



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΑΠΟΦΑΣΗ
66 /2016

(της διαδικασίας του άρθρου 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ του ν. 4013/2011, όπως ισχύει)

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την 19^η Απριλίου του έτους δύο χιλιάδες δεκαπέντε (2016) ημέρα Τρίτη και ώρα 10:00 π.μ. και επί της οδού Λ. Κηφισίας 7, στους Αμπελόκηπους, 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:

- 1. Αντιπρόεδρος :** Μπουσουλέγκα Χριστίνα
- 2. Μέλη :** Καραμανλής Ευάγγελος
Σταθακόπουλος Δημήτριος
Λουρίκας Δημήτριος

Γραμματέας: Κασάπη Ευαγγελία

Εισηγήτρια: Χρυσάνθη Ζαράρη, Δικηγόρος, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστη η εισηγήτρια Χρυσάνθη Ζαράρη, Δικηγόρος, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. καθώς και η Προϊστάμενη του Τμήματος Γνωμοδοτήσεων Καξιρή Χριστίνα, οι οποίες αποχώρησαν πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας και λήψης της απόφασης από τα Μέλη του Συμβουλίου της Αρχής.

Θέμα: Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής επί του αιτήματος του Γενικού Επιτελείου Αεροπορίας για την ανάθεση στην “Ε.Π.Α. Αττικής Α.Ε.” της σύμβασης που αφορά σε προμήθεια Φυσικού Αερίου για την κάλυψη των αναγκών Μονάδας Συμπαγωγής Ηλεκτρισμού Θερμότητας/Ψύξης του 251 Γενικού Νοσοκομείου Αεροπορίας, διάρκειας έως και 31.12.2016, συνολικού προϋπολογισμού που δεν θα υπερβεί το ποσό των 823.026,34€ (μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 13%).

1. Με το με αρ. πρωτ. Φ.890/ΑΔ.884898/Σ.2302/31.12.2015 έγγραφο αίτημα του Γενικού Επιτελείου Αεροπορίας (εφεξής ΓΕΑ) προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (εφεξής Αρχή), το οποίο παρελήφθη από την Αρχή στις 18.01.2016 και έλαβε αριθμό πρωτ. 192, όπως συμπληρώθηκε με:

i) το με αρ. πρωτ. Φ.890/ΑΔ.875828/Σ.230/10.02.2016 (αρ. πρωτ. της Αρχής 806/17.02.2016) έγγραφο του ΓΕΑ κατόπιν αποστολής εκ μέρους της Αρχής, του με αρ. πρωτ. 192/26.01.2016, εγγράφου παροχής διευκρινιστικών στοιχείων,
ii) το έγγραφο της Ρυθμιστικής Αρχής Ενέργειας (εφεξής ΡΑΕ) με κωδικό 0-63667/04.04.2016 το οποίο κοινοποιήθηκε στην Αρχή (αρ. πρωτ. 1600/04.04.2016) και
iii) το με αρ. πρωτ. Φ.890/ΑΔ.877786/Σ.632/04.04.2016 έγγραφο του ΓΕΑ (αρ. πρωτ. της Αρχής 1629/05.04.2016)
τα οποία, υπό στοιχείο ii) και iii) ανωτέρω έγγραφα, απεστάλησαν στην Αρχή κατόπιν αιτήματος της, με το με αρ. πρωτ. 806/07.03.2016 έγγραφο της προς το ΓΕΑ, για παροχή διευκρινήσεων επί των αναγραφόμενων σε μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της ΡΑΕ που περιλαμβάνονταν στις παρεχόμενες διευκρινήσεις του με αρ. πρωτ. Φ.890/ΑΔ.875828/Σ.230/10.02.2016 εγγράφου του ΓΕΑ, το ΓΕΑ αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 2, παρ. 2, περ. γ (δδ) Ν. 4013/2011, όπως ισχύει, προκειμένου να αναθέσει στην “Ε.Π.Α. Αττικής Α.Ε.”, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 1 β' του Π.Δ 60/2007, την προμήθεια Φυσικού Αερίου για την κάλυψη των αναγκών Μονάδας Συμπαραγωγής Ηλεκτρισμού Θερμότητας/Ψύξης του 251 Γενικού Νοσοκομείου Αεροπορίας (εφεξής ΓΝΑ), έτους 2016 (έως την 31.12.2016), συνολικού προϋπολογισμού που δεν θα υπερβεί τις 823.026,34€ (μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 13%).

