

# ΤΟ ΕΛΕΓΚΤΙΚΟ ΣΥΝΕΔΡΙΟ

## ΤΜΗΜΑ VI

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του, στις 28 Σεπτεμβρίου 2012, με την εξής σύνθεση: Σωτηρία Ντούνη, Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του VI Τμήματος, Βασιλική Ανδρεοπούλου και Ασημίνα Σαντοριναίου, Σύμβουλοι, Ευαγγελία Σεραφή και Αντιγόνη Στίνη, Πάρεδροι με συμβουλευτική ψήφο.

Γραμματέας η Πελαγία Κρητικού, υπάλληλος του Ελεγκτικού Συνεδρίου, που νόμιμα εκτελεί τα καθήκοντα του ελλείποντα Γραμματέα του VI Τμήματος.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 10.9.2012 (αριθμ. κατάθ. ... /14.9.2012) αίτηση της εταιρείας με την επωνυμία « ... » ( ... Α.Ε.), νομίμως εκπροσωπούμενης, που εδρεύει στις ... και παραστάθηκε δια των πληρεξουσίων της δικηγόρων Ιωάννας Μπάτζιου (Α.Μ. Δ.Σ.Σ. 523) και Γεώργιου Παπανίκου (Α.Μ. Δ.Σ.Σ. 362).

Με την αίτηση αυτή η αιτούσα εταιρεία επιδιώκει την ανάκληση της ... /2012 πράξης του ΣΤ΄ Κλιμακίου (Ε΄ Διακοπών ) του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Κατά τη συνεδρίαση το Δικαστήριο άκουσε:

Τους πληρεξουσικούς δικηγόρους της αιτούσας, οι οποίοι διά του από 28.9.2012 υπομνήματός τους ζήτησαν να γίνει δεκτή η αίτηση. Και

Τον Αντεπίτροπο της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο Κωνσταντίνο Τόλη, ο οποίος νόμιμα αναπληρώνει τον Γενικό Επίτροπο της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο που κωλύεται και ο οποίος πρότεινε την απόρριψη της αίτησης.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση, το Δικαστήριο συνήλθε σε διάσκεψη σε αίθουσα του δικαστηρίου, με την παρουσία όλων των ανωτέρω μελών του.

**Άκουσε την εισηγήτρια Σύμβουλο Βασιλική Ανδρεοπούλου και**

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφθηκε κατά το Νόμο:**

**I.** Με την κρινόμενη αίτηση, για την άσκηση της οποίας αχρεωστήτως έχει καταβληθεί το εκ ποσού 50 ευρώ παράβολο, καθότι η αιτούσα, ως νομικό πρόσωπο Ο.Τ.Α., απαλλάσσεται της καταβολής του (άρθρο 276 παρ. 1 του Κώδικα Δήμων και Κοινοτήτων) και η οποία έχει συμπληρωθεί με το από 28.9.2012 παραδεκτώως κατατεθέν υπόμνημα, ζητείται η ανάκληση της ... /2012 πράξης του ΣΤ΄ Κλιμακίου (Ε΄ Διακοπών) του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή του υποβληθέντος προς έλεγχο σχεδίου σύμβασης μεταξύ της αιτούσας, ως αναθέτουσας αρχής, και της εταιρείας με την επωνυμία « ... Α.Ε.Β.Ε.», με αντικείμενο την προμήθεια δύο χιλιάδων (2.000) λίτρων του βιοκτόνου σκευάσματος με δραστική ουσία το spinosad MOZKILL 120SC για τη διενέργεια αεροψεκασμών, αντί τιμής 114.000,00 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α. Η αίτηση έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα και κατά τα λοιπά νομότυπα, είναι συνεπώς τυπικά δεκτή και πρέπει να εξεταστεί ως προς την ουσιαστική βασιμότητά της.

**II.** Ο ν. 2286/1995 «Προμήθειες του δημόσιου τομέα και ρυθμίσεις συναφών θεμάτων» (ΦΕΚ Α΄ 19) ορίζει, στο άρθρο 1, ότι : «1. Στις διατάξεις του νόμου αυτού υπάγονται οι κάθε είδους προμήθειες αγαθών που ενεργούνται από: α) (...) β) τους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης, (...) ζ) τις συνδεδεμένες επιχειρήσεις αυτών (...) 2. Προμήθειες του δημόσιου τομέα είναι συμβάσεις από επαχθή αιτία, που συνάπτονται εγγράφως μεταξύ ενός προμηθευτή αφ΄ ενός και των φορέων που ορίζονται στην παρ. 1 αφ΄ ετέρου και έχουν ως αντικείμενο την αγορά, (...) αγαθών.

