



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

Αριθμός Γνωμοδότησης 70/2018

ΤΟ ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ

ΤΜΗΜΑ Ε΄

Συνεδρίαση της 2-4-2018

Σύνθεση:

Πρόεδρος: Μεταξία Ανδροβιτσανέα, Αντιπρόεδρος Νομικού Συμβουλίου του Κράτους.

Μέλη: Κωνσταντίνος Γεωργάκης, Βασιλική Πανταζή, Δημήτριος Αναστασόπουλος, Δημήτριος Μακαρονίδης, Σταύρος Σπυρόπουλος, Γεώργιος Γρυλωνάκης, Νομικοί Σύμβουλοι του Κράτους.

Εισηγητής: Παναγιώτης Δημόπουλος, Πάρεδρος Ν.Σ.Κ.

Αριθμός Ερωτήματος: Αρ. πρωτ. 609/15-2-2017 έγγραφο του Υπουργού Υγείας, στο οποίο έχει ενσωματωθεί το με αρ. πρωτ. 629/14-2-2017 έγγραφο ερώτημα της Επιτροπής Προμηθειών Υγείας (Ε.Π.Υ.).

Ερώτημα: Ερωτάται, αν με βάση το ιστορικό και τα έγγραφα που συνοδεύουν τα με αριθμούς 604 και 603/13-2-2001 αποσπάσματα πρακτικού της με αριθμό 107/10-2-2007 συνεδρίασης της Επιτροπής Προμηθειών Υγείας (Ε.Π.Υ.):

Α) στις συμβάσεις 2-2011-H8 2012/29.4.2013 μεταξύ της Ε.Π.Υ και της «PFIZER HELLAS A.E.» και 2-2011-H1 2012/29.4.2013 μεταξύ της Ε.Π.Υ και της « GENERICS PHARMA HELLAS ΕΠΕ – ΕΜΠΟΡΙΑ ΦΑΡΜΑΚΩΝ» :
α) εφαρμόζεται η περίπτωση α΄ της παραγράφου 5 του άρθρου 24 του π.δ.

118/2007 κατά το μέρος που ορίζει ότι «...σε περίπτωση διαιρετού υλικού, εάν η ποσότητα που παραδόθηκε υπολείπεται της συμβατικής κατά μέρος που κρίνεται ως ασήμαντο από το αρμόδιο όργανο», ενόψει του ότι τέτοια πρόβλεψη δεν περιλαμβάνεται ούτε στους όρους των άρθρων 16 και 15 αντίστοιχα, των ανωτέρω συμβάσεων, **β)** η διάταξη της περίπτωσης γ' της παραγράφου 5 του άρθρου 24 του π.δ. 118/2007 έχει την έννοια ότι τυχόν κήρυξη ως εκπτώτων των αναδόχων, προϋποθέτει τη μη αποπληρωμή του συμβατικού τιμήματος, ενόψει του ότι στους όρους των άρθρων 16 και 10 αμοτέρων των συμβάσεων και επί πλέον στο άρθρο 15 της δεύτερης σύμβασης δεν τίθεται τέτοια προϋπόθεση για την επιβολή της ποινής της έκπτωσης και γ) τυχόν κήρυξη των αναδόχων ως εκπτώτων προϋποθέτει τη τήρηση του τύπου της προηγούμενης ακρόασης κατ' εφαρμογή των άρθρων 20 παρ. 2 του Συντάγματος και 6 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας και **Β)** για τις συμβάσεις 3 2011 Ε4 2011-Β/16.6.2014 μεταξύ της Ε.Π.Υ. και της « GENERICS PHARMA HELLAS ΕΠΕ – ΕΜΠΟΡΙΑ ΦΑΡΜΑΚΩΝ» και 3 2011 Ε7 2011/01.07.2014 μεταξύ της Ε.Π.Υ. και της ανώνυμης εταιρείας « ΤΕΒΑ ΦΑΡΜΑΚΕΥΤΙΚΑ ΕΛΛΑΣ Α.Ε.» υποβάλλονται τα ίδια ερωτήματα με τη διαφοροποίηση ότι για το υπό στοιχ. α' ερώτημα γίνεται αναφορά στα άρθρα 16 των συμβάσεων και για το ερώτημα υπό στοιχ. β' στα άρθρα 16 και 10 των συμβάσεων.

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

Ι. Νομοθετικό Πλαίσιο :

1. Στο άρθρο 20 παρ. 2 του Συντάγματος ορίζεται ότι: «1...2. Το δικαίωμα της προηγούμενης ακρόασης του ενδιαφερομένου ισχύει και για κάθε διοικητική ενέργεια ή μέτρο που λαμβάνεται σε βάρος των δικαιωμάτων ή συμφερόντων του.»

