



ΒΟΥΛΗ ΤΩΝ ΕΛΛΗΝΩΝ

Β' ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΩΝ ΜΕΛΕΤΩΝ
ΤΜΗΜΑ ΝΟΜΟΤΕΧΝΙΚΗΣ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ
ΣΧΕΔΙΩΝ ΚΑΙ ΠΡΟΤΑΣΕΩΝ ΝΟΜΩΝ

**ΕΚΘΕΣΗ
ΕΠΙ ΤΟΥ ΝΟΜΟΣΧΕΔΙΟΥ**

***«Δημόσιες Συμβάσεις Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών στους τομείς
της Άμυνας και της Ασφάλειας (Εναρμόνιση με την Οδηγία 2009/81/ΕΚ) –
Ρύθμιση θεμάτων του Υπουργείου Άμυνας»***

I. Γενικές παρατηρήσεις

Α. Το φερόμενο προς συζήτηση και ψήφιση Νσχ., όπως διαμορφώθηκε μετά την επεξεργασία του από τη Διαρκή Επιτροπή Εθνικής Άμυνας και Εξωτερικών Υποθέσεων, αποτελείται από τέσσερα Μέρη.

Με τις διατάξεις του Πρώτου Μέρους (άρθρα 1 έως 13) συνδέεται ο προγραμματισμός των αναγκών των Ενόπλων Δυνάμεων (στο εξής, ΕΔ) με το πρόγραμμα των προμηθειών των ΕΔ, όπως αυτό ρυθμίζεται από τα άρθρα 72 έως 76 του ν. 3883/2010, (άρθρο 1), και εξειδικεύονται οι σχετικές αρμοδιότητες της Ειδικής Διαρκούς Επιτροπής Εξοπλιστικών Προγραμμάτων και Συμβάσεων της Βουλής, οι οποίες ασκούνται «στο πλαίσιο των σχετικών ρυθμίσεων του Κανονισμού της Βουλής» (άρθρο 2 παρ. 1 και 3), δηλαδή του άρθρου 31Β του ΚτΒ. Περαιτέρω, εξαγγέλλεται «Εθνική Αμυντική Βιομηχανική Στρατηγική», στο πλαίσιο της «Πολιτικής Εθνικής Άμυνας» και της «Εθνικής Στρατιωτικής Στρατηγικής» (άρθρο 3), και ορίζεται το Υπουργείο Εθνικής Άμυνας (στο εξής, ΥΠΕΘΑ) ως αναθέτουσα αρχή στις δημόσιες συμβάσεις του τομέα της άμυνας (άρθρο 5). Η υπαγόμενη απευθείας στον Υπουργό Εθνικής Άμυνας Γενική Διεύθυνση Αμυντικών Εξοπλισμών και Επενδύσεων (στο εξής, ΓΔΑΕΕ), που συστάθηκε με το άρθρο 72 παρ. 3 β. του ν. 3433/2006 (βλ. και άρθρο 10 του π.δ. 73/2006), καθίσταται αρμόδια για τη σύναψη και παρακολούθηση της εκτέλεσης όλων, ανεξαιρέτως, των δημόσιων συμβάσεων προμηθειών και υπηρεσιών στον τομέα της άμυνας (άρθρο

5), τα δε Γενικά Επιτελεία των κλάδων των ΕΔ διενεργούν τον τεχνικό διάλογο που προηγείται της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης, συντάσσουν τις σχετικές τεχνικές προδιαγραφές, παραλαμβάνουν προμήθειες, και έχουν την αρμοδιότητα σύναψης και παρακολούθησης της εκτέλεσης των συμβάσεων έργου που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Νσχ (άρθρο 6). Προβλέπεται η σύσταση Επιτροπής Αξιολόγησης Προσφυγών κατά παράνομων πράξεων ή παραλείψεων που προηγούνται της σύναψης δημόσιας σύμβασης, καθώς και Κεντρικής Γνωμοδοτικής Επιτροπής στη ΓΔΑΕΕ (άρθρο 7). Θεσπίζονται κανόνες δεοντολογίας και διαφάνειας με αποδέκτες τόσο το αρμόδιο στρατιωτικό και πολιτικό προσωπικό του ΥΠΕΘΑ όσο και τους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης (άρθρα 8 έως 12) και περιορίζεται ο προληπτικός έλεγχος νομιμότητας του Ελεγκτικού Συνεδρίου στις συμβάσεις με προϋπολογισμό άνω του ενός εκατομμυρίου (1.000.000) ευρώ, χωρίς ΦΠΑ (άρθρο 13).

