

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 20η Δεκεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Μαργαρίτα Κανάβα Πρόεδρος, Απόστολος Σιαπέρας-Εισηγητής, Ειρήνη Αψοκάρδου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 14.11.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 1195/15.11.2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής προσφεύγουσα), που εδρεύει, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ΕΛΛΗΝΙΚΗΣ ΑΕΡΟΠΟΡΙΚΗΣ ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΑΣ ΑΕ (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση του όρου 2.4.3.2. περ. γ' της υπ' αριθμό 789/2018 διακήρυξης, όπως αυτός αντικαταστάθηκε με την υπ' αριθμό πρωτ. 1230-2018-11-871/1.11.2018 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κατόπιν έκδοσης της υπ' αριθμό 884/2018 απόφασης της ΑΕΠΠ, καθώς και του όρου Γ.15 του Παραρτήματος ΙΙ της αυτής διακήρυξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Απόστολο Σιαπέρα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1.Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ποσού 4.500,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 244065205959 0114 0017, αποδεικτικό ηλεκτρονικής πληρωμής στην ALPHA BANK της 14.11.2018 και εκτύπωση από την ιστοσελίδα της Γενικής

Αριθμός απόφασης: 30/2019

Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη ότι το ως άνω παράβολο είναι «δεσμευμένο»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης, εκτιμώμενης αξίας 900.000 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2.Επειδή με την υπ' αριθ. 789/2018 διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή, η οποία είναι Δημόσια Επιχείρηση και ανήκει στην Κεντρική Κυβέρνηση (Υποτομέας S1311), έχουσα ως κύρια δραστηριότητα τη συντήρηση, επισκευή και κατασκευή εργοσυνόλων αεροσκαφών, προκήρυξε ηλεκτρονικό ανοικτό διεθνή διαγωνισμό με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και αντικείμενο την ανάθεση των κάτωθι υπηρεσιών: α) θαλάσσιων και αεροπορικών μεταφορών των υλικών της EAB A.E. (εμπορικών πηγών) από την Ελλάδα προς τις Η.Π.Α. / Καναδά και αντίστροφα και β) θαλάσσιων και αεροπορικών μεταφορών των υλικών της EAB A.E. από και προς την Υπηρεσία FMS Η.Π.Α. (από τις Η.Π.Α. προς την Ελλάδα και αντίστροφα) που κατατάσσονται στον ακόλουθο κωδικό του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV): 60000000-8. Ειδικότερα, οι εισαγωγές (μεταφορές από ΗΠΑ/Καναδά προς Ελλάδα) αφορούν στο 78% του προϋπολογισμού, ενώ οι εξαγωγές (μεταφορές προς ΗΠΑ και Καναδά) αφορούν στο 22% του προϋπολογισμού. Οι εισαγωγές γίνονται κατά 80% αεροπορικώς και κατά 20% δια θαλάσσης ενώ οι εξαγωγές γίνονται όλες αεροπορικώς. Ο διετής προϋπολογισμός της υπό ανάθεση σύμβασης ανέρχεται στο 1.116.000 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε 24 μήνες (δύο έτη). Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε την ανάθεση του συνόλου των υπηρεσιών με μία ενιαία σύμβαση προκειμένου να επιτύχει τις χαμηλότερες δυνατές τιμές, μέσω της ανάπτυξης ανταγωνισμού και την προσέλκυση της μεγαλύτερης δυνατής συμμετοχής οικονομικών φορέων, που θα προκύψει από το ενδιαφέρον για την ανάληψη του σημαντικού οικονομικού αντικείμενου των υπό ανάθεση υπηρεσιών μεταφοράς εμπορικών υλικών (430.000 ευρώ περίπου ετησίως).

3.Επειδή, προς συμμόρφωση με την υπ' αριθμό 884/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία δέχθηκε εν μέρει την με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 858/27.08.2018 προδικαστική προσφυγή της ίδιας προσφεύγουσας, η αναθέτουσα αρχή

Αριθμός απόφασης: 30/2019

προέβη στην τροποποίηση όρων της διακήρυξης με την έκδοση της ως άνω τροποποίησης.

4.Επειδή η αρχική διακήρυξη απεστάλη προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 02.08.2018 (2018 S 150-345989) καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 2.8.2018 με Α.Δ.Α.Μ. 18PROC003522517, καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό 62969. Επίσης, η τροποποίηση αυτή απεστάλη προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 2.11.2018 και αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στις 5.11.2018.

5.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. Οι παρεχόμενες υπηρεσίες για τη μεταφορά FMS υλικών, μπορούν μεν να χωριστούν αντικειμενικά από τις λοιπές υπό ανάθεση υπηρεσίες (μεταφορά υλικών από εμπορικές πηγές), ωστόσο η ΕΑΒ αποφάσισε την ανάθεση του συνόλου των υπηρεσιών με μία ενιαία σύμβαση προκειμένου να επιτύχει τις χαμηλότερες δυνατές τιμές, μέσω της ανάπτυξης ανταγωνισμού και την προσέλκυση της μεγαλύτερης δυνατής συμμετοχής οικονομικών φορέων, που θα προκύψει από το ενδιαφέρον για την ανάληψη του σημαντικού οικονομικού αντικειμένου των υπό ανάθεση υπηρεσιών μεταφοράς εμπορικών υλικών (430.000 ευρώ περίπου ετησίως).

6.Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 14.11.2018 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η τροποποίηση της Διακήρυξης αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποιήθηκε προς

Αριθμός απόφασης: 30/2019

«όλους τους συμμετέχοντες» μέσω της Επικοινωνίας στις 5.11.2018, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

7.Επειδή στις 25.10.2018 η αναθέτουσα αρχή ανάρτησε το υπ' αριθμ. 1230-2018-10-846/24.10.2018 έγγραφό της, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (κεντρική σελίδα), με το οποίο μεταθέτει την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών του ανωτέρω διαγωνισμού έως την 10.12.2018, ημέρα Δευτέρα και ώρα 23.00 (άρθρο 1.5 της διακήρυξης), παράλληλα δε μεταθέτει αντίστοιχα και τις ημερομηνίες παροχής διευκρινίσεων (άρθρο 2.1.3 της διακήρυξης).

8.Επειδή στις 16.11.2018 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην γνωστοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής δια της ανάρτησης στην 1^η σελίδα του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού.

9.Επειδή με την με αριθμό 1568/2018 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων και επί της υπό εξέταση προσφυγής.

10.Επειδή στις 27.11.2018 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ το υπ' αριθμ. 1230-2018-11-937/27.11.2018 έγγραφο απόψεων της επί της υπό εξέταση, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 365 παρ. 1 υποπαρ. β του Ν. 4412/2016 και 9 παρ. 2 περ. β του ΠΔ 39/2017.

11.Επειδή στις 4.12.2018 η αναθέτουσα αρχή ανάρτησε το υπ' αριθμ. 1230-2018-12-951/3.12.2018 έγγραφό της, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (κεντρική σελίδα), με το οποίο μετέθεσε την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών του ανωτέρω διαγωνισμού έως την 21.01.2019, ημέρα Δευτέρα και ώρα 23.00 (άρθρο 1.5 της διακήρυξης), παράλληλα δε μετέθεσε αντίστοιχα και τις ημερομηνίες παροχής

Αριθμός απόφασης: 30/2019

διευκρινίσεων (άρθρο 2.1.3 της διακήρυξης). Επίσης επισημάνθηκε ότι κατόπιν των ανωτέρω, ως ημερομηνία έναρξης υποβολής των προσφορών από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς ορίζεται η 11-1-2019, ημέρα Παρασκευή και ώρα 14.00.

12.Επειδή η προσφεύγουσα, στο βαθμό που δεν στρέφεται κατά όρων της Διακήρυξης που δεν έχουν τροποποιηθεί ή έχουν τροποποιηθεί κατά τέτοιο τρόπο ώστε να συμμορφωθεί η αναθέτουσα αρχή με την απόφαση υπ' αριθμό 884/2018 της ΑΕΠΠ, θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, δεδομένου ότι οι όροι αυτοί αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, στη διαδικασία επιλογής του αναδόχου και στους εφαρμοστέους για την ανάδειξη 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 αποκλείουν ή 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 αναλάβει την εκτέλεση μεταφορικών έργων για την ΕΑΒ ΑΕ, για το ίδιο αντικείμενο του διαγωνισμού. Επιθυμεί την συμμετοχή της στον παρόντα διαγωνισμό και προς τον σκοπό αυτό σκοπεύει να υποβάλει προσφορά επιφυλασσόμενη των σχετικών δικαιωμάτων της, λόγω των ως άνω περιορισμών στη συμμετοχή της, που δημιουργούν οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης, όπως αυτοί τροποποιήθηκαν.

