



ΑΝΑΘΕΩΡΗΤΙΚΗ ΑΡΧΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ
TENDERS REVIEW AUTHORITY

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

Προσφυγή Αρ. 44/2013

Μεταξύ:

SELEX ES S.P.A. (Πρώην SELEX SYSTEM INTEGRATI)

Αιτητών

v.

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΑΜΥΝΑΣ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

Έφη Παπαδοπούλου, Πρόεδρος
Λοΐζος Κάππας, Μέλος
Γιώργος Αναστασίου, Μέλος
Σόλων Παπαθεοχάρους, Μέλος
Βασίλης Πάλμας, Μέλος

Αιτητές:

SELEX ES S.P.A. (Πρώην SELEX SYSTEM INTEGRATI)
Αντιπροσωπεύθηκε από την:
1. Έλενα Ρήγα, Δικηγόρο

Αναθέτουσα Αρχή:

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΑΜΥΝΑΣ
Αντιπροσωπεύθηκε από τους:
1. Ελίτα Γαβριήλ, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. Χρίστο Κουμενίδη, Προϊστάμενο Διεύθυνσης Εξοπλισμών
Υπουργείου Άμυνας
3. Ιωάννη Ιωάννου, Αναπληρωτή Προϊστάμενο Υπουργείου
Άμυνας
4. Δημήτρη Παναγίδη, Προϊστάμενο Εξοπλισμών Υπουργείου
Άμυνας
5. Κωνσταντίνο Ζηβάνια, Παραλαμβάνοντα Προϊστάμενο
Υπουργείου Άμυνας
6. Τάσο Γεωργίου, Λειτουργό Διεύθυνσης Εξοπλισμών
Υπουργείου Άμυνας

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 11 Σεπτεμβρίου, 2014

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Στις 21.10.2009, το Υπουργείο Άμυνας (στο εξής «η Αναθέτουσα Αρχή») προκήρυξε το διαγωνισμό υπ' αρ. 09/35/03794/AFOC με τίτλο «*Formation of Air Force Operations Centre Programme*» ζητώντας από εταιρείες της επιλογής του να υποβάλουν προσφορά. Μεταξύ αυτών ήταν οι Αιτητές.

Η Αναθέτουσα Αρχή, με επιστολή της ημερομηνίας 4.10.2013, γνωστοποίησε στους Αιτητές την απόφαση της να μην επιλέξει την προσφορά τους. Οι Αιτητές με επιστολή τους ημερομηνίας 15.10.2013 ζήτησαν από την Αναθέτουσα Αρχή όπως πληροφορηθούν τα αποτελέσματα της αξιολόγησης της προσφοράς τους, χωρίς όμως να λάβουν οποιαδήποτε απάντηση στο αίτημά τους. Αποτέλεσμα ήταν η καταχώρηση της παρούσας Προσφυγής στα πλαίσια της οποίας εκδόθηκαν στις 5.11.2013 προσωρινά μέτρα αναστολής της περαιτέρω διαδικασίας μέχρι την έκδοση της τελικής απόφασης της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών.

Οι Αιτητές με την Προσφυγή τους στρέφονται εναντίον της απόφασης αποκλεισμού τους από το διαγωνισμό.

Η Αναθέτουσα Αρχή πριν από την καταχώρηση γραπτής αγόρευσης έθεσε θέμα δικαιοδοσίας. Υποστηρίζει ότι το αντικείμενο του υπό εξέταση διαγωνισμού αφορά απόρρητη σύμβαση για την οποία σύμφωνα με τις πρόνοιες του άρθρου 11 του περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημόσιων Συμβάσεων Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών και για Συναφή Θέματα Νόμου, Ν.12(Ι)/2006 («ο Ν.12(Ι)/2006»), δεν εφαρμόζονται οι διατάξεις του και ως εκ τούτου, κατ' εφαρμογή του άρθρου 3(1)(β) του περί των Διαδικασιών Προσφυγής στον Τομέα της Σύναψης των Δημοσίων Συμβάσεων Νόμου,

Ν.104(Ι)/2010, η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών, στερείται δικαιοδοσίας να εκδικάσει την Προσφυγή.