Με τις διατάξεις του Δευτέρου Μέρους (άρθρα 14 έως 98), το οποίο αποτελείται από έντεκα Κεφάλαια, ενσωματώνεται στο ελληνικό δίκαιο η Οδηγία 2009/81/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου «σχετικά με τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης ορισμένων συμβάσεων έργων, προμηθειών και παροχής υπηρεσιών που συνάπτονται από αναθέτουσες αρχές ή αναθέτοντες φορείς στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας καθώς και την τροποποίηση των οδηγιών 2004/17/ΕΚ και 2004/18/ΕΚ» της 13ης Ιουλίου 2009 (ΕΕ L 216 της 20.8.2009, σελ. 76) (στο εξής, Οδηγία). Ειδικότερα, με το Κεφάλαιο Α΄ προσδιορίζονται ο σκοπός (άρθρο 14), το πεδίο εφαρμογής του Νσχ (άρθρα 16, 19, 24, 25 και 28), καθώς και οι έννοιες των όρων που είναι αναγκαίοι για την εφαρμογή του (άρθρα 15), ενώ καθορίζονται ρητώς οι κατηγορίες συμβάσεων που εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής του Νσχ (άρθρο 17). Ρυθμίζονται, επίσης, ζητήματα που αφορούν τη νομική μορφή των υποψηφίων οι οποίοι προέρχονται τόσο από κράτη μέλη όσο και από τρίτες χώρες (άρθρο 21), καθώς και την υποχρέωση εχεμύθειας των αναθετουσών αρχών σχετικώς με τις εμπιστευτικές πληροφορίες που τους έχουν διαβιβάσει υποψήφιοι (άρθρο 22), και λαμβάνεται μέριμνα για την προστασία των ευαίσθητων κρατικών πληροφοριών (άρθρα 23 και 35). Περαιτέρω, εισάγεται δυνατότητα των αναθετουσών αρχών να αποκτούν έργα, υπηρεσίες ή προμήθειες από ή μέσω κεντρικών αρχών προμηθειών (άρθρο 26), και να παραχωρούν σε εργαστήρια που εντάσσονται σε προγράμματα προστατευόμενης απασχόλησης δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων ή δικαίωμα εκτέλεσης συμβάσεων (άρθρο 27).

Εν συνεχεία, με τις διατάξεις του Κεφαλαίου Β΄ προσδιορίζονται τα έγγραφα της σύμβασης (άρθρο 29), ρυθμίζονται ζητήματα σχετικά με τις τεχνικές προδιαγραφές (άρθρο 30), τους ειδικούς όρους της σύμβασης (άρθρο 33) και την υπεργολαβία (άρθρο 34), και παρέχεται ευχέρεια στην αναθέτουσα αρχή να εφαρμόζει τη διαδικασία του τεχνικού διαλόγου πριν από την έναρξη της διαδικασίας σύναψης σύμβασης (άρθρο 31) και να επιτρέπει την υποβολή εναλλακτικών προσφορών (άρθρο 32). Στα έγγραφα της σύμβασης η αναθέτουσα αρχή μπορεί να περιλαμβάνει τις απαιτήσεις της έναντι του συμβληθησομένου σχετικώς με την εξασφάλιση ότι θα είναι σε θέση να τηρεί τις υποχρεώσεις του, ακόμη και σε περίπτωση κρίσης (άρθρο 36).

Με τις διατάξεις των άρθρων 38 έως 46 (Κεφάλαιο Γ΄) ρυθμίζονται ζητήματα σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων στους εν λόγω τομείς (κλειστή διαδικασία, διαδικασία διαπραγμάτευσης με δημοσίευση ή χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, διαδικασία του ανταγωνιστικού διαλόγου, συμφωνία-πλαίσιο).

Με τις διατάξεις του Κεφαλαίου Δ΄ (άρθρα 47-55) τίθενται ιδίως οι κανόνες δημοσιότητας που διέπουν τη σύναψη των συμβάσεων και οι κανόνες επικοινωνίας μεταξύ των αναθετουσών αρχών και των οικονομικών φορέων, καθώς και οι προθεσμίες παραλαβής των αιτήσεων συμμετοχής και των προσφορών των υποψηφίων.

Στο Κεφάλαιο Ε΄ (άρθρα 56 έως 65) περιλαμβάνονται, μεταξύ άλλων, ρυθμίσεις σχετικές με την ποιοτική επιλογή και προεπιλογή υποψηφίων (έλεγχος καταλληλότητας, οικονομική και χρηματοπιστωτική επάρκεια των οικονομικών φορέων, τεχνικές ή/και επαγγελματικές ικανότητες αυτών) και την τήρηση από τους οικονομικούς φορείς προτύπων σχετικώς με τα συστήματα διαχείρισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης. Περαιτέρω, ιδρύεται Ενιαίο Μητρώο Επιχειρήσεων Αμυντικού Τομέα (στο εξής, ΕΜΕΑΤ ή Μητρώο), στο οποίο μπορούν να εγγράφονται προμηθευτές στρατιωτικού εξοπλισμού, πάροχοι συναφών υπηρεσιών και εργολήπτες στρατιωτικών τεχνικών έργων, καθορίζονται οι προϋποθέσεις εγγραφής σε αυτό, και παρέχεται εξουσιοδότηση για την έκδοση προεδρικού διατάγματος με το οποίο ρυθμίζονται τα θέματα κατάρτισης και λειτουργίας του εν λόγω Μητρώου και οι εναλλακτικοί επίσημοι κατάλογοι εγκεκριμένων οικονομικών φορέων, καθώς και σύστημα πιστοποίησης των εν λόγω οικονομικών φορέων από οργανισμούς δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου.

Με τις διατάξεις του Κεφαλαίου ΣΤ΄ (άρθρα 66 έως 68) καθορίζονται τα κριτήρια ανάθεσης των συμβάσεων έργων, προμηθειών και παροχής υπηρεσιών και οι κανόνες που υποχρεούται να εφαρμόσει η αναθέτουσα αρχή κατά την επιλογή του οικονομικού φορέα, προβλέπεται η δυνατότητα χρήσης ηλεκτρονικών δημοπρασιών, και τίθεται το πλαίσιο ενεργειών της αναθέτουσας αρχής, σε περίπτωση υποβολής ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών.

