

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 11 Ιανουαρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Άννα Χριστοδουλάκου, Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση και Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 28.12.2018 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1384/31.12.2018 της προσφεύγουσας «.....», που εδρεύει στον, οδός αρ. ..., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του(εφεξής αναθέτουσα αρχή), νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να περιλάβει στην υπ' αριθμ.Διακήρυξη τον όρο και την διαδικασία εγγραφής του αναδόχου στο μητρώο MAPAD, τις ενέργειες, στις οποίες πρέπει να προβεί ο ανάδοχος, ώστε να εγγραφεί στο MAPAD, καθώς επίσης και τις ενέργειες της αναθέτουσας αρχής για την ανάκληση της εγγραφής του προηγούμενου θαλάσσιου μεταφορέα του Π.Ν. στο MAPAD, εφόσον το συμβόλαιό του έχει λήξει ή θα λήξει εντός του χρόνου εγγραφής του νέου μεταφορέα στο MAPAD, και τις ενέργειές της για την εγγραφή του νέου μεταφορέα σε αυτό και να ακυρωθεί η υπ' αρ. Φ. 602.2/13Ε/287191 Σ. 3515/20-12-2018 απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, με την οποία προέβη σε ακύρωση του όρου της παραγρ. (α) της παραγράφου 16 του παραρτήματος «Ε» της Διακήρυξης, επικουρικά, δε, σε περίπτωση κατά την οποία δεν γίνει δεκτό το ανωτέρω αίτημά της, με συνέπεια να μην περιλαμβάνεται στη Διακήρυξη ο όρος περί εγγραφής του μεταφορέα στο MAPAD, αιτείται να ακυρωθεί ο όρος που περιλαμβάνεται στις Τεχνικές

Προδιαγραφές της Διακήρυξης, στο άρθρο 16, υπό τον τίτλο “.....”, περ. β’, ο οποίος προβλέπει την έκδοση από τον ανάδοχο του πιστοποιητικού

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Άννα Χριστοδουλάκου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ’ αριθμ.Διακήρυξη (επαναληπτική της υπ’ αριθμ.) της αναθέτουσας αρχής, προκηρύχθηκε ανοικτό ηλεκτρονικό μειοδοτικό διαγωνισμό για τη σύναψη συμφωνίας-πλαίσιο με αντικείμενο «.....» (CPV 6000000-8), συνολικού προϋπολογισμού 990.000,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή. Η Διακήρυξη απεστάλη προς δημοσίευση στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 28.09.2018 (.....) καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) την 01.10.2018 με Α.Δ.Α.Μ., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός

2. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, δεσμευμένο, όπως προκύπτει από την εκτύπωση της Γ.Γ.Π.Σ. και εξοφληθέν δυνάμει του από 28.12.2018 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας), ύψους 4.950,00 €.

3. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017.

4. Επειδή, η προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1

Αριθμός Απόφασης: 113/2019

του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2018, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους μέσω της λειτουργίας της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. και αναρτήθηκε στην κεντρική σελίδα του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 21.12.2018, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα, όπως άλλωστε και η ίδια δηλώνει και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 28.12.2018, κοινοποιήθηκε, δε, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα στις 29.12.2018.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, δεδομένου ότι στρέφεται κατά ακύρωσης όρου και κατά όρου της Διακήρυξης που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, στη διαδικασία επιλογής του αναδόχου και στους εφαρμοστέους για την ανάδειξή του όρους, ως ενδεχόμενα βλαπτόμενη, εφόσον δραστηριοποιείται στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της επίμαχης παροχής υπηρεσιών, επιθυμεί να συμμετάσχει στη διαγωνιστική διαδικασία με σκοπό την ανάθεση σε αυτήν της εν λόγω σύμβασης και επικαλείται συγκεκριμένους όρους της οικείας διακήρυξης, οι οποίοι παραβιάζουν, κατά τους ισχυρισμούς της, τους οικείους κανόνες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων σε βαθμό που καθιστούν ουσιαδώς δυσχερή τη συμμετοχή της 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 έχει αναλάβει την εκτέλεση μεταφορικών έργων για τηνγια το ίδιο αντικείμενο με αυτό του

διαγωνισμού. Επιθυμεί την συμμετοχή της στον παρόντα διαγωνισμό και προς τον σκοπό αυτό σκοπεύει να υποβάλει προσφορά, αλλά, κατά τους ισχυρισμούς της, εμποδίζεται να συμμετάσχει στο διαγωνισμό, εξαιτίας των προσβαλλόμενων πράξεων και παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής.

7. Επειδή, με το υπ' αριθμ. πρωτ. Φ.602.2/13Ε/280018 Σ.13/07.01.2019 έγγραφό της, που διαβιβάστηκε στην Α.Ε.Π.Π. μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 07.01.2019, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή ανάρτησε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στην κεντρική σελίδα του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., ώστε να λάβει γνώση της άσκησης της κάθε ενδιαφερόμενος, στις 31.12.2018.

9. Επειδή, στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ε, παράγραφος 16 υπό (α) της Διακήρυξης, περιλαμβάνονταν αρχικά όρος σύμφωνα με τον οποίο «α. *Επιπρόσθετα και εφόσον απαιτείται ο μεταφορέας θα πρέπει, μέσα σε τριάντα (30) ημέρες από την υπογραφή της συμφωνίας πλαίσιο να έχει αναλάβει όλες τις ενέργειες αρμοδιότητάς του για να εγγραφεί στο μητρώο των εταιρειών που τηρείται από το Υπουργείο Εθνικής Άμυνας των Η.Π.Α., Military Assistance Program Address Directory (MAPAD) και το οποίο περιέχει τις διευθύνσεις των μεταφορικών εταιρειών (freight forwarders) που αναλαμβάνουν τις μεταφορές φορτίων που προμηθεύονται οι Ελληνικές Ε.Δ. μέσω των διαδικασιών του Foreign Military Sales (FMS) και του Military Assistance Program (MAP)». Κατά, μεταξύ άλλων, του ως άνω όρου της Διακήρυξης, η προσφεύγουσα άσκησε την με Γ.Α.Κ. 1088/2018 προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., προβάλλοντας, αναφορικά με τον ως άνω όρο της Διακήρυξης ότι «στην διακήρυξη δεν περιλαμβάνεται: α) σαφής αναφορά των περιπτώσεων, κατά τις οποίες απαιτείται εγγραφή του Αναδόχου στο MAPAD (Military Assistance Program Address Directory) των Η.Π.Α., β) σαφής αναφορά των ενεργειών, στις οποίες πρέπει να προβεί ο Ανάδοχος εντός της προθεσμίας των 30 ημερών, ώστε να εγγραφεί στο MAPAD, δεδομένου ότι η διαδικασία εγγραφής στο MAPAD γίνεται από την Αναθέτουσα Αρχή και όχι από τον Ανάδοχο, και*

