

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 6 Δεκεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση:  
Άννα Χριστοδουλάκου Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής και  
Ευαγγελία Μιχολίτση, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 23.11.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό  
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών  
(ΑΕΠΠ)/1252/26.11.2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» με  
έδρα τον ....., οδός ..... αρ. ...., νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά του ..... (εφεξής αναθέτουσα αρχή), που εδρεύει στην οδό .....,  
Τ.Κ. .... νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει  
να ακυρωθεί 1) ο όρος, που περιέχεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ “Ε” της Διακήρυξης,  
στο άρθρο 17, υπό τον τίτλο “ΕΙΔΙΚΕΣ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΜΕΤΑΦΟΡΕΑ”, και  
προβλέπει ότι: “β. Ο μεταφορέας είναι υπεύθυνος να έχει, ή εντός δέκα (10)  
ημερών από την ενεργοποίηση της Συμφωνίας Πλαίσιο να προβεί σε όλες τις  
απαιτούμενες ενέργειες προκειμένου να παρασχεθεί σε αυτόν (ή στον  
συνεργάτη/ανταποκριτή του) πιστοποιητικό καταλληλότητας ασφαλούς  
διαχείρισης και μεταφοράς διαβαθμισμένου υλικού, προσκομίζοντας το στις  
αναθέτουσες αρχές του εκάστοτε επιτελείου. Στην περίπτωση που δεν είναι  
εφοδιασμένος με το σχετικό πιστοποιητικό θα πρέπει να προβεί στις  
απαραίτητες ενέργειες για την έκδοσή του μέσω της Υπηρεσίας Ασφαλείας του  
Υπουργείου Εθνικής Άμυνας των Η.Π.Α. (Defense Security Service, DSS). Η  
μη απόκτηση αποτελεί λόγο προκειμένου ο μεταφορέας κηρυχθεί έκπτωτος”.2)  
Να ακυρωθεί ο όρος, που περιέχεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ “Ε” της Διακήρυξης,  
στο άρθρο 18, υπό τον τίτλο “ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ”, και  
προβλέπει ότι οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς, θα υποβάλουν τα κάτωθι  
δικαιολογητικά, μεταξύ των οποίων: “α .Πιστοποιητικό ΑΕΟ (Authorized  
Economic Operator- Τελωνειακές Απλουστεύσεις/Ασφάλεια και Προστασία)

σύμφωνα με τον παγκόσμιο οργανισμό τελωνείων”. 3) Να ακυρωθεί ο όρος που περιέχεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ “Ε” της Διακήρυξης, στο άρθρο 17, υπό τον τίτλο “ΕΙΔΙΚΕΣ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΜΕΤΑΦΟΡΕΑ”, και προβλέπει ότι: “δ. Ο μεταφορέας υποχρεούται, προκειμένου να αποκλείεται κάθε περίπτωση βλάβης των Εθνικών συμφερόντων της Ελλάδας όταν μεταφέρει διαβαθμισμένα φορτία, να έχει, ή εντός δέκα (10) ημερών από την υπογραφή της συμφωνίας πλαίσιο να προβεί σε όλες τις απαιτούμενες ενέργειες προκειμένου να του παρασχεθεί, πιστοποιητικό βιομηχανικής ασφάλειας για την αδιάλειπτη διακίνηση των φορτίων παραγράφου 1α από τις Η.Π.Α προς την Ελλάδα, σύμφωνα με τον εθνικό κανονισμό βιομηχανικής ασφάλειας (ΕΚΒΑ) όπως αυτός κυρώθηκε από το ΓΕΕΘΑ και δημοσιεύθηκε στην εφημερίδα της κυβερνήσεως με την υπ’ αριθμόν Φ.120/1/136775/Σ.486 από 16 Μαρτίου 2005 απόφαση (τεύχος δεύτερο, αρ. φύλλου 336). Ανωτέρω διαδικασία να έχει ολοκληρωθεί εντός δύο (2) μηνών και η μη απόκτηση αποτελεί λόγο προκειμένου ο μεταφορέας κηρυχθεί έκπτωτος”. 4) Να ακυρωθούν οι όροι, που περιέχονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ “Ε” της Διακήρυξης, στο άρθρο 17, υπό τον τίτλο “ΕΙΔΙΚΕΣ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΜΕΤΑΦΟΡΕΑ”, και προβλέπει ότι: “γ. Ο μεταφορέας υποχρεούται: (1) Να διαθέτει σε Ν. Υόρκη κατάλληλους αποθηκευτικούς χώρους και μέσα φορτοεκφορτώσεως για την ασφαλή διαφύλαξη και διακίνηση των εφοδίων–υλικών, μέχρι την ημερομηνία φορτώσεώς τους στα πλοία, για την μεταφορά τους στην Ελλάδα, για την απόδειξη του οποίου οφείλει να προσκομίσει αποδεικτικά έγγραφα κατάλληλα επικυρωμένα (πχ μισθωτήρια) και να μεριμνήσει για την έκδοση από τις αρχές των Η.Π.Α. (Defense Industrial Security Clearance Office) πιστοποίησης για τους εν λόγω αποθηκευτικούς του χώρους, προσκομίζοντάς τις μέχρι την υπογραφή της Σ.Π.”, και στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ “Ε” της Διακήρυξης, στο άρθρο 18, υπό τον τίτλο “ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ”, και προβλέπει ότι οι οικονομικοί φορείς πρέπει να προσκομίσουν: “β. Αποδεικτικά έγγραφα κατάλληλα επικυρωμένα (πχ. μισθωτήρια) ότι διαθέτει σε Ν. Υόρκη κατάλληλους αποθηκευτικούς χώρους και μέσα φορτοεκφορτώσεως για την ασφαλή διαφύλαξη και διακίνηση των εφοδίων – υλικών, μέχρι την ημερομηνία φορτώσεώς τους στα πλοία, για την μεταφορά τους στην Ελλάδα”, κατά το

μέρος, που απαιτούν την διάθεση αποθηκευτικών χώρων και μέσω φορτοεκφόρτωσης μόνον στο λιμάνι της Νέας Υόρκης, και να ακυρωθεί η παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής να περιλάβει στους ίδιους ως άνω όρους την υποχρέωση των οικονομικών φορέων ή των ανταποκριτών τους στις ΗΠΑ να διαθέτουν αποθηκευτικούς χώρους και μέσα φορτοεκφόρτωσης σε ένα τουλάχιστον από τα εννέα (9) λιμάνια των ΗΠΑ, που αναφέρονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ “Ε” της Διακήρυξης, στο άρθρο 2, υπό τον τίτλο “ΤΟΠΟΙ ΦΟΡΤΩΣΗΣ/ΕΚΦΟΡΤΩΣΗΣ”, και να προσκομίσουν τα σχετικά αποδεικτικά έγγραφα περί αυτού. 5) Να ακυρωθεί η παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής να προσδιορίσει στο άρθρο 14 του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ “Ε” της Διακήρυξης εάν τα υλικά θα είναι ασφαλισμένα από την Αναθέτουσα Αρχή ή εάν ο Ανάδοχος οφείλει να τα ασφαλίσει και ποια είναι η αξία των υλικών.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, παράβολο, ύψους 4.950,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ....., Πληρωμή του παραβόλου στην ALPHA BANK στις 23/11/2018 και εκτύπωση από την ιστοσελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη ότι το ως άνω παράβολο είναι «δεσμευμένο»).

2. Επειδή με την υπ' αριθ. .... Διακήρυξη προκηρύχτηκε ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΣ ΑΝΟΙΚΤΟΣ ΜΕΙΟΔΟΤΙΚΟΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΣ ΓΙΑ ΤΗ ΣΥΝΑΨΗ ΣΥΜΦΩΝΙΑΣ- ΠΛΑΙΣΙΟ ΜΕ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΤΗΝ ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΘΑΛΑΣΣΙΩΝ ΜΕΤΑΦΟΡΩΝ ΣΤΡΑΤΙΩΤΙΚΩΝ ΥΛΙΚΩΝ ΚΑΙ ΕΦΟΔΙΩΝ ΑΠΟ ΤΙΣ ΗΠΑ ΣΤΗΝ ΕΛΛΑΔΑ ΚΑΙ ΑΝΤΙΣΤΡΟΦΑ ΧΡΟΝΙΚΗΣ ΔΙΑΡΚΕΙΑΣ ΤΡΙΩΝ (3) ΕΤΩΝ ΚΑΙ ΕΝΑΝΤΙ ΣΥΝΟΛΙΚΗΣ ΕΚΤΙΜΩΜΕΝΗΣ ΑΞΙΑΣ ΕΝΝΙΑΚΟΣΙΩΝ ΕΝΕΝΗΝΤΑ ΧΙΛΙΑΔΩΝ ΕΥΡΩ (990.000 €) ΑΝΕΥ ΦΠΑ (CPV .....) με Α/Α ΕΣΗΔΗΣ ..... και ημερομηνία δημοσίευσης την 12<sup>η</sup> Νοεμβρίου 2018.

## **Αριθμός απόφασης: 1135/2018**

3. Επειδή η διακήρυξη δημοσιεύτηκε την 08<sup>η</sup> Νοεμβρίου 2018 στην Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (.....), στο ΚΗΜΔΗΣ στις 12.11.2018, με ΑΔΑΜ ..... και στο ΕΣΗΔΗΣ στις 12.11.2018.

4. Επειδή, η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή, ως εκ του χρόνου εκκίνησής της, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του αντικειμένου της το οποίο αποτελεί μεικτή σύμβαση, κατά την έννοια του άρθρου 16 του ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του εν λόγω νόμου. Εν προκειμένω σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη με αρ. 13 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ρητά προβλέπεται ότι δεν θα πρέπει να εμποδίζονται οι αναθέτουσες αρχές να επιλέγουν να εφαρμόζουν την οδηγία 2014/24/ΕΕ αντί της οδηγίας 2009/81/ΕΚ, ως ενσωματώθηκαν στο εθνικό δίκαιο, σε ορισμένες μεικτές συμβάσεις.

5. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα με ανάρτηση την 23<sup>η</sup>-11-2018 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017, είναι νομίμως υπογεγραμμένη και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αυθημερόν, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 γ του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. γ) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή στις 26.11.2018 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην γνωστοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής δια της ανάρτησης στην 1<sup>η</sup> σελίδα του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού, για την οποία κοινοποίησε η αναθέτουσα αρχή σχετική ειδοποίηση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού απευθυνόμενη σε όλους τους συμμετέχοντες αυθημερόν.

7. Επειδή στις 30.11.2018 η αναθέτουσα αρχή ανάρτησε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού το υπ' αριθμ. Φ. 602.2/24/286720/Σ. 3253 έγγραφο απόψεών της επί της υπό εξέταση προσφυγής, τις οποίες και διαβίβασε στην ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθ. 365 παρ. 1 υποπαρ. β του Ν. 4412/2016 και 9 παρ. 2 περ. β του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή ο προσφεύγων θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, δεδομένου ότι στρέφεται κατά όρων της διακήρυξης που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, στη διαδικασία επιλογής του αναδόχου και στους εφαρμοστέους για την ανάδειξη του όρους, ως ενδεχόμενα βλαπτόμενος εφόσον δραστηριοποιείται στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της επίμαχης παροχής υπηρεσιών, επιθυμεί να συμμετάσχει στη διαγωνιστική διαδικασία με σκοπό την ανάθεση σε αυτόν της εν λόγω σύμβασης και επικαλείται συγκεκριμένους όρους της οικείας διακήρυξης, οι οποίοι παραβιάζουν, κατά τους ισχυρισμούς του, τους οικείους κανόνες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων σε βαθμό που αποκλείουν ή καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό (ΕΑ ΣΤΕ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013. 616, 472, 434/2012, 182/2011). Εν προκειμένω, ισχυρίζεται ότι δραστηριοποιείται από το έτος 1969 στο χώρο των μεταφορών και ότι έχει συμμετάσχει επανειλημμένα σε δημόσιους διαγωνισμούς και αναλάβει την εκτέλεση μεταφορικών έργων, για το ίδιο αντικείμενο του διαγωνισμού. Επιθυμεί την συμμετοχή του στον παρόντα διαγωνισμό και προς τον σκοπό αυτό σκοπεύει να υποβάλει προσφορά επιφυλασσόμενος των σχετικών δικαιωμάτων του, λόγω των ως άνω περιορισμών στη συμμετοχή του, που δημιουργούν τόσο οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης όσο και οι παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής.