(...). 3. Με προεδρικό διάταγμα των Υπουργών Εθνικής Οικονομίας, Βιομηχανίας, Ενέργειας και Τεχνολογίας και Εμπορίου και του κατά περίπτωση αρμόδιου υπουργού μπορεί να: α) (...) β) εξαιρούνται από τις διατάξεις του νόμου αυτού ολικά ή μερικά φορείς της παρ. 1, (...). 5. Εξαιρούνται από τις διατάξεις του νόμου αυτού: I. (...) II. Προμήθειες: (...)» και στο άρθρο 2 ότι: «1. Οι προμήθειες των φορέων που υπάγονται στις διατάξεις του νόμου αυτού, εγκρίνονται με την ένταξή τους στο ενιαίο πρόγραμμα προμηθειών (Ε.Π.Π.). Η ένταξη πραγματοποιείται μετά εξέταση και αξιολόγηση της πρότασης του φορέα και διαμόρφωσής της σε συνάρτηση με τις υπόλοιπες προτάσεις, ώστε να επιτυγχάνεται το καλύτερο αποτέλεσμα για το Δημόσιο. Το Ε.Π.Π. εγκρίνεται με κοινή απόφαση των Υπουργών Εθνικής Οικονομίας, Βιομηχανίας, Ενέργειας και Τεχνολογίας και Εμπορίου, μετά από γνώμη της Επιτροπής Πολιτικής και Προγραμματισμού Προμηθειών (Ε.Π.Π.Π.) με βάση τα επί μέρους προγράμματα προμηθειών που υποβάλλονται από τους υπόχρεους φορείς. Τα προγράμματα αυτά περιέχουν τουλάχιστον το είδος, την ποσότητα, την αξία, την πηγή χρηματοδότησης, τα αποθέματα του εντασσόμενου είδους, το χρόνο απορρόφησης της χρηματοδότησης, τον τρόπο πληρωμής και διενέργειας της προμήθειας, το κριτήριο αξιολόγησης και κάθε άλλο στοιχείο απαραίτητο για την αιτιολόγηση της ένταξης του συγκεκριμένου είδους (...). 2. Με κοινές αποφάσεις, των Υπουργών Βιομηχανίας, Ενέργειας και Τεχνολογίας και Εμπορίου τίθεται σε εφαρμογή το Ε.Π.Π. και ρυθμίζονται όλα τα θέματα που ανακύπτουν από αυτό. 3. Με όμοιες αποφάσεις, μετά από γνώμη της Ε.Π.Π.Π., μπορεί να: α) τροποποιείται και συμπληρώνεται το Ε.Π.Π., β) (...) γ) εξαιρούνται από την ένταξη στο Ε.Π.Π. φορείς ή προμήθειες και δ) καθορίζονται οι ειδικότεροι όροι, με τους οποίους πραγματοποιείται η εξαίρεση. 4. Μετά την έγκριση του Ε.Π.Π., αρχίζει η διαδικασία

σύναψης και εκτέλεσης των συμβάσεων προμηθειών, που ολοκληρώνεται με την παραλαβή του αγαθού και την αποπληρωμή του τιμήματος ...». Κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, οι προμήθειες των φορέων του άρθρου 1 παρ. 1, στους οποίους συγκαταλέγεται και η αιτούσα .... Α.Ε., ως επιχείρηση συνδεδεμένη προεχόντως με Ο.Τ.Α. α' και β' βαθμού (βλ. το από 30.6.2011 Πρακτικό της Γενικής Συνέλευσης αυτής, ΦΕΚ ΤΑΕ-ΕΠΕ ... /2011), εγκρίνονται με την ένταξή τους στο Ενιαίο Πρόγραμμα Προμηθειών (Ε.Π.Π.). Η εν λόγω ένταξη, η οποία αποβλέπει στην ύπαρξη κεντρικού προγραμματισμού, διαφάνειας και αντικειμενικότητας, καθώς και στην επίτευξη του καλύτερου αποτελέσματος για το Δημόσιο, μέσω της εξέτασης και αξιολόγησης των υποβαλλόμενων από τους υπόχρεους φορείς προτάσεων και της διαμόρφωσής τους σε συνάρτηση με τις υπόλοιπες προτάσεις, αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση για την έναρξη της διαδικασίας επιλογής ανάδοχου προμηθευτή, η οποία ολοκληρώνεται με τη σύναψη της οικείας σύμβασης προμήθειας. Επομένως, τυχόν παράλειψη ένταξης στο Ε.Π.Π. προμήθειας μη εξαιρούμενης, κατά τις διατάξεις των άρθρων 1 παρ. 3 εδ. β', 5 II και 2 παρ.3 εδ. γ' του ως άνω ν.2286/1995, από την υποχρέωση αυτή, όπως η προμήθεια «εντομοκτόνων», τα οποία μάλιστα περιλαμβάνονται στο Κωδικολόγιο Αρχείου Ειδών Ε.Π.Π. (CPV 2008) του Υπουργείου Ανάπτυξης, το οποίο είναι σύμφωνο με το όμοιο, ορισθέν με τον Κανονισμό (ΕΚ) 213/2008 της Επιτροπής της Ευρωπαϊκής Ένωσης, με τον οποίο τροποποιήθηκε ο Κανονισμός (ΕΚ) 2195/2002 του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου και του Συμβουλίου περί του κοινού λεξιλογίου για τις δημόσιες συμβάσεις, υπό τον κωδικό 24452000-7, καθιστά πλημμελή την οικεία διαδικασία ανάδειξης προμηθευτή (βλ.

Ε.Σ. VI Τμ. αποφ. 2804, 117/2012, 2235/2011, 3135/2010, 1949/2009, 1465/2009, πρ. 125/2008, 217, 87/2006, 25/2005).

