

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 23 Απριλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση - Εισηγήτρια, και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 16-03-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 566/17.3.2021 «...» με το διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στο «...» οδός «...» αρ, «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της «...» («...»/«...») (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται και κατά

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στα «...», «...», αρ. «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρεία επιδιώκει να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες πράξεις για τους λόγους που αναλύονται λεπτομερώς στην προσφυγή, ήτοι να ακυρωθεί η με στοιχεία «...», ψηφιακώς υπογεγραμμένη την 4^η.3.2021 προσβαλλόμενη απόφαση του «...» («...») του «...» του «...», (ΑΔΑ : «...») μετά του συμπροσβαλλόμενου 2^{ου} πρακτικού της «...» για τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας

Με την παρέμβαση η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό εξέταση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017 επαράβολο, ύψους ευρώ 3,800 ήτοι ειδικότερα, έχει εκδοθεί, πληρωθεί, με αριθμό «...» με αποδεικτικό της Εθνικής Τράπεζας της 16.3.2021 περί

Αριθμός Απόφασης: 885/2021

ηλεκτρονικής πληρωμής του ανωτέρω παραβόλου και εκτύπωση από την ιστοσελίδα του ΓΓΠΣ όπου το παράβολο φέρεται ως «δεσμευμένο»).

2. Επειδή, με την με αριθμό «...» διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την κατασκευή έργου «...», προϋπολογισμού επτακοσίων εξήντα χιλιάδων (760.000) ευρώ και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε στις 9.11.2020 στο ΚΗΜΔΗΣ (Α.Δ.Α.Μ «...») και στο ΕΣΗΔΗΣ και έλαβε αριθμό Συστήματος (δημόσια έργα) «...». Στον εν λόγω διαγωνισμό συμμετείχαν υποβάλλοντας προσφορές η προσφεύγουσα με την με α/α «...» συστήματος προσφορά και η παρεμβαίνουσα με την α/α συστήματος «...» προσφορά της αντίστοιχα.

3. Επειδή με την προσβαλλόμενη με αριθμό «...» απόφαση, η οποία κοινοποιήθηκε μετά του εισηγητικού πρακτικού 2 της αρμόδιας Επιτροπής διενέργειας διαγωνισμού, στην προσφεύγουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) στις 4.3.2021, αποφασίστηκε η αποδοχή της προσφοράς και δη του φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας και η κατακύρωση της σύμβασης στην τελευταία.

4. Επειδή η προσφεύγουσα κατέθεσε εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 και το άρθρο 8 τα Π.Δ. 39/2017, στις 16.3.2021 – ημέρα Τρίτη δεδομένου ότι η Δευτέρα ήταν εξαιρετέα (Καθαρά Δευτέρα)-, την προσφυγή της μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, στρεφόμενη κατά της ως άνω προσβαλλόμενης πράξης. Η προσφυγή κοινοποιήθηκε προς την ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου από την ίδια την προσφεύγουσα αυθημερόν.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς την παρεμβαίνουσα μετά του υπ' αριθμ. «...» διαβιβαστικού εγγράφου την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή προς την παρεμβαίνουσα στις 22.3.2021.

6. Επειδή, στις 31.3.2021 η παρεμβαίνουσα άσκησε την παρέμβασή της μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ), την οποία κοινοποίησε αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ και την 1.4.2021 η αναθέτουσα αρχή προς την προσφεύγουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ.

7. Επειδή η ως άνω παρέμβαση ασκήθηκε εμπροθέσμως δοθέντος ότι η υπό εξέταση προσφυγή κοινοποιήθηκε στην παρεμβαίνουσα στις 22.3.2021, είναι νομίμως υπογεγραμμένη και ασκήθηκε μετά προδήλου εννόμου συμφέροντος, από τον οικονομικό φορέα που με την προσβαλλόμενη η παρεμβαίνουσα αναδεικνύεται ανάδοχος της σύμβασης.

8. Επειδή, στις 26.3.2021 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε προς την ΑΕΠΠ μετά του με αριθμό πρωτ. «...» της 26.3.2021 εγγράφου τις απόψεις της επί της προσφυγής μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ). Επισημαίνεται ότι το συγκεκριμένο έγγραφο κοινοποιήθηκε αυθημερόν και με τον αυτό τρόπο στην προσφεύγουσα. Επί των απόψεων αλλά και της ασκηθείσας παρέμβασης (Δ.Εφ. Πατρών Α170/2020 σκ. 7, Διοικ. Εφετ. Κομοτηνής Ν29/2019 σκ. 9, Διοικ. Εφετ. Πειραιώς Ν179/2019 σκ.9, πρβλ ΣτΕ 780/2019) υπεβλήθη μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ το από 15.4.2021 υπόμνημα.

9. Επειδή η προσφεύγουσα υποστηρίζει με την προσφυγή της ότι ο φάκελος δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας δεν ήταν πλήρης και η προσφορά της έπρεπε να απορριφθεί για τους ειδικότερους λόγους που αναλύονται στο «σώμα» της προσφυγής.

10.Επειδή, στο πλαίσιο των διοικητικών προσφυγών που ασκούνται στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, δεδομένου του μικρού κύκλου των αποδεκτών της οικείας νομοθεσίας και της κατ' επάγγελμα κατά την συνήθη πορεία των πραγμάτων ενασχολήσεώς τους με τις διαδικασίες των δημοσίων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να γνωρίζουν τις κρίσιμες διατάξεις (ΟλΣτΕ 876/2013, ΣτΕ 268, 360/2018, 1400, 1595/2016, 3128,

Αριθμός Απόφασης: 885/2021

3129/2015, 1072, 1985, 1988/2014, 2886/2013, 2315/2013). Επιπλέον, οι διατάξεις που προβλέπουν την προδικαστική προσφυγή, αφενός, χαρακτηρίζονται ως οιονεί «δικονομικές» και, αφετέρου, απευθύνονται σε μικρό κύκλο αποδεκτών που οφείλουν να τις γνωρίζουν ενόψει της ιδιαιτερότητας του αντικειμένου.

11. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής τους από την αναθέτουσα αρχή οι προϋποθέσεις παραδεκτού ελέγχονται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (πρβλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα).

