



ΑΝΑΘΕΩΡΗΤΙΚΗ ΑΡΧΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ
TENDERS REVIEW AUTHORITY

Λεωφ. Γρίβα Διγενή 81-83, 2ος όροφος, Τ.Θ. 24820, 1304 Λευκωσία
Τηλ.: 22445100, Φαξ: 22445107, Email: tra@aap.gov.cy, Web: www.tra.gov.cy

Προσφυγή Αρ. 14/2023

Μεταξύ:

MI. MA. GLOBAL ARMOURY ENTERPRISES LTD

Αιτητών

v.

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΑΜΥΝΑΣ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

Έφη Παπαδοπούλου, Πρόεδρος
Λοΐζος Κάππας, Μέλος
Γιώργος Αναστασίου, Μέλος
Δήμος Θωμά, Μέλος

Αιτητές:

MI. MA. GLOBAL ARMOURY ENTERPRISES LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Λοΐζο Παπαχαραλάμπους, Δικηγόρο για Κούσιος Κορφιώτης
Παπαχαραλάμπους ΔΕΠΕ
2. Αννίτα Ευαγγέλου, Δικηγόρο για Κούσιος Κορφιώτης
Παπαχαραλάμπους ΔΕΠΕ

Αναθέτουσα Αρχή:

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΑΜΥΝΑΣ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Δήμητρα Καλλή, Δικηγόρο της Δημοκρατίας Α΄
2. Μαρίνο Κύρου, Σμηναγό

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 10 Μαΐου, 2023

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Οι Αιτητές, οι οποίοι έλαβαν μέρος στο διαγωνισμό του Υπουργείου Άμυνας με αντικείμενο «*Disposal of Surplus Defence Equipment and Ammunition*» και κριτήριο το μεγαλύτερο οικονομικό όφελος για την Αναθέτουσα Αρχή, καταχώρησαν την παρούσα Προσφυγή με την οποία ζητούν ακύρωση της απόφασης κατακύρωσης των αντικειμένων 3 και 4 του διαγωνισμού σε άλλους οικονομικούς φορείς αντί στους ίδιους και ακύρωση της απόφασης ακύρωσης του διαγωνισμού για το αντικείμενο 1. Το αντικείμενο 2 κατακυρώθηκε στους Αιτητές.

Ο διαγωνισμός προκηρύχθηκε στις 18.11.2022 με τελευταία ημερομηνία υποβολής προσφορών, μετά από παράταση, την 24.2.2023 και περιλαμβάνει δύο στάδια.

Η δικηγόρος της Δημοκρατίας κα Καλλή, η οποία εκπροσωπεί το Υπουργείο Άμυνας, κατά το στάδιο εξέτασης της αίτησης για χορήγηση προσωρινών μέτρων στις 11.4.2023 έθεσε ζήτημα έλλειψης δικαιοδοσίας της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών να εκδικάσει την προσφυγή και ζήτησε απόρριψή της συνοπτικά, κατ' εφαρμογή του άρθρου 20(5) του περί των Διαδικασιών Προσφυγής στον Τομέα της Σύναψης των Δημοσίων Συμβάσεων Νόμου του 2010, Ν. 104(I)/2010 όπως έχει τροποποιηθεί. Το ζήτημα της δικαιοδοσίας με τη σύμφωνη γνώμη των μερών ορίστηκε να ακουστεί προδικαστικά στις 28.4.2023 με ανάληψη υποχρέωσης από μέρος της Αναθέτουσας Αρχής όπως μη προχωρήσει στην υπογραφή της σύμβασης μέχρι την ολοκλήρωση και έκδοση τελικής απόφασης επί της προσφυγής.