Αριθμός Απόφασης: 113/2019

συγκεκριμένα με μέριμνα του υπευθύνου FMS στην Ελληνική Πρεσβεία και ειδικά για τα υλικά του (.....) στην Ελληνική Πρεσβεία στην Washington, ο οποίος εγγράφει τις εγκαταστάσεις του ανταποκριτή του αναδόχου στις ΗΠΑ. Για τον λόγο αυτό, ο ανωτέρω όρος αντιβαίνει ευθέως στο άρθρο 54 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, κατά τα οποία “Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται [...] υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ...” και με τον τρόπο αυτό μειώνει αδικαιολόγητα τη δυνατότητα συμμετοχής στο διαγωνισμό όσων οικονομικών φορέων επιθυμούν να συμμετάσχουν, μεταξύ των οποίων και εμού, διότι δεν γνωρίζω εκ των προτέρων εάν μπορώ να ικανοποιήσω τις απαιτήσεις της διακήρυξης αναφορικά με την εγγραφή στο MAPAD, και, επομένως, παραβιάζει την αρχή της ίσης μεταχείρισης καθώς κι εκείνη του ελεύθερου ανταγωνισμού. Πρέπει, συνεπώς, να ακυρωθεί η παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής να συμπεριλάβει στην διακήρυξη τις περιπτώσεις, κατά τις οποίες απαιτείται εγγραφή του Αναδόχου στο MAPAD (Military Assistance Program Address Directory) των Η.Π.Α., και τις ενέργειες, στις οποίες πρέπει να προβεί ο Ανάδοχος εντός της προθεσμίας των 30 ημερών, ώστε να εγγράφει στο MAPAD, και, συνακόλουθα, να συμπληρωθεί ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης περιλαμβάνοντας: α) τις περιπτώσεις, κατά τις οποίες απαιτείται εγγραφή του Αναδόχου στο MAPAD (Military Assistance Program Address Directory) των Η.Π.Α., και β) τις ενέργειες, στις οποίες πρέπει να προβεί ο Ανάδοχος εντός της προθεσμίας των 30 ημερών, ώστε να εγγράφει στο MAPAD». Επί της ως άνω προδικαστικής προσφυγής της προσφεύγουσας εκδόθηκε η υπ’ αριθμ. 11.....Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., με την οποία, ως προς τον ως άνω όρο κρίθηκε (σκ. 43) ότι «Επειδή σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης μπορεί μεν η εγγραφή στο MAPAD να λαμβάνει χώρα μετά τη σύναψη της σύμβασης, όπως βασίμως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή, ωστόσο, οι προσφέροντες θα πρέπει με την προσφορά τους να υποβάλουν υπεύθυνη δήλωση στην οποία θα βεβαιώνουν ότι θα αναλάβουν τις απαιτούμενες ενέργειες των ειδικών υποχρεώσεων που απαιτούνται από την παράγραφο 16 του παραρτήματος «Ε» της εν θέματι Διακήρυξης, μεταξύ των οποίων και της εν

λόγω εγγραφής. Επομένως, ο επίμαχος όρος αφορά στον ακριβή καθορισμό των υποχρεώσεων του αναδόχου που αποτελεί ουσιώδες ελάχιστο περιεχόμενο της Διακήρυξης κατά το άρθρο 53 του Ν.4412/2016 και, συνακόλουθα, βασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων ότι οι συμμετέχοντες θα πρέπει να γνωρίζουν τους όρους και τη διαδικασία εγγραφής στο MAPAD την οποία θα πρέπει να ακολουθήσουν, δοθέντος ότι είναι εκείνοι που θα πρέπει να προβούν σε συγκεκριμένες ενέργειες και όχι η αναθέτουσα αρχή, όπως παραδέχεται η τελευταία με τις απόψεις της. Συνεπώς, ο επίμαχος όρος θα έπρεπε ρητώς να αναφέρει και να περιγράφει αναλυτικά την οικεία διαδικασία ή, τουλάχιστον, να παραπέμπει σε κείμενο όπου αναλύονται οι απαιτούμενες από τον Ανάδοχο ενέργειες για την εγγραφή του στο MAPAD καθόσον δύναται να προκαλέσει σύγχυση στους οικονομικούς φορείς και ιδία στην απόφαση συμμετοχής τους στη διαγωνιστική διαδικασία (βλ. εξ αντιδιαστολής ΑΕΠΠ 884/2018, σκ. 50) και για το λόγο αυτό κρίνεται ακυρωτέος» και ακυρώθηκε ο ως άνω όρος, κατά το ανωτέρω σκεπτικό. Περαιτέρω, στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ε, παράγραφος 16 υπό (β) της Διακήρυξης, περιλαμβάνεται όρος σύμφωνα με τον οποίο «β. Ο μεταφορέας είναι υπεύθυνος 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 καταλληλότητας ασφαλούς διαχείρισης και μεταφοράς διαβαθμισμένου φορτίου, προσκομίζοντας το στο αρμόδιο τμήμα ΚΕΦΝ/ΚΦ1420 (Εκτελωνιστικό τμήμα). 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). Ανωτέρω διαδικασία να έχει ολοκληρωθεί εντός δύο (2) μηνών και η μη απόκτηση αποτελεί λόγο προκειμένου ο μεταφορέας κηρυχθεί έκπτωτος». Με την προαναφερθείσα με Γ.Α.Κ. 1088/2018 προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα προέβαλε ότι «Ο όρος αυτός πρέπει να ακυρωθεί, διότι: α) Το αντικείμενο του διαγωνισμού δεν συμπεριλαμβάνει μεταφορά υλικών ΔΙΑΒΑΘΜΙΣΜΕΝΩΝ. Σε κανένα σημείο της διακήρυξης δεν αναφέρεται ο χαρακτηρισμός “Διαβαθμισμένο” για τα υλικά, τα οποία θα μεταφερθούν στην