9. Επειδή η προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος δεν καθιστά δυσχερή την πρόσβαση του ενδιαφερόμενου στο δικαστήριο ή εν γένει στην προσήκουσα παροχή έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 του Συντ. ) ούτε δημιουργεί (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017) αντίθεση προς το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ (ΣΤΕ 2980/2013). Μόνη, δε, εξαίρεση στην άνω αναφερθείσα υποχρέωση προαπόδειξης είναι να προκύπτει σαφώς και άνευ ουδεμίας αμφιβολίας από τις *ad hoc* ειδικές συνθήκες ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντα του προσφεύγοντος (ΣΤΕ 2521/2004).

10. Επειδή η υπό εξέταση προσφυγή εισήχθη ενώπιον του 5<sup>ου</sup> Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360,

365 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, 8, 10, 12, 13 του ΠΔ 39/2017.

11. Επειδή στο άρθρο 367 του Ν.4412/2016 καθώς και στο άρθρο 18 παρ. 4 του ΠΔ 39/2017 ορίζεται ότι : «1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, [...] και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής. 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια[...].».

12.Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 18 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων».

13. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 53 του Ν.4412/2016 «Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις

ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών».

14. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 54 «Τεχνικές προδιαγραφές (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α' παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της....2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό.3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους : α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση,β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών προτύπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή -όταν αυτά δεν υπάρχουν- σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως

τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β',δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά. [...].

15.Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 72 «Εγγυήσεις» του ν.4412/2016 ορίζεται «1. Οι αναθέτουσες αρχές ζητούν από τους προσφέροντες να παράσχουν, κατά περίπτωση, τα ακόλουθα είδη εγγυήσεων: α) «Εγγύηση συμμετοχής», το ύψος της οποίας καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης σε συγκεκριμένο χρηματικό ποσό, αριθμητικώς και ολογράφως σε ευρώ, και δεν μπορεί να υπερβαίνει το 2% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης εκτός ΦΠΑ, με ανάλογη στρογγυλοποίηση. Σε περίπτωση υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα τμήματα της σύμβασης, το ύψος της εγγύησης συμμετοχής υπολογίζεται επί της εκτιμώμενης αξίας, εκτός ΦΠΑ, του/των προσφερομένου/ων τμήματος/τμημάτων. Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η εγγύηση συμμετοχής περιλαμβάνει και τον όρο ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση. Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς που καθορίζουν τα έγγραφα της σύμβασης. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, πριν τη λήξη της προσφοράς, να ζητά από τον προσφέροντα να παρατείνει, πριν τη λήξη τους, τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς και της εγγύησης συμμετοχής...Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης. ....Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στον ανάδοχο με την προσκόμιση της εγγύησης καλής εκτέλεσης .Η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους λοιπούς προσφέροντες μετά: αα) την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης προσφυγής ή την έκδοση απόφασης επί ασκηθείσας προσφυγής

κατά της απόφασης κατακύρωσης και ββ) την άπρακτη πάροδο της προθεσμίας άσκησης ασφαλιστικών μέτρων ή την έκδοση απόφασης επ' αυτών, και γγ) την ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, σύμφωνα με το άρθρα 35 και 36 του ν. 4129/2013 (Α' 52), εφόσον απαιτείται. Για τα προηγούμενα στάδια της κατακύρωσης η εγγύηση συμμετοχής επιστρέφεται στους συμμετέχοντες στην περίπτωση απόρριψης της προσφοράς τους και εφόσον δεν έχει ασκηθεί ενδικοφανής προσφυγή ή ένδικο βοήθημα ή έχει εκπνεύσει άπρακτη η προθεσμία άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής ή ένδικων βοηθημάτων ή έχει λάβει χώρα παραίτηση από το δικαίωμα άσκησης αυτών ή αυτά έχουν απορριφθεί αμετακλήτως» [...].

16.Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 16 «Μεικτές συμβάσεις που αφορούν την άμυνα ή την ασφάλεια (άρθρο 16 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν.4412/2016, ορίζεται «1. Το παρόν άρθρο εφαρμόζεται στις μεικτές συμβάσεις που έχουν αντικείμενο σύμβαση η οποία καλύπτεται από το παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221), καθώς και σύμβαση η οποία διέπεται από το άρθρο 346 της ΣΛΕΕ ή το μέρος δεύτερο του ν. 3978/2011 (Α' 137). 2. Όταν τα διαφορετικά μέρη μιας συγκεκριμένης σύμβασης μπορεί να χωριστούν αντικειμενικά, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιλέγουν να αναθέσουν είτε χωριστές συμβάσεις για τα χωριστά μέρη είτε μία ενιαία σύμβαση. Όταν οι αναθέτουσες αρχές επιλέγουν να αναθέσουν χωριστές συμβάσεις για χωριστά μέρη, η απόφαση για το εφαρμοστέο νομικό καθεστώς καθεμιάς από τις χωριστές αυτές συμβάσεις λαμβάνεται βάσει των χαρακτηριστικών εκάστου μέρους. Όταν οι αναθέτουσες αρχές επιλέγουν να αναθέσουν μία ενιαία σύμβαση, ισχύουν τα ακόλουθα κριτήρια για τον καθορισμό του εφαρμοστέου νομικού καθεστώτος: α) όταν μέρος μιας συγκεκριμένης σύμβασης διέπεται από το άρθρο 346 της ΣΛΕΕ, η σύμβαση μπορεί να ανατίθεται χωρίς εφαρμογή του παρόντος Βιβλίου, υπό την προϋπόθεση ότι η ανάθεση ενιαίας σύμβασης δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους, β) όταν μέρος μιας συγκεκριμένης σύμβασης διέπεται από το μέρος δεύτερο του ν. 3978/2011 (Α' 137), η σύμβαση μπορεί να ανατίθεται, σύμφωνα με τις διατάξεις του μέρους δεύτερου του ν. 3978/2011 (Α' 137), υπό την προϋπόθεση ότι η ανάθεση

ενιαίας σύμβασης βασίζεται σε αντικειμενικούς λόγους. Η παρούσα περίπτωση β' δεν επηρεάζει τα κατώτατα όρια και τις εξαιρέσεις που προβλέπει το μέρος δεύτερο του ν. 3978/2011 (Α' 137). Η απόφαση για την ανάθεση μίας ενιαίας σύμβασης, ωστόσο, δεν λαμβάνεται με σκοπό την εξαίρεση των συμβάσεων από την εφαρμογή του παρόντος Βιβλίου ή του μέρους δεύτερου του ν. 3978/2011 (Α' 137). 3. Η περίπτωση α' του τρίτου εδαφίου της παρ. 2 εφαρμόζεται στις μεικτές συμβάσεις για τις οποίες θα μπορούσαν άλλως να ισχύουν οι περιπτώσεις α' και β' του προαναφερθέντος εδαφίου. 4. Όταν τα διαφορετικά μέρη μιας συγκεκριμένης σύμβασης δεν μπορεί να χωριστούν αντικειμενικά, η σύμβαση μπορεί να ανατίθεται χωρίς να εφαρμόζεται το παρόν Βιβλίο, όταν περιλαμβάνει στοιχεία στα οποία εφαρμόζεται το άρθρο 346 της ΣΛΕΕ· διαφορετικά, μπορεί να ανατίθεται, σύμφωνα με τις διατάξεις του μέρους δεύτερου του ν. 3978/2011 (Α' 137)».

17. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ν. 4412/2016 ορίζεται: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. 2. Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος - μέλος εγκατάστασής τους, όπως περιγράφεται στο Παράρτημα ΧΙ του Προσαρτήματος Α' ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα αυτό. [...]». 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική

ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τις απαιτούμενες επαγγελματικές ικανότητες εάν διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας έχει συγκρουόμενα συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν αρνητικά την εκτέλεση της σύμβασης. [...]5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος». Περαιτέρω, στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α « Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέσθηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών εάν είναι απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών εργασιών που εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία πενταετία, ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Εάν είναι απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία τριετία»[.....]

18. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 80 «Αποδεικτικά μέσα» (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες

αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82. Όσον αφορά το άρθρο 78, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να στηρίζονται σε οποιοδήποτε κατάλληλο μέσο προκειμένου να αποδείξουν στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχουν τους αναγκαίους πόρους στη διάθεσή τους. [...].

19. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 360 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής. 2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών [...]».

20. Επειδή, σύμφωνα με τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 367 «Διαδικασία λήψης απόφασης συνέπειες αποφάσεων ΑΕΕΠ» του ν. 4412/2016, ορίζεται ότι «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής. 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης,

ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια».

21. Επειδή, σύμφωνα με την ΥΑ/Φ.1//2005 (ΥΑ Φ.120/1/136775 Σ.486, Β 336) «Κύρωση από το ..... του Κανονισμού Βιομηχανικής Ασφαλείας», άρθρο 4 «ΔΙΑΒΑΘΜΙΣΕΙΣ ΑΣΦΑΛΕΙΑΣ», ορίζεται « 1. Ο βαθμός της παρεχόμενης προστασίας πρέπει να ανταποκρίνεται στην κρισιμότητα και στη σπουδαιότητα της πληροφορίας ή του υλικού το οποίο πρέπει να προστατευθεί. Για να καταδειχθεί και εξασφαλισθεί ο βαθμός προστασίας που πρέπει να παρέχεται στο εθνικό υλικό, θα πρέπει όλα τα έγγραφα και οι πληροφορίες να διαβαθμίζονται ανάλογα με χαρακτηρισμό που δίδεται από τον εκδότη, και να κοινοποιούνται σε περιορισμένο προσωπικό κατάλληλα εξουσιοδοτημένο.2. Οι βαθμοί ασφαλείας και η σημασία τους περιγράφονται όπως παρακάτω: α. ΕΤΝΑ ΑΚΡΩΣ ΑΠΟΡΡΗΤΟ (ΕΤΝΑ-ΑΑΠ)

(1) Ο χαρακτηρισμός αυτός δίδεται σε υλικό πληροφορίες, οι οποίες εάν αποκαλυφθούν σε μη εξουσιοδοτημένο προσωπικό, θα προκαλέσουν εξαιρετικά βαριές ζημιές στην Εθνική Άμυνα και ασφάλεια της χώρας, καθώς και στα ζωτικά της συμφέροντα.(2) Επισημαίνεται ότι ο όρος "ΕΤΝΑ", δεν αποτελεί διαβάθμιση υλικού, αλλά ένδειξη που προέρχεται από τη λέξη "ΕΘΝΙΚΟ", για να είναι δυνατή η αναγραφή της με τα ίδια τυπογραφικά στοιχεία και στην Ελληνική και στις γλώσσες που χρησιμοποιούν το λατινικό αλφάβητο. β. ΑΚΡΩΣ ΑΠΟΡΡΗΤΟ (ΑΑΠ). Ο χαρακτηρισμός αυτός δίδεται σε υλικό πληροφορίες, οι οποίες εάν αποκαλυφθούν σε μη εξουσιοδοτημένο προσωπικό, είναι δυνατό να προκαλέσουν σοβαρές ζημιές στην Εθνική Άμυνα και ασφάλεια της χώρας, καθώς και στα ζωτικά της συμφέροντα. γ. ΑΠΟΡΡΗΤΟ (ΑΠ). Ο χαρακτηρισμός αυτός δίδεται σε υλικό-πληροφορίες οι οποίες εάν αποκαλυφθούν σε μη εξουσιοδοτημένο προσωπικό, είναι δυνατό να προκαλέσουν ζημιές στην Εθνική Άμυνα και ασφάλεια της χώρας, καθώς και στα ζωτικά της συμφέροντα. δ. ΕΜΠΙΣΤΕΥΤΙΚΟ (ΕΠ).Ο χαρακτηρισμός αυτός δίδεται σε υλικό πληροφορίες, οι οποίες εάν αποκαλυφθούν σε μη εξουσιοδοτημένο προσωπικό, είναι δυνατό να βλάψουν την Εθνική Άμυνα και ασφάλεια της χώρας, καθώς και τα ζωτικά της συμφέροντα. ε. ΠΕΡΙΟΡΙΣΜΕΝΗΣ ΧΡΗΣΗΣ (ΠΧ). Ο χαρακτηρισμός αυτός δίδεται σε υλικό