Η κα Καλλή τόσο με γραπτά υπομνήματα όσο και ενώπιόν μας υποστήριξε ότι η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί καθότι δεν στρέφεται εναντίον πράξης η οποία συνιστά «δημόσια σύμβαση» εν τη εννοία του άρθρου 2 του Ν. 104(I)/2010 ή σύμβαση εν τη εννοία του άρθρου 3 του περί του Συντονισμού 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 και για Συναφή Θέματα Νόμου του 2011, Ν. 173(I)/2011, ώστε να εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του και να ελέγχεται από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών. Η θέση της, αναφέρει, περί μη ύπαρξης δημόσιας σύμβασης εδράζεται αφενός στην έλλειψη στοιχείου της σύμβασης εξ' επαχθούς αιτίας και αφετέρου στο γεγονός ότι το αντικείμενο της σύμβασης δεν αφορά στην εκτέλεση έργου, την προμήθεια προϊόντων ή την παροχή υπηρεσιών.

Προς υποστήριξη του ισχυρισμού της παραπέμπει στην ***Helmut Müller GmbH v. Bundesanstalt für Immobilienaufgaben***, C-451/08, ημερ. 25.3.2020, όπου στη σκέψη 41 αναφέρεται ότι «η εκ μέρους δημόσιας αρχής πώληση σε επιχείρηση ανοικοδόμητου ακινήτου ή ακινήτου στο οποίο έχουν ήδη ανεγερθεί κτίρια δεν συνιστά δημόσια σύμβαση έργου υπό την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 2, στοιχείο β', της οδηγίας 2004/18. Συγκεκριμένα, αφενός, όταν συνάπτει δημόσια σύμβαση, η δημόσια αρχή επέχει θέση αγοραστή και όχι πωλητή. Αφετέρου, αντικείμενο αυτής της σύμβασης πρέπει να είναι η εκτέλεση έργου». Παραπέμπει

επίσης στη *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord v. Region Hannover, C-51/15*, ημερ. 21.12.2016.

Στην παρούσα περίπτωση, υποστηρίζει, δεν υπάρχει προμήθεια αγαθών έναντι ανταλλάγματος. Αντίθετα υπάρχει πώληση αγαθών. Το Υπουργείο δεν είναι αγοραστής αλλά πωλητής και θα λάβει χρήματα. Η επιλογή προσθέτει της διαφανούς διαδικασίας στο βαθμό που το αντικείμενο του διαγωνισμού το επιτρέπει δεν μπορεί να προσδώσει δικαιοδοσία στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών.

Οι Αιτητές με τη γραπτή τους αγόρευση με αναφορά στα άρθρα 2 και 3(ε) του Ν. 104(I)/2010, το άρθρο 2 του Ν. 173(I)/2011 και όσων καταγράφονται στη σκέψη 43 της *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord v. Region Hannover* (πιο πάνω), υποστηρίζουν ότι η παρούσα περίπτωση αποτελεί δημόσια σύμβαση εφόσον α) θα είναι έγγραφη β) θα συναφθεί μεταξύ της Αναθέτουσας Αρχής και οικονομικού φορέα γ) έχει ως αντικείμενο την εκτέλεση υπηρεσιών από μέρος του οικονομικού φορέα δ) είναι εξ επαχθούς αιτίας εφόσον είναι αμφοτεροβαρής και ε) η Αναθέτουσα Αρχή αφενός θα έχει οικονομικό όφελος, αφού θα λάβει χρηματικό ποσό και αφετέρου θα εξοικονομήσει το κόστος που θα επωμίζετο από τη μη διάθεση του αντικειμένου του διαγωνισμού ήτοι το κόστος φύλαξης και συντήρησης του αμυντικού εξοπλισμού.

Σύμφωνα με τους Αιτητές η εισήγηση της Αναθέτουσας Αρχής ότι για να υπάρχει «δημόσια σύμβαση», εν τη εννοία το νόμου, θα πρέπει η Αναθέτουσα αρχή να είναι

αγοραστής και όχι πωλητής και να καταβάλλει χρηματικό αντάλλαγμα και όχι να λαμβάνει, είναι εσφαλμένη και παραπλανητική, όπως εσφαλμένη και παραπλανητική είναι και η εισήγησή της ότι στην παρούσα περίπτωση η Αναθέτουσα Αρχή δεν θα λάβει υπηρεσία αλλά μόνο χρηματικό αντάλλαγμα.