13.Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προσφυγή, νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

Αριθμός απόφασης: 30/2019

14.Επειδή, ειδικότερα, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι η διακήρυξη, όπως αυτή τροποποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή, περιλαμβάνει τους κάτωθι αναλυτικά αναφερόμενους όρους, οι οποίοι παραβιάζουν, κατά τους ισχυρισμούς της, το άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, τα άρθρα 18, 53 και 54 του ν.4412/2016 και τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και του ανταγωνισμού. Ειδικότερα ισχυρίζεται ότι:

«1^{ος} λόγος

1. Στις σελίδες 25 και 26 της διακήρυξης, υπό τον τίτλο “Περιεχόμενα Φακέλου “Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά” περιλαμβάνεται ο όρος: “2.4.3.2...Ειδικότερα, οι οικονομικοί φορείς, υποχρεούνται να συμπεριλάβουν στην Τεχνική προσφορά τους:....γ)Δήλωση στην οποία οι προσφέροντες θα δηλώνουν ότι η προσφορά τους είναι σύμφωνη με όλους τους όρους των Παραρτημάτων I και II της παρούσας και ότι σε περίπτωση που αναδειχθούν Ανάδοχοι της παρούσας σύμβασης θα προσκομίσουν στην ΕΑΒ ΑΕ άμεσα και πάντως εντός τεσσάρων (4) μηνών από την υπογραφή της σύμβασης, ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ SECURITY CLEARANCE (τουλάχιστον προσωρινό/ενδιάμεσο) για ΗΠΑ (για τη μεταφορά διαβαθμισμένων υλικών από επίσημο κρατικό φορέα π.χ. Υπουργεία Εθνικής Άμυνας, ΝΑΤΟ κ.λ.π) που να εξασφαλίζει τη μεταφορά διαβαθμισμένου υλικού. Σε περίπτωση μη προσκόμισης του ανωτέρω πιστοποιητικού εμπροθέσμως, ο Ανάδοχος κηρύσσεται έκπτωτος και καταπίπτει σε βάρος του η εγγύηση καλής εκτέλεσης της σύμβασης, της ΕΑΒ ΑΕ επιφυλασσομένης για την αποκατάσταση κάθε ζημιάς που υπέστη. Σε περίπτωση οικονομικών φορέων με αντιπρόσωπο/πους (ανταποκριτή/τές) σας ΗΠΑ την υποχρέωση έκδοσης του ως άνω πιστοποιητικού φέρουν οι αντιπρόσωποι (ανταποκριτές)”.

2.Επίσης, στην σελίδα 4 του Παραρτήματος II της Διακήρυξης και υπό τον τίτλο “Γ. ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΜΕΤΑΦΟΡΕΑ”, περιλαμβάνεται ο όρος 15, ο οποίος προβλέπει ότι: “Ο Μεταφορέας υποχρεούται να προσκομίσει ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ SECURITY CLEARANCE (τουλάχιστον προσωρινό/ενδιάμεσο) για ΗΠΑ (για τη μεταφορά διαβαθμισμένων υλικών από επίσημο κρατικό φορέα π.χ. Υπουργεία Εθνικής Άμυνας, ΝΑΤΟ κ.λ.π) που να εξασφαλίζει τη μεταφορά διαβαθμισμένου υλικού, άμεσα και πάντως εντός

Αριθμός απόφασης: 30/2019

τεσσάρων (4) μηνών από την υπογραφή της σύμβασης. Σε περίπτωση μη προσκόμισής του η ΕΑΒ διατηρεί το δικαίωμα καταγγελίας της σύμβασης αζημίως για αυτήν”.

3. Κατά της ανωτέρω Διακήρυξης υπ' αρ. 789/2018, η οποία είχε δημοσιευθεί αρχικά στις 2-8-2018, είχαμε ασκήσει την από 24-8-2018 προδικαστική προσφυγή μας (ΓΑΚ 858/27-8-2028), και ζητούσαμε με τον 2ο λόγο αυτής την ακύρωση του όρου 2.4.3.2 περ. γ', ο οποίος περιελάμβανε στην αρχική διατύπωσή του την υποχρέωση έκδοσης του πιστοποιητικού SECURITY CLEARANCE και από τον ανταποκριτή του μεταφορέα στον Καναδά, για τους λόγους, τους οποίους αναφέραμε αναλυτικά στην προσφυγή μας. Η ΑΕΠΠ με την υπ' αριθμ. 884/2017 απόφασή της έκανε δεκτή την προσφυγή μας και ακύρωσε τον ανωτέρω όρο, διότι δημιουργούσε ασάφεια ως προς την υποχρέωση έκδοσης πιστοποιητικού και για τον Καναδά, ενώ ο όρος σαφώς αφορούσε μόνον τις ΗΠΑ.

4. Στη συνέχεια η Αναθέτουσα Αρχή, συμμορφούμενη με την υπ' αρ. 884/2018 απόφασή σας, με την από 1-11-2018 Ανακοίνωσή της (αρ. πρωτ. 1230-2018-11-871) αντικατέστησε τον όρο 2.4.3.2. περ. γ', απαλείφοντας τις λέξεις “ή/και στον Καναδά” και διατηρώντας αυτούσιο το υπόλοιπο περιεχόμενό της. Όμως, στην ίδια Ανακοίνωση και υπό τον τίτλο “B. Τροποποίηση όρων της Διακήρυξης για τη διόρθωση εκ παραδρομής σφαλμάτων” περιέλαβε την παράγραφο 2, στην οποία όρισε ότι: “Απαλείφεται ο όρος Γ.19 του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης”. Ο όρος Γ. 19 του Παραρτήματος Ι προέβλεπε ότι: “Ο Μεταφορέας υποχρεούται να προσκομίσει ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ SECURITY CLEARANCE (τουλάχιστον προσωρινό/ενδιάμεσο) για ΗΠΑ (για τη μεταφορά διαβαθμισμένων υλικών από επίσημο κρατικό φορέα π.χ. Υπουργεία Εθνικής Άμυνας, NATO κ.λ.π) που να εξασφαλίζει τη μεταφορά διαβαθμισμένου υλικού, άμεσα και πάντως εντός τεσσάρων (4) μηνών από την υπογραφή της σύμβασης. Σε περίπτωση μη προσκόμισής του η ΕΑΒ διατηρεί το δικαίωμα καταγγελίας της σύμβασης αζημίως για αυτήν”. Η απαλοιφή τη υποχρέωσης προσκόμισης από τον Ανάδοχο του πιστοποιητικού SECURITY CLEARANCE καταδεικνύει την σαφή βούληση της Αναθέτουσας Αρχής να μην περιλάβει την σχετική απαίτηση στην

Αριθμός απόφασης: 30/2019

αναδιατύπωση της Διακήρυξης. Για τον λόγο αυτό είναι άσκοπη, εντελώς περιττή και αντιφατική η διατήρηση στην Διακήρυξη του όρου 2.4.3.2. περ. γ' και της παραγράφου 15 του Παραρτήματος II, κατά τις οποίες απαιτείται αφ'ενός από τους συμμετέχοντες στον προκείμενο διαγωνισμό να υποβάλουν στον φάκελο της συμμετοχής τους δήλωση ότι θα προσκομίσουν το πιστοποιητικό SECURITY CLEARANCE, σε περίπτωση που αναδειχθούν Ανάδοχοι του έργου, αφ'ετέρου από τον Ανάδοχο να προσκομίσει το ανωτέρω πιστοποιητικό εντός 4 μηνών.

5. Συνεπώς, ο όρος 2.4.3.2. περ. γ1 και η παράγραφος 15 του Παραρτήματος II παραβιάζουν το άρθρο 53 Ν.4412/2016 κατά το οποίο: “[...]καθώς και την αρχή της ίσης μεταχείρισης, διότι έρχονται σε πλήρη αντίθεση με την απαλοιφή από την διακήρυξη του όρου Γ. 19 του Παραρτήματος I, δημιουργούν ασάφεια για τις απαιτήσεις του διαγωνισμού και σύγχυση στους συμμετέχοντες, και στην εταιρεία μας, διότι εμποδίζουν αυτούς να κατανοήσουν τις απαιτήσεις τη διακήρυξης, και συγκεκριμένα εάν απαιτείται ή όχι το πιστοποιητικό SECURITY CLEARANCE, ώστε να γνωρίζουν εάν καλύπτουν την απαίτηση αυτή για να υποβάλουν την προσφορά τους. Για τον λόγο αυτό πρέπει να ακυρωθούν.

2ος Λόγος

Επίσης, οι ανωτέρω όροι της Διακήρυξης (2.4.3.2. περ. γ' και η παράγραφος 15 του Παραρτήματος II) πρέπει να ακυρωθούν και για τους εξής λόγους :

1. Το ανωτέρω πιστοποιητικό SECURITY CLEARANCE, το οποίο απαιτούν ο όρος 2.4.3.2. περ. γ' και η παράγραφος 15 του Παραρτήματος II της Διακήρυξης, εκδίδεται από τον αρμόδιο φορέα εντός των ΗΠΑ, το DEFENCE SECURITY SERVICE του Υπουργείου Άμυνας (βλ. το σχετικό link: http://www.dss.mil/isp/international/isl_961-l.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,

Αριθμός απόφασης: 30/2019

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 ίδιας 789/2018 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/security-clearance-faqs#", 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 Αμυνας για την Διαχείριση Ασφάλειας)", του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας των ΗΠΑ (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, χωρίς η EAB A.E. να προσκομίσει κανένα αντίθετο αποδεικτικό στοιχείο, παρότι

Αριθμός απόφασης: 30/2019

ισχυρίστηκε αόριστα ότι ο μεταφορέας των υλικών FMS διαθέτει το πιστοποιητικό SECURITY CLEARANCE, όπως αναφέρεται στην παράγραφο 47 της υπ'αρ. 884/2018 απόφασής σας.