2. Στο άρθρο 6 του Ν. 2690/1999 << Κύρωση του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας και άλλες διατάξεις>>, (ΦΕΚ Α'45/9.3.1999) ορίζονται τα εξής: «1. Οι διοικητικές αρχές, πριν από κάθε ενέργεια ή μέτρο σε βάρος των δικαιωμάτων ή συμφερόντων συγκεκριμένου προσώπου, οφείλουν να καλούν

τον ενδιαφερόμενο να εκφράσει τις απόψεις του, εγγράφως ή προφορικά, ως προς τα σχετικά ζητήματα.

2. Η κλήση προς ακρόαση είναι έγγραφη, αναφέρει τον τόπο, την ημέρα και την ώρα της ακρόασης, προσδιορίζει δε το αντικείμενο του μέτρου ή της ενέργειας. Η κλήση κοινοποιείται στον ενδιαφερόμενο τουλάχιστον πέντε (5) πλήρεις ημέρες πριν από την ημέρα της ακρόασης. Ο ενδιαφερόμενος έχει το δικαίωμα να λάβει γνώση των σχετικών αποδεικτικών στοιχείων και να προβεί σε ανταπόδειξη. Η τήρηση της προαναφερόμενης διαδικασίας, καθώς και η λήψη υπόψη των απόψεων του ενδιαφερομένου, πρέπει να προκύπτουν από την αιτιολογία της διοικητικής πράξης. Το υιοθετούμενο μέτρο πρέπει να λαμβάνεται μέσα σε εύλογο χρονικό διάστημα από την ακρόαση του ενδιαφερομένου.

3. Αν η άμεση λήψη του δυσμενούς μέτρου είναι αναγκαία για την αποτροπή κινδύνου ή λόγω επιτακτικού δημόσιου συμφέροντος, είναι, κατ' εξαίρεση, δυνατή η, χωρίς προηγούμενη κλήση του ενδιαφερομένου, ρύθμιση. Αν η κατάσταση που ρυθμίστηκε είναι δυνατόν να μεταβληθεί, η διοικητική αρχή, μέσα σε χρονικό διάστημα δεκαπέντε (15) ημερών, καλεί τον ενδιαφερόμενο να εκφράσει τις απόψεις του σύμφωνα με τις προηγούμενες παραγράφους, οπότε και προβαίνει σε τυχόν νέα ρύθμιση. Αν η πιο πάνω προθεσμία παρέλθει άπρακτη, το μέτρο παύει αυτοδικαίως, και χωρίς άλλη ενέργεια, να ισχύει.

4. Οι διατάξεις των παρ. 1 και 2 εφαρμόζονται και όταν οι σχετικές με τη δυσμενή διοικητική πράξη διατάξεις προβλέπουν δυνατότητα άσκησης διοικητικής προσφυγής.

3. Στο προεδρικό διάταγμα 118/2007 <<Κανονισμός Προμηθειών του Δημοσίου>> (ΦΕΚ Α'150/10.7.2007) ορίζονται μεταξύ άλλων και τα εξής:

Άρθρο 24. «1..2..3..4.. 5. Η σύμβαση θεωρείται ότι εκτελέστηκε όταν:

α. Παραδόθηκε ολόκληρη η ποσότητα ή, σε περίπτωση διαιρετού υλικού, εάν η ποσότητα που παραδόθηκε υπολείπεται της συμβατικής, κατά μέρος που κρίνεται ως ασήμαντο από το αρμόδιο όργανο.

β. Παραλήφθηκε οριστικά ποσοτικά και ποιοτικά η ποσότητα που παραδόθηκε.

γ. Έγινε η αποπληρωμή του συμβατικού τιμήματος, αφού προηγουμένως επιβλήθηκαν τυχόν κυρώσεις ή εκπτώσεις.

δ. Εκπληρώθηκαν και οι τυχόν λοιπές συμβατικές υποχρεώσεις και από τα δύο συμβαλλόμενα μέρη και αποδεσμεύθηκαν οι σχετικές Εγγυήσεις κατά τα προβλεπόμενα από τη σύμβαση.»

Άρθρο 34. Κήρυξη προμηθευτή εκπτώτου

1. Ο προμηθευτής που δεν προσέρχεται μέσα στην προθεσμία που του ορίστηκε για να υπογράψει την σχετική σύμβαση, κηρύσσεται υποχρεωτικά έκπτωτος από την κατακύρωση ή ανάθεση που έγινε στο όνομα του και από κάθε δικαίωμα που απορρέει από αυτήν, με απόφαση του αρμοδίου Υπουργού ή του αρμοδίου για την διοίκηση του φορέα οργάνου, ύστερα από γνωμοδότηση του αρμοδίου οργάνου.

