

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Το 2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ Α.Ε.Π.Π. αποτελούμενο από τον Πρόεδρο, Νικόλαο Σαββίδη και τα μέλη Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή (εισηγήτρια) και Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη, συνεδρίασε, σήμερα, 25 Ιανουαρίου 2018, στην έδρα της Αρχής.

Για να εξετάσει την με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 401/22-12-2017 και Ειδ. Αριθ. Κατ. ΙΙ/63/22-12-2017 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής προσφεύγουσα) κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία «.....» (εφεξής αναθέτουσα αρχή) και κατά της διακήρυξηςτου Ηλεκτρονικού Ανοικτού Επαναληπτικού Διαγωνισμού για την Προμήθεια Ραδιοβολίδων (ΚΩΔΙΚΟΣ ΕΣΗΔΗΣ 50952).

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, κατά το κύριο αίτημά της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλομένης διακήρυξηςκαθώς και κάθε προγενέστερης ή μεταγενέστερης πράξης ή παράλειψης βλαπτικής των συμφερόντων της. Επικουρικά δε αιτείται την ακύρωση και απαλοιφή από τη διακήρυξη των όρων, που παραβιάζουν ουσιώδεις διατάξεις Νόμου και, ιδίως, το άρθρο 4.6. του Παραρτήματος Γ' της διακήρυξης, κατά το μέρος αυτού που αφορά την δωρεάν παραχώρηση σταθμού εδάφους που παραβιάζει την αρχή της νομιμότητας, το άρθρο 102 ΣΛΕΕ και τον Ν.3959/2011. Επίσης, την συμπλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών και του πίνακα συμμόρφωσης της διακήρυξης ώστε να καταστεί δυνατό στους υποψηφίους να υποβάλλουν άρτιες και συγκρίσιμες προσφορές. Ακόμη, την άρση των αντιφατικών όρων της διακήρυξης προκειμένου οι υποψήφιοι να είναι σε θέση να υποβάλλουν άρτιες, ρεαλιστικές και συγκρίσιμες προσφορές.

Αφού άκουσε την εισηγήτρια

και μελέτησε το σύνολο των εγγράφων του φακέλου,

Αριθμός Απόφασης:65/2018

σκέφτηκε κατά νόμο και έκανε ομοφώνως δεκτά τα εξής :

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα κατέβαλε παράβολο συνολικού ποσού 3.564,52 Ευρώ (κωδικός e-Παραβόλου.....), που αντιστοιχεί στο 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης του διαγωνισμού που ανέρχεται σε ποσό 712.903,23 Ευρώ μη συμπ/νου ΦΠΑ 24%. Το εν λόγω παράβολο πληρώθηκε και αφού ελέγχθηκε, δεσμεύτηκε από την ΑΕΠΠ, σύμφωνα με την από 22-12-2017 βεβαίωσή της.

2. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως στις 22-12-2017, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της προσβαλλομένης στις 13-12-2017, οπότε αυτή αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.). Η εν λόγω προσφυγή αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 22-12-2017 και κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π, ομοίως, στις 22-12-2017.

4. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια για την εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής και λόγω ποσού (345 παρ.1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016).

5. Επειδή, με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα προβάλλει τα ακόλουθα (κατά το κύριο αίτημα αυτής) : 1. Με τον πρώτο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα επικαλείται παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας λόγω της ελλειπούς αναφοράς στη διακήρυξη των στοιχείων του άρθρου 29^Α Ν.1558/1985 (αναφορικά με τον προσδιορισμό της ακριβούς ανά έτος κατανομής της δαπάνης, επίσης, αναφορικά με την απόφαση δέσμευσης πίστωσης στον προϋπολογισμό για το αντίστοιχο ποσό, καθώς, επίσης και εσφαλμένη αναφορά ΚΑΕ), παράλειψη η οποία καθιστά την κανονιστική πράξη του διαγωνισμού

Αριθμός Απόφασης:65/2018

παράνομη και ακυρωτέα. 2. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα επικαλείται παράβαση ουσιώδους διάταξης νόμου, λόγω της παραβίασης της αρχής της νομιμότητας εξαιτίας του γεγονότος ότι με το άρθρο 4.6.1 της διακήρυξης ζητείται η δωρεάν παραχώρηση εξοπλισμού για όλη τη διάρκεια της συμφωνίας-πλαίσιο, ενώ, η σύμβαση παραχώρησης δεν προβλέπεται ρητά στο Νόμο αναφορικά με τις συμβάσεις προμηθειών και εν προκειμένω θα επρόκειτο για σύμβαση από χαριστική αιτία και όχι εξ επαχθούς αιτίας (άρθρ. 129 Ν.4270/2014, 1 περ.5 και και 8 Ν.4412/2016). Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, εν προκειμένω, σε αντίθεση με τα προβλεπόμενα στο νομικό πλαίσιο που διέπει τις συμφωνίες-πλαίσιο και διαγράφεται από το άρθρο 10 Ν.4412/2016, με την κατακύρωση της συμφωνίας πλαίσιο θα υπογραφεί και συμφωνία για την ανωτέρω δωρεάν παραχώρηση εξοπλισμού που επί της ουσίας είναι σύμβαση που προηγείται της συμφωνίας πλαισίου και δεν επιτρέπεται με την ίδια διακήρυξη, κατά παράβαση της αρχής της νομιμότητας. 3.Με τον τρίτο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα επικαλείται παράβαση ουσιώδους διάταξης νόμου, λόγω της παραβίασης του δικαίου του αθέμιτου ανταγωνισμού. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ο όρος 4.6. της διακήρυξης αντίκειται στις διατάξεις του άρθρου 102 ΣΛΕΕ για την απαγόρευση της επιθετικής τιμολογιακής πολιτικής, στο άρθρο 2 Ν. 3959/2011 δεδομένου ότι η τιμή παραχώρησης της χρήσης του εξοπλισμού και των υπηρεσιών συντήρησης, εγκατάστασης και εκπαίδευσης του προσωπικού της είναι κάτω του μέσου μεταβλητού κόστους των υποψηφίων που θα υποβάλλουν προσφορά για τον συνοδό εξοπλισμό, στο άρθρο 26 παρ.3 Ν.4412/2016 δεδομένου ότι η δωρεάν παροχή του εξοπλισμού και των συναφών υπηρεσιών, κάτω του κόστους αποτελεί αθέμιτη πρακτική και θα οδηγούσε στον αποκλεισμό του υποψηφίου καθώς και στο άρθρο 2 παρ.1 γ' του Παραρτήματος Β' της διακήρυξης, το οποίο προβλέπει: [..]γ. Η προσφορά απορρίπτεται εάν διαπιστωθεί ότι εφαρμόζεται πολιτική τιμών πώλησης κάτω του κόστους κατασκευής του είδους ή της τιμής απόκτησης του είδους για εμπορία (τιμή dumping) ή ότι το προσφερόμενο είδος είναι αποδέκτης εξαγωγικής επιδότησης [...]. 4. Με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα επικαλείται παράβαση ουσιώδους διάταξης νόμου, λόγω της παραβίασης του άρθρου 88 Ν.4412/2016 («1.όταν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές [...]οι αναθέτουσες αρχές ζητούν από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή [...]μπορεί να απορρίψει την προσφορά μόνο αν τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο τιμής. 2. Οι αναθέτουσες

Αριθμός Απόφασης:65/2018

αρχές απορρίπτουν την προσφυγή ότι η αναθέτουσα αρχή είναι ιδιαίτερα χαμηλή διότι δεν συμμορφώνεται με τις ισχύουσες υποχρεώσεις την παρ.2 του άρθρ. 18 Ν.4412/2016) και του άρθρ. 6 παρ.2 του Παραρτήματος Α' της διακήρυξης («οι ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές θα απορρίπτονται»). Ειδικότερα, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, ο όρος 4.6. της διακήρυξης αντίκειται στις διατάξεις του 88 Ν.4412/2012 διότι η προσφορά που θα δοθεί βάσει του προαναφερθέντος όρου αφορά στην δωρεάν παροχή εξοπλισμού, συντήρησης αυτού κι εκπαίδευσης επί αυτού κι, επομένως ως δωρεάν προσφορά εμπίπτει στο άρθρο 88 Ν.4412/2016. Επίσης, η προσφορά που απαιτεί κόστος άνω των 50.000 ευρώ και παραταύτα θα παρασχεθεί δωρεάν δεν συμμορφώνεται με τις ισχύουσες υποχρεώσεις της παρ.2 του άρθρου 18 Ν.4412/2016 («οι οικονομικοί φορείς κατά την εκτέλεση της δημόσιας σύμβασης τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας»). Ακόμη, δημιουργείται ασάφεια στους όρους της διακήρυξης καθώς από την μία απαιτείται η δωρεάν παραχώρηση εξοπλισμού και από την άλλη προβλέπεται ότι οι ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές θα απορρίπτονται. 5. με τον πέμπτο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα επικαλείται παραβίαση του άρθρου 57 παρ. 1 Ν.4412/2016, με το οποίο απαιτείται ρητή αναφορά της δυνατότητας υποβολής εναλλακτικής προσφοράς καθώς, χωρίς να προβλέπεται σε κανένα σημείο της προσβαλλομένης διακήρυξης η δυνατότητα υποβολής εναλλακτικής προσφοράς, στις τεχνικές προδιαγραφές δίνεται αιφνιδίως η δυνατότητα υποβολής προσφοράς, δωρεάν συνοδού εξοπλισμού στους συμμετέχοντες οι οποίοι δεν πληρούν τους όρους της διακήρυξης. Επιπλέον, ακόμα και αν θεωρηθεί ότι το παρόν άρθρο εν τοις πράγμασι συνιστά πρόβλεψη σχετικά με τη δυνατότητα οικονομικών φορέων να υποβάλλουν εναλλακτική προσφορά, αυτό δεν πληροί τις προϋποθέσεις της παρ.2 του άρθρ. 57 Ν.4412/2016. Ειδικότερα: α) δεν προβλέπονται ειδικότεροι τρόποι υποβολής αυτών των προσφορών και ιδίως αν μπορούν να υποβάλλονται μόνο εάν επίσης έχει υποβληθεί προσφορά που δεν συνιστά εναλλακτική προσφορά β) δεν προβλέπονται οι ελάχιστες απαιτήσεις που πρέπει να πληρούν οι εναλλακτικές προσφορές γ) δεν διασφαλίζουν ότι τα επιλεγέντα κριτήρια ανάθεσης μπορούν να εφαρμοστούν σε εναλλακτικές προσφορές που πληρούν τις εν λόγω ελάχιστες απαιτήσεις. Επιπροσθέτως ο εν λόγω όρος παραβιάζει το άρθρο 53 Ν.4412/2016 καθώς: α) δεν είναι σαφής β) δεν περιλαμβάνει τα τεχνικά χαρακτηριστικά (τεχνικές προδιαγραφές) τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και

Αριθμός Απόφασης:65/2018

της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης γ) οι όροι της διακήρυξης πρέπει να περιλαμβάνουν τον τρόπο ανάθεσης, την διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών. 6. με τον έκτο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα επικαλείται παράβαση ουσιώδους διάταξης Νόμου λόγω παραβίασης του άρθρου 53 και 49 Ν.4412/2016 και της παρ. 4 του άρθρου 48 ΠΔ 18/1989 λόγω της παρείσφρυσης ασαφειών και αντιφατικών διατάξεων στην διακήρυξη. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι τα έγγραφα της σύμβασης δεν είναι πλήρη και δεν μπορεί να υποβάλλει νόμιμη και ρεαλιστική προσφορά με βάση τα χορηγούμενα από την αναθέτουσα αρχή στοιχεία (άρθρ. 49 Ν.4412/2016) καθότι: α) η απαίτηση του όρου 4.6. του παραρτήματος Γ' της διακήρυξης για δωρεάν παροχή εξοπλισμού έρχεται σε αντίθεση με το άρθρ. 6 παρ.2 περ.1 γ' του παραρτήματος Β' της διακήρυξης, με το οποίο προβλέπεται ότι η προσφορά απορρίπτεται εάν διαπιστωθεί πολιτική τιμών πώλησης κάτω του κόστους β) στο άρθρο 19 του Παραρτήματος Β' της διακήρυξης προβλέπεται ότι με την επιφύλαξη του άρθρου 13 του εν λόγω Παραρτήματος, υπογράφεται από τα συμβαλλόμενα μέρη συμφωνία-πλαίσιο για δύο έτη. Η ως άνω διάταξη έρχεται σε αντίθεση με τα συνοπτικά στοιχεία της διακήρυξης όπου προβλέπεται η σύναψη συμφωνίας πλαίσιο για τέσσερα έτη, με αποτέλεσμα να δημιουργείται σύγχυση στους προσφέροντες σε σχέση με τη διάρκεια της σύμβασης που πρόκειται να υπογραφεί. γ) Επιπλέον η απαίτηση 6.2 και 4.5 του Παραρτήματος Γ' σχετικά με την εγγύηση καλής λειτουργίας ραδιοβολίδων και την επισήμανση επί της συσκευσίας, αντίστοιχα, καθώς και οι 4.1.2-4.1.2.3, σύμφωνα με τις οποίες τα προϊόντα θα παραδοθούν καινούρια και αμεταχειρίστα, δεν προβλέπουν με ποιον τρόπο ο ανάδοχος θα αποδείξει την συμμόρφωση του στην αναθέτουσα αρχή αλλά ούτε και υπάρχει αντίστοιχη πρόβλεψη στον πίνακα συμμόρφωσης, ενώ στο άρθρο 6.1 Παράρτημα Γ' της διακήρυξης προβλέπεται ότι όλοι οι όροι της τεχνικής προδιαγραφής είναι απαραίσιμοι και η μη συμμόρφωση με αυτούς συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς. Σε αντίθεση, στο ίδιο παράρτημα στις επισημάνσεις (σελ. 82) παρ.4 προβλέπεται ότι «αν τα χαρακτηριστικά του προσφερόμενου υλικού διαφέρουν από αυτά της προδιαγραφής θα πρέπει να επισυνάπτεται λεπτομερής περιγραφή του πώς ικανοποιούνται οι απαιτήσεις της Υπηρεσίας από το προσφερόμενο σύστημα». Η ασάφεια μεταξύ του 6.1 του παραρτήματος Γ' και των επισημάνσεων του ίδιου παραρτήματος, δίνει τη δυνατότητα στην επιτροπή αξιολόγησης διενέργειας μιας διαδικασίας αδιαφανούς και να ασκήσει την ευχέρειά

Αριθμός Απόφασης:65/2018

της καταχρηστικά κατά παράβαση του άρθρου 48 παρ.4 ΠΔ18/1989. δ) Περαιτέρω, στο άρθρο 7 παρ.2 Παραρτήματος Β προβλέπεται ότι η συμφωνία πλαίσιο θα έχει έναρξη ισχύος από την υπογραφή της και έως την ανάλωση του κατακυρωθέντος με τον διαγωνισμό ποσού ή της παραλαβής του συνόλου της ποσότητας του ελαιολιπαντικού. Ο εν λόγω όρος προκαλεί σύγχυση γιατί αναφέρεται σε ελαιολιπαντικό αντί για ραδιοβολίδες αλλά παραβιάζει και το άρθρο 49 Ν.4412/2016 που προβλέπει ότι σε καμία περίπτωση η συμφωνία πλαίσιο δεν μπορεί να υπερβαίνει τα τέσσερα έτη. ε) Ενώ στο Παράρτημα Α' παρ. 5 προβλέπεται ότι η συμφωνία πλαίσιο θα υπογραφεί με έναν ανάδοχο, η επισυναπτόμενη σύμβαση στο Παράρτημα Δ' προβλέπει ότι αυτή θα υπογραφεί με περισσότερους τους ενός οικονομικούς φορείς. Με τον έβδομο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα επικαλείται παράβαση ουσιώδους διάταξης Νόμου λόγω παραβίασης του άρθρου 48 Ν.4412/2012 σχετικά με την προηγούμενη εμπλοκή υποψηφίου. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα επικαλείται επιστολή της προς την εταιρεία....., η οποία δραστηριοποιείται στο χώρο του μετεωρολογικού εξοπλισμού και με την οποία αυτή ζητά να παραχωρήσει δωρεάν εξοπλισμό εδάφους, χωρίς να προσδιορίζει τις τεχνικές προδιαγραφές που θα παράσχει. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η εν λόγω επιστολή, που δεν έχει λάβει δημοσιότητα, υποβλήθηκε την ίδια χρονική περίοδο με τον διαγωνισμό του οποίου ο νυν διαγωνισμός αποτελεί επανάληψη. Από τα ανωτέρω η προσφεύγουσα συνάγει ότι ο όρος 4.6. έχει υιοθετήσει την απαίτηση της ανωτέρω ανταγωνίστριας της εταιρείας χωρίς να έχει λάβει μέτρα για την μη στρέβλωση του ανταγωνισμού από την προηγούμενη εμπλοκή του ανωτέρω φορέα. (Κατά το επικουρικό αίτημα): Με τον όγδοο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι επικουρικά, ακόμα και αν οι ανωτέρω παραβάσεις της νομοθεσίας δεν καθιστούν την διακήρυξη παράνομη και ακυρωτέα, αυτή εξακολουθεί να είναι ακυρωτέα λόγω κακής χρήσης της διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης καθώς : α) είναι πασίδηλο ότι ο διαγωνισμός γίνεται για σκοπό καταδήλως άλλο από αυτόν για τον οποίο έχει νομοθετηθεί ο Ν.4412/2016. β) η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή έχει ήδη δρομολογήσει προκήρυξη διαγωνισμού και μάλιστα η σχετική διαβούλευση έχει ολοκληρωθεί, ο οποίος θα προβλέπει την προμήθεια σταθμών εδάφους. Έτσι εάν ο εν λόγω διαγωνισμός κατακυρωθεί σε άλλον ανάδοχο από αυτόν στον οποίο θα κατακυρωθεί ο νυν διαγωνισμός, οι υπό προμήθειας ραδιοβολίδες δεν θα είναι συμβατές και το δημόσιο τελικά θα ζημιωθεί. γ) με τον παρόντα διαγωνισμό προωθείται η προμήθεια

Αριθμός Απόφασης:65/2018

ραδιοβολίδων για τέσσερα έτη και με ελάχιστη παραγγελία το 50% της προϋπολογισθείσας δαπάνης, ενώ εντός του πρώτου εξαμήνου του 2018 θα εκδοθεί η διακήρυξη για τον εξοπλισμό. Έτσι η προμήθεια των αναλώσιμων θα προηγηθεί της προμήθειας του εξοπλισμού.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα έχει, καταρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής καθώς αυτή, κατά τους ισχυρισμούς της, δραστηριοποιείται στον τομέα που αφορά το αντικείμενο του διαγωνισμού και σκοπεύει να υποβάλλει προσφορά, πλην, όμως δυσχεραίνεται ουσιωδώς προς τούτο εξαιτίας των προβαλλόμενων πλημμελειών της διακήρυξης, κι επομένως, έχει συμφέρον να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση και περαιτέρω, ενδέχεται, εξ αυτού του λόγου, να υποστεί ζημία σε περίπτωση παρανομίας των προβαλλόμενων πράξεων της αναθέτουσας αρχής (βλ. και κατωτέρω ανάλυση στους επιμέρους λόγους της προσφυγής).

7. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή μετά του σχετικού ως άνω αιτήματος παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 2^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. και πρέπει, περαιτέρω, να εξεταστεί κατ'ουσίαν.

8. Επειδή, με την υπ' αριθμ.διακήρυξη τηςπροκηρύχθηκε Ηλεκτρονικός Ανοικτός Επαναληπτικός Διαγωνισμός για τη σύναψη συμφωνίας-πλαίσιο διάρκειας τεσσάρων (4) ετών για την προμήθεια ραδιοβολίδων προς κάλυψη αναγκών, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή (δηλαδή η χαμηλότερη τιμή). ΚΩΔΙΚΟΣ CPV 38120000-2, προϋπολογισμού δαπάνης 712.903,23€ σε βάθος τετραετίας, συμπεριλαμβανόμενων των κρατήσεων πλέον ΦΠΑ ή 884.000,00€ συμπεριλαμβανόμενων των κρατήσεων και του ΦΠΑ.