Στο Κεφάλαιο Ζ' (άρθρα 69 έως 72) ρυθμίζονται θέματα σχετικά με την εκτέλεση συμβάσεων με υπεργολαβία και τίθενται οι σχετικοί κανόνες δημοσιότητας και τα κριτήρια επιλογής των υπεργολάβων.

Με τις διατάξεις του Κεφαλαίου Η' (άρθρα 73 έως 76) ορίζεται, ιδίως, ότι το ΥΠΕΘΑ δύναται να υλοποιεί ερευνητικά - αναπτυξιακά προγράμματα αμυντικού χαρακτήρα είτε μέσω ανάθεσης συμβάσεων με αντικείμενο εν μέρει ή εν συνόλω δραστηριότητες έρευνας και ανάπτυξης είτε μέσω συμμετοχής σε Διακρατικά Ολοκληρωμένα Προγράμματα Ερευνητικής και Αναπτυξιακής Συνεργασίας (στο εξής, ΔΟΠΕΑΣ). Έτσι, μεταξύ άλλων, καθορίζονται οι κατηγορίες των συμβάσεων έρευνας και ανάπτυξης, προσδιορίζονται οι δραστηριότητες που νοούνται ως έρευνα και ανάπτυξη, προβλέπεται ότι το ΥΠΕΘΑ δύναται να συμμετέχει σε ΔΟΠΕΑΣ σε συνεργασία με τουλάχιστον ένα κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης, προκειμένου να αναπτύξουν από κοινού νέο στρατιωτικό εξοπλισμό, με στόχο την εξέλιξη νέων τεχνολογιών και την αντιμετώπιση του υψηλού κόστους έρευνας και ανάπτυξης πολυσύνθετων οπλικών συστημάτων, στο οποίο μπορεί να συμμετέχουν και τρίτα κράτη, και ορίζεται ότι ορισμένα από αυτά τα προγράμματα τελούν υπό τη διαχείριση διεθνών οργανισμών ή υπηρεσιών της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Οι διατάξεις του Κεφαλαίου Θ' (άρθρα 77 έως 88) καθορίζουν τα δικαιολογητικά συμμετοχής σε διαγωνισμό για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης (άρθρο 77) και ρυθμίζεται η διαγωνιστική διαδικασία, κατά τα επιμέρους στάδιά της (άρθρα 78 έως 88).

Με το Κεφάλαιο Ι' (άρθρα 89 έως 96) εισάγεται έννομη προστασία των συμμετεχόντων σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, κατά το πρότυπο του ν. 3886/2010, και ορίζεται, ως καθ' ύλην αρμόδιο δικαστήριο για την εκδίκαση των σχετικών διαφορών, το Συμβούλιο της Επικρατείας.

Περαιτέρω, με τις διατάξεις του Τρίτου Μέρους (άρθρα 99 έως 104) ρυθμίζεται η διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προϋπολογισμού υπολειπόμενου των κατώτατων ορίων που θεσπίζονται για τις συμβάσεις του Δεύτερου Μέρους του Νοχ.

Τέλος, το Τέταρτο Μέρος (άρθρα 105 έως 109) αφορά, ιδίως, τη διατήρηση σε ισχύ διατάξεων του ν. 3433/2006 περί εκτέλεσης των συμβάσεων (άρθρο 106), τις συμβάσεις εκποίησης στρατιωτικού εξοπλισμού (άρθρο 107), καθώς και την τροποποίηση των διατάξεων (του άρθρου 72 παρ. 3 του ν. 3433/2006) που καθορίζουν τις αρμοδιότητες των υπαγόμενων απευθείας στον Υπουργό Εθνικής Άμυνας γενικών διευθύνσεων του Υπουργείου (άρθρο 108 παρ. 2).

Β. Συμφώνως προς το άρθρο 346 (πρώην 296) παρ. 1 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣυνθΛΕΕ), «α) κανένα κράτος μέλος δεν υποχρεούται να παρέχει πληροφορίες, τη διάδοση των οποίων θεωρεί αντίθετη προς ουσιώδη συμφέροντα ασφάλειάς του», και «β) κάθε κράτος μέλος δύναται να λαμβάνει τα μέτρα που θεωρεί αναγκαία για την προστασία ουσιωδών συμφερόντων της ασφάλειάς του, που αφορούν την παραγωγή ή εμπορία όπλων, πυρομαχικών και πολεμικού υλικού (...)». Μέχρι σήμερα, τα κράτη μέλη χρησιμοποιούν σχεδόν κατά συστηματικό τρόπο την ανωτέρω διάταξη, προκειμένου να εξαιρούν τις προμήθειες αμυντικού υλικού από την εφαρμογή των κανόνων της Ευρωπαϊκής Ένωσης περί δημόσιων συμβάσεων [Οδηγίες 2004/17/ΕΚ και 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 31ης Μαρτίου 2004 (ΕΕ L 134 της 30.4.2004, σελ. 1 και 134, αντιστοίχως)]. Προκειμένου να επέλθει σύγκλιση των εθνικών διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας, με απώτερο στόχο τη σταδιακή διαμόρφωση ευρωπαϊκής αγοράς αμυντικού εξοπλισμού και, κυρίως, την ενίσχυση της αμυντικής βιομηχανικής και τεχνολογικής βάσης στην Ευρώπη, ψηφίσθηκε η Οδηγία (α-νωτ., υπό Α).