2. Με την ίδια διαδικασία, ο προμηθευτής κηρύσσεται υποχρεωτικά έκπτωτος από τη σύμβαση και από κάθε δικαίωμά του που απορρέει απ' αυτή, εφόσον δεν φόρτωσε, παρέδωσε ή αντικατέστησε τα συμβατικά υλικά ή δεν επισκεύασε ή συντήρησε αυτά μέσα στον συμβατικό χρόνο ή στον χρόνο παράτασης που του δόθηκε, σύμφωνα με όσα προβλέπονται στο άρθρο 26 του παρόντος.

3. Ο προμηθευτής δεν κηρύσσεται έκπτωτος από την κατακύρωση ή ανάθεση ή την σύμβαση όταν:

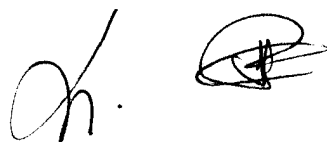
α. Η σύμβαση δεν υπογράφηκε ή το υλικό δεν φορτώθηκε ή παραδόθηκε ή αντικαταστάθηκε με ευθύνη του Δημοσίου.

β. Συντρέχουν λόγοι ανωτέρας βίας.

4. Με την απόφαση κήρυξης προμηθευτή εκπτώτου από τη σύμβαση μπορεί να του παρασχεθεί η δυνατότητα παράδοσης του υλικού μέχρι την προηγούμενη της ημερομηνίας διενέργειας του διαγωνισμού που γίνεται σε βάρος του, πέραν της οποίας ουδεμία παράδοση ή αντικατάσταση απορριφθέντος υλικού γίνεται δεκτή.

5. Στον προμηθευτή που κηρύσσεται έκπτωτος από την κατακύρωση, ανάθεση ή σύμβαση, επιβάλλονται, με απόφαση του αρμοδίου Υπουργού ή του αρμοδίου για την 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)..β)..γ)..δ)..ε).. 6.....».

ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ



4. Σύμβαση 2-2011-H8 2012/29.4.2013 μεταξύ της Ε.Π.Υ και της «PFIZER HELLAS A.E.».

ΑΡΘΡΟ 10.

ΚΥΡΗΞΗ ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΗ ΕΚΠΤΩΤΟΥ.

Ο Προμηθευτής κηρύσσεται υποχρεωτικά έκπτωτος από τη Σύμβαση και από κάθε δικαίωμά του που απορρέει από αυτή, εφόσον δεν παρέδωσε ή δεν αντικατέστησε τα υλικά μέσα στο συμβατικό χρόνο ή το χρόνο παράτασης που του δόθηκε κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στην παρούσα Σύμβαση.

Ο προμηθευτής δεν κηρύσσεται έκπτωτος όταν η προμήθεια δεν παραδόθηκε ή αντικαταστήθηκε με ευθύνη του Δημοσίου.

Με την απόφαση κήρυξης προμηθευτή εκπτώτου από τη σύμβαση μπορεί να του παρασχεθεί η δυνατότητα παράδοσης της προμήθειας μέχρι την προηγούμενη της ημερομηνίας διενέργειας του διαγωνισμού που γίνεται εις βάρος του πέραν της οποίας ουδεμία παράδοση απορριφθέντων υλικών γίνεται δεκτή.

Στον προμηθευτή που κηρύσσεται έκπτωτος από την κατακύρωση, ανάθεση ή σύμβαση, επιβάλλονται με απόφαση του Δ.Σ. της Αναθέτουσας Αρχής, το οποίο (Δ.Σ. της Αναθέτουσας Αρχής) υποχρεωτικά καλεί τον ενδιαφερόμενο προς παροχή εξηγήσεων αθροιστικά ή διαζευκτικά οι παρακάτω κυρώσεις

- α) Κατάπτωση ολική ή μερική της εγγύησης καλής εκτέλεσης της σύμβασης.
- β) Ανάθεση της προμήθειας σε βάρος του έκπτωτου προμηθευτή στον επόμενο προσφέροντα που είχε λάβει μέρος στο διαγωνισμό. Κάθε άμεση ή έμμεση προκαλούμενη ζημία του δημοσίου ή τυχόν διαφέρον που θα προκύψει, καταλογίζεται σε βάρος του εκπτώτου προμηθευτή. Ο καταλογισμός αυτός γίνεται ακόμη και στην περίπτωση που δεν πραγματοποιηθεί νέα ανάθεση της προμήθειας κατά τα παραπάνω οριζόμενα. Στην περίπτωση αυτή ο υπολογισμός του καταλογιζόμενου ποσού γίνεται με βάση κάθε στοιχείο, κατά την κρίση του αρμοδίου οργάνου και με βάση τις αρχές της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών.

