



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

Αριθμός Γνωμοδότησης 237/2015

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

Συνεδρίαση της 26ης Οκτωβρίου 2015

Σύνθεση :

Πρόεδρος : Αλέξανδρος Καραγιάννης, Αντιπρόεδρος του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους.

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

Εισηγήτρια : Ιωάννα Λεμπέση, Πάρεδρος Ν.Σ.Κ. (γνώμη άνευ ψήφου).

Αριθμός Ερωτήματος: Το υπ' αριθμ. πρωτ. 13/26-8-2015 έγγραφο του Υπουργείου Οικονομίας, Υποδομών, Ναυτιλίας και Τουρισμού, ήδη Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, (Ειδική Γραμματεία Διαχείρισης Τομεακών Ε.Π. του Ευρωπαϊκού Κοινωνικού Ταμείου/Ειδική Υπηρεσία Διαχείρισης Ε.Π. «Μεταρρύθμιση Δημόσιου Τομέα»).

Περίληψη Ερωτήματος: Ερωτάται αν, υπό το κατωτέρω παρατιθέμενο συγκεκριμένο πραγματικό, στοιχειοθετείται κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων στο πρόσωπο της εταιρείας «ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ Α.Ε.», στην οποία κατακυρώθηκε η υλοποίηση του έργου «*Αναδιοργάνωση της ΗΔΙΚΑ Α.Ε. για την ευθυγράμμιση του λειτουργικού και οργανωτικού της μοντέλου με τις ανάγκες και συνθήκες που διαμορφώνονται από την βέλτιστη αξιοποίηση των αποτελεσμάτων των δράσεων εκσυγχρονισμού και εισαγωγής συστημάτων νέων τεχνολογιών στην Κοινωνική Ασφάλιση και την Υγεία*» και ως εκ τούτου προκύπτει ζήτημα ως προς την υπογραφή της σύμβασης ανάθεσης του ως άνω έργου, ενόψει των αρχών της νομιμότητας, της

διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, όπως έχουν εξειδικευτεί από το ΔΕΚ, καθώς και του όρου της οικείας διακήρυξης ότι δικαίωμα συμμετοχής στον διαγωνισμό έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα, ημεδαπά ή αλλοδαπά, ή ενώσεις φυσικών ή νομικών προσώπων που δεν τελούν σε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, όπως η συμμετοχή άμεσα ή έμμεσα σε διαδικασία ex ante, ενδιάμεσης ή τελικής αξιολόγησης του Ε.Π. «Διοικητική Μεταρρύθμιση».

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

I. Ιστορικό

Από το έγγραφο της ερωτώσης υπηρεσίας, το ενημερωτικό σημείωμα που το συνοδεύει και το υπ' αριθμ. πρωτ. 2356/11.9.2015 συμπληρωματικό έγγραφο της ίδιας υπηρεσίας, προκύπτουν τα ακόλουθα:

1. Η πράξη "Αναδιοργάνωση της ΗΔΙΚΑ Α.Ε. για την ευθυγράμμιση του λειτουργικού και οργανωτικού της μοντέλου με τις ανάγκες και συνθήκες που διαμορφώνονται από την βέλτιστη αξιοποίηση των αποτελεσμάτων των δράσεων εκσυγχρονισμού και εισαγωγής συστημάτων νέων τεχνολογιών στην Κοινωνική Ασφάλιση και την Υγεία", με κωδικό MIS 370549, εντάχθηκε στο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα "Διοικητική Μεταρρύθμιση 2007-2013" δυνάμει της υπ' αριθμ. πρωτ. 1173/12.09.2013 απόφασης ένταξης.

Η αρχική Αίτηση Χρηματοδότησης του Δικαιούχου και το αρχικό Τεχνικό Δελτίο Προτεινόμενης Πράξης υπεβλήθη με το έγγραφο αρ. πρωτ.: 13355/30-09-2011 και ακολούθησαν επανυποβολές Τεχνικών Δελτίων με αρ. πρωτ. 16819/08.12.2011 και 6034/24.04.2013.

Με την υπ' αριθμ. πρωτ. 836/23.1.2014 Διακήρυξη της ΗΔΙΚΑ Α.Ε. προκηρύχθηκε Ανοικτός Διεθνής Διαγωνισμός επιλογής αναδόχου για την υλοποίηση του ως άνω έργου, προϋπολογισμού 1.389.800,00 ευρώ, πλέον ΦΠΑ 23%, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά.

Η ΕΥΔ ΕΠ «Διοικητική Μεταρρύθμιση 2007-2013» προέβη στην έκδοση της υπ' αριθμ. 3649/2013 σύμφωνης γνώμης υπό προϋποθέσεις επί της διαδικασίας δημοπράτησης του έργου.

Περαιτέρω, στον Διαγωνισμό που διεξήχθη στις 6.3.2014 έλαβαν μέρος και υπέβαλαν προσφορές εταιρείες/ενώσεις εταιρειών, μεταξύ των οποίων και η εταιρεία «ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ Α.Ε».