I. Ιστορικό- πραγματικά περιστατικά

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

2.1. Η Αρχή, με την με αρ. 84/2012 απόφασή της, ομόφωνα αποφάσισε “την παροχή σύμφωνης γνώμης προς το Υπουργείο Εθνικής Άμυνας (Γ.Ε.Α.) για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης δυνάμει του άρθρου 25 περ. 1 υποπερ. (β) του π.δ/τος 60/2007, για τη σύναψη σύμβασης μεταξύ του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας (Γ.Ε.Α.) και της Εταιρείας Παροχής Αερίου Αττικής Α.Ε., με αντικείμενο την προμήθεια φυσικού αερίου για τις ανάγκες του 251 Γ.Ν.Α., συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 2.938.659,06 ευρώ (χωρίς ΦΠΑ)”. Σε συνέχεια της ως άνω απόφασης, με την με αριθμ. Φ.831/ΑΔ.876101/Σ.295/12.02.2013 απόφαση του Υφυπουργού Εθνικής Άμυνας, ανατέθηκε η προμήθεια φυσικού αερίου στην εταιρία “Ε.Π.Α. Αττικής Α.Ε.”, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 1.700.000,00€, για χρονικό διάστημα από 01.04.2013 έως 31.12.2014. Η εν λόγω σύμβαση έληξε στις 31.12.2014.

2.2 Πριν τη λήξη της υπό στοιχείο 2.2 ανωτέρω σύμβασης, το Γ.Ε.Α επανήλθε με νέο αίτημα στην Αρχή για τη σύναψη σύμβασης προμήθειας φυσικού αερίου για τα έτη 2015 και 2016 όπου με την με αρ. 216/03.07.2014 Απόφαση της Αρχής, ομοίως παρασχέθηκε “σύμφωνη γνώμη επί του αιτήματος του Γενικού Επιτελείου Αεροπορίας, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2, περ. γ (δδ) του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για τη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, με την “Εταιρεία Παροχής Αερίου Αττικής (Ε.Π.Α.) Α.Ε.”, για την ανάθεση της σύμβασης προμήθειας Φυσικού Αερίου για την κάλυψη των αναγκών του 251 Γενικού Νοσοκομείου Αεροπορίας, διάρκειας δύο (2) ετών (από 01.01.2015 έως 31.12.2016), συνολικού προϋπολογισμού 1.415.929,20€ (μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 13%), σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 1, περ. β' του Π.Δ. 60/2007, λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων”. Σημειώνεται ότι, μειοψήφισε η Αντιπρόεδρος της Αρχής καθόσον κατά το χρόνο εκείνο ήταν σε εξέλιξη η απελευθέρωση της αγοράς φυσικού αερίου και, κατά την άποψη της, θα έπρεπε η έγκριση του αιτήματος υπό την τήρηση της αρχής της αναλογικότητας, να περιορίζεται στο απολύτως αναγκαίο μέτρο, ήτοι δε θα έπρεπε να

υπερβαίνει το ένα (1) έτος.

Σε συνέχεια της σύμφωνης γνώμης της Αρχής, υπογράφηκε η με αρ. πρωτ. Φ831/ΑΔ.878239/Σ.693/11.05.2015 (ΑΔΑ:ΒΧ5Ψ6-2Θ7) Απόφαση του Υφυπουργού Εθνικής Άμυνας για την κατακύρωση των αποτελεσμάτων διαπραγμάτευσης για την προμήθεια φυσικού αερίου για κάλυψη των αναγκών του 251 ΓΝΑ, χρονικής διάρκειας από την υπογραφή της σύμβασης και έως την 31.12.2016, έναντι συνολικού ποσού 1.600.000€. Σχέδιο της Σύμβασης υποβλήθηκε στο Ελεγκτικό Συνέδριο για τον προβλεπόμενο στο άρθρο 35 του ν. 4129/2013 (Α 52) υποχρεωτικό προληπτικό έλεγχο νομιμότητας όπου με την με αρ. 109/2015 Πράξη του ΣΤ Κλιμακίου κρίθηκε ότι απαραδέκτως εισήχθη για έλεγχο νομιμότητας καθώς το υποβληθέν σχέδιο σύμβασης αποτελεί σύμβαση προσχώρησης του Νοσοκομείου σε τυποποιημένου περιεχομένου όρους της σύμβασης χωρίς καμία διαπραγματευτική δύναμη εκ μέρους του. Επιπρόσθετα, αναφέρθηκε ότι η τιμολόγηση παροχής φυσικού αερίου δεν είναι διαπραγματεύσιμη αλλά ελέγχεται περιοδικά από τη ΡΑΕ. Στις 23.07.2015 υπογράφηκε η σχετική σύμβαση του ΓΝΑ με την Ε.Π.Α Αττικής.

2.3. Στις 21.10.2015 επήλθε η 1η τροποποίηση της από 23.07.2015 αρχικής σύμβασης, κατόπιν της με αρ. 32/15.10.2015 γνωμοδότησης του συλλογικού οργάνου της ΥΠ/ΠΑ και συμφωνίας της Ε.Π.Α Αττικής Α.Ε που αφορούσε στην αναπροσαρμογή - σύμφωνα με το άρθρο 9 περ.3 της σύμβασης- της Δηλωμένης Ποσότητας φυσικού αερίου έτους 2015, από 10.000.000 kwh σε 5.000.000 kwh.