Η Οδηγία – προς το περιεχόμενο της οποίας οι εθνικές έννομες τάξεις πρέπει να συμμορφωθούν το αργότερο μέχρι την 21.8.2011 –εκκινεί από τις αρχές της διαφάνειας και της ισότιμης και χωρίς διακρίσεις συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης συμβάσεων, και εισάγει νέους διαδικαστικούς κανόνες, προσαρμοσμένους στις ιδιαιτερότητες της αγοράς εξοπλισμών για την άμυνα και την ασφάλεια, και ιδίως:

- επιτρέπει, χωρίς περιορισμούς, στα κράτη μέλη να συνάπτουν συμβάσεις επιλέγοντας τη διαδικασία διαπραγμάτευσης με δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, ώστε να παρέχεται η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να διαπραγματεύεται με τους υποψηφίους κάθε λεπτομέρεια και ιδιαίτερη απαίτησή της προς σύναψη σύμβασης (άρθρο 26 της Οδηγίας – άρθρο 40 του Νσχ),

- περιλαμβάνει ειδικές διατάξεις για τη διασφάλιση του απορρήτου των ευαίσθητων/εμπιστευτικών πληροφοριών (άρθρο 22 της Οδηγίας – άρθρο 35 του Νσχ),

- παρέχει τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να απαιτούν επαρκείς – κατά την κρίση τους – αποδείξεις από τους υποψηφίους για την τήρηση των υποχρεώσεων τους σε περίπτωση κρίσης (άρθρο 23 της Οδηγίας – άρθρο 36 του Νσχ),

- περιέχει ειδικές ρυθμίσεις για την ανάθεση υπεργολαβιών, κατά τρόπο ώστε να μην νοθεύεται ο ανταγωνισμός (άρθρα 21 και 50-54 της Οδηγίας – άρθρα 34 και 69-72 του Νσχ).

Η Οδηγία εφαρμόζεται σε συμβάσεις, των οποίων η εκτιμώμενη αξία, εκτός φόρου προστιθέμενης αξίας, ισούται με ή υπερβαίνει το ποσό των 387.000 ευρώ για συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών ή το ποσό των 4.845.000 ευρώ για συμβάσεις έργων (άρθρο 8 της Οδηγίας – άρθρο 24 του Νσχ), όπως τα όρια αυτά έχουν ήδη αναθεωρηθεί με το άρθρο 3 του Κανονισμού (ΕΚ) 1177/2009 της Επιτροπής της 30ής Νοεμβρίου 2009 (ΕΕ L 314 της 1.12.2009, σελ. 64).

Επισημαίνεται, τέλος, ότι η ψήφιση της Οδηγίας δεν μεταβάλλει το καθεστώς της σύναψης συμβάσεων στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας με τρίτες χώρες.

II. Παρατηρήσεις επί των επιμέρους άρθρων του Νσχ

1. Επί του άρθρου 9 παρ. 3

Κατά την προτεινόμενη διάταξη, «Για τους σκοπούς του παρόντος νόμου ως εξωχώριες εταιρίες νοούνται οι εταιρίες που ορίζονται στην περίπτωση α΄ της παραγράφου 4 του άρθρου 4 του ν. 3310/2005 (Α΄ 30) και περιλαμβάνονται στον κατάλογο των χωρών στις οποίες λειτουργούν εξωχώριες εταιρίες, ο οποίος εκδίδεται με την απόφαση του Υπουργού που προβλέπεται στο ίδιο άρθρο». Για τον ορισμό της εξωχώριας εταιρείας το άρθρο 4 παρ. 4 του ν. 3310/2005 παραπέμπει στο τελευταίο εδάφιο του άρθρου 31 παρ. 1 περ. στ΄ του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος (ν. 2238/1994).

Επισημαίνεται ότι το ανωτέρω εδάφιο (του ΚΦΕ) καταργήθηκε με το άρθρο 78 παρ. 2 του ν. 3842/2010, διότι συναφείς ρυθμίσεις περιλαμβάνονται πλέον στα άρθρα 51Α και 51Β του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος, που προστέθηκαν με το ίδιο άρθρο του ν. 3842/2010.

Υπό το φως των ανωτέρω, θα ήταν ίσως σκόπιμο να αναδιατυπωθεί ως εξής η προς ψήφιση διάταξη: «Για τους σκοπούς του παρόντος νόμου ως εξωχώριες εταιρίες νοούνται τα νομικά πρόσωπα ή οι νομικές οντότητες που έχουν την καταστατική ή πραγματική τους έδρα ή είναι εγκατεστημένα σε κράτος μη συνεργάσιμο ή με προνομιακό ορολογικό καθεστώς κατά το άρθρο 51Α του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος που κυρώθηκε με τον ν. 2238/1994 και των κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου αυτού εκδιδόμενων υπουργικών αποφάσεων».