Σύμφωνα με την Αναθέτουσα Αρχή, οι πρόνοιες του άρθρου 11 του Ν.12(Ι)/2006, παρέχουν στο Υπουργικό Συμβούλιο την εξουσία, εφόσον το κρίνει σκόπιμο, να εξαιρεί από την εφαρμογή του Νόμου, δημόσιες συμβάσεις τις οποίες χαρακτηρίζει ως απόρρητες, ή των οποίων η εκτέλεση πρέπει να συνοδεύεται από ιδιαίτερα μέτρα ασφάλειας, ή όταν το απαιτεί η προστασία των ουσιωδών συμφερόντων της Δημοκρατίας, όπως ακριβώς η παρούσα περίπτωση. Επεσήμανε ότι το Υπουργικό Συμβούλιο με την απόφαση του με αρ. 8/98, ημερομηνίας 29.4.1998, ως απόρρητης φύσης χαρακτήρισε τις συμβάσεις του δημοσίου που αφορούν: (α) την προμήθεια οπλικών συστημάτων και άλλου πολεμικού εξοπλισμού και (β) την προμήθεια εξειδικευμένων ανταλλακτικών των οπλικών συστημάτων και άλλου πολεμικού εξοπλισμού της Εθνικής Φρουράς καθώς και επισκευής συγκροτημάτων αυτών. Οι εν λόγω αποφάσεις, ανέφερε, επιβεβαιώθηκαν ως άκρως απόρρητες, με τις μεταγενέστερες αποφάσεις του Υπουργικού Συμβουλίου ημερομηνίας 5.5.1999 και 6.2.2008 με αριθμούς 21/99 και 1/08 αντίστοιχα. Υποστήριξε ότι ο συγκεκριμένος διαγωνισμός ο οποίος αφορά προμήθεια οπλικών συστημάτων και πολεμικού εξοπλισμού που περιέχει πληροφορίες ύψιστης διαβάθμισης, γι' αυτό στην πρόσκληση της Αναθέτουσας Αρχής, ημερομηνίας 21.10.2009 προς τους οικονομικούς φορείς, χαρακτηρίστηκε ως απόρρητος. Αυτό έγινε αποδεκτό από τους Αιτητές οι οποίοι με την υποβολή της προσφοράς τους αποδέχθηκαν όλους τους όρους του διαγωνισμού, περιλαμβανομένου του χαρακτηρισμού του διαγωνισμού ως απόρρητου.

Σύμφωνα με την Αναθέτουσα Αρχή *«ο επίδικος διαγωνισμός, ήτοι το Πρόγραμμα δημιουργίας Κέντρου Αεροπορικών Επιχειρήσεων (ΚΑΕ), περιέχει στρατιωτικό εξοπλισμό και λογισμικό (Hardware και Software), που αφορά στα*

πρωτόκολλα επικοινωνίας και στις συχνότητες εκπομπής των Radar, στις συχνότητες εκπομπής όλων των στρατιωτικών σταθμών ασυρμάτων επικοινωνιών εδάφους – εδάφους και εδάφους – αέρος, τον τρόπο λειτουργίας των πυραυλικών οπλικών συστημάτων και λογισμικό που θα επιτρέπει τη χρήση τους για στρατιωτικούς σκοπούς, **θέματα άκρως απόρρητα**. Προς περαιτέρω επεξήγηση, αναφέρονται τα ακόλουθα:

α. Θα γίνει, διασύνδεση, με τη χρήση των πρωτοκόλλων επικοινωνίας όλων των υφιστάμενων Radar Έγκαιρης Προειδοποίησης της Εθνικής Φρουράς, του Radar και του Κέντρου Ελέγχου Πτήσεων της Πολιτικής Αεροπορίας και των Radar των πυραυλικών συστημάτων αεράμυνας που διαθέτει η Εθνική Φρουρά. Επίσης, στο Κέντρο Αεροπορικών Επιχειρήσεων (ΚΑΕ), θα συνδεθούν όλες οι υφιστάμενες ασύρματες επικοινωνίες Εδάφους – Αέρος, από όπου θα υπάρχει κεντρική διαχείρισή τους. Για την επίτευξη της διασύνδεσης των Radar, απαιτείται η χρησιμοποίηση των πρωτοκόλλων επικοινωνίας των εν λόγω RADAR.