2.4. Στις 18.12.2015, εγκρίθηκε η 2η τροποποίηση της από 23.07.2015 αρχικής σύμβασης, κατόπιν της με αρ. 35/07.12.2015 γνωμοδότησης του συλλογικού οργάνου της ΥΠ/ΠΑ προκειμένου να καταστεί εφικτή η δοκιμαστική λειτουργία δύο (2) *“Μηχανών Συμπαραγωγής ονομαστικής ισχύος 1.700.001kcal/h έκαστης, σημειώνοντας αντίστοιχη αύξηση της συνολικής ισχύος καυστήρων κατά 3.400.002 kcal/h”*, χωρίς αντίστοιχη επιβάρυνση του κρατικού προϋπολογισμού, όπως αναφέρεται ρητώς στα έγγραφα του φακέλου. Αναφέρεται ότι δεν υφίσταται αντίστοιχη μνεία περί ενδεχόμενης μείωσης του συνολικού συμβατικού τιμήματος λόγω της μείωσης στο μισό της ποσότητας φυσικού αερίου για το έτος 2015.

2.5. Προκειμένου να τεθούν σε λειτουργία οι δύο (2) *“Μηχανές Συμπαραγωγής Ηλεκτρισμού Θερμότητας (ΣΗΘ)”* απαιτείται προμήθεια επιπλέον ποσότητας φυσικού αερίου σε σχέση με την αντίστοιχη συμβατική ποσότητα έτους 2016-που ανέρχεται σε 12.000.000kwh- όπως προκύπτει από το Παράρτημα 1 της από 23.07.2015 σύμβασης, καθώς βάση μελέτης για τη λειτουργία των 2 μηχανών ΣΗΘ θα απαιτηθούν 19.500.000kwh σε ετήσια βάση. Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο φάκελο η κανονική λειτουργία των μηχανών θα εκκινήσει μετά τη σύναψη της σχετικής σύμβασης με την Ε.Π.Α Αττικής, υπό την προϋπόθεση σύμφωνης γνώμης της Αρχής.

2.6 Η σκοπούμενη σύμβαση, ως αναφέρεται ρητά στα διευκρινιστικά έγγραφα που υποβλήθηκαν από το ΓΝΑ, δεν αφορά σε τροποποίηση της από 23.07.2015 σύμβασης, ως ισχύει, καθόσον το συμβατικό της αντικείμενο διαφέρει ως προς την τιμολόγηση της παροχής, ως διαφορετικό αντικείμενο επί της ουσίας, σε σχέση με το αντικείμενο της από 23.07.2015 σύμβασης, διάρκειας έως 31.12.2016, ομοίως. Περαιτέρω, αναφέρεται ότι οι καταναλωτές που χρησιμοποιούν φυσικό αέριο για κλιματισμό ή συμπαραγωγή ηλεκτρισμού θερμότητας λαμβάνουν ειδική έκπτωση σε σχέση με το αντίστοιχο Μεγάλο Εμπορικό Τιμολόγιο “ΜΕ” που εκδίδεται για τις υφιστάμενες χρήσεις του Νοσοκομείου.

2.7. Στο φάκελο περιλαμβάνεται επίσης Τεύχος *“Ειδικής Συγγραφής Υποχρεώσεων”* όπου αποτυπώνονται αναλυτικά πλην της τεχνικής περιγραφής και απαιτήσεων του εγχειρήματος, τα

πλεονεκτήματα από την θέση σε λειτουργία των 2 Μηχανών Συμπαραγωγής Ηλεκτρισμού Θερμότητας (ΣΗΘ) με χρήση φυσικού αερίου (σελ. 46 του Τεύχους Ειδικής Συγγραφής Υποχρεώσεων).

3. Κατόπιν των ανωτέρω, το ΓΕΑ, με το με αρ. πρωτ. Φ.890/ΑΔ.884898/Σ.2302/31.12.2015 έγγραφο αίτημα του προς την Αρχή, όπως αυτό συμπληρώθηκε (βλ. παρ. 1), αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 2, παρ. 2, περ. γ (δδ'') Ν. 4013/2011, όπως ισχύει, προκειμένου να προβεί στη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης με την "Ε.Π.Α. Αττικής Α.Ε.", σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 1 β' του Π.Δ 60/2007, για την ανάθεση της προμήθειας Φυσικού Αερίου έτους 2016 για την κάλυψη των αναγκών Μονάδας Συμπαραγωγής Ηλεκτρισμού Θερμότητας/Ψύξης του 251 Γενικού Νοσοκομείου Αεροπορίας, διάρκειας από την υπογραφή της σύμβασης έως την 31.12.2016, συνολικού προϋπολογισμού που δεν θα υπερβεί τις 823.026,34€ (μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 13%).