**III.** Ο ν. 3463/2006 «Κύρωση Κώδικα Δήμων και Κοινοτήτων» (ΦΕΚ Α΄ 114) ορίζει, στο άρθρο 265 παρ. 7, ότι: «Η σύναψη συμβάσεων ανάθεσης έργων, προμηθειών, μελετών και υπηρεσιών από τις ανώνυμες εταιρείες Ο.Τ.Α. διενεργείται βάσει κανονισμού, ο οποίος καταρτίζεται από το διοικητικό συμβούλιο της εταιρείας. Σε αυτόν περιλαμβάνονται ρυθμίσεις σχετικές με τα αρμόδια όργανα της εταιρείας, τις προϋποθέσεις και τους όρους ανάθεσης ανάλογα με την εφαρμοζόμενη διαδικασία (ανοικτός, κλειστός διαγωνισμός, ανάθεση με διαπραγμάτευση) και τα κριτήρια και τη διαδικασία αξιολόγησης και επιλογής, ούτως ώστε να εξασφαλίζονται οι αρχές της διαφάνειας και αντικειμενικότητας, όπως αυτές συνάγονται από την ισχύουσα νομοθεσία. Για τις αναθέσεις της παραγράφου αυτής, των οποίων ο προϋπολογισμός υπερβαίνει τα όρια που προβλέπουν οι αντίστοιχες ευρωπαϊκές οδηγίες, εφαρμόζονται οι διατάξεις αυτών». Κατ' επίκληση της διάταξης αυτής εκδόθηκε ο Κανονισμός Ανάθεσης μελετών, υπηρεσιών, έργων και προμηθειών της αιτούσας ... Α.Ε., ο οποίος εγκρίθηκε με την 63/2008 απόφαση του Δ.Σ. αυτής, και στο άρθρο 5 παρ. 4 του οποίου ορίζεται ότι: «Διαδικασία με διαπραγμάτευση διενεργείται μετά από σχετική απόφαση του Δ.Σ. στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) (...) β) (...) γ) Σε περίπτωση κατά την οποία, κατά την κρίση του Διοικητικού Συμβουλίου μετά από εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης, για λόγους τεχνικούς ή καλλιτεχνικούς ή σχετικούς με την προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, η ανάθεση μπορεί να ανατεθεί μόνο σε συγκεκριμένο οικονομικό φορέα (άρθρο 10 π.δ. 370/95) δ) (...), ε) (...), στ) (...)». Από την τελευταία ως άνω διάταξη, που είναι ομοίου περιεχομένου με τις διατάξεις των άρθρων 25 του π.δ/τος 60/2007 (ΦΕΚ Α΄ 64) και 83 παρ. 3 εδαφ.

β' του ν. 2362/1995 (ΦΕΚ Α' 247), συνάγεται ότι η αιτούσα μπορεί να συνάψει σύμβαση προμήθειας με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, χωρίς να έχει προηγηθεί δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, στις περιοριστικά αναφερόμενες περιπτώσεις της διάταξης του ως άνω άρθρου 5 παρ. 4 του Κανονισμού Ανάθεσής της, οι οποίες, καθώς εισάγουν παρέκκλιση από τον κανόνα του ανοικτού ή κλειστού διαγωνισμού, είναι στενά ερμηνευτέες και το σχετικό βάρος απόδειξης φέρει όποιος τις επικαλείται. Ειδικότερα, η ... Α.Ε. μπορεί να προσφύγει 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 σε συγκεκριμένο πρόσωπο, το οποίο όμως δεν αρκεί να είναι απλώς ικανό να εκτελέσει την προμήθεια, αλλά απαιτείται να είναι και το μοναδικό έναντι οιοδήποτε άλλου παρέχοντος ανάλογες προμήθειες (πρβλ. ΔΕΚ απόφαση της 18.5.1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, Συλλογή 1995 σ. I-01249, σκέψη 23, ΔΕΚ απόφαση της 3.5.1994, C-328/1992, Επιτροπή κατά Βασιλείου της Ισπανίας, σ. I-1569, σκέψη 15, ΔΕΚ απόφαση της 10.3.1987, C-199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 1987, σ. 1039, σκέψη 14). Τούτο, ειδικότερα, σημαίνει ότι δεν αρκεί τα επίμαχα προϊόντα να προστατεύονται από δικαιώματα αποκλειστικότητας, αλλά πρέπει επιπλέον η παρασκευή ή η διανομή τους να είναι δυνατή μόνον από ορισμένο προμηθευτή, προϋπόθεση η οποία πληρούται μόνο για προϊόντα και ιδιοσκευάσματα τα οποία δεν υπόκεινται σε ανταγωνισμό στην αγορά (πρβλ. ΔΕΚ απόφαση της 3.5.1994, C-328/1992, Επιτροπή κατά Βασιλείου της Ισπανίας, σ. I-1569, σκέψη 17). Στην περίπτωση δε αυτή, πρέπει να αποδεικνύεται, με πλήρη και ειδική αιτιολογία,

που πρέπει να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, η μοναδικότητα του επιλεγέντος προμηθευτή, υπό την έννοια αφενός της μη ύπαρξης παρόμοιων με το συγκεκριμένο προϊόντων, δυνάμενων να εξυπηρετήσουν εξίσου αποτελεσματικά τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής, αφετέρου της, για λόγους σχετιζόμενους με την προστασία δικαιωμάτων αποκλειστικότητας, μη ύπαρξης ανταγωνιστικών κατασκευαστών ή προμηθευτών του ζητούμενου προϊόντος (πρβλ. Ε.Σ. IV Τμ. πρ. 49/2012, 78, 239/2011, 176, 177/2009), διαφορετικά η διαδικασία της απευθείας ανάθεσης δεν είναι νόμιμη (πρβλ. Ε.Σ. VI Τμ. πρ. 77, 156/2008, 263/2007, 186, 187, 188, 189, 190, 191/2006).