β. Θα παράγεται επεξεργασμένη αεροπορική εικόνα η οποία θα διανέμεται/μεταφέρεται μέχρι το επίπεδο του Κέντρου Διαχείρισης Κρίσεων της Δημοκρατίας και θα χρησιμεύει, μεταξύ άλλων στην έγκαιρη ενημέρωση και λήψη αποφάσεων από την στρατιωτική και πολιτική ηγεσία της Χώρας σε ανώτατο επίπεδο, στον έλεγχο του Εναερίου Χώρου που τελεί υπό την ευθύνη της Κυπριακής Δημοκρατίας, στην ενεργοποίηση του συστήματος έγκαιρης προειδοποίησης και στον έλεγχο και συντονισμό των αεροπορικών δυνάμεων, συμπεριλαμβανομένων και των πυραυλικών συστημάτων αεράμυνας,

γ. Οι πληροφορίες, που περιέχει το πρόγραμμα δημιουργίας του ΚΑΕ, (πρωτόκολλα, συχνότητες, τρόπος λειτουργίας) είναι υψηλής διαβάθμισης

και συνδέονται άμεσα με την μαχητική ικανότητα της Εθνικής Φρουράς και η εκτέλεση του προγράμματος, θα πρέπει να συνοδεύεται από ιδιαίτερα μέτρα ασφαλείας για την προστασία ουσιωδών συμφερόντων της Δημοκρατίας».

Πέραν των πιο πάνω, η Αναθέτουσα Αρχή επικαλέστηκε τις πρόνοιες του άρθρου 346 της Συνθήκης της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το οποίο διαλαμβάνει ότι:

«1.»

(α) κανένα κράτος μέλος δεν υποχρεούται να παρέχει πληροφορίες, τη διάδοση των οποίων θεωρεί αντίθετη προς ουσιώδη συμφέροντα ασφαλείας του.

(β) κάθε κράτος μέλος δύναται να λαμβάνει τα μέτρα που θεωρεί αναγκαία για την προστασία ουσιωδών συμφερόντων της ασφαλείας του, που αφορούν την παραγωγή ή εμπορία όπλων, πυρομαχικών και πολεμικού υλικού.....».

Στην πρόσκληση της Αναθέτουσας Αρχής ημερ. 21.10.2009 υπάρχει ένδειξη «SECRET», και επισημαίνεται, μεταξύ άλλων, ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν έχει υποχρέωση να πληροφορήσει τους προσφοροδότες των οποίων η προσφορά απορρίφθηκε τους λόγους απόρριψής της. Το απόρρητο του διαγωνισμού ισχυρίζεται προκύπτει και από τις πρόνοιες του άρθρου 346 της Συνθήκης της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Περαιτέρω το αντικείμενο του διαγωνισμού εμπίπτει στα προγράμματα απόρρητης φύσης εφόσον περιέχεται στον πίνακα τον οποίο κατάρτισε η Ευρωπαϊκή Επιτροπή στις 15.4.1958. Στον εν λόγω πίνακα περιλαμβάνονται τα προϊόντα για τα οποία εφαρμόζονται οι διατάξεις της παραγράφου 1(β) του άρθρου 346 της Συνθήκης. Σύμφωνα με την Αναθέτουσα Αρχή, το πρόγραμμα δημιουργίας Κέντρου Αεροπορικών Επιχειρήσεων,

εμπίπτει στις κατηγορίες 5 (Στρατιωτικός Εξοπλισμός διεύθυνσης πυρός), 11 (Στρατιωτικός ηλεκτρονικός εξοπλισμός) και 14 (Ειδικά μέρη και τεμάχια υλικών που περιλαμβάνονται στον παρόντα κατάλογο εφόσον έχουν στρατιωτικό χαρακτήρα).

Οι Αιτητές απορρίπτοντας τους ισχυρισμούς της Αναθέτουσας Αρχής υποστηρίζουν ότι η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών εξετάζοντας την αίτηση για χορήγηση προσωρινών μέτρων σιωπηρά αποδέχθηκε την ύπαρξη δικαιοδοσίας και ότι οποιαδήποτε απόφαση για έλλειψη δικαιοδοσίας θα κλονίσει την δικαιολογημένη εμπιστοσύνη του διοικούμενου προς τη διοίκηση.

Ανεξάρτητα από την πιο πάνω θέση χαρακτήρισαν εσφαλμένη τη νομική βάση της επιχειρηματολογίας της Αναθέτουσας Αρχής. Είναι η θέση τους ότι ο νόμος ο οποίος τυγχάνει εφαρμογής στα περιστατικά της παρούσας υπόθεσης είναι ο Περί Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Ορισμένων Συμβάσεων Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών που Συνάπτονται από Αναθέτουσες Αρχές και Αναθέτοντες Φορείς στους Τομείς της Άμυνας και της Ασφάλειας και για Συναφή Θέματα Νόμος 173(Ι)/2011 και όχι ο Ν.12(Ι)/2006. Προς υποστήριξη της θέσης τους παρέπεμψαν στο Παράρτημα V του Ν.12(Ι)/2006 όπου παρατίθεται κατάλογος προϊόντων που συνάπτονται από τις Αναθέτουσες Αρχές στον τομέα της άμυνας και τα οποία εμπίπτουν εντός του πεδίου εφαρμογής του. Από τον κατάλογο αυτό, ανέφεραν, εφόσον απουσιάζουν προϊόντα του αντικειμένου του υπό κρίση διαγωνισμού, ο Ν. 12(Ι)/2006 δεν εφαρμόζεται.

