



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ  
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ  
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**ΓΝΩΜΗ**

**Δ 15/2018**

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

**Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

Στην Αθήνα σήμερα, την 8η Φεβρουαρίου του έτους δύο χιλιάδες δέκα οκτώ (2018) ημέρα Πέμπτη και ώρα 10:00 π.μ. και επί της οδού Κεφαλληνίας 45 και Κομνά Τράκα, 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:** Χριστίνα Μπουσουλέγκα (**Προεδρεύουσα**)

**3. Μέλη :** Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης

Δημήτριος Λουρίκας ( μέσω Τηλεδιάσκεψης )

Δρ Δημήτριος Σταθακόπουλος

Δρ Μαρία Στυλιανίδου

Ο Πρόεδρος, κ. Γεώργιος Καταπόδης, απουσίασε λόγω δικαιολογημένου υπηρεσιακού κωλύματος, τα δε αναπληρωματικά μέλη δεν εκλήθησαν αφού δεν παρέστη ανάγκη.

**Γραμματέας:** Μαρία Αντωνοπούλου, Π.Ε. Διοικητικού - Οικονομικού

**Εισηγητής:** Ηλιάνα Κανταρτζή, Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστησαν, μέσω τηλεδιάσκεψης, η εισηγήτρια κα Κανταρτζή καθώς και η Προϊσταμένη του Τμήματος Γνωμοδοτήσεων κα Χριστίνα Καξιρή, οι οποίες αποδεσμεύτηκαν πριν την έναρξη της διαδικασίας της ψηφοφορίας των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου της Αρχής και τη λήψη της απόφασης.

**Ερώτημα:** Το υπ' αριθμ. πρωτ Δ11/Ε/1109/479/18.01.2018 (αρ. πρωτ. εισερχ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 391/18.01.2018) έγγραφο - αίτημα της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

**Θέμα:** Παροχή υπηρεσιών ασφάλειας αερομεταφορών του **Κρατικού Αερολιμένα Ηρακλείου "Ν. ΚΑΖΑΝΤΖΑΚΗΣ"** για χρονικό διάστημα τεσσάρων (4) μηνών, ήτοι από 01.02.2018 έως 30.04.2018, συνολικής

προϋπολογισθείσας δαπάνης 410.000,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%.

1. Με το υπ' αριθμ. πρωτ Δ11/Ε/1109/479/18.01.2018 (αρ. πρωτ. εισερχ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 391/18.01.2018) έγγραφο - αίτημα της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας (εφεξής ΥΠΑ) προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. και τα συνημμένα σε αυτό έγγραφα, ο ως άνω φορέας αιτείται τη σύμφωνη γνώμη της Αρχής για προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, για τη σύναψη σύμβασης παροχής υπηρεσιών ασφάλειας αερομεταφορών του Κρατικού Αερολιμένα Ηρακλείου "Ν. ΚΑΖΑΝΤΖΑΚΗΣ" (εφεξής και ΚΑΗΚ) για χρονικό διάστημα τεσσάρων (4) μηνών, ήτοι από 01.02.2018 έως 30.04.2018, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 410.000,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 32 παρ. 2 περ. γ' του ν. 4412/2016 (κατεπίγον).

### **I. Ιστορικό- πραγματικό πλαίσιο**

2. Από τα στοιχεία του φακέλου της κρινόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα ακόλουθα:

2.1 Με την υπ' αριθ. Δ11/Ε/11559/8528/06-06-2017 απόφαση του Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών προκηρύχθηκε ανοιχτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών ασφάλειας αερομεταφορών (έλεγχο αποσκευών, επιβατών, χειραποσκευών, φορτίου, ταχυδρομείου, έλεγχο πρόσβασης προσώπων/οχημάτων και φύλαξη εγκαταστάσεων) στον Κρατικό Αερολιμένα Ηρακλείου, με CPV 79710000-4 (ειδικές υπηρεσίες, οι οποίες περιλαμβάνονται στο Παράρτημα XIV του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016 και ανατίθενται σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 107 και τα άρθρα 108 και 109 του ανωτέρω νόμου), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής για χρονικό διάστημα δεκατεσσάρων (14) μηνών από εγκαταστάσεως του αναδόχου, συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 3.798.000,00€, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 05.07.2017. Ο εν λόγω διαγωνισμός διενεργήθηκε στις 11.07.2017.

