



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ**

Αριθμός γνωμοδοτήσεως 39/2015

**ΤΟ ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ
(Τμήμα Β')**

Συνεδρίαση της 16-2-2015

Σύνθεση:

Πρόεδρος: Αλέξανδρος Καραγιάννης, Αντιπρόεδρος ΝΣΚ.

Μέλη: Νικόλαος Μουδάτσος, Θεόδωρος Ψυχογιός, Κωνσταντίνος Χαραλαμπίδης, Δημήτριος Χανής, Αλέξανδρος Ροϊλός, Κυριακή Παρασκευοπούλου, Χριστίνα Διβάνη, Νομικοί Σύμβουλοι του Κράτους.

Εισηγήτρια : Χρυσούλα Τσιαβού, Πάρεδρος ΝΣΚ (γνώμη χωρίς ψήφο).

Αριθμός Ερωτήματος: Το με αριθμ. πρωτ. 8372/23-1-2015 έγγραφο του Υπουργείου Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας/Γενική Γραμματεία Εμπορίου - Καταναλωτή/Γενική Δ/νση Δημοσίων Συμβάσεων & Προμηθειών/Δ/νση Διαχείρισης και Εκτέλεσης Διαγωνιστικών Διαδικασιών/Τμήμα Μηχ/κού, Ηλεκτρονικού Εξοπλισμού & Επιστ. Οργάνων.

Περίληψη ερωτήματος: *Εάν η εκδοθείσα, κατ' εφαρμογή του άρθρου 39 του π.δ. 118/2007, απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης, για τον αποκλεισμό προμηθευτή για ορισμένο ή αόριστο χρόνο από το σύνολο των προμηθειών του δημοσίου τομέα, λόγω ανάρμοστης συμπεριφοράς σε διαδικασία προμήθειας, καταλαμβάνει και τους διαγωνισμούς που βρίσκονται σε εξέλιξη και στους οποίους συμμετέχει ο αποκλεισθείς προμηθευτής.*

Επί του ως άνω ερωτήματος, το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Τμήμα Β') γνωμοδότησε ως εξής:

I. Εκ του εγγράφου της ερωτώσης υπηρεσίας και των στοιχείων του φακέλου που το συνοδεύουν προκύπτει το ακόλουθο πραγματικό, με βάση το οποίο υποβλήθηκε το εν θέματι, γενικώς διατυπούμενο, ερώτημα:

Με την υπ' αριθμ. 75619/22-12-2014 (ΑΔΑ: 7Θ16Φ-6ΨΣ) απόφαση του Υφυπουργού Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας, επιβλήθηκε σε βάρος της αναφερομένης στο ερώτημα εταιρείας με την επωνυμία «Β.Ε.Α. ΑΕ» ποινή αποκλεισμού δύο (2) μηνών από το σύνολο των προμηθειών του δημοσίου τομέα, (σημ: χωρίς χρονολογικό προσδιορισμό του διμήνου), λόγω ανάρμοστης συμπεριφοράς σε διαδικασία προμήθειας, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στις διατάξεις του άρθρου 39 του ισχύοντος Κανονισμού Προμηθειών του Δημοσίου (π.δ. 118/2007), ύστερα από την από 2-12-2014 γνωμοδότηση της Επιτροπής Πολιτικής και Προγραμματισμού Προμηθειών (άρθρου 6 παρ. 1 και 2 του ν. 2286/1995) και την υπ' αριθμ. ΕΜΠ 41/30.10.2014 αιτιολογημένη εισήγηση του φορέα του επίμαχου διαγωνισμού, δηλαδή της εταιρείας «Οδικές Συγκοινωνίες Ανώνυμη Εταιρεία (Ο.Σ.Υ. Α.Ε.)». Η αποκλεισθείσα προμηθεύτρια εταιρεία συμμετέχει σε διαγωνισμούς που βρίσκονται σε εξέλιξη.