ΕΠΙ ΤΟΥ ΠΡΩΤΟΥ ΛΟΓΟΥ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ

9.Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει παρανομία της διακήρυξης, ως κανονιστικής πράξης, λόγω της ελλιπούς αναφοράς σε αυτήν των στοιχείων του άρθρου 29^Α Ν.1558/1985 και ειδικότερα αυτών που αφορούν: α) τον προσδιορισμό της ακριβούς ανά έτος κατανομής της δαπάνης και β)

Αριθμός Απόφασης:65/2018

την απόφαση δέσμευσης πίστωσης στον προϋπολογισμό για το αντίστοιχο ποσό. Επίσης, προβάλλει εσφαλμένη αναφορά συγκεκριμένων ΚΑΕ. Σύμφωνα με την προσφεύγουσα, η ανωτέρω παρανομία/ελλείψεις της διακήρυξης, την καθιστούν παράνομη και ακυρωτέα. Ο παρών, πρώτος λόγος της προσφυγής, πρέπει ν'απορριφθεί ως αβάσιμος για τους ακόλουθους λόγους:

10.Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 Ν.4412/2016 «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης» : 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2.Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως: [...] ζ) την πηγή χρηματοδότησης και τον τρόπο πληρωμής [...]

11.Επειδή, το άρθρο 29 Α του Ν. 1558/1985 ορίζει τα εξής : «1. Η κατά νομοθετική εξουσιοδότηση έκδοση από οποιοδήποτε διοικητικό όργανο κανονιστικών διοικητικών πράξεων που συνεπάγονται κάθε είδους δαπάνες σε βάρος του Δημοσίου επιτρέπεται εφεξής μόνο αν έχει εγγραφεί αντίστοιχη πίστωση στον προϋπολογισμό του Κράτους. 2. Στο κείμενο των κανονιστικών πράξεων και σε ιδιαίτερο ακροτελεύτιο άρθρο ή στο προοίμιο αναγράφεται υποχρεωτικά το μέγεθος της δαπάνης, η κατανομή της σε οικονομικά έτη, ο τρόπος αντιμετώπισής της για χρονικό διάστημα τουλάχιστον 5 ετών και αναφέρεται υποχρεωτικά από το αρμόδιο για την έκδοσή τους όργανο, ο ειδικός φορέας του Προϋπολογισμού και ο Κωδικός Αριθμός Εξόδου (Κ.Α.Ε.), από την εγγεγραμμένη πίστωση των οποίων πρόκειται να καλυφθεί η εν λόγω δαπάνη ... 3. Η παράγραφος 1 εφαρμόζεται αναλόγως στους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης ... και σε όλα τα άλλα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου (ν.π.δ.δ.) ... Στην περίπτωση αυτή στο κείμενο κάθε κανονιστικής πράξης σε ιδιαίτερο ακροτελεύτιο άρθρο ή σε ιδιαίτερη ακροτελεύτια διάταξη με τον τίτλο «κάλυψη δαπάνης» αναγράφεται υποχρεωτικά το μέγεθος της δαπάνης και η κατανομή της σε οικονομικά έτη και βεβαιώνεται υποχρεωτικά από το αρμόδιο για την έκδοση ή την έγκριση της πράξης όργανο, η πίστωση του προϋπολογισμού του νομικού προσώπου από την οποία πρόκειται να καλυφθεί η εν λόγω δαπάνη. Σε περίπτωση που δεν υπάρχει τέτοια πίστωση, αναγράφεται η πράξη των αρμόδιων οργάνων με την οποία τροποποιείται ο προϋπολογισμός του νομικού προσώπου για

Αριθμός Απόφασης:65/2018

τη δημιουργία της αναγκαίας πίστωσης. 4. Η αναφορά των στοιχείων των προηγούμενων παραγράφων στο σώμα της κανονιστικής πράξης αποτελεί ουσιώδη τύπο για την έκδοσή της. Σε περίπτωση παράλειψης της αναφοράς αυτής η κανονιστική πράξη δεν δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως».

12.Επειδή, κατά το ρητό γράμμα της προαναφερθείσης διατάξεως, κάθε κανονιστική πράξη πρέπει πάντοτε να περιέχει μνεία των απαιτούμενων στις παραγράφους 2 ή 3 της διατάξεως, κατά περίπτωση, στοιχείων, σε περίπτωση δε, που τα στοιχεία αυτά έχουν παραλειφθεί, η τυχόν δημοσιευθείσα χωρίς την παράθεση τους κανονιστική πράξη είναι ανίσχυρη και ακυρωτέα.

13.Επειδή, εν προκειμένω, η διακήρυξη, που, κατά πάγια νομολογία, αποτελεί την κανονιστική πράξη του διαγωνισμού, διέπεται, καταρχήν, από τις ειδικές διατάξεις του Ν.4412/2016, ο οποίος αναφορικά με το ζήτημα που προβάλλει η προσφεύγουσα αναφέρει ότι τα έγγραφα της σύμβασης θα πρέπει να περιέχουν την πηγή χρηματοδότησης και τον τρόπο πληρωμής. Τα εν λόγω στοιχεία ρητώς προκύπτουν από τη διακήρυξη, η οποία στο κεφάλαιο «ΣΥΝΟΠΤΙΚΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ», υποκεφάλαιο «ΧΡΗΜΑΤΟΔΟΤΗΣΗ- ΚΑΤΑΛΟΓΙΣΜΟΣ ΤΗΣ ΔΑΠΑΝΗΣ» (βλ. σελ. 2 διακήρυξης) αναγράφονται τα ακόλουθα: *«Η δαπάνη θα χρηματοδοτηθεί από πιστώσεις προϋπολογισμού εξόδων ετών 2018-2021 επί ΚΑΕ 1725 του Ειδικού Φορέα 11-420, αντίστοιχα με τις απαιτήσεις τους»*. Περαιτέρω και σε κάθε περίπτωση, από τη διακήρυξη προκύπτουν και τα λοιπά στοιχεία που προβάλλει ως ελλείποντα η προσφεύγουσα, ήτοι: α) η ακριβής ανά έτος κατανομή της δαπάνης και β) η απόφαση δέσμευσης πίστωσης στον προϋπολογισμό για το αντίστοιχο ποσό. Ειδικότερα, στο κεφάλαιο «ΣΥΝΟΠΤΙΚΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ» της διακήρυξης περιέχεται υποκεφάλαιο με τίτλο: «ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ», όπου ορίζεται: *«Η σύναψη συμφωνίας-πλαίσιο διάρκειας τεσσάρων (4) ετών για την προμήθεια ραδιοβολίδων προς κάλυψη αναγκών»* και υποκεφάλαιο με τίτλο «ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ», όπου αναφέρεται: *«ποσό ύψους 712.903,23€ σε βάθος τετραετίας, συμπεριλαμβανόμενων των κρατήσεων πλέον ΦΠΑ ή 884.000,00€ συμπεριλαμβανόμενων των κρατήσεων και του ΦΠΑ»*. Επίσης, στο Παράρτημα Α της διακήρυξης, άρθρο 1, περιέχεται πίνακας όπου ρητώς αναγράφεται η «ΕΤΗΣΙΑ ΣΥΝΟΛΙΚΗ ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΣΘΕΙΣΑ ΑΞΙΑ ΧΩΡΙΣ ΦΠΑ» η «ΕΤΗΣΙΑ ΣΥΝΟΛΙΚΗ ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΣΘΕΙΣΑ ΑΞΙΑ ΜΕ ΦΠΑ» καθώς και «ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΣΘΕΙΣΑ ΑΞΙΑ ΤΕΤΡΑΕΤΙΑΣ, ήτοι ποσό 178.225,81

Αριθμός Απόφασης:65/2018

221.000,00 και 884.000,00 Ευρώ, αντίστοιχα. Όσον αφορά την απόφαση δέσμευσης πίστωσης στον προϋπολογισμό για το ποσό, στο προοίμιο της διακήρυξης, «ΣΥΝΟΠΤΙΚΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ», περιέχεται υποκεφάλαιο με τίτλο: «ΧΡΗΜΑΤΟΔΟΤΗΣΗ-ΚΑΤΑΛΟΓΙΣΜΟΣ ΤΗΣ ΔΑΠΑΝΗΣ» όπου αναγράφονται τα ακόλουθα: «Η δαπάνη θα χρηματοδοτηθεί από πιστώσεις προϋπολογισμού εξόδων ετών 2018-2021 επί ΚΑΕ 1725 του Ειδικού Φορέα 11-420, αντίστοιχα με τις απαιτήσεις τους» (βλ. και ανωτ.). Έτι περαιτέρω, στο προίμιο της προσβαλλομένης διακήρυξης αναφέρεται η υπ' αριθμ. Αρ. Πρωτ.2/96667/0026/9 Μαρτ 12 εγκύκλιος με την οποία το Υπουργείο Οικονομικών γνωστοποίησε ότι, στο πλαίσιο διενέργειας και κατακύρωσης αποτελεσμάτων διαγωνισμού για τη σύναψη συμφωνίας πλαίσιο «...δεν τηρούνται οι αναγκαίες και ικανές συνθήκες της νομικής δέσμευσης, υπό τη δημοσιονομική έννοια...» και, ως εκ τούτου, «...η σχετική απόφαση ανάληψης υποχρέωσης θα πρέπει να εκδοθεί πριν την υπογραφή των εκτελεστικών συμβάσεων...».

14.Επειδή, από τα ανωτέρω προκύπτει ότι, σε αντίθεση με τα όσα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η διακήρυξη εμπεριέχει τα ουσιώδη στοιχεία, όπως προβλέπονται στο άρθρο 53 Ν.4412/2016 καθώς και στο άρθρο 29Α παρ.3 Ν.1558/85, ήτοι: 1. το μέγεθος της δαπάνης 2. την κατανομή της δαπάνης σε οικονομικά έτη 3. τη βεβαίωση από το αρμόδιο για την έκδοση ή την έγκριση της πράξης όργανο της πίστωσης του προϋπολογισμού του νομικού προσώπου από την οποία πρόκειται να καλυφθεί η εν λόγω δαπάνη. Ειδικά, για την κατανομή της δαπάνης σε οικονομικά έτη σημειώνεται ότι, αφενός μεν η διακήρυξη εμπεριέχει συγκεκριμένη ρύθμιση (βλ. ανωτ.) κι, αφετέρου από τη φύση της υπό κρίση διαγωνιστικής διαδικασίας και το ειδικότερο αντικείμενο της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί στο πλαίσιο συμφωνίας-πλαίσιο, συνάγεται ότι ο εκ των προτέρων προσδιορισμός της ακριβούς ανά έτος κατανομής της δαπάνης δεν είναι ευχερής κάτι που, όμως, είναι απολύτως δικαιολογημένο λόγω του είδους του διαγωνισμού που διεξάγεται στο πλαίσιο συμφωνίας-πλαίσιο καθώς και του αντικειμένου της σύμβασης, όπως διαγράφεται στην ίδια την διακήρυξη. Πλέον συγκεκριμένα, σύμφωνα με το άρθρο 3 της Κατευθυντήριας Οδηγίας 246/2014 της ΕΑΔΗΣΣΥ *«Η συμφωνία-πλαίσιο δεν δημιουργεί από μόνη της μια νομικά δεσμευτική σύμβαση, και δεν αποτελεί δημόσια σύμβαση, σε αντίθεση με τις επιμέρους συμβάσεις που συνάπτονται βάσει των συμφωνιών αυτών. Σε γενικές γραμμές τα μέρη σε μια συμφωνία-πλαίσιο δεν υποχρεούνται εκ του νόμου να παρέχουν ή να δεχτούν τις υπηρεσίες που αποτελούν*

Αριθμός Απόφασης:65/2018

αντικείμενο της συμφωνίας-πλαίσιο, παρά μόνον εάν και όταν η αναθέτουσα αρχή ζητήσει τη σύναψη συγκεκριμένης σύμβασης» και, περαιτέρω, κατά το άρθρο 25 της ως άνω Οδηγίας: «Η προκήρυξη της συμφωνίας-πλαίσιο που θα δημοσιευθεί θα πρέπει να περιλαμβάνει τα ακόλουθα:[...]Να αναφέρει εκτίμηση της συνολικής αξίας των συμβάσεων που πρόκειται να ανατεθούν στη βάση της συμφωνίας-πλαίσιο και, στο μέτρο του δυνατού, την αξία και τη συχνότητα των συμβάσεων που θα ανατεθούν[...]». Κατά τη διακήρυξη: «1. Σκοπός της συμφωνίας-πλαίσιο είναι να καθορίσει τους όρους σύμφωνα με τους οποίους ο ανάδοχος θα υλοποιεί την προμήθεια ειδών θέματος. 2. Η συμφωνία-πλαίσιο δεν αποτελεί δέσμευση εκ μέρους του αγοραστή να υποβάλλει αιτήματα εκτέλεσης παραγγελιών των ειδών θέματος για λογαριασμό της Δέσμευση θα υπάρχει μόνο εάν και εφόσον ο αγοραστής υποβάλει ένα συγκεκριμένο αίτημα, σύμφωνα με τους όρους της συμφωνίας-πλαίσιο, μετά τη σύναψη εκτελεστικής της συμφωνίας-πλαίσιο σύμβασης. 3. Η παρούσα συμφωνία-πλαίσιο αφορά στην προμήθεια 5.200 τεμαχίων του είδους «Ραδιοβολίδες», συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας σε βάθος τετραετίας ποσού 884.000,00 € συμπεριλαμβανομένων των προβλεπόμενων κρατήσεων και ΦΠΑ. 4. Η ανωτέρω ποσότητα είναι ενδεικτική και όχι δεσμευτική για την Υπηρεσία. Οι ακριβείς απαιτήσεις θα καθορίζονται κατά το στάδιο σύναψης των εκτελεστικών συμβάσεων (call-offs), που θα υπογράφονται με τους αναδόχους οι οποίοι θα έχουν συμπεριληφθεί στη συμφωνία – πλαίσιο. Η Υπηρεσία διατηρεί το δικαίωμα αύξησης των ποσοτήτων κατά 15% και μείωσης αυτών κατά 50% εντός της προϋπολογισθείσας αξίας, σύμφωνα σύμφωνα με τις προβλέψεις του άρθρου 104 του Ν.4412/16». Επιπροσθέτως, σχετικά με την επικαλούμενη από την προσφεύγουσα παράλειψη αναφοράς στην προσβαλλομένη διακήρυξη της απόφασης δέσμευσης πίστωσης στον προϋπολογισμό για το αντίστοιχο ποσό, αφενός μεν στην διακήρυξη ρητώς αναφέρεται ότι η δαπάνη θα χρηματοδοτηθεί από πιστώσεις προϋπολογισμού εξόδων ετών 2018-2021 επί ΚΑΕ 1725 του Ειδικού Φορέα 11-420 κι αφετέρου, ενόψει της ιδιαιτερότητας του αντικείμενου του υπό κρίση διαγωνισμού, η σχετική απόφαση ανάληψης υποχρέωσης θα πρέπει να εκδοθεί πριν την υπογραφή των εκτελεστικών συμβάσεων (Αρ. Πρωτ.2/96667/0026/9 Μαρτ 12 εγκύκλιος Υπουργείου Οικονομικών, βλ. διακήρυξη).

15.Επειδή, έτι περαιτέρω, τα αναφερόμενα από την προσφεύγουσα ότι, στην προκειμένη περίπτωση, εκτός από τον ΚΑΕ 1725, ο οποίος αφορά σε προμήθεια

Αριθμός Απόφασης:65/2018

κάθε είδους τηλεπικοινωνιακού, μετεωρολογικού και λοιπού συναφούς ηλεκτρονικού εξοπλισμού, θα έπρεπε να βαρύνεται και ο ΚΑΕ 0869 που αφορά τις αμοιβές για επισκευή και συντήρηση λοιπού (μηχανικού) εξοπλισμού (βλ. http://www.minfin.gr/documents/20182/353288/KAEXODON_2017.pdf/3be7a2b9-0309-4162-b5ee-4ac4141e1da0) καθώς και ο ΚΑΕ1723, που αφορά την προμήθεια ηλεκτρονικών υπολογιστών, προγραμμάτων και λοιπών υλικών (http://www.minfin.gr/documents/20182/353288/KAEXODON_2017.pdf/3be7a2b9-0309-4162-b5ee-4ac4141e1da0) και τούτο ενόψει των αναγραφομένων στο άρθρο 4.6.4 του παραρτήματος Γ της διακήρυξης (βλ. αναλυτικά κατωτέρω), τυγχάνουν, ομοίως, αβάσιμα για τους ακολουθούς λόγους: 1. Καταρχήν, σύμφωνα με το άρθρο 4.6.4 του Παραρτήματος Γ της διακήρυξης: *«Η Εθνική Μετεωρολογική Υπηρεσία (EMY) έχει σε χρήση επίγειο σταθμό της εταιρείας (Digicora MW-41 και το GC-25). Σε περίπτωση που η προσφερόμενη ραδιοβολίδα (RS) δεν συνεργάζεται με τον παραπάνω επίγειο εξοπλισμό, ο ανάδοχος θα πρέπει να προσφέρει χωρίς επιπλέον χρέωση (ΔΩΡΕΑΝ) επίγειο σταθμό αντίστοιχων ή καλύτερων δυνατοτήτων προς χρήση από την EMY για το χρονικό διάστημα που θα εκτελούνται παρατηρήσεις με τις προσφερόμενες RS και για τους τρεις (3) ΣΑΑ (Ελληνικού, Ηρακλείου και Θεσσαλονίκης), συνοδευόμενο με όλο τον απαιτούμενο εξοπλισμό (υλικό και λογισμικό) για την απρόσκοπτη λειτουργία του συστήματος, ελέγχων καλής λειτουργίας, παραγωγής μετεωρολογικών προϊόντων (TEMP, PILOT, BUFR CLIMAT-TEMP) καθώς και δωρεάν εκπαίδευση του προσωπικού που εμπλέκεται στην διαδικασία των ραδιοβολίσεων. Το εν λόγω επίγειο σύστημα θα διαθέτει τουλάχιστον μονάδα επεξεργασίας της ραδιοβόλισης, σύστημα κεραιών για την επικοινωνία με την ραδιοβολίδα, μονάδα ελέγχου ραδιοβολίδας στο έδαφος πριν την εκτόξευση, ηλεκτρονικό υπολογιστή που θα παράγει τα μετεωρολογικά μηνύματα, θα τα αποθηκεύει τοπικά, θα τα οπτικοποιεί θα τα αποστέλει μέσω διασύνδεσης με τοπικό δίκτυο της EMY με χρήση πρωτοκόλλου ftp (File Transfer Protocol) και μονάδα εξωτερικού δίσκου που θα χρησιμοποιείται για αποθήκευση αντιγράφων ασφαλείας. Ο προμηθευτής θα παρέχει πλήρη και χωρίς επιπλέον χρέωση τεχνική υποστήριξη στο χώρο των ραδιοβολίσεων(ΣΑΑ Ελληνικού, Ηρακλείου και Θεσσαλονίκης) και εγγύηση καλής λειτουργίας για το προβλεπόμενο διάστημα χρήσης[...]. Σύμφωνα με το άρθρο 4.6.3: «Σε περίπτωση που προσφερθεί δωρεάν επίγειος εξοπλισμός προς χρήση ο υποψήφιος ανάδοχος θα καταθέσει και σχέδιο συντήρησης». Περαιτέρω, κατά το άρθρο 4.6.4. «Γενικές απαιτήσεις που πρέπει να ικανοποιήσει ο υποψήφιος*

Αριθμός Απόφασης:65/2018

Ανάδοχος στο σχέδιο συντήρησης που θα προτείνει: 4.6.4.1. Προληπτική συντήρηση, 4.6.4.2. Συντήρηση του υλικού και εξοπλισμού του συστήματος, 4.6.4.3. Εξασφάλιση ανταλλακτικών, 4.6.4.4. Άμεση βοήθεια (HelpDesk), 4.6.4.5. Επιτόπου βοήθεια, 4.6.4.6. Χρόνοι απόκρισης βλαβών, 4.6.4.7. Χρόνοι αποκατάστασης βλαβών» 2. Επομένως, σε ότι αφορά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας για τον ΚΑΕ 0869, σύμφωνα με την ανωτέρω διάταξη της διακήρυξης η συντήρηση και επισκευή του εξοπλισμού δεν αποτελεί αντικείμενο της υπογραφηθείσας σύμβασης. Ο υποψήφιος ανάδοχος θα υποβάλλει σχέδιο συντήρησης, όπως επικαλείται η προσφεύγουσα, αποκλειστικά και μόνο στην περίπτωση που η προσφερόμενη ραδιοβολίδα δεν συνεργάζεται με τον επίγειο εξοπλισμό που, ήδη, διαθέτει η ΕΜΥ, οπότε ο ανάδοχος θα πρέπει να προσφέρει χωρίς επιπλέον χρέωση (ΔΩΡΕΑΝ) επίγειο σταθμό αντίστοιχων ή καλύτερων δυνατοτήτων προς χρήση από την ΕΜΥ (βλ. 4.6.1.). Σε περίπτωση που προσφερθεί δωρεάν επίγειος εξοπλισμός προς χρήση ο υποψήφιος ανάδοχος θα καταθέσει και σχέδιο συντήρησης (βλ. 4.6.3). Επομένως, η παροχή υπηρεσιών συντήρησης εξαρτάται από την ανωτέρω προϋπόθεση, θα παρασχεθεί ΔΩΡΕΑΝ και δεν εμπίπτει στο αντικείμενο του διαγωνισμού, ώστε να βαρύνεται ο αντίστοιχος ΚΑΕ. Επί της ουσίας η δωρεάν παροχή εξοπλισμού, ως ανωτέρω αναφέρθηκε, συνδέεται με ζητήματα τεχνικών προδιαγραφών και συμβατότητας των υπό προμήθεια ραδιοβολίδων, που είναι το μοναδικό αντικείμενο του διαγωνισμού με τον ήδη υπάρχοντα επίγειο σταθμό (βλ. κατωτ. επί του δεύτερου λόγου της προσφυγής). 3. Σε ότι αφορά τον ΚΑΕ 1723 και ειδικότερα, την προμήθεια ηλεκτρονικών υπολογιστών, αφενός μεν η σχετική «απαίτηση» δεν αναγράφεται στο άρθρο 4.6.4, όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, αλλά στο άρθρο 4.6.1, κι, αφετέρου, συνδέεται με την περίπτωση παροχής ραδιοβολίδας που τυχόν δεν συνεργάζεται με τον ήδη υπάρχοντα σταθμό κι, επομένως, ισχύουν, ομοίως, τα αμέσως ανωτέρω στα οποία παραπέμπουμε προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων. Σε κάθε περίπτωση τα ανωτέρω ανάγονται σε ζητήματα σκοπιμότητας αναφορικά με το είδος των ζητούμενων προϊόντων και των τιθέμενων προδιαγραφών και ως τέτοια ανήκουν στην ανέλεγκτη κρίση της αναθέτουσας αρχής.