2.2 Με τις υπ' αριθμ. Δ11/Ε/17192/11853/22-08-2017 και Δ11/Ε/17480/12000/24-08-2017 αποφάσεις του Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών εγκρίθηκαν τα πρακτικά αποσφράγισης και αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών των εταιρειών που υπέβαλαν προσφορές στον ανωτέρω διαγωνισμό και έγινε αποδεκτή μόνο μία (1) εκ των τριών υποβληθεισών προσφορών.

2.3 Οι εταιρείες, των οποίων οι προσφορές απορρίφθηκαν, κατέθεσαν Αίτηση Ασφαλιστικών Μέτρων κατά τον ν. 3886/2010, ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας στις 25.09.2017 (αρ. καταθ. 267, 268 και 286), για τις οποίες ορίστηκε δικάσιμος η 30.10.2017, κατά την οποία οι απορριφθείσες εταιρείες παραιτήθηκαν των αιτήσεών τους.

2.4 Ως εκ τούτου, στις 03.11.2017, η αναθέτουσα αρχή προχώρησε στην αποσφράγιση της μοναδικής οικονομικής προσφοράς που κρίθηκε αποδεκτή στο διαγωνισμό και με την υπ' αριθμ. Δ11/Ε/24663/15689/23.11.2017 απόφαση του Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών εγκρίθηκε το σχετικό πρακτικό αποσφράγισης της αρμόδιας Επιτροπής.

2.5 Με την υπ' αριθμ. Δ11/Ε/25454/16157/05.12.2017 απόφαση του Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών κατακυρώθηκαν τα αποτελέσματα του ανοιχτού διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου παροχής υπηρεσιών ασφάλειας αερομεταφορών στον ΚΑΗΚ, για χρονικό διάστημα από 01.01.2018 έως 31.12.2018. Η εν λόγω απόφαση τελούσε υπό την προϋπόθεση έγκρισης από τον προληπτικό έλεγχο νομιμότητας του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

**2.6** Με το υπ' αριθμ. Δ11/Ε/25513/16180/05.12.2017 έγγραφο, διαβιβάστηκε ο σχετικός φάκελος και το σχέδιο σύμβασης στο Ελεγκτικό Συνέδριο και έλαβε αριθμ. πρωτ. 77807/06.12.2017.

**2.7** Στις 29.12.2017 κοινοποιήθηκε στην ΥΠΑ η με αριθμ. 368/2017 Πράξη του Ζ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, σύμφωνα με την οποία κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης μεταξύ της ΥΠΑ και της εταιρείας ICTS ΕΛΛΑΣ Α.Ε., γιατί διαπίστωσε ουσιώδεις πλημμέλειες στην ελεγχόμενη διαγωνιστική διαδικασία. Ειδικότερα, σύμφωνα με την ως άνω απόφαση κρίθηκε, μεταξύ άλλων, ότι μη νομίμως τέθηκε στη διακήρυξη του ελεγχόμενου διαγωνισμού ως κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης κατά την έννοια του 86 του ν. 4412/2016, το κριτήριο της "οικονομικής ευρωστίας", το οποίο μπορεί να αποτελέσει μόνο κριτήριο επιλογής σύμφωνα με το άρθρο 75 του ως άνω νόμου.

**2.8** Κατά της ανωτέρω πράξης ασκήθηκε η υπ' αριθμ. πρωτ. Δ11/Ε/548/232/10-01-2018 αίτηση ανάκλησης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 35 παρ. 5 του ν. 4129/2013, η οποία κατατέθηκε στο VI Τμήμα του Ελεγκτικού Συνεδρίου στις 11.01.2018 και επί της οποίας ορίστηκε ημερομηνία δικασίμου η 09.02.2018.

**2.9** Η ισχύουσα πριν τον διενεργηθέντα διαγωνισμό υπ' αριθμ 34/2017 σύμβαση για την παροχή των ανωτέρω υπηρεσιών στον ΚΑΗΚ λήγει την 31η Ιανουαρίου 2018.

**3.** Κατόπιν των ανωτέρω, η ΥΠΑ με το υπ' αρ. πρωτ Δ11/Ε/1109/479/18.01.2018 (αρ. πρωτ. εισερχ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 391/18.01.2018) έγγραφο - αίτημά της προς την Αρχή και τα συνημμένα σε αυτά έγγραφα αιτείται τη σύμφωνη γνώμη της Αρχής για προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, για τη σύναψη σύμβασης παροχής υπηρεσιών ασφάλειας αερομεταφορών του Κρατικού Αερολιμένα Ηρακλείου "Ν. ΚΑΖΑΝΤΖΑΚΗΣ" για χρονικό διάστημα τεσσάρων (4) μηνών, ήτοι από 01.02.2018 έως 30.04.2018, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 410.000,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 32 παρ. 2 περ. γ' του ν. 4412/2016 (κατεπίγον).