- γ) Καταλογισμός στον προμηθευτή ποσού ίσου με το 10% της αξίας των υλικών για τα οποία κηρύχθηκε έκπτωτος, όταν του δόθηκε το δικαίωμα να παραδώσει τα υλικά μέχρι την προηγούμενη της ημερομηνίας διενέργειας του διαγωνισμού που γίνεται εις βάρος του ανεξάρτητα εάν τελικά έκανε χρήση ή

όχι του δικαιώματος αυτού. Στην περίπτωση αυτή έχουν εφαρμογή και τα αναφερόμενα στην παρ. 6 του ανωτέρω άρθρου.

δ) Σε περίπτωση που η προμήθεια υλικού σε βάρος εκπτώτου προμηθευτή γίνεται με τροποποίηση όρων ή τεχνικών προδιαγραφών της κατακύρωσης, της ανάθεσης ή της σύμβασης, από τις οποίες κηρύχθηκε έκπτωτος, κατά περίπτωση, κατά τον υπολογισμό του διαφέροντος σε βάρος του, λαμβάνεται υπόψη η διαφορά που τυχόν προκύπτει από την τροποποίηση των σχετικών όρων ή τεχνικών προδιαγραφών, η οποία συμψηφίζεται με το προς καταλογισμό ποσό.

Άρθρο 16. Η Σύμβαση θεωρείται ότι έχει εκτελεστεί όταν παραδοθεί οριστικά το σύνολο της προμήθειας, γίνει η αποπληρωμή του συμβατικού τιμήματος και εκπληρωθούν οι τυχόν λοιπές συμβατικές υποχρεώσεις από τα συμβαλλόμενα μέρη και αποδεσμευθούν οι σχετικές εγγυήσεις κατά τα προβλεπόμενα στη Σύμβαση και το Νόμο.

Άρθρο 17. Λοιπές διατάξεις.

Ο Κανονισμός Προμηθειών του Δημοσίου, η υπ' αριθμ. ΕΠΥ2/2011 Διακήρυξη του σχετικού διαγωνισμού και η υπ' αριθμ. 8812/17.10.2011 κατατεθείσα προσφορά του Αναδόχου αποτελούν συμπληρωματικά της παρούσας Σύμβασης συμβατικά τεύχη. Σε περίπτωση ασάφειας ή διαφορετικής ρύθμισης μεταξύ των συμβατικών τευχών, η σειρά προτεραιότητας και ισχύος είναι η ακόλουθη: α) Η παρούσα Σύμβαση β) Ο Κανονισμός Προμηθειών του Δημοσίου γ) Η Διακήρυξη του διαγωνισμού και δ) Η Προσφορά του Προμηθευτή.

5. Σύμβαση 2 2011 – Η1 2012/29.4.2013 μεταξύ της Ε.Π.Υ. και της « GENERICS PHARMA HELLAS ΕΠΕ – ΕΜΠΟΡΙΑ ΦΑΡΜΑΚΩΝ » :

Άρθρο 15 . Εκτέλεση της Σύμβασης. Η Σύμβαση θεωρείται ότι έχει εκτελεστεί όταν παραδοθεί οριστικά το σύνολο της προμήθειας, γίνει η αποπληρωμή του συμβατικού τιμήματος και εκπληρωθούν οι τυχόν λοιπές συμβατικές υποχρεώσεις από τα συμβαλλόμενα μέρη και αποδεσμευθούν οι σχετικές εγγυήσεις κατά τα προβλεπόμενα στη Σύμβαση και το Νόμο.

Άρθρο 16. Ο Κανονισμός Προμηθειών του Δημοσίου, η υπ' αριθμ. ΕΠΥ2/2011 Διακήρυξη του σχετικού διαγωνισμού και η υπ' αριθμ. 8833/18.10.2011 κατατεθείσα προσφορά του Αναδόχου αποτελούν

συμπληρωματικά της παρούσας Σύμβασης συμβατικά τεύχη. Σε περίπτωση ασάφειας ή διαφορετικής ρύθμισης μεταξύ των συμβατικών τευχών, η σειρά προτεραιότητας και ισχύος είναι η ακόλουθη: α) Η παρούσα Σύμβαση β) Ο Κανονισμός Προμηθειών του Δημοσίου γ) Η Διακήρυξη του διαγωνισμού και δ) Η Προσφορά του Προμηθευτή.

6. Συμβάσεις : α) 3 2011 Ε4 2011-Β/16.6.2014 μεταξύ της Ε.Π.Υ. και της εταιρείας περιορισμένης ευθύνης « GENERICS PHARMA HELLAS ΕΠΕ – ΕΜΠΟΡΙΑ ΦΑΡΜΑΚΩΝ» και β) 3 2011-Ε7 2011 /01.7.2014 όπως αυτή τροποποιήθηκε στις 25.09.2014, μεταξύ της Ε.Π.Υ. και της ανώνυμης εταιρείας « ΤΕΒΑ ΦΑΡΜΑΚΕΥΤΙΚΑ ΕΛΛΑΣ Α.Ε.» :

Άρθρο 10. Κήρυξη Προμηθευτή Εκπτώτου. Ο Προμηθευτής κηρύσσεται έκπτωτος στις κάτωθι περιπτώσεις:

1. Εάν ο προμηθευτής δεν προσήλθε να υπογράψει την σύμβαση μέσα στην προθεσμία που του ορίστηκε , κηρύσσεται έκπτωτος με απόφαση της ολομέλειας της ΕΠΥ, ύστερα από γνωμοδότηση της επιτροπής διενέργειας διαγωνισμού.

