



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
Δ/ΝΣΗ ΝΟΜΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ**

ΑΠΟΦΑΣΗ 276/2014

(Της διαδικασίας του άρθρου 2, παρ. 2, περ. γ(δδ) Ν. 4013/2011, όπως ισχύει)

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την 10η Σεπτεμβρίου του έτους δύο χιλιάδες δεκατέσσερα, ημέρα Τετάρτη και ώρα 10.00 π.μ., και επί της οδού Κηφισίας 7, όπου και τα γραφεία της, συνήλθε η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ σε συνεδρίαση, μετά από σχετική πρόσκληση του Προέδρου της, η οποία γνωστοποιήθηκε νομίμως σε όλα τα μέλη της Αρχής.

Από τα προσκληθέντα μέλη της Αρχής παρέστησαν κατά την συνεδρίαση τα ακόλουθα:

Από τα προσκληθέντα μέλη της Αρχής παρέστησαν κατά την συνεδρίαση τα ακόλουθα:

- 1. Πρόεδρος:** Δημήτριος Ράικος
- 2. Μέλη:** Καραμανλής Ευάγγελος
Κουλούρη Ιωάννα
Σταθακόπουλος Δημήτριος
Λουρίκας Δημήτριος

Τα λοιπά τακτικά και αναπληρωματικά μέλη, καίτοι προσκληθέντα, δεν προσήλθαν.

Γραμματέας: Αλεξάνδρα Γιαμά

Εισηγήτρια: Φωτεινή Τοπάλη, Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά την διάρκεια της συνεδρίασης παρέστη η εισηγήτρια κα Τοπάλη Φ και η προϊσταμένη του Τμήματος Γνωμοδοτήσεων κα Καξιρή Χ οι οποίες και αποχώρησαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας και λήψης απόφασης από τα μέλη του Συμβουλίου.

Θέμα: Αίτημα του Υπουργείου Εξωτερικών για παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, για την απ' ευθείας ανάθεση σύμβασης υπηρεσιών συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης του συστήματος N-VIS του Υπουργείου Εξωτερικών, προϋπολογισθείσας δαπάνης €2.966.138,85, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ήτοι

€2.411.495,00 πλέον Φ.Π.Α., για χρονικό διάστημα 5 ετών, ήτοι από 04.12.2014 έως 03.12.2019.

1. Με το υπ' αριθ. Πρωτ. ΣΤ5/Φ.085.1/0869/ΑΣ 12102 αίτημα του Υπουργείου Εξωτερικών, το οποίο παρελήφθη στις 20/08/2014 από την Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων και έλαβε αριθμ. Πρωτ 3412, ζητείται η παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την απ' ευθείας ανάθεση σύμβασης υπηρεσιών συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης του συστήματος N-VIS του Υπουργείου Εξωτερικών, προϋπολογισθείσας δαπάνης €2.966.138,85, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ήτοι €2.411.495,00 πλέον Φ.Π.Α., για χρονικό διάστημα 5 ετών, ήτοι από 04.12.2014 έως 03.12.2019.

I. Ιστορικό- πραγματικά περιστατικά

2. Από τον φάκελο της υπόθεσης και τα περιλαμβανόμενα σε αυτόν στοιχεία και σχετικά έγγραφα, προκύπτουν τα ακόλουθα:

2.1 Στο πλαίσιο δημιουργίας του Πληροφοριακού Συστήματος για τις Θεωρήσεις (VIS) τα κράτη μέλη της ΕΕ, είχαν την υποχρέωση να δημιουργήσουν εθνικά πληροφοριακά συστήματα θεωρήσεων (N-VIS), τα οποία θα συνδέονταν, μέσω της αντίστοιχης εθνικής διεπαφής (NET-VIS), με το κεντρικό επίπεδο, θα διαχειρίζονταν τις διαδικασίες έκδοσης θεώρησης εισόδου των χωρών Schengen και θα αξιοποιούσαν τις τρέχουσες τεχνολογικές δυνατότητες. Το Υπουργείο Εξωτερικών, ως αρμόδια Εθνική Αρχή, έχει την ευθύνη ανάπτυξης του Ελληνικού συστήματος Θεωρήσεων.