Σύμφωνα με τους Αιτητές το αντικείμενο του διαγωνισμού εμπίπτει στις πρόνοιες του άρθρου 3 του Νόμου 173(Ι)/2011 το οποίο διαλαμβάνει τα εξής:

«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) την προμήθεια στρατιωτικού εξοπλισμού, περιλαμβανομένων μερών, επιμέρους στοιχείων και/ή συναρμολογημένων τμημάτων, κατασκευαστικών μερών και/ή υποσυγκροτημάτων,

(β) την προμήθεια ευαίσθητου εξοπλισμού, περιλαμβανομένων μερών, επιμέρους στοιχείων και/ή συναρμολογημένων τμημάτων, κατασκευαστικών μερών και/ή υποσυγκροτημάτων,

(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) έργα και υπηρεσίες για ειδικούς στρατιωτικούς σκοπούς ή ευαίσθητα έργα και ευαίσθητες υπηρεσίες».

Ειδικότερα, οι Αιτητές ανέφεραν ότι αντικείμενο του διαγωνισμού είναι η προμήθεια «hardware» και «software» για να συνδεθεί με στρατιωτικά και μη στρατιωτικά ραντάρ και άρα ως τέτοιο εμπίπτει στον όρο «ευαίσθητος εξοπλισμός» του Νόμου 173(Ι)/2011 και όχι στον όρο «στρατιωτικός εξοπλισμός» όπως εισηγείται η Αναθέτουσα Αρχή. Ως εκ τούτου, σύμφωνα με το άρθρο 3(1)(δ) του περί των Διαδικασιών Προσφυγής στον Τομέα της Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Νόμου, Ν.104(Ι)/2010, η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών έχει δικαιοδοσία να εκδικάσει την παρούσα προσφυγή.

Οι Αιτητές, ειδικότερα, για το Νόμο 173(Ι)/2011 επεσήμαναν ότι αυτός μεταφέρει στην Κυπριακή έννομη τάξη την Οδηγία 2009/81/ΕΚ, η οποία σύμφωνα με όσα καταγράφει η Ευρωπαϊκή Επιτροπή σε έκθεση της προς το

Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο ημερ. 2.10.2012 «προβλέπει κανόνες σύναψης των συμβάσεων προμήθειας ειδικά προσαρμοσμένους στα μοναδικά χαρακτηριστικά των εξοπλισμών άμυνας και ασφάλειας, δηλαδή στην ευαισθησία και την πολυπλοκότητά τους. Περιλαμβάνει ειδικές διατάξεις σχετικά με την ασφάλεια του εφοδιασμού και την ασφάλεια των πληροφοριών και επιτρέπει την άνευ περιορισμών χρήση της πλέον ευέλικτης διαδικασίας ανάθεσης. Τα κράτη μέλη διαθέτουν πλέον κανόνες που ισχύουν σε όλη την ΕΕ, τους οποίους μπορούν να εφαρμόζουν στο πλαίσιο πολύπλοκων και ευαίσθητων συναλλαγών, χωρίς να θέτουν σε κίνδυνο τα νόμιμα συμφέροντά τους σε θέματα ασφάλειας. Συνεπώς, οι αμυντικές συμβάσεις δεν θα πρέπει πλέον, κατά κανόνα, να συνάπτονται εκτός του πεδίου των κανόνων της εσωτερικής αγοράς με επίκληση της ρήτρας εξαιρέσεως του άρθρου 346 της ΣΛΕΕ».

Προς υποστήριξη των πιο πάνω παραπέμπουν σε υποθέσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Σ' ότι αφορά τον ισχυρισμό της Αναθέτουσας Αρχής ότι το αντικείμενο του διαγωνισμού εμπίπτει σε κατηγορίες του πίνακα του 1958, οι Αιτητές ανέφεραν ότι και εάν ακόμη γινόταν δεκτή η εν λόγω θέση και πάλι δεν δικαιολογείται απόκλιση από τις Ευρωπαϊκές διατάξεις που διέπουν τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων. Πρόσθεσαν μάλιστα ότι στην παρούσα περίπτωση η Αναθέτουσα Αρχή επέλεξε να προχωρήσει με κλειστή διαδικασία διαγωνισμού και όχι με απευθείας ανάθεση, επιβεβαιώνοντας με τον τρόπο αυτό ότι η διαδικασία της ανάθεσης υπόκειται στις πρόνοιες της Ευρωπαϊκής Οδηγίας 2009/81/ΕΚ.