Συνεπώς, δεν είναι δυνατή η έκδοση του πιστοποιητικού αυτού από εταιρεία, που έχει έδρα στην Ελλάδα, όπως η δική μας.

2. Επίσης, τον ίδιο ως άνω όρο της διακήρυξης, υπό τον τίτλο “Περιεχόμενα Φακέλου “Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά” περιλαμβάνεται ο όρος σχετικά με το πιστοποιητικό SECURITY CLEARANCE ότι: “2.4.3.2.... Σε περίπτωση οικονομικών φορέων με αντιπρόσωπο/πους (ανταποκριτή/τές) στις ΗΠΑ την υποχρέωση έκδοσης του ως άνω πιστοποιητικού φέρουν οι αντιπρόσωποι (ανταποκριτές)”. 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), 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

Αριθμός απόφασης: 30/2019

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 858/27-8-2028) κατά της ίδιας 789/2018 Διακήρυξης, με τον 2ο λόγο της οποίας 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, "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). Συνεπώς, δικαιούμαστε να προσβάλουμε τον όρο 2.4.3.2. της Διακήρυξης, δεδομένου ότι αυτός περιλαμβάνεται στην εκ νέου δημοσιευθείσα Διακήρυξη, ο δε σχετικός λόγος ακύρωσης, που περιελήφθη και στην από 24-8-2018 προδικαστική προσφυγή μας, απορρίφθηκε από την ΑΕΠΠ όχι ως αβάσιμος, αλλά ως αναπόδεικτος, προς απόδειξή του δε προσκομίζουμε το ανωτέρω αποδεικτικό στοιχείο (FOREIGN PURCHASER GUIDE TO FREIGHT FORWARDER SELECTION).

Αριθμός απόφασης: 30/2019

4.Προς αντίκρουση του 2ου λόγου της από 24-8-2018 προδικαστικής προσφυγής μας (ΓΑΚ 858/27-8-2028) κατά της ίδιας 789/2018 Διακήρυξης, με τον οποίο ζητούσαμε την ακύρωση της απαίτησης έκδοσης του πιστοποιητικού *Security Clearance*, διότι τούτο δεν μπορεί να εκδοθεί για ελληνική εταιρεία, η EAB είχε προβάλει τον ισχυρισμό ότι: “Η EAB έως σήμερα μεταφέρει τα υλικά FMS μέσω μεταφορέα εγκατεστημένου στην Ελλάδα, του οποίου ο ανταποκριτής στις ΗΠΑ είναι πιστοποιημένος και έχει ενταχθεί στο αντίστοιχο σύστημα εγκεκριμένων μεταφορέων της υπηρεσίας FMS ο οποίος ισχυρισμός είχε γίνει δεκτός από την ΑΕΠΠ (βλ. παραγρ. 47 της υπ’αρ. 884/2018 απόφασής σας).

Όμως, ο ισχυρισμός αυτός είναι εντελώς αβάσιμος, όπως διαπιστώσαμε από πρόσφατη ερευνά μας. Ο Αεροπορικός Ακόλουθος της Πρεσβείας μας στην Ουάσιγκτον (AAO) δεν έχει εγγράψει κανέναν μεταφορέα στο *Military Assistance Program Address Directory (MAPAD)* για την διακίνηση υλικών FMS της EAB (βλ. σελ. 23 *FOREIGN PURCHASER GUIDE TO FREIGHT FORWARDER SELECTION*), συνεπώς δεν έχει εκδοθεί για κανέναν διαμεταφορέα της EAB το πιστοποιητικό *Security Clearance*, το οποίο να αφορά μεταφορές από και προς την Ελλάδα, τυχόν δε κατοχή του πιστοποιητικού για μεταφορές σε άλλη χώρα δεν ισχύει για μεταφορές στην Ελλάδα. Ούτε είναι δυνατόν να εγγράψει η EAB διαμεταφορέα στο MAPAD, ώστε να λάβει το πιστοποιητικό αυτό, διότι τέτοια δυνατότητα έχουν μόνον οι τρεις κλάδοι των ΕΔ (Πολεμική Αεροπορία, Πολεμικό Ναυτικό, Στρατός Ξηράς). Όπως μας ενημέρωσε ο ανταποκριτής μας στις ΗΠΑ, στο MAPAD έχουν εγγράψει οι εξής διαμεταφορείς για την διακίνηση υλικών FMS: Η Πολεμική Αεροπορία έχει εγγράψει την εταιρεία DLA (<http://www.dla.mil/>), η οποία είναι ο επίσημος διαμεταφορέας της κυβέρνησης των ΗΠΑ, μέχρι να συνάψει η αγοράστρια χώρα σύμβαση με δικό της διαμεταφορέα. Το Πολεμικό Ναυτικό έχει εγγράψει την εταιρεία IKAROS TRANSPORT CORPORATION (www.itcgrouppusa.com) με έδρα τις ΗΠΑ, ανταποκρίτρια της εταιρείας ΟΡΦΕΑΣ ΒΕΪΝΟΓΛΟΥ, η οποία έχει συνάψει την υπ’αρ. 1/2016 σύμβαση μεταφοράς των υλικών του ΠΝ, όμως ουδέποτε έχει προσκομίσει πιστοποιητικό *Security Clearance*, παρότι η Διακήρυξη 8/15 το προέβλεπε. Ο

Αριθμός απόφασης: 30/2019

δε Στρατός δεν έχει ενεργό διαμεταφορέα στο MAPAD, λόγω μη διακίνησης υλικών FMS. Συνεπώς, αποδεικνύεται ότι ο ισχυρισμός της Αναθέτουσας Αρχής, ο οποίος έγινε δεκτός με την υπ'αρ. 884/2018 απόφασή σας, κατά τον οποίο είναι δυνατή η χορήγηση του πιστοποιητικού Security Clearance σε έλληνα διαμεταφορέα ή ανταποκριτή του στις ΗΠΑ, δεν είναι βάσιμος.

5.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'αρ. 181/2009 για την μεταφορά διαβαθμισμένων υλικών από και προς τις ΗΠΑ με Αναθέτουσα Αρχή την Π.Α., από την Ανάδοχο εταιρίαγια 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 Γενικό Επιτελείο Ναυτικού, ως αναθέτουσα Αρχή του υπ'αρ. 4/2012 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". Συνεπώς, σε κάθε περίπτωση, πρέπει να ακυρωθεί η περιεχόμενη στον όρο 2.4.3.2. περ. γ' και στην παράγραφο 15 του Παραρτήματος II απαίτηση προσκόμισης του πιστοποιητικού Security Clearance εντός τεσσάρων (4) μηνών από την υπογραφή της σύμβασης επί ποινή εκπτώσεως του Αναδόχου.

Για τους λόγους αυτούς ο όρος 2.4.3.2. περ. γ' και η παράγραφος 15 του Παραρτήματος II της Διακήρυξης καθιστούν απαγορευτική την συμμετοχή εταιρίας, που δεν έχει έδρα στις ΗΠΑ, όπως η δική μας και προσβάλλουν την αρχή της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού. Πρέπει ως εκ τούτου να ακυρωθούν».

Αριθμός απόφασης: 30/2019

15.Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί της προσφυγής αναφέρει ότι:

«Ι. Αβάσιμος ο 1ος λόγος της προσφυγής

Με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της, η προσφεύγουσα επικαλείται δήθεν ασάφεια των όρου 2.4.3.2 περ. γ' της Διακήρυξης συναγόμενη -κατά τους ισχυρισμούς της- από την διαγραφή του όρου Γ.19 του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης.

Ο λόγος αυτός είναι προδήλως αβάσιμος όπως προκύπτει από την απλή ανάγνωση των σχετικών όρων της Διακήρυξης. Συγκεκριμένα :

Πράγματι η εταιρεία μας, μετά την έκδοση της υπ' αριθ. 884/2018 απόφασης της Αρχής σας και σε συμμόρφωση προς αυτήν, προέβη σε τροποποίηση/αντικατάσταση των όρων της Διακήρυξης, τροποποιήσεις τις οποίες ανακοίνωσε με την υπ' αριθ. 1230-2018-11-871/1.11.2018 ανακοίνωσή της, αποσταλείσα προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερία της ΕΕ στις 02/11/2018. Οι επελθούσες τροποποιήσεις αφορούσαν δύο κατηγορίες όρων: εκείνων που είχαν κριθεί μη νόμιμοι με την υπ' αριθ. 884/2018 απόφαση της Αρχής σας (υπό στοιχείο Α της Ανακοίνωσης) και εκείνων που οφείλοντο σε εκ παραδρομής σφάλματα (υπό στοιχείο Β της Ανακοίνωσης).

Στην δεύτερη κατηγορία τροποποιήσεων περιλαμβάνεται και η διαγραφή του όρου Γ.19 του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης, ο οποίος είχε εκ προδήλου παραδρομής συμπεριληφθεί στο Παράρτημα Ι. Και τούτο διότι στο Παράρτημα Ι -όπως σαφώς προκύπτει από την πρώτη παράγραφο Α αυτού - καθορίζονται οι όροι και απαιτήσεις για τις μεταφορές υλικών από εμπορικές πηγές, για τις οποίες προφανώς και δεν απαιτείται η υποβολή του Πιστοποιητικού Security Clearance, το οποίο απαιτείται μόνον για τα υλικά FMS (Foreign Military Sales) και όντως έχει συμπεριληφθεί ως όρος Γ.15 στο οικείο Παράρτημα, ήτοι στο Παράρτημα ΙΙ της Διακήρυξης στο οποίο - όπως σαφώς προκύπτει από την πρώτη παράγραφο Α αυτού - καθορίζονται οι όροι και απαιτήσεις για τις μεταφορές υλικών FMS από ΗΠΑ προς Ελλάδα και αντιστρόφως.