12. Επειδή, στις διατάξεις του ΒΙΒΛΙΟΥ IV του Ν. 4412/2016, ορίζονται τα εξής: α) 345 (Πεδίο Εφαρμογής) παρ. 1: «Οι διατάξεις του παρόντος ΒΙΒΛΙΟΥ (άρθρα 345 έως 374) εφαρμόζονται στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του παρόντος νόμου, καθώς και τροποποίησης αυτών, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των €60.000, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ και ανεξάρτητα από τη φύση τους» [όμοια η διάταξη του άρθρου 1 α) Κανονισμού Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΠΔ 39/2017)]. β) 360 (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, 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 η διάταξη του άρθρου 3 παρ. 1 ΠΔ 39/2017). γ) 367 (Διαδικασία λήψης απόφασης-συνέπειες αποφάσεων ΑΕΕΠ) παρ. 1: «Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της ... Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η

προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια» (όμοιες οι διατάξεις των άρθρων 8 παρ. 1 και 18 παρ. 1,4 ΠΔ 39/2017). δ) 379 (Έναρξη ισχύος) παρ. 7 (όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 43 παρ. 4 Ν. 4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116)): «Οι διατάξεις του ΒΙΒΛΙΟΥ IV (άρθρα 345 έως 374) διέπουν τις διαφορές που αναφύονται από πράξεις ή παραλείψεις, οι οποίες εκδίδονται ή συντελούνται από αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς, στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης σύμβασης, η οποία εκκινεί, κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 61,120, 290 και 330 του παρόντος: ...».

13. Επειδή, το άρθρο 15 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Άμυνα και Ασφάλεια» ορίζει τα εξής « 1. Το παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221) εφαρμόζεται στην ανάθεση δημόσιων συμβάσεων και σε διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας, εξαιρουμένων των κατωτέρω συμβάσεων: α) συμβάσεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του μέρους δεύτερου του ν. 3978/2011 (Α' 137), β) συμβάσεων στις οποίες δεν εφαρμόζεται το μέρος δεύτερο του ν. 3978/2011 (Α' 137), σύμφωνα με τα άρθρα 17 και 24 του εν λόγω νόμου.

2. Το παρόν Βιβλίο δεν εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις και τους διαγωνισμούς μελετών που δεν εξαιρούνται για άλλο λόγο δυνάμει της παρ. 1, στο μέτρο που η προστασία των ουσιωδών συμφερόντων ασφαλείας της χώρας δεν μπορεί να διασφαλιστεί με λιγότερο δραστικά μέτρα, όπως με την επιβολή απαιτήσεων για την προστασία του εμπιστευτικού χαρακτήρα των πληροφοριών που η αναθέτουσα αρχή καθιστά διαθέσιμες σε μία διαδικασία ανάθεσης σύμβασης, κατά τα προβλεπόμενα στο παρόν Βιβλίο.

Επίσης, και, σύμφωνα με την περίπτωση α' της παραγράφου 1 του άρθρου 346 της ΣΛΕΕ, το παρόν Βιβλίο δεν εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις και στους διαγωνισμούς μελετών που δεν εξαιρούνται για άλλο λόγο δυνάμει της παρ. 1, στο μέτρο που η εφαρμογή του παρόντος Βιβλίου θα υποχρέωνε τη χώρα να παράσχει πληροφορίες, τη δημοσιοποίηση των οποίων θεωρεί αντίθετη με τα ουσιώδη συμφέροντα ασφαλείας της.

Το παρόν Βιβλίο δεν εφαρμόζεται, σύμφωνα με την περίπτωση α` της παραγράφου 1 του άρθρου 346 της Σ.Λ.Ε.Ε., στις δημόσιες συμβάσεις και στους διαγωνισμούς μελετών που άπτονται του τομέα της Κυβερνοασφάλειας, στο μέτρο που η εφαρμογή του παρόντος Βιβλίου θα υποχρέωνε τη χώρα να παράσχει πληροφορίες, τη δημοσιοποίηση των οποίων θεωρεί αντίθετη με την προστασία των ουσιωδών συμφερόντων κυβερνοασφάλειάς της.

3. Όταν η διαδικασία σύναψης και η εκτέλεση της δημόσιας σύμβασης ή του διαγωνισμού μελέτης κηρύσσεται απόρρητη ή πρέπει να συνοδεύεται από ειδικά μέτρα ασφαλείας, σύμφωνα με τις διατάξεις της εκάστοτε ισχύουσας εθνικής νομοθεσίας, ιδίως δε τις διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 35 του ν. 3978/2011 (Α` 137) και της απόφασης με αριθμ. 838/39/461322/14.8.2008 του Υπουργού Εσωτερικών (Β` 1632) το παρόν Βιβλίο δεν εφαρμόζεται, υπό την προϋπόθεση ότι η Ελλάδα κρίνει ότι τα εν λόγω ουσιώδη συμφέροντα δεν μπορούν να διασφαλιστούν με λιγότερο δραστικά μέτρα, όπως αυτά που αναφέρονται στο πρώτο εδάφιο της παρ. 2». Ομοίως και στο άρθρο 16 με τίτλο « Μεικτές συμβάσεις που αφορούν την άμυνα ή την ασφάλεια» αναφέρεται ότι « 1. Το παρόν άρθρο εφαρμόζεται στις μεικτές συμβάσεις που έχουν αντικείμενο σύμβαση η οποία καλύπτεται από το παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221), καθώς και σύμβαση η οποία διέπεται από το άρθρο 346 της ΣΛΕΕ ή το μέρος δεύτερο του ν. 3978/2011 (Α` 137).

2. Όταν τα διαφορετικά μέρη μιας συγκεκριμένης σύμβασης μπορεί να χωριστούν αντικειμενικά, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιλέγουν να αναθέσουν είτε χωριστές συμβάσεις για τα χωριστά μέρη είτε μία ενιαία σύμβαση.

Όταν οι αναθέτουσες αρχές επιλέγουν να αναθέσουν χωριστές συμβάσεις για χωριστά μέρη, η απόφαση για το εφαρμοστέο νομικό καθεστώς καθεμιάς από τις χωριστές αυτές συμβάσεις λαμβάνεται βάσει των χαρακτηριστικών εκάστου μέρους.