πληροφορίες, οι οποίες εάν αποκαλυφθούν σε μη εξουσιοδοτημένο προσωπικό, είναι δυνατό να επηρεάσουν δυσμενώς την Εθνική Άμυνα και ασφάλεια της χώρας, καθώς και τα ζωτικά της συμφέροντα. στ. ΑΔΙΑΒΑΘΜΗΤΟ (ΑΔ). Ο χαρακτηρισμός αυτός δίδεται σε υλικό πληροφορίες, των οποίων λαμβάνουν γνώση μόνο τα απαραίτητα υπηρεσιακά πρόσωπα και πάντοτε με βάση την αρχή "ΑΝΑΓΚΗ ΓΝΩΣΗΣ" .Άρθρο 5. ΚΕΦΑΛΑΙΟ Β΄. ΦΥΣΙΚΗ ΑΣΦΑΛΕΙΑ. 1. Με τον όρο Φυσική Ασφάλεια, εννοείται κάθε μέτρο προστασίας των εγκαταστάσεων, έναντι κινδύνων κλοπής, κατασκοπίας, δολιοφθοράς, τρομοκρατίας, κοινωνικών αναταραχών και θεομηνιών, όταν οι χώροι αυτοί φιλοξενούν διαβαθμισμένα υλικά και δραστηριότητες.2. Ο βαθμός της παρεχόμενης προστασίας που κατά περίπτωση εφαρμόζεται, είναι απόλυτα ανάλογος του επιπέδου διαβάθμισης των υλικών και εγγράφων. Τα μέτρα που λαμβάνονται να υπόκεινται σε συνεχή έλεγχο, και να αναθεωρούνται, προκειμένου να αποφεύγεται περίπτωση υποεκτίμησης του επιπέδου διαβάθμισης ασφαλείας.3. Το προσωπικό που εργάζεται σε χώρους διαβαθμισμένους και χειρίζεται όμοιο υλικό, μεριμνά για την εξασφάλιση τόσο του υλικού, όσο και του χώρου, έτσι ώστε με την καθημερινή λήξη της εργασίας να διασφαλίζονται πλήρως υλικό και χώροι. Παραπέρα ανεξάρτητος επικαλυπτικός έλεγχος να γίνεται μετά τη λήξη του ωραρίου εργασίας, από το εντεταλμένο προς αυτό προσωπικό Ασφαλείας της επιχείρησης. Αν χρησιμοποιείται προσωπικό από εταιρία ιδιωτικής φύλαξης αυτό θα πρέπει να είναι κατάλληλα εξουσιοδοτημένο.4. Τα κτίρια που στεγάζουν διαβαθμισμένο υλικό, να προστατεύονται από μη εξουσιοδοτημένη πρόσβαση. Το είδος της προστασίας μπορεί να περιλαμβάνει κιγκλιδώματα παραθύρου, κλειδαριές στις πόρτες, σκοπούς στις εισόδους, αυτόματα συστήματα ελέγχου πρόσβασης, περίπλοκα συστήματα συναγερμού, συστήματα επιτήρησης χώρου, σκύλους, φύλακες κλπ. Το είδος φύλαξης εξαρτάται από: α. Τη διαβάθμιση υλικού και τοποθέτηση αυτού στο συγκεκριμένο κτίριο. β. Τη ποιότητα του χώρου φύλαξης και γ. Το είδος και την κατάσταση του κτιρίου.5. Χώροι Ασφαλείας είναι αυτοί στους οποίους τηρούνται και διακινούνται διαβαθμισμένες πληροφορίες και υλικό εμπιστευτικό και άνω. Οι χώροι αυτοί πρέπει να είναι οργανωμένοι και διαμορφωμένοι με τέτοιο τρόπο ώστε η είσοδος και εκτέλεση

εργασίας, να επιτρέπεται μόνο σε διαβαθμισμένο και εγκεκριμένο προσωπικό. Τέτοιος χώρος πρέπει κατά το ελάχιστο να πληρεί τις παρακάτω προϋποθέσεις: α. Να είναι σαφώς καθορισμένος και να προστατεύεται περιμετρικά, με τρόπο ώστε να ελέγχεται η είσοδος και έξοδος προσωπικού, υλικού και μεσών. β. Να διαθέτει κατάλληλο σύστημα, ώστε να επιτρέπεται η είσοδος και εκτέλεση εργασίας, μόνο σε εξουσιοδοτημένο προσωπικό. γ. Να έχει καθορισθεί σαφώς το επίπεδο διαβάθμισης του χώρου, ανάλογα με την κατηγορία του υλικού και των πληροφοριών και της εκτελούμενης εργασίας και να επιτρέπεται η πρόσβαση σ' αυτόν ΜΟΝΟ σε προσωπικό αντίστοιχα διαβαθμισμένο. δ. Να υπάρχει κατάλληλη σήμανση (γράμματα, αριθμοί ή χρώματα), κατά τέτοιο τρόπο, ώστε να επιτρέπεται η είσοδος εργασίας ΜΟΝΟ σε αντίστοιχα εγκεκριμένο προσωπικό, όπως θα φαίνεται στην κάρτα εισόδου. ε. Να προβλέπεται διαδικασία επιθεώρησης των χώρων από ειδικά καθορισμένο προσωπικό, ώστε μετά το πέρας της εργασίας, να διαπιστώνεται η εφαρμογή των προβλεπόμενων κανόνων Ασφαλείας. 6. Επιχειρήσεις ανάλογα με τον χώρο στον οποίο στεγάζονται κατατάσσονται στις παρακάτω τρεις (3) κατηγορίες: α. Συγκρότημα Κτιρίων (τα οποία ευρίσκονται στον αυτό περιφραγμένο χώρο) με περίβολο β. Μεμονωμένο κτίριο(1) Με περίβολο(2) Χωρίς περίβολο. γ. Σε όροφο κτιρίου. 7. Για το συγκρότημα κτιρίων θα πρέπει να υπάρχει περιμετρική περίφραξη, τοίχος ύψους δύο (2) μέτρων ή κιγκλιδώματα ή συρματοπλέγματα. Η φύλαξη της περιμέτρου θα πρέπει να βασίζεται σε: α. Συσκευές ανιχνεύσεως παράνομης εισόδου. Στην περίπτωση αυτή πρέπει να χρησιμοποιούνται ηλεκτρονικά συστήματα συναγερμών, κλειστό κύκλωμα τηλεοράσεως ή και άλλες ηλεκτρονικές συσκευές για τις οποίες θα πρέπει να υπάρχει μόνιμη εξωτερική παροχή ηλεκτρικής ισχύος, με εφεδρική πηγή (μπαταρία). Επίσης προβλέπεται να υπάρχει επαρκής εσωτερικός και περιμετρικός φωτισμός. β. Φύλακες. Να επιλέγονται άτομα εκπαιδευμένα και κατάλληλα εξουσιοδοτημένα τα οποία θα εκτελούν αποκλειστικά την εργασία αυτή. Να εκδίδονται οδηγίες για τα καθήκοντα και το χώρο ευθύνης εκάστου φύλακα. Να παρέχεται επαρκής επιτήρηση του χώρου από εισβολή καθ' όλο το 24ώρο με ικανό αριθμό φυλάκων σε συνδυασμό με τα υπάρχοντα ηλεκτρονικά μέσα ανιχνεύσεως συναγερμού. γ. Περίπολοι. Οι

## Αριθμός απόφασης: 1135/2018

περίπολοι στους χώρους Ασφαλείας θα πρέπει να γίνονται εκτός του ωραρίου εργασίας ως και κατά τις μη εργάσιμες ημέρες σύμφωνα με καθορισμένο σχέδιο, που έχει εκπονηθεί από τον Υπεύθυνο Ασφαλείας της εταιρείας. δ. Πύλη-Έλεγχος εισόδου. (1) Για όλο το συγκρότημα να υπάρχει μόνο μία πύλη εισόδου εξόδου ελέγχου προσωπικού οχημάτων και επισκεπτών. (2) Να τηρείται βιβλίο επισκεπτών στο οποίο να αναγράφονται τα στοιχεία ταυτότητος τους, η ιδιότητα τους, η ώρα εισόδου εξόδου και ο τόπος προορισμού.(3) Η ταυτότητα να παραδίδεται κατά την είσοδο στη πύλη και να επιστρέφεται στον επισκέπτη κατά την έξοδο. (4) Να εκτελείται έλεγχος των οχημάτων κατά την είσοδο-στάθμευση-έξοδο σύμφωνα με τις οδηγίες του Υπευθύνου Ασφαλείας.(5) Η κάρτα του προσωπικού να φέρει φωτογραφία τους και τα απαραίτητα στοιχεία ελέγχου σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στον Κανονισμό Ασφαλείας της επιχείρησης ώστε να εξασφαλίζεται η είσοδος τους μόνο στους επιτρεπομένους γι' αυτούς χώρους.(6) Οι διαβαθμισμένοι χώροι να σημαίνονται επαρκώς και να διαθέτουν τα απαραίτητα μέσα ελέγχου προσωπικού (ηλεκτρονικά-φύλακες ή συνδυασμός αυτών), ώστε να εξασφαλίζεται η πρόσβαση από το ειδικά εξουσιοδοτημένο για τους συγκεκριμένους χώρους προσωπικό. 8. Οι επιχειρήσεις με μεμονωμένο κτίριο χωρίζονται σε: α. Μεμονωμένο κτίριο με περίβολο: (1) Απαιτείται περιμετρική περίφραξη ως περιγράφεται στην παράγραφο 7.(2) Συσκευές ανιχνεύσεως-συναγερμού ως παράγραφος 7α.(3) Φύλακες. Ως παράγραφος 7β χωρίς να είναι υποχρεωτική η ύπαρξη σκοπιών αλλά αντίθετα απαιτείται η παρουσία φυλάκων καθ' όλο το 24ωρο, οι οποίοι σε συνδυασμό με τα υπάρχοντα ηλεκτρονικά μέσα ανιχνεύσεως-συναγερμού να παρέχουν την επαρκή επιτήρηση του χώρου από ενδεχόμενη εισβολή. (4) Πύλη-Έλεγχος Εισόδου. Οι διαδικασίες είναι οι ίδιες όπως περιγράφονται στην παράγραφο 7δ.β. Μεμονωμένο κτίριο χωρίς περίβολο (1) Να αποκλείεται με οιονδήποτε τρόπο πρόσβαση από τυχόν παράπλευρα κτίρια, (κιγκλιδώματα κλπ). (2) Συσκευές ανίχνευσης-συναγερμών ως παρ. 7α. (3) Φύλακες. Ως η παράγραφος 7β(4) Έλεγχος Εισόδου. Οι διαδικασίες είναι οι ίδιες όπως περιγράφονται στην παράγραφο 7δ.9. Όταν η επιχείρηση είναι σε όροφο κτιρίου: α. Να αποκλείεται με οποιονδήποτε τρόπο (κιγκλιδώματα κλπ) η πρόσβαση από παράπλευρους

ορόφους, γραφεία κλπ. β. Συσκευές ανίχνευσης-συναγερμού ως παρ. 7α. γ. Έλεγχος εισόδου. Με τη διαδικασία που περιγράφεται στην παράγραφο 7δ».

22. Επειδή, τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής διαμορφώνονται με γνώμονα τις αρχές της αναλογικότητας και της χρηστής δημοσιονομικής διοίκησης στα πλαίσια του ελεύθερου και αποτελεσματικού ανταγωνισμού (βλ. και A.S. Graelis, “Public Procurement and the EU Competition Rules” (Hart 2015, 2<sup>η</sup> εκδ.) 6.II.A.vii) και κρίνονται με βάση την συγκεκριμένη υπό ανάθεση σύμβαση και όχι *in abstracto* (βλ.κατ’ αναλογία Δ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 410 επ.) .

23. Επειδή, κατά την επιλογή σε επίπεδο κατάρτισης διακήρυξης των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να προτιμά κριτήρια επιλογής που της επιτρέπουν να καθορίσει κατά πόσον ένας προσφέρων έχει την απαιτούμενη ικανότητα για τη συγκεκριμένη σύμβαση παρά τις γενικές ικανότητες των προσφερόντων (βλ. ειδικά την παρ. 4.1 του «Ευρωπαϊκού Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις» καθώς και την Κατευθυντήρια Οδηγία 13 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ με θέμα «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής δημοσίων συμβάσεων και έλεγχος καταλληλότητας»).

24. Επειδή, εν προκειμένω, κατ’ εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ’ αρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μείγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη. Ομοίως η αρχή της αναλογικότητας, αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, ..... , σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, ..... , σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, ..... και ..... , σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, ..... , σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, ..... , σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00....., σκέψη 59 κλπ).

25. Επειδή, κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας, οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή εκείνων των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2004, αρ. περ. 642 Β). Επειδή ο προσδιορισμός των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας καθορίζεται: α) από το λογικό, κατά την κοινή πείρα και αντίληψη, περιεχόμενο της αόριστης αξιολογικής έννοιας σε συνδυασμό με την ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης περίπτωσης σε συνδυασμό προς τον επιδιωκόμενο από τον κανόνα αυτό σκοπό δημοσίου συμφέροντος, β) από την ισότητα κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας, δηλαδή, την ίση κρίση ομοειδών νομικών και πραγματικών καταστάσεων γ) από την αρχή της χρηστής διοίκησης και δ) από την αρχή της αναλογικότητας ή της αναλογίας, σύμφωνα με την οποία το επαχθές μέτρο που επιβάλλεται στον διοικούμενο με τη διοικητική πράξη πρέπει να είναι αναγκαίο, πρόσφορο και ανάλογο προς το εξυπηρετούμενο δημόσιο συμφέρον ή ιδιωτικό προστατευόμενο συμφέρον στο πλαίσιο του σκοπού που επιδιώκει ο νόμος (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., 2010, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 514).

26. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

27. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η θέσπιση, με την διακήρυξη, των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για

την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων (βλ. ΕΣ Τμήμα Μείζονος-Επταμελούς Σύνθεσης 3372/2011), η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (Ε.Α. ΣΤΕ 354/2014, 1140/2010). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣΤΕ. 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010 κ.ά.).

28. Επειδή, λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, να καθορίσει, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου (ΣΤΕ ΕΑ 581/2008), είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 307/2007).

29. Επειδή, η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣΤΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο Προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του έννομου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣΤΕ 3905/2004).

30. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής της έλλειψής του από την αναθέτουσα αρχή ή τον παρεμβαίνοντα, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να

συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής).

31. Επειδή, το έννομο συμφέρον του οικονομικού φορέα, που προσφεύγει ενώπιον της ΑΕΠΠ εξειδικεύεται αυθεντικά και αποκλειστικά από τον ίδιο, εξετάζεται, δε, από την τελευταία ως προς την νομιμότητά του, την απόδειξή του και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του, που επιβάλλουν την έννομη προστασία του, ότι δεν είναι ανταγωνιστικό του δημοσίου συμφέροντος (πρβλ. Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 17).

32. Επειδή, η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, ..... κατά ....., C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, ....., C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, ..... κατά ....., C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, ..... κατά ....., C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, ....., C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, ....., C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, ..... και ....., C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, ..... κατά ....., C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, ....., C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, .....,

C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, ..... κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, ....., C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

33. Επειδή, ειδικότερα, ο προσφεύγων επικαλείται ότι η διακήρυξη περιλαμβάνει τους κάτωθι αναλυτικά αναφερόμενους όρους, οι οποίοι παραβιάζουν, κατά τους ισχυρισμούς του, τα άρθρα 18 και 42 του ν.4412/2016 και τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού. Συγκεκριμένα, ισχυρίζεται, αυτολεξεί, ότι: «<sup>1<sup>ος</sup></sup> λόγος Στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ “Ε” της Διακήρυξης, στο άρθρο 17, υπό τον τίτλο “ΕΙΔΙΚΕΣ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΜΕΤΑΦΟΡΕΑ”, προβλέπεται ότι: “β. Ο μεταφορέας είναι υπεύθυνος να έχει, ή εντός δέκα (10) ημερών από την ενεργοποίηση της Συμφωνίας Πλαίσιο να προβεί σε όλες τις απαιτούμενες ενέργειες προκειμένου να παρασχεθεί σε αυτόν (ή στον συνεργάτη/ανταποκριτή του) πιστοποιητικό καταλληλότητας ασφαλούς διαχείρισης και μεταφοράς διαβαθμισμένου υλικού, προσκομίζοντας το στις αναθέτουσες αρχές εκάστοτε επιτελείου. Στην περίπτωση που δεν είναι εφοδιασμένος με το σχετικό πιστοποιητικό θα πρέπει να προβεί στις απαραίτητες ενέργειες για την έκδοσή του μέσω της Υπηρεσίας Ασφαλείας του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας των Η.Π.Α. (Defense Security Service, DSS). Η μη απόκτηση αποτελεί λόγο προκειμένου ο μεταφορέας κηρυχθεί έκπτωτος”. Ο όρος αυτός πρέπει να ακυρωθεί για τους κάτωθι λόγους: 1. Το ανωτέρω πιστοποιητικό καταλληλότητας ασφαλούς διαχείρισης και μεταφοράς διαβαθμισμένου υλικού (SECURITY CLEARANCE), εκδίδεται από τον αρμόδιο φορέα εντός των ΗΠΑ, το DEFENCE SECURITY SERVICE του Υπουργείου Άμυνας (βλ. [http://www.dss.mil/isp/international/isl\\_961-1.html](http://www.dss.mil/isp/international/isl_961-1.html)) και αφορά την ασφαλή φύλαξη και διαχείριση των απορρήτων υλικών που διακινούνται από τους προμηθευτές προς τις αποθήκες του Αναδόχου στις ΗΠΑ. Το πιστοποιητικό αυτό δεν εκδίδεται σε ανάδοχο, που δεν έχει έδρα τις ΗΠΑ, ούτε σε ανταποκριτή του, που έχει έδρα στις ΗΠΑ, αλλά δεν είναι ανάδοχος, συνεπώς, δεν είναι δυνατόν να αποκτηθεί από ελληνική εταιρεία, όπως η εταιρεία μας, και έτσι περιορίζεται ο ελεύθερος ανταγωνισμός και η ίση μεταχείριση των συμμετεχόντων. Με την από 24-8-2018 προδικαστική προσφυγή μας (ΓΑΚ 858/27- 8-2028) κατά της ..... Διακήρυξης, με τον 2ο

λόγο αυτής προβάλαμε τον ίδιο ως άνω λόγο ακύρωσης του όρου 2.4.3.2. της Διακήρυξης. Η ΑΕΠΠ με την υπ'αρ. 884/2018 απόφασή της, στην παράγραφο 48, δέχθηκε ότι πράγματι το πιστοποιητικό αυτό δεν εκδίδεται σε πολίτες άλλων χωρών, έκρινε, όμως, ότι: “ωστόσο, οι αλλοδαποί μπορούν να λάβουν άδεια περιορισμένης πρόσβασης”, υπολαμβάνοντας ότι ο όρος *foreigner*, τον οποίο χρησιμοποιεί το αγγλικό κείμενο στον διαδικτυακό τόπο “[www.clearancejobs.com/securityclearance-faqs#1](http://www.clearancejobs.com/securityclearance-faqs#1)”, στον οποίο ανέτρεξε, περιλαμβάνει όλους τους αλλοδαπούς και ειδικά τις εταιρείες με έδρα την αλλοδαπή, όπως η δική μας, που έχει έδρα στην Ελλάδα. Όμως, στον προσκομιζόμενο επίσημο οδηγό “FOREIGN PURCHASER GUIDE TO FREIGHT FORWARDER SELECTION (ΟΔΗΓΟΣ ΑΛΛΟΔΑΠΟΥ ΑΓΟΡΑΣΤΗ ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΠΙΛΟΓΗ ΜΕΤΑΦΟΡΕΑ ΦΟΡΤΙΟΥ)”, τον οποίο έχει εκδώσει το “Defense Institute of Security Assistance Management (Ινστιτούτο Άμυνας για την Διαχείριση Ασφάλειας)”, του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας των ΗΠΑ ([www.disam.dsca.mil](http://www.disam.dsca.mil)), και περιλαμβάνει όλες τις απαραίτητες πληροφορίες για την διακίνηση υλικών FMS, στην σελίδα 2, ορίζεται σαφώς ότι την άδεια μπορούν να λάβουν οι αλλοδαπές κυβερνήσεις (*foreign governments*), οι οποίες έχουν συνάψει σχετικές συμφωνίες με το αρμόδιο Υπουργείο των ΗΠΑ (*The authority to export and import security cooperation materiel from and to the United States can only be granted to freight forwarders who are registered as an agent to the purchasing foreign government with the Department of State, Directorate of Defense Trade Controls (DDTC). The freight forwarder must have a Letter of Designation assigning the company as the foreign purchaser's agent in order to register with DDTC. This letter can only originate from the purchasing country*). Το πιστοποιητικό αυτό δεν έχει εκδοθεί σε κανέναν Ανάδοχο ούτε σε ανταποκριτή του τα τελευταία 40 χρόνια, όπως επικαλεστήκαμε στην από 24 8-2018 προδικαστική προσφυγή μας κατά της ....., χωρίς η ανωτέρω Αναθέτουσα Αρχή να προσκομίσει κανένα αντίθετο αποδεικτικό στοιχείο. Επισημαίνουμε ότι είχαμε απευθύνει στην ανωτέρω Αναθέτουσα Αρχή (.....) την από 3-8-2018 προσκομιζόμενη επιστολή μας, με την οποία της ζητούσαμε διευκρινίσεις σχετικά με τον υπ' αρ. .... Διαγωνισμό για το ίδιο έργο, ο οποίοςς ματαιώθηκε και ακολούθησε η επαναληπτική υπ'αρ.

..... Διακήρυξη. Στην επιστολή αυτή αναφέραμε ότι ο Ανάδοχος της υπ'αρ. 1/16 σύμβασης μεταφοράς υλικών του ..... από και προς τις ΗΠΑ ουδέποτε προσκόμισε το ανωτέρω πιστοποιητικό, παρότι η Διακήρυξη (.....) το προέβλεπε. Η Αναθέτουσα Αρχή δεν απάντησε στην επιστολή μας, αποδεχόμενη σιωπηρά τα ανωτέρω αναφερόμενα. Εάν και στις απόψεις της επί της παρούσας προσφυγής η Αναθέτουσα Αρχή επιμένει στον ισχυρισμό ότι είναι δυνατή η έκδοση του ανωτέρω πιστοποιητικού σε ελληνική εταιρεία ή στον ανταποκριτή της στις ΗΠΑ, θα πρέπει να σας προσκομίσει το πιστοποιητικό, το οποίο έχει εκδοθεί στον Ανάδοχο ή στους Αναδόχους, στους οποίους έχει αναθέσει τις μεταφορές των υλικών της. Επίσης, για την χορήγηση του ανωτέρω πιστοποιητικού για την διακίνηση υλικών FMS, είναι απαραίτητη η προηγούμενη εγγραφή στο *Military Assistance Program Address Directory (MAPAD)*. Όπως μας ενημέρωσε ο ανταποκριτής μας στις ΗΠΑ, στο MAPAD έχουν εγγραφεί μόνον οι εξής διαμεταφορείς για την διακίνηση υλικών FMS: Η ..... έχει εγγράψει την εταιρεία ..... (.....), η οποία είναι ο επίσημος διαμεταφορέας της κυβέρνησης των ΗΠΑ, μέχρι να συνάψει η αγοράστρια χώρα σύμβαση με δικό της διαμεταφορέα. Το ..... έχει εγγράψει την εταιρεία ..... (.....) με έδρα τις ΗΠΑ, ανταποκρίτρια του Αναδόχου, η οποία έχει συνάψει την υπ'αρ. .... σύμβαση μεταφοράς των υλικών του ....., όμως ουδέποτε έχει προσκομίσει πιστοποιητικό *Security Clearance*, παρότι η Διακήρυξη ..... το προέβλεπε. Ο δε ..... δεν έχει ενεργό διαμεταφορέα στο MAPAD, λόγω μη διακίνησης υλικών FMS. Να σημειώσουμε ότι η εταιρεία μας συμμετείχε στον προηγούμενο διαγωνισμό υπ' αρ. .... της ίδιας Αναθέτουσας Αρχής, στον οποίο απαιτείτο το ίδιο πιστοποιητικό, διαπίστωσε όμως ότι δεν είναι δυνατή η έκδοσή του. Συνεπώς, δεν είναι δυνατή η έκδοση του πιστοποιητικού αυτού από εταιρεία, που έχει έδρα στην Ελλάδα, όπως η δική μας.