2.2 Προς το σκοπό υλοποίησης των ανωτέρω, στις 02 Απριλίου 2009 προκηρύχθηκε από το Υπουργείο Εξωτερικών ανοιχτός δημόσιος διαγωνισμός για το έργο «Ανάπτυξη Πληροφοριακού Συστήματος και προμήθεια εξοπλισμού για το Εθνικό Σύστημα Θεωρήσεων (N-VIS) του ΥΠΕΞ.»

Ο διαγωνισμός ολοκληρώθηκε με την υπογραφή της υπ' αριθ. Α.Π.: ΣΤ5/Φ.085.1/N-VIS/ΑΣ9832/08.06.10 απόφασης κατακύρωσης του Υπουργού Εξωτερικών. Κατόπιν, εστάλη το σχέδιο σύμβασης στο Ελεγκτικό Συνέδριο για τον προσυμβατικό έλεγχο, ο οποίος ολοκληρώθηκε επιτυχώς. Στις 08.09.2010 υπογράφηκε η υπ' αριθ. 853/2010 σύμβαση μεταξύ του Υπουργείου Εξωτερικών και της εταιρείας «Space Hellas A.E. Η σύμβαση αυτή τροποποιήθηκε ως ακολούθως:

α) αρχικώς με την υπ' αριθ. 945/2011 σύμβαση, επήλθαν, μεταξύ άλλων, μεταβολές στην ποσότητα του εξοπλισμού, ήτοι σε μειώσεις εξοπλισμού, λόγω αναστολής λειτουργίας ορισμένων Προξενικών Αρχών, με αντίστοιχη μείωση του συμβατικού τιμήματος και σε επικαιροποίηση εξοπλισμού, χωρίς μεταβολή του συμβατικού τιμήματος.

Βάσει των ανωτέρω, το συμβατικό τίμημα τροποποιήθηκε ως εξής:

ΣΥΜΒΑΣΗ	ΠΟΣΟ σε ευρώ, πλέον ΦΠΑ
Υπ' αρ. 853/2010	6,470,103,00
Υπ' αρ. 945/2011	6,062,493,32

Επισημαίνεται ότι στα ως άνω ποσά δεν συμπεριλαμβάνονται οι υπηρεσίες συντήρησης για το διάστημα μετά την πάροδο της διετίας από την παραλαβή του έργου, ήτοι για την πενταετία που ακολουθεί την ως άνω διετία δωρεάν παροχής εγγύησης του συστήματος. Το ποσό της πενταετούς συντήρησης αναφέρεται στις υποβληθείσες προσφορές και των δύο συμβάσεων, αλλά, κατά ρητή διάταξη της διακήρυξης (βλ. κατωτέρω, παρ. 3, σημείο α), δεν συμπεριλαμβάνεται στον προϋπολογισμό του έργου, συνεπώς ούτε και στο ως άνω συμβατικό τίμημα.

Περαιτέρω, στο πλαίσιο της ως άνω τροποποίησης του αντικειμένου της αρχικής σύμβασης, οι κατατεθείσες προσφορές για τις υπηρεσίες πενταετούς συντήρησης του συστήματος, έχουν ως εξής:

ΠΡΟΣΦΟΡΑ	ΣΥΝΟΛΙΚΟ ΠΟΣΟ σε ευρώ, πλέον ΦΠΑ
ΑΡΧΙΚΗ	2,624,890,00
ΝΕΑ (μετά την τροποποίηση του αντικειμένου του έργου)	2.411,495,00

Πέραν των ανωτέρω, με την υπ'αρ. 945/2011 τροποποιητική σύμβαση ανατέθηκαν στην ανάδοχο εταιρία και νέες υπηρεσίες, ήτοι η υλοποίηση του υποσυστήματος "VIS MAIL", καθώς και του υποσυστήματος "ONLINE APPLICATION", συμβατικού τιμήματος, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, € 937.010,18 και € 314.793,90, αντιστοίχως. Οι ως άνω νέες υπηρεσίες, δεν συμπεριλαμβάνονται στο υποβληθέν αίτημα.

β) στη συνέχεια με την υπογραφή της υπ'αρ. 994/2012 σύμβασης, επήλθαν τροποποιήσεις, που αφορούσαν στη μείωση σταθμών εργασίας, καθώς και στη μετάθεση της οριστικής παραλαβής του έργου κατά έξι μήνες, ήτοι στις 08.09.2012, αντί της αρχικής ημερομηνίας 08.03.2012.