Όταν οι αναθέτουσες αρχές επιλέγουν να αναθέσουν μία ενιαία σύμβαση, ισχύουν τα ακόλουθα κριτήρια για τον καθορισμό του εφαρμοστέου νομικού καθεστώτος: α) όταν μέρος μιας συγκεκριμένης σύμβασης διέπεται από το

άρθρο 346 της ΣΛΕΕ, η σύμβαση μπορεί να ανατίθεται χωρίς εφαρμογή του παρόντος Βιβλίου, υπό την προϋπόθεση ότι η ανάθεση ενιαίας σύμβασης δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους,

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

14. Επειδή, η αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016 αναφέρει ως προς το άρθρο 15 τα εξής «Στο άρθρο 15 του σχεδίου προβλέπεται η εξαίρεση από το πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου I των συμβάσεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του μέρους δεύτερου ν. 3978/2011 (Α 137) (Οδηγία 2009/81/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου), στις συμβάσεις που εξαιρούνται από το νόμο αυτόν σύμφωνα με τα άρθρα 17 και 24 αυτού, καθώς και στις συμβάσεις που συνάπτονται δυνάμει του άρθρου 346 ΣΛΕΕ».

15.Επειδή, η Α.Ε.Π.Π., σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις, επιλαμβάνεται προδικαστικών προσφυγών που στρέφονται κατά πράξεων ή παραλείψεων αναθετουσών αρχών που εκδίδονται/συντελούνται κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτές προσβάλλονται ενώπιόν της, από κάθε πρόσωπο το οποίο έχει ή είχε έννομο συμφέρον να

Αριθμός Απόφασης: 885/2021

του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση, εξετάζοντας τους προβαλλόμενους πραγματικούς και νομικούς ισχυρισμούς των μερών και αποφαίνεται αιτιολογημένα. Η αρμοδιότητα ελέγχου και ακύρωσης της Α.Ε.Π.Π. εκτείνεται αποκλειστικά επί πράξεων και παραλείψεων που ανήκουν στην αρμοδιότητά της και ορισμένα και συγκεκριμένα στο λεγόμενο «προσυμβατικό» στάδιο, ήτοι τη συγκεκριμένη διαδικασία και αλυσίδα επιμέρους σταδίων, που, σύμφωνα με τον ν. 4412/2016, κατατείνει στη σύναψη δημόσιας σύμβασης έργου, προμήθειας και υπηρεσίας.

16. Επειδή, με την οδηγία 2009/81/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 13ης Ιουλίου 2009 (ΕΕ L 216), η οποία μεταφέρθηκε στην εσωτερική έννομη τάξη με τον ν. 3978/2011 (Α' 137, Μέρος Δεύτερο, άρθρα 14 έως 98), επεδιώχθη ο συντονισμός «των διαδικασιών σύναψης ορισμένων συμβάσεων έργων, προμηθειών και παροχής υπηρεσιών που συνάπτονται από αναθέτουσες αρχές ή αναθέτοντες φορείς στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας». Σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. 6 της οδηγίας αυτής (15 περ. 20 του ν. 3978/2011), για τους σκοπούς της, ως «στρατιωτικός εξοπλισμός» νοείται: «εξοπλισμός ειδικά σχεδιασμένος ή προσαρμοσμένος για στρατιωτικούς σκοπούς, ο οποίος προορίζεται για χρήση ως όπλο, πυρομαχικά ή πολεμικό υλικό», ενώ στο άρθρο 2 (άρθρο 16 παρ. 1ν. 3978/2011) προβλέπεται ότι η οδηγία εφαρμόζεται στις συμβάσεις οι οποίες συνάπτονται στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας και έχουν ως αντικείμενο, μεταξύ άλλων, «την προμήθεια στρατιωτικού εξοπλισμού, περιλαμβανομένων μερών, επιμέρους στοιχείων και/ή συναρμολογημένων τμημάτων, κατασκευαστικών μερών και/ή υποσυγκροτημάτων» (στοιχ. α') καθώς και «έργα, προμήθειες και υπηρεσίες που αφορούν άμεσα τον εξοπλισμό που αναφέρεται [στο στοιχείο α']... για οιαδήποτε στοιχεία του κύκλου ζωής του» (στοιχ. γ'). Οι διατάξεις της οδηγίας 2009/81/EK και του, περί της μεταφοράς της στην εσωτερική έννομη τάξη, δεύτερου μέρους του ν. 3978/2011 καταλαμβάνουν τις κατά τα προεκτεθέντα κατηγορίες συμβάσεων με εκτιμώμενη αξία, εκτός φόρου προστιθέμενης αξίας, ίση ή ανώτερη των 400.000 ευρώ για τις συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών και των

Αριθμός Απόφασης: 885/2021

5.000.000 ευρώ για τις συμβάσεις έργων (άρθρα 8 της οδηγίας, 24 του ν. 3978/2011 και 3 του προμνησθέντος Κανονισμού (ΕΕ) 1251/2011 της Επιτροπής). Περαιτέρω, στο άρθρο 12 αυτής («Συμβάσεις που συνάπτονται δυνάμει διεθνών κανόνων») ορίζεται ότι η ανωτέρω οδηγία 2009/81/EK δεν εφαρμόζεται «στις συμβάσεις που διέπονται από: α) ειδικούς διαδικαστικούς κανόνες δυνάμει διεθνούς συμφωνίας ή διακανονισμού που έχει συναφθεί μεταξύ ενός ή περισσότερων κρατών μελών, και μιας ή περισσότερων τρίτων χωρών· β) ειδικούς διαδικαστικούς κανόνες δυνάμει συναφθείσας διεθνούς συμφωνίας ή διακανονισμού που συνδέεται με τη στάθμευση στρατευμάτων και αφορά επιχειρήσεις κράτους μέλους ή τρίτης χώρας· γ) ειδικούς διαδικαστικούς κανόνες διεθνούς οργανισμού, που αγοράζει για δικό του σκοπό ή σε συμβάσεις που πρέπει να αναθέσει κράτος μέλος σύμφωνα με τους ως άνω κανόνες». Προβλέπεται, πάντως, ότι οι ανωτέρω «ειδικοί διαδικαστικοί κανόνες» («διαδικασίες») «δεν επιτρέπεται να χρησιμοποιούνται με σκοπό την παράκαμψη των διατάξεων της... οδηγίας [2009/81/EK]» (άρθρο 11). Στο Προοίμιο της ανωτέρω οδηγίας αναφέρεται συναφώς ότι (σημείο 20): «... θα πρέπει να προβλεφθούν περιπτώσεις στις οποίες η παρούσα οδηγία δεν εφαρμόζεται λόγω της δυνατότητας εφαρμογής ειδικών κανόνων σύναψης συμβάσεων, οι οποίοι απορρέουν από διεθνείς συμφωνίες ή ρυθμίσεις μεταξύ κρατών μελών και τρίτων χωρών. Οι κανόνες δυνάμει ορισμένων συμφωνιών που σχετίζονται με τη στάθμευση στρατευμάτων από ένα κράτος μέλος σε άλλο ή σε τρίτη χώρα ή με τη στάθμευση στρατευμάτων από τρίτη χώρα σε κράτος μέλος θα πρέπει επίσης να αποκλείουν τη χρήση των διαδικασιών ανάθεσης στην παρούσα οδηγία. Η παρούσα οδηγία δεν θα πρέπει να εφαρμόζεται είτε σε συμβάσεις που συνάπτονται από διεθνείς οργανισμούς για δικούς τους σκοπούς ή σε συμβάσεις που πρέπει να συνάπτονται από κράτος μέλος σύμφωνα με τους ειδικούς κανόνες αυτών των οργανισμών» καθώς και ότι (σημείο 28): «Τα κράτη μέλη διαχειρίζονται προγράμματα συνεργασίας για να αναπτύξουν νέο αμυντικό εξοπλισμό από κοινού. Τα προγράμματα αυτά είναι ιδιαίτερα σημαντικά διότι συμβάλλουν στην ανάπτυξη νέων τεχνολογιών και στην αντιμετώπιση του υψηλού κόστους έρευνας και ανάπτυξης