**3.1** Ωστόσο, κατόπιν τηλεφωνικής επικοινωνίας με τον φορέα προσκομίστηκαν στην Αρχή (αρ. πρωτ. εισερχ. ΕΑΑΔΗΣΥ 841/2018) η υπ' αριθμ. Δ11/Ε/1957/873/31.01.2018 απόφαση ανάθεσης του Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών (ΑΔΑ: ΩΗΡΑ465ΧΘΞ-ΠΝΩ) με την οποία ανατέθηκε στην εταιρεία ICTS ΕΛΛΑΣ ΙΔΙΩΤΙΚΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΠΑΡΟΧΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΑΣΦΑΛΕΙΑΣ Α.Ε. η παροχή υπηρεσιών ασφαλείας αερομεταφορών στον ΚΑΗΚ από 01.02.2018 έως 31.03.2018 με δυνατότητα παράτασης για ένα (1) μήνα, ήτοι μέχρι 30.04.2018, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 410.000,00€ καθώς κι η επακόλουθη υπ' αριθμ. 1/2018 σύμβαση (ΑΔΑΜ: 18ΣΥΜΝ002612859 2018-02-01) μεταξύ της ΥΠΑ και της ως άνω εταιρείας για την εκτέλεση της προαναφερθείσας απόφασης ανάθεσης.

## **II. Νομικό πλαίσιο**

**4.** Το άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του ν.4013/2011, όπως ισχύει, ορίζει τα ακόλουθα: «δδ) Οι αποφάσεις των αναθετουσών Αρχών που αφορούν την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, σύμφωνα με την περίπτωση β' της παρ. 2 του άρθρου 26 και τα άρθρα 32 και 269 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη της Αρχής, εφόσον οι συμβάσεις αυτές εμπíπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2014/24/ΕΚ και 2014/25/ΕΚ, οι οποίες ενσωματώθηκαν στην ελληνική έννομη τάξη με το Ν. 4412/2016. Κατά την άσκηση της εν λόγω αρμοδιότητας η Αρχή λαμβάνει υπόψη της τις γενικές αρχές του ενωσιακού και εθνικού δικαίου [...]».

5. Η διάταξη του άρθρου 1 παρ. 2 του ν.4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» ορίζει ότι: “Ο παρών νόμος θεσπίζει κανόνες: α) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης δημοσίων συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου Ι (άρθρα 2 έως 221), β) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙΙ (άρθρα 2 και 222 έως 338) [...]”.

6. Η διάταξη του άρθρου 5 του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» ορίζει:

“Ως κατώτατα όρια, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, ορίζονται τα ακόλουθα: (...) δ) 750.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών που αφορούν κοινωνικές και άλλες ειδικές υπηρεσίες που περιλαμβάνονται στο Παράρτημα ΧΙV του Προσαρτήματος Α’”.

7. Το άρθρο 6 παρ. 1, 3 και 4 του ίδιου νόμου ορίζει τα παρακάτω:

“1. Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς ΦΠΑ, όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος προαίρεσης ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβασης.(...)”

3. Η επιλογή της χρησιμοποιούμενης μεθόδου για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης δεν γίνεται με σκοπό την αποφυγή της εφαρμογής οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου. Η σύμβαση δεν κατατέμενεται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται η εφαρμογή οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου, εκτός αν αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους.

4. Η εκτιμώμενη αξία ισχύει τη στιγμή της αποστολής της προκήρυξης διαγωνισμού ή , στις περιπτώσεις όπου δεν προβλέπεται προκήρυξη διαγωνισμού, τη στιγμή που η αναθέτουσα αρχή εκκινεί τη διαδικασία σύναψης σύμβασης, για παράδειγμα ερχόμενη σε επαφή με οικονομικούς φορείς για τους σκοπούς της σύναψης της σύμβασης, όπου ενδείκνυται κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στο άρθρο 61”.