2. Με την ίδια διαδικασία ο προμηθευτής κηρύσσεται υποχρεωτικά έκπτωτος από τη σύμβαση και από κάθε δικαίωμά του που απορρέει από αυτή , εφόσον δεν παρέδωσε ή δεν αντικατέστησε τα υλικά μέσα στο συμβατικό χρόνο ή το χρόνο παράτασης που του δόθηκε.

Ο προμηθευτής δεν κηρύσσεται έκπτωτος όταν η προμήθεια δεν παραδόθηκε ή αντικαταστήθηκε με ευθύνη του Δημοσίου.

Με την απόφαση κήρυξης προμηθευτή εκπτώτου από τη σύμβαση μπορεί να του παρασχεθεί η δυνατότητα παράδοσης της προμήθειας μέχρι την προηγούμενη της ημερομηνίας διενέργειας του διαγωνισμού που γίνεται εις βάρος του πέραν της οποίας ουδεμία παράδοση απορριφθέντων υλικών γίνεται δεκτή.

Στον προμηθευτή που κηρύσσεται έκπτωτος από την κατακύρωση, ανάθεση ή σύμβαση, επιβάλλονται με απόφαση του Δ.Σ. της Αναθέτουσας Αρχής, το οποίο (Δ.Σ. της Αναθέτουσας Αρχής) υποχρεωτικά καλεί τον ενδιαφερόμενο προς παροχή εξηγήσεων, αθροιστικά ή διαζευκτικά οι παρακάτω κυρώσεις

α) Κατάπτωση ολική ή μερική της εγγύησης καλής εκτέλεσης της σύμβασης.

β) Ανάθεση της προμήθειας σε βάρος του έκπτωτου προμηθευτή στον επόμενο προσφέροντα που είχε λάβει μέρος στο διαγωνισμό. Κάθε άμεση ή

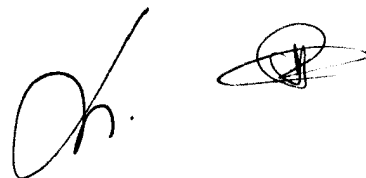
έμμεση προκαλούμενη ζημία του δημοσίου ή τυχόν διαφέρον που θα προκύψει, καταλογίζεται σε βάρος του εκπτώτου προμηθευτή. Ο καταλογισμός αυτός γίνεται ακόμη και στην περίπτωση που δεν πραγματοποιηθεί νέα ανάθεση της προμήθειας κατά τα παραπάνω οριζόμενα. Στην περίπτωση αυτή ο υπολογισμός του καταλογιζόμενου ποσού γίνεται με βάση κάθε στοιχείο, κατά την κρίση του αρμοδίου οργάνου και με βάση τις αρχές της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών.

γ) Καταλογισμός στον προμηθευτή ποσού ίσου με το 10% της αξίας των υλικών για τα οποία κηρύχθηκε έκπτωσης, όταν του δόθηκε το δικαίωμα να παραδώσει τα υλικά μέχρι την προηγούμενη της ημερομηνίας διενέργειας του διαγωνισμού που γίνεται εις βάρος του ανεξάρτητα εάν τελικά έκανε χρήση ή όχι του δικαιώματος αυτού. Στην περίπτωση αυτή έχουν εφαρμογή και τα αναφερόμενα στην παρ. 6 του ανωτέρω άρθρου.

δ) Σε περίπτωση που η προμήθεια υλικού σε βάρος εκπτώτου προμηθευτή γίνεται με τροποποίηση όρων ή τεχνικών προδιαγραφών της κατακύρωσης, της ανάθεσης ή της σύμβασης, από τις οποίες κηρύχθηκε έκπτωσης, κατά περίπτωση, κατά τον υπολογισμό του διαφέροντος σε βάρος του, λαμβάνεται υπόψη η διαφορά που τυχόν προκύπτει από την τροποποίηση των σχετικών όρων ή τεχνικών προδιαγραφών, η οποία συμψηφίζεται με το προς καταλογισμό ποσό.

Άρθρο 16. Εκτέλεση της Σύμβασης . Η Σύμβαση θεωρείται ότι έχει εκτελεστεί όταν παραδοθεί οριστικά το σύνολο της προμήθειας, γίνει η αποπληρωμή του συμβατικού τιμήματος και εκπληρωθούν οι τυχόν λοιπές συμβατικές υποχρεώσεις από τα συμβαλλόμενα μέρη και αποδεσμευθούν οι σχετικές εγγυήσεις κατά τα προβλεπόμενα στη Σύμβαση και το Νόμο.