Αριθμός Απόφασης: 885/2021

πολυσύνθετων οπλικών συστημάτων. Μερικά από αυτά τα προγράμματα συνεργασίας τυγχάνουν υπό διαχείριση διεθνών οργανισμών, συγκεκριμένα του Οργανισμού Κοινής Συνεργασίας στον τομέα των εξοπλισμών (OCCAR) και του NATO (μέσω ειδικών υπηρεσιών) ή υπηρεσιών της Ένωσης όπως ο Ευρωπαϊκός Οργανισμός Άμυνας, οι οποίες τότε αναθέτουν συμβάσεις εξ ονόματος των κρατών μελών. Η παρούσα οδηγία δεν θα πρέπει να εφαρμόζεται στις συμβάσεις αυτές. Για άλλα τέτοια προγράμματα συνεργασίας, οι συμβάσεις ανατίθενται από τις αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς ενός κράτους μέλους επίσης εξ ονόματος ενός ή περισσότερων άλλων κρατών μελών. Και σε αυτές τις περιπτώσεις δεν θα πρέπει να εφαρμόζεται η παρούσα οδηγία». Οι ως άνω διατάξεις των άρθρων 12 και 11 της οδηγίας 2009/81/EK μεταφέρθηκαν στο εσωτερικό δίκαιο με τις διατάξεις των άρθρων 17 και 18 του ν. 3978/2011, με τις οποίες ορίζονται, μεταξύ άλλων, τα ακόλουθα: Άρθρο 17 «1. Ο παρών νόμος πλην του πρώτου Μέρους δεν εφαρμόζεται στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) στις συμβάσεις που διέπονται από ειδικούς διαδικαστικούς κανόνες δυνάμει διεθνούς συμφωνίας ή διακανονισμού που έχει συναφθεί μεταξύ ενός ή περισσότερων κρατών-μελών και μιας ή περισσότερων τρίτων χωρών. β) στις συμβάσεις που διέπονται από ειδικούς διαδικαστικούς κανόνες δυνάμει διεθνούς συμφωνίας ή διακανονισμού που συνδέεται με τη στάθμιση στρατευμάτων και αφορά επιχειρήσεις κράτους-μέλους ή τρίτης χώρας. γ) στις συμβάσεις που διέπονται από ειδικούς διαδικαστικούς κανόνες διεθνούς οργανισμού που αγοράζει για δικό του σκοπό ή σε συμβάσεις που πρέπει να αναθέσει κράτος-μέλος σύμφωνα με τους ως άνω κανόνες. δ) ... ιγ) ...». Άρθρο 18 «Οι κανόνες, διαδικασίες, ..., συμφωνίες, διακανονισμοί ή συμβάσεις των οποίων μνεία γίνεται στο άρθρο 17 δεν επιτρέπεται να χρησιμοποιούνται με σκοπό την παράκαμψη των διατάξεων του παρόντος νόμου». Με το δε άρθρο 71 της εν λόγω οδηγίας 2009/81/EK αντικαταστάθηκε το άρθρο 10 της οδηγίας 2004/18/EK ως εξής: «Συμβάσεις στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας. Σύμφωνα με το άρθρο 296 της συνθήκης, η οδηγία 2004/18/EK στις δημόσιες συμβάσεις που συνάπτονται στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας, με

εξαίρεση τις συμβάσεις στις οποίες εφαρμόζεται η οδηγία 2009/81/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 13ης Ιουλίου 2009... Η εν παρούσα οδηγία δεν εφαρμόζεται στις συμβάσεις που εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2009/81/EK δυνάμει των άρθρων 8, 12 και 13 αυτής» (βλ. και άρθρο 16 του π.δ/τος 60/2007, όπως είχε αντικατασταθεί με το άρθρο 98 παρ. 2 του ν. 3978/2011). Εν συνεχεία με την Οδηγία 2014/24/ΕΕ ορίστηκε στο άρθρο 15 «Άμυνα και ασφάλεια» το εξής «1. Η παρούσα οδηγία εφαρμόζεται στην ανάθεση δημόσιων συμβάσεων και σε διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας, εξαιρουμένων των κατωτέρω συμβάσεων:

- α) συμβάσεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2009/81/EK
- β) συμβάσεων στις οποίες δεν εφαρμόζεται η οδηγία 2009/81/EK, σύμφωνα με τα άρθρα 8, 12 και 13 της εν λόγω οδηγίας.

2. Η παρούσα οδηγία δεν εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις και τους διαγωνισμούς μελετών που δεν εξαιρούνται διαφορετικά σύμφωνα με την παράγραφο 1, στο μέτρο που η προστασία των ουσιωδών συμφερόντων ασφαλείας κράτους μέλους δεν μπορεί να διασφαλιστεί με λιγότερο δραστικά μέτρα, όπως, επιβάλλοντας απαιτήσεις για την προστασία του εμπιστευτικού χαρακτήρα των πληροφοριών που η αναθέτουσα αρχή καθιστά διαθέσιμες σε διαδικασία ανάθεσης σύμβασης, σύμφωνα με την παρούσα οδηγία.