Τέλος, οι Αιτητές ανέφεραν ότι αν πράγματι η Αναθέτουσα Αρχή θεωρούσε ότι το αντικείμενο του διαγωνισμού είναι υψηλής διαβάθμισης και άπτεται απόρρητων θεμάτων, όφειλε να ακολουθήσει την προβλεπόμενη από τον Περί Κανονισμών Ασφαλείας Διαβαθμισμένων Πληροφοριών, Εγγράφων και Υλικού

και για Συναφή Θέματα Νόμο, Ν.216(Ι)/2002, διαδικασία, πράγμα που δεν έπραξε.

Η Αναθέτουσα Αρχή απαντώντας τους ισχυρισμούς των Αιτητών τόνισε ότι το εφαρμοστέο στον παρόντα διαγωνισμό νομοθετικό καθεστώς, είναι ο Νόμος 12(Ι)/2006 επισημαίνοντας ότι αυτός ήταν σε ισχύ τόσο κατά το χρόνο αποστολής της πρόσκλησης προς τους Αιτητές, δηλαδή την 21.10.2009 όσο και κατά τη διάρκεια της διαδικασίας αξιολόγησης των υποβληθεισών προσφορών η οποία περατώθηκε την 13.12.2010, αφού ο Νόμος 173(Ι)/2011 τέθηκε σε ισχύ την 23.12.2011.

Αναφορικά με το Παράρτημα V του Νόμου υπέδειξε ότι αυτό τιτλοφορείται *«Κατάλογος των προϊόντων που αναφέρονται στο άρθρο 19 του Νόμου, όσον αφορά τις συμβάσεις που συνάπτονται από τις Αναθέτουσες Αρχές στον τομέα της Άμυνας»* και συνεπώς αυτό καταρτίστηκε για τους σκοπούς του άρθρου 19 του Νόμου το οποίο ρυθμίζει τις περιπτώσεις κατώτατων ορίων των δημοσίων συμβάσεων για τις οποίες εφαρμόζεται το Μέρος ΙΙ του Νόμου 12(Ι)/2006. Τα προϊόντα ανέφερε τα οποία δεν περιλαμβάνονται στο Παράρτημα V, δεν εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής του Νόμου 12(Ι)/2006 ως ο ισχυρισμός των Αιτητών αλλά εξαιρούνται των κατώτατων ορίων που αναφέρονται στο άρθρο 19 του Νόμου.

Όσον αφορά στο Νόμο 216(Ι)/2002, η Αναθέτουσα Αρχή ισχυρίστηκε ότι αυτός δεν ρυθμίζει θέματα προμηθειών αλλά, προβαίνει σε χαρακτηρισμό πληροφοριών και σε σχετική διαβάθμιση τους, σε σχέση με τη διαχείριση διαβαθμισμένων πληροφοριών της Ευρωπαϊκής Ένωσης, καθώς επίσης και διαβαθμισμένων εθνικών εγγράφων. Από τις πρόνοιες του εν λόγω Νόμου ό,τι προκύπτει είναι ότι πρόκειται περί ενός οργανωτικού και όχι διαδικαστικού

νόμου. Σ' αυτόν δεν γίνεται πρόνοια για συγκεκριμένη ακολουθητέα διαδικασία.

Το πρώτο ζήτημα το οποίο θα εξετάσουμε είναι το ζήτημα της κατά τους Αιτητές εξυπακουόμενης αποδοχής από την Αναθέτουσα Αρχή της δικαιοδοσίας της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών για εκδίκαση της παρούσας Προσφυγής, δεδομένου ότι ζήτημα δικαιοδοσίας δεν τέθηκε κατά το στάδιο της ακρόασης του αιτήματος για έκδοση προσωρινών μέτρων.

Είναι καλά νομολογημένο ότι δικαιοδοσία σημαίνει την εξουσία του Δικαστηρίου να αποφασίζει ή να επιλαμβάνεται θεμάτων σύμφωνα με το Νόμο και τους Δικονομικούς Κανόνες (βλ. *Επιφανείου (2010) ΑΑΔ σελ. 1682*). Το ζήτημα της δικαιοδοσίας σύμφωνα με τη νομολογία μπορεί να εγερθεί σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας και αυτεπάγγελα από το Δικαστήριο (βλ. *Orams κ.ά ν. Αποστολίδη (2006) 3 ΑΑΔ σελ. 1402*).