Στα πρακτικά 1-10 της Επιτροπής Διενέργειας επί των δικαιολογητικών συμμετοχής, ειδικότερα, δε, στο πρακτικό 10/24.06.2014 της Επιτροπής Διαγωνισμού, όπου διατυπώνονται οι τελικές κρίσεις της Επιτροπής επί των

ελάχιστων προϋποθέσεων και των δικαιολογητικών συμμετοχής, δεν γίνεται αναφορά, ούτε προκύπτει, διερεύνηση του ζητήματος της τυχόν σύγκρουσης συμφερόντων στο πρόσωπο της «ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ Α.Ε.».

Με την απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της ΗΔΙΚΑ Α.Ε. με αριθμό 942/26.06.2014 αποφασίσθηκε η σύμφωνη και με την οικεία γνώμη της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού απόρριψη των προσφορών των ενώσεων εταιρειών «PLANET Α.Ε. - PWC Α.Ε. - ΕΠΙΣΕΥ-ΕΜΠ» και «PLANNING Α.Ε. - ΕΥΡΩΣΥΜΒΟΥΛΟΙ Α.Ε.» και η αποδοχή μόνο της προσφοράς της εταιρείας «ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ Α.Ε.», της οποίας αξιολογήθηκε στη συνέχεια η τεχνική προσφορά της.

Οι ως άνω ενώσεις εταιρειών, των οποίων οι προσφορές απορρίφθηκαν, υπέβαλαν, αντιστοίχως, τις αριθμ. πρωτ. 7501/07.07.2014 και 7996/18.07.2014 προσφυγές του ν.3886/2010, επί των οποίων, μετ' αποδοχή εισηγήσεων της επιτροπής προσφυγών της ΗΔΙΚΑ Α.Ε, εκδόθηκαν οι υπ' αριθμ. 953/25.07.2014 και 958/30.07.2014, αντιστοίχως, απορριπτικές αποφάσεις του Διοικητικού Συμβουλίου.

Η εταιρεία «ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ Α.Ε.» επί της προσφυγής με αριθμό 7501/07.07.2014 υπέβαλε το με αριθμό 7826/15.07.2014 υπόμνημά της.

Σύμφωνα με τα πρακτικά 3/21.07.2014 και 4/25.07.2014 της Επιτροπής Προσφυγών, οι υποβληθέντες από τις προσφεύγουσες ισχυρισμοί περί στοιχειοθέτησης κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων στο πρόσωπο της εταιρείας «ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ Α.Ε.», δεν εξετάσθηκαν από την Επιτροπή κατ' ουσίαν, ελλείπει εννόμου συμφέροντος, δεδομένου ότι είχαν ήδη εξετασθεί και απορριφθεί ισχυρισμοί κατά της απόρριψης των προσφορών των προσφευγουσών.

Η ένωση εταιρειών «PLANET Α.Ε. - PWC Α.Ε. - ΕΠΙΣΕΥ-ΕΜΠ» υπέβαλε αίτηση ασφαλιστικών μέτρων που απερρίφθη με την υπ' αριθμ. 684/03.11.2014 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Το Δικαστήριο, ελλείπει εννόμου συμφέροντος, δεν προέβη σε κατ' ουσίαν κρίση, μεταξύ άλλων, επί των αιτιάσεων που αφορούσαν στη στοιχειοθέτηση κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων στο πρόσωπο της εταιρείας «ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ Α.Ε.».

2. Κατά τον έλεγχο του φακέλου ανάθεσης από την ερωτώσα Υπηρεσία, που διενεργήθηκε στο πλαίσιο της διαδικασίας έκδοσης γνώμης επί της διαδικασίας ανάθεσης και του προσχεδίου σύμβασης, διαπιστώθηκε ότι σε χρόνο προγενέστερο της έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης του ως άνω έργου και της σχετικής προκήρυξης, είχαν εκδοθεί εκ μέρους της ΗΔΙΚΑ Α.Ε. οι κατωτέρω αποφάσεις ανάθεσης υπηρεσιών στην εταιρεία ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ Α.Ε.:

α. Η υπ' αριθμ. 180/27.04.2011 (ΑΔΑ4ΑΓΧ4691Β5-Λ) απόφαση ανάθεσης σε συνέχεια της οποίας υπεγράφη και εκτελέστηκε η από 13.05.2011, με αριθμό

23/2011, σύμβαση μεταξύ της ΗΔΙΚΑ Α.Ε. και της εταιρείας ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ Α.Ε., με διάρκεια 45 ημέρες από την υπογραφή. Η επιτυχής ολοκλήρωση των εργασιών που ορίζονταν ως φυσικό αντικείμενο της σύμβασης αυτής βεβαιώθηκε με το από 06.12.2011 υπηρεσιακό σημείωμα της Δ/σης Προγραμματισμού της ΗΔΙΚΑ Α.Ε.

β. Η υπ' αριθμ. 230/25.06.2012 (ΑΔΑ:Β4ΛΜ4691Β5-ΦΞΝ) απόφαση ανάθεσης, σε συνέχεια της οποίας υπεγράφη και εκτελέσθηκε η από 09.07.2012 σύμβαση, με αριθμό 52/2012, μεταξύ της ΗΔΙΚΑ Α.Ε. και της εταιρείας ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ Α.Ε. με διάρκεια 3 μήνες (31.08.2012 έως 30.11.2012). Η οριστική παραλαβή του έργου που εκτελέσθηκε δυνάμει της σύμβασης αυτής, έγινε από την Επιτροπή παραλαβών της ΗΔΙΚΑ Α.Ε. σε συνέχεια και του αριθμ πρωτ. 1835/05.02.2013 σημειώματος του Τμήματος Συμβάσεων της Υποδιεύθυνσης Προμηθειών και του από 18.12.2012 εγγράφου της Δ/σης Προγραμματισμού και Διαχείρισης Έργων της ΗΔΙΚΑ Α.Ε.