2. Επί του άρθρου 10 παρ. 3

Με τις διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 10 ορίζεται ότι οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται να συμπεριλάβουν στον φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, «υπεύθυνη δήλωση (...), με θεώρηση του γνησίου της υπογραφής, στην οποία δηλώνουν ότι δεν παρέβησαν ως εκείνο το χρονικό σημείο κάποια από τις υποχρεώσεις (...)». Συναφώς έχει κριθεί από το Συμβούλιο της Επικρατείας ότι «η θεώρηση του γνησίου της υπογραφής είναι εύλογη και δεν εμποδίζει τον ελεύθερο ανταγωνισμό ή την ελεύθερη συμμετοχή σε διαγωνισμούς, δεδομένου ότι συνιστά για το δημόσιο μία εξασφαλιστική των συμφερόντων του διαδικασία, η οποία δεν απαγορεύεται από τις διατάξεις που αφορούν στη διενέργεια διαγωνισμών προμηθειών του Δημοσίου.» (ΣτΕ επταμ. 781/2010), και, περαιτέρω, ότι κάθε υποψήφιος μπορεί «να προβεί στην υποβολή της προσφοράς, περιλαμβάνοντας σ' αυτήν και την ως άνω υπεύθυνη δήλωση, είτε με απ' ευθείας κατάθεση της προσφοράς στην αναθέτουσα αρχή είτε αποστέλλοντάς την προς την εν λόγω αρχή με συστημένη επιστολή στην ταχυδρομική υπηρεσία, εφ' όσον ο τρόπος αυτός αποστολής ρητώς προβλέπεται στο άρθρο 10 παρ. 3 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, δεν αποκλείεται δε από διάταξη της διακηρύξεως ή του π.δ/τος 118/2007.» (ΣτΕ επταμ. 1118/2010).

3. Επί του άρθρου 21 παρ. 1

Συμφώνως προς την προτεινόμενη διάταξη, «Οι οικονομικοί φορείς (...) δεν επιτρέπεται να αποκλείονται (...)». Δεδομένου ότι, εν προκειμένω, γίνεται αναφορά σε στάδιο πριν από τη σύναψη σύμβασης, και, επομένως, δεν υφίσταται ακόμη «οικονομικός φορέας» κατά την έννοια του άρθρου 15 παρ. 1 στοιχ. 18 (δηλαδή, φορέας στον οποίο έχει ήδη ανατεθεί η εκτέλεση έργων ή η προμήθεια προϊόντων ή η παροχή υπηρεσιών), θα έπρεπε, ενδεχομένως, η προτεινόμενη διάταξη να αναδιατυπωθεί ως εξής: «Οι υποψήφιοι ή οι προσφέροντες (...) δεν επιτρέπεται να αποκλείονται (...)». Η διατύπωση αυτή ακολουθείται και από την αντίστοιχη διάταξη της παρ. 1 του άρθρου 5 της Οδηγίας.

4. Επί του άρθρου 30 παρ. 3

Προφανώς εκ παραδρομής γίνεται χρήση, στην προς ψήφιση διάταξη, του όρου «κοινοτικό δίκαιο», αντί του ορθού «δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης».

5. Επί του άρθρου 31

Με τις διατάξεις του άρθρου 31 ρυθμίζονται ζητήματα σχετικά με την ευ-

χέρεια της αναθέτουσας αρχής να ανταλλάσσει με τους υποψηφίους, πριν από την έναρξη της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, απόψεις, που μπορεί να χρησιμοποιηθούν για τον καθορισμό των τεχνικών πτυχών της σύμβασης (διαδικασία του τεχνικού διαλόγου). Η δυνατότητα εφαρμογής της διαδικασίας αυτής δεν περιλαμβάνεται στο δεσμευτικό κείμενο της Οδηγίας, αλλά εντάσσεται στον πνεύμα των διατάξεων της μέσω της σχετικής αναφοράς στο προοίμιο της (σκέψ. 49). Εξυπακούεται ότι τόσο ο καθορισμός των ειδικότερων όρων της διαδικασίας τεχνικού διαλόγου, όσο και η εφαρμογή της διέπονται από τις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της χωρίς διακρίσεις αντιμετώπισης των υποψηφίων, καθώς και από τις αρχές του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού.

6. Επί του άρθρου 41 παρ. 5

Σχετικώς με τη χρήση του όρου «οικονομικοί φορείς», ισχύουν αναλογικώς, εν προκειμένω, οι επισημάνσεις της Παρατήρησης επί του άρθρου 21 παρ. 1.

7. Επί του άρθρου 42

Με το προτεινόμενο άρθρο ορίζονται οι περιοριστικώς απαριθμούμενες περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης. Επισημαίνεται ότι το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ερμηνεύοντας αντίστοιχες ρυθμίσεις που καθιέρωναν οι Οδηγίες για τη σύναψη δημόσιων συμβάσεων (εν προκειμένω Οδηγία 71/305 του Συμβουλίου περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημόσιων έργων και Οδηγία 93/98/ΕΟΚ περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών) έχει αποφανθεί ότι επιτρέπεται η προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, μεταξύ άλλων, στην περίπτωση που υφίσταται κατεπείγουσα ανάγκη οφειλόμενη σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή, η οποία δεν επιτρέπει την τήρηση των νόμιμων προθεσμιών δημοσίευσης της προκήρυξης. Η επίκληση λόγων κατεπείγοντος επιτρέπεται μόνο όταν οι αναθέτουσες αρχές δεν διαθέτουν επαρκή χρόνο για τη διοργάνωση ταχείας διαδικασίας διαγωνισμού, δεδομένου ότι σκοπός των ανωτέρω διατάξεων είναι η καθιέρωση διαφάνειας, η οποία επιτρέπει την ισότητα συμμετοχής στις διαδικασίες για την κατάρτιση δημόσιων συμβάσεων και την ανάπτυξη πραγματικού ανταγωνισμού (πρβλ. απόφαση ΔΕΚ της 18.3.1992, υπόθ. C-24/1991 και απόφαση της 30.5.1994, υπόθ. C-328/1992). Η απαλλαγή από κάθε υποχρέωση δημοσίευσης της προκήρυξης του διαγωνισμού εξαρτάται από τη συνδρομή τριών