Ελλάδα. Αντίθετα, σε πλείστα σημεία αναγράφεται α χαρακτηρισμός “Αδιαβάθμητα”, όπως στις σελίδες A-1 και A-1-1 (όπου περιγράφεται τα συμβατικό αντικείμενα), στην σελίδα A-1-2 (όπου αναγράφεται η ανάλυση και τα χαρακτηριστικά του φορτίου), και στην σελίδα E-1 (όπου περιγράφονται οι τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης). Εάν τα υλικά ήταν διαβαθμισμένα, η διακήρυξη δεν θα περιείχε περιγραφή τους και ανάλυση των προδιαγραφών τους, λόγω απορρήτου. Σύμφωνα με τα άρθρα 4 και 5 της Υ.Α. Φ. 120/1/136775 Σ. 486 (ΦΕΚ Β 336/2005 Κύρωση από το Γενικό Επιτελεία Εθνικής Άμυνας του Κανονισμού Βιομηχανικής Ασφάλειας) προβλέπεται διαβάθμιση της ασφάλειας των πληροφοριών και των υλικών σε τρεις κατηγορίες. Στην προσβαλλόμενη διακήρυξη δεν αναφέρεται η διαβάθμιση ασφαλείας των μεταφερόμενων υλικών, ούτε επισυνάπτεται ως Παράρτημα στην διακήρυξη «Οδηγός Διαβάθμισης Ασφαλείας (ΟΔΑ)”, που θα χρησιμοποιηθεί για την εκτέλεση της σύμβασης, όπως γίνεται σε άλλους παρόμοιους διαγωνισμούς. Επίσης, στα αντικείμενα του έργου δεν περιλαμβάνεται η αποθήκευση ή διαχείριση του υλικού από τον Ανάδοχο, παρά μόνον η μεταφορά του. Συνεπώς, η κατοχή “πιστοποιητικού καταλληλότητας ασφαλούς διαχείρισης και μεταφοράς διαβαθμισμένου φορτίου” 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 εκδώσουν το ανωτέρω πιστοποιητικό εντός της προθεσμίας των δύο μηνών, είναι ιδιαίτερα περιοριστικοί και αντίθετοι 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 ήδη το ανωτέρω πιστοποιητικό. β) Πέραν τούτου, το συγκεκριμένο πιστοποιητικό εκδίδεται μόνον από τον αρμόδιο φορέα εντός των ΗΠΑ, το DEFENCE SECURITY SERVICE του Υπουργείου Άμυνας (βλέπε το σχετικό link: http://www.dss.mil/isp/international/isl_96ri.html) και αφορά την ασφαλή φύλαξη και διαχείριση των απορρήτων υλικών που διακινούνται στις ΗΠΑ, εάν πρόκειται για αμερικανική εταιρία ή του ανταποκριτή της, εάν πρόκειται για