8. Περαιτέρω το άρθρο 32 παρ. 2 περ. γ’ του ως άνω νόμου, ορίζει ότι:

“2. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών σε οποιαδήποτε από τις κατωτέρω περιπτώσεις: (...) γ) στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο, εάν λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή, δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση. Οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη”.

9. Το άρθρο 61 του ν. 4412/2016 ορίζει: “1. Για συμβάσεις άνω των ορίων, ως χρόνος έναρξης της ανοικτής διαδικασίας, της κλειστής διαδικασίας, της ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση, του ανταγωνιστικού διαλόγου και της σύμπραξης καινοτομίας, νοείται η ημερομηνία αποστολής της σχετικής προκήρυξης σύμβασης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ένωσης ή της προκαταρκτικής προκήρυξης, όταν η τελευταία χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης διαγωνισμού, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 26. 2. Ως χρόνος έναρξης της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, νοείται η ημερομηνία αποστολής προς τους οικονομικούς φορείς της πρώτης πρόσκλησης συμμετοχής σε διαπραγμάτευση. 3. Ως χρόνος έναρξης ενός διαγωνισμού μελετών, νοείται η ημερομηνία αποστολής της σχετικής προκήρυξης διαγωνισμού μελετών στην Επί-

σημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης. 4. Για συμβάσεις κάτω των ορίων αντί των παραγράφων 1 έως 3, εφαρμόζονται οι διατάξεις του άρθρου 120”.

**10.** Στο άρθρο 107 “Ανάθεση συμβάσεων για κοινωνικές και άλλες ειδικές υπηρεσίες (άρθρα 74 και 76 παράγραφος 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)” και στο Παράρτημα XIV του Προσαρτήματος Α’ ορίζονται τα κάτωθι:

*“1. Οι δημόσιες συμβάσεις άνω των ορίων, για κοινωνικές και άλλες ειδικές υπηρεσίες, που αναφέρονται στο Παράρτημα XIV του Προσαρτήματος Α’, ανατίθενται, σύμφωνα την παρ. 3, τα άρθρα 108, 109 και 110, καθώς και τις ειδικότερες διατάξεις που καθορίζουν τους εφαρμοστέους διαδικαστικούς κανόνες και προβλέπονται στα έγγραφα της σύμβασης.*

*2. Οι δημόσιες συμβάσεις κάτω των ορίων, για κοινωνικές και άλλες ειδικές υπηρεσίες, που αναφέρονται στο Παράρτημα XIV του Προσαρτήματος Α’, ανατίθενται, σύμφωνα με την παράγραφο 3, το άρθρο 122, τα άρθρα 109 και 110, καθώς και τις ειδικότερες διατάξεις που καθορίζουν τους εφαρμοστέους διαδικαστικούς κανόνες και προβλέπονται στα έγγραφα της σύμβασης.*

*3. Σε κάθε περίπτωση οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να τηρούν τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων και οι διαδικαστικοί κανόνες των παραγράφων 1 και 2 πρέπει να επιτρέπουν στις αρμόδιες αρχές να λαμβάνουν υπόψη τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά των σχετικών υπηρεσιών.”*

#### ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ XIV

##### ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΑΝΑΦΕΡΟΜΕΝΕΣ ΣΤΟ ΑΡΘΡΟ 107

Κωδικός	Περιγραφή
79700000-1 έως 79721000-4	[...] Υπηρεσίες ερευνών και ασφάλειας, Υπηρεσίες ασφάλειας, Υπηρεσίες φύλαξης, [...]

### III. Νομική Εκτίμηση

**11.** Το υπό εξέταση αίτημα της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας αφορά στην προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης για σύναψη δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών, η οποία, αφενός λόγω αντικειμένου και αφετέρου λόγω της εκτιμώμενης αξίας, όπως προκύπτει από τη συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη του διαγωνισμού (3.798.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016. Κατά συνέπεια, συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής για την παροχή σύμφωνης γνώμης επί του εν λόγω αιτήματος, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ) του ν. 4013/2011, όπως ισχύει.

Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή επικαλείται ρητά ως νομική βάση για την υποβολή του αιτήματός της τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. γ' του ν. 4412/2016 (κατεπίγον). Ειδικότερα, στο αίτημα του φορέα προβλέπεται ότι “η αδυναμία της πρόβλεψης της καταληκτικής ημερομηνίας παράδοσης των 14 Αεροδρομίων, που δεν επέτρεψε την δημοσιοποίηση των όρων της διαγωνιστικής διαδικασίας σε χρόνο προγενέστερο του τηρηθέντος καθώς και η μη αναμενόμενη απόρριψη του σχεδίου της σύμβασης από το Ελεγκτικό Συνέδριο μετά από μακρόχρονη άσκηση αντίθετης πρακτικής, έχει δημιουργήσει συνθήκες που δεν επιτρέπουν πλέον την λειτουργία του Αερολιμένα Ηρακλείου εφόσον δεν θα είναι νομικώς δυνατόν να ασκούνται οι σχετικές υπηρεσίες ασφάλειας αερομεταφορών για την προστασία της δημόσιας ασφάλειας από έκνομες ενέργειες, δηλ. έχει δημιουργηθεί μια αδιέξοδη κατάσταση από απρόβλεπτα για τη διοικητική λειτουργία γεγονότα που κατά τον συνήθη ρουτ των γεγονότων δεν μπορούσαν να αντιμετωπισθούν. Η σοβαρότητα της κατάστασης

που αντιμετωπίζει η Υπηρεσία Πολιτικής Αεροπορίας από τα ως άνω μη προβλέψιμα γεγονότα εξομοιούται με ανωτέρα βία". Η επίκληση, ωστόσο, από τον φορέα της ανωτέρας βίας δε στοιχειοθετείται περαιτέρω από τον φορέα.

**12.** Συναφώς επισημαίνεται ότι 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 και ήδη άρθρα 26 και 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, περιπτώσεις (αντίστοιχα άρθρα 24 και 25 π.δ. 60/2007 και ήδη άρθρα 26 και 32 του Ν. 4412/2016). Περαιτέρω επισημαίνεται ότι οι εν λόγω διατάξεις, στο μέτρο που εισάγουν εξαιρέσεις που συνιστούν παρέκκλιση από την βασική ρύθμιση, ήτοι από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ελεύθερου ανταγωνισμού, της αποφυγής των διακρίσεων και της ίσης μεταχείρισης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο συσταλτικής ερμηνείας. Συγκεκριμένα, προκειμένου η οδηγία 2014/24/ΕΚ να μην απωλέσει 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 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949, σκέψη 13 και της 13ης Ιανουαρίου 2005, C-84/03, Επιτροπή κατά Ισπανίας, Συλλ. 2005, I-13947, σκέψη 48).

**13.** Επισημαίνεται ότι, η τήρηση της προαναφερθείσας διαδικασίας του άρθρου 2 παρ. 2 περ. γ' υποπ. δδ' του Ν. 4013/2011, περί σύμφωνης γνώμης της Αρχής, σύμφωνα με την οποία "η εν λόγω αρμοδιότητα ασκείται μέσα προθεσμία είκοσι (20) εργασίμων ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης στην Αρχή, συνοδευόμενου από όλα τα στοιχεία στα οποία θεμελιώνεται, κατά περίπτωση, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, με μέριμνα της αναθέτουσας αρχής", συνιστά ουσιώδη τύπο της διαδικασίας εκδόσεως της σχετικής διοικητικής πράξης περί προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης και η μη τήρησή του συνεπάγεται ακυρότητα της πράξεως (βλ. ΝΣΚ 262/2008 και ΕΣ IV 3630/2013, 3631/2013), ενώ δεν χωρεί εκ των υστέρων έγκριση (βλ. 38/2013, 369/2013, 80/2012 Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.).

**14.** Περαιτέρω, στο άρθρο 20 παρ. 1 και 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (ν.2690/1999) ορίζεται ρητώς ότι: «Όπου ο νόμος, για την έκδοση διοικητικής πράξης, προβλέπει προηγούμενη γνώμη (απλή ή σύμφωνη) ή πρόταση άλλου οργάνου, η μεν γνώμη διατυπώνεται ύστερα από ερώτημα του οργάνου που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα, η δε πρόταση υποβάλλεται με πρωτοβουλία του προτείνοντος οργάνου. Η γνώμη ή η πρόταση, πρέπει να είναι έγγραφη, αιτιολογημένη και επίκαιρη κατά το περιεχόμενό της. Το όργανο που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα δεν μπορεί να εκδώσει πράξη με περιεχόμενο διαφορετικό από αυτό της σύμφωνης γνώμης της πρότασης».