Κατά την εξέταση των όρων των ως άνω αποφάσεων ανάθεσης και συμβάσεων διαπιστώθηκε «άμεση συνάφεια και διασύνδεση μεταξύ των προηγούμενων υλοποιηθεισών υπηρεσιών και του υπό ανάθεση έργου: Συγκεκριμένα:

Η εταιρεία ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ Α.Ε. εκτέλεσε, για την άρτια υλοποίηση του παραδοτέου «*Σχέδια Τεχνικών Δελτίων Προτεινόμενων Πράξεων*», όλες τις απαιτούμενες ενέργειες, εργασίες και μελέτες, προκειμένου, κατά τις απαιτήσεις της σύμβασης 23/2011 αλλά και τις συνεπαγόμενες από τη φύση του έργου τεχνικές απαιτήσεις, μεταξύ άλλων:

- να γίνει τεκμηρίωση του φυσικού αντικείμενου των προτεινόμενων προς ένταξη δράσεων,
- να γίνει αναλυτική κοστολόγηση του έργου,
- να γίνει αποτύπωση του χρονικού προγραμματισμού υλοποίησης,
- να γίνει ανάλυση της δράσης σε επίπεδο υποέργων με σαφή αναφορά στο διακριτό και αυτοτελές φυσικό του αντικείμενο και αναφορά στο τρόπο υλοποίησης,
- να συνταχθούν τα Τεχνικά Δελτία Προτεινομένης Πράξης.

Επίσης οι συμβατικές υποχρεώσεις του αναδόχου, σύμφωνα με την 52/2012 σύμβαση, συνίσταντο σε όλες τις απαιτούμενες ενέργειες, μελέτες και υπηρεσίες προκειμένου, μεταξύ άλλων:

- να υποστηριχθεί ο σχεδιασμός του έργου σύμφωνα με τις ανάγκες, τις δυνατότητες και τις ευκαιρίες που διαμορφώνονταν,
- να υποστηριχθούν οι διαδικασίες και ενέργειες για την υποβολή ολοκληρωμένων προτάσεων για την ένταξη στα Ε.Π. του ΕΣΠΑ,
- να υποστηριχθεί η σχεδίαση έργων,

- να υποστηριχθεί η διαδικασία υποβολής και ένταξης της πράξης στο ΕΠ του ΕΣΠΑ,
- να γίνει ανίχνευση των υφιστάμενων αναγκών για υλοποίηση έργων με απώτερο στόχο την υποστήριξη της λήψης κατάλληλων αποφάσεων, όσον αφορά αρχικά στην τεκμηρίωση της σκοπιμότητας υλοποίησης και ωρίμανσή τους και εν συνεχεία στον προγραμματισμό και στην υλοποίησή τους.
- να γίνει ιεράρχηση των αναγκών μέσα από τη δημιουργία κριτηρίων που θα αποτελούν τον άξονα ιεράρχησής τους. Τα κριτήρια περιλαμβάνουν τις εξής ομάδες:
 - Κριτήρια εσωτερικού περιβάλλοντος, στα οποία περιλαμβάνονται τα διαπιστωμένα προβλήματα-αδυναμίες στα οποία καλείται να απαντήσει η προτεινόμενη δράση - τεχνικά κριτήρια που απορρέουν από τα κείμενα τεχνικών κατευθύνσεων και οδηγιών που εκδίδονται από την ΕΥΔ.,
 - να γίνει τεκμηρίωση του φυσικού αντικείμενου του προτεινόμενου έργου,
 - να γίνει αναλυτική κοστολόγηση του έργου,
 - να διαμορφωθεί χρονοδιάγραμμα υλοποίησης και να κατασκευαστούν διαγράμματα κρίσιμης διαδρομής για τις διοικητικές ενέργειες που απαιτούνται, τις μελέτες και τις εργασίες που πρέπει να εκτελεσθούν για την υλοποίηση του κάθε προτεινόμενου έργου,
 - να γίνει συσχέτιση με κρίσιμους παράγοντες και κινδύνους που συνδέονται με την υλοποίηση του έργου,
 - να γίνει προσδιορισμός του φυσικού αντικείμενου του έργου και των υποέργων (επισημαίνεται ότι το φυσικό αντικείμενο του υποέργου 2 της πράξης 370549 ταυτίζεται με το φυσικό αντικείμενο του υπό ανάθεση ελεγχόμενου έργου).
 - να προσδιορισθεί ο τρόπος υλοποίησης του έργου,
 - να καθορισθεί το συνολικό κόστος του υποέργου και το χρονοδιάγραμμα υλοποίησης, με στοιχεία όπως κρίσιμες ημερομηνίες, ορόσημα),
 - να συνταχθεί το τεχνικό δελτίο προτεινόμενης πράξης,
 - να συνταχθούν τα σχέδια τευχών διακήρυξης,
 - να υποστηριχθεί η διαπίστωση αναγκαιότητας τροποποίησης του Τεχνικού Δελτίου Πράξης, η υποβολή του σχετικού αιτήματος και η

σύνταξη του τροποποιημένου Τεχνικού Δελτίου Πράξης.