Κατά συνέπεια, ουδεμία απολύτως ασάφεια των όρων και τεχνικών προδιαγραφών της Διακήρυξης υφίσταται, αφού από τους όρους 2.4.3.2 περ.

Αριθμός απόφασης: 30/2019

γ' και Γ.15 του Παραρτήματος II είναι σαφές ότι το επίμαχο Πιστοποιητικό Security Clearance απαιτείται από τους οικονομικούς φορείς μόνον για τις μεταφορές υλικών FMS από ΗΠΑ προς Ελλάδα και αντιστρόφως.

Ουδενμία, δε, βούληση της εταιρείας μας υφίσταται να μην συμπεριλάβει την απαίτηση για το συγκεκριμένο πιστοποιητικό στους όρους της Διακήρυξης, κατά το μέρος που αφορά στα υλικά FMS, όπως εσφαλμένα υπολαμβάνει η προσφεύγουσα.

Μια προσεκτική ανάγνωση της Διακήρυξης από την προσφεύγουσα, θα αρκούσε ώστε να μην της δημιουργείται σύγχυση, η οποία οφείλεται αποκλειστικά σε δική της παρερμηνεία όρων σαφέστατων και μη επιδεχομένων αμφισβητήσεων ή ερμηνειών.

Μια τέτοια προσεκτική ανάγνωση επίσης, όχι μόνον αρκούσε αλλά και απαιτείτο προκειμένου η προσφεύγουσα να μην καθυστερεί, με προδήλως αβάσιμες προδικαστικές προσφυγές, τη διαγωνιστική διαδικασία.

Σημειώνεται, έστω και ως εκ περισσού, ότι ο όρος της Διακήρυξης με τον οποίο απαιτείται η υποβολή του επίμαχου πιστοποιητικού για τις μεταφορές FMS από και προς τις ΗΠΑ, έχει κριθεί νόμιμος με την υπ' αριθμ. 884/2018 απόφαση της Αρχής σας (διότι προβλέπεται σε διμερείς συμβάσεις της χώρας μας με τις ΗΠΑ, όπως αναλυτικώς έγινε δεκτό στην ανωτέρω απόφασή σας), και επομένως η Αρχή σας, δεσμεύεται από την προηγούμενη απόφασή της και στερείται αρμοδιότητας να επανέλθει επί του νομικού ζητήματος της νομιμότητας του επίμαχου όρου.

Σημειωτέον επίσης, ότι πριν την τροποποίηση των ανωτέρω όρων, η εταιρεία μας, ήδη με την υπ' αριθ. πρωτ. 1230-2018-10-846/24.10.2018 Ανακοίνωσή της, είχε προβεί σε μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας κατάθεσης των προσφορών για την 10η.12.2018, τηρουμένης κατά συνέπεια της προβλεπόμενης στο άρθρο 27 απρ.1 και 4 του ν. 4412/2016 τριακονθήμερης προθεσμίας μεταξύ της ημερομηνίας αποστολής της τροποποίησης της Διακήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα της ΕΕ και της καταληκτικής ημερομηνίας κατάθεσης των προσφορών.

II. Απαράδεκτος ο 2ος λόγος της προσφυγής

[...]

Β. Σύμφωνα από τη σχετική νομολογία επί των αντιστοίχων διατάξεων των προϊσχυόντων ν. 2522/1997 και ν. 3886/2010, οι οποίοι ρύθμιζαν την προσωρινή προστασία στις προσυμβατικές διαφορές, από τις διατάξεις των οποίων σχετικώς με την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής δεν έχουν διαφοροποιηθεί οι ρυθμίσεις των άρθρων 360 και 361 του Ν. 4412/2016, έχει νομολογιακώς διαμορφωθεί ο κανόνας της άπαξ ασκήσεως της προδικαστικής προσφυγής, κατ' αναλογία των ισχυόντων για τα ένδικα βοηθήματα. Ως εκ τούτου προδικαστική προσφυγή μπορεί να ασκηθεί μία μόνον φορά κατά της αυτής πράξης ή παράλειψης. Ο κανόνας αυτός καταλαμβάνει την περίπτωση εκείνη, κατά την οποία η πρώτη προδικαστική απορρίφθηκε είτε ως αβάσιμη είτε ως απαράδεκτη για οποιονδήποτε λόγο (μεταξύ πολλών ΕΑ ΣΤΕ 181/1988, 436/1998, 581/2000, 191/2002, 193/2002 και 195/2002 κ.ά).

Γ. Με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της, η προσφεύγουσα επαναφέρει τον δεύτερο λόγο της προηγούμενης (πρώτης) προδικαστικής προσφυγής της προσφεύγουσας κατά της ίδιας Διακήρυξης (ΓΑΚ ΑΕΠΠ 858/27.8.2018), ο οποίος όμως ρητώς απορρίφθηκε με την υπ' αριθ. 884/2018 απόφαση της Αρχής σας (με τις σκέψεις 47 και 48 αυτής).

Η τροποποίηση/αντικατάσταση όρου της Διακήρυξης σε συμμόρφωση με απόφαση της ΑΕΠΠ -όπως εν προκειμένω του όρου 2.4.3.2.- δεν επιτρέπει στον οικονομικό φορέα του οποίου η προσφυγή έχει ήδη απορριφθεί, να επαναφέρει τους ίδιους λόγους της προσφυγής του που απορρίφθηκαν, θεραπεύοντας με την δεύτερη προσφυγή του τις (οιονεί δικονομικές) ελλείψεις της πρώτης, όπως εν προκειμένω επιχειρεί η προσφεύγουσα, επαναφέροντας λόγους που ήδη έχουν απορριφθεί με την υπ' αριθ. 884/2018 απόφασή σας και προσκομίζοντας οψίμως αποδεικτικά στοιχεία (FOREIGN PURCHASE GUIDE TO FREGHT FOREWARDER SELECTION) που δήθεν τους αποδεικνύουν (αν ήθελε υποτεθεί ότι τους αποδεικνύουν, γεγονός το οποίο αρνούμεθα).

Διευκρινίζεται στο σημείο αυτό ότι η προσφεύγουσα, με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της δεν εγείρει ζήτημα μη συμμόρφωσης του τροποποιηθέντος όρου 2.4.3.2 με τα κριθέντα στην υπ' αριθμ. 884/2018

Αριθμός απόφασης: 30/2019

απόφαση της Αρχής σας, ούτε εγείρει ζήτημα νομιμότητας νέας κανονιστικής ρύθμισης (διότι ο όρος 2.4.3.2. δεν είναι 'νέος', αλλά ο αρχικός όρος προσαρμοσθείς στα κριθέντα με την προαναφερθείσα απόφαση της Αρχής σας), ώστε να τίθεται θέμα 'αναβίωσης' της προθεσμίας και του δικαιώματος άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά νέου όρου της Διακήρυξης.

Δ. Σε κάθε περίπτωση, με τον δεύτερο λόγο της προδικαστικής προσφυγής της, η προσφεύγουσα απαραδέκτως αμφισβητεί κατ' ουσίαν τη νομιμότητα της υπ' αριθμ. 884/2018 απόφασης της Αρχής σας. Παραπονείται συγκεκριμένα με τον λόγο αυτό ότι εσφαλμένως κρίθηκε με την απόφαση 884/2018 της Αρχής σας ως προς το επίμαχο πιστοποιητικό *Security Clearance*, ότι «οι αλλοδαποί μπορούν να λάβουν άδεια περιορισμένης πρόσβασης», ότι η ίδια δεν απέδειξε «ότι η οικεία, χορηγούμενη κατά τα ως άνω σε αλλοδαπούς άδεια, δεν καλύπτει τις απαιτήσεις της διακήρυξης» και ότι είναι δυνατή η χορήγηση του πιστοποιητικού σε έλληνα διαμεταφορέα.

Ωστόσο, οποιοσδήποτε τυχόν αιτιάσεις κατά της υπ' αριθ. 884/2018 απόφασης της Αρχής σας, η προσφεύγουσα όφειλε να τις προβάλει δικαστικώς με αίτηση αναστολής ενώπιον του αρμοδίου Δικαστηρίου, εντός της προβλεπόμενης στο άρθρο 372 του ν. 4412/2016 δεκαήμερης προθεσμίας και με αίτηση ακυρώσεως, απαραδέκτως, δε, αμφισβητεί με την υπό κρίση δεύτερη προσφυγή της τη νομιμότητα της υπ' αριθ. 884/2018 απόφασής σας.

Κατά συνέπεια, με βάση τα ανωτέρω, καθίσταται σαφές ότι η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της».