ΕΠΙ ΤΟΥ ΔΕΥΤΕΡΟΥ ΛΟΓΟΥ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ

Αριθμός Απόφασης:65/2018

16.Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι με τον όρο 4.6.1 του Παραρτήματος Γ της διακήρυξης, με τον οποίο ζητείται η δωρεάν παραχώρηση εξοπλισμού για όλη τη διάρκεια της συμφωνίας-πλαίσιο, παραβιάζεται η αρχή της νομιμότητας καθώς αφενός μεν η σύμβαση παραχώρησης δεν προβλέπεται ρητά στο Νόμο κι, αφετέρου δεν εμπίπτει στα περιοριστικά αναφερόμενα για το αντικείμενο και το είδος των συμβάσεων προμήθειας στο άρθρο 2 παρ. 1 Ν.4412/2016. Με αυτά τα δεδομένα εν προκειμένω θα επρόκειτο για σύμβαση από χαριστική και όχι εξ επαχθούς αιτίας (άρθρ. 129 Ν.4270/2014, 1 περ.5 και και 8 Ν.4412/2016). Περαιτέρω, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι, στη συγκεκριμένη περίπτωση, σε αντίθεση με τα προβλεπόμενα για τις συμφωνίες-πλαίσιο και, ειδικότερα, το άρθρο 10 Ν.4412/2016, με την κατακύρωση της συμφωνίας πλαίσιο θα υπογραφεί και συμφωνία για την ανωτέρω δωρεάν παραχώρηση εξοπλισμού, που, επί της ουσίας, είναι σύμβαση που προηγείται της συμφωνίας πλαισίου, ενώ, κάτι τέτοιο δεν προβλέπεται στον Νόμο, κατά παράβαση της αρχής της νομιμότητας. Ο παρών, δεύτερος λόγος της προσφυγής, τυγχάνει, καταρχήν απαράδεκτος λόγω της έλλειψης εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας και, περαιτέρω, σε κάθε περίπτωση, αβάσιμος, για τους ακόλουθους λόγους:

17.Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 346 Ν.4412/2016 «Προστασία κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων»: *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α΄ και β΄ της παραγράφου 2 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[..]»*. Σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ.1 Ν.4412/2016 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» : *«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:65/2018

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». Όμοια ρύθμιση περιλαμβάνει και το άρθρο 3 παρ.1 ΠΔ 39/2017: «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής (άρθρο 360 παρ. 1 ν. 4412/2016)».

18. Επειδή, από τα ανωτέρω συνάγεται ότι, κατά το σύστημα δικαστικής προστασίας που οργανώνεται στο πλαίσιο του Ν.4412/2016, δικαίωμα να ασκήσει προσφυγή έχει αυτός που στο πρόσωπό του συντρέχουν σωρευτικά δύο προϋποθέσεις: α) έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση του Νόμου 4412/2016 και β) έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από την παράνομη πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής. Κατά συνέπεια το έννομο συμφέρον υπό το ισχύον νομοθετικό καθεστώς (που, πάντως, δεν διαφοροποιείται ουσιωδώς από το προισχύσαν), αναγνωρίζεται και συγκεκριμενοποιείται (διακρίνεται δε από έχον ευρύτερη έννοια έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη) στο πρόσωπο εκείνου που: α) συμμετέχει ή έχει δικαίωμα να συμμετέχει (ή/ και εμποδίζεται εν όλω ή εν μέρει ή δυσχεραίνεται ουσιωδώς να συμμετάσχει στην διαγωνιστική διαδικασία εξαιτίας της επικαλούμενης παρανομίας της προσβαλλομένης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής) και β) έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία (οποιασδήποτε φύσης, υλική ή ηθική) από την παράνομη πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής. Το έννομο συμφέρον δεν συντρέχει και η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη όταν ελλείπει η ανάγκη δικαστικής προστασίας όπως λ.χ. όταν η πράξη είναι ευνοική για τον προσφεύγοντα ή αν με τη ζητούμενη προστασία δεν μπορεί να βελτιωθεί η θέση του (Ράικος Δ., Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων 2014, σελ. 745).

Αριθμός Απόφασης:65/2018

19.Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο άρθρο 4.6. του Παραρτήματος Γ της διακήρυξης και, συμπληρωματικά, σύμφωνα με όσα αναφέρει στις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή (Φ.831/ΑΔ.1/Σ.1./2-1-2018), η Εθνική Μετεωρολογική Υπηρεσία (εφεξής ΕΜΥ) έχει ήδη σε χρήση επίγειο σταθμό της προσφεύγουσας εταιρείας και μόνο στην περίπτωση που το υπό προμήθεια είδος, ραδιοβολίδα (RS), δεν συνεργάζεται με τον επίγειο εξοπλισμό, ο ανάδοχος θα πρέπει να προσφέρει χωρίς επιπλέον χρέωση επίγειο εξοπλισμό ισοδύναμων δυνατοτήτων προς χρήση από την ΕΜΥ και για την ορθή χρήση του υπό προμήθεια είδους. Συνεπώς, κατά ρητή απαίτηση της διακήρυξης, η προμήθεια αφορά σε ραδιοβολίδες συνεργαζόμενες με τον επίγειο σταθμό της προσφεύγουσας, που είναι ήδη σε χρήση από την ΕΜΥ, οπότε εκ των πραγμάτων, η προσφεύγουσα είναι σε θέση να προμηθεύσει το υπό προμήθεια είδος, όπως, άλλωστε, ισχυρίζεται και η ίδια (βλ. προσφυγή σελ.16) και γι'αυτό, όπως δηλώνει, θα συμμετάσχει στο διαγωνισμό και τούτο διότι η ίδια είναι η κατασκευάστρια του σταθμού. Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με την αναθέτουσα αρχή (βλ. απόψεις Φ.831/ΑΔ.1/Σ.1./2-1-2018), ο όρος 4.6. της διακήρυξης τέθηκε προς προστασία του ανταγωνισμού γι'αυτό και δίδεται η δυνατότητα προμήθειας ραδιοβολίδων που θα συνεργάζονται είτε με τον ήδη υπάρχοντα σταθμό είτε με άλλον, που θα προσφερθεί από την ανάδοχο δωρεάν και θα οδηγεί σε ισοδύναμο αποτέλεσμα.

20.Επειδή, η προσφεύγουσα προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντός της αναφέρει ότι δραστηριοποιείται στο χώρο του μετεωρολογικού εξοπλισμού και διαθέτει τον απαιτούμενο εξοπλισμό και, ειδικότερα, ραδιοβολίδες σύμφωνες με τις τεχνικές προδιαγραφές του διαγωνισμού, σκοπεύει δε να συμμετάσχει στη διαδικασία και να επιδιώξει την κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού σε αυτήν, πλην, όμως, δεν αναφέρει με ποιον τρόπο πλήττεται από την επικαλούμενη παρανομία της διακήρυξης, ούτε αν εξ αιτίας αυτής εμποδίζεται ή δυσχεραίνεται η συμμετοχή της στο διαγωνισμό ούτε αν υφίσταται βλάβη και ποιο το είδος αυτής. Ούτε τα ανωτέρω μπορούν στη συγκεκριμένη περίπτωση να συναχθούν λόγω των ειδικών περιστάσεων που ανωτέρω αναφέρθηκαν. Ειδικότερα, ακόμα και αν υποτεθεί ότι ο προσβαλλόμενος όρος 4.6. είναι παράνομος, η προσφεύγουσα δεν θίγεται από αυτόν. Αντίθετα, η προσφεύγουσα ευνοείται από τον εν λόγω όρο, δεδομένου ότι η ίδια έχει κατασκευάσει και εγκαταστήσει τον υπάρχοντα και ήδη σε χρήση ραδιοσταθμό με τον οποίο θα πρέπει, καταρχήν, να «συνεργάζονται» οι προς

Αριθμός Απόφασης:65/2018

προμήθεια ραδιοβολίδες κι, επομένως δεν θα επιβαρυνθεί με το κόστος κατασκευής κι εγκατάστασης κλπ νέου ραδιοσταθμού- κόστος που η ίδια υπολογίζει ότι ανέρχεται σε ποσό άνω των 80.000 Ευρώ (βλ. προσφυγή, λόγο III της προσφυγής). Έτσι, η ίδια ξεκινά με περισσότερο ευνοϊκές προοπτικές σε σχέση με άλλον/άλλους υποψήφιο/ιους ανάδοχο/ους που θα πρέπει να παράσχουν και τον επίγειο σταθμό και θα επωμιστούν οι ίδιοι το κόστος αφού, σύμφωνα με τη διακήρυξη, ο επίγειος εξοπλισμός (η συντήρηση αυτού και η εκπαίδευση επ'αυτού) θα παρασχεθεί δωρεάν. Ακόμα, όμως, και αν θεωρηθεί ότι η προσφεύγουσα δεν ευνοείται από τον προσβαλλόμενο όρο, αυτή τουλάχιστον δεν θίγεται από αυτόν, αφού η ίδια, όπως προκύπτει από τα ανωτέρω και δηλώνει στην προσφυγή της (βλ. σελ. 16: [...] *η εταιρεία μας διαθέτει τον απαιτούμενο εξοπλισμό ραδιοβολίδες σύμφωνες με τις προδιαγραφές του διαγωνισμού και εμπειρία[...]*) διαθέτει συμβατές ραδιοβολίδες με τον ήδη υπάρχοντα σταθμό. Έτσι, σε περίπτωση που ο εν λόγω όρος ακυρωθεί ώστε να απαλειφθεί η απαίτηση της δωρεάν παροχής επίγειου σταθμού στην περίπτωση που οι προς προμήθεια ραδιοβολίδες δεν είναι συμβατές με τον ήδη υπάρχοντα επίγειο εξοπλισμό, αυτό θα οδηγήσει είτε στον αποκλεισμό είτε στο σημαντικό περιορισμό του ανταγωνισμού, κάτι που δεν μπορεί να αποτελέσει νόμιμο όφελος για την προσφεύγουσα-κι, αντίστοιχα, βλάβη γι'αυτήν, κάτι που, άλλωστε, ουδόλως η ίδια επικαλείται- και τούτο διότι, ακριβώς για να αποφευχθεί το παραπάνω φαινόμενο τέθηκε ο συγκεκριμένος όρος. Ειδικότερα, όπως αναφέρει η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της : *«Κατά σαφή απαίτηση του ανωτέρω όρου η προμήθεια αφορά καταρχήν σε ραδιοβολίδες συνεργαζόμενες με τον επίγειο σταθμό της εταιρείας , ο οποίος είναι ήδη σε χρήση από την ΕΜΥ, οπότε re materiae, η αιτούσα είναι σε θέση να προμηθεύσει το προς προμήθεια είδος ως κατασκευάστρια του επίγειου σταθμού. Προς προστασία, όμως, του ελεύθερου ανταγωνισμού προβλέφθηκε στη διακήρυξη ότι οι προς προμήθεια ραδιοβολίδες θα πρέπει να συνεργάζονται με τον σε χρήση επίγειο σταθμό, οπότε είναι δυνατό ορισμένος οικονομικός φορέας να προσφέρει ραδιοβολίδες με ισοδύναμο αποτέλεσμα. Επίσης, στην περίπτωση που η προσφερόμενη ραδιοβολίδα δεν συνεργάζεται με τον παραπάνω επίγειο εξοπλισμό, ο ανάδοχος θα πρέπει να προσφέρει ΔΩΡΕΑΝ αντίστοιχων ή καλύτερων δυνατοτήτων από την ΕΜΥ. Η συγκεκριμένη ρήτρα αποτελεί δικλείδα ασφαλείας για την ανταπόκριση της ΕΜΥ στην εκ του Νόμου προβλεπόμενη αποστολή της, η οποία αφορά σε σκοπούς δημοσίου*

Αριθμός Απόφασης:65/2018

συμφέροντος και ενάσκησης δημόσιας εξουσίας (υποστήριξη από μετεωρολογικής άποψης της εθνικής άμυνας).

21.Επειδή, άλλωστε, κατά παγία νομολογία, στο μέτρο που η προσφεύγουσα αμφισβητεί τη σκοπιμότητα της επιλογής από την αναθέτουσα αρχή του παραπάνω όρου και προσπαθεί να καθορίσει τα τεχνικά χαρακτηριστικά των προς προμήθεια προϊόντων, με βάση της δικές της επαγγελματικές ανάγκες και με δικά της κριτήρια διαφορετικά από εκείνα που η ως άνω αρχή, κατ' εκτίμηση των αναγκών της υπηρεσίας, προσδιόρισε ως αναγκαία (βλ. ΔΕΦΑΘ 226/2013, 296/2013), η προσφυγή της τυγχάνει απορριπτέα και ως εξ αυτού του λόγου απαράδεκτη. Έχει σχετικά κριθεί ότι λόγοι αίτησης, με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό τη μορφή της αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προδιαγράψει αυτός, κατά τις επαγγελματικές του ανάγκες και δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (πρβλ. Ε.Α. 1025/2010, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.).

22.Επειδή, σε κάθε περίπτωση ακόμα και αν θεωρηθεί ότι η προσφεύγουσα δεν στερείται εννόμου συμφέροντος για την προβολή του, ο παρόν, δεύτερος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος. Ειδικότερα, όπως προκύπτει από τη συνολική επισκόπηση της διακήρυξης και των επιμέρους όρων και παραρτημάτων αυτής και, ιδίως, του σχεδίου της υπογραφηθείσόμενης σύμβασης, αντικείμενο της παρούσας συμφωνίας-πλαίσου και της εκτελεστικής αυτής σύμβασης είναι η προμήθεια 5.200 τεμαχίων του είδους «Ραδιοβολίδες», συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας σε βάθος τετραετίας ποσού 884.000,00 € συμπεριλαμβανομένων των προβλεπόμενων κρατήσεων και ΦΠΑ. Η δωρεάν παραχώρηση εξοπλισμού κατά το άρθρο 4.6.1 του Παραρτήματος Γ της διακήρυξης δεν αποτελεί αντικείμενο του διαγωνισμού και τελεί υπό τον όρο ότι ο τυχόν ενδιαφερόμενος δεν διαθέτει ραδιοβολίδες συμβατές με τον ήδη υπάρχοντα εξοπλισμό. Τότε και μόνο αυτός, προκειμένου να συμμετάσχει στη διαδικασία, θα πρέπει να παραχωρήσει και επίγειο εξοπλισμό συμβατό με τα προς προμήθεια είδη. Η σχετική απαίτηση περιλαμβάνεται στο κεφάλαιο των τεχνικών χαρακτηριστικών της διακήρυξης (Παράρτημα Γ) και όχι στο κεφάλαιο που αφορά την εκτελεστική σύμβαση, αφού, τύποις, αλλά και εν τοις πράγμασι, συνδέεται με την

Αριθμός Απόφασης:65/2018

τεχνική/λειτουργική απαίτηση συμβατότητας των προς προμήθεια ραδιοβολίδων με τον ήδη υπάρχοντα επίγειο σταθμό της EMY. Έτσι, αν η προσφεύγουσα ήθελε πλήξει τον σχετικό όρο ως αντίθετο στην αρχή της νομιμότητας θα έπρεπε να στραφεί ευθέως κατά των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης, κάτι που ουδόλως πράττει. Στην προκειμένη περίπτωση, όπως, ήδη, προκύπτει από τα ως άνω εκτειθέμενα, οι προσφορές των συμμετεχόντων θα αξιολογηθούν και συγκριθούν ως προς τις ραδιοβολίδες, που είναι το προς προμήθεια είδος (βλ. απόψεις Φ.831/ΑΔ.1/Σ.1./2-1-2018). Κατόπιν των ανωτέρω, στη συγκεκριμένη περίπτωση, πρόκειται για σύμβαση προμήθειας και όχι παραχώρησης κι, επιπλέον καμία σύμβαση δεν θα υπογραφεί πριν την εκτελεστική της συμφωνίας -πλαίσιο σύμβασης, σε αντίθεση με όσα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, γι'αυτό και ο σχετικός λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος.

ΕΠΙ ΤΟΥ ΤΡΙΤΟΥ ΛΟΓΟΥ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ

23. Επειδή, με τον τρίτο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα επικαλείται παράβαση ουσιώδους διάταξης νόμου, λόγω της παραβίασης του δικαίου του αθέμιτου ανταγωνισμού. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ο όρος 4.6. της διακήρυξης αντίκειται στις διατάξεις του άρθρου 102 ΣΛΕΕ για την απαγόρευση της επιθετικής τιμολογιακής πολιτικής, στο άρθρο 2 Ν. 3959/2011 δεδομένου ότι η τιμή παραχώρησης της χρήσης του εξοπλισμού και των υπηρεσιών συντήρησης, εγκατάστασης και εκπαίδευσης του προσωπικού της EMY είναι κάτω του μέσου μεταβλητού κόστους των υποψηφίων που θα υποβάλλουν προσφορά για τον συνοδό εξοπλισμό, στο άρθρο 26 παρ.3 Ν.4412/2016 δεδομένου ότι η δωρεάν παροχή του εξοπλισμού και των συναφών υπηρεσιών, κάτω του κόστους αποτελεί αθέμιτη πρακτική και θα οδηγούσε στον αποκλεισμό του υποψηφίου καθώς και στο άρθρο 2 παρ.1 γ' του Παραρτήματος Β' της διακήρυξης, το οποίο προβλέπει: [..]γ. Η προσφορά απορρίπτεται εάν διαπιστωθεί ότι εφαρμόζεται πολιτική τιμών πώλησης κάτω του κόστους κατασκευής του είδους ή της τιμής απόκτησης του είδους για εμπορία (τιμή dumping) ή ότι το προσφερόμενο είδος είναι αποδέκτης εξαγωγικής επιδότησης [...]. Ο παρών, τρίτος λόγος της προσφυγής, τυγχάνει, καταρχήν απαράδεκτος λόγω της έλλειψης εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας και, περαιτέρω, σε κάθε περίπτωση πρέπει να απορριφθεί ως αόριστος, άλλως, ως αβάσιμος, για τους ακόλουθους λόγους:

Αριθμός Απόφασης:65/2018

24.Επειδή, σε ότι αφορά την έλλειψη εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας αναφορικά με τον υπό κρίση τρίτο λόγο της προσφυγής και εν γένει το απαράδεκτο αυτής, ισχύουν τα εκτειθέμενα ανωτέρω στις σκέψεις 17 έως 21 της παρούσας, στα οποία παραπέμπουμε για λόγους οικονομίας και προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων.