II. Στο άρθρο 39 του π.δ. 118/2007 «Κανονισμός Προμηθειών Δημοσίου» (Α' 150), υπό τον τίτλο «Αποκλεισμός προμηθευτή», προβλέπονται τα εξής:

«Άρθρο 39

Με απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης, ύστερα από γνωμοδότηση της Επιτροπής Πολιτικής Προγραμματισμού Προμηθειών (παρ. 1 και 2 του άρθρου 6 του ν. 2286/1995), η οποία υποχρεωτικά καλεί τον ενδιαφερόμενο για παροχή εξηγήσεων και, μετά από αιτιολογημένη εισήγηση του φορέα που διενεργεί τον διαγωνισμό, μπορεί να αποκλεισθεί προμηθευτής για ορισμένο ή αόριστο χρόνο από το σύνολο των προμηθειών του δημοσίου τομέα λόγω ανάρμοστης συμπεριφοράς σε διαδικασία προμήθειας ή λόγω παράβασης των διατάξεων περί προστασίας του καταναλωτή ή του Ενιαίου Φορέα Ελέγχου Τροφίμων (ΕΦΕΤ), για την οποία έχει καταδικαστεί αμετάκλητα».

Σημειωτέον ότι, διατάξεις με παρεμφερές περιεχόμενο, που προέβλεπαν την επιβολή της διοικητικής ποινής του αποκλεισμού προμηθευτή για ορισμένο ή αόριστο χρόνο από συγκεκριμένη προμήθεια ή από το σύνολο των προμηθειών του δημοσίου τομέα, λόγω ανάρμοστης συμπεριφοράς σε διαδικασία προμήθειας, περιελάμβαναν και οι προϊσχύοντες Κανονισμοί Προμηθειών του Δημοσίου (βλ. σχ. άρθρο 39 του π.δ. 394/1996¹, άρθρο 46 του π.δ. 173/1990²)

¹ Άρθρο 39 π.δ. 394/1996 (Α' 266): «Με απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης, ύστερα από γνωμοδότηση της Επιτροπής Πολιτικής Προγραμματισμού Προμηθειών η οποία υποχρεωτικά καλεί τον ενδιαφερόμενο για παροχή εξηγήσεων κατά το άρθρο 20 του ισχύοντος Συντάγματος και μετά από αιτιολογημένη εισήγηση του φορέα που διενεργεί τον διαγωνισμό, μπορεί να αποκλεισθεί προμηθευτής για ορισμένο ή αόριστο χρόνο από συγκεκριμένη προμήθεια ή από τις προμήθειες του δημοσίου τομέα λόγω ανάρμοστης συμπεριφοράς σε διαδικασία προμήθειας.

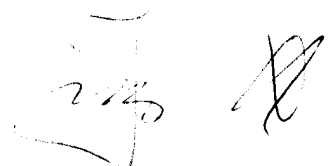
² Άρθρο 46 π.δ. 173/1990 (Α' 62): «Με απόφαση του αρμόδιου Υπουργού, ή του αρμόδιου για την διοίκηση του φορέα οργάνου, ύστερα από γνωμοδότηση του αρμόδιου οργάνου, μπορεί να αποκλεισθεί προμηθευτής από συγκεκριμένη προμήθεια ή από τις προμήθειες του δημοσίου τομέα λόγω ανάρμοστης συμπεριφοράς σε διαδικασία προμήθειας».

III. Από τις προπαρατεθείσες διατάξεις, ερμηνευόμενες ενόψει και του επιδιωκόμενου με αυτές σκοπού, συνάγονται τα ακόλουθα:

1. Με τις διατάξεις του άρθρου 39 του π.δ. 118/2007 παρέχεται η διακριτική ευχέρεια στον Υπουργό Ανάπτυξης να επιβάλει με απόφασή του, η οποία εκδίδεται σύμφωνα με την προβλεπόμενη στο άρθρο αυτό διοικητική διαδικασία, τη διοικητική ποινή του αποκλεισμού προμηθευτή για ορισμένο ή αόριστο χρόνο από το σύνολο των προμηθειών του δημόσιου τομέα, μεταξύ άλλων, και λόγω «*ανάρμοστης συμπεριφοράς*», την οποία αυτός επέδειξε σε συγκεκριμένη διαδικασία προμήθειας. Σκοπός, επομένως, της επίμαχης ρύθμισης είναι να αποτραπεί κατ' αποτέλεσμα, για ορισμένο ή αόριστο χρόνο, αναλόγως του περιεχομένου της σχετικής απόφασης του Υπουργού Ανάπτυξης, η ανάθεση σύμβασης προμήθειας του δημόσιου τομέα σε διαγωνιζόμενο, ο οποίος έχει επιδείξει ανάρμοστη συμπεριφορά σε διαδικασία προμήθειας. Περαιτέρω, έχει κριθεί ότι με τις διατάξεις του άρθρου 39, καθιερώνεται αυτοτελής διαδικασία επιβολής της διοικητικής κύρωσης του αποκλεισμού, ανεξάρτητη από τη διαδικασία που έχει ως αφετηρία τη διακήρυξη για τη διενέργεια συγκεκριμένου διαγωνισμού προμήθειας του δημόσιου τομέα, κατά τη διαδικασία του οποίου επιδείχθηκε η ανάρμοστη συμπεριφορά του προμηθευτή στον οποίο επιβάλλεται η εν λόγω κύρωση (*πρβλ ΟΛΣΤΕ 1755/2007, σκέψη 7^η, ΣΤΕ 514/2008*). Εκ τούτου παρέπεται ότι, εφόσον επιβληθεί η εν λόγω διοικητική κύρωση στο πλαίσιο της προαναφερόμενης διοικητικής διαδικασίας, καθίσταται υποχρεωτικός για τις αναθέτουσες αρχές, ως συνέπεια της αρχής της νομιμότητας της διοικητικής δράσης, ο προσωρινός ή οριστικός αποκλεισμός του προμηθευτή από το σύνολο των προμηθειών του δημόσιου τομέα, υπό την έννοια ότι υφίσταται πλέον νόμιμος λόγος αποκλεισμού του από όλες τις διαγωνιστικές διαδικασίες, είτε είναι εκκρεμείς κατά τον χρόνο έναρξης ισχύος της απόφασης, για τον οποίο γίνεται λόγος στη συνέχεια, είτε πρόκειται να διενεργηθούν μετά την έκδοσή της και εντός του χρονικού διαστήματος ισχύος της.

2. Συναφώς προς τα ανωτέρω, σημειωτέα και τα εξής:

α. Ενόψει των δυσμενών συνεπειών που επιφέρει η έκδοση της προβλεπόμενης στο άρθρο 39 του π.δ. 118/2007 αποφάσεως του Υπουργού Ανάπτυξης, η επέλευση των εννόμων αποτελεσμάτων της, δηλαδή η εφαρμογή της διοικητικής ποινής του προσωρινού ή οριστικού αποκλεισμού από το σύνολο των προμηθειών του δημόσιου τομέα, αρχίζει από την κοινοποίησή της στον ενδιαφερόμενο προμηθευτή. Τούτο δε, διότι, όπως γίνεται δεκτό, η έναρξη των εννόμων αποτελεσμάτων των ατομικών διοικητικών πράξεων, δηλαδή η εφαρμογή των ουσιαστικών ρυθμίσεων που θεσπίζουν, συμπίπτει, εφόσον η πράξη είναι



δημοσιευτέα³, με τη δημοσίευσή της, άλλως, εάν απαιτείται κοινοποίηση, δηλαδή όταν η πράξη είναι απευθυντέα, από την κοινοποίησή της στο πρόσωπο στο οποίο απευθύνεται (βλ. σχ. άρθρα 18 παρ. 1 και 19 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας⁴). Η κοινοποίηση είναι αναγκαία, είτε όταν προβλέπεται ρητά από τις σχετικές διατάξεις, είτε όταν με την πράξη επιβάλλεται στον διοικούμενο ένα δυσμενές μέτρο χωρίς αυτός να το γνωρίζει. Στην τελευταία αυτή περίπτωση, η πράξη δεν μπορεί να αντισταχθεί στον διοικούμενο τον οποίο αφορά, πριν από την κοινοποίησή της, όπως προβλέπουν οι σχετικές διατάξεις, άλλως με κάθε πρόσφορο τρόπο (πρβλ. ΣΤΕ 858/2002 δημ. στη ΝΟΜΟΣ, επίσης: Επ. Σπηλιωτόπουλος «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου», έκδοση 11^η, σελ.181 επ.).