**IV. Α.** Στην κρινόμενη υπόθεση, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτουν τα ακόλουθα: Στις 8.6.2012 συνήφθη μεταξύ αφενός της Περιφέρειας ... , των Δήμων ..... και αφετέρου της αιτούσας ... Α.Ε. προγραμματική σύμβαση, προϋπολογισθείσας δαπάνης 900.000,00 ευρώ, με αντικείμενο την εφαρμογή ενός ολοκληρωμένου προγράμματος καταπολέμησης κουνουπιών στην Περιφερειακή Ενότητα ... για το έτος 2012, η χρηματοδότηση του οποίου έχει ενταχθεί στο Πρόγραμμα Δημοσίων Επενδύσεων (βλ. την από 30.4.2012 εγκριθείσα ΣΑΕΠ ... τροπ. ... της Περιφέρειας ... και των ... /11.6.2012 απόφαση του Περιφερειάρχη ... έγκρισης πίστωσης). Η υπογραφή της προγραμματικής σύμβασης κρίθηκε ότι δεν κωλύεται με την ... /2012 πράξη του Ζ΄ Κλιμακίου του Δικαστηρίου αυτού. Με την ... /11.7.2012 δε απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της ... Α.Ε., εγκρίθηκε, στο πλαίσιο εκτέλεσης της ως άνω προγραμματικής σύμβασης, η προμήθεια 2.000 λίτρων του βιοκτόνου σκευάσματος με δραστική ουσία το spinosad (12%) MOZKILL 120SC για τη διενέργεια αεροψεκασμών σε ορυζώνες με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης από την εταιρεία «... Α.Ε.Β.Ε.», η οποία ήταν και η μόνη που υπέβαλε σχετική προσφορά

στον ανοικτό διαγωνισμό που είχε προηγουμένως διενεργήσει η αιτούσα και ο οποίος δεν κατέληξε σε υπογραφή σχετικής σύμβασης με την εν λόγω εταιρεία, καθώς με την ... /2012 πράξη του ΣΤ' Κλιμακίου κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή του σχετικού σχεδίου σύμβασης. Σύμφωνα με την ως άνω απόφαση του Δ.Σ. της ... Α.Ε. «το σκεύασμα με δραστική ουσία το Spinosad (Mozkill 120SC) καλύπτεται από δικαιώματα περί μοναδικότητας και περί αποκλειστικής διάθεσης του στην Ελλάδα και επομένως θα μπορούσε να είχε γίνει διαδικασία διαπραγμάτευσης και όχι διαγωνιστική όπως έγινε. Ο λόγος που ακολουθήθηκε η επιλογή του διαγωνισμού σχετιζόταν με το σκεπτικό της μη καθυστέρησης του προγράμματος καταπολέμησης εφόσον ήταν δεδομένη η απαίτηση για διαγωνισμό για το σκεύασμα με δραστική ουσία το Diflubenzuron. Έτσι καταχρηστικά και χωρίς να είναι απαραίτητο για λόγους υπερβάλλουσας διαφάνειας διενεργήσαμε διαγωνισμό ενώ ήταν γνωστό εκ των προτέρων ότι δεν υπήρχε δυνατότητα σε άλλη εταιρεία (πλην της ... ΑΕΒΕ) να καταθέσει προσφορά για την προμήθεια εντομοκτόνου σκευάσματος με δραστική ουσία το Spinosad το οποίο να διαθέτει άδεια εφαρμογής από αέρος» ....«Σημειώνεται ότι είναι απολύτως απαραίτητη η προμήθεια του σκευάσματος με δραστική ουσία το Spinosad εφόσον απαιτείται εναλλακτικό φάρμακο στη χρήση του Diflubenzuron (Oprah 155C ή DU-DIM 15SC) σύμφωνα και με τις οδηγίες χρήσης του τελευταίου. Υπενθυμίζεται ότι η εναλλακτική λύση του ψεκασμού με βάκιλλο Θουριγγίας (του επίσης μοναδικού και καλυπτόμενου από δικαιώματα αποκλειστικότητας Vectobac 12SC) πέραν του απαγορευτικού του κόστους καθιστά αμφίβολη και τη σχετική αποτελεσματικότητα του εγχειρήματος σε εκτάσεις ορυζώνων». Περαιτέρω, σε σχετικό υπόμνημα της αιτούσας προς το ΣΤ' Κλιμάκιο



αναφέρεται ότι «Σε ορυζώνες. Ο αεροψεκασμός γίνεται με διάλυμα Diflubenzuron ... Κάθε ψεκασμένη με τον τρόπο αυτό έκταση δεν μπορεί να ψεκασθεί πριν περάσουν 15 ημέρες προς αποφυγή συγκέντρωσης της δραστικής ουσίας. Αν στο ενδιάμεσο αυτό διάστημα (παράθυρο) των 15 ημερών προκύψει ανάγκη επαναψεκασμού ... χρησιμοποιείται αναγκαστικά διαφορετικό σκεύασμα (Spinosad ή BTI). Συνήθως χρησιμοποιείται Spinosad για λόγους οικονομίας και αποτελεσματικότητας. ...».