Στην παρούσα περίπτωση το γεγονός ότι το ζήτημα της δικαιοδοσίας δεν τέθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή κατά το στάδιο της έκδοσης των προσωρινών μέτρων δεν οδηγεί στο συμπέρασμα ότι η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών εάν δεν έχει δικαιοδοσία να επιληφθεί της παρούσας Προσφυγής την έχει αποκτήσει. Η έλλειψη δικαιοδοσίας αποτελεί θέμα δημόσιας τάξης και η όποια συναίνεση των μερών για δικαιοδοσία είναι χωρίς σημασία (βλ. *Thermofast Ltd Αιτ. 21/2005 ημερ. 22.4.2005*).

Ενόψει των πιο πάνω η θέση των Αιτητών για ύπαρξη δικαιοδοσίας λόγω αποδοχής της από την Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτεται.

Σ' ότι αφορά το Παράρτημα V του Νόμου στο οποίο αναφέρονται οι Αιτητές για να υποστηρίξουν ότι το αντικείμενο του διαγωνισμού εξαιρείται του Ν. 12(Ι)/2006 παρατηρούμε τα εξής:

Το Παράρτημα V υπό τον τίτλο «ΚΑΤΑΛΟΓΟΣ ΤΩΝ ΠΡΟΪΟΝΤΩΝ ΠΟΥ ΑΝΑΦΕΡΟΝΤΑΙ ΣΤΟ ΑΡΘΡΟ 19, ΟΣΟΝ ΑΦΟΡΑ ΤΙΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΠΟΥ ΣΥΝΑΠΤΟΥΝΤΑΙ ΑΠΟ ΤΙΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΕΣ ΑΡΧΕΣ ΣΤΟΝ ΤΟΜΕΑ ΤΗΣ ΑΜΥΝΑΣ» περιλαμβάνει σειρά προϊόντων μεταξύ των οποίων όντως δεν περιλαμβάνονται τα προϊόντα του διαγωνισμού. Όμως το Παράρτημα V αναφέρεται ρητά στο άρθρο 19 του Ν.12(Ι)/2006 το οποίο προβλέπει για την εκτιμημένη αξία της Σύμβασης και ρυθμίζει τις περιπτώσεις κατώτατων ορίων των δημοσίων συμβάσεων για τις οποίες εφαρμόζεται το Μέρος ΙΙ, Διαδικασίες για τη Σύναψη Δημοσίων Συμβάσεων.

Στην επιφύλαξη του άρθρου 19 του Νόμου αναφέρεται ότι όσον αφορά τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών που συνάπτονται από τις Αναθέτουσες Αρχές που δραστηριοποιούνται στον Τομέα της Άμυνας το κατώτατο όριο που προβλέπεται από το άρθρο 19 ισχύει μόνο για τις δημόσιες συμβάσεις των προϊόντων του Παραρτήματος V.

Είναι πρόδηλο από τα πιο πάνω ότι σκοπός του Παραρτήματος V του Νόμου είναι ο προσδιορισμός των κατώτατων ορίων της εκτιμημένης αξίας της Σύμβασης για σκοπούς εφαρμογής του Μέρους ΙΙ του Ν. 12(Ι)/2006 και όχι εξαίρεσης δημοσίων συμβάσεων από το πεδίο εφαρμογής του εν λόγω Νόμου. Εάν γινόταν δεκτή η θέση των Αιτητών τότε ποία η έννοια των άρθρων 9 και 10 του Νόμου. Το πεδίο εφαρμογής του Νόμου καθορίζεται από τα άρθρα 9 και 10 αυτού, τα οποία για ότι εδώ ενδιαφέρει προβλέπουν τα εξής:

«ΜΕΡΟΣ ΙΙ - ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΕΣ ΓΙΑ ΤΗ ΣΥΝΑΨΗ ΔΙΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Ι - ΠΕΔΙΟ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ

Τμήμα 1 - Συμβάσεις που εμπίπτουν στο πεδίο του Μέρους ΙΙ

9. Το παρόν Μέρος εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις, εκτός αυτών που εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Νόμου δυνάμει των διατάξεων των άρθρων 11 έως 17, των οποίων η εκτιμώμενη αξία, εκτός Φόρου Προστιθέμενης Αξίας (που στο εξής θα αναφέρεται ως «Φ.Π.Α.»), ισούται με ή υπερβαίνει τα κατώτατα όρια που ορίζονται στο άρθρο 19.