ελληνική εταιρία, έως ότου αποσταλούν στην Ελλάδα από τον μεταφορέα. Το πιστοποιητικό αυτό τα τελευταία 40 χρόνια δεν έχει εκδοθεί ΠΟΤΕ σε ανάδοχο, που δεν έχει έδρα τις ΗΠΑ ούτε σε ανταποκριτή του, που έχει έδρα στις ΗΠΑ, αλλά δεν είναι ανάδοχος. Σε καμία απολύτως σύμβαση της ίδιας Αναθέτουσας Αρχής για μεταφορές υλικών του ΠΝ από και προς τις ΗΠΑ, δεν έχει ποτέ προσκομισθεί από ανάδοχο ελληνική μεταφορική εταιρεία το ανωτέρω πιστοποιητικό, που αφορά διαβαθμισμένα υλικά του ΠΝ. 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. 7/18 Διαγωνισμό για τα ίδια έργα, ο οποίος ματαιώθηκε και ακολούθησε η προκείμενη επαναληπτική υπ' αρ.Διακήρυξη. Στην επιστολή αυτή αναφέραμε ότι ο Ανάδοχος της υπ' αρ. 1/16 σύμβασης μεταφοράς υλικών του ΠΝ από και προς τις ΗΠΑ ουδέποτε προσκόμισε το ανωτέρω πιστοποιητικό, παρότι η Διακήρυξη (8/15) το προέβλεπε. Η Αναθέτουσα Αρχή δεν απάντησε στην επιστολή μας, αποδεχόμενη σιωπηρά τα ανωτέρω αναφερόμενα. Επίσης, ο ανάδοχος του έργου μπορεί να αιτηθεί το πιστοποιητικό ασφαλούς διαχείρισης μόνο στην χώρα καταγωγής, εθνικότητας και εγκατάστασής του και δεν μπορεί να αιτηθεί ο ίδιος ή ο ανταποκριτής του (ο οποίος δεν είναι υπεργολάβος του) το αντίστοιχο πιστοποιητικά από το υπουργείο Εθνικής Άμυνας των ΗΠΑ. Οι ανταποκριτές στις ΗΠΑ του αναδόχου δεν νοούνται και οι ίδιοι ανάδοχοι της σύμβασης, που έχει συναφθεί στην Ελλάδα. Ως εκ τούτου δεν δύναται να αιτηθούν πιστοποίηση ασφαλούς διαχείρισης από το υπουργείο Εθνικής Άμυνας των ΗΠΑ ως ανταποκριτές του αναδόχου της εθνικής σύμβασης, που έχει συνάψει ο ανάδοχος στην Ελλάδα. Ο ανταποκριτής στις ΗΠΑ δεν έχει έννομο συμφέρον, ούτε δικαιώματα και υποχρεώσεις έναντι της Αναθέτουσας Αρχής από τη σύμβαση, που καταρτίστηκε με τον Εθνικό Ανάδοχο. Συνεπώς, ο ανταποκριτής στις ΗΠΑ ουσιαστικά δεν μετέχει στην σύμβαση, ώστε να δύναται να αιτηθεί το πιστοποιητικό ασφαλούς διαχείρισης και αποθήκευσης διαβαθμισμένων και απορρήτων υλικών για την Ελλάδα, ώστε να του 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). Ο ανταποκριτής του αναδόχου, επίσης, δεν δύναται να προσκομίσει πιστοποιητικό ασφαλούς διαχείρισης, που πιθανώς να κατέχει ο ίδιος ως ανάδοχος από άλλη σύμβαση στις ΗΠΑ ή άλλη χώρα εκτός αυτής που έχει συνάψει η Ελλάδα με τον εθνικό ανάδοχο. Η χρήση από τον ανάδοχο ή ανταποκριτή του στις ΗΠΑ ή υπεργολάβο του άλλων πιστοποιητικών *safeguarding capability*- εκτός αυτού που αφορά την συγκεκριμένη σύμβαση στην χώρα καταγωγής του Αναδόχου είναι παράτυπη και παράνομη. Άλλωστε, σύμφωνα με την Οδηγία DSS η διαδικασία χορήγησης του πιστοποιητικού ολοκληρώνεται από έξι μήνες έως και δύο χρόνια. Ως εκ τούτου ο όρος αυτός είναι απαγορευτικός για την συμμετοχή εταιρίας, που δεν έχει έδρα στις ΗΠΑ, και προσβάλλει την αρχή της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού. Πρέπει ως εκ τούτου να ακυρωθεί ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης». Με την προαναφερθείσα υπ' αριθμ. 11.....Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., ως προς τον ως άνω όρο κρίθηκε (σκ. 45 - 47) ότι «45. Επειδή στο άρθρο 16 περ. β και δ του Παραρτήματος «Ε» της Διακήρυξης αναφέρεται ρητώς ότι πρόκειται για διαβαθμισμένο φορτίο, όπως βάσιμα υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή, δεν περιγράφονται άλλες τεχνικές προδιαγραφές εκτός από διαστάσεις και βάρη λόγω απορρήτου και ο χαρακτηρισμός «αδιαβάθμητο» αφορά στη διακήρυξη και όχι στο συμβατικό αντικείμενο. Εξάλλου, ο προσφεύγων δεν επικαλείται και δεν αποδεικνύει βλάβη από τη μη αναφορά του προς μεταφορά υλικού σε κάποια από τις κατηγορίες διαβάθμισης, επομένως, απαραδέκτως προβάλλει τον οικείο ισχυρισμό (βλ.. σκ. 31-38). 46. Επειδή, όσον αφορά τους λοιπούς 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 δύο μηνών και αφετέρου, ισχυρίζεται ότι το πιστοποιητικό αυτό εκδίδεται για υλικά που διακινούνται στις ΗΠΑ, ότι δεν έχει εκδοθεί τα τελευταία 40 χρόνια σε ανάδοχο ούτε σε ανταποκριτή του στις ΗΠΑ και ότι ουδέποτε έχει προσκομιστεί από ανάδοχο σε σχέση με αναβαθμισμένα υλικά του ΠΝ, με άλλα λόγια, ότι δεν είναι δυνατόν να προσκομιστεί. Ωστόσο, ο προσφεύγων δεν δύναται να επικαλείται το ενδεχόμενο οικονομικός φορέας να διαθέτει ήδη πιστοποιητικό που ο ίδιος ισχυρίζεται ότι έχει να εκδοθεί 40 χρόνια. Επίσης, δεν επικαλείται και δεν αποδεικνύει βλάβη από την προβλεπόμενη στη Διακήρυξη προθεσμία των δύο μηνών για την έκδοση του ως άνω πιστοποιητικού (βλ. σκ. 31-38). Παράλληλα, ισχυρίζεται ότι από το 1969 δραστηριοποιείται στο χώρο των μεταφορών και έχει αναλάβει μεταφορές με το ίδιο αντικείμενο του επίμαχου διαγωνισμού. Συνεπώς, δεν αποδεικνύει ότι ο επίμαχος όρος κωλύει ή εμποδίζει εν τέλει τη συμμετοχή του και οι οικείοι ισχυρισμοί του, προβάλλονται απαραδέκτως ως στερούμενοι εννόμου συμφέροντος προς τούτο κατά τα ως άνω διαλαμβανόμενα. 47. Επειδή, προς απόδειξη των λοιπών ισχυρισμών του παραπέμπει αόριστα σε έναν ιστότοπο υπηρεσίας του Υπουργείου Άμυνας των ΗΠΑ και αναφέρει στην προσφυγή του τον τηλεφωνικό αριθμό επικοινωνίας με το Τμήμα FMS της Πρεσβείας των ΗΠΑ, χωρίς να αποδεικνύει τους ισχυρισμούς του με έγγραφα ή συγκεκριμένες παραπομπές σε αυτά. Η δε επίκληση της επιστολής του στην αναθέτουσα αρχή στο πλαίσιο προηγούμενου διαγωνισμού είναι απαράδεκτη λόγω της αυτοτέλειας κάθε διαγωνισμού (ΣτΕ ΕΑ 200, 72/2015, 269/2014, 416, 215- 216/2013 κ.ά.), ενώ το συμπέρασμα της σιωπηρής αποδοχής των ισχυρισμών του λόγω μη απάντησης της αναθέτουσας αρχής είναι, σε κάθε περίπτωση, αβάσιμο καθόσον δεν υφίσταται τέτοια υποχρέωση για την αναθέτουσα αρχή στο ισχύον θεσμικό πλαίσιο ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Επομένως, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί πρωτίστως ως απαράδεκτος».

10. Επειδή, στη συνέχεια, προς συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. 11.....Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., εκδόθηκε η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. Φ. 602.2/13Ε/287191 Σ. 3515/20-12-2018 απόφαση της αναθέτουσας

αρχής, με την οποία ακύρωσε στο σύνολό του, ήτοι απέλειψε από τη Διακήρυξη τον όρο του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ε, παράγραφος 16 υπό (α) της αρχικής Διακήρυξης. Επίσης, εκδόθηκαν οι υπ' αριθμ. Φ. 602.2/13Ε/280010 Σ. 7/04.01.2019 και Φ. 602.2/13Ε/280336 Σ. 143/18.01.2019 Αποφάσεις, με τις οποίες η αναθέτουσα αρχή παρέτεινε την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών έως τις 04.02.2019.