Περαιτέρω διαπιστώθηκε ότι τα αναλυτικά τεύχη διακήρυξης του υπό έλεγχο έργου, είχαν ήδη προετοιμασθεί κατά την υποβολή του Τεχνικού Δελτίου Προτεινόμενης Πράξης με το έγγραφο αρ. πρωτ.: 13355/30-09-2011 (εισερχ. ΕΥΔ: 3408/30-09-2011) και κατά τις επανυποβολές Τεχνικών Δελτίων με αρ. πρωτ. 16819/08.12.2011 (αρ. εισερχ. ΕΥΔ: 4584/12-12-2011) και 6034/24.04.2013 (αρ. εισερχ. πρωτ. ΕΥΔ: 1173/24-04-2013), γεγονός που δηλώνεται από την ΗΔΙΚΑ Α.Ε. στο σώμα των Δελτίων και, ειδικότερα, το πεδίο περί ωρίμανσης του έργου (βλ. αρ. 2356/11.9.2015 συμπληρωματικό έγγραφο της ερωτώσης υπηρεσίας).

Επιπλέον, διαπιστώθηκε «χρονική συνάφεια της εκτέλεσης των ως άνω συμβάσεων με την υποβολή του αρχικού αλλά και των τροποποιημένων τεχνικών δελτίων:

- Για τη σύμβαση 52/2012: Διάρκεια σύμβασης από 31.08.2012 ως 30.11.2012 - υποβολή αναμορφωμένων τεχνικών δελτίων : 08.12.2012 και 24.04.2013
- Για τη σύμβαση 23/2011: Διάρκεια σύμβασης από 14.05.2011 έως 27.06.2011 - υποβολή Τεχνικού Δελτίου Προτεινόμενης Πράξης: 30.09.2011.

Σημειώνεται ότι στα υποβληθέντα Τεχνικά Δελτία Πράξης γίνεται αναλυτική καταγραφή των φάσεων του έργου, των παραδοτέων ανά φάση και επιμέρους κοστολόγηση ανά παραδοτέο, περαιτέρω ότι προβλέπεται γενικώς αλλά και διαπιστώθηκε εν προκειμένω, ακριβής αντιστοίχιση του προσδιορισμού τους στα ΤΔΠΠ και στη διακήρυξη.

Δεδομένων των ανωτέρω διαπιστώθηκε η συνδρομή των εξής στοιχείων σύγκρουσης συμφερόντων στο πρόσωπο της αναδόχου:

- Εις βάθος μελέτη εκ μέρους της αναδόχου του περιβάλλοντος και της υφιστάμενης κατάστασης της ΗΔΙΚΑ,
- Επεξεργασία των στοιχείων που αντλήθηκαν προκειμένου να διαμορφωθούν, βάσει συμβατικής υποχρέωσης, οι ολοκληρωμένες προτάσεις προς χρηματοδότηση,
- Λήψη γνώσης όρων της διακήρυξης,
- Συμμετοχή στο σχεδίασμα και τη διαμόρφωση των προς ένταξη πράξεων-υπεέργων (δεδομένου ότι σύμφωνα με το σύστημα διαχείρισης η υλοποίηση εκάστου υποέργου αντιστοιχείται σε αυτοτελή συμβασιοποίηση)».

Ενόψει των ανωτέρω, η αρμόδια Υπηρεσία (Ειδική Υπηρεσία Διαχείρισης Ε.Π. «Μεταρρύθμιση Δημόσιου Τομέα» - Μονάδα Γ' «Προεγκρίσεων & Επιτόπιων Επαληθεύσεων») εξέδωσε την αριθμ. πρωτ. 833/09.04.2015 αρνητική γνώμη επί της διαδικασίας ανάθεσης και της συμβασιοποίησης του εν λόγω υποέργου, λόγω

διαπίστωσης ότι συντρέχει περίπτωση σύγκρουσης συμφερόντων η οποία, βάσει στοιχείων του φακέλου, οδήγησε στην δημιουργία άνισων συνθηκών ανταγωνισμού κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και εν γένει σε νόθευση της ανταγωνιστικής διαδικασίας του διαγωνισμού.

Ειδικότερα, διαπιστώθηκε ότι «η εκτέλεση των κατά τα ανωτέρω ανατεθειμένων υπηρεσιών από την εταιρεία «ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ Α.Ε.», οι οποίες αφενός σχετίζονται άμεσα με την αποτύπωση του φυσικού αντικείμενου του έργου, το σχεδιασμό του, καθώς και με τον προσδιορισμό όρων της διακήρυξης, αφετέρου η εκτέλεσή τους, προϋπέθετε πλήρη ενημέρωση και μελέτη της υφιστάμενης κατάστασης αλλά και των αναγκών της αναθέτουσας αρχής σε σχέση με το υπό προκήρυξη έργο, παρείχε στην εταιρεία προφανές πλεονέκτημα σε σχέση με τους λοιπούς υποψηφίους το οποίο έγκειται στη δυνατότητα συμμετοχής στη διαμόρφωση των όρων της διακήρυξης αλλά και στη λήψη γνώσης ουσιωδών όρων της προκήρυξης σε χρόνο προγενέστερο της δημοσίευσης. Επιπλέον, το αντικείμενο καθ' αυτό των ανατεθειμένων υπηρεσιών παρείχε σαφώς στην εταιρεία «ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ Α.Ε.» πλεονέκτημα στη διαμόρφωση της τεχνικής της προσφοράς.