II. Νομικό πλαίσιο

4. Το άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, που οριοθετεί την αρμοδιότητα της Αρχής για την παροχή σύμφωνης γνώμης για την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση, ορίζει τα ακόλουθα: «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. Το π.δ. 60/2007 «Προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ...» ορίζει:

Άρθρο 6 παρ. 1

«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 (Φ.Π.Α.) 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, [...]

Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με το άρθρο 1 του αριθ. 2015/2342 Κανονισμού της Επιτροπής της 15ης Δεκεμβρίου 2015 για την τροποποίηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, όσον αφορά στα κατώτατα όρια εφαρμογής τους κατά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, το ως άνω ποσό αναπροσαρμόστηκε στις 135.000 και 209.000 ευρώ, αντίστοιχως.

Επίσης, σημειώνεται ότι στο Παράρτημα V του ίδιου π.δ/τος περιλαμβάνονται τα ορυκτά καύσιμα (Κεφάλαιο 27).

Στο άρθρο 25 “Διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού” παρ.1 περίπτωση β', ορίζεται:

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

1) Προκειμένου για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών:

[...]β) εάν, για λόγους τεχνικούς, καλλιτεχνικούς ή σχετικούς με την προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, η σύμβαση μπορεί να ανατεθεί μόνο σε συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, [...]».

6. Το άρθρο 16 του ν. 3978/2011, ο οποίος αφορά τις δημόσιες συμβάσεις έργων, υπηρεσιών και προμηθειών στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας και ενσωματώνει την σχετική Οδηγία 2009/81/ΕΚ, ορίζουν τα ακόλουθα:

«Άρθρο 16 (άρθρο 2 της Οδηγίας)

Πεδίο εφαρμογής

1.Ο παρών νόμος εφαρμόζεται, με την επιφύλαξη των άρθρων 36, 51, 52, 62 και 346 της ΣΛΕΕ στις συμβάσεις οι οποίες συνάπτονται στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας και οι οποίες έχουν ως αντικείμενο:

- α) την προμήθεια στρατιωτικού εξοπλισμού, στην έννοια του οποίου περιλαμβάνονται τα μέρη, επί μέρους στοιχεία ή συναρμολογημένα τμήματα, κατασκευαστικά μέρη ή υποσυγκροτήματα,
- β) την προμήθεια ευαίσθητου εξοπλισμού, στην έννοια του οποίου περιλαμβάνονται τα μέρη, επιμέρους στοιχεία ή συναρμολογημένα τμήματα, κατασκευαστικά μέρη ή υποσυγκροτήματα,
- γ) έργα, προμήθειες και υπηρεσίες που αφορούν άμεσα το στρατιωτικό εξοπλισμό και τον ευαίσθητο εξοπλισμό για οποιαδήποτε στοιχεία του κύκλου ζωής τους,
- δ) έργα και υπηρεσίες για ειδικούς στρατιωτικούς σκοπούς ή ευαίσθητα έργα και ευαίσθητες υπηρεσίες. [...]

7. Επίσης στο άρθρο 346 (πρώην άρθρο 296 Σ.Ε.Κ.) της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Σ.Λ.Ε.Ε.) ορίζονται τα εξής:

«1. Οι διατάξεις των Συνθηκών δεν αντιτίθενται προς τους ακόλουθους κανόνες:

- α) κανένα κράτος μέλος δεν υποχρεούται να παρέχει πληροφορίες, τη διάδοση των οποίων θεωρεί αντίθετη προς ουσιώδη συμφέροντα ασφαλείας του,
- β) κάθε κράτος μέλος δύναται να λαμβάνει τα μέτρα που θεωρεί αναγκαία για την προστασία ουσιωδών συμφερόντων της ασφαλείας του, που αφορούν την παραγωγή ή εμπορία όπλων, πυρομαχικών και πολεμικού υλικού· τα μέτρα αυτά δεν πρέπει να αλλοιώνουν τους όρους του ανταγωνισμού εντός της εσωτερικής αγοράς σχετικά με τα προϊόντα που δεν προορίζονται για στρατιωτικούς ειδικά σκοπούς.

2. Το Συμβούλιο, αποφασίζοντας ομόφωνα προτάσει της Επιτροπής, μπορεί να επιφέρει τροποποιήσεις στον πίνακα τον οποίο κατάρτισε στις 15 Απριλίου 1958, και ο οποίος αφορά τα προϊόντα για τα οποία εφαρμόζονται οι διατάξεις της παραγράφου 1, στοιχείο β)».