11. Επειδή, με την υπό εξέταση προσφυγή, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι «η Αναθέτουσα Αρχή εξέδωσε την υπ' αρ. Φ. 602.2/13Ε/287191 Σ.3515/20-12-2018 απόφαση, με την οποία αποφάσισε, σε συμμόρφωση με την υπ' αρ. 11.....απόφαση της ΑΕΠΠ, "την ακύρωση των όρων της παραγρ. (α) και (γ) της παραγράφου 16 του παραρτήματος «Ε» της σχετικής (θ) Διακήρυξης". Δηλαδή, με την απόφαση αυτή η Αναθέτουσα Αρχή αφαίρεσε από την Διακήρυξη την απαίτηση να εγγράφει ο μεταφορέας στα μητρώα MAPAD αντί να τον συμπληρώσει. δ) Όμως, η εγγραφή στα μητρώα MAPAD είναι υποχρεωτική για την εκτέλεση του έργου, το οποίο προβλέπεται στην υπό κρίση Διακήρυξη, εφόσον απαιτείται η διακίνηση διαβαθμισμένων εφοδίων και FMS, για την οποία πρέπει να υποβληθεί αίτηση για χορήγηση του πιστοποιητικού "interim" και τελικώς του πιστοποιητικού "....." των εγκαταστάσεων του μεταφορέα για τα διαβαθμισμένα υλικά. Για να υποβληθεί αίτηση και να χορηγηθούν τα ανωτέρω πιστοποιητικά στον μεταφορέα, είναι απαραίτητη η προηγούμενη εγγραφή του στο MAPAD. Τούτο προβλέπεται ρητά από την νομοθεσία των ΗΠΑ (βλ. εγχειρίδιο του Υπουργείου Άμυνας των ΗΠΑ: SECURITY ASSISTANSE MANAGEMENT MANUAL, Η εξουσιοδότηση για την εξαγωγή διαβαθμισμένων υλικών από και προς τις Ηνωμένες Πολιτείες μπορεί να χορηγηθεί μόνο σε οικονομικούς φορείς που είναι εγγεγραμμένοι στο MAPAD ως πράκτορες (forwarders) για λογαριασμό και μέριμνα των αγοραστών-ξένων κυβερνήσεων με επιστολή τους προς το Υπουργείο Εξωτερικών, Διεύθυνση Εμπορικού Ελέγχου στην Άμυνα (DDTC). Η αλλοδαπή χώρα (η Ελλάδα εν προκειμένω) πρέπει με επιστολή της προς το DDTC και MAPAD να ορίζει τον μεταφορέα της ώστε να ξεκινήσει η διαδικασία εγγραφής. Αυτή η επιστολή μπορεί να προέρχεται μόνο από τη αγοράστρια χώρα, ώστε να

καταχωρηθεί ή αλλαγή στον κατάλογο διεύθυνσης του προγράμματος στρατιωτικής βοήθειας (MAPAD). Αυτές οι λειτουργίες είναι ευθύνη της αγοράστριας χώρας, αλλά πραγματοποιούνται κατά κανόνα από τον μεταφορέα, κατ' εξουσιοδότηση της αγοράστριας (βλ. FOREIGN PURCHASER GUIDE TO FREIGHT FORWARDER SELECTION, έκδοση του Υπουργείου Άμυνας των ΗΠΑ, σελ. 13: ... Στο MAPAD καταχωρείται η άμεση εμπορική συμφωνία (direct contract, δηλ. μία σύμβαση ανά είδος μεταφοράς, ΑΕΡΟΠΟΡΙΚΗ, ΘΑΛΑΣΣΙΑ) μεταξύ της αγοράστριας χώρας (Αναθέτουσα αρχή) με τον οικονομικό φορέα (freight forwarder) έτσι ώστε να ξεκινήσει η διαδικασία έκδοσης του πιστοποιητικού για την αποθήκευση των διαβαθμισμένων υλικών. Με την αίτηση εκδίδεται αρχικά στον forwarder το ενδιάμεσο πιστοποιητικό "interim". Εφόσον η τελική αξιολόγηση είναι θετική εγκρίνεται το πιστοποιητικό ".....". Χωρίς την διαδικασία εγγραφής του forwarder στο MAPAD με μέριμνα της Αναθέτουσας Αρχής, δεν υπάρχει δυνατότητα διαχείρισης των υλικών κλάσεων FMS, εκρηκτικών και οπλικών συστημάτων και διαβαθμισμένων, δεδομένου ότι όλες οι ειδικές οδηγίες όπως και τα στοιχεία του εντεταλμένου forwarder περιγράφονται και ενημερώνονται μέσω του MAPAD (βλ. FOREIGN PURCHASER GUIDE TO FREIGHT FORWARDER SELECTION, έκδοση του Υπουργείου Άμυνας των ΗΠΑ, σελ. 15-16: ε) Επίσης, σύμφωνα με τους κανόνες μεταφοράς διαβαθμισμένων στρατιωτικών υλικών από και προς τις ΗΠΑ, όταν το συμβόλαιο με τον forwarder λήγει, πρέπει η χώρα-αγοραστής να στείλει επιστολή διακοπής της εγγραφής του παλαιού forwarder στο MAPAD και επιστολή με τα στοιχεία του νέου forwarder και του νέου συμβολαίου του, έτσι ώστε να αποτραπεί το ενδεχόμενο να αποσταλούν διαβαθμισμένα εφόδια σε αποθήκες forwarder, ο οποίος δεν έχει σε ισχύ συμβόλαιο μεταφοράς, άρα έχει ανακληθεί το πιστοποιητικό των εγκαταστάσεών του (βλ. τον Οδηγό FOREIGN PURCHASER GUIDE TO FREIGHT FORWARDER SELECTION, έκδοση του Υπουργείου Άμυνας των ΗΠΑ, σελ. 23-24: ... Εφόσον η σήμερα ακόμα ευρισκόμενη σε ισχύ σύμβαση 1/16 του ΠΝ για θαλάσσια μεταφορά διαβαθμισμένου υλικού λήγει στις 31.12.2018, η Αναθέτουσα Αρχή ώφειλε να

