



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. 6/2017

Μεταξύ:

LOGICOM SOLUTIONS LTD

Αιτητών

v.

ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτητές:

LOGICOM SOLUTIONS LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Αλέξανδρο Γαβριηλίδη, Δικηγόρο για Σκορδής, Παπαπέτρου & Σία ΔΕΠΕ
2. Μιγάλη Παπαντωνίου, Διευθύνοντα Σύμβουλο αιτούσας Εταιρείας
3. Μάριο Βασιλείου, Διευθυντή Προσφορών

Αναθέτουσα Αρχή:

ΤΜΗΜΑ ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Ελίτα Γαβριήλ, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. Δημήτρη Παναγίδη, Προϊστάμενο Τομέα Εξοπλισμού
3. Μιγάλη Μιχαήλ, Ηλεκτρολόγο Μηχανικό

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 30 Ιουνίου, 2017

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Οι Αιτητές καταχώρησαν την παρούσα προσφυγή ισχυριζόμενοι ότι η απόφαση του Τμήματος Ηλεκτρομηχανολογικών Υπηρεσιών του Υπουργείου Μεταφορών, Επικοινωνιών και Έργων («η Αναθέτουσα Αρχή») που περιέχεται στο συμπληρωματικό έγγραφο αρ. 1, ημερ. 24.2.2017, και αποτελεί μέρος των εγγράφων του Διαγωνισμού υπ' αρ.17.005.Ε.ΗΜΥ με τίτλο «*Προμήθεια, Εγκατάσταση και Συντήρηση Συστημάτων Ηλεκτρονικής Επιτήρησης σε Στρατόπεδα της Εθνικής Φρουράς (Δημιουργία Καταλόγου Προεπιλεγμένων Οικονομικών Φορέων)*» για εισαγωγή όρου ή και πρόνοιας στο διαγωνισμό ότι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς δεν μπορούν να στηρίζονται στις δυνατότητες άλλων φορέων για σκοπούς ικανοποίησης των όρων του διαγωνισμού είναι άκυρη, παράνομη και στερούμενη οποιουδήποτε έννομου αποτελέσματος.

Ο υπό εξέταση διαγωνισμός προκηρύχθηκε στις 31.1.2017 μέσω του ηλεκτρονικού συστήματος e-procurement με κλειστή διαδικασία για δημιουργία καταλόγου προεπιλεγμένων οικονομικών φορέων. Σύμφωνα με τους όρους του Διαγωνισμού αυτός θα διεξαχθεί σε δύο στάδια, ήτοι το Στάδιο Προεπιλογής κατά το οποίο θα υποβληθούν και θα αξιολογηθούν αιτήσεις συμμετοχής από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, και το Στάδιο Ανάθεσης της Σύμβασης κατά το οποίο οι υποψήφιοι των οποίων οι Αιτήσεις Συμμετοχής πληρούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής (ή οι καλύτεροι 10 εξ αυτών) θα κληθούν να υποβάλουν προσφορές.

Το αντικείμενο του διαγωνισμού, αφορά ουσιαστικά την τοποθέτηση Ηλεκτρονικών Συστημάτων Ασφαλείας σε 50 στρατόπεδα της Εθνικής Φρουράς και σκοπό έχει, την επαύξηση του βαθμού επιτήρησης και ελέγχου των ευπαθών εγκαταστάσεων και την ορθολογικότερη χρησιμοποίηση του προσωπικού που επανδρώνει τα μέτρα ασφαλείας. Προς υλοποίηση του αντικειμένου του διαγωνισμού ετοιμάστηκαν από το Γενικό Επιτελείο της Εθνικής Φρουράς, μελέτες (για πέντε στρατόπεδα) και θα ετοιμαστούν (για τα υπόλοιπα στρατόπεδα) μελέτες.