Άρθρο 17. Ο Κανονισμός Προμηθειών του Δημοσίου, η υπ' αριθμ. ΕΠΥ3/2011 Διακήρυξη του σχετικού διαγωνισμού και η υπ' αριθμ. 10632/0912..2011 κατατεθείσα προσφορά του Αναδόχου αποτελούν συμπληρωματικά της παρούσας Σύμβασης συμβατικά τεύχη. Σε περίπτωση ασάφειας ή διαφορετικής ρύθμισης μεταξύ των συμβατικών τευχών, η σειρά προτεραιότητας και ισχύος είναι η ακόλουθη: α) Η παρούσα Σύμβαση β) Ο Κανονισμός Προμηθειών του Δημοσίου γ) Η Διακήρυξη του διαγωνισμού και δ) Η Προσφορά του Προμηθευτή.



II. Ερμηνεία και εφαρμογή διατάξεων. Από τις ανωτέρω διατάξεις, αυτοτελώς και συνδυαστικώς ερμηνευόμενες, προκύπτουν τα εξής:

7. Όπως έχει γίνει δεκτό στη θεωρία και στη νομολογία περί των δημοσίων συμβάσεων και ειδικότερα σ' αυτές των προμηθειών του δημοσίου, οι όροι που περιέχονται στη διακήρυξη και μετά από αυτήν στη σύμβαση που θα συνομολογηθεί, διέπουν, κατά πρώτο λόγο και κατά προέχουσα διαδοχική τάξη, τις σχέσεις των συμβαλλομένων, υπό την προϋπόθεση ότι οι όροι αυτοί τελούν σε αρμονία με το εν γένει δίκαιο των διοικητικών συμβάσεων. Η αναφορά της διακήρυξης ή της σύμβασης σε διατάξεις ή και ολόκληρα νομοθετήματα (νόμους , π.δ., υπουργικές αποφάσεις, εγκυκλίους) καθιστά τις διατάξεις αυτές μέρος του κανονιστικού πλαισίου που διέπει τον σχετικό διαγωνισμό (Ολ. ΣτΕ 1238/2011, ΣτΕ 1633/2002, 867/2006, Γνωμ. Ν.Σ.Κ. 278/2007, 329/1997).

8. Περαιτέρω και όσον αφορά την εφαρμογή της αναφερόμενης στο άρθρο 20 παρ. 2 του Συντάγματος αρχής της προηγούμενης ακρόασης, γίνεται δεκτό ότι πριν από κάθε δυσμενή ενέργεια ή μέτρο της διοίκησης, σε βάρος του διοικούμενου, απαιτείται η προηγούμενη κλήση του προκειμένου αυτός να εκφράσει τις απόψεις του. Η κλήση αυτή δεν απαιτείται στις περιπτώσεις που η δυσμενής πράξη εκδίδεται βάσει αντικειμενικών δεδομένων τα οποία δεν συνδέονται με την υποκειμενική συμπεριφορά του διοικουμένου, καθώς και όταν η πράξη εκδίδεται κατά δέσμια αρμοδιότητα του οργάνου, εφόσον διαπιστωθεί η συνδρομή των νόμιμων προς τούτο προϋποθέσεων (ΣτΕ 1558/2012, 3591/2009). Εξάλλου, με τις διατάξεις του άρθρου 6 του ν. 2690/1999 «Κύρωση του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας και άλλες διατάξεις» (Α' 45) θεσπίζονται ειδικότερες ρυθμίσεις για την άσκηση του συνταγματικά κατοχυρωμένου δικαιώματος ακρόασης, ώστε να εξασφαλίζονται οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 20 παρ. 2 του Συντάγματος, χωρίς να αποσκοπείται η διεύρυνση του πεδίου εφαρμογής της διάταξης αυτής (ΣτΕ 1902/2005) με αποτέλεσμα και κατά την εφαρμογή των διατάξεων αυτών, να μη κρίνεται αναγκαία η κλήση σε προηγούμενη ακρόαση, όταν το δυσμενές μέτρο λαμβάνεται βάσει αντικειμενικών δεδομένων.