σωρευτικών προϋποθέσεων και, ειδικότερα, από: α) ύπαρξη απρόβλεπτου γεγονότος, β) επιτακτικώς επείγουσα ανάγκη που δεν συμβιβάζεται με τις προθεσμίες τις οποίες επιτάσσουν άλλες διαδικασίες και γ) ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ του απρόβλεπτου γεγονότος και της κατεπείγουσας ανάγκης που ανακύπτει (πρβλ. απόφαση ΔΕΚ της 18.5.1995, υπόθ. C-57/1994 και C-107/1992). Στην περίπτωση που δεν πληρούται μία από τις ανωτέρω προϋποθέσεις, δεν δικαιολογείται προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση, ενώ, εξ άλλου, οι περιστάσεις που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή για την αιτιολόγηση του επείγοντος δεν θα πρέπει να απορρέουν από δική της ευθύνη (πρβλ. και Πράξη ΕΣ [Τμ. 7] 120/2010).

8. Επί των άρθρων 47, 48 και 49

Με τις προτεινόμενες διατάξεις τίθενται οι κανόνες δημοσιότητας που πρέπει να τηρεί η αναθέτουσα αρχή κατά το στάδιο σύναψης των συμβάσεων οι οποίες υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του υπό ψήφιση Νοχ. Ειδικότερα, προβλέπεται η δυνατότητα γνωστοποίησης από την αναθέτουσα αρχή βασικών πληροφοριακών στοιχείων για τις υπό ανάθεση συμβάσεις, μέσω ειδικού εντύπου προκαταρκτικής προκήρυξης, η οποία δημοσιεύεται από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή από την ίδια την αναθέτουσα αρχή στο «προφίλ αγοραστή». Περαιτέρω, τίθεται υποχρέωση δημοσίευσης προκήρυξης διαγωνισμού στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης σε κάθε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή επιθυμεί να συνάψει σύμβαση κάνοντας χρήση κλειστής διαδικασίας, διαδικασίας διαπραγμάτευσης με δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού ή ανταγωνιστικού διαλόγου. Αντίστοιχη υποχρέωση δημοσιότητας βαρύνει την αναθέτουσα αρχή για τα αποτελέσματα της διαδικασίας σύναψης σύμβασης ή συμφωνίας πλαίσιο, με αποστολή σχετικής ανακοίνωσης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Οι προκηρύξεις και το περιεχόμενό τους δεν επιτρέπεται να δημοσιεύονται σε εθνικό επίπεδο ή να δημοσιεύονται στο «προφίλ αγοραστή» πριν από την ημερομηνία αποστολής τους στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή, ενώ οι προκηρύξεις που δημοσιεύονται σε εθνικό επίπεδο δεν πρέπει να περιλαμβάνουν πληροφορίες άλλες από εκείνες οι οποίες περιέχονται στις προκηρύξεις που αποστέλλονται στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή ή που δημοσιεύονται στο «προφίλ αγοραστή». Επίσης, παρέχεται η δυνατότητα αποστολής εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, προς δημοσίευση, προκηρύξεων συμβάσεων που συνάπτονται στο πλαίσιο των προτεινόμενων ρυθμίσεων, ακόμη και στις περιπτώσεις που αυτό δεν είναι υποχρεωτικό δυνάμει της Οδηγίας.

Οι ανωτέρω διατάξεις ενσωματώνουν πορίσματα της νομολογίας του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης ως προς τους κανόνες υποχρεωτικής δημοσιότητας, με σκοπό την ισότιμη και έγκαιρη πληροφόρηση όλων των ενδιαφερομένων να συμμετέχουν σε διαγωνισμό. Το Δικαστήριο, ειδικότερα, έχει αποφανθεί ότι οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να μεριμνούν τόσο για την αποστολή των προκηρύξεων και της ανακοίνωσης ανάθεσης της σύμβασης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, όσο και για την ορθή συμπλήρωση των υποδειγματικών προκηρύξεων, αφενός ακολουθώντας τη δομή και την αρίθμηση τους, αφετέρου παραθέτοντας όλα τα πληροφοριακά στοιχεία που απαιτεί κάθε ειδικότερο σημείο του υποδείγματος. Κατά την ερμηνεία της Οδηγίας 93/98/ΕΟΚ, το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι η αρχή της μη διάκρισης αφορά τους υποψηφίους, τους προσφέροντες αλλά και τους εν δυνάμει προσφέροντες, δεδομένου ότι η αρχή εφαρμόζεται σε όλες τις φάσεις της διαδικασίας σύναψης μιας σύμβασης και όχι μόνο από τη στιγμή που ένας υποψήφιος υποβάλει προσφορά. Θεωρείται, δε, κατά την κρίση του Δικαστηρίου, εν δυνάμει προσφέρων, όποιος αποτράπηκε από την υποβολή προσφοράς εξαιτίας λεπτομερειών της διαδικασίας δημοπράτησης που ακολούθησε η αναθέτουσα αρχή. Χαρακτηριστικό παράδειγμα τέτοιας λεπτομέρειας συνιστά η μη τήρηση ή η πλημμελής τήρηση των κοινοτικών κανόνων δημοσιότητας, διότι δεν επιτρέπει στους ενδιαφερόμενους από άλλα κράτη μέλη να σχηματίσουν πλήρη εικόνα των υπό εξέλιξη διαγωνισμών, αποφασίζοντας αντικειμενικώς εάν έχουν συμφέρον ή όχι να συμμετέχουν στους διαγωνισμούς αυτούς (βλ., ενδεικτικώς, απόφαση ΔΕΚ της 5.10.2000, υπόθεση C-16/98, Sydev, και απόφαση της 26.9.200, υπόθεση C-225/98, Region Nord Pas de Calais). Πρέπει να επισημανθεί, τέλος, ότι «η παράβαση των κανόνων αυτών δημοσιότητας πλήττει τις αρχές του ανταγωνισμού, της πρόσβασης στις διαδικασίες ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων και της διαφάνειας, είναι ανεπίτρεπτη, αποτελεί παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας και, ως εκ τούτου, καθιστά μη νόμιμη τη διαδικασία διενέργειας του διαγωνισμού» (Πράξη Ε.Σ. 50/2008, Τμήμα VI).