2.3 Σύμφωνα με τη διακήρυξη, οι υπηρεσίες συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης του συστήματος N-VIS αποτέλεσαν αντικείμενο του διενεργηθέντος διαγωνισμού. Ειδικότερα, ο ανάδοχος υποχρεούτο να καταθέσει τεχνική και οικονομική προσφορά για την υπηρεσία συντήρησης, με ελάχιστη προσφερόμενη περίοδο τα πέντε (5) έτη. Ως εκ τούτου, η ανάδειξη της συμφερότερης προσφοράς έγινε μετά την αξιολόγηση, τεχνική και οικονομική, και των υπηρεσιών συντήρησης. Ειδικότερα:

α) Στο μέρος Β', παρ. Β.10 "Υπηρεσίες Υποστήριξης Εγγύησης και Συντήρησης" της διακήρυξης (σελ. 257) ορίσθηκε, μεταξύ άλλων ότι *στο πλαίσιο του προϋπολογισμού του έργου, οι προσφορές έπρεπε να περιλαμβάνουν υπηρεσίες εγγύησης για όλη τη διάρκεια του έργου, καθώς και για δύο χρόνια, τουλάχιστον, μετά την οριστική παραλαβή του. Περαιτέρω, ορίσθηκε "Επίσης, ο ανάδοχος θα δώσει τιμές για υπηρεσίες συντήρησης για πέντε χρόνια μετά την ζητούμενη περίοδο εγγύησης, σύμφωνα με τους πίνακες C1.1, C1.2, C1.3 της οικονομικής προσφοράς, σύμφωνα και με τα αναγραφόμενα στην παράγραφο Β.10.4. Το κόστος των υπηρεσιών αυτών δεν περιλαμβάνεται στον προϋπολογισμό του έργου". Επί του προκειμένου σημειώνεται ότι η υπογραφή της υπ'αρ. 853/2010 σύμβασης*

πραγματοποιήθηκε στις 8 Σεπτεμβρίου 2010, με διάρκεια 18 μήνες από την υπογραφή της.

β) Στο μέρος C “Ειδικές απαιτήσεις οικονομικής προσφοράς” της διακήρυξης, περιλαμβάνονται οι προς συμπλήρωση πίνακες οικονομικής προσφοράς, στους οποίους είχαν συμπεριληφθεί ειδικά πεδία για την αναγραφή εκ μέρους των υποψηφίων, του κόστους συντήρησης για τα έτη μετά την ελάχιστη ζητούμενη περίοδο εγγύησης.

γ) Περαιτέρω, όπως σαφώς προκύπτει από το πρακτικό αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών (πρακτικό 2) της Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού, στον σχετικό πίνακα βαθμολογίας των προσφορών, έχουν συμπεριληφθεί και οι υπηρεσίες συντήρησης του συστήματος.

2.4 Στην δεύτερη υποπαράγραφο του μέρους Α', παρ. Γ.2 “Διαμόρφωση του συγκριτικού κόστους προσφοράς” της διακήρυξης (σελ. 64) ορίσθηκε “Ο Ανάδοχος είναι υποχρεωμένος, εφόσον το επιθυμεί η Αναθέτουσα Αρχή, να υπογράψει συμβόλαιο συντήρησης, μετά το τέλος του προσφερόμενου από αυτόν χρόνου εγγύησης καλής λειτουργίας, για χρονικό διάστημα που μπορεί να φθάσει μια πενταετία και με μέγιστο τίμημα το κόστος συντήρησης που αναφέρεται στην προσφορά του, σε συνδυασμό με τα αναφερόμενα στην παράγραφο Β.10”.

2.5 Τόσο στη διακήρυξη (μέρος Β', παρ. Β.10.4, σελ. 262-263), όσο και στην σχετική, υπ'αρ. 853/2010 υπογραφείσα σύμβαση, έχει συμπεριληφθεί η ακόλουθη πρόβλεψη: «Για την ενεργοποίηση των προσφερόμενων υπηρεσιών συντήρησης, θα καταρτιστεί ειδική σύμβαση συντήρησης, εφόσον ζητηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή. Ο χρόνος ισχύος της σύμβασης συντήρησης θα καθορισθεί από την Αναθέτουσα Αρχή και θα είναι μικρότερος ή ίσος του μέγιστου προσφερόμενου από τον Ανάδοχο. Στη σύμβαση συντήρησης θα εξειδικεύονται οι όροι και οι παρεχόμενες υπηρεσίες που αναφέρονται παραπάνω”. Τέλος, στο άρθρο 4 της σύμβασης προβλέπεται ότι “Οι τιμές που καθορίζονται στην παρούσα σύμβαση δεν υπόκεινται σε μεταβολή”.