Εξάλλου, με την 3444/37683/4.5.2012 απόφαση του Υφυπουργού Αγροτικής Ανάπτυξης και Τροφίμων χορηγήθηκε, μεταξύ άλλων, κατ' εξαίρεση άδεια εφαρμογής από αέρος σε ορυζώνες για το 2012 του ως άνω βιοκτόνου σκευάσματος. Στην παράγραφο δε IV της απόφασης αυτής αναφέρεται ότι «Η ευθύνη για την αποτελεσματικότητα των σκευασμάτων ..Mozkill 120 SC ...όπως και τις τυχόν παρενέργειες τους, ανήκει στις εταιρείες ... .. ΑΕΒΕ». Με την 185137/27.5.2010 δε απόφαση του Υπουργού Αγροτικής Ανάπτυξης και Τροφίμων, χορηγήθηκε, κατ' εφαρμογή του π.δ. 205/2001 «Έγκριση, διάθεση στην αγορά και έλεγχος βιοκτόνων προϊόντων, σε συμμόρφωση προς την οδηγία 98/8/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου» (ΦΕΚ Α' 160), οριστική έγκριση κυκλοφορίας του εν λόγω βιοκτόνου σκευάσματος στην Ελλάδα στην εταιρεία ... υπεύθυνος επικοινωνίας της οποίας στην Ελλάδα ορίζεται ότι είναι η « ... Α.Ε.Β.Ε.», που, σύμφωνα με την από 2.8.2012 σχετική βεβαίωσή της, είναι η αποκλειστική διανομέας στην Ελλάδα του ως άνω μοναδικού βιοκτόνου κατά των κουνουπιών με δραστική ουσία το spinosad σκευάσματος. Εξάλλου, η « ... Α.Ε.Β.Ε.», με το από 2.8.2012 έγγραφο της, προσέφερε το ως άνω σκεύασμα στην αιτούσα στην τιμή των 57,00 ευρώ το λίτρο, με την δε ... /6.8.2012 απόφαση του Δ.Σ. της αιτούσας κατακυρώθηκε σε αυτή η προμήθειά του (2.000 λίτρων) στη συνολική τιμή των 114.000,00 ευρώ

χωρίς Φ.Π.Α. (128.820,00 ευρώ με Φ.Π.Α.). Εν συνεχεία δε συντάχθηκε και υποβλήθηκε στο ΣΤ΄ Κλιμάκιο για έλεγχο νομιμότητας το σχετικό σχέδιο σύμβασης μεταξύ της αιτούσας και της ως άνω εταιρείας. Σύμφωνα με την παρ. 6 του σχεδίου σύμβασης «Η διάρκεια ισχύος της σύμβασης ορίζεται σε τρεις (3) μήνες από την ημερομηνία υπογραφής της». Σύμφωνα όμως με το Παράρτημα II – ΧΡΟΝΟΔΙΑΓΡΑΜΜΑ ΦΥΣΙΚΟΥ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ της από 8.6.2012 ως άνω προγραμματικής σύμβασης, η προθεσμία για την προμήθεια των βιοκτόνων φαρμάκων, όπως το επίμαχο, λήγει το δεύτερο δεκαήμερο του μηνός Σεπτεμβρίου του 2012, σύμφωνα δε με το άρθρο 9 αυτής, η προθεσμία ολοκλήρωσης του φυσικού αντικείμενου είναι η 31.10.2012, που μάλιστα δεν δύναται να τροποποιηθεί, επιτρεπόμενης μόνο της εντός της εν λόγω προθεσμίας τροποποίησης του χρονοδιαγράμματος εκτέλεσης του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης ως προς τις επιμέρους και μόνο ενέργειες, κατόπιν σχετικής αιτιολογημένης απόφασης της αρμόδιας για την παρακολούθηση υλοποίησης της σύμβασης Κοινής Επιτροπής, επί τη βάσει σχετικής εισήγησης της επιστημονικής επιτροπής της σύμβασης (παρ. 9.1. και 9.2 του άρθρου 9 της προγραμματικής σύμβασης, όπως διορθώθηκαν σύμφωνα με τους σχετικούς όρους που τέθηκαν με την ... /2012 πράξη του Ζ΄ Κλιμακίου).