16.Επειδή στο σημ. 74 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ορίζεται ότι: «Οι τεχνικές προδιαγραφές που καθορίζονται από τους αγοραστές του Δημοσίου πρέπει να επιτρέπουν το άνοιγμα των δημόσιων προμηθειών στον ανταγωνισμό καθώς και την επίτευξη των στόχων βιωσιμότητας. Για τον σκοπό αυτό, θα πρέπει να είναι δυνατή η υποβολή προσφορών που αντικατοπτρίζουν την ποικιλία των προτύπων για τεχνικές λύσεις και των τεχνικών προδιαγραφών στην αγορά [...] Κατά συνέπεια, οι τεχνικές προδιαγραφές θα πρέπει να καταρτίζονται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται ο τεχνητός περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που να ευνοούν έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, αντικατοπτρίζοντας βασικά

Αριθμός απόφασης: 30/2019

χαρακτηριστικά των αγαθών, υπηρεσιών ή Έργων που παρέχονται συνήθως από τον οικονομικό φορέα αυτό. Η κατάρτιση των τεχνικών προδιαγραφών ως προς τις λειτουργικές απαιτήσεις και τις απαιτήσεις εκτέλεσης επιτρέπει εν γένει την επίτευξη του ανωτέρω στόχου με τον καλύτερο δυνατό τρόπο[...].».

17.Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ «Τεχνικές προδιαγραφές: [...] 2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία προμήθειας και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων προμηθειών στον ανταγωνισμό [...] 4. Εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, οι τεχνικές προδιαγραφές δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από συγκεκριμένο οικονομικό φορέα [...]».

18.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

Αριθμός απόφασης: 30/2019

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)».

19.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

Αριθμός απόφασης: 30/2019

διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων.

20. 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».

21. 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

Αριθμός απόφασης: 30/2019

πρότυπων, 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. [...].».

22.Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

23.Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» του ν. 4412/2016 ορίζεται 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,

Αριθμός απόφασης: 30/2019

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».

24. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 367 «Διαδικασία λήψης απόφασης συνέπειες αποφάσεων ΑΕΕΠ» του ν.4412/2016:

«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.[...]

4. Οι αποφάσεις της ΑΕΠΠ υπόκεινται αποκλειστικά στα ένδικα βοηθήματα που προβλέπονται στον Τίτλο 3 του παρόντος Βιβλίου».

25. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 372 «Δικαστική προστασία στο πεδίο που προηγείται της σύναψης της σύμβασης» του ν.4412/2016:

«1. Όποιος έχει έννομο συμφέρον μπορεί να ζητήσει την αναστολή της εκτέλεσης της απόφασης της ΑΕΠΠ και την ακύρωσή της ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου της έδρας της αναθέτουσας αρχής, με τριμελή σύνθεση, το οποίο αποφαινεται αμετακλήτως. Δικαίωμα άσκησης των ίδιων ενδίκων βοηθημάτων έχει και η αναθέτουσα αρχή αν η ΑΕΠΠ κάνει δεκτή την προδικαστική προσφυγή. Με τα ένδικα βοηθήματα της αίτησης αναστολής και της αίτησης ακύρωσης λογίζονται ως συμπροσβαλλόμενες με την απόφαση της ΑΕΠΠ και όλες οι συναφείς προς την ανωτέρω απόφαση πράξεις ή παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής, εφόσον έχουν εκδοθεί ή συντελεστεί αντιστοίχως έως τη συζήτηση της αίτησης αναστολής ή την πρώτη συζήτηση της αίτησης ακύρωσης. Με την επιφύλαξη των διατάξεων του παρόντος νόμου, για την εκδίκαση των διαφορών αυτών εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις του π.δ. 18/1989 (Α' 8). [...]

4. Η άσκηση της αίτησης αναστολής δεν εξαρτάται από την προηγούμενη άσκηση της αίτησης ακύρωσης. Η αίτηση αναστολής κατατίθεται στο αρμόδιο δικαστήριο μέσα σε προθεσμία δέκα (10) ημερών από την έκδοση της απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής και συζητείται το αργότερο εντός τριάντα (30) ημερών από την κατάθεσή της [...]

Αριθμός απόφασης: 30/2019

26.Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 3 παρ. 4 του ΠΔ 39/2017: «Δεν επιτρέπεται η άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά απόφασης της ΑΕΠΠ».

27.Επειδή ο όρος 2.4.3.2. περ. γ' της διακήρυξης, πριν την αντικατάστασή του προέβλεπε ότι: «Δήλωση στην οποία οι προσφέροντες θα δηλώνουν ότι η προσφορά τους είναι σύμφωνη με όλους τους όρους των Παραρτημάτων I και II της παρούσας, και ότι σε περίπτωση που αναδειχθούν Ανάδοχοι της παρούσας σύμβασης θα προσκομίσουν στην ΕΑΒ ΑΕ άμεσα και πάντως εντός τεσσάρων (4) μηνών από την υπογραφή της σύμβασης, ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ SECURITY CLEARANCE (τουλάχιστον προσωρινό/ενδιάμεσο) για ΗΠΑ (για την μεταφορά διαβαθμισμένων υλικών από επίσημο κρατικό φορέα π.χ Υπουργεία Εθνικής Άμυνας, ΝΑΤΟ κλπ) που να εξασφαλίζει την μεταφορά διαβαθμισμένου υλικού. Σε περίπτωση μη προσκόμισης του ανωτέρω πιστοποιητικού εμπροθέσμως, ο Ανάδοχος κηρύσσεται έκπτωτος και καταπίπτει σε βάρος του η εγγύηση καλής εκτέλεσης της σύμβασης, της ΕΑΒ ΑΕ επιφυλασσομένης για την αποκατάσταση κάθε ζημίας που υπέστη. Σε περίπτωση οικονομικών φορέων με αντιπρόσωπο/πους (ανταποκριτή/τες) στις ΗΠΑ ή/και στον Καναδά, την υποχρέωση έκδοσης του ως άνω πιστοποιητικού φέρουν οι αντιπρόσωποι (ανταποκριτές)».

Επίσης σύμφωνα με το Πάραρτημα I της Διακήρυξης, όπως ίσχυε πριν την τροποποίηση του:

«ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ I

ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ

Το αντικείμενο του παρόντος Παραρτήματος αφορά στην ανάθεση σε μεταφορική Εταιρία, της μεταφοράς πάσης φύσεως υλικών της ΕΑΒ (από εμπορικές πηγές) όπως ενδεικτικά αναφέρονται παρακάτω :

>ΑΝΤΑΛΛΑΚΤΙΚΑ ΑΕΡΟΣΚΑΦΩΝ & ΑΕΡΟΚΙΝΗΤΗΡΩΝ, ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΑ

>ΠΡΩΤΕΣ ΥΛΕΣ

>ΕΡΓΑΛΕΙΑ

>ΕΠΙΣΚΕΥΑΣΙΜΑ ΥΛΙΚΑ

>ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΑ

>ΧΗΜΙΚΑ

Αριθμός απόφασης: 30/2019

>ΥΛΙΚΑ ΜΕΤΑΦΕΡΟΜΕΝΑ ΕΝΤΟΣ ΞΗΡΟΥ ΠΑΓΟΥ Κ.Λ.Π από ΗΠΑ " ΚΑΝΑΔΑ προς ΕΛΛΑΔΑ και αντιστρόφως. [...]

Γ.ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΜΕΤΑΦΟΡΕΑ [..]

19.Ο Μεταφορέας υποχρεούται να προσκομίσει ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ SECURITY CLEARANCE (τουλάχιστον προσωρινό / ενδιάμεσο) για ΗΠΑ (για την μεταφορά διαβαθμισμένων υλικών από επίσημο κρατικό φορέα π.χ Υπουργεία Εθνικής Άμυνας , NATO κλπ) που να εξασφαλίζει την μεταφορά διαβαθμισμένου υλικού, άμεσα και πάντως εντός τεσσάρων (4) μηνών από την υπογραφή της σχετικής σύμβασης. Σε περίπτωση μη προσκόμισής του η ΕΑΒ διατηρεί το δικαίωμα καταγγελίας της σύμβασης αζημίως για αυτήν».

Σύμφωνα με το Παράρτημα II της διακήρυξης:

«ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II

A. ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ

Το αντικείμενο του παρόντος Παραρτήματος αφορά στην ανάθεση σε μεταφορική Εταιρία, της μεταφοράς υλικών FMS της ΕΑΒ από ΗΠΑ προς ΕΛΛΑΔΑ και αντιστρόφως. [...]

Γ. ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΜΕΤΑΦΟΡΕΑ [...]

15. Ο Μεταφορέας υποχρεούται να προσκομίσει ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ SECURITY CLEARANCE (τουλάχιστον προσωρινό / ενδιάμεσο) για ΗΠΑ (για την μεταφορά διαβαθμισμένων υλικών από επίσημο κρατικό φορέα π.χ Υπουργεία Εθνικής Άμυνας , NATO κλπ) που να εξασφαλίζει την μεταφορά διαβαθμισμένου υλικού, άμεσα και πάντως εντός τεσσάρων (4) μηνών από την υπογραφή της σχετικής σύμβασης. Σε περίπτωση μη προσκόμισής του η ΕΑΒ διατηρεί το δικαίωμα καταγγελίας της σύμβασης αζημίως για αυτήν»

25. Επειδή σύμφωνα με την Τροποποίηση:

«Α. Αντικατάσταση των όρων 2.2.9.2 περ. Β.4 πρώτη παράγραφος και 2.4.3.3 περ. γ) της Διακήρυξης, κατόπιν της υπ' αριθμ. 884/2018 απόφασης της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών.[...]