2.6 Στις 3 Δεκεμβρίου 2012, με την υπ'αρ. πρ. Φ.085.1/Ν-VIS/ΑΣ 20589 απόφαση του Υπουργείου Εξωτερικών, βάσει του υπ'αρ. 46/27.11.2012 πρακτικού του αρμόδιας επιτροπής παρακολούθησης και παραλαβής, πραγματοποιήθηκε η οριστική παραλαβή του έργου. Έκτοτε και έως τις 03.12.2014, η συντήρηση του συστήματος καλύπτεται από την διετή υποχρεωτική εγγύηση, βάσει της υπ'αρ. 853/2010 σύμβασης, αλλά και της παραγράφου Β.10 της διακήρυξης. Ως εκ τούτου, σύμφωνα με τα σχετικώς προβλεπόμενα στην προαναφερθείσα παράγραφο της διακήρυξης, ημερομηνία έναρξης της σύμβασης υπηρεσιών συντήρησης είναι η 4η Δεκεμβρίου 2014.

2.7 Προς τον σκοπό έγκαιρης σύναψης της ως άνω σύμβασης, το Υπουργείο Εξωτερικών, με το με Α.Π. 51227/2013 έγγραφό του, ζήτησε από την ανάδοχο εταιρεία όπως προβεί σε σύνταξη και κατάθεση επίσημης προσφοράς συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης του συστήματος N-VIS (κυρίως έργο: Σύμβαση 853/2010)

σύμφωνα με τα προβλεπόμενα από τις αντίστοιχες διατάξεις της προκήρυξης του έργου.

2.8 Ανταποκρινόμενη στο ανωτέρω αίτημα, η ανάδοχος εταιρεία, με την από 21-2-2014 επιστολή-προσφορά της, ενημέρωσε το Υπουργείο Εξωτερικών για τη δέσμευσή της στην παροχή των υπηρεσιών συντήρησης του συστήματος για πέντε έτη, ήτοι από 04.12.2014 έως 03.12.2019, σύμφωνα με τα οριζόμενα, τόσο στην υπ' αριθμ. 8634/2009 διακήρυξη, όσο και στις σχετικές, υπογραφείσες συμβάσεις υπ' αριθμ. 853/2010 (αρχική σύμβαση) και 945/2011 (τροποποιητική). Σημειώνεται επί του προκειμένου, ότι το προσφερόμενο, ετήσιο, τίμημα συντήρησης, ύψους €482.29,00, πλέον Φ.Π.Α., είναι σύμφωνο με την υποβληθείσα από τον ανάδοχο οικονομική προσφορά, όπως αυτή διαμορφώθηκε στο πλαίσιο της υπ'αρ. 945/2011, τροποποιητικής σύμβασης.

2.9 Εν συνεχεία, το Υπουργείο Εξωτερικών, αποδεχόμενο την ως άνω προσφορά της αναδόχου εταιρίας, εξέδωσε την υπ' αριθ. Πρωτ. ΣΤ5/Φ.085.1/0869/ΑΣ απόφαση του Υπουργού Εξωτερικών, με την οποία ενέκρινε την απ' ευθείας ανάθεση στην ανάδοχο εταιρία "SPACE HELLAS A.E.", της παροχής υπηρεσιών συντήρησης και τεχνικής υποστήριξη του συστήματος N-VIS.

3. Κατόπιν των ανωτέρω, το Υπουργείο Εξωτερικών, με το υπ' αριθ. Πρωτ. ΣΤ5/Φ.085.1/0869/ΑΣ 12102 έγγραφο αίτημα του, αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την απευθείας ανάθεση στην εταιρία "SPACE HELLAS A.E." της σύμβασης παροχής υπηρεσιών συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης του συστήματος N-VIS του Υπουργείου Εξωτερικών, προϋπολογισθείσας δαπάνης €2.966.138,85, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για χρονικό διάστημα 5 ετών, ήτοι από 04.12.2014 έως 03.12.2019.