**Β.** Το Κλιμάκιο, με την ήδη προσβαλλόμενη πράξη του και σύμφωνα με τα ειδικότερα διαλαμβανόμενα σε αυτή, έκρινε ότι κωλύεται η υπογραφή του υποβληθέντος προς έλεγχο σχετικού σχεδίου σύμβασης με την ως άνω ανάδοχο εταιρεία, με την εξής αιτιολογία: Α) Κατά παράβαση των άρθρων 1 και 2 του ν. 2286/1995, η επίμαχη προμήθεια δεν εντάχθηκε στο Ενιαίο Πρόγραμμα Προμηθειών, αφού δεν εξαιρείται της υποχρέωσης αυτής, κατά τις διατάξεις των

άρθρων 1 παρ. 3 εδ. β', 5 II και 2 παρ.3 εδ. γ' του ν. 2286/1995, με συνέπεια να καθίσταται πλημμελής η οικεία διαδικασία ανάδειξης προμηθευτή. Β) Κατά παράβαση του εδ. γ' της παρ. 4 του άρθρου 5 του Κανονισμού Ανάθεσης Μελετών, Υπηρεσιών και Προμηθειών της αιτούσας ανατέθηκε στην συγκεκριμένη εταιρεία (... Α.Ε.Β.Ε.) με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης η προμήθεια του επίμαχου βιοκτόνου σκευάσματος, καθώς από τα στοιχεία του φακέλου αφενός δεν αποδεικνύεται η αποκλειστικότητα του επίμαχου βιοκτόνου σκευάσματος ως του μόνου αποτελεσματικού - και όχι απλώς κατάλληλου - σκευάσματος, λόγω των τεχνικών προδιαγραφών του (π.χ. είδος δραστικής ουσίας, μορφή, συνδυαστικότητα με άλλα προϊόντα), για τη χρήση για την οποία αυτό προορίζεται (αποκλειστική τεχνική καταλληλότητα προϊόντος), αφετέρου δε, δεν αποδεικνύεται ότι η συγκεκριμένη (ανάδοχος) εταιρεία είναι πράγματι ο μοναδικός προμηθευτής του επίμαχου σκευάσματος στην ελληνική αγορά (αποκλειστικότητα πηγής προμήθειας). Και Γ) Ο όρος της παρ. 6 του υποβληθέντος για έλεγχο σχεδίου σύμβασης, με τον οποίο η διάρκειά της ορίζεται σε τρεις (3) μήνες από την ημερομηνία υπογραφής της, είναι μη νόμιμος, καθώς αφενός, σύμφωνα με το Παράρτημα II – ΧΡΟΝΟΔΙΑΓΡΑΜΜΑ ΦΥΣΙΚΟΥ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ της από 8.6.2012 σχετικής προγραμματικής σύμβασης, η διάρκεια της προμήθειας των επίμαχων σκευασμάτων έχει προσδιοριστεί δεσμευτικώς έως το δεύτερο δεκαήμερο του μηνός Σεπτεμβρίου του 2012, αφετέρου με την ... /2012 πράξη του Ζ' Κλιμακίου ο όρος περί τροποποίησης του χρονοδιαγράμματος υλοποίησης και της διάρκειας της προγραμματικής σύμβασης κρίθηκε μη νόμιμος και σε κάθε περίπτωση δεν προκύπτει ότι έχει εκδοθεί αιτιολογημένη απόφαση για την τροποποίηση του χρονοδιαγράμματος του φυσικού αντικείμενου ως προς την προμήθεια των ανωτέρω

σκευασμάτων από την Κοινή Επιτροπή της προγραμματικής σύμβασης, κατόπιν εισήγησης της επιστημονικής επιτροπής.

Γ. Με τα παραπάνω δεδομένα και σύμφωνα με όσα έγιναν προηγουμένως δεκτά, το Τμήμα κρίνει ότι: α) Η παράλειψη ένταξης της επίμαχης προμήθειας στο Ενιαίο Πρόγραμμα Προμηθειών, καίτοι υποχρεωτική, δεν εμποδίζει την υπογραφή του σχετικού σχεδίου σύμβασης, αφού, όπως βασίμως με την αίτηση προβάλλεται, η χρηματοδότησή της έχει ενταχθεί στο Πρόγραμμα Δημοσίων Επενδύσεων, στο πλαίσιο της χρηματοδότησης του ολοκληρωμένου προγράμματος καταπολέμησης κουνουπιών στην Περιφερειακή Ενότητα ... για το έτος 2012, η ένταξη δε αυτή εξασφαλίζει εξίσου τους σκοπούς της ένταξης στο Ε.Π.Π., ήτοι τον κεντρικό προγραμματισμό, τη διαφάνεια, την αντικειμενικότητα και την επίτευξη του καλύτερου δυνατού αποτελέσματος για το Δημόσιο κατά τη διαδικασία ανάθεσης της επίμαχης προμήθειας (πρβλ. Ε.Σ. Ολομ. πρακτικά 11<sup>ης</sup> Γ.Σ./17.4.2000, Πρακτικό Κλιμακίου 84/2001, απόφ. VI Τμ. 1949/2009). β) Η ανάθεση της προμήθειας του επίμαχου βιοκτόνου σκευάσματος στην ανάδοχο εταιρεία « ... Α.Ε.Β.Ε.» με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, κατά την άποψη που επικράτησε, είναι, όπως βασίμως με την αίτηση προβάλλεται, αιτιολογημένη, και, ως εκ τούτου, νόμιμη, καθώς από τα στοιχεία του φακέλου, και ειδικότερα από i) την ... /11.7.2012 απόφαση του Δ.Σ. της αιτούσας, σύμφωνα με την οποία το υπό προμήθεια σκεύασμα καλύπτεται από δικαιώματα περί μοναδικότητας και περί αποκλειστικής διάθεσης του στην Ελλάδα και είναι εναλλακτικό της δραστικής ουσίας diflubenzuron για αεροψεκασμούς για την καταπολέμηση προνυμφών κουνουπιών σε ορυζώνες και καταλληλότερο του επίσης εναλλακτικού σκευάσματος με δραστική ουσία τον βάκιλλο Θουριγγίας (BTI),