Η υπηρεσία, αναφέρουν, την οποία η Αναθέτουσα αρχή θα λάβει από τον Οικονομικό φορέα, είναι η αγορά από τον τελευταίο του πλεονάσματος του αμυντικού εξοπλισμού και πυρομαχικών. Από την αγορά εκτός από το άμεσο οικονομικό όφελος (direct economic benefit) το οποίο θα λάβει, ταυτόχρονα θα επωφεληθεί το κόστος που διαφορετικά θα είχε από την μη διάθεση του αμυντικού εξοπλισμού και των πυρομαχικών.

Ούτε από το γράμμα του νόμου, υποστηρίζουν, ούτε και από τη νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου συνάγεται ότι για να υπάρχει «δημόσια σύμβαση», θα πρέπει η Αναθέτουσα αρχή να είναι αγοραστής του εκάστοτε έργου, προμήθειας ή υπηρεσίας και όχι πωλητής και ότι θα πρέπει να καταβάλλει χρηματικό αντάλλαγμα και όχι να λαμβάνει.

Η ερμηνεία της δημόσιας σύμβασης, όπως αυτή δίδεται από τον Νόμο και επεξηγείται μέσω της ευρωπαϊκής νομολογίας, αναφέρεται ξεκάθαρα σε σύμβαση η οποία συνάπτεται «εξ επαχθούς αιτίας» (for pecuniary interest), ενώ σαφώς παραλείπεται η οποιαδήποτε διάκριση ως προς την ιδιότητα των μερών.

Αναφερόμενοι οι Αιτητές στο απόσπασμα της απόφασης στη **Helmut Müller GmbH v. Bundesanstalt für Immobilienaufgaben**, (πιο πάνω) το οποίο η κα Καλλή επικαλείται για να καταδείξει ότι η παρούσα περίπτωση αποτελεί πώληση αγαθών, υποστηρίζουν ότι εδώ δεν τυγχάνει εφαρμογής, αφού αναφέρεται σε σύμβαση εκτέλεσης έργου. Επίσης, η αναφορά στη γνώμη του Γενικού Εισαγγελέα στη C-51/15, σκέψη 36, στο κατά πόσο η έννοια της δημόσιας σύμβασης καθορίζεται από την ιδιότητα των συμβαλλομένων, αφενός δεν είναι δεσμευτική και αφετέρου δεν υιοθετείται από το Δικαστήριο, το οποίο, στη σκέψη 36, παραπέμπει, με σκοπό να τονίσει ότι ο αμφοτεροβαρής χαρακτήρας μιας δημόσιας σύμβασης αποτελεί ουσιώδες χαρακτηριστικό της. Επικαλούμενοι τα όσα αναφέρονται στη σκέψη 47 των προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα στην υπόθεση **Tax-Fin-Lex d.o.o. v. Ministrstvo za notranje zadeve**, C-367/19, ημερ. 10.9.2020 υποστηρίζουν ότι η αντιπαροχή δεν απαιτείται να συνίσταται κατ' ανάγκη στην καταβολή χρηματικού ποσού.

Τέλος με αναφορά στον Ν. 173(Ι)/2011, και συγκεκριμένα στο άρθρο 2¹ όπου δίδεται η ερμηνεία του «κύκλου ζωής» και στο άρθρο 3(γ)², υποστηρίζουν ότι από τη στιγμή

¹ «κύκλος ζωής» σημαίνει όλα τα πιθανά διαδοχικά στάδια ενός προϊόντος, δηλαδή έρευνα και ανάπτυξη, βιομηχανική ανάπτυξη, παραγωγή, επισκευή, εκσυγχρονισμός, τροποποίηση, συντήρηση, διοικητική μέριμνα, κατάρτιση, δοκιμή, απόσυρση και διάθεση·

² (γ) έργα, προμήθειες και υπηρεσίες που αφορούν άμεσα στον εξοπλισμό που αναφέρεται στις παραγράφους (α) και (β) , για οποιαδήποτε στοιχεία του κύκλου ζωής του·

που ο νόμος προνοεί για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης για σκοπούς «διάθεσης», η παρούσα, και υπηρεσία να μην είναι, συνιστά δημόσια σύμβαση.