2. Ο υπ' αριθ. 2.4.3.2. περ. γ' όρος της διακήρυξης αντικαθίσταται ως ακολούθως:

«Δήλωση στην οποία οι προσφέροντες θα δηλώνουν ότι η προσφορά τους είναι σύμφωνη με όλους τους όρους των Παραρτημάτων I και II της

Αριθμός απόφασης: 30/2019

παρούσας, και ότι σε περίπτωση που αναδειχθούν Ανάδοχοι της παρούσας σύμβασης θα προσκομίσουν στην EAB A.E. άμεσα και πάντως εντός τεσσάρων (4) μηνών από την υπογραφή της σύμβασης, ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ SECURITY CLEARANCE (τουλάχιστον προσωρινό / ενδιάμεσο) για ΗΠΑ (για την μεταφορά διαβαθμισμένων υλικών από επίσημο κρατικό φορέα π.χ. Υπουργεία Εθνικής Άμυνας, NATO κλπ.) που να εξασφαλίζει την μεταφορά διαβαθμισμένου υλικού. Σε περίπτωση μη προσκόμισης του ανωτέρω πιστοποιητικού εμπροθέσμως, ο Ανάδοχος κηρύσσεται έκπτωτος και καταπίπτει σε βάρος του η εγγύηση καλής εκτέλεσης της σύμβασης, της EAB A.E. επιφυλασσομένης για την αποκατάσταση κάθε ζημίας που υπέστη. Σε περίπτωση οικονομικών φορέων με αντιπρόσωπο/πους (ανταποκριτή/τές) στις ΗΠΑ, την υποχρέωση έκδοσης του ως άνω πιστοποιητικού φέρουν οι αντιπρόσωποι (ανταποκριτές).

B. Τροποποίηση όρων της Διακήρυξης για τη διόρθωση εκ παραδρομής σφαλμάτων [...]

1. Απαλείφεται ο όρος Γ. 19 του Παραρτήματος I της Διακήρυξης».

26. Επειδή σύμφωνα με την υπ' αριθμό 884/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ:

«[...] 44. Επειδή με τον 2ο λόγο της προσφυγής του ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι θα πρέπει να ακυρωθεί ο όρος της διακήρυξης 2.4.3.2 περ. γ, και να ακυρωθεί η παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής να συμπεριλάβει στην διακήρυξη την διαδικασία μεταφοράς των υλικών FMS και εγγραφής στο MAPAD, να αναφέρει σε ποια διαβάθμιση ασφαλείας υπάγονται τα μεταφερόμενα υλικά και οι πληροφορίες, που παρέχονται στους συμμετέχοντες στον διαγωνισμό και στους εργολάβους και να επισυνάψει ως Παράρτημα στην διακήρυξη «Οδηγό Διαβάθμισης Ασφαλείας (ΟΔΑ)».

45. Επειδή, σύμφωνα με τον επίμαχο όρο της διακήρυξης ρητά αναγράφεται ότι απαιτείται η προσκόμιση Δήλωσης στην οποία οι προσφέροντες θα δηλώνουν ότι σε περίπτωση που αναδειχθούν Ανάδοχοι θα προσκομίσουν στην EAB AE άμεσα και πάντως εντός τεσσάρων (4) μηνών από την υπογραφή της σύμβασης, ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ SECURITY CLEARANCE (τουλάχιστον προσωρινό / ενδιάμεσο) για ΗΠΑ (για την μεταφορά διαβαθμισμένων υλικών από επίσημο κρατικό φορέα π.χ Υπουργεία

Εθνικής Άμυνας, NATO κλπ). Σε περίπτωση οικονομικών φορέων με αντιπρόσωπο/πους (ανταποκριτή/τες) στις ΗΠΑ ή/και στον Καναδά, την υποχρέωση έκδοσης του ως άνω πιστοποιητικού φέρουν οι αντιπρόσωποι (ανταποκριτές). Επομένως, κατά τους ρητούς όρους της διακήρυξης, η προσκόμιση πιστοποιητικού SECURITY CLEARANCE, αφορά στην μεταφορά από και προς τις ΗΠΑ. Ως δε βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, αποτελεί απαίτηση της Κυβέρνησης των ΗΠΑ προς τις αντισυμβαλλόμενες χώρες, όταν οι τελευταίες κάνουν χρήση τρίτων μεταφορέων (Freight Forwarders) για την μεταφορά υλικών FMS (δηλαδή όταν δεν διενεργούν οι ίδιες με ίδια μέσα τη μεταφορά), γεγονός που γνωρίζει ο προσφεύγων ο οποίος επισυνάπτει στην προσφυγή του σχετικό οδηγό προετοιμασίας για την έκδοση του οικείου πιστοποιητικού από το Υπουργείο Εθνικής Άμυνας των ΗΠΑ. Ωστόσο, δοθέντος ότι στο τελευταίο εδάφιο του οικείου όρου υφίσταται ρητή αναφορά σε ανταποκριτή στον Καναδά, παράλληλα, αφενός μεν η παροχή των μεταφορικών υπηρεσιών κατά τους ρητούς όρους της διακήρυξης, περιλαμβάνει και τον Καναδά ο οποίος δεν ανήκει στις ΗΠΑ (https://el.wikipedia.org/wiki/%CE%A0%CE%BF%CE%BB%CE%B9%CF%84%CE%B5%CE%AF%CE%B5%CF%82_%CF%84%CF%89%CE%BD_%CE%97%CE%A0%CE%91), αφετέρου δε, υφίσταται αντίστοιχο πιστοποιητικό και για τον Καναδά (<http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?id=28115>), όπως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, εναργώς συνάγεται ότι δεν προκύπτει εάν απαιτείται ή μη η έκδοση αντίστοιχου πιστοποιητικού και για τον Καναδά, καθόσον ο οικείος όρος ενώ, κατ' αρχήν σαφώς προσδιορίζεται ότι αφορά μόνο στις ΗΠΑ, στη συνέχεια ως εξειδικεύεται, ευλόγως δημιουργεί ασάφεια και έχει εν προκειμένω τεθεί επί ποινή αποκλεισμού. Επομένως, ο οικείος όρος θα πρέπει να ακυρωθεί ως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων.

46. Επειδή αναφορικά με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος περί υποχρέωσης προσκόμισης «αντίστοιχου πιστοποιητικού», που εκδίδεται στην Ελλάδα, προβάλλονται αβασίμως δοθέντος ότι δεν υφίσταται στη διακήρυξη ουδεμία σχετική αναφορά με «αντίστοιχο πιστοποιητικό» που να αφορά στην Ελλάδα. Εξάλλου, ακόμη και εάν η αναθέτουσα αρχή επιθυμούσε την υποβολή του άνευ ρητού προσδιορισμού του στους όρους της διακήρυξης, δεν θα

Αριθμός απόφασης: 30/2019

εδύνατο νομίμως να αποκλείσει την προσφορά του εάν δεν το προσκόμιζε και τούτο διότι τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν δύνανται να καταλογίζονται στους υποψηφίους εφόσον η Διοίκηση όφειλε να εκφραστεί εναργέστερα (Ε.Α. ΣτΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011, ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987, ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776).

47. Επειδή, περαιτέρω, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι, δεν έχει εκδοθεί το πιστοποιητικό αυτό σε ανάδοχο για τις ΗΠΑ τα τελευταία 40 χρόνια και εν προκειμένω σε ανάδοχο, που δεν έχει έδρα τις ΗΠΑ ούτε σε ανταποκριτή του, που έχει έδρα στις ΗΠΑ, αλλά δεν είναι ανάδοχος. Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται εν προκειμένω, ότι: «α) η ΕΑΒ έως σήμερα μεταφέρει τα υλικά FMS μέσω μεταφορέα εγκατεστημένου στην Ελλάδα, του οποίου ο ανταποκριτής στις ΗΠΑ είναι πιστοποιημένος και έχει ενταχθεί στο αντίστοιχο σύστημα εγκεκριμένων μεταφορέων της υπηρεσίας FMS και β) η αρμόδια υπηρεσία FMS έχει κοινοποιήσει στην ΕΑΒ, κατόπιν σχετικού αιτήματος, την λίστα των πιστοποιημένων μεταφορέων που διαθέτουν πιστοποίηση security clearance. Η σχετική διαδικασία πιστοποίησης του μεταφορέα (security clearance of facilities) πραγματοποιείται από τον ίδιο, υποβάλλοντας αντίστοιχη αίτηση στο DSS (Defence Security Service). Τέλος επισημαίνουμε ότι και σε προηγούμενη διαγωνιστική διαδικασία που διεξήγαγε η ΕΑΒ το έτος 2016, με το ίδιο αντικείμενο (μεταφορές υλικών από εμπορικές πηγές και υλικών FMS) η εταιρεία HARLAS συμμετείχε υποβάλλοντας προσφορά και προτείνοντας ως ανταποκριτή της στις ΗΠΑ για την μεταφορά των υλικών FMS την μεταφορική εταιρεία CAVALIER LOGISTICS, γεγονός που αποδεικνύει ότι γνωρίζει ότι το πιστοποιητικό Security Clearance εκδίδεται για ανταποκριτή στις ΗΠΑ αναδόχου εγκατεστημένου στην Ελλάδα και παρελκυστικά προβάλλει τα αντίθετα με την προσφυγή της».