Επίσης, και σύμφωνα με το άρθρο 346 παράγραφος 1 στοιχείο α) της ΣΛΕΕ, η παρούσα οδηγία δεν εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις και στους διαγωνισμούς μελέτης που δεν εξαιρούνται διαφορετικά σύμφωνα με την παράγραφο 1 του παρόντος άρθρου, στο μέτρο που η εφαρμογή της παρούσας οδηγίας θα υποχρέωνε ένα κράτος μέλος να παράσχει πληροφορίες τη δημοσιοποίηση των οποίων θεωρεί αντίθετη με τα ουσιώδη συμφέροντα ασφαλείας του.

3. Όταν η προμήθεια και η εκτέλεση της δημόσιας σύμβασης ή του διαγωνισμού μελέτης κηρύσσεται απόρρητη ή πρέπει να συνοδεύεται από ειδικά μέτρα ασφαλείας σύμφωνα με τις νομικές, κανονιστικές ή διοικητικές

Αριθμός Απόφασης: 885/2021

διατάξεις που ισχύουν σε ένα κράτος μέλος, η παρούσα οδηγία δεν εφαρμόζεται, υπό την προϋπόθεση ότι το κράτος μέλος κρίνει ότι τα εν λόγω ουσιώδη συμφέροντα δεν μπορούν να διασφαλιστούν με λιγότερο δραστικά μέτρα, όπως αυτά που αναφέρονται στο πρώτο εδάφιο της παραγράφου 2». Εξ άλλου, με το άρθρο 70 της οδηγίας 2009/81/EK είχε προστεθεί άρθρο 22α στην (σχετική με τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων στους «ειδικούς τομείς» του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών) οδηγία 2004/17/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 31ης Μαρτίου 2014 (ΕΕ L 134) και είχε ορισθεί ότι η οδηγία αυτή δεν εφαρμόζεται στις συμβάσεις στις οποίες εφαρμόζεται η οδηγία 2009/81/EK αλλά και στις συμβάσεις που εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2009/81/EK δυνάμει, μεταξύ άλλων, του άρθρου 12 αυτής.

17. Επειδή, ακολούθως, με την διάταξη του άρθρου 47 παρ. 4 εδαφ. α' του ν. 3900/2010 (Α' 213) είχαν οριστεί τα ακόλουθα: «Με την επιφύλαξη των διατάξεων του ν. 3886/2010 (ΦΕΚ 173 Α'), οι αιτήσεις ακυρώσεως κατά πράξεων της διαδικασίας που προηγείται της σύναψης συμβάσεων δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών υπάγονται στην αρμοδιότητα των τριμελών διοικητικών εφετείων που αποφαινόμενοι ανεκκλήτως...». Εξ άλλου, και η σχετική με την σύναψη συμβάσεων στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας ως άνω οδηγία 2009/81/EK περιλαμβάνει, στον τίτλο IV (άρθρα 55 έως 64), διατάξεις για την άσκηση προσφυγών, οι οποίες, όπως προκύπτει από το περιεχόμενό τους αλλά και ρητώς αναφέρεται στο προοίμιο (σημείο 72) της ανωτέρω οδηγίας, βασίζονται, μεταξύ άλλων, στο σύστημα της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, όπως τροποποιήθηκε, κατά τα προεκτεθέντα. Οι προβλεπόμενες με την εν λόγω οδηγία 2009/81/EK «διαδικασίες προσφυγής» εφαρμόζονται, σύμφωνα με το άρθρο 55 παρ. 1 αυτής, «με την επιφύλαξη των εξαιρέσεων που προβλέπονται στα άρθρα 12 και 13», δεν καταλαμβάνουν δηλαδή, μεταξύ άλλων, τις συμβάσεις που πρέπει να αναθέσει κράτος μέλος σύμφωνα με τους ειδικούς διαδικαστικούς κανόνες διεθνούς οργανισμού (12 περ. γ' της οδηγίας). Σε συμμόρφωση προς τις ως άνω διατάξεις της οδηγίας θεσπίσθηκε με τον ν. 3978/2011 (Δεύτερο Μέρος, Κεφάλαιο Ι', άρθρα 89-96) σύστημα

επίλυσης των διαφορών που αναφύονται κατά την διαδικασία που προηγείται της συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας. Και στην περίπτωση αυτή, όπως και προκειμένου περί των δημοσίων συμβάσεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016, ο οποίος αντικατέστησε τον ν. 3886/2010, ρυθμίζεται η προσωρινή και η οριστική δικαστική προστασία και προβλέπονται τα αντίστοιχα ένδικα βοηθήματα (αίτηση ασφαλιστικών μέτρων αφ' ενός και αφ' ετέρου αίτηση ακυρώσεως της παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, προσφυγή για την ακύρωση υπογραφείσας συμβάσεως και αγωγή αποζημίωσης). Σε αντίθεση, όμως, με τον ν. 4412/2016, ορίζεται ως αρμόδιο για την επίλυση των ανωτέρω διαφορών δικαστήριο το Συμβούλιο της Επικρατείας (με την εξαίρεση των αγωγών αποζημίωσης οι οποίες εκδικάζονται από τα δικαστήρια που είναι αρμόδια κατά τις γενικές διατάξεις, άρθρο 89 παρ. 3 και 4). Με τις ως άνω διατάξεις επιβάλλεται η άσκηση προδικαστικής προσφυγής ως προϋπόθεση της αιτήσεως παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας (αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων), τάσσεται δε στην αναθέτουσα αρχή προθεσμία δεκαπέντε ημερών προκειμένου να αποφανθεί επί της προσφυγής, οριζομένου ότι τεκμαίρεται η απόρριψή της στην περίπτωση που παρέλθει άπρακτη η ως άνω προθεσμία απόφασης (άρθρο 90 παρ. 1 και 10). Ο εν λόγω ν. 3978/2011 περιλαμβάνει, περαιτέρω (Μέρος Τρίτο, άρθρα 99-104), ρυθμίσεις για τις συμβάσεις στους τομείς άμυνας και ασφάλειας, με εκτιμώμενη αξία, εκτός φόρου προστιθέμενης αξίας, κατώτερη από τα χρηματικά όρια του άρθρου 24 του νόμου αυτού (δηλαδή από τα τασσόμενα, κατά τα προεκτεθέντα, για την εφαρμογή του δεύτερου μέρους του ως άνω νόμου χρηματικά όρια). Αρμόδιο δικαστήριο για τις διαφορές που αναφύονται στο πλαίσιο των ανωτέρω συμβάσεων ορίζεται το Διοικητικό Εφετείο της έδρας της αναθέτουσας αρχής (άρθρο 104 παρ. 2).