Η κα Καλλή σε σχέση με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι υπάρχει άμεσο οικονομικό όφελος και ότι το Υπουργείο θα επωφεληθεί το κόστος από τη μη διάθεση του εξοπλισμού, απαντά ότι η θέση αυτή, ούτε με την ερμηνεία της δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών συνάδει ούτε με την λογική της οικονομίας της αγοράς. Η θέση των Αιτητών ότι η αγορά του αμυντικού εξοπλισμού αποτελεί υπηρεσία δεν βρίσκει έρεισμα στη νομοθεσία όπου υπάρχει σαφής διάκριση μεταξύ σύμβασης υπηρεσιών και σύμβασης προμηθειών, με μόνο την τελευταία να αφορά σε προϊόντα.

Για να καταδείξει το ανεδαφικό του ισχυρισμού των Αιτητών παραπέμπει επίσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού «Εκποίηση αποσυρθέντων Στρατιωτικών Υλικών» στο Μέρος Α των εγγράφων του διαγωνισμού και στο Συμβόλαιο όπου όλες οι αναφορές συναρτώνται με την πώληση του σχετικού εξοπλισμού. Το γεγονός υποστηρίζει ότι τα έγγραφα του διαγωνισμού συντάχθηκαν στη βάση των εγγράφων που χρησιμοποιούνται για σκοπούς σύναψης δημοσίων συμβάσεων εν τη εννοία της σχετικής νομοθεσίας δεν είναι δυνατό να προσδώσει σε μία σύμβαση τον χαρακτήρα της «δημόσιας σύμβασης» εν τη εννοία του Νόμου.

Απορρίπτει επίσης ως καθόλα αβάσιμο και τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι η εισήγηση πως για να υπάρχει δημόσια σύμβαση πρέπει η Αναθέτουσα Αρχή να είναι αγοραστής και να καταβάλλει η ίδια χρηματικό αντάλλαγμα είναι παραπλανητική,

και παραπέμπει στην ερμηνεία της «σύμβαση υπηρεσιών» όπως αυτή δίδεται στο Ν. 173(I)/2011 και στην Οδηγία 2009/81. Περαιτέρω παραπέμπει στην ιδιότητα των μερών όπως αυτή καταγράφεται στο Ν. 173(I)/2011. Η ερμηνεία των όρων «οικονομικός φορέας», «πάροχος υπηρεσιών» και «αναθέτουσες αρχές» δεν υποστηρίζουν τη θέση των Αιτητών, εφόσον αυτοί ούτε προμηθευτές του προϊόντος είναι ούτε παρέχουν υπηρεσίες. Η αγορά προϊόντων δεν αποτελεί προσφορά υπηρεσιών. Ούτε αναθέτουσα αρχή υπάρχει ούτε οικονομικός φορέας ως οι έννοιες αυτές καθορίζονται στο Ν. 173(I)/2011. Η κα Καλλή σε σχέση με την έννοια «δημόσια σύμβαση» επαναλαμβάνει τα αποφασισθέντα στην C-451/08 και σχολιάζει τη νομολογία την οποία επικαλούνται οι Αιτητές προς υποστήριξη της θέσης τους. Σ' ότι αφορά τα αναφερόμενα στη C-367/19, την οποία επικαλούνται οι Αιτητές, αυτά, αναφέρει, διευκρινίζουν την έννοια του ανταλλάγματος το οποίο όντως μπορεί να πάρει διάφορες μορφές και η οποία όμως δεν τυγχάνει εδώ εφαρμογής, αφού δεν υπάρχει αντάλλαγμα το οποίο θα πάρει το Υπουργείο.

Τέλος αναφερόμενη η κα Καλλή στη θέση των Αιτητών ότι στη βάση του άρθρου 3(γ) του Ν. 173(I)/2011 η υπό εξέταση σύμβαση εμπίπτει στο Ν. 173(I)/2011 απαντά ότι για να εμπίπτει θα πρέπει πρώτα να συνιστά σύμβαση εν τη εννοία του Νόμου, ώστε να τίθεται ζήτημα τί είδους διάθεση είναι, πράγμα που δεν συμβαίνει και δεύτερο να αφορά έργα, προμήθειες υπηρεσίες και το Υπουργείο να ενεργεί ως Αναθέτουσα Αρχή όχι ως πωλητής.