10. Με την επιφύλαξη των διατάξεων του άρθρου 296 της Συνθήκης, το παρόν Μέρος εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις που συνάπτονται από τις αναθέτουσες αρχές στον τομέα της άμυνας.

Τμήμα 2 - Συμβάσεις που εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής του Νόμου

11. Το Υπουργικό Συμβούλιο δύναται, εφόσον το κρίνει σκόπιμο, να εξαιρεί από την εφαρμογή του παρόντος Νόμου, δημόσιες συμβάσεις τις οποίες χαρακτηρίζει ως απόρρητες ή των οποίων η εκτέλεση πρέπει να συνοδεύεται, σύμφωνα με τις νομοθετικές, κανονιστικές ή διοικητικές διατάξεις που ισχύουν στη Δημοκρατία, από ιδιαίτερα μέτρα ασφαλείας ή όταν το απαιτεί η προστασία των ουσιωδών συμφερόντων της Δημοκρατίας».

Ενόψει των πιο πάνω η θέση των Αιτητών ως προς τη σημασία του Παραρτήματος V απορρίπτεται.

Οι Αιτητές δεν έχουν αμφισβητήσει ότι για το διαγωνισμό κλήθηκαν να επιδείξουν ενδιαφέρον το 2009, ούτε ότι ο χρόνος ολοκλήρωσης της αξιολόγησης των προσφορών ήταν το 2010, δηλαδή πριν ο Ν. 173(Ι)/2011 τεθεί σε εφαρμογή. Δεδομένης της απόρριψης της θέσης των Αιτητών ότι το αντικείμενο του διαγωνισμού εξαιρείται του Νόμου καταλήγουμε ότι το ζήτημα της δικαιοδοσίας θα πρέπει να αποφασισθεί υπό το φως των προβλεπομένων

στο Ν. 12(Ι)/2006 ο οποίος ίσχυε κατά το χρόνο πρόσκλησης των Αιτητών στο διαγωνισμό, υποβολής των προσφορών και αξιολόγησης τους.

Έχοντας υπόψη ότι οι Αιτητές δεν αμφισβητούν την ύπαρξη των αποφάσεων του Υπουργικού Συμβουλίου με αρ. 8/1998, 21/1999 και 1/2008 αλλά απλά τη δυνατότητα χαρακτηρισμού της σύμβασης ως «απόρρητης φύσης», ούτε τα όσα η Αναθέτουσα Αρχή ανέφερε σε σχέση με τον υπό εξέταση διαγωνισμό (τα έχουμε παραθέσει στις σελ. 4 και 5) θεωρούμε ότι ο διαγωνισμός εμπίπτει στο υπό στοιχείο (β) της απόφασης του Υπουργικού Συμβουλίου. Το γεγονός ότι ο διαγωνισμός αφορά σε σύστημα (software και hardware) δεν εμποδίζει την ένταξη του στον «άλλο πολεμικό εξοπλισμό». Από τη στιγμή που αυτό θα χρησιμοποιηθεί για να συνδεθούν οι ασύρματες επικοινωνίες εδάφους-αέρος της Εθνικής Φρουράς για σκοπούς κεντρικής διαχείρισης τους, λήψη αποφάσεων από τη στρατιωτική και πολιτική ηγεσία σε ανώτατο επίπεδο στο συντονισμό των αεροπορικών δυνάμεων, περιλαμβανομένων και των πυραυλικών συστημάτων αεράμυνας, ασφαλώς και εμπίπτει στον «άλλο πολεμικό εξοπλισμό» ως η εισήγηση της Αναθέτουσας Αρχής.

Ισχυρίζονται οι Αιτητές ότι το αντικείμενο του διαγωνισμού δεν είναι σχεδιασμένο αποκλειστικά για στρατιωτικούς σκοπούς αλλά μπορεί εάν χρειαστεί να χρησιμοποιηθεί και για στρατιωτικούς σκοπούς. Ούτε αυτός ο ισχυρισμός ευσταθεί. Συμφωνούμε με την Αναθέτουσα Αρχή ότι το αντικείμενο του διαγωνισμού από τη στιγμή που θα συνδεθεί μεταξύ άλλων με πυραυλικά συστήματα αεράμυνας της Εθνικής Φρουράς και συστήματα που συνδέονται με την μαχητική ικανότητα της Εθνικής Φρουράς είναι στρατιωτικό.