δεδομένου του απαγορευτικού κόστους και της αμφίβολης αποτελεσματικότητας του τελευταίου για αεροψεκασμούς σε ορυζώνες, ii) το σχετικό υπόμνημα της αιτούσας προς το ΣΤ΄ Κλιμάκιο, σύμφωνα με το οποίο στους ορυζώνες ο αεροψεκασμός για την καταπολέμηση προνυμφών κουνουπιών στο ενδιάμεσο διάστημα των 15 ημερών που μεσολαβεί μεταξύ δύο (2) αεροψεκασμών με σκευάσματα με δραστική ουσία το diflubenzuron γίνεται συνήθως με τη δραστική ουσία spinosad για λόγους οικονομίας και αποτελεσματικότητας, iii) την 3444/37683/4.5.2012 απόφαση του Υφυπουργού Αγροτικής Ανάπτυξης και Τροφίμων, με την οποία χορηγήθηκε, μεταξύ άλλων, κατ' εξαίρεση άδεια εφαρμογής από αέρος σε ορυζώνες για το έτος 2012 του επίμαχου σκευάσματος, που είναι το μοναδικό μεταξύ των σκευασμάτων, στα οποία χορηγείται η άδεια, με δραστική ουσία το spinosad, ενώ ορίστηκε η ανάδοχος εταιρεία ως υπεύθυνη για την αποτελεσματικότητά του και τις τυχόν παρενέργειες του, iv) την 185137/27.5.2010 απόφαση του Υπουργού Αγροτικής Ανάπτυξης και Τροφίμων, με την οποία χορηγήθηκε οριστική έγκριση κυκλοφορίας του επίμαχου σκευάσματος στην Ελλάδα στην εταιρεία .... με υπεύθυνο επικοινωνίας στην Ελλάδα την ανάδοχο εταιρεία, και v) την από 2.8.2012 βεβαίωση της αναδόχου εταιρείας, σύμφωνα με την οποία αυτή είναι η αποκλειστική διανομέας στην Ελλάδα του επίμαχου σκευάσματος, κατά την άποψη που επικράτησε, αποδεικνύεται τόσο η αποκλειστική τεχνική καταλληλότητα του συγκεκριμένου σκευάσματος για την καταπολέμηση των προνυμφών των κουνουπιών σε ορυζώνες διά αεροψεκασμού κατά το χρονικό διάστημα που μεσολαβεί μεταξύ δύο (2) αεροψεκασμών με σκευάσματα με δραστική ουσία το diflubenzuron όσο και η αποκλειστικότητα της προμήθειάς του στην Ελλάδα από την ανάδοχο εταιρεία. Μειοψήφησαν η Σύμβουλος Βασιλική Ανδρεοπούλου και η Πάρεδρος με συμβουλευτική ψήφο Ευαγγελία Σεραφή, που είχαν τη γνώμη ότι

είναι μη νόμιμη η ανάθεση της προμήθειας του επίμαχου βιοκτόνου σκευάσματος στην ανάδοχο εταιρεία με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, καθώς από τα στοιχεία του φακέλου δεν αποδεικνύεται ότι η ανάδοχος εταιρεία είναι ο μοναδικός προμηθευτής του επίμαχου σκευάσματος στην Ελλάδα, δεδομένου ότι η προμήθειά του μπορούσε να γίνει, εκτός από την ανάδοχο εταιρεία, είτε από μεταπωλητή του δικτύου της στην Ελλάδα είτε από άλλο εισαγωγέα, που, στα πλαίσια παράλληλης εισαγωγής εκτός του επίσημου δικτύου της κατασκευάστριας ή της αναδόχου εταιρείας, μπορούσε να προμηθεύσει το σκεύασμα σε ανταγωνιστικότερη τιμή (πρβλ. ΔΕΚ απόφαση της 10ης Δεκεμβρίου 1985, C-31/85, SA ETA Fabriques d' Ébauches κατά SA DK Investment και άλλων, Συλλογή 1985, σ. 03933, ΔΕΚ απόφαση της 4ης Νοεμβρίου 1997, C-337/95, Parfums Christian Dior SA και Parfums Christian Dior BV κατά Evora BV, Συλλογή 1997, σ. I-06013, ΔΕΚ απόφαση της 16ης Ιουλίου 1998, C-355/96, Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG κατά Hartlauer Handelsgesellschaft mbH, Συλλογή 1998, σ. I-04799, ΔΕΚ απόφαση της 1ης Ιουλίου 1999, C-173/98, Sebago Inc. και Ancienne Maison Dubois & Fils SA κατά G-B Unic SA, Συλλογή 1999, σ. I-04103, ΔΕΚ απόφαση της 20ης Νοεμβρίου 2001, C-414/99 έως C-416/99, Συλλογή 2001, σ. I-08691, ΔΕΚ απόφαση της 15ης Οκτωβρίου 2009, C-324/08, Makro Zelfbedieningsgroothandel κ.λπ., Συλλογή 2009, σ. I-10019, καθώς και ΔΕΚ απόφαση της 3ης Ιουνίου 2010, C-127/09, Coty Prestige Lancaster Group, ΔΕΚ απόφαση της 14ης Ιουλίου 2011, C-46/10, Viking Gas A/S κ.λπ., ως προς την έννοια της αποκλειστικής διανομής και της ανάλωσης του αποκλειστικού δικαιώματος στο σήμα) είτε από ηλεκτρονικό κατάστημα που εδρεύει ακόμα και σε άλλη χώρα. Η γνώμη όμως αυτή δεν κράτησε. γ) Ο όρος της παρ. 6 του επίμαχου