Έχουμε εξετάσει με προσοχή τις θέσεις των δύο πλευρών σε σχέση με το ζήτημα της δικαιοδοσίας της Αρχής.

Σύμφωνα με το άρθρο 3(1) του Ν. 104(I)/2010 η δικαιοδοσία της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών αφορά συμβάσεις που εμπίπτουν μεταξύ άλλων στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 173(I)/2011 και αυτό είναι που θα εξετάσουμε.

Στο άρθρο 2(1) του Ν. 104(I)/2010 όπου δίδεται η ερμηνεία του όρου «σύμβαση» αναφέρονται τα εξής:

««σύμβαση» σημαίνει δημόσιες συμβάσεις έργων, δημόσιες συμβάσεις προμηθειών, δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών, συμβάσεις έργων, συμβάσεις προμηθειών, συμβάσεις υπηρεσιών, συμφωνία-πλαίσιο, δυναμικά συστήματα αγορών, σύμβαση παραχώρησης έργων, σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών.»

Επίσης στο άρθρο 2(2) του πιο πάνω Νόμου προβλέπεται ότι:

«(2) Όροι που χρησιμοποιούνται στον παρόντα Νόμο, εκτός αν από το κείμενο προκύπτει διαφορετική έννοια, έχουν την έννοια που αποδίδει στους όρους αυτούς ο Νόμος 173(I)/2011 ή ο Νόμος 73(I)/2016 ή ο Νόμος 140(I)/2016 ή ο Νόμος 11(I)/2017, για τις συμβάσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του καθενός από αυτούς.»

Σύμφωνα δε με το άρθρο 2 Ν. 173(I)/2011 «σύμβαση» σημαίνει «σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας, η οποία συνάπτεται γραπτώς μεταξύ ενός ή περισσότερων οικονομικών φορέων και μίας ή περισσότερων αναθετουσών αρχών ή ενός ή περισσότερων αναθετόντων φορέων και η οποία έχει ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια προϊόντων ή την παροχή υπηρεσιών».

Στο Σύγγραμμα ΔΙΚΑΙΟ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ Δημήτριος Γ. Ράικος, έκδοση 2019, σελίδες 10, 12, 13, 58 και 60 σχετικά με το ζήτημα που εδώ εξετάζουμε αναφέρονται τα εξής:

Σελ. 10 *«Η έννοια της δημόσιας σύμβασης απαντάται στο δευτερογενές ενωσιακό δίκαιο. Ειδικότερα, τον ορισμό της δημόσιας σύμβασης δίνουν οι διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 5 της νέας γενικής οδηγίας για τις δημόσιες συμβάσεις 2014/24/ΕΕ (ΕΕΕΕ L 94/65/28-3-2014), που κατέργησε την οδηγία 2014/18/ΕΚ από 18-4-2016. Σύμφωνα με αυτόν, ως «δημόσιες συμβάσεις» νοούνται οι συμβάσεις εξ «επαχθούς αιτίας» οι οποίες συνάπτονται γραπτώς μεταξύ ενός ή περισσότερων οικονομικών φορέων και μιας ή περισσότερων αναθετουσών αρχών και έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια προϊόντων ή την παροχή υπηρεσιών.*

[...]