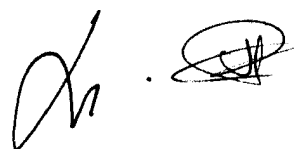
9. Στις ανωτέρω αναφερόμενες συμβάσεις προμήθειας φαρμάκων που συνήψε το Δημόσιο και ειδικότερα στα άρθρα 16 και 17 των υπό στοιχ. (Α')

του ερωτήματος συμβάσεων και στο άρθρο 16 των υπό στοιχ. (Β) συμβάσεων, γίνεται ρητή αναφορά ότι ο Κανονισμός Προμηθειών του Δημοσίου καθώς και οι διακηρύξεις των διαγωνισμών και οι προσφορές του αναδόχου, αποτελούν συμβατικά τεύχη των συμβάσεων. Σε περίπτωση δε ασάφειας ή διαφορετικής ρύθμισης μεταξύ των συμβατικών τευχών, η σειρά προτεραιότητας και ισχύος καθορίζεται ως εξής: «α) Η παρούσα Σύμβαση β) Ο Κανονισμός Προμηθειών του Δημοσίου γ) Η Διακήρυξη του διαγωνισμού και δ) Η Προσφορά του Προμηθευτή».

Επειδή στις συμβάσεις υπό στοιχ. (Α') του ερωτήματος και ειδικότερα στα άρθρα 16 και 15 αυτών, δεν ρυθμίζεται η περίπτωση της εκτέλεσης ή μη της σύμβασης όταν, επί διαιρετού υλικού, υπολείπεται προς παράδοση ασήμαντο, κατά το αρμόδιο όργανο, ποσό και εφόσον οι διατάξεις του Κανονισμού Προμηθειών του Δημοσίου αποτελούν τμήμα συμβατικού τεύχους της σύμβασης, πρέπει να γίνει δεκτό ότι εφαρμόζεται στις συμβάσεις συμπληρωματικά και η περίπτωση α' της παραγράφου 5 του άρθρου 24 του εν λόγω κανονισμού.

10. Στις υπό στοιχ. (Α') συμβάσεις και ειδικότερα στα άρθρα 16 και 10 της πρώτης και 15 της δεύτερης καθορίζονται οι προϋποθέσεις κήρυξης του αναδόχου ως εκπτώτου καθώς και οι περιπτώσεις που η σύμβαση θεωρείται ότι εκτελέστηκε. Οι διατάξεις αυτές των συμβάσεων διέπουν, κατά τα ανωτέρω αναφερόμενα, κατά πρώτο λόγο και προέχουσα διαδοχική τάξη τις σχέσεις των συμβαλλομένων οι δε διατάξεις του Κανονισμού Προμηθειών του Δημοσίου εφαρμόζονται συμπληρωματικά. Σε κάθε περίπτωση η διάταξη της περ. γ' της παραγράφου 5 του άρθρου 24 του π.δ. 118/2007, αναφέρεται σε μία από τις τέσσερις περιπτώσεις στις οποίες η σύμβαση θεωρείται ότι εκτελέστηκε και δεν μπορεί να συναχθεί από αυτήν επί πλέον όρος για τη κήρυξη των αναδόχων ως εκπτώτων, γεγονός που θα ερχόταν σε αντίθεση και με τη γραμματική διατύπωση των αντίστοιχων περί έκπτωσης διατάξεων. Επομένως, από τις διατάξεις της ανωτέρω περ. γ' της παρ. 5 του άρθρου 24 του π.δ. 118/2007, δεν προκύπτει ότι η μη αποπληρωμή του τιμήματος αποτελεί προϋπόθεση της κήρυξης του αναδόχου ως εκπτώτου.

11. Επί του ανωτέρω υπό στοιχ. γ' ερωτήματος, με το οποίο ερωτάται αν η κήρυξη των αναδόχων ως εκπτώτων προϋποθέτει την τήρηση του τύπου της προηγούμενης ακρόασης, κατ' εφαρμογή των άρθρων 20 παρ. 2 του



Συντάγματος και 6 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, διατυπώθηκαν οι εξής δύο γνώμες:

A) Η πλειοψηφία των μελών του Τμήματος, την οποία απετέλεσαν η Πρόεδρος Μεταξία Ανδροβιτσάνεα, Αντιπρόεδρος Ν.Σ.Κ., και οι Νομικοί Σύμβουλοι Κωνσταντίνος Γεωργάκης, Δημήτριος Αναστασόπουλος και Δημήτριος Μακαρονίδης, (ψηφοί 4), διέτυπωσε την εξής γνώμη:

Επί προμηθειών του Δημοσίου, η σύμβαση προμήθειας που υπογράφεται με τον ανάδοχο κατισχύει κάθε αντίθετου κειμένου στο οποίο στηρίζεται. Η κήρυξη του προμηθευτή ως εκπτώτου και οι προϋποθέσεις εφαρμογής αυτής, αποτελεί συμβατική ρύθμιση την οποία έχει αποδεχτεί ο προμηθευτής και μέσω της οποίας επιδιώκεται η ικανοποίηση του δημόσιου σκοπού στον οποίο αποβλέπει η σύμβαση προμήθειας.