Οι διαπιστωθείσες παρατυπίες όπως αποτυπώνονται στην εκδοθείσα αρνητική γνώμη συνίστανται σε:

1. Παραβίαση του όρου Β.2.1 σε συνδυασμό με τον όρο Β.2.2. της προκήρυξης του διαγωνισμού περί αποκλεισμού από τη διαδικασία ανάθεσης σε περίπτωση σύγκρουσης συμφερόντων.
2. Παραβίαση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και των όρων του ανταγωνισμού λόγω συνδρομής ιδιοτήτων στο πρόσωπο της αναδόχου που του προσέδωσαν πλεονέκτημα σε σχέση με τους λοιπούς υποψηφίους» (βλ. 2356/11.9.2015 συμπληρωματικό έγγραφο της ερωτώσης υπηρεσίας).

Επί της ως άνω αρνητικής γνώμης υπεβλήθη η αριθμ. πρωτ.3494/04.05.2014 «ένσταση - αίτηση θεραπείας» της ΗΔΙΚΑ Α.Ε., με την οποία υποστηρίζεται ότι η μόνη εμπλοκή της εταιρείας ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ Α.Ε. αφορούσε τη σύνταξη του τεχνικού δελτίου του έργου, ότι η ΗΔΙΚΑ Α.Ε. εξέτασε το ενδεχόμενο η εταιρεία ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ Α.Ε. να απέκτησε πλεονέκτημα έναντι των υπολοίπων διαγωνιζομένων λόγω της σύνταξης του αρχικού τεχνικού δελτίου του έργου και ότι εν τέλει κατέληξε ότι δεν υπάρχουν στοιχεία που να τεκμηριώνουν τη σύγκρουση συμφερόντων, με συνέπεια να μην τίθεται θέμα αποκλεισμού της ως άνω εταιρείας.

Η αρμόδια Υπηρεσία προκειμένου να αποφανθεί, στο πλαίσιο της αρμοδιότητάς της βάσει της διάταξης του άρθρου 3 του ν.3614/2007, επί της ως άνω «ένστασης-αίτησης θεραπείας» υπέβαλε το εξεταζόμενο ερώτημα.

II. Νομοθετικό πλαίσιο

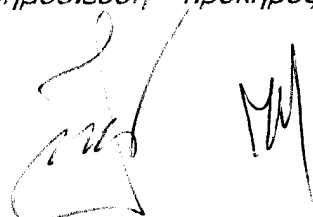
1. Στην παράγραφο 6 του άρθρου 6 του Οργανισμού του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους (ν. 3086/2002 Α' 324) ορίζονται τα εξής. «6. Τα ερωτήματα της Διοίκησης πρέπει να διαλαμβάνουν πλήρη εξιστόρηση των πραγματικών περιστατικών της υπόθεσης και προσδιορισμό των προβληματισμών της, για την έννοια και το περιεχόμενο συγκεκριμένων διατάξεων της κείμενης νομοθεσίας, των οποίων ζητείται η ερμηνεία από το Ν.Σ.Κ., προκειμένου να τις εφαρμόσει στα πλαίσια των αρμοδιοτήτων της.....».

2. Στο π.δ. 60/2007 (Α' 64), με το οποίο προσαρμόσθηκε η ελληνική νομοθεσία στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 31^{ης} Μαρτίου 2004 «περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών», ορίζονται, πλην άλλων, τα εξής:

Άρθρο 2 Ορισμοί (άρθρο 1 οδηγίας 2004/18/ΕΚ): «1. Για τους σκοπούς του παρόντος, εφαρμόζονται οι ορισμοί που παρατίθενται στις παραγράφους 2 έως 14. 2. α) "Δημόσιες συμβάσεις" είναι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας, οι οποίες συνάπτονται γραπτώς μεταξύ ενός ή περισσότερων οικονομικών φορέων και μιας ή περισσότερων αναθετουσών αρχών και έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια προϊόντων ή την παροχή υπηρεσιών κατά την έννοια του παρόντος.....δ) "Δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών" είναι δημόσιες συμβάσεις, πλην των δημοσίων συμβάσεων έργων ή προμηθειών, οι οποίες έχουν ως αντικείμενο την παροχή των υπηρεσιών που αναφέρονται στο Παράρτημα II..... 11. α) "Ανοικτές διαδικασίες" είναι οι διαδικασίες, στο πλαίσιο των οποίων κάθε ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας μπορεί να υποβάλει προσφορά».

Άρθρο 3 «Αρχές που διέπουν τη σύναψη συμβάσεων (άρθρο 2 οδηγίας 2004/18/ΕΚ): «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις ενεργώντας με διαφάνεια».