25.Επειδή, σε κάθε περίπτωση, ακόμα και αν θεωρηθεί ότι η προσφεύγουσα δεν στερείται εν προκειμένω εννόμου συμφέροντος, ο παρών λόγος της προσφυγής τυγχάνει αόριστος, άλλως αβάσιμος ως ακολούθως: 1. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο όρος 4.6 του Παραρτήματος Γ' της διακήρυξης παραβιάζει το άρθρο 102 ΣΛΕΕ και το άρθρο 2 Ν. 3959/2011 δεδομένου ότι η τιμή παραχώρησης χρήσης του εξοπλισμού και των υπηρεσιών συντήρησης, εγκατάστασης και εκπαίδευσης των υπαλλήλων της EMY είναι κάτω του μέσου μεταβλητού κόστους των υποψηφίων αναδόχων που θα υποβάλλουν προσφορά για συνοδό εξοπλισμό. Σύμφωνα με το άρθρο 102 ΣΛΕΕ είναι ασυμβίβαστη με την εσωτερική αγορά και απαγορεύεται, κατά το μέτρο που δύναται να επηρεάσει το εμπόριο μεταξύ των κρατών-μελών, η καταχρηστική εκμετάλλευση από μια ή περισσότερες επιχειρήσεις της δεσπόζουσας θέσης τους εντός της εσωτερικής αγοράς ή σημαντικού τμήματος αυτής. Στην ουσία, δεν επιτρέπεται στη δεσπόζουσα επιχείρηση η άσκηση της πλήρους οικονομικής της ελευθερίας, λόγω της οικονομικής ισχύος που κατέχει. Δύο είναι οι προϋποθέσεις για την εφαρμογή του Άρθρου 102 ΣΛΕΕ: 1) η καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσης, 2) ο επηρεασμός του εμπορίου μεταξύ των κρατών-μελών. Όσον αφορά τον χαρακτηρισμό μιας επιχείρησης ως δεσπόζουσας κρίσιμο στοιχείο είναι η δυνατότητά της να διατηρεί τις τιμές πάνω από τα ανταγωνιστικά επίπεδα (βλ. Υπόθεση T 321/05 Astra Zeneca, Συλλογή 2010, σελ. II- 2805). Βασικό στοιχείο της έννοιας της δεσπόζουσας θέσης είναι η δυνατότητά που έχει μια επιχείρηση βάσει πραγματικών και νομικών παραγόντων να διαμορφώνει την οικονομική της συμπεριφορά, ανεξάρτητα από την οικονομική συμπεριφορά των άλλων επιχειρήσεων στη σχετική αγορά. Τα κριτήρια που πρέπει να ληφθούν υπόψη για την αναγνώριση της δεσπόζουσας θέσης μιας επιχείρησης είναι τα ακόλουθα: • Το μερίδιο αγοράς και ο βαθμός συγκέντρωσης αυτής. • Η μονοπωλιακή δύναμη της επιχείρησης. • Η ένταση του δυνητικού ανταγωνισμού τη συγκεκριμένη χρονική στιγμή. Όσον αφορά τη δυνατότητα της επιχείρησης να επηρεάζει το εμπόριο μεταξύ των κρατών-μελών. Για να μπορεί να θεωρηθεί μια συμφωνία ή πρακτική ότι

Αριθμός Απόφασης:65/2018

επηρεάζει το εμπόριο μεταξύ των κρατών- μελών, πρέπει να είναι δυνατόν να προκύπτει σημαντική πιθανότητα να επιφέρει άμεσες ή έμμεσες, πραγματικές ή δυνητικές επιπτώσεις στις διασυνοριακές οικονομικές δραστηριότητες μεταξύ δύο τουλάχιστον κρατών-μελών, κατά τέτοιο δε τρόπο, ώστε να πιθανολογείται ότι μπορεί να θίξει την υλοποίηση της ενιαίας αγοράς μεταξύ των κρατών-μελών. Η διαπίστωση των επιπτώσεων στις διασυνοριακές οικονομικές δραστηριότητες μεταξύ των κρατών-μελών προϋποθέτει τη συνδρομή ενός συνόλου νομικών και πραγματικών παραγόντων, οι οποίοι, εκτιμώμενοι μεμονωμένα, δεν θα ήταν κατ' ανάγκην καθοριστικοί. Κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, ο επηρεασμός του διασυνοριακού εμπορίου από μια συμφωνία ή μια πρακτική θα πρέπει να είναι αισθητός (βλ. Υπόθεση C 295/04 Manfredi, Συλλογή 2006, σελ. I-6619). Για την εκτίμηση του πότε ο επηρεασμός είναι αισθητός, λαμβάνεται υπόψη η θέση και το μερίδιο των συμμετεχουσών στη συμφωνία ή στην πρακτική επιχειρήσεων στις σχετικές αγορές των προϊόντων ή υπηρεσιών, καθώς και η φύση του προϊόντος και η δομή της αγοράς (βλ. Υπόθεση C 306/96 Javico, Συλλογή 1998, σελ. I-1983). Ειδικά ως προς το άρθρο 102 ΣΛΕΕ, η προσφεύγουσα ουδόλως αναφέρει και εξειδικεύει αν και με ποιον τρόπο συντρέχουν στην προκειμένη περίπτωση οι προϋποθέσεις εφαρμογής του στη συγκεκριμένη περίπτωση και ούτε κάτι τέτοιο μπορεί να συναχθεί από τα αναφερόμενα από την προσφεύγουσα, η οποία αρκείται στην ως άνω διατύπωση ότι δηλαδή οι τιμές που διαμορφώνονται βάσει του άρθρου 4.6. του Παραρτήματος Γ είναι κάτω του μέσω μεταβλητού κόστους, χωρίς καμία περαιτέρω επεξήγηση, ανάλυση κλπ που να επιτρέπει να συναχθεί το συμπέρασμα ότι εν προκειμένω εφαρμόζεται το άρθρο 102 ΣΛΕΕ και περαιτέρω ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις εφαρμογής του και ως προς τα δύο σκέλη αυτού. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 2 Ν.3959/2011 «Καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης»: «1. Απαγορεύεται η καταχρηστική εκμετάλλευση από μία ή περισσότερες επιχειρήσεις της δεσπόζουσας θέσης στο σύνολο ή μέρος της αγοράς της Ελληνικής Επικράτειας. 2. Η καταχρηστική αυτή εκμετάλλευση μπορεί να συνίσταται ιδίως:α) στην άμεση ή έμμεση επιβολή μη εύλογων τιμών αγοράς ή πωλήσεως ή άλλων όρων συναλλαγής. β) στον περιορισμό της παραγωγής, της διάθεσης ή της τεχνολογικής ανάπτυξης με ζημία των καταναλωτών. γ) στην εφαρμογή στο εμπόριο άνισων όρων για ισοδύναμες παροχές, ιδίως στην αδικαιολόγητη άρνηση πώλησης, αγοράς ή άλλης συναλλαγής, με αποτέλεσμα να περιέρχονται ορισμένες επιχειρήσεις σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό. δ) στην εξάρτηση της σύναψης

Αριθμός Απόφασης:65/2018

συμβάσεων από την αποδοχή, εκ μέρους των συναλλασσόμενων, πρόσθετων παροχών, οι οποίες από τη φύση τους ή σύμφωνα με τις εμπορικές συνήθειες δεν συνδέονται με το αντικείμενο των συμβάσεων αυτών. Όπως έχει σχετικά κριθεί η έννοια της καταχρηστικής συμπεριφοράς δεν ορίζεται στις ως άνω διατάξεις, που περιορίζονται στην ενδεικτική απαρίθμηση ορισμένων μορφών καταχρηστικής συμπεριφοράς, οι οποίες, εφόσον προέρχονται από επιχείρηση, που κατέχει δεσπύζουσα θέση, συνιστούν καταχρηστική εκμετάλλευσή της και είναι ex lege παράνομες. Επομένως, κατά την ερμηνεία της έννοιας της καταχρηστικής εκμετάλλευσης λαμβάνονται υπόψη ο σκοπός και το αντικείμενο προστασίας του ανωνύμου, δηλαδή η προστασία του συστήματος της οικονομίας της αγοράς, καθώς και η προστασία της οικονομικής ελευθερίας των τρίτων. Στο πλαίσιο αυτό, η καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπύζουσας θέσεως επιχείρησης κρίνεται με βάση την αντικειμενική συμπεριφορά της, εφόσον αυτή της επιτρέπει να επηρεάζει την διάρθρωση της αγοράς, στην οποία, λόγω της παρουσίας της ίδιας της επιχείρησης, ο ανταγωνισμός είναι ήδη εξασθενημένος και η τελευταία, χρησιμοποιώντας διαφορετικές μεθόδους απ' αυτές, που εφαρμόζονται, υπό κανονικές συνθήκες ανταγωνισμού, σε προϊόντα ή υπηρεσίες, οι οποίες αποτελούν το αντικείμενο των εμπορικών τους δραστηριοτήτων, παρεμποδίζει τη διατήρηση του επιπέδου του εναπομένοντος ανταγωνισμού ή την ανάπτυξη του. Συνεπώς, νομικώς κρίσιμη είναι η συμπεριφορά καθεαυτή και όχι τα κίνητρα ή οι σκοποί της, τα οποία μπορεί να έχουν επιβαρυντικό ή ελαφρυντικό ρόλο. Αρκεί μόνο η συμπεριφορά αυτή με τις ως άνω μεθόδους και πρακτικές να τείνει να περιορίσει τον ανταγωνισμό ή να είναι ικανή ή ενδέχεται να έχει τέτοιο αποτέλεσμα (ΑΠ 1554/2008, ΔΕΦΑΘ 1983/2010, ΕΦΑΘ 6664/2007 Νoμος). Και σε αυτήν την περίπτωση, η προσφεύγουσα ουδόλως αναφέρει και εξειδικεύει με ποιον τρόπο στη συγκεκριμένη περίπτωση παραβιάζεται το άρθρο 2 Ν. 3959/2011, πώς προκύπτει η δεσπύζουσα θέση της αναθέτουσας αρχής στην Ελληνική αγορά, ποια κριτήρια χρησιμοποιήθηκαν για την εξαγωγή του εν λόγω συμπεράσματος, βάσει της εθνικής και ευρωπαϊκής νομολογίας, σε τί συνίσταται η καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπύζουσας θέσης της αναθέτουσας αρχής στη συγκεκριμένη περίπτωση, ποια από τα ανωτέρω κριτήρια πληρούνται και με ποιον τρόπο. Τα ανωτέρω ουδόλως προκύπτουν ούτε και μπορούν να συναχθούν από τα αναφερόμενα από την προσφεύγουσα, η οποία, απλώς αρκείται στην αόριστη αναφορά περί παραβίασης του εν λόγω άρθρου λόγω του ότι η προσφερόμενη τιμή διαμορφώνεται κάτω του μέσου μεταβλητού κόστους. 2. Η

Αριθμός Απόφασης:65/2018

αναφορά της προσφεύγουσας σε τιμή κάτω του μέσου μεταβλητού κόστους αποτελεί από μόνη της μία αόριστη έννοια που χρήζει εξειδίκευσης, στην οποία ουδόλως προβαίνει η προσφεύγουσα, με αποτέλεσμα ο σχετικός ισχυρισμός της να είναι ανεπίδεκτος οποιασδήποτε εκτιμήσεως. Ομοίως, αόριστος είναι ο ισχυρισμός της ότι το κόστος των εν λόγω δωρεάν παραχωρούμενων προϊόντων ανέρχεται σε ποσό άνω των 80.000 Ευρώ (σε άλλο σημείο της προσφυγής της μάλιστα αναφέρεται σε κόστος υπολογιζόμενο σε ποσό 50.000 Ευρώ) καθώς δεν προκύπτει με ποιον τρόπο προέβη σε έναν τέτοιο υπολογισμό και αν το επικαλούμενο κόστος περιλαμβάνει τον επίγειο εξοπλισμό με ή χωρίς εργασίες τοποθέτησης, συντήρησης, εκπαίδευσης κλπ. Ειδικότερα, σε ότι αφορά το μέσο μεταβλητό κόστος σύμφωνα με την οικονομική επιστήμη γίνονται δεκτά τα εξής: Οι δαπάνες που είναι ανεξάρτητες του επιπέδου παραγωγής αποτελούν το σταθερό κόστος της επιχείρησης ενώ οι δαπάνες που μεταβάλλονται μαζί με το επίπεδο της παραγωγής αποτελούν το μεταβλητό κόστος της επιχείρησης. Στη βραχυχρόνια περίοδο, ο επιχειρηματίας θεωρεί ως δεδομένη την ποσότητα των «σταθερών» συντελεστών παραγωγής και επιλέγει το επίπεδο μόνο των «μεταβλητών» συντελεστών προκειμένου να παράγει το επιθυμητό επίπεδο προϊόντος. Από την άλλη, στη μακροχρόνια περίοδο, ο επιχειρηματίας έχει τη δυνατότητα να επιλέξει την ποσότητα όλων των συντελεστών παραγωγής που απαιτούνται για την παραγωγή. Έτσι, αφού στη μακροχρόνια περίοδο όλοι οι συντελεστές παραγωγής μπορούν να μεταβληθούν, όλες οι δαπάνες θεωρούνται μεταβλητές, και άρα το κόστος της επιχείρησης είναι εξ ολοκλήρου μεταβλητό κόστος (ακόμα και αν περιλαμβάνονται στοιχεία, όπως τα ενοίκια, που βραχυχρονίως είναι σταθερά). Στη βραχυχρόνια περίοδο, κάποιος ή κάποιοι συντελεστές παραγωγής δεν μπορούν να μεταβληθούν άμεσα, άρα κάποιες δαπάνες θεωρούνται δεδομένες, σταθερές. Σταθερό κόστος (FC | fixed cost) ονομάζεται το κόστος που δημιουργείται από τους σταθερούς συντελεστές παραγωγής. Μεταβλητό κόστος (VC | variable cost) ονομάζεται το κόστος που δημιουργείται από τη χρήση συντελεστών που μεταβάλλονται καθώς αυξάνει η παραγωγή. Το άθροισμα των δύο μάς δίνει το συνολικό κόστος (TC | total cost). Δηλαδή, $TC = FC + VC$ Εάν διαιρέσουμε κάθε ένα από τα παραπάνω μεγέθη με την παραγόμενη ποσότητα, λαμβάνουμε τα αντίστοιχα μέσα μεγέθη. Το μέσο σταθερό κόστος (AFC | average fixed cost) είναι το σταθερό κόστος που αντιστοιχεί σε κάθε παραγόμενη μονάδα. Υπολογίζεται ως $AFC = FC / Q$ Το μέσο μεταβλητό κόστος (AVC | average variable cost) είναι το μέρος του μεταβλητού κόστους που αντιστοιχεί σε κάθε παραγόμενη μονάδα. Υπολογίζεται

Αριθμός Απόφασης:65/2018

ως $AVC = VC / Q$. Από το συνολικό κόστος μπορούμε να υπολογίσουμε το μέσο συνολικό κόστος. Το μέσο συνολικό κόστος (ATC | average total cost) που αποκαλείται συνήθως μέσο κόστος (AC | average cost) ή ανά μονάδα κόστος (unit cost), δείχνει το μέρος του συνολικού κόστους που αντιστοιχεί σε κάθε παραγόμενη μονάδα, και υπολογίζεται ως εξής: $ATC = TC / Q$. Είναι εμφανές ότι το άθροισμα του μέσου σταθερού κόστους και του μέσου μεταβλητού κόστους μάς δίδει το μέσο κόστος, δηλ. $ATC = AFC + AVC$ ή $TC / Q = FC / Q + VC / Q$. Από τα ανωτέρω καθίσταται εμφανές ότι η αόριστη αναφορά της προσφεύγουσας σε τιμές που διαμορφώνονται κάτω του μέσου μεταβλητού κόστους-κατ'εφαρμογήν του άρθρου 4.6 του Παραρτήματος Γ'-είναι ανεπίδεκτη εκτιμήσεως εφόσον η προσφεύγουσα δεν εξηγεί πώς προκύπτει το συμπέρασμά της ώστε, καταρχήν, να εξεταστεί εάν αυτές πράγματι διαμορφώνονται κάτω του κόστους και μετέπειτα εάν και κατά πόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ και 2 Ν.3959/2011.

3. Όλοι οι ανωτέρω ισχυρισμοί αναπτύσσονται λαμβάνοντας ως δεδομένο το ζητούμενο, ήτοι εμπεριέχουν το συμπέρασμα ότι, δηλαδή, ο εν λόγω όρος-κατά την προσφεύγουσα- είναι καταχρηστικός αφού οδηγεί σε διαμόρφωση των τιμών κάτω του μέσου μεταβλητού κόστους, αλλά, ουδόλως προκύπτει πώς η προσφεύγουσα οδηγείται σε αυτό το συμπέρασμα 4. Σε κάθε περίπτωση, όπως και ανωτέρω, κατά την ανάλυση του δεύτερου λόγου της προσφυγής εκτέθηκε, ο όρος 4.6 του Παραρτήματος Γ' της διακήρυξης δεν περιγράφει το αντικείμενο της σύμβασης. Η προσφεύγουσα προς ανάπτυξη των σχετικών ισχυρισμών της εκκινά από αυτή την βάση, η οποία, ωστόσο, είναι εσφαλμένη. Εξάλλου η προσφεύγουσα δεν αναφέρει ότι πρόκειται λ.χ. για πρόσθετη παροχή που δεν έχει σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης, ώστε να μπορεί έστω να ελεγχθεί σε σχέση με τα προαναφερόμενα άρθρα. 5. Έτι περαιτέρω, η προσφεύγουσα, ισχυρίζεται ότι η δωρεάν παροχή του εξοπλισμού κλπ κάτω του κόστους αποτελεί αθέμιτη πρακτική κατά το άρθρο 26 παρ.3 Ν.4412/2016 και το 2 παρ.1 περ. γ' του Παραρτήματος Β' της διακήρυξης. Όσον αφορά το άρθρο 26 παρ.3 Ν.4412/2016 αυτό ορίζει ότι: «[...]3. Μη κανονικές προσφορές θεωρούνται συγκεκριμένα: α) όσες δεν πληρούν τις προϋποθέσεις των εγγράφων της σύμβασης, β) όσες παρελήφθησαν εκπρόθεσμα, γ) όταν υπάρχουν αποδεικτικά στοιχεία αθέμιτης πρακτικής, όπως συμπαιγνίας ή διαφθοράς, δ) όσες κρίνονται από την αναθέτουσα αρχή ασυνήθιστα χαμηλές. Πλην, όμως, εν προκειμένω, αφενός μεν δεν αναφέρεται σε ποια από τις ανωτέρω περιπτώσεις ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι εμπίπτει ο όρος 4.6 της διακήρυξης κι, αφετέρου αν

Αριθμός Απόφασης:65/2018

υποτεθεί ότι αυτή αναφέρεται στο στοιχείο γ', ως άνω, αφού αναφέρεται σε «αθέμιτη πρακτική», αυτή δεν αναφέρει τα αποδεικτικά μέσα συμπαιγνίας ή διαφθοράς που απαιτούνται προς θεμελίωση των όρων της συγκεκριμένης διάταξης. Ομοίως, αόριστα και αναπόδεικτα προβάλουν και τα αναφερόμενα από την προσφεύγουσα ότι ο όρος 4.6. της διακήρυξης παραβιάζει το άρθρο 2 παρ.1 στοιχείο γ' του Παραρτήματος Β αυτής, που ορίζει ότι η προσφορά απορρίπτεται αν αποδειχθεί ότι εφαρμόζεται πολιτική τιμών πώλησης κάτω του κόστους κατασκευής ή της τιμής απόκτησης του είδους για εμπορία ή το προσφερόμενο είδος είναι αποδέκτης εξαγωγικής επιδότησης. Και σε αυτήν τη περίπτωση δεν προκύπτει ούτε αποδεικνύεται σε ποια από τις προαναφερόμενες υποπεριπτώσεις εμπίπτει η προσβαλλόμενη διάταξη και ούτε εξειδικεύονται με αναφορά σε συγκεκριμένα στοιχεία που αφορούν την εδώ εξεταζόμενη υπόθεση, οι αόριστες έννοιες κάτω του κόστους ή της τιμής απόκτησης κλπ. Άλλωστε οι ανωτέρω ισχυρισμοί, όπως και αυτοί που αφορούν τα άρθρα 102 ΣΛΕΕ και 2 Ν.3959/2011 εκκινούν από την εσφαλμένη βάση θεώρησης της παροχής του εξοπλισμού και των συναφών υπηρεσιών ως αντικειμένου της σύμβασης, ενώ, ο σχετικός όρος αποτελεί τεχνική προδιαγραφή. Συνεπώς εν προκειμένω ουδεμία επιθετική ή αθέμιτη τιμολογιακή πολιτική ενθαρρύνεται/ προωθείται και ουδεμία ασάφεια/αντίφαση δημιουργείται μεταξύ του παρόντος όρου και του όρου της παρ. 1γ του άρθρου 2 του Παραρτήματος Β' της διακήρυξης. 5. Εν κατακλείδι, επισημαίνονται και τα κάτωθι: σε αντίθεση με τα όσα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ο παρών όρος δεν έχει σαν αποτέλεσμα να αποκλείονται υποψήφιοι, αλλά, αντιθέτως, ενθαρρύνει και τη συμμετοχή υποψηφίων χωρίς συμβατές με το ήδη υπάρχον σύστημα ραδιοβολίδες. Στην αντίθετη, άλλωστε, περίπτωση, κατά την οποία στο διαγωνισμό θα μπορούσαν να συμμετέχουν μόνο εταιρείες με συμβατές με το υπάρχον σύστημα ραδιοβολίδες, όπως μετά την απαλοιφή του όρου, που αποτελεί αίτημα της προσφυγής, επιδιώκει η προσφεύγουσα, τότε πιθανότατα θα περιορίζονταν/αποκλείονταν υποψήφιοι. Σημειωτέον ότι το υπολογιζόμενο κόστος της εν λόγω "επιβάρυνσης" σύμφωνα με την προσφεύγουσα είναι 80.000 (σε άλλο σημείο της προσφυγής αναφέρεται άλλο ποσό, 50.000) Ευρώ, το οποίο ακόμα και αν υποτεθεί ακριβές, είναι πολύ μικρό σε σχέση με την αξία της σύμβασης, ήτοι ανέρχεται στο 1/10 αυτής, οπότε δεν μπορεί βάσιμως να θεωρηθεί ότι επηρεάζει τον ανταγωνισμό ή τουλάχιστον κατι τέτοιο δεν αποδεικνύεται από την προσφεύγουσα. Σε κάθε περίπτωση εν προκειμένω δεν

Αριθμός Απόφασης:65/2018

πρόκειται για προμήθεια ή αγορά εξοπλισμού, ώστε να εφαρμόζονται οι ως άνω διατάξεις αλλά για δωρεάν παραχώρηση αυτού.