Στις ανωτέρω συμβάσεις προμήθειας φαρμάκων για τη περίπτωση κήρυξης του προμηθευτή ως εκπτώτου, δεν προβλέπεται η προηγούμενη ακρόασή του και επομένως δεν εφαρμόζεται η ανωτέρω αναφερόμενη Συνταγματική αρχή. Πρέπει επίσης να σημειωθεί ότι στα άρθρα των συμβάσεων που ορίζουν τις προϋποθέσεις της κήρυξης εκπτώτου του προμηθευτή, προβλέπεται ρητά η κλήση του σε προηγούμενη ακρόαση, μόνο όταν επιβάλλονται, ως συνέπεια της έκπτωσης, οι προβλεπόμενες κυρώσεις.

B) Μειοψήφησαν οι Νομικοί Σύμβουλοι Βασιλική Πανταζή, Σταύρος Σπυρόπουλος και Γεώργιος Γρυλωνάκης (ψηφοί 3) οι οποίοι διέτυπωσαν την εξής γνώμη: Η παράγραφος 1 του άρθρου 6 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας περί προηγούμενης ακρόασης του ενδιαφερομένου, έχει το ίδιο εύρος εφαρμογής με εκείνο της παραγράφου 2 του άρθρου 20 του Συντάγματος και εφαρμόζεται σε περιπτώσεις έκδοσης δυσμενών διοικητικών πράξεων, οι οποίες συνδέονται με υποκειμενική συμπεριφορά του προσώπου τα συμφέροντα του οποίου θίγονται από τη δυσμενή διοικητική πράξη ή μέτρο. Μάλιστα, κατά ρητή επιταγή της παραγράφου 4 του ιδίου ως άνω άρθρου 6 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, οι διατάξεις περί προηγούμενης ακρόασης του ενδιαφερομένου εφαρμόζονται και όταν ακόμα οι σχετικές με τη δυσμενή διοικητική πράξη διατάξεις προβλέπουν τη δυνατότητα άσκησης διοικητικής προσφυγής.

Ενόψει των ανωτέρω, στις περιπτώσεις που ο προμηθευτής κηρύσσεται έκπτωτος από τη σύμβαση και επιβάλλονται σε βάρος του κυρώσεις, σύμφωνα με το άρθρο 34 του π.δ 118/2007, πρέπει προηγουμένως να κληθεί σε ακρόαση, δεδομένου ότι η μη έγκαιρη ή προσήκουσα εκτέλεση της προμήθειας μπορεί να συνδέεται με υποκειμενική συμπεριφορά αυτού, καθόσον στις ανωτέρω συμβάσεις, προβλέπεται ρητά ότι ο προμηθευτής δεν κηρύσσεται έκπτωτος όταν η προμήθεια δεν παραδόθηκε ή αντικαταστάθηκε, λόγω ευθύνης του Ελλ. Δημοσίου. Συνεπώς, επιβάλλεται πριν ο προμηθευτής κηρυχθεί έκπτωτος, να κληθεί σε ακρόαση, επειδή μόνον με την κλήση αυτή του δίνεται η δυνατότητα να αποδείξει ότι η παράβαση των υποχρεώσεών του δεν οφείλεται σε δική του ευθύνη (υποκειμενική συμπεριφορά), αλλά σε ευθύνη του Ελλ. Δημοσίου (πρβλ. περί όλων των ανωτέρω ΔΕΑ 2307/2009, που αφορά ερμηνεία ομοίου δικαίου σε ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, με τις εκεί παραπομπές σε σχετική με το δικαίωμα της προηγούμενης ακρόασης νομολογία του ΣτΕ).

Απάντηση.

12. Κατ' ακολουθία των προεκτεθέντων, επί των τεθέντων ερωτημάτων το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Τμήμα Ε') γνωμοδοτεί ότι στις ανωτέρω αναφερόμενες συμβάσεις προμηθειών : **α)** εφαρμόζεται η περίπτωση α' της παραγράφου 5 του άρθρου 24 του π.δ. 118/2007 (ομόφωνα), **β)** η διάταξη της περίπτωσης γ' του άρθρου 24 του ιδίου π.δ. δεν έχει την έννοια ότι η κήρυξη των αναδόχων ως εκπτώτων προϋποθέτει την μη αποπληρωμή του τιμήματος (ομόφωνα) και **γ)** η κήρυξη των αναδόχων ως εκπτώτων, δεν προϋποθέτει τη τήρηση της αρχής της προηγούμενης ακρόασης, όπως αυτή ορίζεται στα άρθρα 20 παρ. 2 του Συντάγματος και 6 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (κατά πλειοψηφία).

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Αθήνα 21-6-2018

Η Πρόεδρος του Τμήματος

Μεταξία Ανδρουβίτσανέα
Αντιπρόεδρος Ν.Σ.Κ.

Ο Εισηγητής

Παναγιώτης Δημόπουλος
Πάρεδρος Ν.Σ.Κ.