Κατά την ενώπιον μας συζήτηση της υπόθεσης η πλευρά των Αιτητών υποστήριξε ότι και σε περίπτωση ακόμη που ήθελε γίνει δεκτή η θέση της Αναθέτουσας Αρχής για εφαρμογή του Ν.12(Ι)/2006 και πάλι σύμφωνα με το

άρθρο 10 αυτού, δημόσιες συμβάσεις στον τομέα της άμυνας εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του, εφόσον η επιφύλαξη του άρθρου 296 της Συνθήκης (346 όπως αργότερα αντικαταστάθηκε) δεν εφαρμόζεται στην παρούσα περίπτωση.

Η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτοντας τον εν λόγω ισχυρισμό υπέδειξε ότι η ίδια δεν στηρίζεται στο άρθρο 10 του Ν.12(Ι)/2006 αλλά στο άρθρο 11 αυτού.

Το άρθρο 11 του Νόμου υπό τον πλαγιότιτλο «*Απόρρητες Συμβάσεις ή συμβάσεις που απαιτούν ιδιαίτερα μέτρα ασφαλείας*» δίδει στο Υπουργικό Συμβούλιο εξουσία να χαρακτηρίσει ως απόρρητες συμβάσεις, δημόσιες συμβάσεις των οποίων η εκτέλεση πρέπει να συνοδεύεται από ιδιαίτερα μέτρα ασφαλείας ή όταν το απαιτεί η προστασία ουσιωδών συμφερόντων της Δημοκρατίας. Είναι φανερό από τη μελέτη των άρθρων 10 και 11 του Νόμου ότι πέραν των δημόσιων συμβάσεων στον τομέα της Άμυνας το Υπουργικό Συμβούλιο διατηρεί εξουσία εφόσον τίθεται θέμα προστασίας ουσιωδών συμφερόντων της Δημοκρατίας να χαρακτηρίσει δημόσιες συμβάσεις ως απόρρητες και αυτό έχει πράξει με τις αποφάσεις του με αρ. 8/1998, 21/1999 και 1/2008. Συνεπώς ούτε η πιο πάνω θέση των Αιτητών ευσταθεί.

Εν πάση περιπτώσει και εάν ακόμη γινόταν δεκτή η θέση των Αιτητών ότι ισχύουν οι κανόνες της Συνθήκης προσχώρησης για διαφάνεια στις δημόσιες συμβάσεις στον τομέα της άμυνας και πάλι λαμβανομένου υπόψη του αντικειμένου του διαγωνισμού και των λεπτομερειών που αναφέρθηκαν από την Αναθέτουσα Αρχή και δεν αμφισβητήθηκαν από τους Αιτητές, θεωρούμε ότι για το διαγωνισμό δεν εφαρμόζονται οι διατάξεις του Ν.12(Ι)/2006 ώστε να έχουμε δικαιοδοσία. Ανάλογα ισχύουν και στην περίπτωση που η θέση των Αιτητών για εφαρμογή των προνοιών του Ν. 173(Ι)/2011 ήταν ορθή.

Τέλος ούτε ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι ο διαγωνισμός δεν αντιμετωπίστηκε ως απόρρητης φύσης επειδή δεν τηρήθηκαν οι διαδικασίες του περί των

Κανονισμών Ασφαλείας Διαβαθμισμένων Πληροφοριών Εγγράφων και Υλικού και για Συναφή Θέματα Νόμου, Ν. 216(Ι)/2002 ευσταθεί. Ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι η Αναθέτουσα Αρχή τους έχει εφοδιάσει με πληροφορίες για τις οποίες σήμερα ισχυρίζεται ότι η διάδοσή τους έρχεται σε αντίθεση με ουσιώδη συμφέροντα της Δημοκρατίας δεν έγινε δεκτή από την Αναθέτουσα Αρχή η οποία πρόβαλε ότι δεν κοινοποιήθηκαν πληροφορίες απόρρητες. Είναι καλά γνωστό ότι το βάρος απόδειξης ισχυρισμού το φέρουν οι Αιτητές οι οποίοι στην παρούσα περίπτωση δεν το έχουν αποδείξει. Πέρα από γενική παράθεση προνοιών του σχετικού Νόμου οι οποίες αναφέρονται ουσιαστικά στο χαρακτηρισμό πληροφοριών, τη διαβάθμισή τους και τον τρόπο χειρισμού τους, οι Αιτητές δεν έχουν αναφέρει ποιες συγκεκριμένες πληροφορίες τους δόθηκαν από την Αναθέτουσα Αρχή οι οποίες είναι απόρρητες όπως αυτή ενώπιόν μας ισχυρίστηκε.

Ενόψει των πιο πάνω ομόφωνα αποφασίζουμε ότι η παρούσα Προσφυγή απορρίπτεται λόγω έλλειψης δικαιοδοσίας.