Σελ. 10-11 *[...] Οι κανόνες της Ένωσης σχετικά με τις δημόσιες συμβάσεις δεν αποσκοπούν να καλύψουν όλες τις μορφές εκταμίευσης δημόσιου χρήματος, αλλά μόνο όσες στοχεύουν στην απόκτηση έργων, αγαθών ή υπηρεσιών μέσω δημόσιας σύμβασης. Θα πρέπει να διευκρινιστεί ότι η απόκτηση έργων, αγαθών ή υπηρεσιών θα πρέπει να υπόκειται στην παρούσα οδηγία, είτε γίνεται μέσω αγοράς ή μίσθωσης είτε μέσω άλλων συμβατικών μορφών. Η απόκτηση θα πρέπει να γίνεται αντιληπτή υπό ευρεία έννοια, ως απόκτηση των ωφελειών των σχετικών έργων, αγαθών ή υπηρεσιών, χωρίς να απαιτείται απαραίτητα η μεταβίβαση της κυριότητας στις αναθέτουσες αρχές.*

Σελ. 12-13 *[...] Η έννοια της «επαχθούς αιτίας» απαιτεί όπως η παροχή του παρέχοντος την υπηρεσία αντιστοιχεί στην υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να καταβάλει αμοιβή. Πέραν της συμμετοχής δύο προσώπων απαιτείται εν προκειμένω η ύπαρξη αμφοτεροβαρούς σχέσης υπό τη μορφή ανταλλαγής υλικών παροχών. Με άλλα λόγια, ο αμφοτεροβαρής χαρακτήρας της συμβατικής σχέσης αποτελεί αναγκαίο στοιχείο για τη διαπίστωση πράξης υπαγόμενης στις διατάξεις περί δημοσίων συμβάσεων³⁷.*

Η παντελής έλλειψη κέρδους δεν καθιστά από μόνη της τη συμφωνία χαριστική. Από οικονομική άποψη, η συμφωνία παραμένει επαχθής,

δεδομένου ότι ο λήπτης λαμβάνει παροχή αποτιμητή σε χρήμα³⁸ και, συνεπώς, μια τέτοια συμφωνία θα μπορούσε να εμπίπτει καταρχήν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ. [...] Ως εκ τούτου, η έννοια της «επαχθούς αιτίας» καλύπτει ακόμη και τη λεγόμενη απλή αποζημίωση για τις δαπάνες παροχής υπηρεσιών⁴¹.

[...]

Σελ. 58 Ως συμβάσεις παροχής υπηρεσιών νοούνται οι συμβάσεις που συνάπτονται από επαχθή αιτία μεταξύ αφενός του δημοσίου ή ΝΠΔΔ ή δημοσίου νομικού προσώπου και αφετέρου ενός παρέχοντος υπηρεσίες και αφορούν την εκτέλεση εργασιών για λογαριασμό των πρώτων αντισυμβαλλόμενων ή την προσφορά προς αυτούς συνόλου άλλων αγαθών ή δραστηριοτήτων με τη μορφή ολοκληρωμένου έργου, [...].

[...]

Σελ. 60 Ειδικότερα, για τον χαρακτηρισμό μιας δημόσιας σύμβασης ως σύμβασης παροχής υπηρεσιών²⁰⁹, κατά την έννοια της εθνικής νομοθεσίας και της οδηγίας 2004/18/ΕΚ, αυτή προϋποθέτει αντιπαροχή που καταβάλλεται κατευθείαν από την αναθέτουσα αρχή στον παρέχοντα τις υπηρεσίες²¹⁰. Επομένως, μια δημόσια σύμβαση δεν μπορεί να θεωρηθεί ως σύμβαση υπηρεσίας όταν για την παροχή της υπηρεσίας, η οποία αποτελεί το αντικείμενο της δημόσιας σύμβασης, δεν καταβάλλεται αντάλλαγμα ευθέως από την αναθέτουσα αρχή στον αντισυμβαλλόμενο αυτής, ή όταν τα έσοδα που προσδοκά ο αντισυμβαλλόμενος από την παροχή της υπηρεσίας αυτής είναι συνάρτηση του επιχειρηματικού κινδύνου που αναλαμβάνει με τη σύναψη της σύμβασης²¹¹.»

37. Βλ. προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως VERICA TRSTENIAK της 23^{ης} Μαΐου 2012 στην υπόθεση C-159/11 Azienda Sanitaria Locale di Lecce, σκ. 30

38. Βλ. προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως VERICA TRSTENIAK της 23^{ης} Μαΐου 2012 στην υπόθεση C-159/11 Azienda Sanitaria Locale di Lecce, σκ. 32. Επίσης βλ. K. Hailbronner, Das Recht

209. Βλ. και παρακάτω υπό εκθέτη Ι Γ 2.2.