Οι όροι του Διαγωνισμού που αφορούν το Στάδιο Προεπιλογής περιλαμβάνουν όρους που αφορούν την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια (όρος 6.2.2) και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες (όρος 6.2.3). Οι Αιτητές, οι οποίοι επιθυμούν να λάβουν μέρος στον εν λόγω διαγωνισμό και να υποβάλουν Αίτηση Συμμετοχής, ζήτησαν από την Αναθέτουσα Αρχή να επιβεβαιώσει, υπό μορφή διευκρίνισης, ότι, για σκοπούς ικανοποίησης των όρων του Διαγωνισμού που αφορούν την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια ή και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες, οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς δύνανται να στηρίζονται στις δυνατότητες άλλου φορέα/άλλων φορέων όπως ρητά προνοείται από το άρθρο 63 του Ν.73(Ι)/2016. Στους όρους του διαγωνισμού του Σταδίου Προεπιλογής δεν υπήρχε πρόνοια για τέτοια δυνατότητα.

Η Αναθέτουσα Αρχή στις 24.2.2017 σε απάντηση ερωτημάτων που υποβλήθηκαν από τους Αιτητές και ακόμη ένα οικονομικό φορέα δημοσίευσε στο ηλεκτρονικό

σύστημα δημοσίων συμβάσεων (e-procurement) συμπληρωματικό έντυπο αρ. 1, με το οποίο διευκρινίστηκε ότι «οι οικονομικοί φορείς δεν μπορούν να στηρίζονται στις δυνατότητες άλλων φορέων». Οι Αιτητές οι οποίοι δεν ικανοποιήθηκαν από το περιεχόμενο του συμπληρωματικού εντύπου αρ. 1 στις 3.3.2017 καταχώρησαν την παρούσα προσφυγή ισχυριζόμενοι ότι με τις απαντήσεις που η Αναθέτουσα Αρχή έδωσε εισήγαγε στο Διαγωνισμό νέο όρο για σκοπούς ικανοποίησης των όρων του Διαγωνισμού που αφορούν την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια ή και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες.

Η Αναθέτουσα Αρχή από το στάδιο εξέτασης του ενδεχόμενου χορήγησης προσωρινών μέτρων ήγειρε προδικαστικό ζήτημα έλλειψης δικαιοδοσίας της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών να εξετάσει την παρούσα προσφυγή, το οποίο όμως παρέμεινε να εξεταστεί στα πλαίσια της ουσίας της υπόθεσης.

Σύμφωνα με την Αναθέτουσα Αρχή, η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών στερείται δικαιοδοσίας να εκδικάσει την παρούσα προσφυγή, καθότι το αντικείμενο του διαγωνισμού δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής είτε του Ν. 73(I)/2016¹, ούτε του Ν. 173(I)/2011².

¹ Ο περί Ρύθμισης των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και για Συναφή Θέματα Νόμος του 2016, στο εξής Ν. 73(I)/2016.

² Ο περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων 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 Νόμος του 2011, στο εξής Ν. 173(I)/2011.

Το αντικείμενο του παρόντος διαγωνισμού, υποστήριξε, θα ενέπιπτε στις πρόνοιες Ν. 173(Ι)/2011, στην περίπτωση που θα ήταν δυνατή η αποκάλυψη πληροφοριών που σχετίζονται με τον διαγωνισμό. Ωστόσο, λόγω της φύσης του αντικειμένου του διαγωνισμού, η αποκάλυψη πληροφοριών είναι αντίθετη προς τα ουσιώδη συμφέροντα ασφάλειας της Δημοκρατίας, καθώς προϋποθέτει *«τη γνωστοποίηση της οργάνωσης του συστήματος ασφαλείας του κάθε στρατοπέδου, τη γνωστοποίηση της διάταξης των Μονάδων και του οπλισμού τους και κατ' επέκταση τη γνωστοποίηση και διάθεση στοιχείων του στρατιωτικού και λοιπού ελκυστικού υλικού, καθώς και των χώρων φύλαξης τους υλικού αυτού, τη διάθεση των τοπογραφικών σχεδίων και την πρόσβαση και διακίνηση προσωπικού εντός των στρατοπέδων και άλλων ευαίσθητων εγκαταστάσεων»*. Από τη στιγμή, ισχυρίζεται, που η αποκάλυψη των πιο πάνω πληροφοριών αντίκειται στα ουσιώδη συμφέροντα ασφάλειας της Δημοκρατίας, άρθρο 13(α)³ του Ν. 173(Ι)/2011, οι διατάξεις του εν λόγω Νόμου δεν τυγχάνουν εφαρμογής.