σχεδίου σύμβασης, με τον οποίο η διάρκεια ισχύος της καθορίζεται ότι θα λήξει σε χρόνο μεταγενέστερο από τον χρόνο υλοποίησης που προβλέπεται στο πλαίσιο του χρονοδιαγράμματος της οικείας προγραμματικής σύμβασης (2<sup>ο</sup> δεκαήμερο του μηνός Σεπτεμβρίου του 2012) είναι κατ' αρχήν μη νόμιμος, όπως ορθώς το Κλιμάκιο έκρινε. Είναι όμως δυνατή η υπογραφή του σχετικού σχεδίου υπό τον όρο πρόβλεψης ως ανώτατου χρόνου λήξης της σύμβασης της 31.10.2012, που είναι η μη δυνάμενη να τροποποιηθεί προθεσμία ολοκλήρωσης του φυσικού αντικείμενου της προγραμματικής σύμβασης, και εφόσον, πριν από την υπογραφή του σχεδίου σύμβασης, έχει εκδοθεί σχετική απόφαση της Κοινής Επιτροπής της προγραμματικής σύμβασης, επί τη βάσει σχετικής εισήγησης της επιστημονικής επιτροπής, για τροποποίηση του χρονοδιαγράμματος υλοποίησής της ως προς την προμήθεια βιοκτόνων σκευασμάτων διά επέκτασης της προθεσμίας προμήθειάς τους μέχρι και 31.10.2012. Κατά την ειδικότερη όμως γνώμη της Παρέδρου με συμβουλευτική ψήφο Ευαγγελίας Σεραφή, ο ως άνω μη νόμιμος όρος δεν δύναται να τροποποιηθεί, καθώς η προθεσμία προμήθειας του επίμαχου βιοκτόνου σκευάσματος που προβλέπεται στο χρονοδιάγραμμα υλοποίησης της οικείας προγραμματικής σύμβασης έχει ήδη μετά το πέρας του δεύτερου δεκαημέρου του μηνός Σεπτεμβρίου του 2012 παρέλθει.

**V.** Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η κρινόμενη αίτηση ανάκλησης πρέπει να γίνει κατά πλειοψηφία δεκτή ως βάσιμη, να επιστραφεί στην αιτούσα το παράβολο που κατέβαλε αχρεωστήτως, να ανακληθεί η προσβαλλόμενη πράξη του Κλιμακίου και να επιτραπεί η υπογραφή του υποβληθέντος για έλεγχο σχεδίου σύμβασης, υπό την προϋπόθεση ότι η παρ. 6 αυτού θα ορίζει ως ανώτατο χρόνο λήξης της διάρκειας της σύμβασης την 31.10.2012 και πριν από την υπογραφή του θα έχει εκδοθεί απόφαση της Κοινής Επιτροπής της προγραμματικής σύμβασης, επί τη βάσει

σχετικής εισήγησης της επιστημονικής επιτροπής, για τροποποίηση του χρονοδιαγράμματος υλοποίησής της ως προς την προμήθεια βιοκτόνων φαρμάκων διά επέκτασης της προθεσμίας προμήθειάς τους μέχρι και 31.10.2012.

**Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την αίτηση ανάκλησης της εταιρείας με την επωνυμία « ... » ( ... Α.Ε.).

Ανακαλεί την ... /2012 πράξη του ΣΤ΄ Κλιμακίου (Ε΄ Διακοπών) του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Αποφαίνεται ότι δεν κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου σύμβασης μεταξύ της ... Α.Ε. και της εταιρείας με την επωνυμία « ... Α.Ε.Β.Ε.», με αντικείμενο την προμήθεια δύο χιλιάδων (2.000) λίτρων του βιοκτόνου σκευάσματος με δραστική ουσία το spinosad MOZKILL 120SC αντί τιμής 114.000,00 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α., σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο σκεπτικό και υπό τον προβλεπόμενο σε αυτό όρο.

Διατάσσει την επιστροφή του καταβληθέντος από την αιτούσα παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στην Αθήνα, στις 19 Οκτωβρίου 2012.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ**

**Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ ΣΥΜΒΟΥΛΟΣ**  
**ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΑΝΔΡΕΟΠΟΥΛΟΥ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ α.α.**  
**ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ**

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριο του Δικαστηρίου στις 30 Οκτωβρίου 2012.



**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**ΙΩΑΝΝΗΣ ΚΑΡΑΒΟΚΥΡΗΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΙΩΑΝΝΑ ΑΝΤΩΝΟΓΙΑΝΝΑΚΗ**