έχει μεριμνήσει τουλάχιστον 60 ημέρες πριν την ημερομηνία λήξης αυτής να στείλει στο MAPAD και στο DSS επιστολή ανάκλησης της εγγραφής του προηγούμενου forwarder στο MAPAD, καθώς και του πιστοποιητικού “interim,”, το οποίο αυτός διαθέτει, και θα πρέπει να διενεργήσει την διαδικασία της εγγραφής του νέου Αναδόχου στο MAPAD, ώστε να είναι δυνατή η αίτηση από αυτόν για έκδοση του πιστοποιητικού “INTERIM,”, το οποίο προβλέπεται από την παρ. 16β της Διακήρυξης. Όμως, η Αναθέτουσα Αρχή δεν έχει προβεί στην ανωτέρω ενέργεια, σύμφωνα με την επικαιροποιημένη ενημέρωση του MAPAD, με αποτέλεσμα οι προμηθευτές να συνεχίσουν να στέλνουν υλικά FMS στις αποθήκες του ανταποκριτή του Αναδόχου της υπ' αρ. σύμβασης (.....), και έτσι τα προς μεταφορά υλικά δεν θα μπορούν να μεταφερθούν από τον Ανάδοχο της νέας σύμβασης (που θα προκύψει από τον παρόντα διαγωνισμό), παρά μόνο με την διαδικασία της απευθείας ανάθεσης. Επιπρόσθετα, ο Ανάδοχος που θα προκόψει από την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία, δεν θα μπορεί να εγγράφει στο MAPAD, διότι στα πεδία εγγραφής υπάρχει μόνο ένας κωδικός για τον forwarder (σημ.: όχι forwarders), ο οποίος αναφέρεται σε ένα μόνον ενεργό συμβόλαιο για το ίδιο αντικείμενο για την συγκεκριμένη χώρα (βλ. FOREIGN PURCHASER GUIDE TO FREIGHT FORWARDER SELECTION, έκδοση του Υπουργείου Άμυνας των ΗΠΑ, σελ. 14-15: ... Επίσης, ο νέος Ανάδοχος δεν θα μπορεί να αιτηθεί την έκδοση του πιστοποιητικού “security clearance”, αφού ήδη υπάρχει σε εκκρεμότητα η αίτηση του προηγούμενου forwarder για το ίδιο αντικείμενο και βρίσκεται σε στάδιο έκδοσης ενδιάμεσου πιστοποιητικού interim, δηλαδή αξιολόγησης, όπως έχει παραδεχθεί η Αναθέτουσα Αρχή σας απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής μας ότι ευρίσκεται ο προηγούμενος ανάδοχος της υπ' αρ. 1/2016 σύμβασης με το ΠΙΝ (βλ. FOREIGN PURCHASER GUIDE TO FREIGHT FORWARDER SELECTION, έκδοση του Υπουργείου Άμυνας των ΗΠΑ, σελ. 13). Από τα ανωτέρω είναι σαφές ότι η εγγραφή στο MAPAD γίνεται για την εκτέλεση κάθε μιας σύμβασης ξεχωριστά, εφόσον είναι ενεργή και είναι δυνατή η εγγραφή μόνον ενός forwarder για το αντικείμενο των θαλάσσιων μεταφορών των υλικών της Ελλάδας. Επίσης, είναι σαφές ότι η εγγραφή στο

Αριθμός Απόφασης: 113/2019

MAPAD για την εκτέλεση προηγούμενης σύμβασης δεν ισχύει για την εκτέλεση νέας σύμβασης μεταφοράς διαβαθμισμένου υλικού και FMS, εφόσον η σύμβαση έχει λήξει. Συνεπώς, ο αρχικός όρος της Διακήρυξης, ο οποίος προέβλεπε την εγγραφή στο MAPAD, «εφόσον απαιτείται», τον οποίο δικαιολόγησε η Αναθέτουσα Αρχή με τις απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής μας, με τον ισχυρισμό ότι δεν απαιτείται για τους οικονομικούς φορείς, οι οποίοι είναι ήδη εγγεγραμμένοι, δεν συνάδει με την υποχρέωση να γίνεται η εγγραφή για κάθε σύμβαση ξεχωριστό και να γίνεται διαγραφή εξήντα ημέρες πριν την λήξη της σύμβασης, δεδομένου ότι είναι παράνομο να μην διαγράφεται με μέριμνα της Αναθέτουσας Αρχής ο forwarder, του οποίου η σύμβαση μεταξύ αυτού και της αγοράστριας χώρας έχει λήξει. Το γεγονός ότι είναι υποχρεωτική η εγγραφή του Αναδόχου στο MAPAD υποδεικνύεται και από το ότι η ίδια Αναθέτουσα Αρχή έχει περιλάβει και έχει διατηρήσει την απαίτηση αυτή και στον εν εξελίξει διαγωνισμό μεταφορών υπ' αρ. 20/2018, διότι και ο διαγωνισμός αυτός περιλαμβάνει την απαίτηση για έκδοση πιστοποιητικού, και από το γεγονός ότι ο Ανταποκριτής του Αναδόχου της σύμβασης 1/2016 του ΓΕΝ είναι εγγεγραμμένος στη βάση MAPAD (βλ. συνημμένη εκτύπωση από το MAPAD με ημερομηνία 24/12/2018). στ) Συνεπώς, στην περίπτωση που δεν συμπεριληφθεί στην Διακήρυξη ο ανωτέρω όρος περί υποχρέωσης εγγραφής του Αναδόχου στο MAPAD και δεν θα περιγράφεται στην Διακήρυξη η διαδικασία εγγραφής στα MAPAD, καθώς και η υποχρέωση της Αναθέτουσας Αρχής να προβεί στην διαδικασία ανάκλησης της εγγραφής του προηγούμενου μεταφορέα στο MAPAD και εγγραφής του νέου μεταφορέα σε αυτό, ο νέος ανάδοχος δεν θα μπορεί να εγγράφει στο MAPAD, δεν θα του εγκριθεί το πιστοποιητικό "interim", δεν θα μπορεί να διαχειριστεί υλικά και εφόδια FMS (στρατιωτικά) και διαβαθμισμένα (classified, security materiel) και τελικά δεν θα μπορεί να εκτελέσει το έργο. Συνεπώς, η Αναθέτουσα Αρχή δεν συμμορφώθηκε στην απόφαση 11.....της ΑΕΠΠ, η οποία την υποχρέωσε να συμπεριλάβει στην Διακήρυξη τις περιπτώσεις, κατά τις οποίες απαιτείται εγγραφή του Αναδόχου στο MAPAD (Military Assistance Program Address Directory) των Η.Π.Α. και τις ενέργειες, στις οποίες πρέπει να προβεί ο