210. Βλ. ΔΕΚ, απόφαση της 13^{ης} Οκτωβρίου 2005, C-458/03, Parking Brixen GmbH.

211. ΕΑ ΣτΕ 367/2015, 272/2015, 189/2015, 639/2009.

Μας απασχόλησε κατά πόσο οι αναφορές από το σύγγραμμα του Δ. Γ. Ραΐκου και οι αποφάσεις στις οποίες τα μέρη παρέπεμψαν εφαρμόζονται καθότι αναφέρονται στην Οδηγία 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου.

Καταλήξαμε, σε συμφωνία με την κα Καλλή, ότι η έννοια της σύμβασης είναι κοινή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ, 2009/81/ΕΚ και στους Ν. 173(Ι)/2011 και 73(Ι)/2016 και συνεπώς τυγχάνουν και εδώ εφαρμογής.

Οι Αιτητές προς υποστήριξη της θέσης τους ότι η υπό κρίση σύμβαση συνιστά σύμβαση και μάλιστα δημόσια σύμβαση υπηρεσιών, ανέφεραν, ότι το Υπουργείο εκτός από το ποσό που θα εισπράξει θα επωφεληθεί το κόστος που διαφορετικά θα είχε από τη μη διάθεση του εξοπλισμού, με αποτέλεσμα η σύμβαση να είναι εξ επαχθούς αιτίας.

Με κάθε εκτίμηση προς τους Αιτητές το κόστος στο οποίο αναφέρονται είναι σε τέτοιο βαθμό αβέβαιο ώστε δεν μπορεί να εντάξει την υπό κρίση σύμβαση στην έννοια της «σύμβασης εξ επαχθούς αιτίας». Με την απουσία από την υπό κρίση σύμβαση του αμφοτεροβαρούς χαρακτήρα της αδυνατούμε να συμφωνήσουμε με τους Αιτητές ότι αποτελεί σύμβαση παροχής υπηρεσιών. Εδώ δεν βρίσκουμε κάθε ένα από τα μέρη να αναλαμβάνει δέσμευση να εκπληρώσει μια παροχή έναντι αντιπαροχής. Εδώ οι Αιτητές ότι αναλαμβάνουν είναι να καταβάλουν συγκεκριμένο ποσό για τον εξοπλισμό τον οποίο θα λάβουν. Στην ουσία αγοράζουν, με κριτήριο ανάθεσης σύμφωνα με τα έγγραφα του διαγωνισμού την ψηλότερη προσφερθείσα τιμή, συγκεκριμένο εξοπλισμό. Δεν παρέχουν οποιουδήποτε είδους υπηρεσία ώστε η σύμβαση να εμπίπτει στη δικαιοδοσία της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών. Για την κατάληξη αυτή δεν έχουμε λάβει

υπόψη μας τα έγγραφα του διαγωνισμού τα οποία από μόνα τους δεν θα μπορούσαν να επιλύσουν το ζήτημα. Σε κάθε περίπτωση στην παρούσα υπόθεση και τα έγγραφα φαίνεται να υποστηρίζουν την κατάληξη μας.

Έχουμε μελετήσει με προσοχή τις αποφάσεις στις οποίες τα μέρη με επιμέλεια μάς παρέπεμψαν χωρίς όμως να διαπιστώνουμε ότι για τις έννοιες που εδώ ενδιαφέρουν και ειδικότερα την έννοια της «σύμβασης εξ επαχθούς αιτίας» υπάρχει διάσταση.