18. Επειδή, τα συστήματα προσωρινής δικαστικής προστασίας παρέχουν στους προσφεύγοντες επαρκές πλαίσιο έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 Συντ., άρθρο 47 ΧΘΔΕΕ και 6 ΕΣΔΑ), υφισταμένης της δυνατότητας έκδοσης προσωρινής διαταγής και ταχείας εκδίκασης της

αίτησης, ανεξαρτήτως του χαρακτηρισμού της από τους διαδίκους, αναλόγως της κρισιμότητας και των περιστάσεων της εκάστοτε υπόθεσης.

19. Επειδή, περαιτέρω, ο «Οργανισμός της Συνθήκης του Βορείου Ατλαντικού» (North Atlantic Treaty Organization – NATO) αποτελεί φορέα με νομική προσωπικότητα, ο οποίος έχει ιδρυθεί με διεθνείς συμβάσεις προς τον σκοπό της συλλογικής άμυνας των κρατών μελών του. Ειδικότερα, με το άρθρο μόνο του ν. 1989/1952 (Α΄ 37) κυρώθηκε η υπογραφείσα στην Ουάσιγκτον στις 4 Απριλίου 1949 Συνθήκη του Βορείου Ατλαντικού, όπως τροποποιήθηκε εν τω μεταξύ με το Πρωτόκολλο του Λονδίνου της 17ης Οκτωβρίου 1951. Κατά τα αναφερόμενα στο προοίμιο της Συνθήκης, «Τα διά της παρούσης... συμβαλλόμενα μέρη... έχουν απόφασιν να ενώσουν τας προσπάθειάς των προς συλλογικήν άμυναν και προς διαφύλαξιν της ειρήνης και της ασφαλείας» ενώ, σύμφωνα με το άρθρο 9 αυτής, «Τα Μέρη ιδρύουν διά του παρόντος Συμβούλιον, εν ω θ' αντιπροσωπεύηται έκαστον εξ αυτών ίνα εξετάζη τα ζητήματα τ' αφορώντα την εφαρμογήν της παρούσης Συνθήκης. Το Συμβούλιον θέλει ούτω οργανωθή ώστε να είναι εις θέσιν να συνέρχηται ταχέως ανά πάσαν στιγμήν. Το Συμβούλιον θέλει οργανώση οία βοηθητικά σώματα κριθούν αναγκαία· ειδικώτερον θέλει ιδρύση αμέσως Επιτροπήν Αμύνης...». Ακολούθως, με το άρθρο 1 του ν.δ/τος 2412/1953 (Α΄ 124) η δεύτερη παράγραφος του ανωτέρω άρθρου μόνου του ν. 1989/1952 αντικαταστάθηκε ως εξής: «Δι' αποφάσεων εκδιδομένων υπό των Υπουργών Εξωτερικών, Συντονισμού, Εθνικής Αμύνης και Οικονομικών, προσυπογραφομένων και υπό του αρμοδίου δι' έκαστον θέμα Υπουργού, θα ρυθμίζωνται τα της εκτελέσεως των διά της ως άνω Συνθήκης και του Πρωτοκόλλου αναλαμβανομένων υποχρεώσεων της χώρας. Αι ανωτέρω Υπουργικαί αποφάσεις δεν θα δημοσιεύωνται εις την Εφημερίδα της Κυβερνήσεως». Περαιτέρω, με το άρθρο μόνο του ν.δ/τος 3568/1956 (Α΄ 225) κυρώθηκε η υπογραφείσα στην Οτάβα στις 20 Σεπτεμβρίου 1951 «Σύμβασις επί του Νομικού Καθεστώτος του Οργανισμού της Συνθήκης του Βορείου Ατλαντικού, των Εθνικών Αντιπροσώπων και του Διεθνούς Προσωπικού», στο άρθρο 1 της οποίας ορίζονται, μεταξύ άλλων, τα ακόλουθα: «Εν τη παρούση

Συμβάσει: α) “Ο Οργανισμός” υποδηλοί τον Οργανισμόν της Συνθήκης του Βορείου Ατλαντικού, συνιστάμενον εκ του Συμβουλίου και των επιβοηθητικών αυτού οργάνων. β) “Το Συμβούλιον” σημαίνει το προβλεφθέν υπό του άρθρου 9 της Συνθήκης του Βορειοατλαντικού Συμφώνου και τους αναπληρωτάς του Συμβουλίου. γ) “Επιβοηθητικά Όργανα” σημαίνει παν όργανον, επιτροπήν ή υπηρεσίαν ιδρυθείσαν υπό του Συμβουλίου ή υπαγομένην εις την εξουσίαν αυτού, εκτός εκείνων δι’ α συμφώνως τω Άρθρω 2, η Σύμβασις αυτή δεν έχει εφαρμογήν [ορίζει δε το εν λόγω άρθρο 2 ότι «Η παρούσα Σύμβασις δεν εφαρμόζεται επί στρατιωτικών Αρχηγείων ιδρυθέντων εις εκτέλεσιν της Συνθήκης Βορείου Ατλαντικού, ή άλλων στρατιωτικών Οργανισμών, εκτός αν το Συμβούλιον αποφασίση άλλως»]. δ) ...». Κατά τα προβλεπόμενα δε στο άρθρο 4 της Σύμβασης, ο Οργανισμός της Συνθήκης του Βορείου Ατλαντικού έχει νομική προσωπικότητα. Και στην περίπτωση εξ άλλου της εν λόγω Σύμβασης, όπως, κατά τα προεκτεθέντα, και στην περίπτωση της Συνθήκης του Βορείου Ατλαντικού (άρθρο μόνο του ν. 1989/1952, όπως διαμορφώθηκε με τον ν. 2412/1953), ο κυρωτικός νόμος προβλέπει την έκδοση πράξεων των ελληνικών αρχών για την εκτέλεση των διατάξεων της Σύμβασης. Ορίζονται ειδικότερα στο άρθρο μόνο εδαφ. β’ του ν.δ/τος 3568/1956 τα εξής: «Δι’ αποφάσεων εκδιδομένων υπό των Υπουργών Εξωτερικών, Εθνικής Αμύνης, Συντονισμού και Οικονομικών, προσυπογραφομένων και υπό του αρμοδίου δι’ έκαστον θέμα Υπουργού, θα ρυθμίζονται τα της εκτελέσεως των διατάξεων της ως άνω Συμβάσεως».