ΕΠΙ ΤΟΥ ΤΕΤΑΡΤΟΥ ΛΟΓΟΥ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ

26. Επειδή, με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα επικαλείται παράβαση ουσιώδους διάταξης νόμου, λόγω της παραβίασης του άρθρου 88 Ν.4412/2016 (*«1.όταν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές [...]οι αναθέτουσες αρχές ζητούν από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή [...]μπορεί να απορρίψει την προσφορά μόνο αν τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο τιμής. 2. Οι αναθέτουσες αρχές απορρίπτουν την προσφυγή ότι η αναθέτουσα αρχή είναι ιδιαίτερα χαμηλή διότι δεν συμμορφώνεται με τις ισχύουσες υποχρεώσεις την παρ.2 του άρθρ. 18 Ν.4412/2016) και του άρθρ. 6 παρ.2 του Παραρτήματος Α' της διακήρυξης («οι ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές θα απορρίπτονται»). Ειδικότερα, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, ο όρος 4.6. της διακήρυξης αντίκειται στις διατάξεις του 88 Ν.4412/2012 διότι η προσφορά που θα δοθεί βάσει του προαναφερθέντος όρου αφορά στην δωρεάν παροχή εξοπλισμού, συντήρησης αυτού κι εκπαίδευσης επί αυτού κι, επομένως ως δωρεάν προσφορά εμπίπτει στο άρθρο 88 Ν.4412/2016. Επίσης, η προσφορά που απαιτεί κόστος άνω των 50.000 ευρώ και παραταύτα θα παρασχεθεί δωρεάν δεν συμμορφώνεται με τις ισχύουσες υποχρεώσεις της παρ.2 του άρθρου 18 Ν.4412/2016 (*«οι οικονομικοί φορείς κατά την εκτέλεση της δημόσιας σύμβασης τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας»*).Ακόμη, δημιουργείται ασάφεια στους όρους της διακήρυξης καθώς από την μία απαιτείται η δωρεάν παραχώρηση εξοπλισμού και από την άλλη προβλέπεται ότι οι ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές θα απορρίπτονται. Ο παρών, τέταρτος λόγος της προσφυγής, τυγχάνει, καταρχήν απαράδεκτος, λόγω της έλλειψης εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας και, σε κάθε περίπτωση, αβάσιμος για τους ακόλουθους λόγους:*

27.Επειδή, σε ότι αφορά την έλλειψη εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας αναφορικά με τον υπό κρίση τέταρτο λόγο της προσφυγής και το

Αριθμός Απόφασης:65/2018

απαράδεκτο εν γένει αυτού ισχύουν τα εκτειθέμενα ανωτέρω στις σκέψεις 17-21 της παρούσας, στα οποία παραπέμπουμε προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων.

28.Επειδή, σε κάθε περίπτωση, ακόμα και αν θεωρηθεί ότι η προσφεύγουσα δεν στερείται εν προκειμένω εννόμου συμφέροντος, ο παρών λόγος της προσφυγής τυγχάνει αβάσιμος ως ακολούθως: 1. Καταρχήν, όπως και ανωτέρω εκτέθηκε, από την επισκόπηση της διακήρυξης και των εγγράφων αυτής, αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια ραδιοβολίδων. Οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, που αφορούν ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, αναφέρονται και αφορούν στο αντικείμενο της σύμβασης, που είναι οι ραδιοβολίδες. Το τυχόν κόστος του επίγειου εξοπλισμού, της συντήρησης κι εκπαίδευσης επ'αυτού εξ αντικειμένου δεν θα ληφθεί υπόψη κατά την αξιολόγηση του διαγωνισμού. 2. Δεδομένου ότι η εν λόγω απαίτηση δεν αποτελεί αντικείμενο του διαγωνισμού ούτε της υπογραφηθείσας σύμβασης, εκ προοιμίου δεν αποτελεί οικονομικό αντικείμενο της προσφοράς και, ως εκ τούτου εν προκειμένου δεν εφαρμόζεται το άρθρο 88 Ν.4412/2016. Άλλωστε ο χαρακτηρισμός μιάς προσφοράς ως χαμηλής δεν είναι δυνατόν να γίνει πριν το άνοιγμα και την αξιολόγηση αυτής κατά το οικείο στάδιο που προβλέπει ο Νόμος και η διακήρυξη. Σημειώνεται ότι ο εν λόγω ισχυρισμός εμπεριέχει και λογική αστοχία αφού με αυτόν γίνεται επίκληση ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών σε εκ των προτέρων προσδιορισμένη ως δωρεάν παροχή, ήτοι σε παροχή που θα προσφερθεί από όλους τους ενδιαφερόμενους υποψηφίους δωρεάν και, άρα, θα ελλείπει, σε κάθε περίπτωση, το συγκριτικό στοιχείο του ύψους της τιμής. 3.Περαιτέρω, η διακήρυξη είναι απολύτως σαφής ως προς το ότι ο εν λόγω εξοπλισμός που τυχόν θα παρασχεθεί θα διατεθεί δωρεάν κι, επομένως, ο υποψήφιος θα επωμιστεί το όποιο κόστος. Αυτό επάγεται ότι ο προσφέρων θα επωμιστεί το συνολικό κόστος, ήτοι και αυτό που τυχόν προκαλείται από την εφαρμογή των οικείων διατάξεων της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας. Επομένως, ο ως ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η δωρεάν παροχή του εξοπλισμού οδηγεί σε καταστρατήγηση των ως άνω διατάξεων, εκτός από αόριστος, αφού, ουδόλως αναφέρει ποιές συγκεκριμένα διατάξεις παραβιάζονται και με ποιον τρόπο, είναι, σε κάθε περίπτωση, αβάσιμος και για τον πρόσθετο λόγο ότι η δωρεάν παροχή του εξοπλισμού και των σχετικών υπηρεσιών δεν σημαίνει άνευ ετέρου τινός ότι ο υποψήφιος ανάδοχος θα παραβιάσει την περιβαλλοντική, κοινωνικοασφαλιστική κλπ νομοθεσία. Τούτο αποτελεί λογικό άλμα αφού, αυτονοήτως, η δωρεάν παροχή του

Αριθμός Απόφασης:65/2018

εξοπλισμού έχει την έννοια ότι κάθε τέτοια "επιβάρυνση" επιβαρύνει τον υποψήφιο, ο οποίος θα επωμιστεί το οποιοδήποτε κόστος, άρα και το προκαλούμενο από τις διατάξεις της εργατικής κλπ νομοθεσίας. Αν, επομένως κάποιος εκ των υποψηφίων παραβιάσει τις σχετικές διατάξεις αυτό δεν θα οφείλεται στο σχετικό όρο της διακήρυξης αλλά σε δικό του ππαίσμα. 4. Έτι περαιτέρω για όλους τους προαναφερθέντες λόγους και προς αποφυγή ασκόπων επαναλήψεων, ουδεμία ασάφεια δημιουργείται σχετικά με τους όρους της διακήρυξης που, αφενός μεν απαιτούν την δωρεάν παροχή εξοπλισμού και από την άλλη προβλέπουν την ακύρωση των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών.

ΕΠΙ ΤΟΥ ΠΕΜΠΤΟΥ ΛΟΓΟΥ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ

29.Επειδή, με τον πέμπτο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα επικαλείται παραβίαση του άρθρου 57 παρ. 1 Ν.4412/2016, με το οποίο απαιτείται ρητή αναφορά της δυνατότητας υποβολής εναλλακτικής προσφοράς καθώς, χωρίς να προβλέπεται σε κανένα σημείο της προσβαλλομένης διακήρυξης η δυνατότητα υποβολής εναλλακτικής προσφοράς, στις τεχνικές προδιαγραφές δίνεται αιφνιδίως η δυνατότητα υποβολής προσφοράς, δωρεάν συνοδού εξοπλισμού στους συμμετέχοντες οι οποίοι δεν πληρούν τους όρους της διακήρυξης. Επιπλέον, ακόμα και αν θεωρηθεί ότι το παρόν άρθρο εν τοις πράγμασι συνιστά πρόβλεψη σχετικά με τη δυνατότητα οικονομικών φορέων να υποβάλλουν εναλλακτική προσφορά, αυτό δεν πληροί τις προϋποθέσεις της παρ.2 του άρθρ. 57 Ν.4412/2016. Ειδικότερα: α) δεν προβλέπονται ειδικότεροι τρόποι υποβολής αυτών των προσφορών και ιδίως αν μπορούν να υποβάλλονται μόνο εάν επίσης έχει υποβληθεί προσφορά που δεν συνιστά εναλλακτική προσφορά β) δεν προβλέπονται οι ελάχιστες απαιτήσεις που πρέπει να πληρούν οι εναλλακτικές προσφορές γ) δεν διασφαλίζουν ότι τα επιλεγέντα κριτήρια ανάθεσης μπορούν να εγερμωστούν σε εναλλακτικές προσφορές που πληρούν τις εν λόγω ελάχιστες απαιτήσεις. Επιπροσθέτως ο εν λόγω όρος παραβιάζει το άρθρο 53 Ν.4412/2016 καθώς: α) δεν είναι σαφής β) δεν περιλαμβάνει τα τεχνικά χαρακτηριστικά (τεχνικές προδιαγραφές) τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης γ) οι όροι της διακήρυξης πρέπει να περιλαμβάνουν τον τρόπο ανάθεσης, την διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών. Ο παρών, πέμπτος λόγος της προσφυγής, τυγχάνει,

Αριθμός Απόφασης:65/2018

καταρχήν απαράδεκτος, λόγω της έλλειψης εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας και, σε κάθε περίπτωση, αβάσιμος για τους ακόλουθους λόγους:

29.Επειδή, σε ότι αφορά την έλλειψη εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας αναφορικά με τον υπό κρίση πέμπτο λόγο της προσφυγής και το εν γένει απαράδεκτο αυτού, ισχύουν τα εκτειθέμενα ανωτέρω στις σκέψεις 17-21 της παρούσας, στα οποία παραπέμπουμε προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων.

30. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, ακόμα και αν θεωρηθεί ότι η προσφεύγουσα δεν στερείται εν προκειμένω εννόμου συμφέροντος, ο παρών λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος. 1. Κατά το πρώτο σκέλος αυτού, που αφορά την παραβίαση του άρθρου 57 Ν.4412/2016 ως ακολούθως: α) Στην προκειμένη περίπτωση δεν τυγχάνουν εφαρμογής οι διατάξεις του άρθρου 57 Ν.4412/2016 για τις εναλλακτικές προσφορές καθώς, όπως προκύπτει από τη γραμματική διατύπωση της παρ.1 του άρθρ. 57 Ν.4412/2016, εάν στη διακήρυξη δεν υπάρχει ρητή αναφορά περί εναλλακτικών προσφορών, αυτές δεν επιτρέπονται β) Από την επισκόπηση της υπό κρίση διακήρυξης και των παραρτημάτων αυτής καθ'ουδένα τρόπο μπορεί να συναχθεί ότι επιτρέπονται εναλλακτικές προσφορές ή ακόμα περισσότερο ότι η απαίτηση του άρθρου 4.6. του Παραρτήματος Γ' της διακήρυξης περί δωρεάν παροχής εξοπλισμού κλπ στις περιπτώσεις που οι προσφερόμενες ραδιοβολίδες δεν είναι συμβατές με το ήδη υπάρχον επίγειο σύστημα της EMY συνιστά απαίτηση ή δυνατότητα για την υποβολή εναλλακτικής προσφοράς. Ειδικότερα, από τη συστηματική κατάταξη του εν λόγω όρου στο κεφάλαιο των τεχνικών προδιαγραφών σε συνδυασμό με το αντικείμενο του διαγωνισμού που είναι η προμήθεια ραδιοβολίδας (RS) με σύστημα εντοπισμού θέσης μέσω δορυφόρου για κάλυψη αναγκών της Εθνικής Μετεωρολογικής Υπηρεσίας, προκύπτει ότι ο εν λόγω όρος αναφέρεται, τύποις και εν τοις πράγμασι, σε ζητήματα τεχνικών προδιαγραφών του προς προμήθεια είδους και, ειδικότερα, στην συμβατότητα αυτού με το ήδη υπάρχον επίγειο σύστημα της EMY, το οποίο κατονομάζεται ρητώς και ειδικώς. Συμπερασματικά, ο επίμαχος όρος δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 57 Ν.4412/2016 καθότι υπό καμία έννοια δεν αναφέρεται και δεν έχει να κάνει με παροχή εναλλακτικών προσφορών, αλλά, συνίσταται σε όρο αποκλειστικά σχετιζόμενο με τις τεχνικές προδιαγραφές του διαγωνισμού, στο κεφάλαιο των οποίων συστηματικά και γραμματολογικά εντάσσεται. 2. Η προσφυγή τυγχάνει

Αριθμός Απόφασης:65/2018

απορριπτέα και κατά το δεύτερο σκέλος του πέμπτου λόγου αυτής καταρχήν, λόγω αοριστίας, αφού δεν γίνεται κατανοητό ούτε και προκύπτει σε τί ακριβώς συνίσταται η επικαλούμενη εκ μέρους της προσφεύγουσας παραβίαση του άρθρου 53 Ν.4412/2016. Πλέον συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα παραθέτει ολόκληρη τη σχετική διάταξη και δεν προσδιορίζει τί από όσα παραθέτει [(α) δεν είναι σαφής β) δεν περιλαμβάνει τα τεχνικά χαρακτηριστικά (τεχνικές προδιαγραφές) τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης γ) οι όροι της διακήρυξης πρέπει να περιλαμβάνουν τον τρόπο ανάθεσης, την διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών] παραβιάζει ο όρος 4.6 της διακήρυξης, με ποιον τρόπο και σε ποιο σημείο αυτού, δεδομένου μάλιστα ότι ο εν λόγω όρος περιλαμβάνει κεφάλαια 4.6.1 έως 4.6.6 και είναι αρκετά εκτενής. Ακόμα, όμως, και αν υποθεθεί ότι με τον ανωτέρω ισχυρισμό της προσφεύγουσας προσβάλλεται ως ασαφής η συγκεκριμένη προδιαγραφή και ότι σε αυτήν δεν περιλαμβάνονται τα απαιτούμενα τεχνικά χαρακτηριστικά και ο τρόπος διασφάλισης/ελέγχου της ποιότητας, ο εν λόγω ισχυρισμός είναι αβάσιμος. Πλέον συγκεκριμένα, εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή με σαφήνεια και πληρότητα ζητά ως λειτουργική απαίτηση/επίδοση του προς προμήθεια είδους τη συμβατότητα με το υπάρχον επίγειο σύστημα, άλλως, σε περίπτωση που οι ραδιοβολίδες δεν είναι συμβατές με αυτό, την δωρεάν προσφορά συμβατού επίγειου συστήματος με τον συνοδευτικό εξοπλισμό του, παροχή υπηρεσιών συντήρησης αυτού και εκπαίδευση του υπάρχοντος προσωπικού. Έτσι, η αναθέτουσα αρχή αναφέρεται και αναλύει στον επίμαχο όρο 4.6 το είδος/ μοντέλο του ήδη υπάρχοντος εξοπλισμού, αναφέρει ότι ο τυχόν προσφερόμενος εξοπλισμός θα πρέπει να είναι τουλάχιστων αντίστοιχων δυνατοτήτων, αναλύει τις επιθυμητές απαιτήσεις και δυνατότητες/ λειτουργικές επιδόσεις του τυχόν δωρεάν προσφερόμενου εξοπλισμού καθώς και τα μέρη από τα οποία θα αποτελείται και συναπαρτίζεται, απαιτεί εγγύηση καλής λειτουργίας για το χρονικό διάστημα της χρήσης, απαιτεί την επιχειρησιακή λειτουργία του εξοπλισμού σε τουλάχιστον μία χώρα μέλος του προγράμματος EUCOS (EUMETNET Composite Observing System), περιέχει τις γενικές απαιτήσεις που πρέπει να ικανοποιήσει ο υποψήφιος ανάδοχος στο σχέδιο συντήρησης που θα προτείνει και τέλος, θέτει τα κριτήρια καλής λειτουργίας και απόδοσης του εξοπλισμού (βλ. αναλυτικά άρθρο 4.6. Παράρτημα Γ της διακήρυξης). Έτι περαιτέρω, η τεχνική προδιαγραφή του υπό προμήθεια είδους, που, αναλυτικά, περιγράφεται στο

Αριθμός Απόφασης:65/2018

Παράρτημα Γ της διακήρυξης, αποτελεί τεχνική προδιαγραφή των Ενόπλων Δυνάμεων (ΠΕΔ-Α 00377), η οποία έχει συνταχθεί σύμφωνα με το νέο κανονιστικό πλαίσιο τυποποίησης Ενόπλων Δυνάμεων, που περιλαμβάνει Τεχνικό Διάλογο, δηλαδή δημόσια διαβούλευση των σχεδίων των τεχνικών προδιαγραφών. Στον τεχνικό διάλογο συμμετέχουν ενδιαφερόμενοι φορείς από τον δημόσιο αλλά και τον ιδιωτικό τομέα. Η εν λόγω ΠΕΔ δημοσιεύθηκε και τέθηκε σε δημόσια διαβούλευση στην οποία μάλιστα συμμετείχε και η προσφεύγουσα, η οποία έθεσε ερωτήματα που απαντήθηκαν από την αναθέτουσα αρχή (βλ. εισήγηση έκτακτης επιτροπής-ομάδας εργασίας επί της παρούσας προδικαστικής προσφυγής, ημερομηνία 29-12-2017).