Ανάδοχος, ώστε να εγγράφει στο MAPAD για τα FMS, διαβαθμισμένα εφόδια της Ελλάδος, καθώς επίσης και τις ενέργειες της Αναθέτουσας Αρχής για την ανάκληση της εγγραφής του προηγούμενου θαλάσσιου μεταφορέα του ΠΝ στο MAPAD, εφόσον το συμβόλαιό του έχει λήξει ή θα λήξει εντός του χρόνου εγγραφής του νέου μεταφορέα στο MAPAD, και τις ενέργειές της για την εγγραφή του νέου μεταφορέα σε αυτό. Αντ' αυτού η Αναθέτουσα Αρχή αφαίρεσε εντελώς από την Διακήρυξη τον όρο εγγραφής του Αναδόχου στο MAPAD, παρότι τα προς μεταφορά υλικά είναι διαβαθμισμένα (FMS). Δημιουργείται έτσι ασάφεια και αβεβαιότητα ως προς την δυνατότητα συμμετοχής της εταιρείας μας στον διαγωνισμό, ιδιαίτερα όταν ο προηγούμενος Ανάδοχος δεν έχει ακόμα διαγράψει από το MAPAD (βλ. συνημμένη εκτύπωση από την βάση δεδομένων του MAPAD με ημερομηνία 24/12/2018, στο οποίο φαίνεται ότι είναι εγγεγραμμένη εταιρεία). Συνεπώς, η υπ'αρ. Φ. 602.2/13Ε/287191 Ε. 3515/20-12-2018 απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, με την οποία προέβη σε “ακύρωση των όρων της παραγρ. (α) της παραγράφου 16 του παραρτήματος «Ε» της σχετικής (θ) Διακήρυξης”, είναι παράνομη, διότι παραβίασε το άρθρο 367 του ν. 4412/2016 και πρέπει να ακυρωθεί».

12. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύοντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω και στο ισχύον πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με τον νόμο σύστημα παροχής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, παράβαση των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 612/2012, 1025/2010, 1354/2009). Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά την έννοια του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 360 του Ν.

4412/2016 κατά της Διακήρυξης ή των τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί, με τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό, βλάβη από συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό και εν συνεχεία λάβει μέρος στον διαγωνισμό, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, η συμμετοχή του στο διαγωνισμό να συνοδεύεται από την διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της διακήρυξης από τους οποίους βλάπτεται (ΣτΕ (Ασφ) 9/2015, ΔΕφΑθ (Αναστ.) 44/2015, ΔΕφΑθ (Ασφ) 561/2013, ΣτΕ (Ασφ) 314/2013, 472/2012, 718/2012, 714/2012, ΣτΕ 890/2009, ΣτΕ 1415/2008 Ολομ., 881/2008, ΕΑ ΣτΕ 131/2003 κ.ά.).

13. 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 διακήρυξης, 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).

14. 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 εννόμου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣτΕ 3905/2004).

15. 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).

16. 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).

17. 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).

18. Επειδή σε κάθε περίπτωση οι προβαλλόμενοι από την προσφεύγουσα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές, και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για την προσφεύγουσα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (ΑΕΠΠ 114/2018).

19. Επειδή, έχει κριθεί ότι ο προσφεύγων κατά διακήρυξης ή τροποποιητικών αυτής πράξεων πρέπει να επικαλεστεί και να αποδείξει τη

συγκεκριμένη βλάβη που υφίσταται από τον προσβαλλόμενο όρο, δεν αρκεί, δε, το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΑΕΠΠ 114/2018, 36/2017). Περαιτέρω, ούτε από τις διατάξεις του εθνικού δικαίου ούτε από τις αντίστοιχες διατάξεις του ενωσιακού δικαίου σχετικά με το έννομο συμφέρον διαγωνιζομένων κατά το προσυμβατικό στάδιο και τη σχετική νομολογία του Δ.Ε.Ε. αναγνωρίζεται γενικό έννομο συμφέρον στον μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο να ενεργεί ως *‘μοχλός του αντικειμενικού ελέγχου νομιμότητας του διαγωνισμού’* και εγγυητής της διαφάνειας αυτού (ΣτΕ ΕΑ 106/2018).

20. Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί, ο περιορισμός των προσώπων που δύνανται να προσφύγουν κατά μιας κανονιστικής πράξης, υπό την έννοια της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος είναι θεμιτός και επιβεβλημένος, μη προσκρούων στο άρθρο 6 της ΕΣΔΑ καθόσον συνάδει στην εξασφάλιση αποτελεσματικής έννομης προστασίας κατά το προδικαστικό στάδιο, αποτρέποντας την έναρξη προπετών διαδικασιών, με παρελκυστικά κίνητρα που παρεμποδίζουν την υγιή ανταγωνισμό και την ανάπτυξη.

21. Επειδή, η προσφεύγουσα, η οποία μέχρι και την ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής δεν υπέβαλε προσφορά στο διαγωνισμό, δεν καταδεικνύει με τους προβαλλόμενους, κατά της ακύρωσης του όρου του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ε, παράγραφος 16 υπό (α) της αρχικής Διακήρυξης, λόγους, με ποιο τρόπο η ακύρωση αυτή καθιστά τη συμμετοχή της αδύνατη ή δυσχεραίνει σε τέτοιο βαθμό την υποβολή προσφοράς εκ μέρους της, ώστε την αποτρέπει από το να υποβάλει εμπρόθεσμα προσφορά, έστω και με επιφύλαξη. Επιπλέον, δεν τεκμηριώνει με κανένα βάσιμο επιχείρημα τη συγκεκριμένη και ειδική βλάβη που ενδεχομένως προκαλεί σε αυτήν, η προσβαλλόμενη με την προσφυγή, ακύρωση του ως άνω όρου της Διακήρυξης, ήτοι η παντελής απαλοιφή του, αντί της τροποποίησής του. Περαιτέρω, οι προβαλλόμενοι με την προδικαστική προσφυγή λόγοι κατά της ακύρωσης του επίμαχου όρου δεν συνεχονται, κατά το ειδικότερο περιεχόμενο της προσφυγής, με τον αποκλεισμό ή την παρεμπόδιση της προσφεύγουσας στη συμμετοχή στην εν θέματι διαδικασία, παρά μόνον αρκείται η προσφεύγουσα στην