2. Επίσης, στον ίδιο ως άνω όρο της διακήρυξης περιλαμβάνεται η δυνατότητα έκδοσης του πιστοποιητικού αυτού από τον ανταποκριτή του Μεταφορέα στις ΗΠΑ. Όμως, οι ανταποκριτές στις ΗΠΑ του αναδόχου δεν νοούνται και οι ίδιοι ανάδοχοι της σύμβασης, που έχει συναφθεί στην Ελλάδα, διότι δεν μετέχουν στην σύμβαση αυτή, ώστε να δύνανται να αιτηθούν το πιστοποιητικό

ασφαλούς διαχείρισης και αποθήκευσης διαβαθμισμένων και απορρήτων υλικών για την Ελλάδα, ώστε να τους χορηγηθεί από το Υπουργείο Εθνικής Άμυνας των ΗΠΑ η εν λόγω πιστοποίηση με την διαδικασία που αναφέρεται στο εγχειρίδιο του DOD (Πληροφορίες επιβεβαίωσης: ODC, Τμήμα FMS, Πρεσβεία των ΗΠΑ, 210-720- 2600). Τούτο προκύπτει και από τον επίσημο οδηγό “FOREIGN PURCHASER GUIDE TO FREIGHT FORWARDER SELECTION (ΟΔΗΓΟΣ ΑΛΛΟΔΑΠΟΥ ΑΓΟΡΑΣΤΗ ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΠΙΛΟΓΗ ΜΕΤΑΦΟΡΕΑ ΦΟΡΤΙΟΥ), τον οποίο έχει εκδώσει το “Defense Institute of Security Assistance Management (Ινστιτούτο Άμυνας για την Διαχείριση Ασφάλειας)”, του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας των ΗΠΑ ([www.disam.dsca.mil](http://www.disam.dsca.mil)), στην σελίδα 14 του οποίου ορίζεται σαφώς ότι ο μεταφορέας για να λάβει το πιστοποιητικό SECURITY CLEARANCE, προκειμένου να μεταφέρει διαβαθμισμένα υλικά, πρέπει να έχει συμβληθεί απευθείας με εμπορική σύμβαση μεταφοράς (*In the event the freight forwarder is unable to make suitable arrangements for shipment of classified materiel being procured under a direct commercial contract, the freight forwarder should notify the foreign customer to make appropriate arrangements for Defense Transportation System (DTS) shipment under an FMS Letter of Offer and Acceptance (LOA).* Συνεπώς, δεν είναι δυνατή η έκδοση του πιστοποιητικού αυτού από τον αντιπρόσωπο (ανταποκριτή) του Αναδόχου στις ΗΠΑ, διότι αυτός δεν μετέχει απευθείας στην σύμβαση του Αναδόχου 3. Επί της από 24-8-2018 προδικαστικής προσφυγής μας (ΓΑΚ 858/27-8-2018) κατά της ..... Διακήρυξης της ....., με τον 2ο λόγο της οποίας προβάλαμε τον ίδιο ως άνω λόγο ακύρωσης με την υπ'αρ. 884/2018 απόφασή της, στην παράγραφο 48, δέχθηκε ότι πράγματι το πιστοποιητικό αυτό δεν εκδίδεται σε πολίτες άλλων χωρών, “ωστόσο, οι αλλοδαποί μπορούν να λάβουν άδεια περιορισμένης πρόσβασης”, και απέρριψε τον λόγο προσφυγής με την αιτιολογία ότι : “ο προσφεύγων δεν αποδεικνύει ότι η οικεία, χορηγούμενη κατά τα ως άνω σε αλλοδαπούς άδεια, δεν καλύπτει τις απαιτήσεις της διακήρυξης”. Όμως, τούτο αποδεικνύεται από τον επίσημο οδηγό “FOREIGN PURCHASER GUIDE TO FREIGHT FORWARDER SELECTION (ΟΔΗΓΟΣ ΑΛΛΟΔΑΠΟΥ ΑΓΟΡΑΣΤΗ ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΠΙΛΟΓΗ

ΜΕΤΑΦΟΡΕΑ ΦΟΡΤΙΟΥ), στην σελίδα 13 του οποίου ορίζεται σαφώς ότι, για να μεταφέρει ο διαμεταφορέας (*freight forwarder*) διαβαθμισμένα υλικά, πρέπει να έχει λάβει από το Υπουργείο Άμυνας των ΗΠΑ μόνον το πιστοποιητικό *Security Clearance*, και όχι οποιοδήποτε άλλο πιστοποιητικό προσωρινό, ενδιάμεσο ή περιορισμένης πρόσβασης (*In order to accept classified materiel for transshipment to the purchasing country, the freight forwarder must obtain a facility security clearance from the Defense Security Service (DSS)*, και στην σελ. 14: *A freight forwarder with a security clearance issued by the Defense Security Service may accept and transship classified materiel to the purchasing country according to the prearranged transportation plan*). 4. Η τελευταία φορά, που έγινε αίτημα στο DSS για να χορηγηθεί σε ανταποκριτή του έλληνα διαμεταφορέα το πιστοποιητικό *Security Clearance*, ήταν το 2009 στην διακλαδική σύμβαση υπ'άρ. 181/2009 για την μεταφορά διαβαθμισμένων υλικών από και προς τις ΗΠΑ με Αναθέτουσα Αρχή την ....., από την Ανάδοχο εταιρία ..... για την ανταποκρίτρια αυτής εταιρία ....., το οποίο αίτημα απερρίφθη το 2012 και η Ανάδοχος κηρύχθηκε έκπτωτη, και ενώ η εταιρία κατείχε το προσωρινό πιστοποιητικό περιορισμένης πρόσβασης (*interim*) και βρισκόταν επί τρία (3) έτη σε διαδικασία αξιολόγησης. Επίσης, το ....., ως αναθέτουσα Αρχή του υπ'άρ. .... διαγωνισμού για μεταφορά διαβαθμισμένων υλικών από και προς τις ΗΠΑ, στην από 11-6-2012 προσκομιζόμενη απάντησή του σε σχετική επιστολή συμμετέχουσας εταιρείας, διευκρίνισε ότι δεν μπορεί να προσδιορισθεί χρονική προθεσμία προσκομίσεως από τον Ανάδοχο του πιστοποιητικού *Security Clearance*, "καθόσον η έκδοση αυτού γίνεται από τις αρχές των Η.Π.Α. και όχι από τις Ελληνικές Αρχές και ως εκ τούτου οι χρόνοι διεκπεραίωσης σχετικής αίτησης δεν εξαρτώνται από εμάς", και στην από 29-5-2012 προσκομιζόμενη απάντησή του σε σχετική επιστολή συμμετέχουσας εταιρείας, διευκρίνισε ότι η ενεργοποίηση της σύμβασης μεταφοράς δεν μπορεί να γίνει πριν την λήψη του ανωτέρω πιστοποιητικού. Για τους λόγους αυτούς ο ανωτέρω όρος καθιστά απαγορευτική την συμμετοχή εταιρείας, που δεν έχει έδρα στις ΗΠΑ, όπως η δική μας, και προσβάλλει την αρχή της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού και πρέπει ως εκ τούτου να ακυρωθεί».

34. Επειδή, όσον αφορά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος σχετικά με τη νομιμότητα του όρου που απαιτεί την προσκόμιση από τον ανάδοχο πιστοποιητικού καταλληλότητας ασφαλούς διαχείρισης και μεταφοράς διαβαθμισμένου φορτίου, επισημαίνεται ότι αυτοί είναι αντιφατικοί, αόριστοι αλλά και αναπόδεικτοι καθώς ο προσφεύγων αφενός μεν επικαλείται παραβίαση της ίσης μεταχείρισης, του ελεύθερου ανταγωνισμού, της διαφάνειας και της αναλογικότητας από τον επίμαχο όρο σε σχέση με τους οικονομικούς φορείς που ενδεχομένως κατέχουν το ως άνω πιστοποιητικό σε σχέση με εκείνους που δεν το κατέχουν ήδη ή δεν θα το εκδώσουν εντός δέκα ημερών και αφετέρου, ισχυρίζεται ότι το πιστοποιητικό αυτό δεν είναι δυνατόν να προσκομιστεί. Ωστόσο τούτος ο ισχυρισμός είναι προδήλως αντιφατικός, καθώς ο ίδιος ο προσφεύγων ακόμα και αν δεν μπορεί να αιτηθεί την λήψη του εν λόγω πιστοποιητικού, αλλά από τους ίδιους ισχυρισμούς του προκύπτει ότι «Το ..... έχει εγγράψει την εταιρεία ..... (www. ....com) με έδρα τις ΗΠΑ, ανταποκρίτρια του Αναδόχου», συνεπώς φαίνεται να είναι δυνατή η έκδοση του πιστοποιητικού σε ανταποκριτή». Συναφώς σε άλλο σημείο της προσφυγής ο ίδιος ο προσφεύγων συνομολογεί ότι είναι δυνατή και έχει λάβει χώρα κατά το παρελθόν η διαδικασία έκδοσης του επίμαχου πιστοποιητικού». Συνεπώς, οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί σχετικά με την δυνατότητα ή μη έκδοσης του πιστοποιητικού ή τυχόν άλλο έγγραφου που εκπληρώνει τους όρους της διακήρυξης, προβάλλονται αντιφατικώς και είναι εξ' αυτού του λόγου απορριπτέοι ως αβάσιμοι.

35. Επειδή, σε αντίθεση με όσα διελήφθησαν στην ακριβώς ως άνω σκέψη κατά την κρίση του Κλιμακίου από την συνολική επισκόπηση του υπό εξέταση φακέλου προκύπτει ότι ο συγκεκριμένος λόγος με τον οποίο προβλέπεται ότι «Ο μεταφορέας είναι υπεύθυνος να έχει, ή εντός δέκα (10) ημερών από την ενεργοποίηση της Συμφωνίας Πλαίσιο να προβεί σε όλες τις απαιτούμενες ενέργειες προκειμένου να παρασχεθεί σε αυτόν (ή στον συνεργάτη/ανταποκριτή του) πιστοποιητικό καταλληλότητας ασφαλούς διαχείρισης και μεταφοράς διαβαθμισμένου υλικού, προσκομίζοντας το στις αναθέτουσες αρχές εκάστοτε επιτελείου. Στην περίπτωση που δεν είναι

εφοδιασμένος με το σχετικό πιστοποιητικό θα πρέπει να προβεί στις απαραίτητες ενέργειες για την έκδοσή του μέσω της Υπηρεσίας Ασφαλείας του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας των Η.Π.Α. (Defense Security Service, DSS)», εστιάζει αποκλειστικώς στην δυνατότητα ή μη έκδοσης του επίμαχου πιστοποιητικού και ουδένα ειδικό λόγο προβάλλει συναρτώμενο με τους χρόνους ολοκλήρωσης των ενεργειών ή και έκδοσης του εν λόγω πιστοποιητικού.

36. Επειδή, με τον 2<sup>ο</sup> λόγο προσφυγής, υποστηρίζεται ότι «Στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ “Ε” της Διακήρυξης, στο άρθρο 18, υπό τον τίτλο “ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ”, προβλέπεται ότι οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς, θα υποβάλουν τα κάτωθι δικαιολογητικά, μεταξύ των οποίων: “α. Πιστοποιητικό AEO (Authorized Economic Operator- Τελωνειακές Απλουστεύσεις/Ασφάλεια και Προστασία) σύμφωνα με τον παγκόσμιο οργανισμό τελωνείων”. Ο ανωτέρω όρος πρέπει να ακυρωθεί για τους εξής λόγους: Ο θεσμός του «εξουσιοδοτημένου οικονομικού φορέα» (Authorised Economic Operator) ετέθη σε εφαρμογή σε όλα τα κράτη μέλη της ΕΕ από την 1η Ιανουαρίου 2008, για την ορθή εφαρμογή της κοινοτικής και εθνικής τελωνειακής νομοθεσίας, ώστε να διασφαλιστεί η κατάλληλη ισορροπία ανάμεσα στους τελωνειακούς ελέγχους και στη διευκόλυνση του θεμιτού εμπορίου, σύμφωνα με τον Κανονισμό (ΕΚ) αρ. 648/2005 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 13<sup>ης</sup> Απριλίου 2005, για τροποποίηση του κανονισμού (ΕΟΚ) αρ. 2913/92 του Συμβουλίου περί θεσπίσεως κοινοτικού τελωνειακού κώδικα (άρθρο 5α) και τον Κανονισμό (ΕΚ) αρ. 1875/2006 της Επιτροπής, της 18ης Δεκεμβρίου 2006, για τροποποίηση του κανονισμού (ΕΟΚ) αριθ. 2454/93 για τον καθορισμό ορισμένων διατάξεων εφαρμογής του κανονισμού (ΕΟΚ) αρ.2913/92 του Συμβουλίου περί θεσπίσεως κοινοτικού τελωνειακού κώδικα (άρθρα 14α έως 14 κδ). Ως «εξουσιοδοτημένος οικονομικός φορέας» θεωρείται ο οικονομικός φορέας, ο οποίος είναι αξιόπιστος σε ολόκληρη την Κοινότητα στο πλαίσιο των τελωνειακών πράξεων που διενεργεί και, ως εκ τούτου δικαιούται, εφόσον πληροί συγκεκριμένα κριτήρια και προϋποθέσεις, να απολαύει ορισμένων ωφελημάτων σε ολόκληρη την Κοινότητα. Υπάρχουν 3 είδη πιστοποιητικών:

Πιστοποιητικό ΑΕΟ–Τελωνειακές απλουστεύσεις, Πιστοποιητικό ΑΕΟ–Ασφάλεια και προστασία, Πιστοποιητικό ΑΕΟ–Τελωνειακές απλουστεύσεις/Ασφάλεια και προστασία. Όμως, η κατοχή των ανωτέρω πιστοποιητικών δεν είναι απαραίτητη για την εκτέλεση του έργου, διότι:

α) για τον εκτελωνισμό των υλικών, τα οποία μεταφέρονται από την Ελλάδα προς τις ΗΠΑ, στο μεν τελωνείο εξαγωγής αρμόδιος είναι ο πιστοποιημένος εκτελωνιστής της Αναθέτουσας Αρχής, όπως αναφέρουμε κατωτέρω στο γ', ο οποίος διασαφηνίζει με τη διαδικασία 22 CFR, στο δε τελωνείο εισαγωγής διασαφηνίζει ο ανταποκριτής του Αναδόχου στις ΗΠΑ, χωρίς να καταβάλλονται φόροι και δασμοί. β) το πιστοποιητικό ΑΕΟ ισχύει μόνον στην Ευρωπαϊκή Ένωση και όχι στις ΗΠΑ, στις οποίες το ισοδύναμο πιστοποιητικό είναι το CUSTOMS BOND (βλ. <https://traderiskguaranty.com/customs-bonds/frequently-asked-questions>) γ) τον εκτελωνισμό των υλικών στην Ελλάδα τον διενεργεί η Αναθέτουσα Αρχή με δικούς της πιστοποιημένους εκτελωνιστές και όχι ο ίδιος ο Ανάδοχος. Τούτο είναι σαφές και από το άρθρο 10 του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ε, το οποίο δεν ορίζει υποχρέωση εκτελωνισμού από τον Ανάδοχο. Επίσης, τούτο προκύπτει και από άλλους διαγωνισμούς μεταφορών υλικών των Ενόπλων Δυνάμεων, όπως ο προσκομιζόμενος διαγωνισμός ....., στον όρο ΓΟ-49 του οποίου ορίζεται ότι “ο εκτελωνισμός διενεργείται με τη φροντίδα της αρμόδιας υπηρεσίας κάθε κλάδου των ΕΔ...”.