ΕΠΙ ΤΟΥ ΕΚΤΟΥ ΛΟΓΟΥ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ

32.Επειδή, με τον έκτο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα επικαλείται παράβαση ουσιώδους διάταξης Νόμου λόγω παραβίασης των άρθρων 53 και 49 Ν.4412/2016 και της παρ. 4 του άρθρου 48 ΠΔ 18/1989 και λόγω της παρείσφρυσης ασαφειών και αντιφατικών διατάξεων στην διακήρυξη. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι τα έγγραφα της σύμβασης δεν είναι πλήρη και δεν μπορεί να υποβάλλει άρτια, συγκρίσιμη και ρεαλιστική προσφορά με βάση τα χορηγούμενα από την αναθέτουσα αρχή στοιχεία (άρθρ. 53 και 49 Ν.4412/2016) καθότι: α) η απαίτηση του όρου 4.6. του παραρτήματος Γ' της διακήρυξης για δωρεάν παροχή εξοπλισμού έρχεται σε αντίθεση με το άρθρ. 6 παρ.2 περ.1 γ' του παραρτήματος Β' της διακήρυξης, με το οποίο προβλέπεται ότι η προσφορά απορρίπτεται εάν διαπιστωθεί πολιτική τιμών πώλησης κάτω του κόστους β) στο άρθρο 19 του Παραρτήματος Β' της διακήρυξης προβλέπεται ότι με την επιφύλαξη του άρθρου 13 του εν λόγω Παραρτήματος, υπογράφεται από τα συμβαλλόμενα μέρη συμφωνία-πλαίσιο για δύο έτη. Η ως άνω διάταξη έρχεται σε αντίθεση με τα συνοπτικά στοιχεία της διακήρυξης όπου προβλέπεται η σύναψη συμφωνίας πλαίσιο για τέσσερα έτη, με αποτέλεσμα να δημιουργείται σύγχυση στους προσφέροντες σε σχέση με τη διάρκεια της σύμβασης που πρόκειται να υπογραφεί. γ) Επιπλέον η απαίτηση 6.2 και 4.5 του Παραρτήματος Γ' σχετικά με την εγγύηση καλής λειτουργίας ραδιοβολίδων και την επισήμανση επί της συσκευσίας, αντίστοιχα, καθώς και 4.1.2-4.1.2.3, σύμφωνα με τα οποία τα προϊόντα θα παραδοθούν καινούρια και αμεταχείριστα, δεν προβλέπουν με ποιον τρόπο ο ανάδοχος θα αποδείξει την συμμόρφωση του στην αναθέτουσα αρχή αλλά ούτε και υπάρχει αντίστοιχη

Αριθμός Απόφασης:65/2018

πρόβλεψη στον πίνακα συμμόρφωσης, ενώ στο άρθρο 6.1 Παράρτημα Γ' της διακήρυξης προβλέπεται ότι όλοι οι όροι της τεχνικής προδιαγραφής είναι απαράβατοι και η μη συμμόρφωση με αυτούς συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς. Σε αντίθεση, στο ίδιο παράρτημα στις επισημάνσεις (σελ. 82) παρ.4 προβλέπεται ότι «αν τα χαρακτηριστικά του προσφερόμενου υλικού διαφέρουν από αυτά της προδιαγραφής θα πρέπει να επισυνάπτεται λεπτομερής περιγραφή του πώς ικανοποιούνται οι απαιτήσεις της Υπηρεσίας από το προσφερόμενο σύστημα». Η ασάφεια μεταξύ του 6.1 του παραρτήματος Γ' και των επισημάνσεων του ίδιου παραρτήματος, δίνει τη δυνατότητα στην επιτροπή αξιολόγησης διενέργειας μιας διαδικασίας αδιαφανούς και να ασκήσει την ευχέρειά της καταχρηστικά κατά παράβαση του άρθρου 48 παρ.4 ΠΔ18/1989. δ) Περαιτέρω, στο άρθρο 7 παρ.2 Παραρτήματος Β προβλέπεται ότι η συμφωνία πλαίσιο θα έχει έναρξη ισχύος από την υπογραφή της και έως την ανάλωση του κατακυρωθέντος με τον διαγωνισμό ποσού ή της παραλαβής του συνόλου της ποσότητας του ελαιολιπαντικού. Ο εν λόγω όρος προκαλεί σύγχυση γιατί αναφέρεται σε ελαιολιπαντικό αντί για ραδιοβολίδες αλλά παραβιάζει και το άρθρο 49 Ν.4412/2016 που προβλέπει ότι σε καμία περίπτωση η συμφωνία πλαίσιο δεν μπορεί να υπερβαίνει τα τέσσερα έτη. ε) Ενώ στο Παράρτημα Α' παρ. 5 προβλέπεται ότι η συμφωνία πλαίσιο θα υπογραφεί με έναν ανάδοχο, η επισυναπτόμενη σύμβαση στο Παράρτημα Δ' προβλέπει ότι αυτή θα υπογραφεί με περισσότερους τους ενός οικονομικούς φορείς. Ο εν λόγω έκτος λόγος της προσφυγής κρίνεται εν μέρει βάσιμος κατά τα κατωτέρω ειδικότερα αναφερόμενα: Καταρχήν, επισημαίνεται ότι η γενική και αόριστη αναφορά της προσφεύγουσας σε παραβίαση του άρθρου 48 παρ.4 ΠΔ 18/1989, σύμφωνα με το οποίο: *«[...] λόγοι που θεμελιώνουν την αίτηση ακυρώσεως είναι:[...]4) Κατάχρηση εξουσίας, όταν η πράξη της Διοίκησης φέρει μεν καθεαυτήν όλα τα στοιχεία της νομιμότητας, γίνεται, όμως για σκοπό καταδήλως άλλον από εκείνον για τον οποίον έχει νομοθετηθεί»*, δεν τυγχάνει εφαρμογής στη συγκεκριμένη περίπτωση και δεν μπορεί να υπόψη, καθότι η προδικαστική προσφυγή του Ν.4412/2016, καταρχήν, υπάγεται στις ειδικότερες ρυθμίσεις του εν λόγω Νόμου και, περαιτέρω, η προσφεύγουσα δεν επικαλείται ούτε προκύπτει πώς και γιατί εφαρμόζεται η εν λόγω διάταξη στη συγκεκριμένη περίπτωση και, σε τελική ανάλυση, πώς εννοεί εν προκειμένω η προσφεύγουσα την κατάχρηση εξουσίας, υπό την ανωτέρω έννοια όπου η πράξη της Διοίκησης φέρει μεν καθεαυτήν όλα τα στοιχεία της νομιμότητας, γίνεται, όμως για σκοπό καταδήλως άλλον από εκείνον για τον οποίον έχει

Αριθμός Απόφασης:65/2018

νομοθετηθεί, αν υποθεθεί ότι, στην πραγματικότητα, με τον ως άνω ισχυρισμό της, η προσφεύγουσα ήθελε να προβάλλει ισχυρισμό περί καταχρηστικής άσκησης εξουσίας από μέρους της αναθέτουσας αρχής. Περαιτέρω: 1. Σχετικά με τον ανωτέρω υπό στοιχείο α' ισχυρισμό, αυτός τυγχάνει αβάσιμος, σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν ανωτέρω και δεν επαναλαμβάνονται προς αποφυγή ασκόπων επαναλήψεων. 2. ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι, από την μια το άρθρο 19 του Παραρτήματος Α' που προβλέπει: *«1. Μετά την ανακοίνωση της κατακύρωσης, και με την επιφύλαξη όσων ορίζονται στο άρθρο 13 του παρόντος Παραρτήματος, υπογράφεται από τα συμβαλλόμενα μέρη η συμφωνία πλαίσιο χρονικής ισχύος δύο (2) ετών, το κείμενο της οποίας επισυνάπτεται στην παρούσα διακήρυξη, ως το Παράρτημα «Δ'» αυτής»* και, από την άλλη, η πρόβλεψη στα συνοπτικά στοιχεία της διακήρυξης για τετραετή συμφωνία -πλαίσιο, προκαλούν σύγχυση σχετικά με τον χρόνο ισχύος της συμφωνίας-πλαίσιο, τυγχάνει απορριπτέος λόγω της προφανούς παραδρομής στα ανωτέρω αναγραφόμενα. Ειδικότερα, το γεγονός ότι η ανωτέρω διάσταση στον χρόνο ισχύος της συμφωνίας-πλαίσιο οφείλεται σε εκ παραδρομής σφάλμα του συντάκτη της διακήρυξης προκύπτει από την επισκόπηση του συνόλου της διακήρυξης και των παραρτημάτων της και όχι μόνο τα συνοπτικά στοιχεία αυτής που, μεμονωμένα, επικαλείται στην προσφυγή της η προσφεύγουσα. Διότι, εάν πράγματι, η εν λόγω διάσταση προέκυπτε μόνο από τις ανωτέρω δύο αναφορές της διακήρυξης (ήτοι μία για 2 χρόνια και άλλη μία για τέσσερα χρόνια), όπως, εσφαλμένα, σε κάθε περίπτωση, επικαλείται η προσφεύγουσα, τότε πιθανότατα θα επρόκειτο για ασάφεια ικανή να πλήξει την σαφήνεια και πληρότητα των σχετικών όρων του διαγωνισμού και, κατ'επέκταση, κατά παράβαση του Ν.4412/2016, να οδηγήσει στην υποβολή μη άρτιων και συγκρίσιμων προσφορών. Εν προκειμένω, όμως, όχι σε ένα αλλά σε 5 διαφορετικά σημεία της διακήρυξης [(ήτοι: 1. Στα συνοπτικά στοιχεία ως αντικείμενο της σύμβασης αναφέρεται η σύναψη συμφωνίας-πλαίσιο διάρκειας τεσσάρων (4) ετών για την προμήθεια ραδιοβολίδων προς κάλυψη αναγκών ΠΑ 2. Στη σελ. 5 αναφέρεται με έντονα γράμματα η επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού με σκοπό την υπογραφή συμφωνίας-πλαίσιο διάρκειας τεσσάρων (4) ετών 3. Στο παράρτημα Β' περιέχεται κεφάλαιο: Διάρκεια Συμφωνίας Πλαίσιο – Εκτελεστικές Συμβάσεις – Αναπροσαρμογή Τιμών, όπου ορίζεται ότι 1. Η συμφωνία-πλαίσιο που θα υπογραφεί θα έχει διάρκεια ισχύος τέσσερα (4) έτη, με ημερομηνία έναρξης από την υπογραφή της. 4. Σύμφωνα με το άρθρο 4 του Παραρτήματος Δ' που περιέχει το σχέδιο της συμφωνίας-πλαίσιο «Άρθρο 4ο

Αριθμός Απόφασης:65/2018

Έναρξη και Διάρκεια» 1. Η συμφωνία-πλαίσιο τίθεται σε ισχύ από τη στιγμή της υπογραφής της και είναι έγκυρη για υποβολή αιτημάτων για προμήθεια ειδών θέματος μέσω σύναψης εκτελεστικών συμβάσεων για τέσσερα (4) έτη 5. Επίσης, στο ίδιο παράρτημα, άρθρο 7^ο, αναφέρεται ότι η παρούσα συμφωνία-πλαίσιο αφορά στην προμήθεια 5.200 τεμαχίων του είδους «Ραδιοβολίδες», συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας σε βάθος τετραετίας ποσού 884.000,00 € συμπεριλαμβανομένων των προβλεπόμενων κρατήσεων και ΦΠΑ)] αναφέρεται ότι η σύμβαση θα είναι τετραετής, γεγονός που, υποδεικνύει και αποδεικνύει, ότι η μία και μοναδική αναφορά σε διετή σύμβαση αποτελεί παραδρομή και μάλιστα προφανή. Αυτή δε η παραδρομή λόγω του πασιδήλου χαρακτήρα της δεν προκύπτει ότι μπορεί να πλήξει σοβαρά τη διενέργεια του εν λόγω διαγωνισμού ούτε, εν τοις πράγμασι, προκαλεί ασάφεια ικανή να οδηγήσει σε ακύρωση του διαγωνισμού εξαιτίας του ότι θίγονται τα συμφέροντα των ενδιαφερομένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό αφού αυτοί δεν μπορούν να καταθέσουν άρτιες και συγκρίσιμες προσφορές, ως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. 3. Περαιτέρω, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι από τα αναφερόμενα στα άρθρα 4.5. και 6.2. σε συνδυασμό με τα αναγραφόμενα στα άρθρα 4.1.2-4.1.3, σύμφωνα με τα οποία τα προϊόντα θα παραδοθούν καινούρια και αμεταχείριστα (*«4.1.2.Τα προς προμήθεια υλικά πρέπει να είναι καινούργια. 4.1.3. Ο χρόνος κατασκευής των υλικών να είναι μικρότερος των 18 μηνών από την ημερομηνία κατάθεσης προσφοράς του αναδόχου»*), δεν προκύπτει με ποιον τρόπο ο ανάδοχος θα αποδείξει την συμμόρφωση του στην αναθέτουσα αρχή αλλά ούτε και υπάρχει αντίστοιχη πρόβλεψη στον πίνακα συμμόρφωσης, τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος. Σύμφωνα με το άρθρο 7 της διακήρυξης «Περιεχόμενο Προσφοράς» και ειδικότερα το άρθρο 7.1.3. «Υποβολή από τον προμηθευτή του Φύλλου Συμμόρφωσης»: *«7.1.3.1. Η αξιολόγηση κάθε προσφοράς θα γίνει με βάση το Φύλλο Συμμόρφωσης (ΦΣΜ). Ο κάθε προμηθευτής υποχρεούται να υποβάλλει ιδιαίτερο ΦΣΜ για την προσφορά του (όλες οι στήλες είναι υποχρεωτικές). Στο Φύλλο Συμμόρφωσης να αναγράφεται η αποδοχή κάθε όρου με παραπομπή στα σχετικά με τον όρο παραστατικά έγγραφα, όπου απαιτείται. 7.1.3.2. Υπόδειγμα Φύλλου Συμμόρφωσης όπως στο Παράρτημα «B».* Στο Παράρτημα Β του Παραρτήματος Γ' της διακήρυξης περιέχεται υπόδειγμα του Φύλλου Συμμόρφωσης. Από την γραμματική ερμηνεία του όρου 4.5. σε συνδυασμό με τα αναγραφόμενα στο Φύλλο Συμμόρφωσης, προκύπτει ο τρόπος απόδειξης της συμμόρφωσης του αναδόχου. Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 4.5. του Παραρτήματος Γ:

Αριθμός Απόφασης:65/2018

«Επισήμανση 4.5.1. Επί της συσκευασίας και σε κατάλληλη και εμφανή θέση, να υπάρχει ανθεκτικό στη συνήθη χρήση πινακίδιο στο οποίο θα αναγράφεται ανεξίτηλα τα ακόλουθα: 4.5.1.1. «ΥΛΙΚΟ ΙΔΙΟΚΤΗΣΙΑΣ – ΑΧΡΗΣΤΟ ΜΕΤΑ ΤΗΝ ΧΡΗΣΗ». 4.5.1.2. Ο αριθμός σύμβασης και έτος. 4.5.1.3. Τα στοιχεία του Προμηθευτή 4.5.1.4. Τα στοιχεία του υλικού). Αντιστοίχως, στο Φύλλο Συμμόρφωσης πεδίο «1» αναφέρεται ότι πρέπει να αναγραφεί ο κατασκευαστής και το μοντέλο του προς προμήθεια υλικού και να επισυναφθούν τα σχετικά αποδεικτικά στοιχεία (Τεχν. Εγχ. ή Prospectus No..... Σελ..... Δείκτης.....). Έτι περαιτέρω, το Φύλλο Συμμόρφωσης τίθεται σε αντιστοιχία με την εκάστοτε «ΑΠΑΙΤΗΣΗ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗΣ» (βλ. Παράρτημα Γ' και Υπόδειγμα Φύλλου Συμμόρφωσης), η απαίτηση- εγγύηση Καλής Λειτουργίας, σύμφωνα με το άρθρο 6.2., εντάσσεται συστηματικά στο κεφάλαιο «ΛΟΙΠΕΣ ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ» κι, αποτελεί ξεχωριστή, επομένως, απαίτηση, επιπλέον των ανωτέρω και των αναγραφόμενων στο ΦΣ, της οποίας η ικανοποίηση προϋποθέτει τήρηση του άρθρου 6.2.1. «Εγγύηση Καλής Λειτουργίας – Καθορισμός Χρόνου Εγγύησης»: «6.2.1.1. Ο ανάδοχος υποχρεούται να παρέχει δωρεάν εγγύηση καλής λειτουργίας τουλάχιστον δύο (2) ετών (onsite) για τα υλικά (συμπεριλαμβανομένης της μπαταρίας),η οποία αρχίζει μετά την οριστική παραλαβή τους». Σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με την παρ.1 του Παραρτήματος Β' οι συμμετέχοντες υποχρεούνται να υποβάλλουν υπεύθυνη δήλωση ότι αποδέχονται πλήρως και ανεπιφύλακτα τους όρους της διακήρυξης, της οποίας έλαβαν πλήρη γνώση. Επομένως ανωτέρω περιγράφεται και ο τρόπος και ο χρόνος συμμόρφωσης και ο σχετικός ισχυρισμός της προσφεύγουσας τυγχάνει αβάσιμος. Έτι περαιτέρω, αβάσιμος τυγχάνει και ο προβαλλόμενος ισχυρισμός ότι το άρθρο 6.1 Παράρτημα Γ' της διακήρυξης, όπου προβλέπεται ότι όλοι οι όροι της τεχνικής προδιαγραφής είναι απαραίτατοι και η μη συμμόρφωση με αυτούς συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς έρχεται σε αντίθεση με τα αναγραφόμενα στο ίδιο παράρτημα στις επισημάνσεις (σελ. 82) παρ.4, όπου προβλέπεται ότι «αν τα χαρακτηριστικά του προσφερόμενου υλικού διαφέρουν από αυτά της προδιαγραφής θα πρέπει να επισυνάπτεται λεπτομερής περιγραφή του πώς ικανοποιούνται οι απαιτήσεις της Υπηρεσίας από το προσφερόμενο σύστημα», ώστε τελικά προκύπτει ασάφεια που δίνει τη δυνατότητα στην επιτροπή αξιολόγησης της διενέργειας μιας διαδικασίας αδιαφανούς της άσκησης της ευχέρειάς της καταχρηστικά κατά παράβαση του άρθρου 48 παρ.4 ΠΔ 18/1989. Ειδικότερα, τα αναγραφόμενα στις επισημάνσεις, συστηματικά

Αριθμός Απόφασης:65/2018

εντασσόμενα στο οικείο κεφάλαιο (επισημάνσεις) έχουν την έννοια ότι διαφωτίζουν τα αναγραφόμενα στους ρητούς και απαράβατους όρους της διακήρυξης, υπό το πρίσμα των οποίων θα πρέπει να ερμηνεύονται. Ωστε η ανωτέρω επισήμανση έχει την έννοια ότι θα πρέπει να επεξηγείται η τυχόν προσφορά προϊόντων με ισοδύναμα τεχνικά χαρακτηριστικά, που δεν απαγορεύεται από τη διακήρυξη και τον Νόμο, ώστε να δικαιολογείται ο ισοδύναμος χαρακτήρας τους προκειμένου να αποδεικνύεται ότι έχουν τηρηθεί οι απαράβατοι τεχνικοί όροι της διακήρυξης άλλως αν δεν αποδεικνύονται τα ανωτέρω η προσφορά θα απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Η ανωτέρω ερμηνεία βρίσκει έρεισμα τόσο στην ίδια τη διακήρυξη όσο και στο Νόμο, που επί ισοδύναμης σε επίπεδο τεχνικής προδιαγραφής προσφοράς επιτρέπει την απόδειξη (της ισοδυναμίας) με κάθε πρόσφορο μέσο (βλ. άρθρ. 54 ν.4412/2016). 4. Αβάσιμος τυγχάνει και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι από τα αναγραφόμενα στο άρθρο 7 παρ.2 του Παραρτήματος Β όπου προβλέπεται ότι η συμφωνία πλαίσιο θα έχει έναρξη ισχύος από την υπογραφή της και έως την ανάλωση του κατακυρωθέντος με τον διαγωνισμό ποσού ή της παραλαβής του συνόλου της ποσότητας του ελαιολιπαντικού, προκαλεί σύγχυση γιατί αναφέρεται σε ελαιολιπαντικό αντί για ραδιοβολίδες, αλλά, παραβιάζει και το άρθρο 49 Ν.4412/2016 που προβλέπει ότι σε καμία περίπτωση η συμφωνία πλαίσιο δεν μπορεί να υπερβαίνει τα τέσσερα έτη. Καταρχήν από την επισκόπηση του συνόλου της διακήρυξης και των παραρτημάτων αυτής προκύπτει ότι η αναφορά σε ελαιολιπαντικά αντί για ραδιοβολίδες αποτελεί προφανή παραδρομή μη δυνάμενη να δημιουργήσει ασάφεια και να θίξει καθ'ουδένα τρόπο την διαδικασία υποβολής άρθρων και συγκρίσιμων προσφορών.Επίσης, από τον ως άνω όρο της διακήρυξης δεν προκύπτει παραβίαση του άρθρου 49 Ν.4412/2015 δεδομένου ότι η συγκεκριμένη διάταξη αναφέρεται σε διάρκεια σύμβασης έως τέσσερα έτη, άρα επιτρέπει και μικρότερη τοιαύτη.