20. Επειδή, κατ’ επίκληση του ανωτέρω άρθρου 9 της Συνθήκης του Βορείου Ατλαντικού (ν. 1989/1952) συνεστήθησαν, με πράξεις του Συμβουλίου του NATO, επιτροπές και άλλα όργανα και υπηρεσίες, ως «βοηθητικά σώματα», και καθορίσθηκαν οι αρμοδιότητές τους. Αποφασίσθηκε, εξ άλλου, η κατάρτιση και η εκτέλεση προγράμματος έργων «κοινής υποδομής» (“NATO Common Infrastructure Programme” και ήδη “Πρόγραμμα Επενδύσεων Ασφαλείας NATO” – “NATO Security Investment Programme [NSIP]”) που χρηματοδοτούνται από τα κράτη μέλη του Οργανισμού και περιλαμβάνουν βασικές στρατιωτικές εγκαταστάσεις κοινής χρησιμότητας για τα κράτη μέλη

(αεροδρόμια, ναυτικές βάσεις, εγκαταστάσεις έκτακτης προειδοποίησης, πολεμικά στρατηγεία κ.λπ.). Προβλέπεται η έγκριση της κατασκευής και χρηματοδότησης του έργου από το ΝΑΤΟ, κατόπιν σχετικής αιτήσεως του «έθνους υποδοχής» («host nation», ήτοι του κράτους μέλους, το οποίο έχει την ευθύνη κατασκευής του έργου), ενώ, περαιτέρω, με την απόφαση (Διεθνή Οδηγία) AC/4-D/2261 (1996 Edition) της 12ης Ιανουαρίου 1996 της Επιτροπής Υποδομών (Infrastructure Committee) του Οργανισμού καθορίστηκαν και οι «Διαδικασίες Διεθνών Διαγωνισμών» (“Procedures for International Competitive Bidding”) για την ανάθεση της εκτέλεσης των έργων του Προγράμματος Κοινής Υποδομής και ήδη Προγράμματος Επενδύσεων Ασφαλείας ΝΑΤΟ.

21.Επειδή, στην επίμαχη διακήρυξη αναφέρεται στην σελίδα 5 (αρ. 2) «Από τα ανωτέρω έγγραφα εξαιρούνται σε εφαρμογή της παρ. 2 του άρθρου 21 του ν. 4412/2016, τα διαβαθμισμένα τεύχη μελέτης της εργολαβίας, τα οποία διατίθενται από το γραφείο Ενημέρωσης Κοινού του ΥΕΘΑ ...». Επισημαίνεται ότι πέραν της αναφοράς του τίτλου, ουδεμία έτερη αναφορά υφίσταται στο ειδικό αντικείμενο της σύμβασης, το οποίο ως προκύπτει από την αναζήτηση στον παγκόσμιο ιστό πρόκειται για κατεξοχήν στρατιωτικό (αμυντικό) υλικό κατά τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα, καθώς συνιστά σύστημα προοριζόμενο για χρήση από την στρατιωτική αεροπορία στο «...» ([«...»](#)). Έτι περαιτέρω, υπογραμμίζεται ότι το διαβαθμισμένο υλικό, που αφορά το αντικείμενο της σύμβασης, δεν απεστάλη στην ΑΕΠΠ με τον σύνολο του φακέλου της προσφυγής. Επίσης, στα πλαίσια της ίδιας διακήρυξης (σελ. 35) απαιτείται ο κάθε υποψήφιος να διαθέτει και να προσκομίσει βεβαίωση εγγραφής στους ειδικούς πίνακες του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας για ανάληψη έργων ΝΑΤΟ- ΟΧΥΡΩΣΗΣ – ΑΠΟΡΡΗΤΑ, σύμφωνα με το άρθρο 12 του ΠΔ 378/87, γεγονός που συνδέεται και με την πρόσβαση στην μελέτη εργολαβίας, που συνιστά διαβαθμισμένο υλικό. Ειδικότερα, το άρθρο 12 του ως άνω αναφερόμενου ΠΔ με τίτλο «Έργα ΝΑΤΟ - Οχύρωσης – Απόρρητα» προβλέπει τα εξής «1. Τα έργα χαρακτηρίζονται ΝΑΤΟ - Οχύρωσης - Απόρρητα σύμφωνα με τα παρακάτω: α) Έργα ΝΑΤΟ χαρακτηρίζονται τα έργα

Αριθμός Απόφασης: 885/2021

που χρηματοδοτούνται μερικά ή ολικά με πιστώσεις NATO, δυνάμενα, και να προχρηματοδοτηθούν με εθνικές πιστώσεις.

Στην κατηγορία αυτή μπορεί να υπαχθούν και τα πάσης φύσεως έργα που εκτελούνται με χρηματοδότηση από πηγές εξωτερικού, με απόφαση του Υπουργού Εθνικής Άμυνας ή εξουσιοδοτουμένου οργάνου.

β) Έργα Οχύρωσης χαρακτηρίζονται τα καθ' αυτό έργα Οχύρωσης, καθώς και οι πάσης φύσεως κατασκευές και εγκαταστάσεις που εξυπηρετούν ή συμπληρώνουν τα έργα οχύρωσης ή που σχετίζονται οπωσδήποτε με αυτά.

γ) Απόρρητα έργα χαρακτηρίζονται τα έργα τα οποία εκτελούνται μελέτη που είναι διαβαθμισμένη με βαθμό ασφαλείας "Απόρρητο" και άνω.

2. Τα έργα NATO - Οχύρωσης - Απόρρητα δύνανται να χαρακτηρίζονται ειδικής φύσης με απόφαση του ΥΕΘΑ ή του οργάνου που έχει εξουσιοδοτηθεί γι' αυτό και να εφαρμόζονται σ' αυτά, οι διατάξεις της περίπτωσης γ' της παρ. 2 του άρθρου 4 του Ν. 1418/84 εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις που η διάταξη αυτή ορίζει.

3.Στις δημοπρασίες για την ανάδειξη αναδόχου εκτέλεσης των παραπάνω έργων, οι εργοληπτικές επιχειρήσεις ΜΕΕΠ ή επιχειρήσεις εγγεγραμμένες στα Νομαρχιακά Μητρώα που συμμετέχουν πρέπει να είναι εγγεγραμμένες και σε ειδικούς πίνακες για την ανάληψη τέτοιων έργων, που τηρούνται στο Υπουργείο Εθνικής Άμυνας.