8. Σύμφωνα με τα οριζόμενα στην με αρ. Δ1/18887/06.11.2001 (ΦΕΚ Β 1521/13.11.2001) Απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης με θέμα “Χορήγηση άδειας διανομής φυσικού αερίου στην «Εταιρεία Παροχής Αερίου (Ε.Π.Α.) Αττικής Ανώνυμη Εταιρεία»”, ορίζεται ότι: “[..] αποφασίζουμε: Χορηγούμε άδεια διανομής φυσικού αερίου (εφεξής η «Άδεια») στην Εταιρεία Παροχής Αερίου Αττικής Α.Ε. που εδρεύει στην Αθήνα (εφεξής ο «Αδειούχος») δυνάμει της οποίας ο Αδειούχος ασκεί τα αποκλειστικά δικαιώματα (α) προγραμματισμού, (β) μελέτης, (γ) σχεδιασμού, (δ) κατασκευής, (ε) εκμετάλλευσης και (στ) πώλησης φυσικού αερίου στην

γεωγραφική περιοχή (εφεξής η «Περιοχή Αδείας») που ορίζεται στο Παράρτημα 1, σύμφωνα με τους όρους και προϋποθέσεις της παρούσας”.

9. Σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4001/11 (179/A) “Για τη λειτουργία Ενεργειακών Αγορών Ηλεκτρισμού και Φυσικού Αερίου, για Έρευνα, Παραγωγή και δίκτυα μεταφοράς Υδρογονανθράκων και άλλες ρυθμίσεις”, ορίζεται:

άρθρο 2 “Ορισμοί” “(ιθ) Επιλέγων Πελάτης: Ο Πελάτης που δικαιούται να επιλέγει Προμηθευτή ή αγοράζει απευθείας Φυσικό Αέριο ή ηλεκτρική ενέργεια, κατά τις διατάξεις του παρόντος.”,

άρθρο 82 “Επιλέγοντες Πελάτες” όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 5 του ν. 4336/2015 και την παρ.1 του άρθρου 16 του ν.4337/2015 (129/ Α) και ισχύει.

“Άρθρο 82

1. Επιλέγοντες πελάτες πρέπει να είναι οι ακόλουθοι:

(α) Οι κάτοχοι άδειας ηλεκτροπαραγωγής οι οποίοι χρησιμοποιούν φυσικό αέριο για την παραγωγή ενέργειας.

(β) Εντός των γεωγραφικών περιοχών που ανήκουν στην αρμοδιότητα των ΕΠΑ Αττικής, Θεσσαλονίκης και Θεσσαλίας:

(αα) Όλοι οι Πελάτες που προμηθεύονται φυσικό αέριο με σκοπό να χρησιμοποιηθεί ως καύσιμο σε κινητήρες μέσω θαλάσσιας και χερσαίας μεταφοράς.

(αβ) Όλοι οι Πελάτες που προμηθεύονται φυσικό αέριο για βιομηχανική χρήση, συμπεριλαμβανομένης της συμπαραγωγής, η οποία, κατά τους τελευταίους δώδεκα μήνες είχαν πραγματική κατανάλωση μεγαλύτερη των 2,2 GWh ανά θέση κατανάλωσης.

(αγ) Από 1ης Ιανουαρίου 2017 όλοι οι Μη Οικιακοί Πελάτες, οι οποίοι είχαν πραγματική κατανάλωση μεγαλύτερη των 2,2 GWh ανά θέση κατανάλωσης.

(αδ) Από 1ης Ιανουαρίου 2018 όλοι οι Μη Οικιακοί Πελάτες ανεξαρτήτως κατανάλωσης.

(αε) Από 1η Ιανουαρίου 2018 όλοι οι Οικιακοί Πελάτες.”...”

III. Νομική Εκτίμηση

10. Λαμβάνοντας υπόψη ότι το υπό εξέταση αίτημα αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμήθειας, με την έννοια της περ. γ της παρ. 2 του άρθρου 2 του π.δ. 60/2007 και ειδικότερα προμήθειας φυσικού αερίου η οποία εν προκειμένω δεν εμπίπτει στις αναφερόμενες περιπτώσεις των στοιχείων 6 και 7 ανωτέρω και το γεγονός ότι ο συνολικός προϋπολογισμός της σκοπούμενης σύμβασης ανέρχεται σε 823.026,34€ (μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 13%), προκύπτει ότι συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής για την παροχή σύμφωνης γνώμης επί του αιτήματος του ΓΕΑ για προμήθεια φυσικού αερίου, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ, υποπερίπτωση δδ) του ν. 4013/2011, όπως ισχύει.

11. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση, έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιοριστικώς απαριθμούμενες στα άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ περιπτώσεις (αντίστοιχα άρθρα 24 και 25 π.δ. 60/2007) (βλ. σχετικώς ΔΕΕ, απόφαση