Άρθρο 22 Χρήση των ανοικτών, κλειστών και με διαπραγμάτευση διαδικασιών και του ανταγωνιστικού διαλόγου (άρθρο 28 οδηγίας 2004/18/ΕΚ): «Οι αναθέτουσες αρχές συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας στην ανοικτή διαδικασία ή στην κλειστή διαδικασία. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προβαίνουν στη σύναψη δημοσίων συμβάσεων προμηθειών ή υπηρεσιών με τη χρήση ανταγωνιστικού διαλόγου, σύμφωνα με τις ειδικές διατάξεις του άρθρου 23. Στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που προβλέπονται στα άρθρα 24 και 25, μπορούν να προσφεύγουν στη διαδικασία με διαπραγμάτευση, με ή χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού».



3. Στο Β' Μέρος της υπ' αριθμ. πρωτ. 836/23.1.2014 Διακήρυξης, στο οποίο περιέχονται οι Γενικοί και Ειδικοί όροι του Διαγωνισμού, ορίζεται, μεταξύ άλλων, ότι: « *B.2.1. Δικαίωμα συμμετοχής στο Διαγωνισμό έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα, ημεδαπά ή αλλοδαπά, ή Ενώσεις φυσικών ή νομικών προσώπων που :.... Δεν τελεί σε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων και ούτε θα υποβάλει προσφορά σε διαγωνισμό που μπορεί να τον οδηγήσει σε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων όπως η συμμετοχή άμεσα ή έμμεσα σε διαδικασία ex ante, ενδιάμεσης ή τελικής αξιολόγησης του Ε.Π. «Διοικητική Μεταρρύθμιση» και «B.2.2. Αποκλεισμός συμμετοχής. Δεν έχουν δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό: - Όσοι δεν πληρούν τις ανωτέρω προϋποθέσεις Συμμετοχής».*

III. Ερμηνεία των διατάξεων

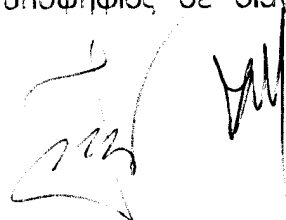
1. Από τη διάταξη της παραγράφου 6 του άρθρου 6 του ν. 3086/2002 συνάγεται ότι τα ερωτήματα της Διοίκησης πρέπει να διαλαμβάνουν πλήρη εξιστόρηση των πραγματικών περιστατικών της υπόθεσης και προσδιορισμό των προβληματισμών της για την έννοια και το περιεχόμενο συγκεκριμένων διατάξεων της κείμενης νομοθεσίας, των οποίων ζητείται η ερμηνεία από το Ν.Σ.Κ., προκειμένου να τις εφαρμόσει στα πλαίσια των αρμοδιοτήτων της. Υπό αυτή την έννοια, στη γνωμοδοτική αρμοδιότητα του Ν.Σ.Κ. δεν ανήκει η πραγμάτευση και αξιολόγηση ουσιαστικών ζητημάτων, πολύ περισσότερο μάλιστα όταν τα ζητήματα αυτά ανάγονται στη σφαίρα της αρμοδιότητας της Διοίκησης ή άλλων θεσπισμένων ειδικών ή ατομικών ή συλλογικών οργάνων, διότι υπό εναντία εκδοχή θα πρόκειται περί υποκαταστάσεως της Διοίκησης ή των οργάνων αυτών (Ν.Σ.Κ. 408/2012).

2. Κατά τα γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, συνιστά παραβίαση της Αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας και συνιστά σύγκρουση συμφερόντων κάθε κατάσταση, που παρέχει σε υποψήφιο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα έναντι των λοιπών υποψηφίων. Μεταξύ των παραπάνω καταστάσεων περιλαμβάνεται η συμμετοχή σε προπαρασκευαστικές πράξεις προετοιμασίας του διαγωνισμού εφόσον παρέχουν τη δυνατότητα στον υποψήφιο να επηρεάσει τους όρους αυτού ή να λάβει γνώση αυτών πριν από τους λοιπούς διαγωνιζόμενους. Ειδικότερα γίνεται δεκτό από την νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης ότι «*δεδομένης της προστασίας του ελεύθερου και πραγματικού ανταγωνισμού και σύμφωνα με τις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων φορέων και της αναλογικότητας, υποψήφιοι φορείς οι οποίοι έχουν, εξαιτίας οιασδήποτε λόγου, τη δυνατότητα να γνωρίζουν εκ των προτέρων τα στοιχεία της σχετικής διαγωνιστικής διαδικασίας ή/και, ενδεχομένως, να επηρεάσουν το περιεχόμενο διακηρύξεων, με*