β. Ειδικώς, όσον αφορά στις εκκρεμείς κατά τον χρόνο ενάρξεως ισχύος της αποφάσεως διαγωνιστικές διαδικασίες, ο αποκλεισμός επιβάλλεται από του σταδίου στο οποίο βρίσκεται η διαγωνιστική διαδικασία κατά τον χρόνο κοινοποίησεως της υπουργικής αποφάσεως στον προμηθευτή και για όλα τα μετέπειτα στάδια και, πάντως, πριν την ανακοίνωση στον προμηθευτή της κατακυρωτικής απόφασης, διότι έκτοτε η σύμβαση θεωρείται ως συναφθείσα (άρθρο 23 παρ. 2 του π.δ. 118/2007), με επακόλουθη συνέπεια να μην υφίσταται πλέον στάδιο διαγωνιστικής διαδικασίας, ώστε να τύχουν εφαρμογής οι διατάξεις του άρθρου 39 του π.δ. 118/2007, αλλά συμβατικό στάδιο στο οποίο δεν νοείται αποκλεισμός προμηθευτή, αλλά κήρυξη του εκπτώτου από την συγκεκριμένη σύμβαση, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που τάσσουν οι ειδικότερες διατάξεις του άρθρου 34 του ίδιου π.δ/τος⁵, και όχι κατ'

³ Σημ.: Στην περίπτωση που οι σχετικές διατάξεις απαιτούν τη δημοσίευση μιας ατομικής διοικητικής πράξης, αυτή χαρακτηρίζεται ατομική δημοσιευτέα, οπότε η δημοσίευση αποτελεί συστατικό στοιχείο της ατομικής πράξης και η έναρξη της ισχύος της συμπίπτει με τη δημοσίευσή της. (Απ. Γέροντα «Διοικητικό Δίκαιο», Β' Έκδοση 2010, σελ. 236 επ.).

⁴ Άρθρο 18 παρ. 1 ν. 2690/1999 (ΚΔΔ): «Η ατομική διοικητική πράξη τελειούται με την υπογραφή και τη χρονολόγησή της, ή τη δημοσίευσή της αν είναι δημοσιευτέα κατά νόμο...»

Άρθρο 19 ν. 2690/1999 (ΚΔΔ): «1. Η ατομική διοικητική πράξη κοινοποιείται στο πρόσωπο το οποίο αφορά. 2. Με την επιφύλαξη των τυχόν οριζόμενων σε ειδικές διατάξεις, η κοινοποίηση γίνεται με κάθε πρόσφορο μέσο». Από τις ανωτέρω διατάξεις προκύπτει ότι ατομική διοικητική πράξη που κατά νόμο δεν δημοσιεύεται, δεν επιφέρει τα έννομα αποτελέσματα της έναντι εκείνου τον οποίο αφορά, παρά μόνον από την κοινοποίηση της προς αυτόν ή τουλάχιστον από την γνώση του. Ο κανόνας αυτός αφορά, χωρίς να καθιστά την κοινοποίηση συστατικό στοιχείο της πράξης, επιβάλλεται από την αρχή της φανεράς δράσης της διοίκησης, έχει ως συνέπεια τέτοια πράξη να μην επιφέρει τα έννομα αποτελέσματα της έναντι του Καλόπιστου διοικούμενου αν δεν του κοινοποιηθεί ή, τουλάχιστον, αν δεν περιέλθει αποδεδειγμένα σε γνώση του (πρβλ. ΣΤΕ 858/2002 δημ. στη ΝΟΜΟΣ).