δ) σε κάθε περίπτωση τα υλικά, που πρόκειται να μεταφερθούν με τον εξεταζόμενο διαγωνισμό, εξαιρούνται από φόρους και δασμούς, όπως προβλέπεται από το άρθρο 27 του Ν. 2859/2000 “Κύρωση Κώδικα Φόρου Προστιθέμενης Αξίας (ΦΕΚ Α΄ 248/7.11.2000), υπαγόμενα στην περίπτωση: “ζ) η παράδοση αγαθών και η παροχή υπηρεσιών προς άλλο κράτος - μέλος που προορίζονται για τις ένοπλες δυνάμεις οποιουδήποτε από τα κράτη που συμμετέχουν στο Βορειοατλαντικό Σύμφωνο, εκτός από το ίδιο το κράτος-μέλος προορισμού, για τη χρήση των ενόπλων δυνάμεων αυτών ή του πολιτικού προσωπικού που τις συνοδεύει ή για τον εφοδιασμό των λεσχών και των κυλικείων τους, εφόσον οι ένοπλες αυτές δυνάμεις υπηρετούν τον κοινό αμυντικό σκοπό”. Συνεπώς, ο εκτελωνισμός των υλικών του προκείμενου διαγωνισμού είναι απλός και τυπικός, χωρίς πολύπλοκες διαδικασίες. ε) στην

εγκύκλιο του Υπουργείου Οικονομικών με αρ.πρωτ.: Τ3384/244/Α0019/21.7.2003 «Οδηγίες για την εφαρμογή του Υποσυστήματος Εισαγωγών –Εξαγωγών του Ολοκληρωμένου Πληροφορικού Συστήματος Τελωνείων (Ο.Π.Σ.Τ.)” σε κανένα σημείο δεν προβλέπεται η κατοχή του πιστοποιητικού ΑΕΟ για την πιστοποίηση της φερεγγυότητας του οικονομικού φορέα. στ) το γεγονός ότι το πιστοποιητικό δεν είναι απαραίτητο για την εκτέλεση των μεταφορών των υλικών των Ε.Δ. στην Ελλάδα, διότι ο Ανάδοχος δεν κάνει τον εκτελωνισμό των υλικών στα ελληνικά τελωνεία, αποδεικνύεται και από το γεγονός ότι η προηγούμενη Διακήρυξη του ..... υπ’αρ. .... δεν απαιτούσε την κατοχή τέτοιου πιστοποιητικού, και η Διακήρυξη της ..... υπ’ αρ. ....την περιλάμβανε ως επιθυμητό και όχι ως υποχρεωτικό όρο (βλ. Μέρος 1, άρθρο1, παρ.2 σελ.57), παρότι το αντικείμενο των ανωτέρω διαγωνισμών ήταν ακριβώς ίδιο με τον παρόντα. Να σημειωθεί ότι στον παρόντα διαγωνισμό ένα μεγάλο μέρος του έργου, προϋπολογισμένης αξίας 240.000 €, αφορά τη μεταφορά υλικών της ..... ζ) Εάν με την θέση του ανωτέρω όρου σκοπός της Αναθέτουσας Αρχής είναι η απόδειξη της φερεγγυότητας του Αναδόχου, παρά τον νόμο ζητεί την κατοχήν του ανωτέρω πιστοποιητικού, δεδομένου ότι ο ν. 3978/2011 (ΠΡΟΜΗΘΕΙΕΣ-ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΙ-ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΕΞΟΠΛΙΣΜΩΝ) στο άρθρο 59 ορίζει τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα της οικονομικής και χρηματοπιστωτικής επάρκειας των συμμετεχόντων στους διαγωνισμούς, στα οποία δεν περιλαμβάνεται το πιστοποιητικό ΑΕΟ: “1. Η οικονομική και χρηματοπιστωτική επάρκεια του οικονομικού φορέα μπορεί, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα δικαιολογητικά: α) κατάλληλες τραπεζικές βεβαιώσεις ή, ενδεχομένως, πιστοποιητικό ασφαλιστικής κάλυψης επαγγελματικών κινδύνων, β) ισολογισμούς ή αποσπάσματα ισολογισμών, στην περίπτωση που η δημοσίευση των ισολογισμών απαιτείται από τη νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας, γ) δήλωση περί του ολικού ύψους του κύκλου εργασιών και, ενδεχομένως, περί του κύκλου εργασιών του τομέα δραστηριοτήτων που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης για τα τρία το πολύ τελευταία διαθέσιμα οικονομικά έτη, ανάλογα με την ημερομηνία ίδρυσης ή έναρξης των δραστηριοτήτων του

οικονομικού φορέα, στο μέτρο που οι πληροφορίες σχετικά με τους εν λόγω κύκλους εργασιών είναι διαθέσιμες.....5. Αν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που ζητεί η αναθέτουσα αρχή, μπορεί να αποδείξει την οικονομική και χρηματοπιστωτική ικανότητά του με οποιοδήποτε άλλο έγγραφο το οποίο η αναθέτουσα αρχή κρίνει κατάλληλο.». Συνεπώς η κατοχή των πιστοποιητικών ΑΕΟ είναι εντελώς περιττή και άσχετη με την φερεγγυότητα του Αναδόχου να εκτελέσει προσηκόντως το έργο της μεταφοράς, δεν είναι αναγκαία για τον επιδιωκόμενο σκοπό, θέτει αδικαιολόγητα εμπόδια στη συμμετοχή στον διαγωνισμό των φορέων, οι οποίοι δεν κατέχουν ήδη ή δεν θα προφθάσουν να εκδώσουν το ανωτέρω πιστοποιητικό εντός της προθεσμίας των δύο μηνών, όπως η δική μας εταιρεία, είναι ιδιαίτερα περιοριστικός και αντίθετος με τις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της αναλογικότητας, έχει δε τεθεί από την Αναθέτουσα Αρχή καθ' υπέρβαση της διακριτικής της ευχέρειας και εκτός των άκρων νομίμων ορίων αυτής, ευνοεί δε προφανώς όσους φορείς τυχόν κατέχουν το ανωτέρω πιστοποιητικό, όπως τον Ανάδοχο της ήδη εκτελούμενης υπ' αρ. 1/16 σύμβασης μεταφοράς υλικών του ....., η οποία είχε προσκομίσει το πιστοποιητικό αυτό κατά τον διαγωνισμό ....., παρότι τούτο δεν απαιτείτο».

37. Επειδή, ο συγκεκριμένος λόγος προσφυγής κρίνεται ως νόμω και ουσία αβάσιμος. Και τούτο διότι, όπως βασίμως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή, «η ως άνω προσβαλλόμενη απαίτηση αποσκοπεί στην εξασφάλιση των απαραίτητων τελωνειακών διευκολύνσεων και την απόδειξη της φερεγγυότητας του Αναδόχου, δεδομένου ότι τα κριτήρια χορήγησης ανωτέρω πιστοποιητικών μεταξύ άλλων είναι η χρηματοπιστωτική φερεγγυότητα, το κατάλληλο ιστορικό τελωνειακής συμμόρφωσης, κατάλληλες προδιαγραφές ασφαλείας και προστασίας. Τα ανωτέρω αφενός διευκολύνουν και επιταχύνουν τις διαδικασίες που απαιτούνται για την διεκπεραίωση της μεταφοράς και την παράδοση του φορτίου, αφετέρου εξασφαλίζουν την απαραίτητη ασφάλεια για την μεταφορά του συμβατικού αντικειμένου. Συναφώς, λόγω της από 4 Μαΐου 2012 συναφθείσας συμφωνίας μεταξύ

*Ευρώπης–ΗΠΑ περί αμοιβαίας αναγνώρισης εν λόγω πιστοποιητικού. Η Υπηρεσία βασίμως κρίνει σκόπιμο να ζητήσει την προσκόμιση της εν λόγω πιστοποίησης, προκειμένου εξασφαλίσει τη συμμετοχή κατάλληλα αναγνωρισμένων οικονομικών φορέων σε σχετικές δραστηριότητες αντικειμένου παρόντος διαγωνισμού, δεδομένου του γεγονότος ότι αυτό αφορά στην κάλυψη του μεγαλύτερου ποσοστού μεταφορών υλικών και εφοδίων των Ενόπλων Δυνάμεων από τις ΗΠΑ στην Ελλάδα και αντίστροφα για τα επόμενα τρία έτη, η υλοποίηση των οποίων απαιτείται να πραγματοποιηθεί απρόσκοπτα και αδιάλειπτα προς εξασφάλιση της κατάλληλης επιχειρησιακής ετοιμότητας των συστημάτων που αφορούν εν λόγω υλικά». Εξάλλου σύμφωνα με το άρθρο 10 του Παραρτήματος Ε της σχετικής διακήρυξης προκύπτει Ότι « α. Ο μεταφορέας διασαφηνίζει όλα τα φορτία μέσω του τελωνείου, εκδίδει τις φορτωτικές και εκτελεί όλες τις αναγκαίες και απαραίτητες διατυπώσεις στις οποίες συμπεριλαμβάνονται προξενικά δικαιολογητικά, βεβαιώσεις προελεύσεως κ.τ.λ και διαβιβάζει τα αναγκαία στοιχεία στον παραλήπτη του υλικού ή τον Ακόλουθο όπως απαιτείται κατά περίπτωση. β. Ο μεταφορέας εκδίδει τα δικαιολογητικά και έγγραφα που απαιτούνται και είναι απαραίτητα για την εξαγωγή – εισαγωγή – επανεξαγωγή (DSP-94,DSP-61,DSP- 85,DSP-5 κ.λ.π) των εφοδίων – υλικών, συμμόρφωση του με τις αναγκαίες τελωνειακές διατυπώσεις και τους κανονισμούς ΗΠΑ, Ελλάδος και όποιας χώρας σε λιμάνι της οποίας φορτώνονται ή εκφορτώνονται υλικά του .....». Κατά πάγια νομολογία και ως εκτέθηκε ανωτέρω, η θέσπιση, με τη διακήρυξη, των όρων που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορους ή αναγκαίους για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων. Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή αιτιολογεί επαρκώς τους σχετικούς τιθέμενους όρους τους οποίους θέσπισε κατά την διακριτική ευχέρεια που έχει προς τούτο, χωρίς ουδόλως να προκύπτει ότι υπερέβει τα άκρα όρια αυτή.*

Επομένως, η σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό, καθώς το αντικείμενο της προκηρυχθείσας σύμβασης συνάδει πλήρως με την αναγκαιότητα απαίτησης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, του εν λόγω πιστοποιητικού. Συνεπώς ο εν λόγω λόγος προσφυγής παρίσταται απορριπτέος ως αβάσιμος.