αποτέλεσμα να μπορεί να νοθευτεί η ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού στην οικεία αγορά, επιβάλλεται να μην συμμετάσχουν εξ αρχής στο συγκεκριμένο διαγωνισμό ή να αποκλειστούν από τη συνέχιση συμμετοχής τους στο διαγωνισμό αυτόν, εκτός εάν αποδείξουν ότι η ανωτέρω δυνατότητά τους δεν νοθεύει ή δεν νόθευσε, εν προκειμένω, την ορθή λειτουργία της οικείας αγοράς». Αποκλείεται δηλαδή από τον οικείο διαγωνισμό φορέας που, εκ της θέσεώς του ή λόγω ιδιότητάς του, φαίνεται να βρίσκεται σε σύγκρουση συμφερόντων ή να έχει εσωτερική πληροφόρηση ως προς τα στοιχεία και την εξέλιξη του διαγωνισμού, εκτός εάν ο φορέας αυτός αποδείξει ότι, ανεξαρτήτως της γενικής θέσεώς του ή της επίμαχης ιδιότητάς του, οι συγκεκριμένες συνθήκες συμμετοχής του στον διαγωνισμό δεν επηρεάζουν ή δεν επηρέασαν την ορθή λειτουργία της οικείας αγοράς. Η διαπίστωση δε αυτή πρέπει να περιλαμβάνεται με παράθεση ειδικής αιτιολογίας στην απόφαση του αρμοδίου οργάνου με την οποία γίνεται δεκτή η προσφορά του ως άνω φορέα. Κατόπιν των προαναφερομένων, η αναθέτουσα αρχή, αυτεπαγγέλτως ή ενόψει σχετικής ένστασης, πρέπει να διαπιστώσει, κατόπιν διενέργειας προσήκουσας έρευνας, εάν ο ως άνω φορέας απέδειξε πως, ανεξαρτήτως της γενικής θέσεώς του ή της επίμαχης ιδιότητάς του, οι συγκεκριμένες συνθήκες συμμετοχής του στο συγκεκριμένο διαγωνισμό δεν επηρεάζουν ή δεν επηρέασαν την ορθή λειτουργία της οικείας αγοράς (βλ. σχετικά απόφαση FAPRIKOM του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων 3.3.2005, την από 18.04.2007 απόφαση του Γενικού Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, στην υπόθεση T-195/05, Deloitte Business Advisory κατά Επιτροπής, σκέψεις 67 επ., και την από 17.03.2005 απόφαση του ίδιου ως άνω Δικαστηρίου, στην υπόθεση T-160/03, AFCon Management Consultants κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψεις 74 επ., ΣτΕ (Αναστ) 582/2009, 517/2007, 496/2007, ΝΣΚ 365/2013, Κουτούπα- Ρεγκάκου «Οι νόμοι περί βασικού μετόχου και η απόφαση του ΔΕΚ 3.3.2005 στην Υπόθεση FAPRIKOM» (ΔηΣΚΕ τ.1 /2005 σελ. 20 επ.).

Τα ανωτέρω ενισχύονται και από το γεγονός ότι η ως άνω νομολογία των δικαστηρίων της Ε.Ε. ενσωματώθηκε στα άρθρα 24, 41 και 57 παρ. 4 της Οδηγίας 2014/24.

Ειδικότερα, στο άρθρο 24 ορίζεται ότι τα κράτη μέλη πρέπει να διασφαλίζουν ότι οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα για την αποτελεσματική πρόληψη, τον εντοπισμό και την επανόρθωση συγκρούσεων συμφερόντων που προκύπτουν κατά τη διεξαγωγή διαδικασιών προμήθειας, ούτως ώστε να αποφεύγονται τυχόν στρεβλώσεις του ανταγωνισμού και να διασφαλίζεται η ίση μεταχείριση όλων των οικονομικών φορέων. Περαιτέρω, στο άρθρο 41 της Οδηγίας αυτής ορίζεται ότι στην περίπτωση που κάποιος υποψήφιος σε διαγωνισμό ή



επιχείρηση που σχετίζεται με υποψήφιο, έχει παράσχει συμβουλές στην αναθέτουσα αρχή, ή έχει εμπλακεί στην προετοιμασία της διαδικασίας προμήθειας, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να λάβει τα μέτρα που αντικειμενικά απαιτούνται για να διασφαλισθεί ότι δεν θα υπάρξει στρέβλωση του ανταγωνισμού λόγω της συμμετοχής του. Προβλέπεται συγκεκριμένα ότι η ως άνω αρχή πρέπει: α) να γνωστοποιήσει στους υπόλοιπους υποψηφίους τις σχετικές πληροφορίες που ανταλλάχθηκαν στο πλαίσιο της προηγούμενης εμπλοκής του υποψηφίου στην προετοιμασία της διαδικασίας προμήθειας και β) να προσδιορίσει προθεσμίες επαρκείς για την παραλαβή των προσφορών, ώστε να δώσει το χρόνο στους συνυποψηφίους να μελετήσουν τις πληροφορίες. Αποκλεισμός του υποψηφίου μπορεί να απαγγελθεί μόνο αν δεν υπάρχει άλλος τρόπος να διασφαλιστεί συμμόρφωση με την υποχρέωση τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης, ενώ απαιτείται οπωσδήποτε, πριν τον αποκλεισμό, να υπάρξει ακρόαση του υποψηφίου για να αποδειχθεί αν η συμμετοχή του στην προετοιμασία της διαδικασίας προμήθειας μπορεί ή όχι να προκαλέσει στρέβλωση του ανταγωνισμού. Τέλος, στην παράγραφο 4 του άρθρου 57 της Οδηγίας ορίζεται ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία προμήθειας οποιονδήποτε οικονομικό φορέα, μεταξύ των άλλων, στην περίπτωση που η στρέβλωση του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή του κατά την προετοιμασία της διαδικασίας προμήθειας, δεν μπορεί να επανορθωθεί με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα.