⁵ Σημ.: Στο άρθρο 34 παρ. 5 του π.δ. 118/2007 προβλέπονται τα εξής: «5. Στον προμηθευτή που κηρύσσεται έκπτωτος από την κατακύρωση, ανάθεση ή σύμβαση, επιβάλλονται, με απόφαση του αρμοδίου Υπουργού ή του αρμοδίου για τη διοίκηση του φορέα οργάνου, ύστερα από γνωμοδότηση του αρμοδίου οργάνου, το οποίο υποχρεωτικά καλεί τον ενδιαφερόμενο προς παροχή εξηγήσεων αθροιστικά ή διαζευκτικά, οι παρακάτω κυρώσεις: α...γ. Προσωρινός ή οριστικός αποκλεισμός του προμηθευτή από το σύνολο των προμηθειών των φορέων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του ν. 2286/1995. Ο αποκλεισμός σε οποιαδήποτε περίπτωση, επιβάλλεται μόνο με απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης, ύστερα από γνωμοδότηση της Επιτροπής Πολιτικής Προγραμματισμού Προμηθειών, η οποία υποχρεωτικά καλεί τον ενδιαφερόμενο για παροχή εξηγήσεων και μετά από αιτιολογημένη εισήγηση του φορέα που διενεργεί το διαγωνισμό...». Κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων, για να επιβληθούν οι κυρώσεις της παραγράφου 5 του άρθρου 34 του ΚΠΔ θα πρέπει η σύμβαση να έχει ήδη καταρτισθεί με την ανακοίνωση της κατακυρωτικής απόφασης στον ανάδοχο κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 23 παρ.1 και 2 του ίδιου διαγωνισμού και ο ανάδοχος να κηρυχθεί έκπτωτος, είτε διότι δεν προσήλθε εντός της

επίκληση της κατά το άρθρο 39 υπουργικής απόφασης περί αποκλεισμού, καθόσον ο αποκλεισμός που μπορεί, κατ' άρθρο 34, να επιβληθεί ως κύρωση συνεπεία της κηρύξεως του προμηθευτή εκπώτου, είναι διάφορος του προβλεπομένου στο άρθρο 39 (πρβλ. ΣΤΕ 3141/2012, σκέψη 8^η, καθώς επίσης και ΟΛΣΤΕ 1755/2007, σκ. 7^η, και ΣΤΕ 514/2008, σκέψη 6^η, οι οποίες εκδόθηκαν υπό το καθεστώς των αντιστοίχων διατάξεων των άρθρων 39 του π.δ. 173/1990 και 34 και 46 του π.δ. 394/1996, ταυτοσήμου περιεχομένου προς αυτές των άρθρων 34 και 39 του π.δ. 118/2007).