38. Επειδή, με τον 3<sup>ο</sup> λόγο προσφυγής, προβάλλεται, ότι «Στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ “Ε” της Διακήρυξης, στο άρθρο 17, υπό τον τίτλο “ΕΙΔΙΚΕΣ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΜΕΤΑΦΟΡΕΑ”, προβλέπεται ότι: “δ.Ο μεταφορέας υποχρεούται, προκειμένου να αποκλείεται κάθε περίπτωση βλάβης των Εθνικών συμφερόντων της Ελλάδας όταν μεταφέρει διαβαθμισμένα φορτία, να έχει, ή εντός δέκα (10) ημερών από την υπογραφή της συμφωνίας πλαίσιο να προβεί σε όλες τις απαιτούμενες ενέργειες προκειμένου να του παρασχεθεί, πιστοποιητικό βιομηχανικής ασφάλειας για την αδιάλειπτη διακίνηση των φορτίων παραγράφου 1α από τις Η.Π.Α προς την Ελλάδα, σύμφωνα με τον εθνικό κανονισμό βιομηχανικής ασφάλειας (ΕΚΒΑ) όπως αυτός κυρώθηκε από το ΓΕΕΘΑ και δημοσιεύθηκε στην εφημερίδα της κυβερνήσεως με την υπ’ αριθμόν Φ.120/1/136775/Σ.486 από 16 Μαρτίου 2005 απόφαση (τεύχος δεύτερο, αρ. φύλλου 336). Ανωτέρω διαδικασία να έχει ολοκληρωθεί εντός δύο (2) μηνών και η μη απόκτηση αποτελεί λόγο προκειμένου ο μεταφορέας κηρυχθεί έκπτωτος”. Ο όρος αυτός πρέπει να ακυρωθεί για τον εξής λόγο: Σύμφωνα με την Υ.Α. Φ.120/1/136775 Σ. 486 (ΦΕΚ Β 336/2005 Κύρωση από το Γενικό Επιτελείο Εθνικής Άμυνας του Κανονισμού Βιομηχανικής Ασφάλειας): “2. Αντικείμενο του κανονισμού είναι η καθιέρωση μέτρων για την προστασία του εθνικού διαβαθμισμένου υλικού από τις βιομηχανικές και άλλες επιχειρήσεις και τα Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου (ΝΠΔΔ).” και έχει ισχύ εντός της ελληνική Επικράτειας. Όμως, σύμφωνα με το άρθρο 1 του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ “Ε” της Διακήρυξης το αντικείμενο του έργου είναι: “α. Η μεταφορά των υλικών από στρατιωτικές και εμπορικές πηγές των ΗΠΑ στην Ελλάδα και υλικών των Γ.Ε από την Ελλάδα στις στρατιωτικές αποθήκες και εμπορικούς Οίκους των ΗΠΑ”, συνεπώς σε αυτό δεν περιλαμβάνεται η αποθήκευση ή διαχείριση των υλικών από τον Ανάδοχο στην ελληνική

Επικράτεια, ούτε η οδική μεταφορά τους εντός της Ελλάδας, παρά μόνον η μεταφορά τους και η φόρτωση-εκφόρτωση στα λιμάνια, τα οποία αναφέρονται στον όρο 2 του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ “Ε”. Αλλωστε, στους πίνακες τιμών της Διακήρυξης δεν περιλαμβάνονται τιμές για αποθήκευση και οδική μεταφορά των υλικών εντός της Ελλάδας. Μετά την εκφόρτωση των υλικών στα ελληνικά λιμάνια, αυτά θα παραληφθούν απευθείας και με ίδια μέσα από την Αναθέτουσα Αρχή, χωρίς να αποθηκευτούν σε χώρους του Αναδόχου, καθόσον τούτο δεν προβλέπεται από την Διακήρυξη. Εάν για οποιοδήποτε λόγο η Αναθέτουσα Αρχή δεν παραλάβει αμέσως τα υλικά, και χρειαστεί να παραμείνουν αυτά στο λιμάνι για κάποιο πολύ μικρό διάστημα, τα υλικά θα αποθηκευτούν σε χώρους του λιμανιού και όχι του Αναδόχου, για τους οποίους χώρους του λιμανιού, όμως, το πιστοποιητικό βιομηχανικής ασφάλειας του Αναδόχου δεν έχει καμία ισχύ. Το ανωτέρω δε πιστοποιητικό, το οποίο εκδίδεται από το ΓΕΕΘΑ, δεν έχει καμία ισχύ στην Επικράτεια των ΗΠΑ, όπου ευρίσκονται αποθηκευμένα και απ' όπου θα φορτωθούν τα υλικά του διαγωνισμού. Το δε ΓΕΕΘΑ δεν θα εκδώσει το ανωτέρω πιστοποιητικό, διότι το αντικείμενο της σύμβασης δεν δικαιολογεί την έκδοσή του. Συνεπώς, η κατοχή “πιστοποιητικού βιομηχανικής ασφάλειας”, το οποίο εκδίδεται μόνον για την διαχείριση και ειδικά για την αποθήκευση διαβαθμισμένου υλικού στην Ελλάδα, δεν είναι απαραίτητη για την εκτέλεση της σύμβασης, δεν είναι αναγκαία για τον επιδιωκόμενο σκοπό, θέτει αδικαιολόγητα εμπόδια στη συμμετοχή στον διαγωνισμό των φορέων, οι οποίοι δεν κατέχουν ήδη ή δεν θα μπορέσουν εκδώσουν το ανωτέρω πιστοποιητικό εντός της προθεσμίας των δύο μηνών, όπως η δική μας εταιρεία, είναι ιδιαίτερα περιοριστικός και αντίθετος με τις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της αναλογικότητας, και αντιβαίνει στα άρθρα 18 και 54 του ν. 4412/2016, έχει δε τεθεί από την Αναθέτουσα Αρχή καθ' υπέρβαση της διακριτικής της ευχέρειας και εκτός των άκρων νομίμων ορίων αυτής, ευνοεί δε προφανώς όσους φορείς τυχόν κατέχουν ήδη το ανωτέρω πιστοποιητικό, όπως τον Ανάδοχο της ήδη εκτελούμενης υπ' αρ. 1/16 σύμβασης μεταφοράς υλικών του ....., ο οποίος έχει δηλώσει στον ανωτέρω διαγωνισμό ότι το κατέχει. Προς επίρρωση του ισχυρισμού μας ότι δεν είναι απαραίτητη η

έκδοση του ανωτέρω πιστοποιητικού για το συγκεκριμένο έργο, προσκομίζουμε την υπ'αρ. .... προηγούμενη Διακήρυξη της ίδιας Αναθέτουσας Αρχής για την εκτέλεση του ίδιου έργου, στην οποία δεν υπήρχε η ανωτέρω απαίτηση».

39. Επειδή, ως προς τον συγκεκριμένο λόγο προσφυγής κρίνονται τα κάτωθι. Αβασίμως προβάλλεται από τον προσφεύγοντα ότι «Το ανωτέρω δε πιστοποιητικό, το οποίο εκδίδεται από το ΓΕΕΘΑ, δεν έχει καμία ισχύ στην Επικράτεια των ΗΠΑ, όπου ευρίσκονται αποθηκευμένα και απ' όπου θα φορτωθούν τα υλικά του διαγωνισμού. Το δε ΓΕΕΘΑ δεν θα εκδώσει το ανωτέρω πιστοποιητικό, διότι το αντικείμενο της σύμβασης δεν δικαιολογεί την έκδοσή του. Και τούτο διότι από κανένα σημείο της σχετικής Φ.120/1/136775 Σ. 486 (ΦΕΚ Β 336/2005 Κύρωση από το Γενικό Επιτελείο Εθνικής Άμυνας του Κανονισμού Βιομηχανικής Ασφάλειας), δεν προκύπτει αλλά ούτε και ο προσφεύγων αποδεικνύει ότι το συγκεκριμένο πιστοποιητικό χορηγείται μόνο για δραστηριότητες εν γένει εντός της Ελληνικής Επικράτειας. Συναφώς επί της ουσίας όπως ορθά σημειώνει η αναθέτουσα αρχή δια των απόψεων της προκύπτει ότι η εν λόγω απαίτηση απορρέει επίσης από το γεγονός ότι μέρος του συμβατικού αντικειμένου θα είναι και η μεταφορά διαβαθμισμένου υλικού, και ζητείται προκειμένου να εξασφαλίζεται η εφαρμογή των βασικών αρχών και ελάχιστων απαιτήσεων ασφαλείας κατά την υλοποίηση του μεταφορικού έργου εν των λόγω υλικών. Συνεκδοχικά ο προσφεύγων δεν συνδέει κατά τρόπο σαφή και ορισμένο την αδυναμία εκ μέρους της έκδοσης του εν λόγω πιστοποιητικού με τους οριζόμενους στην διακήρυξη χρόνους. Συνεπώς ο συγκεκριμένος λόγος προσφυγής απορρίπτεται ως νόμω και ουσία αβάσιμος.

40. Επειδή, με τον 4<sup>ο</sup> λόγο προσφυγής, σημειώνεται ότι «Στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ “Ε” της Διακήρυξης, στο άρθρο 17, υπό τον τίτλο “ΕΙΔΙΚΕΣ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΜΕΤΑΦΟΡΕΑ”, προβλέπεται ότι: “γ. Ο μεταφορέας υποχρεούται: (1) Να διαθέτει σε Ν. Υόρκη κατάλληλους αποθηκευτικούς χώρους και μέσα φορτοεκφορτώσεως για την ασφαλή διαφύλαξη και διακίνηση των εφοδίων – υλικών, μέχρι την ημερομηνία φορτώσεώς τους στα πλοία, για την μεταφορά τους στην Ελλάδα, για την απόδειξη του οποίου

οφείλει να προσκομίσει αποδεικτικά έγγραφα κατάλληλα επικυρωμένα (πχ μισθωτήρια) και να μεριμνήσει για την έκδοση από τις αρχές των Η.Π.Α. (Defense Industrial Security Clearance Office) πιστοποίησης για τους εν λόγω αποθηκευτικούς του χώρους, προσκομίζοντάς τις μέχρι την υπογραφή της Σ.Π.". Επίσης, στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ "Ε" της Διακήρυξης, στο άρθρο 18, υπό τον τίτλο "ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ", προβλέπεται ότι οι οικονομικοί φορείς πρέπει να προσκομίσουν: "β. Αποδεικτικά έγγραφα κατάλληλα επικυρωμένα (πχ μισθωτήρια) ότι διαθέτει σε Ν. Υόρκη κατάλληλους αποθηκευτικούς χώρους και μέσα φορτοεκφορτώσεως για την ασφαλή διαφύλαξη και διακίνηση των εφοδίων – υλικών, μέχρι την ημερομηνία φορτώσεώς τους στα πλοία, για την μεταφορά τους στην Ελλάδα". Οι ανωτέρω όροι πρέπει να ακυρωθούν ή να συμπληρωθούν με την υποχρέωση διάθεσης χώρων αποθήκευσης σε οποιοδήποτε από τα αναφερόμενα λιμάνια, διότι: 1. Στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ "Ε" της Διακήρυξης, στο άρθρο 2, υπό τον τίτλο "ΤΟΠΟΙ ΦΟΡΤΩΣΗΣ/ΕΚΦΟΡΤΩΣΗΣ", προβλέπεται ότι: "α. Λιμάνια φορτοεκφόρτωσης στις ΗΠΑ ορίζονται: (i) Τα κύρια λιμάνια Βορείου Ατλαντικού (Νέα Υόρκη, PORT ELIZABETH (N.Y.) NORFOLK, Βαλτιμόρη). (ii) Κύρια λιμάνια Νοτίου Ατλαντικού (CHARLESTON S.C. και SUNNY POINT). (iii) Κύρια λιμάνια Κόλπου του Μεξικού (Νέα Ορλεάνη, HOUSTON, GALVESTON). β. Η επιλογή των λιμένων φόρτωσης - εκφόρτωσης θα γίνεται από τον μεταφορέα ώστε από την μεταφορά να επιτυγχάνεται το μικρότερο συνολικό κόστος μεταφοράς (χερσαίας και θαλάσσιας)". Εφόσον, λοιπόν, τα λιμάνια φορτοεκφόρτωσης στις ΗΠΑ είναι εννέα (9) και ο Ανάδοχος έχει την δυνατότητα επιλογής λιμανιού, ώστε να επιτύχει το μικρότερο κόστος, είναι εντελώς παράλογο και αντιφατικό με προηγούμενο όρο της ίδιας Διακήρυξης να υποχρεούται να έχει αποθηκευτικούς χώρους μόνον σε ένα από τα εννέα λιμάνια, αυτό της Νέας Υόρκης, αν και δύναται να επιλέξει οποιοδήποτε από τα άλλα οκτώ λιμάνια για να εκτελέσει την μεταφορά! Συνεπώς, οι ανωτέρω όροι των όρων 17γ και 18β του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ε της Διακήρυξης ευρίσκονται σε αντίθεση με την περιγραφή του συμβατικού έργου, δεν είναι αναγκαίοι για τον επιδιωκόμενο σκοπό, αντίθετα θέτουν αδικαιολόγητα εμπόδια για την εκτέλεση του έργου. Εμποδίζουν αδικαιολόγητα τη συμμετοχή στον διαγωνισμό των φορέων, όπως