της 8ης Απριλίου 2008, C 337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2008, I-2173, σκέψη 56). Συναφώς επισημαίνεται ότι οι ανωτέρω διατάξεις στο μέτρο που εισάγουν εξαιρέσεις που συνιστούν παρέκκλιση από τη βασική ρύθμιση, δηλαδή από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας των αναγνωριζομένων από τη Συνθήκη για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Σ.Λ.Ε.Ε.) δικαιωμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο συσταλτικής ερμηνείας. Συγκεκριμένα, προκειμένου η οδηγία 2004/18/ΕΚ να μην απολέσει την πρακτική αποτελεσματικότητά της, τα κράτη μέλη και οι αναθέτουσες αρχές τους δεν επιτρέπεται να προβλέπουν περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση που δεν προβλέπονται από την εν λόγω οδηγία ή να συνοδεύουν τις ρητώς προβλεπόμενες από την οδηγία αυτή περιπτώσεις με νέους όρους που έχουν ως αποτέλεσμα να καθιστούν ευκολότερη την προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία (βλ. ΔΕΕ, αποφάσεις της 18^{ης} Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28^{ης} Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949, σκέψη 13 και της 13^{ης} Ιανουαρίου 2005, C-84/03, Επιτροπή κατά Ισπανίας, Συλλ. 2005, I-13947, σκέψη 48).

Ειδικότερα, στο πλαίσιο της διάταξης της περ. β της παρ. 1 του άρθρου 25 του π.δ 60/2007, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προσφύγουν στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης όταν, εκτός των άλλων, για λόγους τεχνικούς (όπως η κατοχή αποκλειστικών τεχνικών μέσων, γνώσεων ή μεθόδων) ή σχετικούς με την προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, καθίσταται απολύτως αναγκαίο να ανατεθεί η εκτέλεση της προμήθειας σε συγκεκριμένο προμηθευτή ο οποίος όμως δεν αρκεί να είναι απλώς ικανός να εκτελέσει με τον πλέον αποτελεσματικό τρόπο τη ζητούμενη προμήθεια, αλλά απαιτείται να είναι και ο μοναδικός έναντι οιοδήποτε άλλου προμηθευτή (ΔΕΚ 199/85 Επιτροπή κατά Ιταλίας, ΔΕΚ 296/92 Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, ΔΕΚ 57/94 Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας). Συνεπώς, εφόσον συντρέχουν οι ανωτέρω προϋποθέσεις, οι αναθέτουσες αρχές δύναται να προβούν, ύστερα από διαπραγματεύσεις, σε απευθείας ανάθεση προμηθειών για λόγους τεχνικούς ή προστασίας δικαιωμάτων αποκλειστικότητας, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, έχοντας όμως προηγουμένως σταθμίσει όλες τις οικονομοτεχνικές παραμέτρους, που καθιστούν συμφερότερη την προσφυγή σε αυτήν την όλως εξαιρετική διαδικασία, με πλήρη και ειδική αιτιολογία που πρέπει να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, για τους λόγους που επέβαλαν την απόφασή τους αυτή, διαφορετικά η διαδικασία της απευθείας ανάθεσης δεν είναι νόμιμη.

12. Ο λόγος που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή, με το παρόν αίτημά της, για προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, κατ' εφαρμογή της υπό στοιχείο 5 περίπτωσης ως αναλύεται στο στοιχείο 12 της παρούσας, είναι ότι *“οι Εταιρείες Παροχής Φυσικού Αερίου, στις οποίες έχει χορηγηθεί άδεια διανομής φυσικού αερίου, είναι αποκλειστικοί προμηθευτές φυσικού αερίου στην καθορισμένη, για την κάθε μία γεωγραφική περιοχή. Δυνάμει της με αρ. Δ1/18887/06.11.2001 (ΦΕΚ Β 1521/13.11.2001) Απόφασης με θέμα “Χορήγηση άδειας διανομής φυσικού αερίου στην «Εταιρεία Παροχής Αερίου (Ε.Π.Α.) Αττικής Ανώνυμη Εταιρεία» η εταιρεία “Ε.Π.Α. Αττικής” λειτουργεί χάριν του δημοσίου συμφέροντος καθόσον της έχει ανατεθεί η κοινωφελής δραστηριότητα της πώλησης του φυσικού αερίου σε ορισμένη γεωγραφική περιοχή χωρίς δυνατότητα επιλογής πελατών. Επιπρόσθετα κατά το χρόνο υποβολής του παρόντος αιτήματος εξακολουθεί να αποτελεί τον αποκλειστικό διανομέα φυσικού αερίου στην Αττική και στο Δήμο Αθηναίων, παρά το γεγονός ότι τόσο η προμήθεια όσο και η διανομή φυσικού αερίου αποτελούν αντικείμενα που υπόκεινται στον ελεύθερο ανταγωνισμό. Ως εκ τούτου στην παρούσα χρονική στιγμή μόνο με την εν λόγω εταιρεία δύναται να συμβληθεί ο οποιοσδήποτε ενδιαφερόμενος προκειμένου να ικανοποιήσει τις ανάγκες του”*.