II. Νομικό πλαίσιο

4. Το άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ, υποπερίπτωση δδ) του ν. 4013/2011, όπως αυτός ισχύει ορίζει: *"δδ) Οι αποφάσεις των αναθετουσών Αρχών που αφορούν προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 3 του Π.Δ. 59/2007 και των άρθρων 24 και 25 του Π.Δ. 60/2007, εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη της Αρχής, εφόσον οι συμβάσεις αυτές εμπίπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των ανωτέρω προεδρικών διαταγμάτων."*

5. Η διάταξη του άρθρου 6 παρ. 1 του Π.Δ. 60/2007 «Προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ...» ορίζει:

"Το παρόν εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών που δεν εξαιρούνται, δυνάμει των εξαιρέσεων που προβλέπονται στα άρθρα 16, 17 και 9 έως 15, και των οποίων η εκτιμώμενη αξία εκτός φόρου προστιθέμενης αξίας (ΦΠΑ) είναι ίση προς ή ανώτερη από τα ακόλουθα κατώτατα όρια:

α) 137.000 ευρώ, για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών, εκτός αυτών που καλύπτονται από την περίπτωση β) στοιχείο iii), που συνάπτονται από τις αναθέτουσες αρχές οι οποίες είναι κεντρικές κυβερνητικές αρχές του Παραρτήματος IV. [...]

β) 211.000 ευρώ, προκειμένου για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που συνάπτονται είτε i) από αναθέτουσες αρχές άλλες από εκείνες που αναφέρονται στο Παράρτημα IV, είτε ii) από τις αναθέτουσες αρχές που αναφέρονται στο Παράρτημα IV και οι οποίες δραστηριοποιούνται στον τομέα της άμυνας, όταν οι συμβάσεις αφορούν προϊόντα τα οποία δεν καλύπτει το Παράρτημα V, είτε iii) από οποιαδήποτε αναθέτουσα αρχή και έχουν ως αντικείμενο υπηρεσίες της κατηγορίας 8 του Παραρτήματος II A, υπηρεσίες τηλεπικοινωνιών της κατηγορίας 5 των οποίων οι θέσεις στο CPV είναι αντίστοιχες με τους αριθμούς αναφοράς CPC 7524, 7525 και 7526, ή/και υπηρεσίες που αναφέρονται στο Παράρτημα II B.”

Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με το άρθρο 2 του αριθ. 1336/2013 Κανονισμού για την τροποποίηση των οδηγιών 2004/17/EK, 2004/18/EK και 2009/81/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, όσον αφορά τα κατώτατα όρια εφαρμογής τους κατά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, το ως άνω ποσό αναπροσαρμόστηκε στις 134.000 και 207.000 ευρώ αντίστοιχα.

6. Στο Π.Δ. 60/2007 και ειδικότερα στο άρθρο 25 [με τίτλο “Διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού (άρθρο 31 οδηγίας 2004/18/EK)”] προβλέπεται ότι:

«Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάψουν τις δημόσιες συμβάσεις τους προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, στις ακόλουθες περιπτώσεις [...]

4. Προκειμένου για δημόσιες συμβάσεις έργων και υπηρεσιών:

[...]

β) όταν έχουν ως αντικείμενο νέα έργα ή υπηρεσίες που συνίστανται στην επανάληψη παρόμοιων έργων ή υπηρεσιών που ανατέθηκαν στον οικονομικό φορέα ανάδοχο της αρχικής σύμβασης από τις ίδιες αναθέτουσες αρχές, υπό την προϋπόθεση ότι αυτά τα έργα ή οι υπηρεσίες είναι σύμφωνες με μία βασική μελέτη που αποτέλεσε αντικείμενο αρχικής σύμβασης και η οποία έχει συναφθεί σύμφωνα με την ανοικτή ή την κλειστή διαδικασία».

Η δυνατότητα προσφυγής στη διαδικασία αυτή πρέπει να επισημαίνεται ήδη κατά την αρχική προκήρυξη διαγωνισμού, και το συνολικό προβλεπόμενο ποσό για τη συνέχιση των εργασιών ή υπηρεσιών λαμβάνεται υπόψη από τις αναθέτουσες αρχές κατά την εφαρμογή του άρθρου 6. Προσφυγή στη διαδικασία αυτή επιτρέπεται μόνο επί μια τριετία μετά τη σύναψη της αρχικής σύμβασης. ».