της δικής μας εταιρείας, οι οποίοι δεν κατέχουν ήδη ή δεν προτίθενται να αποκτήσουν αποθηκευτικούς χώρους και μέσα φορτοεκφόρτωσης στο λιμάνι της Ν.Υόρκης, και προτίθενται να χρησιμοποιήσουν για την εκτέλεση του έργου, όπως έχουν δικαίωμα, άλλο λιμάνι των ΗΠΑ, από τα προβλεπόμενα στην Διακήρυξη. Είναι, συνεπώς, ιδιαίτερα περιοριστικοί και αντίθετοι με τις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της αναλογικότητας, έχουν δε τεθεί από την Αναθέτουσα Αρχή καθ' υπέρβαση της διακριτικής της ευχέρειας και εκτός των άκρων νομίμων ορίων αυτής, ευνοούν δε προφανώς όσους φορείς τυχόν κατέχουν ήδη την ανωτέρω προϋπόθεση, όπως τον Ανάδοχο της ήδη εκτελούμενης υπ'αρ. .... σύμβασης μεταφοράς υλικών του ....., η ανταποκρίτρια του οποίου εταιρεία ..... (www. ....com) έχει έδρα και, συνεπώς, αποθηκευτικούς χώρους και μέσα φορτοεκφόρτωσης στην Νέα Υόρκη. 2. Επίσης, η Διακήρυξη στους ανωτέρω όρους παραλείπει να περιλάβει την δυνατότητα να διαθέτουν τους αποθηκευτικούς χώρους και τα μέσα φορτοεκφόρτωσης στα αναφερθέντα λιμάνια των ΗΠΑ όχι μόνον οι ίδιοι οι οικονομικοί φορείς, αλλά και οι ανταποκριτές τους στις ΗΠΑ, δεδομένου ότι με τον τρόπο αυτό επιτυγχάνεται η καλύτερη και οικονομικότερη εκτέλεση του έργου, η κατάρτιση οικονομικότερης προσφοράς και είναι απολύτως συμβατή με τους λοιπούς όρους της Διακήρυξης, όπως τον ανωτέρω όρο, ο οποίος αρκείται στην κατοχή του Πιστοποιητικού SECURITY CLEARANCE από τους ανταποκριτές. Για τους λόγους αυτούς, οι ανωτέρω όροι υπ'αρ. 17γ, υπό τον τίτλο "ΕΙΔΙΚΕΣ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΜΕΤΑΦΟΡΕΑ" και υπ' αρ. 18β, υπό τον τίτλο "ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ" του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ "Ε" της Διακήρυξης, πρέπει να ακυρωθούν, κατά το μέρος, που απαιτούν την διάθεση αποθηκευτικών χώρων και μέσων φορτοεκφόρτωσης μόνον στο λιμάνι της Νέας Υόρκης, και να ακυρωθεί η παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής να περιλάβει στους ίδιους ως άνω όρους την υποχρέωση των οικονομικών φορέων ή των ανταποκριτών τους στις ΗΠΑ να διαθέτουν αποθηκευτικούς χώρους και μέσα φορτοεκφόρτωσης σε ένα τουλάχιστον από τα εννέα (9) λιμάνια των ΗΠΑ, που αναφέρονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ "Ε" της Διακήρυξης, στο άρθρο 2, υπό τον τίτλο "ΤΟΠΟΙ

ΦΟΡΤΩΣΗΣ/ΕΚΦΟΡΤΩΣΗΣ”, και να προσκομίσουν τα σχετικά αποδεικτικά έγγραφα περί αυτού».

41. Επειδή, ως προς τον συγκεκριμένο λόγο προσφυγής το Κλιμάκιο κρίνει ότι παρίσταται νόμω και ουσία βάσιμος και ως εκ τούτου πρέπει να γίνει δεκτός. Και τούτο, διότι από κανένα στοιχείο του φακέλου των τευχών της διακήρυξης, των παραρτημάτων αυτής, καθώς και των απόψεων της αναθέτουσας, δεν απεδείχθη ότι η επιλογή του λιμανιού της Νέας Υόρκης κείται εκτός των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής προς καθορισμό των προδιαγραφών της διακήρυξης. Απορρίπτεται δε ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι «Γνωρίζεται ότι εν λόγω απαίτηση απορρέει από το γεγονός ότι στατιστικά το μεγαλύτερο ποσοστό των μεταφορών υλικών επ’ ωφελείας των Ε.Δ., βάση της μέχρι τώρα κτηθείσας εμπειρίας από προγενέστερες συμβάσεις του ....., πραγματοποιούνται στη Ζώνη της Ανατολικής Αμερικής, γεγονός που αποτέλεσε και το λόγο του υψηλού συντελεστή βαρύτητας (0,6 έναντι 0,4 που αποτελεί το άθροισμα των άλλων ζωνών) που ορίστηκε στον τύπο της προσφερόμενης τιμής χερσαίων μεταφορών εν λόγω ζώνης, ως προσθήκη «I» του παραρτήματος «Γ» της διακήρυξης ως γνωστόν, το λιμάνι της Νέας Υόρκης αποτελεί ένα από τα σημαντικότερα λιμάνια του κόσμου και το μεγαλύτερο της Ανατολικής Ακτής των ΗΠΑ τόσο σε μέγεθος, όσο και σε συχνότητα και πυκνότητα δρομολογίων». Και τούτο διότι δεν συνδέεται ουσιαστικά με κάποιο σημαντικό στοιχείο της εκτέλεσης του έργου, πχ χρόνο, κόστος, κίνδυνο κα. Αντίθετα, όπως βασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων, «εφόσον, τα λιμάνια φορτοεκφόρτωσης στις ΗΠΑ είναι εννέα (9) και ο Ανάδοχος έχει την δυνατότητα επιλογής λιμανιού, ώστε να επιτύχει το μικρότερο κόστος, είναι εντελώς παράλογο και αντιφατικό με προηγούμενο όρο της ίδιας Διακήρυξης να υποχρεούται να έχει αποθηκευτικούς χώρους μόνον σε ένα από τα εννέα λιμάνια, αυτό της Νέας Υόρκης, αν και δύναται να επιλέξει οποιοδήποτε από τα άλλα οκτώ λιμάνια για να εκτελέσει την μεταφορά». Συνεπώς ο συγκεκριμένος λόγος προσφυγής γίνεται δεκτός ως νόμω και ουσία βάσιμος.

42. Επειδή, με τον 5<sup>ο</sup> λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι «Στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ “Ε” της Διακήρυξης, στο άρθρο 14, υπό τον τίτλο “ΑΠΟΖΗΜΙΩΣΕΙΣ” προβλέπεται ότι: “α. Ο μεταφορέας είναι υποχρεωμένος να καταβάλει σε € ή USD στο ..... την αξία των εφοδίων και υλικών που χάθηκαν ή υπέστησαν ζημιά κατά την εκτέλεση της σύμβασης, εφόσον δεν μπορέσει να αποδείξει ότι η απώλεια ή ζημιά δεν το βαρύνει και ιδιαίτερα αν αυτό οφείλεται σε μη τήρηση των συμβατικών υποχρεώσεων του”, χωρίς όμως να διευκρινίζεται εάν τα υλικά θα είναι ασφαλισμένα από την Αναθέτουσα Αρχή ή εάν ο Ανάδοχος οφείλει να τα ασφαλίσει και ποιά είναι η αξία των υλικών, βάσει της οποίας θα καθορισθεί το ασφάλιστρο. Επειδή τα ανωτέρω στοιχεία επηρεάζουν το κόστος της εκτέλεσης του έργου και, συνεπώς, επηρεάζει το ύψος της οικονομικής προσφοράς των συμμετεχόντων, η παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής να προσδιορίσει ειδικότερα τα ανωτέρω, καθιστά προβληματική και επισφαλής την υποβολή από τους συμμετέχοντες στον διαγωνισμό οικονομικής προσφοράς, με αποτέλεσμα την απαγόρευση της δυνατότητας συμμετοχής και της εταιρείας μας και την παρεμπόδιση του ελεύθερου ανταγωνισμού. Πρέπει, συνεπώς, να ακυρωθεί η παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής να προσδιορίσει στο άρθρο 14 του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ “Ε” της Διακήρυξης εάν τα υλικά θα είναι ασφαλισμένα από την Αναθέτουσα Αρχή ή εάν ο Ανάδοχος οφείλει να τα ασφαλίσει και ποιά είναι η αξία των υλικών».

43. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή νομίμως και κατά τρόπο πλήρη και εμπειριστατωμένο στις απόψεις της αντικρούει επαρκώς τον συγκεκριμένο λόγο σημειώνοντας ότι «έχει ήδη ορισθεί από την παράγραφο 19 του παραρτήματος «Γ» της διακήρυξης ότι «Τυχόν απαίτηση της Υπηρεσίας για ασφάλιση των υπό μεταφερόμενων υλικών θα ενσωματώνεται στην παρούσα. Το κόστος Ασφάλισης των Υλικών θα καθορίζεται από τον υποψήφιο οικονομικό φορέα κατά την υποβολή της οικονομικής προσφοράς του, και δεν θα δύναται να υπερβαίνει το 0,15% επί του 110% της αξίας των υλικών που δηλώνεται σαν καινούρια η μεταχειρισμένα (ρήτρα «C»)).». Συναφώς στην παράγραφο 5 της προσθήκης «I» του παραρτήματος «Γ» της διακήρυξης ορίζεται ότι κατά την υποβολή της οικονομικής προσφοράς θα καθορίζεται και το κόστος ασφάλισης των υλικών (σε ποσοστό επί του 110% της αξίας των

εκάστοτε υλικών ως εμφαίνεται από τον ανωτέρω όρο), ενώ θα υποβληθεί και το σχετικό ασφαλιστήριο συμβόλαιο μέχρι την υπογραφή της Συμφωνίας Πλαίσιο. Δεδομένου ότι ο διαγωνισμός αποσκοπεί στην σύναψη τριετής Συμφωνίας Πλαίσιο για την μεταφορά των υλικών και εφοδίων από ΗΠΑ – Ελλάδα και αντίστροφα που θα απαιτηθεί κατά το εν λόγω χρονικό διάστημα, δεν είναι δυνατό να ορισθεί από τα τεύχη της διακήρυξης ούτε η αξία των υλικών που θα μεταφερθούν, ούτε βέβαια και η απαίτηση της Υπηρεσίας για ασφάλιση (με μέριμνα του μεταφορέα ως αναφέρθηκε ανωτέρω) του συνόλου των υπό μεταφορά ειδών. Εν λόγω στοιχεία θα καθορίζονται κατά τη σύναψη των εκτελεστικών συμβάσεων και ειδικότερα στις εντολές ανάθεσης της εκάστοτε μεταφοράς». Συνεπώς, ο εν λόγω προσφυγής απορρίπτεται ως ουσία αβάσιμος, καθώς από το κείμενο της διακήρυξης και τα παραρτήματα αυτής, προκύπτει με σαφήνεια και δίχως αμφισημία, ότι ουδεμία παράλειψη υφίσταται εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής να ορίσει ποιος είναι ο υπόχρεος ασφάλισης των μεταφερόμενων αγαθών, εφόσον προκύπτει σαφώς ότι η συγκεκριμένη υποχρέωση θα βαρύνει τον ανάδοχο.

44. Επειδή, περαιτέρω, ενόψει, προεχόντως της αυτοτέλειας κάθε διαγωνισμού (ΣτΕ ΕΑ 200, 72/2015, 269/2014, 416, 215-216/2013 κ.ά.), πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος κάθε προβαλλόμενος από τον προσφεύγοντα ισχυρισμός, ο οποίος αφορά στην συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής (κείμενα διακήρυξης κλπ) σε έτερες διαγωνιστικές διαδικασίες.

45. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή.

46. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο που κατέθεσε ποσού τεσσάρων χιλιάδων εννιακοσίων πενήντα (4.950) ευρώ (άρθρο 363 Ν. 4412/2016, 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

**Αριθμός απόφασης: 1135/2018**

Ακυρώνει τους όρους του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ε' άρθρο 17 παρ. γ και άρθρο 18 παρ. β της με αρ. .... Διακήρυξης.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού τεσσάρων χιλιάδων εννιακοσίων πενήντα (4.950) ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 6 Δεκεμβρίου 2018 και εκδόθηκε στις 19 Δεκεμβρίου 2018 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Άννα Χριστοδουλάκου**

**Η Γραμματέας**

**Ειρήνη Τσιμπούκη**