33.Επειδή, ο παρών λόγος της προσφυγής τυγχάνει βάσιμος ως προς το ανωτέρω, υπό «ε» στοιχείο, κατά το σκέλος αυτού με το οποίο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η διακήρυξη είναι ασαφής κι εξαιτίας αυτής της ασάφειας τίθενται εμπόδια στην υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. Τούτο δε διότι υπάρχει διάσταση μεταξύ των αναγραφόμενων στη σελ. 5 αυτής, όπου προβλέπεται ότι η συμφωνία πλαίσιο θα υπογραφεί με έναν ανάδοχο και στην επισυναπτόμενη σύμβαση, Παράρτημα Δ' αυτής, όπου προβλέπεται ότι η

Αριθμός Απόφασης:65/2018

εκτελεστική σύμβαση θα υπογραφεί με περισσότερους τους ενός οικονομικούς φορείς. Πλέον συγκεκριμένα, στην σελ. 5 της διακήρυξης, ήτοι στο προίμιο αυτής, ρητώς αναγράφεται με έντονα, τονισμένα γράμματα ότι: «*Στη συμφωνία-πλαίσιο θα εγγραφεί ένας (1) οικονομικός φορέας,ο οποίος θα πληροί τα προβλεπόμενα κριτήρια επιλογής και θα αναδειχθεί μειοδότης. Η ανάθεση των εκτελεστικών συμβάσεων θα πραγματοποιηθεί σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στο άρθρο 39 του Ν.4412/16*». Σε αντίθεση με τα ανωτέρω αναφερόμενα, στις διατάξεις που ακολουθούν και αφορούν το σχετικό ζήτημα και στο Παράρτημα Δ', που συγκεκριμένα αναφέρεται η προσφεύγουσα, η διακήρυξη αναφέρεται στη σύναψη συμφωνίας-πλαίσιο με περισσότερους του ενός φορείς. Πλέον συγκεκριμένα, στο άρθρο 7-Δικαιολογητικά Κατακύρωσης του Παραρτήματος Α ορίζεται: «*1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, σύμφωνα με το άρθρο 103 του Ν.4412/2016, ο/οι οικονομικός/οί φορέας/είς στον/στους οποίο/ους πρόκειται να γίνει η κατακύρωση, εντός προθεσμίας είκοσι (20) ημερών από τη σχετική ειδοποίηση που του/τους αποστέλλεται ηλεκτρονικά, υποβάλλει/ουν ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος, σε μορφή αρχείου. pdf [...]*». Στο άρθρο 20ο -Αποδοχή Προσφοράς για τη Σύναψη της Συμφωνίας Πλαίσιο του Παραρτήματος Α (ΜΕΡΟΣ Γ'-ΕΚΤΕΛΕΣΗ ΤΟΥ ΣΥΜΒΑΤΙΚΟΥ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ) ορίζεται: «*1. Η Υπηρεσία διενέργειας του διαγωνισμού θα ενημερώσει γραπτώς τον/τους επιτυχόντα/ες οικονομικό/ούς φορέα/είς για την απόφαση αποδοχής της προσφοράς του/τους, που είχε ως σκοπό την επιλογή αυτού/ών με τον/ους οποίο/ους θα συναφθεί η συμφωνία πλαίσιο. 2. Η Υπηρεσία διενέργειας θα καλέσει τον/τους οικονομικό/ούς φορέα/είς σε καθορισμένη ημέρα και ώρα για να υπογράψει/ουν τη συμφωνία πλαίσιο. Ο/οι οικονομικός/οί φορέας/είς αναμένεται να έχει προσκομίσει/ουν όλα τα απαραίτητα αποδεικτικά και πιστοποιητικά όπως προσδιορίζονται στους όρους και προϋποθέσεις της πρόσκλησης υποβολής προσφορών[...]*». Στο άρθρο Άρθρο 21^ο- Διαδικασίες που Αφορούν τις Εκτελεστικές της Συμφωνίας Πλαίσιο Συμβάσεις-του ίδιου ως άνω τμήματος του ίδιου Παραρτήματος, ορίζεται: «*[...]3. Για τη διαδικασία σύναψης των εκτελεστικών έκαστης εκ των συμφωνιών πλαίσιο συμβάσεων : α. Στην περίπτωση ανάδειξης άνω του ενός (1) οικονομικών φορέων, απαιτείται η υποβολή από τους συμμετέχοντες σε αυτές, νέας κλειστής οικονομικής προσφοράς (στάδιο call – offs). β. Στην περίπτωση ανάδειξης ενός (1) οικονομικού φορέα, και όταν όλοι οι όροι δεν καθορίζονται στη συμφωνία πλαίσιο, η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να διαβουλευτεί γραπτώς με το φορέα, ζητώντας του, εάν χρειάζεται, να ολοκληρώσει την προσφορά του με*

Αριθμός Απόφασης:65/2018

βελτίωση αυτής, σύμφωνα με τους όρους της συμφωνίας πλαίσιο. 4. Με μέριμνα της Αναθέτουσας Αρχής αποστέλλεται στον/στους οικονομικό/ους φορέα/εις που έχει/ουν υπογράψει τη συμφωνία πλαίσιο πρόσκληση υποβολής προσφοράς, εφόσον χρειάζεται, για την εκτέλεση προμήθειας ειδών θέματος ανάλογα με τις υπάρχουσες ανάγκες[...»]7. Σε περίπτωση που ο/οι οικονομικός/οι φορέας/εις που συμμετέχει/ουν στη συμφωνία πλαίσιο δεν προσέλθει/ουν εντός της καθορισθείσας προθεσμίας να καταθέσει/ουν προσφορά, ή σε περίπτωση που οι κατατεθείσες προσφορές δεν καλύπτουν την τεχνική προδιαγραφή και τις απαιτήσεις της συμφωνίας πλαίσιο, με απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, μετά από γνωμοδότηση της επιτροπή διαγωνισμού, επιβάλλονται κυρώσεις [...]». Στο άρθρο 22ο Κατάρτιση και Εκτέλεση των Εκτελεστικών Συμβάσεων του ίδιου ως άνω Παραρτήματος ορίζεται: «1. Για τη διαμόρφωση της προς υπογραφή εκτελεστικής σύμβασης, η Αναθέτουσα Αρχή μεριμνά για τη συμπλήρωση των στοιχείων της κατακυρωθείσας προσφοράς του/ων οικονομικού/ων φορέα/έων κατά τον προηγηθέντα διαγωνισμό και το στάδιο call – offs ή την προηγηθείσα διαβούλευση. Δεν χωρεί διαπραγμάτευση στο σχέδιο της εκτελεστικής σύμβασης που επισυνάφθηκε στη διακήρυξη του διαγωνισμού, ούτε καθ' οιονδήποτε τρόπο τροποποίηση ή συμπλήρωση της προσφοράς του/ων οικονομικού/ων φορέα/έων. Τυχόν υποβολή σχεδίων εκτελεστικών συμβάσεων από τον/τους οικονομικό/ούς φορέα/είς μαζί με την/τις προσφορά/ές του/τους δεν δημιουργεί καμία δέσμευση για την Αναθέτουσα Αρχή». Στο Παράρτημα Δ, που συγκεκριμένα επικαλείται η προσφεύγουσα, εμπεριέχεται σχέδιο της υπό σύναψη συμφωνίας-πλαίσιο. Εκεί σχετικά με τα ανωτέρω ορίζονται τα ακόλουθα: α) άρθρο 9 του προοιμίου: «Επισημαίνεται ότι το κείμενο της παρούσας συμφωνία-πλαίσιο θα τροποποιηθεί αναλόγως του αριθμού των αναδόχων που θα εγγραφούν σε αυτή, καθώς και των λοιπών προβλέψεων της κατακυρωτικής απόφασης του διαγωνισμού[...]». β) άρθρο 7 παρ. 8 και 9 του σχεδίου της συμφωνίας-πλαisiού: «8. Με την υπογραφή της παρούσας συμφωνίας-πλαίσιο επαναεπιβεβαιώνονται οι υποχρεώσεις του/των προμηθευτή/ών, όπως αυτές προκύπτουν από τα διάφορα στοιχεία σε αναφορά με τις αντίστοιχες παραγράφους της διακήρυξης, ο/οι δε προμηθευτής/ές δηλώνει/ουν ανεπιφύλακτα ότι αποδέχεται/ονται όλους τους όρους που αναφέρονται στην παρούσα. 9. Οποιαδήποτε μεταβολή στην ισχύουσα νομοθεσία που διέπει την παρούσα συμφωνία-πλαίσιο αφενός είναι δεσμευτική για τον/τους προμηθευτή/ές ο/οι οποίοι/οι και οφείλει/ουν να την εφαρμόσει/ουν άμεσα [...]». Από τα ανωτέρω καθίσταται σαφές ότι υπάρχει πράγματι αντίφαση στους όρους της

Αριθμός Απόφασης:65/2018

διακήρυξης που επικαλείται η προσφεύγουσα, αλλά και σε άλλους που δεν επικαλείται, αλλά για λόγους πληρότητας της παρούσας αναφέρονται παραπάνω, σχετικά με τον αριθμό των αναδόχων της συμφωνίας-πλαίσιο. Η ανωτέρω ασάφεια και αντίφαση των όρων της διακήρυξης παραβιάζει το άρθρο 53 παρ.1 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»*), όπως επικαλείται η προσφεύγουσα, καθότι, πράγματι, δεν επιτρέπει την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων προσφορών ενόψει της δημιουργούμενης αμφιβολίας για την πληρότητα των παρασχεθισόμενων από την αναθέτουσα αρχή στοιχείων σε σχέση με το είδος της ακολουθησόμενης διαδικασίας και τον τρόπο επιλογής του αναδόχου. Εν προκειμένω, η κατά τα ανωτέρω δημιουργούμενη αμφισημία των όρων της διακήρυξης, δεν επιτρέπει ακόμα και στους καλά πληροφορημένους και επιμελείς ενδιαφερομένους να κατανοούν αυτούς πλήρως και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, απαίτηση η οποία συνδέεται και με την υποχρέωση των αναθετουσών αρχών περί τήρησης της αρχής της διαφάνειας (βλ. απόφαση ΔΕΚ της 29ης Απριλίου 2004, C496/99, Επιτροπή κατά Cas Succhi di frutta, ενδεικτικά και ΕΑ ΣτΕ 842/2010, 603/2009, 1015/2009). Ο ανωτέρω ισχυρισμός της προσφεύγουσας και η κρίση περί βασιμότητας του παρόντος λόγου της προσφυγής ενισχύονται ενόψει της εκ του Νόμου, αλλά και κατόπιν ρητής παραπομπής της διακήρυξης (βλ. προοίμιο αυτής), εφαρμογής στην συγκεκριμένη περίπτωση των διατάξεων του άρθρου 39 Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 39 Ν.4412/2016: *«4. Όταν συνάπτεται συμφωνία-πλαίσιο με ένα μόνο οικονομικό φορέα, οι συμβάσεις που βασίζονται σε αυτή τη συμφωνία-πλαίσιο ανατίθενται, σύμφωνα με τους όρους της συμφωνίας-πλαίσιο. Για την ανάθεση των συμβάσεων αυτών, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να διαβουλεύονται γραπτώς με τον οικονομικό φορέα που είναι συμβαλλόμενο μέρος στη συμφωνία-πλαίσιο, ζητώντας του, εάν χρειάζεται, να συμπληρώσει την προσφορά του.5. Όταν συνάπτεται συμφωνία-πλαίσιο με περισσότερους του ενός οικονομικούς φορείς, η εν λόγω συμφωνία-πλαίσιο εκτελείται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους:α), σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις της συμφωνίας-πλαίσιο, χωρίς προκήρυξη νέου διαγωνισμού, εφόσον αναφέρονται όλοι οι όροι που διέπουν την παροχή των σχετικών έργων, υπηρεσιών και προμηθειών, και οι αντικειμενικές προϋποθέσεις για τον προσδιορισμό του συμβαλλόμενου στη συμφωνία-πλαίσιο οικονομικού φορέα που θα τις εκτελέσει οι εν λόγω όροι αναγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης για τη συμφωνία-πλαίσιο, β) όταν στη*

Αριθμός Απόφασης:65/2018

συμφωνία-πλαίσιο αναφέρονται όλοι οι όροι που διέπουν την παροχή των σχετικών έργων, υπηρεσιών και αγαθών, εν μέρει χωρίς προκήρυξη νέου διαγωνισμού, σύμφωνα με την περίπτωση α', και εν μέρει με την προκήρυξη νέου διαγωνισμού μεταξύ των οικονομικών φορέων που είναι συμβαλλόμενα μέρη της συμφωνίας-πλαίσιο, σύμφωνα με την περίπτωση γ', εφόσον προβλέπεται τέτοια δυνατότητα από τις αναθέτουσες αρχές στα έγγραφα της σύμβασης για τη συμφωνία-πλαίσιο. Η επιλογή αν συγκεκριμένα έργα, αγαθά ή υπηρεσίες αγοράζονται κατόπιν προκήρυξης νέου διαγωνισμού ή άμεσα, σύμφωνα με τους άρθρους που ορίζονται στη συμφωνία-πλαίσιο, γίνεται με αντικειμενικά κριτήρια, τα οποία ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης για τη συμφωνία-πλαίσιο. Τα έγγραφα της σύμβασης προσδιορίζουν επίσης τους όρους του νέου διαγωνισμού. Οι δυνατότητες που προβλέπονται στο πρώτο εδάφιο της παρούσας περίπτωσης εφαρμόζονται επίσης σε οποιαδήποτε τμήμα μιας συμφωνίας-πλαίσιο για την οποία έχουν τεθεί όλοι οι όροι που διέπουν την παροχή των σχετικών έργων, υπηρεσιών και αγαθών, ανεξαρτήτως αν έχουν τεθεί όλοι οι όροι που διέπουν την παροχή των σχετικών έργων, υπηρεσιών και αγαθών για τα λοιπά τμήματα, γ) αν στη συμφωνία-πλαίσιο δεν έχουν καθορισθεί όλοι οι όροι που διέπουν την παροχή έργων, υπηρεσιών και αγαθών, με νέο διαγωνισμό μεταξύ των οικονομικών φορέων που είναι συμβαλλόμενα μέρη της συμφωνίας-πλαίσιο. 6. Οι διαγωνισμοί που αναφέρονται στις περιπτώσεις β' και γ' της παραγράφου 5 βασίζονται στους ίδιους όρους με αυτούς που ίσχυαν για την ανάθεση της συμφωνίας-πλαίσιο, και, όπου κριθεί απαραίτητο, σε ακριβέστερα διατυπωμένους όρους και, όπου ενδείκνυται, σε άλλους όρους που αναφέρονται στα έγγραφα της σύμβασης για τη συμφωνία-πλαίσιο, σύμφωνα με την ακόλουθη διαδικασία:α) για κάθε σύμβαση που πρόκειται να συναφθεί, οι αναθέτουσες αρχές διαβουλεύονται γραπτώς με τους οικονομικούς φορείς που είναι ικανοί να εκτελέσουν τη σύμβαση, β) οι αναθέτουσες αρχές ορίζουν επαρκή προθεσμία για την υποβολή προσφορών για κάθε συγκεκριμένη σύμβαση, λαμβανομένων υπόψη παραμέτρων όπως η πολυπλοκότητα του αντικείμενου της σύμβασης και ο απαραίτητος χρόνος για την αποστολή των προσφορών, γ) οι προσφορές υποβάλλονται γραπτώς και δεν ανοίγονται έως τη λήξη της προβλεπόμενης προθεσμίας απάντησης, δ) οι αναθέτουσες αρχές αναθέτουν κάθε σύμβαση στον προσφέροντα που υπέβαλε την καλύτερη προσφορά, βάσει των κριτηρίων ανάθεσης που έχουν καθοριστεί στα έγγραφα της σύμβασης για τη συμφωνία-πλαίσιο. 8. Στην περίπτωση των συμφωνιών - πλαίσιο με περισσότερους οικονομικούς φορείς, στο πλαίσιο των

Αριθμός Απόφασης:65/2018

διαγωνισμών που αναφέρονται στις περιπτώσεις β` και γ` της παραγράφου 5: α) κατά την υποβολή των προσφορών, εφαρμόζεται αναλόγως το άρθρο 79, προκειμένου οι οικονομικοί φορείς να αποδείξουν ότι εξακολουθούν να πληρούν τις σχετικές προϋποθέσεις, όπως έχουν καθοριστεί στα έγγραφα της σύμβασης για τη συμφωνία-πλαίσιο, β) πριν από την ανάθεση κάθε σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον/τους προσφέροντα/ες στον/στους οποίους έχει αποφασίσει να αναθέσει τη σύμβαση να υποβάλει/ουν ενημερωμένα σχετικά δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα άρθρα 79 και 80, και κατά περίπτωση, το άρθρο 82. Κατά τα λοιπά εφαρμόζεται το άρθρο 79.9. Οι συμφωνίες - πλαίσιο και οι εκτελεστικές αυτών συμβάσεις αποστέλλονται για προληπτικό έλεγχο στο Ελεγκτικό Συνέδριο, κατά τις οικείες διατάξεις». Σημειώνεται ότι και η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αν και δεν το συνομολογεί ρητώς αποδέχεται εμμέσως, πλην, σαφώς ότι υπάρχουν σφάλματα στη διακήρυξη, που, χαρακτηρίζει ως «πρόδηλα», τα οποία, αν και δεν συγκεκριμενοποιεί, αναγράφει ότι δέον να διορθωθούν, γι' αυτό και θα προβεί σε παράταση της προθεσμίας υποβολής προσφορών(Φ.831/ΑΔ.1/Σ.1/2-1-2018, αρ.πρωτ.110/12-1-2018). Συγκεκριμένα αναφέρει: «θεωρεί σκόπιμη την παροχή διευκρινήσεων επί των πρόδηλων σφαλμάτων στους όρους της διακήρυξης γι'αυτό και σκοπεύει να προβεί σε διόρθωση αυτών και σε παράταση της καταληκτικής προθεσμίας υποβολής προσφορών (περίπου ως 15 Φεβρουαρίου), ως αναφέρθηκε στο Φ.831/ΑΔ.1/Σ.1/2-1-2018/ΔΑΥ/Γ3/3 έγγραφο». Κατόπιν των ανωτέρω, πράγματι, στις 9-1-2018 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε μέσω ΕΣΗΔΗΣ την κάτωθι ανακοίνωση: «Η μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών του υπόψη διαγωνισμού κρίθηκε απαραίτητη προκειμένου εκδοθεί και δημοσιευθεί απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) επί προσφυγής της εταιρείας «.....» και της ανάγκης συμμόρφωσής της με αυτή. Επιπρόσθετα κρίνεται αναγκαία η εμπειριστατωμένη και ολοκληρωμένη επανεξέταση των όρων – προδιαγραφών που αφορούν στο διαγωνισμό θέματος, προς επίτευξη της εξυπηρέτησης στο μέγιστο βαθμό των απαιτήσεων της υπηρεσίας, χωρίς ταυτόχρονα να περιορίζεται ο ανταγωνισμός. 3. Νέα καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίζεται η 13 Μαρτίου 2018, ημέρα Τρίτη και ώρα 15:00 μμ.».

ΕΠΙ ΤΟΥ ΕΒΔΟΜΟΥ ΛΟΓΟΥ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ

Αριθμός Απόφασης:65/2018

34.Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 48-Προηγούμενη εμπλοκή υποψηφίων ή προσφερόντων (άρθρο 41 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) : «Εάν ένας υποψήφιος, ένας προσφέρων ή μια επιχείρηση που σχετίζεται με υποψήφιο ή προσφέροντα έχει παράσχει συμβουλές στην αναθέτουσα αρχή είτε εντός είτε εκτός του πλαισίου του άρθρου 46 ή έχει εμπλακεί με οποιονδήποτε τρόπο στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή λαμβάνει τα κατάλληλα μέτρα για να διασφαλίζει τη μη στρέβλωση του ανταγωνισμού λόγω της συμμετοχής του εν λόγω υποψηφίου ή προσφέροντα. Τα εν λόγω μέτρα περιλαμβάνουν τη γνωστοποίηση στους λοιπούς υποψηφίους και προσφέροντες σχετικών πληροφοριών που ανταλλάχθηκαν στο πλαίσιο της προηγούμενης εμπλοκής του υποψηφίου ή του προσφέροντος στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης και τον προσδιορισμό επαρκών προθεσμιών για την παραλαβή των προσφορών. Ο εμπλεκόμενος υποψήφιος ή προσφέρων αποκλείεται από τη διαδικασία μόνο εάν δεν υπάρχει άλλος τρόπος να διασφαλιστεί συμμόρφωση με την υποχρέωση τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης. Πριν από οποιονδήποτε τέτοιον αποκλεισμό, ενημερώνονται η Επιτροπή Ανταγωνισμού, αρμόδια για την εφαρμογή του Ν. 3959/2011 (Α` 93) και η Αρχή και παρέχεται η ευκαιρία στους υποψηφίους ή τους προσφέροντες να αποδείξουν ότι η συμμετοχή τους στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης δεν είναι δυνατόν να προκαλέσει στρέβλωση του ανταγωνισμού. Τα έγγραφα και στοιχεία που υποβάλλονται από τους υποψηφίους ή τους προσφέροντες προς απόδειξη αυτού, καταγράφονται και τίθενται υπόψη της Επιτροπής Ανταγωνισμού και της Αρχής με μέριμνα της αναθέτουσας αρχής. Τα μέτρα που λαμβάνονται καταγράφονται στην ειδική έκθεση που απαιτείται δυνάμει του άρθρου 341».