προβολή λόγων περί της αντιθέσεως των όρων αυτών προς το εθνικό και το ενωσιακό δίκαιο και τη νομοθεσία των Η.Π.Α. Εξάλλου, από το περιεχόμενο της προσφυγής και της προσβαλλόμενης ακύρωσης του επίμαχου όρου, ανεξαρτήτως της νομιμότητάς τους, δεν φαίνεται να είναι τέτοιας φύσεως, που να αποκλείουν *de facto* τη συμμετοχή της προσφεύγουσας στον επίδικο διαγωνισμό, έστω υπό επιφύλαξη. Εξάλλου, μια άκρως διασταλτική ερμηνεία της έννοιας του εννόμου συμφέροντος, η οποία θα δεχόταν την θεμελίωση αυτού με την ύπαρξη απλά γενικών και αόριστων αναφορών περί παρανομίας των όρων της διακήρυξης ή «αποτρεπτικών προς την συμμετοχή προβλέψεων» αυτής, θα βρισκόταν σαφώς εκτός του πνεύματος του ενωσιακού νομοθέτη και της σχετικής δικονομικής οδηγίας, που αποσκοπεί να μην στο άνοιγμα του ανταγωνισμού, αλλά κατά τρόπο ορθολογικό και σε κάθε περίπτωση χωρίς αυτό να αντιβαίνει στην ταχεία και έγκαιρη διενέργεια και εξέλιξη των σχετικών διαγωνιστικών διαδικασιών.

22. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, οι προβαλλόμενοι με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή λόγοι, όσον αφορά τον όρο του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ε, παράγραφος 16 υπό (α) της αρχικής Διακήρυξης πρέπει να απορριφθούν ως άνευ εννόμου συμφέροντος κι επομένως απαραδέκτως προβαλλόμενοι.

23. Επειδή, περαιτέρω, η προσφεύγουσα προβάλλει και αιτείται *«Επικουρικά, σε περίπτωση κατά την οποία δεν γίνει δεκτό το ανωτέρω αίτημά μας, με συνέπεια να μην περιλαμβάνεται στη Διακήρυξη ο όρος περί εγγραφής στο MAPAD, ζητούμε να ακυρωθεί ο όρος, που περιλαμβάνεται στις Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης, στο άρθρο 16, υπό τον τίτλο “.....”, περ. β’, οποίος προβλέπει την έκδοση από τον Ανάδοχο του πιστοποιητικού, δεδομένου ότι εάν δεν γίνει η εγγραφή του στο MAPAD, δεν είναι δυνατή η έκδοση του ανωτέρω πιστοποιητικού».*

24. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της προβάλλει ότι *«δ. Η Αναθέτουσα Αρχή, συμμορφούμενη πλήρως με την ανωτέρω Απόφαση της ΑΕΠΠ [111.....] εξέδωσε την σχετική απόφαση ακύρωσης των όρων της παραγρ. (α) ... της παραγράφου 16 του παραρτήματος*

“Ε” της σχετικής ... διακήρυξης 17/18/ΓΕΝ/Ε2 και παράτασης του εν λόγω διαγωνισμού, προκειμένου να λάβουν γνώση και να προετοιμαστούν κατάλληλα όλοι οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς. ε. Συναφώς με τα ανωτέρω, σας γνωρίζεται ότι οι ενέργειες εγγραφής στο MAPAD, θα αναληφθούν μετά την υπογραφή της συμφωνίας πλαισίου από το Πολεμικό Ναυτικό, μέσω του Ναυτικού Ακολούθου στην Ουάσιγκτον και ως εκ τούτου δεν απαιτείται σχετική δέσμευση από τον Ανάδοχο, ενώ η απαίτηση του πιστοποιητικού καταλληλότητας ασφαλούς διαχείρισης και μεταφοράς διαβαθμισμένου φορτίου [ήτοι του απαιτούμενου βάσει του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ε, παράγραφος 16 υπό (β) όρου, πιστοποιητικού], κρίνεται απαραίτητη για τους λόγους που ήδη αναφέρθηκαν ως παρ. 3β Παραρτήματος “Γ” στο (ιβ) σχετικό».

25. Επειδή, όπως προκύπτει από τα προαναφερόμενα, ο ως άνω λόγος προβάλλεται υπό την προϋπόθεση της απαλοιφής από τη Διακήρυξη του όρου του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ε, παράγραφος 16 υπό (α) της αρχικής Διακήρυξης, υπό την έννοια της εξάλειψης της προβλεπόμενης στον ως άνω όρο απαίτησης. Όπως, όμως, προκύπτει από τα διαλαμβανόμενα, κατά τα ανωτέρω, στις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, με την απαλοιφή του συγκεκριμένου όρου δεν εξαλείφεται η προβλεπόμενη σε αυτόν απαίτηση, αλλά «οι ενέργειες εγγραφής στο MAPAD, θα αναληφθούν μετά την υπογραφή της συμφωνίας πλαισίου από το, μέσω τουκαι ως εκ τούτου δεν απαιτείται σχετική δέσμευση από τον Ανάδοχο». Ήτοι, οι ενέργειες για την εγγραφή στο MAPAD, οι οποίες, όπως εμμέσως πλην σαφώς δέχεται με τις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή, είναι απαραίτητες και θα λάβουν, σε κάθε περίπτωση, χώρα, αλλά μετά την υπογραφή της συμφωνίας πλαίσιο μέσω του Ναυτικού Ακολούθου στην Ουάσιγκτον και όχι κατά τα ειδικότερα ορισθέντα στον ακυρωθέντα όρο της αρχικής Διακήρυξης. Συνεπώς, και δεδομένου ότι η προσφεύγουσα δεν προβάλλει ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς ως προς τις επιμέρους περιλαμβανόμενες στον ως άνω όρο προβλέψεις, σε σχέση με την εγγραφή στο MAPAD, ο σχετικός με τον όρο του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ε, παράγραφος 16 υπό (β) της αρχικής Διακήρυξης λόγος, είναι απορριπτέος ως ερειδόμενος επί εσφαλμένης προϋπόθεσης.

Αριθμός Απόφασης: 113/2019

26. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 11 Ιανουαρίου 2019 και εκδόθηκε στις 30 Ιανουαρίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Άννα Χριστοδουλάκου

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Χρήστος Κάτρης