Μειοψηφισε ο Νομικός Σύμβουλος του Κράτους Κωνσταντίνος Χαραλαμπίδης, ο οποίος διατύπωσε την ακόλουθη γνώμη: Σε αντιδιαστολή προς την ειδική διάταξη του άρθρου 34 παρ. 5 π.δ. 118/2007, η οποία προβλέπει, υποχρεωτικώς, διοικητική κύρωση ακόμη και οριστικού αποκλεισμού προμηθευτή, με μόνη προϋπόθεση την κήρυξη αυτού ως εκπώτου κατά την εκτέλεση συγκεκριμένης σύμβασης προμήθειας, η διάταξη του άρθρου 39 του αυτού π. δ/τος καθιερώνει μια γενικής εφαρμογής αυτοτελή διαδικασία επιβολής, κατά διακριτική ευχέρεια του Υπουργού («μπορεί να αποκλεισθεί»), διοικητικής κύρωσης, ανεξάρτητης από τη διαδικασία που έχει ως αφετηρία τη διακήρυξη για τη διενέργεια συγκεκριμένου διαγωνισμού προμήθειας, η οποία εκδίδεται σε χρόνο (ενδεχομένως και πολύ) μεταγενέστερο της επίδειξης ανάρμοστης συμπεριφοράς. Ως εκ τούτου εναπόκειται, κατ' αρχήν στον Υπουργό να ορίσει, στο ίδιο το κείμενο της κυρωτικής διοικητικής πράξης του αποκλεισμού, αν ο τελευταίος καταλαμβάνει και τις εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες, στις οποίες μετέχει ο αποκλειόμενος, σταθμίζοντας έτσι, κατά τη χρήση της σχετικής διακριτικής του ευχέρειας, παράγοντες σχετιζόμενους και με την προστασία του δημοσίου συμφέροντος (όπως π.χ. η (μη) διατάραξη της ομαλής εξέλιξης διαγωνισμών, ή τυχόν νόθευση ή αλλοίωση του ανταγωνισμού εκ του αιφνίδιου αποκλεισμού συμμετέχοντος προμηθευτή) ή την προστασία του προμηθευτή, ο οποίος, ενδεχομένως, καλοπίστως συμμετέχει σε διαγωνισμό, στον οποίο, κατά τον χρόνο της διακήρυξης αυτού, δεν είχε εκδοθεί η κυρωτική πράξη αποκλεισμού του. Τυχόν παράλειψη του Υπουργού να περιλάβει στην κυρωτική πράξη αποκλεισμού του άρθρου 39 π.δ. 118/2007 σχετική ρήτρα οδηγεί στο συμπέρασμα, κατά την άποψη της μειοψηφίας, ότι ο αποκλεισμός δεν καταλαμβάνει τους διαγωνισμούς που βρίσκονται σε εξέλιξη και στους οποίους ήδη συμμετέχει ο αποκλεισθείς προμηθευτής.

προθεσμίας που του έχει ορισθεί για να υπογράψει τη σχετική σύμβαση, είτε διότι δεν εξεπλήρωσε τις απορρέουσες από τη σύμβαση υποχρεώσεις του. Συνεπώς, αν δεν έχει καταρτισθεί η δημόσια σύμβαση, δεν μπορεί να επιβληθούν σε διαγωνιζόμενο οι κυρώσεις της παραγράφου 5 του άρθρου 34 του ΚΠΔ, επομένως και του προσωρινού ή οριστικού αποκλεισμού του προμηθευτή από το σύνολο των προμηθειών των φορέων που εμπήκουν στο πεδίο εφαρμογής του ν. 2286/1995 (πρβλ. ΣΤΕ 3141/2012 δημ. στη ΝΟΜΟΣ, επίσης: Δημ. Ράϊκος «ΔΙΚΑΙΟ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ», έκδοση 2014, σελ. 691).

IV. Ενόψει των προεκτεθέντων, στο τεθέν ερώτημα το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Τμήμα Β') γνωμοδοτεί, **κατά πλειοψηφία**, ότι, εφόσον επιβληθεί η προβλεπόμενη στο άρθρο 39 του π.δ. 118/2007 διοικητική κύρωση του αποκλεισμού προμηθευτή από το σύνολο των προμηθειών του δημόσιου τομέα, λόγω ανάρμοστης συμπεριφοράς που επέδειξε σε διαδικασία προμήθειας, από την κοινοποίηση της σχετικής αποφάσεως στον προμηθευτή, καθίσταται υποχρεωτικός για τις αναθέτουσες αρχές ο προσωρινός ή οριστικός αποκλεισμός του από το σύνολο των προμηθειών του δημόσιου τομέα, υπό την έννοια ότι συντρέχει νόμιμος λόγος αποκλεισμού του εν λόγω προμηθευτή από όλες τις διαγωνιστικές διαδικασίες, είτε είναι εκκρεμείς κατά τον χρόνο έναρξης ισχύος της οικείας απόφασης του Υπουργού Ανάπτυξης, είτε πρόκειται να διενεργηθούν μετά την έκδοσή της και εντός του χρονικού διαστήματος ισχύος της.

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Αθήνα, 24^η Φεβρουαρίου 2015

Ο Πρόεδρος

Αλέξανδρος Γερ. Καραγιάννης
Αντιπρόεδρος ΝΣΚ

Η εισηγήτρια

Χρυσούλα Τσιαβού
Πάρεδρος ΝΣΚ