III. Νομική Εκτίμηση

7. Το υπό εξέταση αίτημα του Υπουργείου Εξωτερικών αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών, με την έννοια της περ. γ της παρ. 2 του άρθρου 2 του Π.Δ. 60/2007, περί προσαρμογής της Ελληνικής Νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/EK «περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών».

Περαιτέρω, δεδομένου ότι ο συνολικός προϋπολογισμός του διενεργηθέντος διαγωνισμού ανέρχεται σε €6.820.479,00, πλέον Φ.Π.Α, ενώ ο προϋπολογισμός της σύμβασης συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης του συστήματος N-VIS, η οποία και αποτελεί το αντικείμενο του υποβληθέντος αιτήματος του Υπουργείου Εξωτερικών, ανέρχεται σε €2.411.495,00, πλέον Φ.Π.Α., συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής κατ' άρθρο 2 παράγραφος 2 περίπτωση γ' υποπερίπτωση δδ' του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για την παροχή σύμφωνης γνώμης.

8. Εν προκειμένω, προκειμένου να αποφασιστεί εάν συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής, κατ' άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. δδ' του Ν. 4013/2011, για την παροχή σύμφωνης γνώμης, απαιτείται όπως καθοριστεί η φύση του υπό εξέταση αιτήματος του Υπουργείου Εξωτερικών.

Ειδικότερα, θα πρέπει να εξετασθεί εάν, με βάση τους όρους της οικείας προκήρυξης και σύμβασης, έχει συναφθεί σύμφωνο προαίρεσης υπέρ της αναθέτουσας αρχής (option). καθώς, η σύμβαση που συνάπτεται δυνάμει ρήτρας δικαιώματος προαίρεσης, δεν μπορεί να υπαχθεί στο πεδίο εφαρμογής των ρυθμίσεων του άρθρου 25, παρ.4, περ. β και γ, οι οποίες αφορούν στις συμπληρωματικές ή νέες εργασίες. Τούτο, πρωτίστως, διότι οι εν λόγω ρυθμίσεις αφορούν στη σύναψη νέας σύμβασης με τη διαδικασία των διαπραγματεύσεων (βλ. *Κων/νου Θ. Γιαννακόπουλου*: Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των Διοικητικών Συμβάσεων σελ. 286, 287. σημ. 27), ενώ, επιπλέον, δεν αφορούν στη σύναψη σύμβασης με μονομερή δήλωση του δικαιούχου του δικαιώματος προαίρεσης (βλ. Γνωμ. Ν.Σ.Κ. 413/2007 και 186/2010).

Κατά τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου (βλ. Ολ, ΣτΕ 1908/2001, Ε.Α. ΣτΕ 918/2003, 45/2004 και Πρακτικό 44/2002 Στ' Κλιμακίου Ε.Σ., καθώς και Γνωμ. Ν.Σ.Κ. 413/2007 και 588/2008) νομίμως προβλέπονται και ασκούνται δικαιώματα προαίρεσης στις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών.

Ως προς τη νομική φύση του δικαιώματος προαίρεσης (option), αυτό αποτελεί συμβατικώς θεμελιούμενο διαπλαστικό δικαίωμα ενός μέρους να επιφέρει την κατάρτιση συμβάσεων ή την παράταση μιας ήδη υφιστάμενης με μονομερή δήλωσή του προς το άλλο μέρος (βλ. ενδεικτ. ΑΠ 1085/2006 ΔΕΕ 2007,84 ΕφΑθ 1223/2001 ΑρχΝ 2001, *Γεωργιάδη*, Σύμφωνο προαιρέσεως..., σ. 82, επ. *Κρητικό*, άρθρο 565-572 αρ. 9, 13, *Παπαντωνίου*, Γεν. Αρχές, σ.324).

Περαιτέρω, το σύμφωνο προαίρεσης, από το οποίο απορρέει το δικαίωμα προαίρεσης, αποτελεί μια ιδιόμορφη, αυτοτελή και προπαρασκευαστικής φύσης σύμβαση, με την οποία καθορίζεται το περιεχόμενο της σκοπούμενης κυρίας σύμβασης και συγχρόνως παρέχεται στον δικαιούχο η εξουσία να θέσει σε ισχύ τη συμβατική αυτή σχέση με μόνη τη δική του δήλωση, χωρίς την ανάγκη σύμπραξης του άλλου μέρους (ΕφΑθ 11154/1995).