Η ανωτέρω Οδηγία 2014/24 έχει προθεσμία ενσωμάτωσης τον Απρίλιο του έτους 2016, όμως, η διάταξη του άρθρου 24 της Οδηγίας ενσωματώθηκε ήδη στο εθνικό δίκαιο, με το άρθρο 45 του ν. 4281/2014, η ισχύς του οποίου, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 201, όπως τροποποιήθηκε με την παράγραφο 1 του άρθρου 37 του ν. 4320/2015, αρχίζει από την 31.12.2015.

IV. Εκ των προαναφερομένων συνάγεται εν γένει ότι, η συμμετοχή υποψηφίου σε προπαρασκευαστικές πράξεις προετοιμασίας του διαγωνισμού, εφόσον αυτές παρέχουν τη δυνατότητα στον υποψήφιο να επηρεάσει τους όρους του διαγωνισμού ή να λάβει γνώση των όρων πριν από τους λοιπούς διαγωνιζόμενους, συνιστά σύγκρουση συμφερόντων και, συνακολούθως, αποτελεί λόγο αποκλεισμού του από την εξ αρχής συμμετοχή του ή τη συνέχιση συμμετοχής του στο διαγωνισμό αυτόν, εκτός αν αυτός αποδείξει ότι, ανεξαρτήτως της γενικής θέσης του ή της επίμαχης ιδιότητάς του, οι συγκεκριμένες συνθήκες συμμετοχής του στο συγκεκριμένο διαγωνισμό δεν επηρεάζουν ή δεν επηρέασαν την ορθή λειτουργία της οικείας αγοράς.

V. Στη συγκεκριμένη περίπτωση του ερωτήματος, η συμμετοχή της εταιρείας «ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΑΕ» σε προπαρασκευαστικές πράξεις προετοιμασίας του επίμαχου

διαγωνισμού και η εξ αυτής παροχή της δυνατότητας σε αυτήν να επηρεάσει τους όρους του διαγωνισμού ή να λάβει γνώση των όρων του πριν από τους λοιπούς διαγωνιζόμενους και, πολύ περισσότερο, η πραγμάτωση ή μη αυτής της δυνατότητας, αποτελεί ζήτημα πραγματικό, η δε επ' αυτού κρίση εκφεύγει της γνωμοδοτικής αρμοδιότητας του ΝΣΚ και ανήκει στο προς τούτο αρμόδιο όργανο της Διοίκησης (ΝΣΚ 312/2011, 365/2013), εκφέρεται δε αιτιολογημένα, αφού ληφθούν υπόψη και αξιολογηθούν: (i) όλα τα πραγματικά περιστατικά, όπως αυτά προκύπτουν από τα στοιχεία του φακέλου, (ii) οι προβαλλόμενοι στην υπ' αριθμ. πρωτ. 3494/04.05.2014 «ένσταση - αίτηση θεραπείας» της αναθέτουσας αρχής λόγοι και (iii) το υπ' αριθμ. πρωτ. 7826/15.7.2014 υπόμνημα της υποψήφιας εταιρείας «ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ Α.Ε.», η οποία θα πρέπει να κληθεί σε ακρόαση, προκειμένου να αιτιολογήσει αν οι συγκεκριμένες συνθήκες συμμετοχής της στο συγκεκριμένο διαγωνισμό επηρέασαν ή όχι την ορθή λειτουργία της οικείας αγοράς.

VI. Κατ' ακολουθία των προεκτεθέντων, επί του εν θέματι ερωτήματος, το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Τμήμα Β') γνωμοδοτεί ότι η εκτέλεση από την εταιρεία «ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ Α.Ε.» των αναφερομένων στο ιστορικό του ερωτήματος συμβάσεων, δύναται να συνιστά σύγκρουση συμφερόντων και, συνακολούθως, να αποτελεί λόγο αποκλεισμού της από την εξ αρχής συμμετοχή της ή τη συνέχιση συμμετοχής της στο επίμαχο διαγωνισμό, εάν και εφόσον της παρείχαν τη δυνατότητα να επηρεάσει τους όρους του διαγωνισμού ή να λάβει γνώση των όρων του πριν από τους λοιπούς διαγωνιζόμενους και, πολύ περισσότερο, αν πραγμάτωσε τη δυνατότητα αυτή, υφισταμένης, πάντως, της δυνατότητας της εταιρείας να αποδείξει ότι, ανεξαρτήτως της γενικής θέσης της ή της επίμαχης ιδιότητάς της, οι συγκεκριμένες συνθήκες συμμετοχής της στο διαγωνισμό δεν επηρέασαν την ορθή λειτουργία της οικείας αγοράς.

Ωστόσο, η κρίση επί των ανωτέρω ζητημάτων εκφεύγει της γνωμοδοτικής αρμοδιότητας του ΝΣΚ και ανήκει στο προς τούτο αρμόδιο όργανο της Διοίκησης και πρέπει να εκφέρεται κατά το ήδη εκτεθέντο στην παράγραφο V της παρούσης.

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Αθήνα, 2-11-2015

Ο Πρόεδρος

Αλέξανδρος Καραγιάννης
Αντιπρόεδρος του Ν.Σ.Κ.

Η Εισηγήτρια

Ιωάννα Λεμπέση
Πάρεδρος Ν.Σ.Κ.