9. Επί των άρθρων 56 και 57 (σε συνδυασμό με τα άρθρα 66 και 68)

Με τις προτεινόμενες διατάξεις ενσωματώνονται στην ελληνική έννομη τάξη οι αντίστοιχες διατάξεις της Οδηγίας περί κριτηρίων επιλογής των συμμετεχόντων και ανάθεσης των συμβάσεων (βλ., εν προκειμένω, και σημεία 61 έως 64 του προοιμίου της Οδηγίας, συμφώνως προς τα οποία ο έλεγχος καταλληλότητας των υποψηφίων και η επιλογή τους θα πρέπει να γίνονται υπό συνθήκες διαφάνειας, αντικειμενικότητας και εξασφάλισης συνθηκών ανταγωνισμού, οι δε κανόνες της Ευρωπαϊκής Ένωσης που αφορούν

στην αμοιβαία αναγνώριση πτυχίων, διπλωμάτων ή άλλων αποδεικτικών τυπικών προσόντων, έχουν εφαρμογή όταν πρέπει να αποδεικνύεται η κατοχή συγκεκριμένων προσόντων, προκειμένου να επιτραπεί η συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης). Επισημαίνεται σχετικώς ότι το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ερμηνεύοντας την Οδηγία 93/98/ΕΟΚ, έκρινε ότι οι διατάξεις του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης δεν στερούν εντελώς από τις αναθέτουσες αρχές τη δυνατότητα χρήσης πρόσθετων κριτηρίων ανάθεσης, υπό την προϋπόθεση ότι τα κριτήρια αυτά τηρούν όλες τις θεμελιώδεις αρχές του δικαίου της Ένωσης και, ιδίως, την αρχή της απαγόρευσης των διακρίσεων, όπως απορρέει από τις διατάξεις της Συνθήκης σχετικώς με το δικαίωμα εγκατάστασης και την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών. Κατά τη χρήση των πρόσθετων επιμέρους κριτηρίων ανάθεσης, πρέπει να τηρούνται όλοι οι διαδικαστικοί κανόνες που επιβάλλουν οι Οδηγίες, καθώς και οι γενικές αρχές του δικαίου των δημόσιων συμβάσεων και, κυρίως, οι κανόνες δημοσιότητας που προαναφέρθηκαν (βλ. ανωτέρω, Παρατήρηση επί των άρθρων 47, 48 και 49) και, επομένως, τα πρόσθετα κριτήρια πρέπει να μνημονεύονται ρητώς στην προκήρυξη του διαγωνισμού (βλ. απόφαση ΔΕΚ της 12.12.2002, υπόθεση C-470/99).

10. Επί του άρθρου 90 παρ. 13

Κατά την προς ψήφιση διάταξη, «Σε διαφορές που αναφύονται κατά τη διαδικασία που προηγείται της σύναψης συμβάσεων που ρυθμίζονται από τον παρόντα νόμο δεν εφαρμόζονται οι διατάξεις του άρθρου 31 του ν. 3433/2006 και οι λοιπές διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας που προβλέπουν την άσκηση διοικητικών προσφυγών κατά εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων που εκδίδονται στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης των συμβάσεων αυτών».

Δεδομένου ότι, ειδικώς στην περίπτωση του άρθρου 31 του ν. 3433/2006, «Προμήθειες αμυντικού υλικού των Ενόπλων Δυνάμεων», δεν καταλείπεται, μετά την ψήφιση της προτεινόμενης διάταξης, πεδίο εφαρμογής, νομικώς ακριβέστερο θα ήταν να γίνεται λόγος για κατάργησή του εν λόγω άρθρου και όχι για μη εφαρμογή του.

11. Επί του άρθρου 91 παρ. 11

Κατά την προτεινόμενη διάταξη, επί αποδοχής αίτησης ασφαλιστικών μέτρων από την Επιτροπή Αναστολών του ΣτΕ, «η αναθέτουσα αρχή μπορεί να συμμορφωθεί προς το διατακτικό ή και το εν γένει περιεχόμενο της απόφασης και να ανακαλέσει ή να τροποποιήσει κατάλληλα τη διοικητική πράξη

που προκάλεσε τη διαφορά ή, σε περίπτωση παράλειψης, να εκδώσει την οφειλόμενη ρητή πράξη».