13. Αναφορικά με τα ανωτέρω, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην Υπουργική Απόφαση του

στοιχείου 8 της παρούσης, η Εταιρεία Παροχής Αερίου Αττικής Α.Ε. ασκεί, μεταξύ άλλων, τα αποκλειστικά δικαιώματα πώλησης φυσικού αερίου στην γεωγραφική περιοχή που εδρεύει το ΓΝΑ. Λόγω όμως της πρόσφατης τροποποίησης του θεσμικού πλαισίου για την αγορά φυσικού αερίου (βλ. στοιχείο 9 της παρούσης) και της εισαγωγής συγκεκριμένου χρονοδιαγράμματος για τη σταδιακή απελευθέρωση της εντός των δύο προσεχών ετών, κρίσιμο στοιχείο για τη διαπίστωση του εάν εξακολουθούν να υφίστανται αποκλειστικά δικαιώματα πώλησης/προμήθειας φυσικού αερίου εκ μέρους της της ΕΠΑ Αττικής και συνεπώς πλήρωσης των προϋποθέσεων της περ. β της παρ. 1 του άρθρου 25 του π.δ 60/2007, αποτελεί η κατάταξη του εκάστοτε πελάτη σε κάποια περίπτωση του άρθρου 82 του ν. 4001/2011, όπως ισχύει.

Ειδικότερα, με το με κωδικό 0-63667/04.04.2016 έγγραφο της Ρυθμιστικής Αρχής Ενέργειας-ανεξάρτητης ρυθμιστικής αρχής, αρμόδιας να εποπτεύει την εγχώρια αγορά ενέργειας σε όλους τους τομείς της-το οποίο κοινοποιήθηκε στην Αρχή, κατόπιν αποστολής εκ μέρους του ΓΕΑ αναλυτικού φακέλου προς τη ΡΑΕ, αναφέρονται επακριβώς τα κάτωθι:

“Η συγκεκριμένη εγκατάσταση εμπίπτει στην κατηγορία (γγ) της περίπτωσης (γ) του άρθρου 82 παρ. 1 του ν. 4001/2001 (ΦΕΚ Α 179) όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 5 του ν. 4336/2015 (ΦΕΚ Α 94) και το άρθρο 16 παρ. 1 του ν.4337/2015 (129/ Α) και ισχύει.

Αναλυτικότερα:

1. Βάσει της Υπουργικής Απόφασης Δ1/18887/6-11-2001 (ΦΕΚ Β' 1521), είχαν χορηγηθεί στην εταιρεία ΕΠΑ Αττικής Α.Ε. αποκλειστικά δικαιώματα διανομής και πώλησης φυσικού αερίου σε σαφώς οριοθετημένη γεωγραφική περιοχή της Αττικής, η οποία περιλαμβάνει και την περιοχή του εδρεύει το 251 ΓΝΑ.
2. Με το νόμο 4336/2015, ο οποίος τροποποίησε το ν. 4001/2011, η μεν δραστηριότητα της διανομής παραμένει μονοπωλιακή και συνεχίζει να ασκείται από την ΕΠΑ Αττικής (ή από διάδοχο αυτής) για τη συγκεκριμένη περιοχή, η δε δραστηριότητα της προμήθειας απελευθερώνεται βάσει συγκεκριμένου χρονοδιαγράμματος.
3. Βάσει του ως άνω χρονοδιαγράμματος, πελάτες που είναι εγκατεστημένοι εντός της περιοχής της ΕΠΑ αποκτούν το δικαίωμα να επιλέγουν την εταιρεία από την οποία θα προμηθεύονται φυσικό αέριο (δηλαδή να καθίστανται «επιλέγοντες πελάτες») μετά από συγκεκριμένη ημερομηνία, ανά κατηγορία βάσει των χαρακτηριστικών της κατανάλωσής τους.
4. Ο πελάτης ΓΝΑ έχει τα εξής χαρακτηριστικά:
 - α. Πρόκειται για Μονάδα Συμπαγωγής Ηλεκτρισμού – Θερμότητας/Ψύξης αποκλειστικά για την κάλυψη των αναγκών του νοσοκομείου 251 ΓΝΑ, δηλαδή όχι για βιομηχανική χρήση.
 - β. Η Μονάδα ΣΗΘ δύναται να θεωρηθεί ως επέκταση υφιστάμενης εγκατάστασης κατά την έννοια της παρ. 2 του άρθρου 82 ν. 4001/2011 και άρα κρίσιμο μέγεθος καθίσταται πέραν της προηγούμενης κατανάλωσης και εν προκειμένω ιδίως η νέα εγκατεστημένη ισχύς.

γ. Σύμφωνα με την Τεχνική Περιγραφή του έργου και βάσει της ισχύος των δύο μηχανών παραγωγής, απαιτείται ετήσια ποσότητα φυσικού αερίου (ετήσια τεχνική δυναμικότητα) 19,5 GWh.

5. Βάσει όλων των ανωτέρω, η εγκατάσταση **εμπίπτει στην κατηγορία (γγ) της περίπτωσης (γ) του άρθρου 82 παρ. 1 του ν. 4001/2001**, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, δηλαδή στους μη οικιακούς πελάτες εντός των περιοχών των ΕΠΑ με ετήσια κατανάλωση μεγαλύτερη των 2,2GWh.