48. Επειδή, ο ίδιος ο προσφεύγων ρητά αναφέρει ότι έχει αναλάβει κατά την τελευταία τριετία 2015, 2015, 2017 την εκτέλεση πολλών υπηρεσιών μεταφοράς με αναθέτουσα αρχή την ΕΑΒ ΑΕ και συγκεκριμένα του έχει ανατεθεί με απευθείας ανάθεση και έχει εκτελέσει το έργο της μεταφοράς υλικών από και προς ΗΠΑ, αλλά και, προκειμένου να θεμελιώσει το έννομο

συμφέρον του για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής, ότι έχει αναλάβει την εκτέλεση μεταφορικών έργων για την EAB AE, «για το ίδιο αντικείμενο του 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 αναλυτικά εκτεθέντα στις σκέψεις 32-38 της παρούσας. Περαιτέρω, ακόμη και εάν ήθελε υποτεθεί ότι προβάλλει τους οικείους ισχυρισμούς με έννομο συμφέρον, σύμφωνα με τον οικείο διαδικτυακό τόπο (<https://www.clearancejobs.com/security-clearance-faqs#1>) του SECURITY CLEARANCE στις ΗΠΑ, ρητά αναγράφεται ότι «πολίτες άλλων χωρών δεν μπορούν να αποκτήσουν πιστοποιήσεις ασφαλείας. Ωστόσο, οι αλλοδαποί μπορούν να λάβουν άδεια περιορισμένης πρόσβασης». Ομοίως, προβλέπεται ότι «Όλες οι εγκρίσεις ασφαλείας παρέχονται μέσω εργοδότη, είτε από την κυβέρνηση είτε από έναν ιδιωτικό ανάδοχο» (<https://news.clearancejobs.com/2014/07/12/can-obtain-security-clearance-clearance-q/>). Επομένως, δοθέντος ότι ο προσφεύγων δεν αποδεικνύει ότι η οικεία, κατά τα ως άνω χορηγούμενη σε αλλοδαπούς, άδεια δεν καλύπτει τις απαιτήσεις της διακήρυξης, δεν προκύπτει ότι οι οικείοι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος ευρίσκουν νόμιμο έρεισμα, πολλώ δε μάλλον όταν είναι αποδεκτή από τη διακήρυξη η κατοχή προσωρινής/ενδιάμεσης άδειας, η οποία προσκομίζεται μετά την υπογραφή της σύμβασης και δη εντός 4 μηνών από αυτήν και τούτο διότι η αναθέτουσα αρχή προφανώς και γνωρίζει την οικεία διαδικασία χορήγησης της η οποία προϋποθέτει την ύπαρξη σχετικής σύμβασης.

49.Επειδή, περαιτέρω, το NATO δεν αποτελεί επίσημο κρατικό φορέα ως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων αλλά διεθνή οργανισμό (<https://www.nato.int/nato-welcome/index.html>), πλην όμως δεν αναγράφεται στη διακήρυξη ότι απαιτείται η προσκόμιση σχετικού πιστοποιητικού και από το NATO παρά μόνο ότι το NATO αφορά τόπο μεταφοράς διαβαθμισμένου υλικού. Επομένως οι οικείοι ισχυρισμοί προβάλλονται αβασίμως [...].».

28. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το

Αριθμός απόφασης: 30/2019

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).

29. 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. 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.).

30. 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).

31. 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

Αριθμός απόφασης: 30/2019

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, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, *Επιτροπή κατά Δανίας*, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, *Μηχανική*, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, *MT Højgaard και Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, *Universale-Bau*, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

32. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της άπαξ ασκήσεως της προδικαστικής προσφυγής (ΕΑ ΣτΕ 237,238/2012, 383/2012, 383/2011, 239,305/2011), η δεύτερη προσφυγή κατά της αυτής πράξης είναι απαράδεκτη, ανεξαρτήτως του αν με αυτή προβάλλονται εκ μέρους του προσφεύγοντος αιτιάσεις που αφορούν ζητήματα διαφορετικά από αυτά που τέθηκαν με την πρώτη προσφυγή (ΕΑ ΣτΕ 236/2010, 375/2005, 1092/2006, 526/2008). Είναι δε απαράδεκτη, τόσο δεύτερη προσφυγή κατά της αυτής πράξης όσο και προσφυγή κατά πράξης, που έχει εκδοθεί επί προηγούμενης προσφυγής του ίδιου προσώπου (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 305,239/2011, 575/2008, 1027/2008, 25/2006, 1054/2005, 334-5, 784/2003, 195/2002, 305/1999), έστω

Αριθμός απόφασης: 30/2019

και αν η τελευταία περιέχει νέα αιτιολογικά ερείσματα (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 239/2011).

33. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, προς συμμόρφωση με την υπ' αριθμό 884/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ αντικατέστησε με την τροποποίηση της διακήρυξης τον όρο 2.4.3.2. περ. γ' προκειμένου να καταστεί σαφές ότι το αιτούμενο με τη διακήρυξη ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ SECURITY CLEARANCE αφορά μόνο στις ΗΠΑ και όχι στον Καναδά. Επίσης, με την τροποποιητική πράξη της προέβη και σε τροποποίηση όρων της διακήρυξης για τη διόρθωση εκ παραδρομής σφαλμάτων, όπου μεταξύ άλλων προέβλεψε την απαλοιφή του όρου Γ.19 του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης, σύμφωνα με τον οποίο απαιτείτο η προσκόμιση ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟΥ SECURITY CLEARANCE για τη μεταφορά των υλικών του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης, ήτοι για τη μεταφορά υλικών της αναθέτουσας από εμπορικές πηγές. Ο ως άνω όρος με το αυτό περιεχόμενο διατηρήθηκε στο Παράρτημα ΙΙ της διακήρυξης, το οποίο αφορά τη μεταφορά υλικών FMS της αναθέτουσας από τις ΗΠΑ στην Ελλάδα και αντιστρόφως. Εξάλλου, το ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ SECURITY CLEARANCE αποτελεί απαίτηση της Κυβέρνησης των ΗΠΑ προς τις αντισυμβαλλόμενες χώρες, όταν οι τελευταίες κάνουν χρήση τρίτων μεταφορέων (Freight Forwarders) για την μεταφορά υλικών FMS (δηλαδή όταν δεν διενεργούν οι ίδιες με ίδια μέσα τη μεταφορά).

34. Επειδή, η προσφεύγουσα, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της, ισχυρίζεται ότι από την απαλοιφή του ως άνω όρου με την τροποποιητική πράξη και την ταυτόχρονη διατήρησή του στο Παράρτημα ΙΙ της διακήρυξης, δημιουργείται ασάφεια αυτής ως προς την απαίτησή της για υποβολή ή μη του εν λόγω πιστοποιητικού. Ωστόσο, όπως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης καθορίζονται οι όροι και απαιτήσεις για τις μεταφορές υλικών από εμπορικές πηγές, για τις οποίες δεν απαιτείται Πιστοποιητικό SECURITY CLEARANCE και, συνεπώς, ορθώς απαλείφθηκε ο επίμαχος όρος από το εν λόγω Παράρτημα. Επιπλέον, ο όρος αυτός διατηρήθηκε στο Παράρτημα ΙΙ της διακήρυξης, καθώς το Παράρτημα αυτό αφορά τις μεταφορές υλικών FMS, για τις οποίες απαιτείται το εν λόγω πιστοποιητικό. Συνεπώς δεν συνάγεται

Αριθμός απόφασης: 30/2019

ασάφεια της διακήρυξης ως προς την απαίτηση υποβολής ή μη του επίμαχου πιστοποιητικού, πόσο μάλλον βούληση της αναθέτουσας να μη συμπεριλάβει την απαίτηση για υποβολή του εν λόγω πιστοποιητικού στη διακήρυξη. Αντίθετα, σαφώς προκύπτει από τους ως άνω όρους της διακήρυξης ότι η υποβολή του ως άνω πιστοποιητικού απαιτείται σχετικά με το αντικείμενο του διαγωνισμού που αφορά τη μεταφορά υλικών FMS, ενώ δεν απαιτείται σχετικά με το αντικείμενο του διαγωνισμού που αφορά τη μεταφορά υλικών από εμπορικές πηγές. Ως εκ τούτου, ο πρώτος λόγος της προσφυγής απορρίπτεται ως αβάσιμος.