Η εγγραφή στους πίνακες αυτούς των εργοληπτικών επιχειρήσεων ΜΕΕΠ γίνεται ύστερα από σχετική αίτηση της επιχείρησης. Μέχρι 30.10.87 στις δημοπρασίες των έργων αυτών μπορεί να συμμετέχουν τόσο οι εργοληπτικές επιχειρήσεις ΜΕΕΠ οι εγγεγραμμένες στους ανωτέρω ειδικούς πίνακες, όσο και οι επιχειρήσεις που μπορούσαν να συμμετάσχουν με βάση τις προϊσχύουσες διατάξεις». Περαιτέρω, το άρθρο 23 του Ν. 3978/2011 με τίτλο «Προστασία διαβαθμισμένων πληροφοριών» προβλέπει ότι « Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να επιβάλλει στους οικονομικούς φορείς απαιτήσεις που αποσκοπούν στην προστασία των διαβαθμισμένων πληροφοριών, τις οποίες

κοινοποιούν κατά τη διάρκεια της διαδικασίας υποβολής προσφορών και ανάθεσης της σύμβασης.

Μπορεί επίσης να απαιτεί από τους οικονομικούς φορείς να διασφαλίζουν τη συμμόρφωση των υπεργολάβων τους στις απαιτήσεις αυτές».

22. Επειδή, το άρθρο 25 του Ν. 4412/2016 με τίτλο « Δικαιούμενοι συμμετοχής - Προϋποθέσεις που σχετίζονται με τη ΣΔΣ και άλλες διεθνείς συμφωνίες» προβλέπει τα εξής «1. Υποψήφιοι ή προσφέροντες και, σε περίπτωση ενώσεων, τα μέλη αυτών μπορούν να είναι φυσικά ή νομικά πρόσωπα εγκατεστημένα σε: α) σε κράτος-μέλος της Ένωσης, β) σε κράτος-μέλος του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.), γ) σε τρίτες χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη ΣΑΣ, στο βαθμό που η υπό ανάθεση δημόσια σύμβαση καλύπτεται από τα Παραρτήματα 1,2, 4 και 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ένωση Προσαρτήματος Ι της ως άνω Συμφωνίας, καθώς και δ) σε τρίτες χώρες που δεν εμπίπτουν στην περίπτωση γ' της παρούσας παραγράφου και έχουν συνάψει διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες με την Ένωση σε θέματα διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων.

2. Στο βαθμό που καλύπτονται από τα Παραρτήματα 1, 2, 4 και 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ένωση Προσαρτήματος Ι της ΣΔΣ, καθώς και τις λοιπές διεθνείς συμφωνίες από τις οποίες δεσμεύεται η Ένωση, οι αναθέτουσες αρχές επιφυλάσσουν για τα έργα, τα αγαθά, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς των χωρών που έχουν υπογράψει τις εν λόγω συμφωνίες μεταχείριση εξίσου ευνοϊκή με αυτήν που επιφυλάσσουν για τα έργα, τα αγαθά, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς της Ένωσης».

23. Επειδή, ως υποστηρίζει η αναθέτουσα με τις απόψεις της και αναφέρεται εντός του εγγράφου του NATO AC/4 (PP) D/28105 (INV) η ανάθεση της σύμβασης θα λάβει χώρα με εθνική διαγωνιστική διαδικασία (National Competitive Bidding) σε αντίθεση με τις Διαδικασίες Διεθνών Διαγωνισμών (βλ. σκ. 20). Ωστόσο, ανεξαρτήτως υφιστάμενης ή μη ειδικότερης πρόβλεψης για την διαδικασία διενέργεια της εν θέματι ανάθεσης, που θα καταδείκνυε την εξαίρεση από την εφαρμογή τόσο του 4412/2016 όσο

Αριθμός Απόφασης: 885/2021

και του Ν. 3978/2011 (βλ. αρ. 12 Οδ. 2009/81/ΕΚ) κατά τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα (βλ. ΣΤΕ 2468/2016, ΕΑ ΣΤΕ 512/2012, ΓΝΔ ΝΣΚ 4/2019 (Τμήμα Δ'), το αντικείμενο της σύμβασης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 3978/2011 (βλ. αρ 15 και 16) και στις εξαιρέσεις του άρθρο 15 του Ν. 4412/2016 (βλ. Δημόσιες Συμβάσεις, εθνική άμυνα και Δίκαιο της ΕΕ, Πάνος Κουτράκος, ΘΠΔΔ, 2-3/2021, σελ. 133-138, www.qualex.gr) κι επομένως η ΑΕΠΠ καθίσταται αναρμόδια να επιληφθεί επί της συγκεκριμένης διαφοράς, γεγονός που προκύπτει και από τον περιορισμό δικαιώματος συμμετοχής με βάση την πιστοποίηση της δυνατότητας (ενός φορέα) ανάληψης έργων ΝΑΤΟ και τους αντίστοιχους περιορισμούς δημοσιότητας λόγω της διενέργειας σύμβασης με αντικείμενο μελέτης που υπάγεται στην κατηγορία της διαβαθμισμένης πληροφορίας (βλ. και ΥΑ 2/24453/0026 ΦΕΚ Β 4171 2020): Δικαιολ/κά πληρωμής δαπανών παροχής ανταλλακτικών εναερίων μέσων Υπηρ. Εναερ. Μέσων του ΛΣ μέσω ΝΑΤΟ).

24. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί λόγω καθ' ύλην αναρμοδιότητας της ΑΕΠΠ.

25. Επειδή, λόγω της अपараδέκτης άσκησης της υπό εξέταση προσφυγής, παρέλκει η εξέταση της παρέμβασης η οποία καθίσταται ως άνευ αντικειμένου (βλ. Παυλίδου Ε, «Οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως στη νομολογία του ΣΤΕ», ΕφημΔΔ2015, τ. 2, σελ. 256-257), δοθέντος ότι σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 η παρέμβαση ασκείται υπέρ της διατήρησης ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης η οποία, εν προκειμένω, απараδέκτως προσβάλλεται με την προσφυγή (βλ. και απόφαση ΑΕΠΠ 180/2019, σκ. 38).

26. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το ποσό ύψους 3.800 ευρώ εκ του παραβόλου που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Αριθμός Απόφασης: 885/2021

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 23 Απριλίου 2021 και εκδόθηκε στις 13 Μαΐου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ Οικονόμου

Ηλίας Στρεπέλιος