6. Οι πελάτες της ως άνω κατηγορίας (γγ) καθίστανται επιλέγοντες την 1^η Ιανουαρίου 2017. Συνεπώς, έως την 31^η Δεκεμβρίου 2016, ο εν λόγω πελάτης δύναται να προμηθεύεται φυσικό αέριο μόνο από την ΕΠΑ Αττικής Α.Ε.

Συνεπώς, το 251 ΓΝΑ και όσον αφορά τις καταναλώσεις του έως την 31^η.12.2016 δεν δύναται να προβεί σε διαγωνιστική διαδικασία, αλλά πρέπει να συνάψει σύμβαση προμήθειας φυσικού αερίου με την ΕΠΑ Αττικής.”

14. Ενόψει των ανωτέρω, από τα στοιχεία που προσκομίστηκαν εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής σε συνδυασμό με το με κωδικό 0-63667/04.04.2016 σχετικό έγγραφο της Ρυθμιστικής Αρχής Ενέργειας (βλ. παρ. 13 ανωτέρω), τεκμηριώνεται επαρκώς ότι, σύμφωνα με το υφιστάμενο νομοθετικό πλαίσιο, η “Εταιρεία Παροχής Αερίου Αττικής (Ε.Π.Α.) Α.Ε.” δεν είναι απλώς ικανός προμηθευτής να εκτελέσει με τον πλέον αποτελεσματικό τρόπο τη ζητούμενη προμήθεια, αλλά είναι και ο μοναδικός έναντι οιοδήποτε άλλου προμηθευτή, στον οποίο για λόγους σχετικών με την προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, καθίσταται απολύτως αναγκαίο να ανατεθεί η εκτέλεση της προμήθειας Φυσικού Αερίου για την κάλυψη των αναγκών του 251 Γενικού Νοσοκομείου Αεροπορίας.

Περαιτέρω, σύμφωνα με το ισχύον θεσμικό πλαίσιο, το ΓΝΑ θα καταστεί “Επιλέγων Πελάτης” δηλαδή θα δικαιούται να επιλέγει Προμηθευτή ή αγοράζει απευθείας Φυσικό Αέριο, από **01.01.2017** καθώς εμπίπτει στην περίπτωση γγ) της παρ. 1. του άρθρου 82 του ν. 4001/2011.

15. Συνεπώς, από την υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών στις προαναφερόμενες διατάξεις, διαπιστώνεται ότι τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 25 παρ. 1 περ. β' του π.δ. 60/2007, καθώς προκύπτει η συνδρομή λόγου και προϋπόθεσης για την υιοθέτηση της εξαιρετικής διαδικασίας της διαπραγμάτευσης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, με την εταιρία “ΕΠΑ Αττικής ΑΕ”, για την ανάθεση της σύμβασης προμήθειας Φυσικού Αερίου για την κάλυψη των αναγκών του 251 Γενικού Νοσοκομείου Αεροπορίας.

16. Τέλος, επισημαίνεται ότι στο Σχέδιο Απόφασης για προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση θα πρέπει να τεθούν ορθά οι διατάξεις περί Εγγυητικής επιστολής συμμετοχής καθόσον εφόσον δεν αφορά σε τροποποίηση ισχύουσας σύμβασης, δεν υφίσταται από το ισχύον θεσμικό πλαίσιο δυνατότητα συμψηφισμού μεταξύ εγγυητικών επιστολών που αφορούν σε διαφορετικές συμβάσεις οι οποίες δεν συνεχονται μεταξύ τους και διέπονται από διαφορετικές διατάξεις. Επίσης, στην υπογραφείσα σύμβαση θα πρέπει να υπάρχει αναφορά στον προϋπολογισμό της.

IV. Συμπέρασμα

Ενόψει όλων των προεκτεθέντων, με βάση το διδόμενο πραγματικό και από την υπαγωγή αυτού στις προαναφερόμενες και ερμηνευόμενες διατάξεις, επί του τεθέντος ερωτήματος, η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ ομόφωνα αποφασίζει:

Την παροχή σύμφωνης γνώμης επί του αιτήματος του Γενικού Επιτελείου Αεροπορίας, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2, περ. γ (δδ) του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για τη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, με την “Εταιρεία Παροχής Αερίου Αττικής (Ε.Π.Α.) Α.Ε.”, για την κάλυψη των αναγκών της Μονάδας Συμπαγωγής Ηλεκτρισμού Θερμότητας/Ψύξης του 251 Γενικού Νοσοκομείου Αεροπορίας, διάρκειας από την υπογραφή της έως 31.12.2016, συνολικού προϋπολογισμού που δεν θα υπερβεί τις **823.026,34€ (μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α), σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 1, περ. β’ του Π.Δ. 60/2007, λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.**

Αθήνα, 19 Απριλίου 2016

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Η Αντιπρόεδρος

Χριστίνα Μπουσουλέγκα