35.Επειδή με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση του όρου 2.4.3.2 περ. γ' και της αντίστοιχης παρ. 15 του Παραρτήματος II της διακήρυξης, τα οποία προβλέπουν την υποβολή του ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟΥ SECURITY CLEARANCE για τις μεταφορές υλικών FMS. Οι αιτιάσεις δε που προβάλλει δεν αμφισβητούν τη συμμόρφωση της αναθέτουσας ως προς τον όρο αυτό, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στην με αριθμό 884/2018 της ΑΕΠΠ, αλλά αμφισβητούν εκ νέου τον όρο αυτό καθεαυτό και, συγκεκριμένα, ότι η απαίτηση για υποβολή του εν λόγω πιστοποιητικού καθιστά απαγορευτική τη συμμετοχή της προσφεύγουσας στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία. Ωστόσο, ο λόγος αυτός, είχε προβληθεί από την ίδια την προσφεύγουσα και στην με αριθμό ΓΑΚ ΑΕΠΠ 858/2018 προδικαστική της προσφυγή κατά των όρων της αρχικής διακήρυξης, για τον οποίο κρίθηκε με την υπ' αριθμό 884/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ ότι η προσφεύγουσα: *«δεν αποδεικνύει ότι ο επίμαχος όρος κωλύει ή εμποδίζει εν τέλει τη συμμετοχή του και οι οικείοι ισχυρισμοί του [ενν. ο προσφεύγων], προβάλλονται απαραδέκτως ως στερούμενος εννόμου συμφέροντος προς τούτο κατά τα αναλυτικά εκτεθέντα στις σκέψεις 32-38 της παρούσας. Περαιτέρω, ακόμη και εάν ήθελε υποτεθεί ότι προβάλλει τους οικείους ισχυρισμούς με έννομο συμφέρον, σύμφωνα με τον οικείο διαδικτυακό τόπο (<https://www.clearancejobs.com/security-clearance-faqs#1>) του SECURITY CLEARANCE στις ΗΠΑ, ρητά αναγράφεται ότι «πολίτες άλλων χωρών δεν μπορούν να αποκτήσουν πιστοποιήσεις ασφαλείας. Ωστόσο, οι αλλοδαποί μπορούν να λάβουν άδεια περιορισμένης πρόσβασης».* Ομοίως,

Αριθμός απόφασης: 30/2019

προβλέπεται ότι «Όλες οι εγκρίσεις ασφαλείας παρέχονται μέσω εργοδότη, είτε από την κυβέρνηση είτε από έναν ιδιωτικό ανάδοχο» (<https://news.clearancejobs.com/2014/07/12/can-obtain-security-clearance-clearance-q/>). Επομένως, δοθέντος ότι ο προσφεύγων δεν αποδεικνύει ότι η οικεία, κατά τα ως άνω χορηγούμενη σε αλλοδαπούς, άδεια δεν καλύπτει τις απαιτήσεις της διακήρυξης, δεν προκύπτει ότι οι οικείοι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος ευρίσκουν νόμιμο έρεισμα, πολλώ δε μάλλον όταν είναι αποδεκτή από τη διακήρυξη η κατοχή προσωρινής/ενδιάμεσης άδειας, η οποία προσκομίζεται μετά την υπογραφή της σύμβασης και δη εντός 4 μηνών από αυτήν και τούτο διότι η αναθέτουσα αρχή προφανώς και γνωρίζει την οικεία διαδικασία χορήγησης της η οποία προϋποθέτει την ύπαρξη σχετικής σύμβασης». Συνεπώς, οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας με τον δεύτερο λόγο της υπό εξέταση προσφυγής συνιστούν εν τοις πράγμασι δεύτερη προδικαστική προσφυγή κατά της αυτής πράξης και βάλλουν κατ' ουσία κατά των ήδη κριθέντων με την ως άνω απόφαση της ΑΕΠΠ.

36. Επειδή, η ίδια η προσφεύγουσα παραδέχεται ότι με την υπό εξέταση προδικαστική της προσφυγή ο δεύτερος λόγος αυτής είχε προβληθεί και με την με αριθμό ΓΑΚ ΑΕΠΠ 858/2018 προδικαστική της προσφυγή κατά των όρων της αρχικής διακήρυξης, επί της οποίας εκδόθηκε η υπ' αριθμό 884/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ, και ειδικότερα στην σελ. 10 αυτής αναφέρει: «Με την από 24-8-2018 προδικαστική προσφυγή μας (ΓΑΚ 858/27-8-2018) κατά της ίδιας 789/2018 Διακήρυξης, με τον 2^ο λόγος αυτής προβάλαμε τον ίδιο ως άνω λόγο ακύρωσης του όρου 2.4.3.2. της Διακήρυξης» και στη σελ. 12 αυτής: «Επί της από 24-8-2018 προδικαστικής προσφυγής μας (ΓΑΚ 858/27-8-2018) κατά της ίδιας 789/2018 Διακήρυξης, με τον 2^ο λόγο της οποίας προβάλαμε τον ίδιο ως άνω λόγο ακύρωσης του όρου 2.4.3.2 της Διακήρυξης, [...]». Επίσης, η προσφεύγουσα παραδέχεται ότι ο επίμαχος λόγος της προδικαστικής της προσφυγής βάλλει ευθέως κατά της ίδιας της υπ' αριθμό 884/2018 απόφασης της ΑΕΠΠ, καθώς όπως διαλαμβάνει στη σελ. 13 αυτής: «Συνεπώς, αποδεικνύεται ότι ο ισχυρισμός της Αναθέτουσας Αρχής, ο οποίος έγινε δεκτός με την υπ' αρ. 884/2018 απόφασή σας, κατά τον

οποίο είναι δυνατή η χορήγηση του πιστοποιητικού Security Clearance σε Έλληνα διαμεταφορέα ή ανταποκριτή του στις ΗΠΑ, δεν είναι βάσιμος».

37. Επειδή, ανεξαρτήτως της βασιμότητας του δεύτερου λόγου της υπό εξέταση προσφυγής, αυτός προβάλλεται απαράδεκτως, καθώς έχει ασκηθεί ήδη έτερη προδικαστική προσφυγή κατά της επίμαχης διακήρυξης από την προσφεύγουσα και ο επίμαχος δεύτερος λόγος αφορά τη νομιμότητά όρου αυτής όπως ίσχυε τόσο πριν όσο και μετά την αντικατάστασή του με την τροποποιητική πράξη της αναθέτουσας αρχής. Επιπλέον, κρίθηκε ήδη από την υπ' αριθμό 884/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ, ότι η προσκόμιση του Πιστοποιητικού SECURITY CLEARANCE δεν κωλύει ή εμποδίζει τη συμμετοχή της προσφεύγουσας και ότι οι αντίθετοι ισχυρισμοί της, με την πρώτη προσφυγή, είχαν προβληθεί απαράδεκτως ελλείψει εννόμου συμφέροντος και, σε κάθε περίπτωση, ήταν αναπόδεικτοι και άρα αβάσιμοι. Δοθέντος του ότι αφενός οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν κατά δέσμια αρμοδιότητα να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ και αφετέρου ότι η ίδια η ΑΕΠΠ δεσμεύεται από τις αποφάσεις της, με εξαίρεση την περίπτωση που μεσολαβήσει μεταβολή του κρίσιμου νομοθετικού καθεστώτος στο οποίο βασίστηκε η εκάστοτε απόφαση (βλ. ΕΑ ΣτΕ 54/2018), σε συνδυασμό με τον κανόνα της άπαξ ασκήσεως προδικαστικής προσφυγής, δεν ασκείται παραδεκτώς προδικαστική προσφυγή προς αμφισβήτηση του σκεπτικού ή του διατακτικού αποφάσεως της ΑΕΠΠ. Εξάλλου, η έννομη προστασία παρέχεται από την ΑΕΠΠ άπαξ και το ισχύον θεσμικό πλαίσιο παρέχει τη δυνατότητα δικαστικής προσβολής της ορθότητας των αποφάσεών της, των συναφών προγενέστερων ή μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής νοούντων ως συμπροσβαλλομένων, ήτοι συμπεριλαμβανομένων και των πράξεων που εκδόθηκαν προς συμμόρφωση στις αποφάσεις αυτές, οι οποίες αποτελούν και το νόμιμο έρεισμά τους. Ως εκ τούτου, σύμφωνα και με τα διαλαμβανόμενα στη σκέψη 32 της παρούσας, ως προς τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, απαράδεκτως ασκείται αυτή κατά το μέτρο που συνιστά δεύτερη προδικαστική προσφυγή κατά της αυτής πράξης (διακήρυξη) και στρέφεται κατά της με αριθ. 884/2018 απόφασης της ΑΕΠΠ με την οποία είχε κριθεί η νομιμότητα του όρου 2.4.3.2.

Αριθμός απόφασης: 30/2019

περ. γ' της διακήρυξης και, ειδικότερα, απορρίφθηκε ο επίμαχος λόγος της πρώτης προσφυγής και κρίθηκε ότι το ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ SECURITY CLEARANCE δεν κωλύει ή εμποδίζει τη συμμετοχή της προσφεύγουσας στη διαγωνιστική διαδικασία. Συνεπώς ο δεύτερος λόγος της προσφυγής απορρίπτεται ως απαράδεκτος.

38. Επειδή, αναφορικά με τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι παραδεκτά επαναπροβάλλει τον ως άνω λόγο με την υπό εξέταση προσφυγή της καθώς αυτός είχε απορριφθεί με την ως άνω απόφαση της ΑΕΠΠ ως αναπόδεικτος και όχι ως αβάσιμος και καθώς με την παρούσα προσφυγή της προσκομίζει περαιτέρω αποδεικτικά στοιχεία για την απόδειξή του, δέον όπως επισημανθεί ότι ο κανόνας της «άπαξ ασκήσεως της προδικαστικής προσφυγής», σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στη σκέψη 32 της παρούσας, εφαρμόζεται ανεξάρτητα με την απόρριψη ή την αποδοχή της πρώτης προδικαστικής προσφυγής και στην περίπτωση απόρριψης ανεξάρτητα με το εάν αυτή απορρίφθηκε ως αναπόδεικτη, ως απαράδεκτη ή ως αβάσιμη.

39.Επειδή γίνεται δεκτή εν όλω η εισήγηση.

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

41.Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20 Δεκεμβρίου 2018 και εκδόθηκε στις 9 Ιανουαρίου 2018 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Αριθμός απόφασης: 30/2019

ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ Χ. ΚΑΝΑΒΑ

ΧΡΗΣΤΟΣ ΚΑΤΡΗΣ