35.Επειδή, με τον έβδομο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα επικαλείται παράβαση ουσιώδους διάταξης Νόμου λόγω παραβίασης του άρθρου 48 Ν.4412/2012 σχετικά με την προηγούμενη εμπλοκή υποψηφίου. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα επικαλείται επιστολή της ΔΑΥ προς την εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στο χώρο του μετεωρολογικού εξοπλισμού, με την οποία αυτή ζητά να παραχωρήσει δωρεάν εξοπλισμό εδάφους, χωρίς να προσδιορίζει τις τεχνικές προδιαγραφές που θα παράσχει. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η εν λόγω επιστολή, που δεν έχει λάβει δημοσιότητα, υποβλήθηκε την ίδια χρονική περίοδο με τον διαγωνισμό Δ. 16/2014 του οποίου ο νυν διαγωνισμός αποτελεί

Αριθμός Απόφασης:65/2018

επανάληψη. Από τα ανωτέρω η προσφεύγουσα συνάγει ότι ο όρος 4.6. έχει υιοθετήσει την απαίτηση της ανωτέρω ανταγωνίστριας εταιρείας χωρίς να έχει λάβει μέτρα για την μη στρέβλωση του ανταγωνισμού από την προηγούμενη εμπλοκή του ανωτέρω φορέα. Πλην, όμως, ο παρών λόγος της προσφυγής τυγχάνει απαράδεκτος λόγω της έλλειψης εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας, άλλως, σε κάθε περίπτωση αναπόδεικτος και αβάσιμος για τους ακόλουθους λόγους:

1.Αναφορικά με την έλλειψη εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας για την προβολή του εν λόγω λόγου και το εν γένει απαράδεκτο αυτού και προς αποφυγή ασκόπων επαναλήψεων παραπέμπουμε στις σκέψεις 17-21 της παρούσας. 2. Ο εν λόγω ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι από το περιεχόμενο της αναφερόμενης επιστολής προκύπτει ότι η ως άνω «απαίτηση» της αποτυπώθηκε στον επίμαχο όρο 4.6. της διακήρυξης ή, με άλλα λόγια, ότι ο επίμαχος όρος 4.6 έχει ενσωματώσει την «απαίτηση» της, δεν αρκεί προς απόδειξη τούτου και δεν μπορεί να αποτελέσει συμπέρασμα ευχερώς εξαγόμενο από το ανωτέρω γεγονός χωρίς την ανάγκη περαιτέρω αποδείξεων, λαμβανομένου υπόψη ότι: α) η προσφεύγουσα αναφέρεται σε άλλο διαγωνισμό Δ.16/2014 και όχι στον παρόντα, ο οποίος αποτελεί επανάληψη του προηγούμενου, χωρίς, ωστόσο να πρόκειται για τον ίδιο διαγωνισμό β) το άρθρο 48 που επικαλείται η ίδια η προσφεύγουσα προβλέπει συγκεκριμένη διαδικασία και προϋποθέσεις για την απόδειξη της προηγούμενης εμπλοκής υποψηφίου, που εδώ όχι μόνο δεν φαίνεται να συντρέχουν, αλλά δεν επικαλείται καν η προσφεύγουσα γ) η εν λόγω επιστολή αναφέρεται σε παροχή λόγω δωρεάς ενώ, στη συγκεκριμένη περίπτωση, εξετάζεται όρος που αφορά την τυχόν δωρεάν παραχώρηση του εξοπλισμού (υπό τους όρους και προϋποθέσεις που έχουν αναλυτικά ανωτέρω εκθεθεί), η οποία σε κάθε περίπτωση θα πραγματοποιηθεί στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας, που εξ ορισμού εξασφαλίζει ισότιμη πρόσβαση των διαγωνιζομένων που διαθέτουν τα προς προμήθεια είδη και σε κάθε περίπτωση δεν αποδεικνύεται ότι αυτοί περιορίζονται μόνο στην εταιρεία..... Άλλως, στην αντίθετη περίπτωση που κατά την προσφεύγουσα ο εν λόγω όρος του διαγωνισμού δεν εξασφαλίζει την ισότιμη πρόσβαση των διαγωνιζομένων, αυτή ώφειλε να αποδείξει τον σχετικό ισχυρισμό της, ενδεχομένως, πλήττοντας τον εν λόγω όρο ως λ.χ. φωτογραφικό και, συνάμα, αποδεικνύοντας τούτο. Σημειώνεται ότι η προσφεύγουσα, ενώ, κατά την ανάλυση του έβδομου λόγου της προσφυγής αναφέρεται στο άρθρο 48 Ν.4412/2016, που, μάλιστα, αποτελεί και τον τίτλο του παρόντος λόγου, αναφέρεται στο συμπέρασμά

Αριθμός Απόφασης:65/2018

της, με γενικό και αόριστο τρόπο και χωρίς καμία σχετική ανάλυση και επεξήγηση στις αρχές της ισότητας και της διαφάνειας. Η σχετική, ωστόσο, επίκληση ενόψει της προαναφερθείσα αοριστίας της ουδόλως μπορεί να εξεταστεί κι, άλλωστε δεν συνοδεύεται από στοιχεία αποδεικνύοντα την πραγματική της βάση. 3. Πέραν, όμως, των ανωτέρω, από την επισκόπηση του περιεχομένου της επικαλούμενης επιστολής δεν προκύπτει κάποια «απαίτηση» της, τουλάχιστον με την έννοια που επικαλείται η προσφεύγουσα, η οποία, όπως η τελευταία προβάλλει, να προκύπτει ότι ικανοποιήθηκε με την νυν διακήρυξη. Ειδικότερα, η εν λόγω επιστολή αναφέρεται σε πρόταση/πρόθεση παροχής δωρεάς εκ μέρους της προαναφερθείσας εταιρείας και όχι σε κάποιου είδους διαβούλευση ή εμπλοκή σε διαγωνιστική διαδικασία, που είναι εντελώς διάφορο ζήτημα. Εξάλλου, όπως προαναφέρθηκε στη συγκεκριμένη περίπτωση εξετάζεται όρος διακήρυξης στο πλαίσιο ανοικτής διεθνούς διαδικασίας και όχι λ.χ. διαδικασίας απευθείας ανάθεσης ή άλλης διαδικασίας που περιορίζει τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετέχουν προσώπων, επομένως η προσφεύγουσα θα έπρεπε να αποδεικνύει αν και με ποιον τρόπο η επικαλούμενη από αυτήν απαίτηση της ενσωματώθηκε στη διακήρυξη. 4. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η εν λόγω εμπλοκή της ανταγωνίστριας της στην διαγωνιστική διαδικασία δεν έλαβε δημοσιότητα κατά παράβαση των οριζόμενων στο άρθρο 48 Ν.4412/2016. Πλην, όμως, από την ίδια την επιστολή αυτό προκύπτει τουλάχιστον ως ανακριβές αφού η επιστολή έχει κοινοποιηθεί τουλάχιστον στην ίδια, η οποία στο σώμα της επιστολής εμφανίζεται ως παραλήπτρια. 5. Περαιτέρω, ακόμα και αν υποτεθεί ότι εν προκειμένω τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 48 υπό την έννοια ότι εδώ πράγματι υπάρχει προηγούμενη εμπλοκή υποψηφίου-κάτι που πάντως δεν αποδεικνύεται- ο παρόν λόγος πρέπει να απορριφθεί και για τον πρόσθετο λόγο ότι αφενός μεν προβάλλεται πρώιμα αφού η εν λόγω εταιρεία δεν έχει ακόμη υποβάλλει προσφορά ώστε να εξεταστεί η αναγκαιότητα τυχόν αποκλεισμού της κι, αφετέρου διότι, όπως προκύπτει από την γραμματική διατύπωση και ερμηνεία του εν λόγω άρθρου, που η προσφεύγουσα επικαλείται, σε περίπτωση προηγούμενης εμπλοκής υποψηφίου αυτή δεν έχει ως αποτέλεσμα την ακύρωση της διακήρυξης αλλά, στη χειρίστη των περιπτώσεων, τον αποκλεισμό του υποψηφίου υπό τους όρους και τις προϋποθέσεις που ρητώς ορίζονται στον Νόμο (βλ. άρθρο 48: «Ο εμπλεκόμενος υποψήφιος ή προσφέρων αποκλείεται από τη διαδικασία μόνο εάν δεν υπάρχει άλλος τρόπος να διασφαλιστεί συμμόρφωση με την υποχρέωση τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης. Πριν από οποιονδήποτε τέτοιον αποκλεισμό, ενημερώνονται η

Αριθμός Απόφασης:65/2018

Επιτροπή Ανταγωνισμού, αρμόδια για την εφαρμογή του Ν. 3959/2011 (Α` 93) και η Αρχή και παρέχεται η ευκαιρία στους υποψηφίους ή τους προσφέροντες να αποδείξουν ότι η συμμετοχή τους στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης δεν είναι δυνατόν να προκαλέσει στρέβλωση του ανταγωνισμού[...]».

ΕΠΙ ΤΟΥ ΟΓΔΟΟΥ ΛΟΓΟΥ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ

36.Επειδή, με τον όγδοο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι επικουρικά, ακόμα και αν οι ανωτέρω παραβάσεις της νομοθεσίας δεν καθιστούν την διακήρυξη παράνομη και ακυρωτέα, αυτή εξακολουθεί να είναι ακυρωτέα λόγω κακής χρήσης της διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης καθώς : α) είναι πασίδηλο ότι ο διαγωνισμός γίνεται για σκοπό καταδήλως άλλο από αυτόν για τον οποίο έχει νομοθετηθεί ο Ν.4412/2016. β) η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή έχει ήδη δρομολογήσει προκήρυξη διαγωνισμού (.....) και μάλιστα η σχετική διαβούλευση έχει ολοκληρωθεί, ο οποίος θα προβλέπει την προμήθεια σταθμών εδάφους. Έτσι εάν ο εν λόγω διαγωνισμός κατακυρωθεί σε άλλον ανάδοχο από αυτόν στον οποίο θα κατακυρωθεί ο νυν διαγωνισμός, οι υπό προμήθειας ραδιοβολίδες δεν θα είναι συμβατές και το δημόσιο τελικά θα ζημιωθεί. γ) με τον παρόντα διαγωνισμό προωθείται η προμήθεια ραδιοβολίδων για τέσσερα έτη και με ελάχιστη παραγγελία το 50% της προυπολογισθείσας δαπάνης, ενώ εντός του πρώτου εξαμήνου του 2018 θα εκδοθεί η διακήρυξη για τον εξοπλισμό. Έτσι η προμήθεια των αναλώσιμων θα προηγηθεί της προμήθειας του εξοπλισμού. Ο παρόν λόγος της προσφυγής τυγχάνει αβάσιμος για τους ακόλουθους λόγους: 1. Καταρχήν, σημειώνεται ότι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, προβαλλόμενος εν είδει συμπεράσματος, ότι, από όλα όσα ανωτέρω, με τους προηγούμενους επτά λόγους της προσφυγής, εκτέθηκαν, προκύπτει και μάλιστα με τρόπο «πασίδηλο» ότι ο διαγωνισμός γίνεται για σκοπό «καταδήλως» άλλο από αυτόν για τον οποίο έχει νομοθετηθεί ο Ν.4412/2016, τυγχάνει γενικός, αόριστος, αναπόδεικτος κι, επομένως ανεπίδεκτος εκτιμήσεως. Σε κάθε δε περίπτωση σχετικά και προς αποφυγή ασκόπων επαναλήψεων παραπέμπουμε στην ανάλυση του κάθε ενός από τους ανωτέρω λόγους προς αντίκρουση του εν λόγω ισχυρισμού 2. Περαιτέρω, η προδιαγραφή (2017), την οποία επικαλείται (εκ παραδρομής ως ισχυρίζεται σε μετέπειτα διευκρινιστικό της σημείωμα, βλ. κατωτ.) η προσφεύγουσα προς απόδειξη των ισχυρισμών της περί καταχρηστικής άσκησης εξουσίας της Διοίκησης (βλ.

Αριθμός Απόφασης:65/2018

ανωτ.), περιγράφει Ψηφιακό Βαρόμετρο και δεν σχετίζεται με το αντικείμενο του εν λόγω διαγωνισμού, που είναι Ραδιοβολίδες. Άλλωστε, για την εν λόγω προδιαγραφή έχει ολοκληρωθεί η διαβούλευση αλλά δεν έχει έτι ληφθεί έγκριση κι, επομένως δεν είναι σε ισχύ (βλ. Φ.831/ΑΔ.69/Σ.14/12-1-2018 απόψεις αναθέτουσας αρχής). 2. Ακόμη, όπως συναφώς στις ως άνω απόψεις της αναφέρει η αναθέτουσα αρχή πράγματι βρίσκεται σε εξέλιξη διαδικασία προμήθειας μετεωρολογικού εξοπλισμού μέσω ΕΣΠΑ, άλλη και όχι αυτή στην οποία αναφέρεται η προσφεύγουσα, που περιλαμβάνει και προμήθεια Αυτόματων Συστημάτων Ραδιοβόλισης. Τα εν λόγω συστήματα θα αντικαταστήσουν τους υπάρχοντες σταθμούς. Πλην, όμως, όπως αναφέρει η αναθέτουσα αρχή η εν λόγω διαδικασία, είναι αμφίβολη και μακρόχρονη και σε κάθε περίπτωση η αναθέτουσα αρχή, ως προς τούτο αρμόδια έκρινε επιτακτική την εκδήλωση ενεργειών για την προμήθεια ραδιοβολίδων προς ικανοποίηση των άμεσων υπηρεσιακών και λειτουργικών αναγκών της ΕΜΥ επ'ωφελεία της Πολεμικής Αεροπορίας και του Κράτους (βλ. Φ.831/ΑΔ.69/Σ.14/12-1-2018 απόψεις αναθέτουσας αρχής). Τα ανωτέρω, άλλωστε, ανάγονται σε ζητήματα σκοπιμότητας της αναθέτουσας αρχής, που, κατά παγία νομολογία, ανήκουν στην ανέλεγκτη κρίση της. 3. Σε κάθε περίπτωση, εν προκειμένω, δεν συντρέχουν οι επικαλούμενοι από την προσφεύγουσα όροι ζημίας του δημοσίου εξαιτίας της ανωτέρω συμπεριφοράς της αναθέτουσας αρχής, δεδομένου ότι στην νυν διακήρυξη και στο σχέδιο συμφωνίας πλαίσιο που επισυνάπτεται σε αυτήν προβλέπεται η δυνατότητα μονομερούς λύσης της σύμβασης ακόμα και μη υλοποίησης αυτής αζημίως για το δημόσιο.Ενδεικτικά, αναφέρονται οι ακόλουθοι όροι : άρθρο 3^ο Παράρτημα Δ' : «Ο αγοραστής δεν υποχρεούται να καλύψει τις αγοραστικές του ανάγκες ή μέρος αυτών, ή να παραγγείλει οποιαδήποτε αξία ή αριθμό προϊόντων, από τον προμηθευτή. Τίποτα σε αυτήν τη συμφωνία-πλαίσιο δεν υποχρεώνει την Υπηρεσία να υποβάλλει παραγγελίες για την προμήθεια προϊόντων. Μια παραγγελία θεωρείται έγκυρη, μόνο όταν ο αγοραστής, με δική του πρωτοβουλία, κατόπιν απόφασης, υπογραφεί εκτελεστική της συμφωνίας-πλαίσιο σύμβασης με τον προμηθευτή. 4. Καμία αποζημίωση ή άλλη χρηματική καταβολή, δεν δικαιούται ο προμηθευτής στις περιπτώσεις αδράνειας, παύσης κλπ της συμφωνίας-πλαίσιο, ιδίως δε γιατί δεν παρουσιάστηκε ανάγκη χρησιμοποίησης των συμβατικών προϊόντων[...]. Άρθρο 4^ο Παράρτημα Δ': «3. Η Υπηρεσία έχει το δικαίωμα μονομερούς λύσης της παρούσας στην περίπτωση κατάργησης ή ριζικής διαφοροποίησης των συνθηκών επί των οποίων είχε στηριχθεί η υπογραφή της. Σε

Αριθμός Απόφασης:65/2018

περίπτωση που το Υπουργείο ή άλλη Υπερκείμενη Αρχή ή άλλος φορέας παρέχει τη σχετική προμήθεια στηνμε οποιοδήποτε τρόπο (δωρεά, σύμβαση, κλπ) που καλύπτει στο σύνολο ή κατά ένα μέρος τις ανάγκες του, μονομερώς η Υπηρεσία και χωρίς δικαίωμα για αποζημίωση από μέρους του προμηθευτή μπορεί να μειώσει τις συμβατικές ποσότητες του συμβατικού αντικειμένου μέχρι και του συνόλου αυτών. 4. Εάν γίνει, πριν την λήξη της ισχύος της συμφωνίας-πλαίσιο προκήρυξη νέου διαγωνισμού, το γεγονός αυτό δεν αποτελεί λόγο καταγγελίας της ή υπαναχώρησης από αυτήν του προμηθευτή [...]. 5.Τέλος, όπως βεβαιώνει στις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή, παρά τα όσα περί του αντιθέτου ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ηΥ δεν έχει εκδώσει ή προκηρύξει άλλον διαγωνισμό για ραδιοβολίδες ή είδη σχετικά με ραδιοβόλιση κι, επομένως, οι ισχυρισμοί της τυγχάνουν αβάσιμοι ((βλ. Φ.831/ΑΔ.69/Σ.14/12-1-2018 απόψεις αναθέτουσας αρχής).

37. Επειδή, από το Κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τη προδικαστική προσφυγή προκύπτει ότι αυτή, περιέχουσα όλες τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της (βλ. 362 παρ.1 Ν.4412/2016), κατατίθεται με συγκεκριμένο τρόπο (ηλεκτρονικά, με τη χρήση τυποποιημένου εντύπου, φέρουσα ψηφιακή υπογραφή κλπ) και στην προβλεπόμενη αποκλειστική προθεσμία. Περαιτέρω, στο ανωτέρω κανονιστικό πλαίσιο ουδόλως προβλέπεται η δυνατότητα υποβολής συμπληρωματικών/πρόσθετων λόγων προσφυγής ούτε καν αυτεπάγγελτων διευκρινήσεων εκ μέρους του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα. Εν προκειμένω η προσφεύγουσα υπέβαλε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ το από 23-1-2018 έγγραφο της με τίτλο «ΔΙΕΥΚΡΙΝΗΣΕΙΣ». Από την επισκόπηση του εν λόγω εγγράφου προκύπτει ότι αυτό κατά το Α' σκέλος του περιέχει διευκρινήσεις, στις οποίες, ούτως ή άλλως, έχει, ήδη προβεί, με τις απόψεις της και η αναθέτουσα αρχή κι, επομένως, ανεξαρτήτως της απaráδεκτης υποβολής τους με τον ανωτέρω τρόπο, έχουν, ήδη, ληφθεί υπόψη από το Κλιμάκιο ενώ, κατά το Β' σκέλος του περιέχει πρόσθετους λόγους Προσφυγής κι,επομένως απaráδέκτως υποβλήθηκε ενώπιον της Αρχής και μάλιστα με τον τρόπο και στον χρόνο που υποβλήθηκε και δεν μπορεί νομίμως να ληφθεί υπόψη από το οικείο Κλιμάκιο.

38. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή σύμφωνα με όσα κρίθηκαν δεκτά κατά το σκεπτικό και να απορριφθεί κατά τα λοιπά

Αριθμός Απόφασης:65/2018

που κρίθηκαν απορριπτέα. Κατόπιν των ανωτέρω πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα το παράβολο που κατέθεσε (363 Ν.4412/2016).

39.Επειδή, κατόπιν αποδοχής του ανωτέρω έκτου, υπό στοιχείο «ε» λόγου της προσφυγής, ήτοι κατά το σκέλος αυτού που αφορά την αμφισημία των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης σχετικά με το αν η εκτελεστική σύμβαση θα υπογραφεί με έναν ή περισσότερους αναδόχους, θα πρέπει να ακυρωθεί η προσφυγή στο σύνολό της για λόγους ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και διαφάνειας της διαδικασίας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή και ακυρώνει την διακήρυξηδιακήρυξη Ηλεκτρονικού Ανοικτού Επαναληπτικού Διαγωνισμού για την Προμήθεια Ραδιοβολίδων (ΚΩΔΙΚΟΣ ΕΣΗΔΗΣ) της, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Διατάσσει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 25-1-2018 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 26-1-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ

ΑΝΘΟΥΛΑ ΝΙΚΟΛΑΙΔΟΥ

Αριθμός Απόφασης:65/2018