Η προβλεπόμενη δυνητική συμμόρφωση προς δικαστική απόφαση, και μάλιστα προς το διατακτικό της, ξενίζει, ενόψει της διάταξης της παρ. 5 του άρθρου 95 του Συντάγματος, κατά την οποία «Η διοίκηση έχει υποχρέωση να συμμορφώνεται προς τις δικαστικές αποφάσεις», και δη «ανάλογα με κάθε περίπτωση, με θετική ενέργεια προς το περιεχόμενο της απόφασης του [ακυρωτικού δικαστή] ή να απέχουν από κάθε ενέργεια που είναι αντίθετη προς όσα κρίθηκαν από [αυτόν]...» (άρθρο 50 παρ. 4 του π.δ. 18/1989). Έχει κριθεί ότι οι ανωτέρω διατάξεις εφαρμόζονται αναλόγως και ως προς τις αποφάσεις της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ, «ως προς τις οποίες υπάρχει επίσης υποχρέωση συμμορφώσεως της Διοικήσεως, δεδομένου ότι και η αίτηση αναστολής, συναρτώμενη προς την αίτηση ακυρώσεως, τυγχάνει και αυτή συνταγματικής κατοχυρώσεως. Συνεπώς, όταν εκδίδεται από την Επιτροπή Αναστολών απόφαση αναστέλλουσα τη διοικητική πράξη, οι διοικητικές αρχές οφείλουν να απέχουν από κάθε ενέργεια που είναι αντίθετη προς το περιεχόμενο της αποφάσεως» (ΣτΕ επταμ. 2059/2007, 2593/1999). Εξ άλλου, και από την παρ. 2 του άρθρου 52 του π.δ. 18/1989 «συνάγεται ότι η απόφαση της Επιτροπής Αναστολών με την οποία αναστέλλεται η εκτέλεση διοικητικής πράξεως που έχει προσβληθεί με αίτηση ακυρώσεως, μέχρι να δημοσιευθεί η απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας επί της αιτήσεως ακυρώσεως, δεσμεύει τη Διοίκηση, η οποία μπορεί μόνο να ζητήσει από την Επιτροπή Αναστολών την ανάκληση της αποφάσεώς της. Δεν επιτρέπεται όμως η έκδοση νέας διοικητικής πράξεως, η οποία αποβλέπει απλώς να εξουδετερώσει το ανασταλτικό αποτέλεσμα της αποφάσεως της Επιτροπής Αναστολών για το χρονικό διάστημα κατά το οποίο η αναστολή αυτή ισχύει» (ΣτΕ επταμ. 2059/2007, 3778/2003, 4329/1998, επταμ. 2478/1997, 2044/1988).

Έχει, ωστόσο, κριθεί ότι «δεν υποχρεούται η Διοίκηση, σε συμμόρφωση προς την απόφαση της Επιτροπής Αναστολών, να ανακαλέσει την πράξη της οποίας έχει ανασταλεί η εκτέλεση ή να εκδώσει πράξη αντίθετου προς αυτήν περιεχομένου» (ΣτΕ 3312/2009). Κατά πάγια νομολογία της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ (βλ., ενδεικτικώς, ΕπΑνΣτΕ 1121/2008), παρέχεται η ευχέρεια στην αναθέτουσα αρχή να επανεξετάσει, πριν από την άσκηση ή τη συζήτηση της αίτησης ακυρώσεως που ακολουθεί τη λήψη του ασφαλιστικού μέτρου, την προδικαστική προσφυγή του υπέρ ου το μέτρο, λαμβάνοντας υπόψη το αιτιολογικό της απόφασης περί αναστολής. Αν με τη νέα α-

πόφαση γίνεται δεκτή η προσφυγή, συνέχιση της ακυρωτικής δίκης που τυχόν έχει ανοιγεί είναι δυνατή μόνον υπό τους όρους του άρθρου 32 παρ. του π.δ. 18/1989 (εδ. β΄ της προτεινόμενης διάταξης).

Υπό το φως των ανωτέρω, σκόπιμη θα ήταν αναδιατύπωση της προτεινόμενης διάταξης, ως ακολούθως: «η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να συμμορφωθεί προς το διατακτικό της απόφασης και μπορεί να ανακαλέσει ή να τροποποιήσει κατάλληλα τη διοικητική πράξη που προκάλεσε τη διαφορά κατά το εν γένει περιεχόμενο της απόφασης ή, επί παράλειψης, να εκδώσει την οφειλόμενη ρητή πράξη».

Αθήνα, 23 Μαΐου 2011

Οι εισηγητές

Δημήτρης Κανελλόπουλος

Προϊστάμενος του Τμήματος Διεθνών και Αμυντικών Μελετών

Ανδρέας Κούνδουρος

Προϊστάμενος του Τμήματος Ευρωπαϊκών Μελετών

Μαριάνθη Καλυβιώτου

Ειδικοί Επιστημονικοί Συνεργάτες

Ο Προϊστάμενος του Α΄ Τμήματος

Νομοτεχνικής Επεξεργασίας

Ξενοφών Παπαρρηγόπουλος

Αν. καθηγητής

του Πανεπιστημίου Θεσσαλίας

Ο Προϊστάμενος της Β΄ Διεύθυνσης

Επιστημονικών Μελετών

Αστέρης Πλιάκος

Αν. Καθηγητής του Οικονομικού

Πανεπιστημίου Αθηνών

Ο Πρόεδρος του Επιστημονικού Συμβουλίου

Κώστας Μαυριάς

Καθηγητής της Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου Αθηνών