**15.** Όπως προκύπτει ρητώς από τις ανωτέρω διατάξεις, η γνώμη πρέπει να προηγείται της έκδοσης της διοικητικής πράξης (εν προκειμένω της απόφασης διενέργειας της διαπραγμάτευσης), η δε σύμφωνη γνώμη δεσμεύει τον αποδέκτη της, δηλαδή το όργανο που ασκεί την αποφασιστική αρμοδιότητα, το οποίο υποχρεούται να εφαρμόσει το νόμο και να ενεργήσει κατά τον τρόπο που υποδεικνύει το όργανο που γνωμοδοτεί. Εάν διαφωνεί, δεν δικαιούται να ενεργήσει αντίθετα προς την υπόδειξη της σύμφωνης γνώμης, δικαιούται, όμως, να απόσχει από κάθε ενέργεια, εφόσον έχει προς τούτο διακριτική ευχέρεια. Η τήρηση της διαδικασίας αυτής συνιστά ουσιώδη τύπο της διαδικασίας εκδόσεως της σχετικής διοικητικής πράξης και η μη τήρησή του συνεπάγεται ακυρότητα της πράξεως της διοίκησης (βλ και ΝΣΚ 262/2008).

16. Συνεπώς, η έκδοση σύμφωνης γνώμης από την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. προϋποθέτει ότι, κατά το χρόνο υποβολής και εξέτασης του σχετικού αιτήματος, η αναθέτουσα αρχή δεν έχει προβεί στη λήψη σχετικής απόφασης διενέργειας διαπραγμάτευσης (βλ. σχετικά υπ' αριθμ. 1 κατευθυντήρια Οδηγία 1/2013 της Αρχής με ΑΔΑ ΒΙ6ΜΟΞΤΒ-ΔΚΦ με θέμα: «Διαδικασία έκδοσης απόφασης της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων επί αιτημάτων αναθετουσών αρχών/αναθετόντων φορέων περί παροχής σύμφωνης γνώμης για την προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης του αρ. 2 παρ. 2 περ. (γ) υποπερ. (δδ) Ν.4013/2011»).

17. Ωστόσο, η ΥΠΑ, όπως προκύπτει από το προεκτεθέν ιστορικό, με την υπ' αριθμ. Δ11/Ε/1957/873/31.01.2018 απόφαση ανάθεσης του Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών (ΑΔΑ: ΩΗΡΑ-465ΧΘΞ-ΠΝΩ) έχει ήδη προβεί στην ανάθεση των αιτουμένων τη σύμφωνη γνώμη της Αρχής υπηρεσιών ασφάλειας για χρονικό διάστημα από 01.02.2018 έως 31.03.2018 με δυνατότητα παράτασης για ένα (1) μήνα, ήτοι έως 30.04.2018, συνολικού προϋπολογισμού 410.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (βλ. ανωτέρω υπό παρ. 3.1).

18. Κατόπιν των ανωτέρω, από την υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών στις προαναφερόμενες διατάξεις, διαπιστώνεται ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 2 παράγραφος 2 περίπτωση γ' υποπερίπτωση δδ' του ν. 4013/2011, το οποίο επιτάσσει την υποβολή και εξέταση του σχετικού αιτήματος πριν η αναθέτουσα αρχή προβεί στη λήψη σχετικής απόφασης διενέργειας της διαπραγμάτευσης, ως προς το αίτημα του φορέα για την προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη σύμβασης παροχής υπηρεσιών ασφάλειας από 01.02.2018 έως 30.04.2018.

## **V. 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 απόρριψη του αιτήματος της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας και τη μη παροχή σύμφωνης γνώμης για προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, για τη σύναψη σύμβασης παροχής υπηρεσιών ασφάλειας αερομεταφορών του Κρατικού Αερολιμένα Ηρακλείου "Ν. ΚΑΖΑΝΤΖΑΚΗΣ" για χρονικό διάστημα τεσσάρων (4) μηνών, ήτοι από 01.02.2018 έως 30.04.2018, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 410.000,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, λόγω μη συνδρομής των προς τούτο τασσόμενων υπό του νόμου προϋποθέσεων, ήτοι λόγω παραβίασης του άρθρου 2 παράγραφος 2 περίπτωση γ' υποπερίπτωση δδ' του ν. 4013/2011.**

**Αθήνα, 8 Φεβρουαρίου 2018**

**ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ**

**Η Αντιπρόεδρος**

**Χριστίνα Μπουσουλέγκα**