9. Εκ των ανωτέρω εκτεθέντων, προκύπτουν οι ακόλουθες βασικές διαφοροποιήσεις του συμφώνου προαίρεσης του Αστικού Κώδικα (Α.Κ.), σε σχέση με τη δυνατότητα σύναψης σύμβασης νέων υπηρεσιών με προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, επί τη βάση του άρθρου 25 παρ 4 περ β' του Π.Δ.60/2007:

α. Στην περίπτωση του συμφώνου προαίρεσης (Α.Κ.), υφίσταται μονομερές διαπλαστικό δικαίωμα της αναθέτουσας αρχής να θέσει σε ενέργεια την συμβατική σχέση, μόνη με σχετική δήλωσή της προς τον ανάδοχο της αρχικής σύμβασης, το δε δικαίωμα προαίρεσης αποκτάται με την επίτευξη της σχετικής συμφωνίας (βλ. ΣΤΕ 1908/2001, σκέψη 11). Αντιθέτως, στην περίπτωση του άρθρου 25 του Π.Δ. 60/2007, τέτοιο διαπλαστικό δικαίωμα της αρχής δεν υφίσταται και η σύμβαση συνάπτεται βάσει διαπραγμάτευσης με τον οικονομικό φορέα-ανάδοχο της αρχικής σύμβασης.

β. Στην περίπτωση του συμφώνου προαίρεσης (Α.Κ.), το αντικείμενο της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί έχει ήδη περιγραφεί, τουλάχιστον ως προς τα βασικά του στοιχεία, στην διακήρυξη και έχει ήδη αποτελέσει αντικείμενο της τεχνικής και οικονομικής προσφοράς του αναδόχου και συνακόλουθα και της αξιολόγησης. με συνέπεια οι βασικοί όροι, όπως η περιγραφή του αντικειμένου και η τιμή, να παραμένουν ίδιοι και στη νέα σύμβαση. Ως εκ τούτου, η διαπραγμάτευση σε μια τέτοια περίπτωση θα καθίστατο άνευ αντικειμένου. Στην περίπτωση του άρθρου 25 του ΠΔ 60/2007, αντιθέτως, οι ως άνω όροι αποτελούν αντικείμενο διαπραγμάτευσης και μπορούν να διαφοροποιηθούν σε σχέση με την αρχική σύμβαση.

10. Στην υπό κρίση υπόθεση, από τα στοιχεία του φακέλου, όπως αυτά αναπτύχθηκαν ανωτέρω (παρ. 3-6 της παρούσας), προκύπτουν τα ακόλουθα:

α) Η ενεργοποίηση των προσφερομένων υπηρεσιών συντήρησης δόθηκε συμβατικά στην αναθέτουσα αρχή, η οποία, βάσει αυτής, δύναται με μονομερή δήλωση βούλησης να επιφέρει την κατάρτιση της σύμβασης. Ειδικότερα, στην δεύτερη υποπαράγραφο του μέρους Α', παρ. Γ.2 *“Διαμόρφωση του συγκριτικού κόστους προσφοράς”* της διακήρυξης (σελ. 64) ορίσθηκε *“Ο Ανάδοχος είναι υποχρεωμένος, εφόσον το επιθυμεί η Αναθέτουσα Αρχή, να υπογράψει συμβόλαιο συντήρησης, μετά το τέλος του προσφερόμενου από αυτόν χρόνου εγγύησης καλής λειτουργίας, για χρονικό διάστημα που μπορεί να φθάνει μια πενταετία και με μέγιστο τίμημα το κόστος συντήρησης που αναφέρεται στην προσφορά του, σε συνδυασμό με τα αναφερόμενα στην παράγραφο Β.10”*

β) Περαιτέρω, σύμφωνα με τα οριζόμενα στη διακήρυξη, όπως έχουν αναλυτικά παρατεθεί ανωτέρω, παρ. 3, και 5 της παρούσας, οι υπηρεσίες συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης του συστήματος N-VIS αποτέλεσαν αντικείμενο του διενεργηθέντος διαγωνισμού. Ειδικότερα, ο ανάδοχος είχε την υποχρέωση να καταθέσει τεχνική και οικονομική προσφορά για τις υπηρεσίες συντήρησης, με ελάχιστη προσφερόμενη περίοδο τα πέντε (5) έτη και η ανάδειξη της συμφερότερης προσφοράς έγινε μετά από αξιολόγηση (τεχνική και οικονομική) και των υπηρεσιών συντήρησης.