Σ' ότι αφορά τη *Helmut Müller GmbH v. Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, (πιο πάνω) για την οποία οι Αιτητές υποστήριζαν ότι δεν εφαρμόζεται καθότι πραγματεύεται «δημόσια σύμβαση έργου» σημειώνουμε ότι βοηθητικές είναι οι αναφορές στην έννοια «δημόσια σύμβαση» το πρώτο δηλαδή που εξετάζεται. Σε κάθε περίπτωση και οι υποθέσεις στις οποίες οι Αιτητές μάς παρέπεμψαν σε σχέση με τις έννοιες του όρου «εξ επαχθούς αιτίας» δεν διαφοροποιούνται. Αντίθετα η *Tax-Fin-Lex d.o.o. v. Ministrstvo za notranje zadeve* (πιο πάνω) παραπέμπει στη *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord v. Region Hannover* (πιο πάνω), σκέψη 43, στην οποία η κα Καλλή παρέπεμψε.

Σ' ότι αφορά τη θέση των Αιτητών ότι η υπό κρίση σύμβαση εμπίπτει στο άρθρο 3(δ) του Ν. 173(I)/2011, αποτελεί δηλαδή «σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών», ενόψει της ερμηνείας του «κύκλου ζωής» όπως αυτή δίδεται στο άρθρο 2 του εν λόγω Νόμου παρατηρούμε τα εξής.

Το άρθρο 3 του Ν. 173(Ι)/2011, πεδίο εφαρμογής, προβλέπει τα εξής:

«3. Ο παρών Νόμος εφαρμόζεται, με την επιφύλαξη των άρθρων 36, 51, 52, 62 και 346 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, στις συμβάσεις οι οποίες συνάπτονται στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας και οι οποίες έχουν ως αντικείμενο-

(α) [...]

(β) [...]

(γ) έργα, προμήθειες και υπηρεσίες που αφορούν άμεσα στον εξοπλισμό που αναφέρεται στις παραγράφους (α) και (β) , για οποιαδήποτε στοιχεία του κύκλου ζωής του·

(δ) [...].»

«Κύκλος ζωής» σύμφωνα με το άρθρο 2 του Ν. 173(Ι)/2011 σημαίνει:

«[...]όλα τα πιθανά διαδοχικά στάδια ενός προϊόντος, δηλαδή έρευνα και ανάπτυξη, βιομηχανική ανάπτυξη, παραγωγή, επισκευή, εκσυγχρονισμός, τροποποίηση, συντήρηση, διοικητική μέριμνα, κατάρτιση, δοκιμή, απόσυρση και διάθεση·»

Ενώ «σύμβαση υπηρεσιών» σύμφωνα με το ίδιο άρθρο σημαίνει:

«σύμβαση υπηρεσιών» σημαίνει-

(α) [...]

(β) [...]

(γ) σύμβαση που έχει ως αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών και περιλαμβάνει δραστηριότητες που αναφέρονται στο τμήμα 45 του Κοινού Λεξιλογίου για τις Δημόσιες Συμβάσεις (ονοματολογία CPV) που μόνο παρεμπιπτόντως έχουν σχέση με το κύριο αντικείμενο της σύμβασης·»

Είναι πρόδηλο από τα πιο πάνω ότι για να εμπίπτει η σύμβαση στη δικαιοδοσία της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών θα πρέπει να έχει ως αντικείμενο την παροχή

υπηρεσιών που εδώ δεν υπάρχει, εφόσον καθώς έχουμε αναφέρει οι Αιτητές με την αγορά του εξοπλισμού δεν παρέχουν οποιαδήποτε υπηρεσία. Συνεπώς ούτε αυτός ο ισχυρισμός βοηθά τους Αιτητές. Το επιχείρημα των Αιτητών ενδεχόμενα να ήταν βάσιμο εάν οι Αιτητές παρείχαν υπηρεσία ώστε να καταστεί δυνατή η διάθεση του εξοπλισμού κάτι όμως που δεν συμβαίνει εδώ. Εδώ οι Αιτητές αγοράζουν τον εξοπλισμό, αποκτούν δηλαδή την κυριότητά του.

Ενόψει των πιο πάνω ομόφωνα καταλήγουμε ότι η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών στερείται δικαιοδοσίας να επιληφθεί της προσφυγής καθότι η προσβαλλόμενη απόφαση δεν συνιστά δημόσια σύμβαση εν τη εννοία του Ν. 104(Ι)/2010.

Η προσφυγή απορρίπτεται.