να οδηγήσουν στην δημιουργία ανίσων συνθηκών ανταγωνισμού και εν γένει σε νόθευση ή καταστρατήγηση της ανταγωνιστικής διαδικασίας του διαγωνισμού, συνιστά λόγο αποκλεισμού των εν λόγω επιχειρήσεων από τον διαγωνισμό αυτό, εκτός αν οι ενδιαφερόμενοι αποδείξουν ότι, στην συγκεκριμένη περίπτωση, ο ανωτέρω κίνδυνος δεν υφίσταται. δ) Η συμμετοχή του ίδιου προσώπου (ενός ή περισσότερων) σε δύο διαγωνιζόμενες μεταξύ τους εταιρείες, με την αυτή ιδιότητα και τις ίδιες αρμοδιότητες, οι οποίες, μάλιστα, είναι καίριας σημασίας για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης (π.χ υπεύθυνος έργου), είναι δυνατόν να υποκρύπτουν προσυνηνόσή τους και εναρμόνιση των προσφορών τους και, ως εκ τούτου, να επέρχεται παραβίαση της αρχής της μυστικότητας των προσφορών, νόθευση του υγιούς ανταγωνισμού και ευθεία παραβίαση του όρου της διακήρυξης περί υποβολής μόνο μιας προσφοράς από κάθε υποψήφιο. Στην περίπτωση αυτή επιβάλλεται να παρασχεθεί η δυνατότητα να αποδείξουν ότι η σχέση μεταξύ τους δεν επηρέασε τη συμπεριφορά τους στο πλαίσιο της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας. Η διαπίστωση αν, βάσει του δεδομένου εκάστοτε ιστορικού, πραγματικού και τεχνικού μέρους κάθε διαγωνισμού, συντρέχει, *in concreto*, περίπτωση νόθευσης του υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ των προσφερόντων ή περίπτωση άνισης μεταχείρισης μεταξύ αυτών ή περίπτωση σύγκρουσης συμφερόντων, άμεσα ή έμμεσα, στο (νομικό) πρόσωπο του διαγωνιζόμενου φορέα ή στελέχους αυτού, ανήκει στη Διοίκηση και, εν προκειμένω, στην επιτροπή διαγωνισμού και αξιολόγησης προσφορών (πρβλ. συναφώς, ΔΕΚ απόφαση της 3.3.2005, C-21/03 και C-34/03, *Fabricom S.A. κατά Βελγίου*, ΣΤΕ (Ε.Α) 446/2006, 496/2007, 582/2009). Δεσμεύεται δε η αναθέτουσα Αρχή, στο πλαίσιο του υποχρεωτικώς τηρητέου, όταν γεννώνται τα ως άνω θέματα, δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης των ενδιαφερομένων, να διενεργήσει σοβαρή και αντικειμενική έρευνα (βλ. και Εγκύκλιο 9/29-11-06) και να καλέσει προς παροχή

εξηγήσεων ή κατάθεση απόψεων τον υποψήφιο ανάδοχο για τον οποίο τίθεται ζήτημα σύγκρουσης συμφερόντων, χωρίς να υποχρεούται, η ίδια Αρχή, κατά την άνω παροχή εξηγήσεων, να καλέσει και τους λοιπούς συμμετέχοντες στον διαγωνισμό (γνμδ. Ν.Σ.Κ. 312/11).

VI. Κατά συνέπεια προς τα παραπάνω εκτεθέντα, αν από την Επιτροπή διαγωνισμού και αξιολόγησης προσφορών, κατά την προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία, διαπιστωθεί αιτιολογημένα ότι, στον δεδομένο, πάντοτε, διαγωνισμό συντρέχει για κάποιο λόγο περίπτωση νόθευσης του ανταγωνισμού, παραβίασης της αρχής της ισότητας των προσφερόντων ή, άλλως, εύνοιας υπέρ ενός εξ αυτών, σύγκρουσης συμφερόντων ή οποιοσδήποτε άλλος λόγος αναγόμενος στη νομιμότητα ή την ουσιαστική αξιολόγηση των προσφορών (π.χ. αντικειμενική ή υποκειμενική αδυναμία ανταπόκρισης του (τυχόν) αναδόχου στις υποχρεώσεις του έργου αφορώσα στον φορέα ή υπεύθυνο στέλεχος αυτού), η Επιτροπή δικαιούται να απορρίψει προσφορά, με συναφή αιτιολογία, ανεξάρτητα από το στάδιο στο οποίο βρίσκεται ο διαγωνισμός (βλ. σελ. 45 της κρίσιμης προκήρυξης) ασχέτως, μάλιστα, της τυχόν υποβολής ή μη παραδεκτής ένστασης τρίτου (Σ.τ.Ε. (ασφ.) 804/2008), αφού προηγουμένως καλέσει εγγράφως προς παροχή εξηγήσεων προφορικά ή δια σχετικού υπομνήματος, τον προσφέροντα (γνμδ. Ν.Σ.Κ. 312/11). Το αυτό μπορεί να πράξει και η Γενική Γραμματέας Ισότητας των Φύλων ως Αναθέτουσα Αρχή.

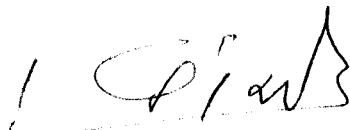
VII. Κατόπιν όσων παραπάνω αναπτύχθηκαν το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Ε' Τμήμα) γνωμοδοτεί, ομοφώνως, ότι στο εν αρχή Ερώτημα προσήκει η εξής απάντηση: α) Δεν είναι απορριπτέα από την Επιτροπή του συγκεκριμένου διαγωνισμού η προσφορά της εταιρείας ΕΕΟ GROUP Α.Ε. εκ μόνου του λόγου ότι ως επιστημονική υπεύθυνος της εταιρείας αυτής για το έργο ορίσθηκε υπάλληλος με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου του ν.π.ι.δ. Κ.Ε.Θ.Ι., χωρίς προηγουμένως να έχει ζητήσει και να έχει λάβει αρμοδίως άδεια άσκησης ιδιωτικού έργου με αμοιβή. β) Η Επιτροπή του συγκεκριμένου διαγωνισμού, εφόσον διαπιστώνει, αυτεπαγγέλτως ή με αφορμή αιτιάσεις ορισμένων φορέων που μετέχουν σε αυτόν, ότι εγείρονται ζητήματα νομιμότητος, οφείλει να τηρήσει τη διαδικασία που περιγράφεται παραπάνω και, μετά την ολοκλήρωση αυτής, ή να απορρίψει αιτιολογημένα προσφορά ή προσφορές κάποιων εξ αυτών ή να συνεχίσει και ολοκληρώσει τη διαδικασία με την υπογραφή, εκ μέρους της Γενικής Γραμματέως Ισότητας των

Φύλων, των οικείων πρακτικών και της μετά την τελική αξιολόγηση, κατά την προκήρυξη, πράξης ανάθεσης.

ΕΘΕΩΡΗΘΗ

Αθήνα, 23-10-2013

Ο Πρόεδρος




Ιωάννης Τριάντος

Αντιπρόεδρος Ν.Σ.Κ.



Ο Εισηγητής



Κων/νος Χαραλαμπίδης

Νομικός Σύμβουλος του Κράτους