γ) Όλα τα βασικά στοιχεία της εν λόγω υπηρεσίας, όπως η τεχνική περιγραφή της, αλλά και το σχετικό τίμημα, αναφέρονται ήδη τόσο στην διακήρυξη, όσο και στην αρχικώς συναφθείσα σύμβαση. Ειδικώς ως προς το τίμημα, στο άρθρο 13, παρ. 13.3 της σύμβασης προβλέπεται ότι *“το ετήσιο κόστος συντήρησης αναφέρεται στους σχετικούς πίνακες της οικονομικής προσφοράς ως ποσό που θα αντιστοιχεί σε ένα*

ποσοστό του συνολικού προσφερόμενου προϋπολογισμού του έργου, το οποίο δεν δύναται να υπερβαίνει το 10%” Περαιτέρω, στο άρθρο 4 της συναφθείσας σύμβασης προβλέπεται ότι οι τιμές που καθορίστηκαν με αυτήν “δεν υπόκεινται σε μεταβολή” (βλ. ανωτέρω, παρ. 5).

11. Εκ των αναφερθέντων στην αμέσως προηγούμενη παράγραφο 11, η Αρχή άγεται στο συμπέρασμα ότι με την υπ'αρ. 853/2010 σύμβαση, συνομολογήθηκε σύμφωνο προαίρεσης του Α.Κ., το οποίο σαφώς ορίζεται και περιγράφεται, τόσο στη διακήρυξη, όσο και στην υπογεγραμμένη σύμβαση και με το οποίο παραχωρήθηκε στην αναθέτουσα αρχή το διαπλαστικό δικαίωμα όπως, με μονομερή δήλωση βούλησης ενεργοποιήσει την σχετική σύμβαση και όχι πρόβλεψη περί εφαρμογής του άρθρου 25 παρ 4 περ β' Π.Δ. 60/2007. Επιπλέον, οι υπηρεσίες που πρόκειται να ανατεθούν με την υπό σύναψη σύμβαση, έχουν ήδη αποτελέσει αντικείμενο ρύθμισης της αρχικής σύμβασης και συνεπώς δεν απαιτείται η προσφυγή στη διαδικασία σύναψης σύμβασης με διαπραγμάτευση, βάσει των διατάξεων του άρθρου 25 του Π.Δ. 60/2007, προκειμένου να καθοριστούν οι όροι αυτής.

12. Κατά συνέπεια και ανεξαρτήτως της ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής να ενεργοποιήσει το εν λόγω δικαίωμα προαίρεσης ή της δυνατότητάς της να προβεί σε διαπραγμάτευση με βάση το άρθρο 25 παρ 4 περ β' Π.Δ 60/2007, προκύπτει ότι σχετικά με το υποβληθέν αίτημα ενεργοποίησης της σύμβασης προαίρεσης με αντικείμενο την επέκταση του συγκεκριμένου έργου δεν τυγχάνουν εφαρμογής οι διατάξεις των άρθρων 24 και 25 του Π.Δ. 60/2007 και για το λόγο αυτό η Αρχή απέχει από τη παροχή γνώμης λόγω έλλειψης αρμοδιότητας.

IV. Συμπέρασμα

Ενόψει όλων των προεκτεθέντων, με βάση το διδόμενο πραγματικό και από την υπαγωγή αυτού στις εφαρμοστέες και ερμηνευόμενες διατάξεις και με την επιφύλαξη της άσκησης των λοιπών αρμοδιοτήτων της, Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. ομόφωνα:

Διαπιστώνει την έλλειψη αρμοδιότητας της Αρχής για έκδοση της απόφασης της παρ. 2 περ. γ, υποπερίπτωση δδ) του ν. 4013/2011, όπως ισχύει και την, ως εκ τούτου, αποχή από την εξέταση του ανωτέρω αιτήματος για παροχή σύμφωνης γνώμης.

ΑΘΗΝΑ, 10 ΣΕΠΤΕΜΒΡΙΟΥ 2014

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΗΜΗΤΡΙΟΣ ΡΑΪΚΟΣ