Στην απουσία δε αναφέρει ρητής νομοθετικής πρόνοιας ως προς την διαδικασία η οποία θα πρέπει να ακολουθηθεί για εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 13(α) του Ν. 173(Ι)/2011 για εξαίρεση της σύμβασης από το πεδίο εφαρμογής του εν λόγω Νόμου και υπό το φως γνωμάτευσης του Γενικού Εισαγγελέα της Δημοκρατίας,

³ «13. Οι διατάξεις του παρόντος Νόμου δεν εφαρμόζονται στις ακόλουθες περιπτώσεις:

(α) Στις συμβάσεις για τις οποίες η εφαρμογή των διατάξεων αυτών θα υποχρέωνε την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα ή οποιοδήποτε άλλο όργανο ή αρχή της Δημοκρατίας να παράσχει πληροφορίες, η αποκάλυψη των οποίων κρίνεται ότι είναι αντίθετη προς τα ουσιώδη συμφέροντα ασφάλειας της Δημοκρατίας.»

ημερομηνίας 23.11.2015, ο Γενικός Διευθυντής του Υπουργείου Άμυνας, ως ο Προϊστάμενος του Υπουργείου Άμυνας, για το οποίο προορίζεται το σχετικό πρόγραμμα, το κόστος του οποίου θα καλυφθεί από τον Προϋπολογισμό Αμυντικής Θωράκισης, ενέκρινε, στις 22.7.2016, πλήρως αιτιολογημένη και τεκμηριωμένη εισήγηση του αρμοδίου Τμήματος του Υπουργείου Άμυνας, ημερομηνίας 13.7.2016, για εξαίρεση του αντικειμένου του διαγωνισμού, από το πεδίο εφαρμογής του Ν. 173(Ι)/2011, σύμφωνα με το άρθρο 13(α) αυτού. Όπως προκύπτει από το εν λόγω Σημείωμα, προκειμένου ο Γενικός Διευθυντής του Υπουργείου Άμυνας να αποφασίσει την εξαίρεση του αντικειμένου του διαγωνισμού από τις πρόνοιες της σχετικής νομοθεσίας, κατ' εφαρμογή των προνοιών του άρθρου 13(α), έλαβε υπόψη του ότι η προκήρυξη / υλοποίηση του προγράμματος προϋποθέτει:

- (α) τη διάθεση των τοπογραφικών σχεδίων του κάθε στρατοπέδου,
- (β) τη διάθεση στοιχείων του στρατιωτικού και λοιπού ελκυστικού υλικού και χώρων φύλαξης του σε κάθε στρατόπεδο της Εθνικής Φρουράς,
- (γ) τη γνωστοποίηση της οργάνωσης του συστήματος ασφάλειας του κάθε στρατοπέδου,
- (δ) την πρόσβαση και διακίνηση του προσωπικού εντός των στρατοπέδων και άλλων ευαίσθητων εγκαταστάσεων σε κάθε στρατόπεδο,

(ε) τη γνωστοποίηση της διάταξης των Μονάδων και του οπλισμού του συνόλου των στρατοπέδων και κατ' επέκταση της οργάνωσης της Εθνικής Φρουράς.

Η Αναθέτουσα Αρχή ανέφερε ότι η πλησιέστερη νόμιμη διαδικασία που μπορούσε υπό τις περιστάσεις να ακολουθηθεί, ήταν η εξαίρεση του διαγωνισμού από τον Προϊστάμενο του Υπουργείου Άμυνας, του μόνου ουσιαστικά αρμόδιου προς τούτο Υπουργείου, αφού το επίδικο πρόγραμμα θα τοποθετηθεί στα στρατόπεδα της Εθνικής Φρουράς και προϋποθέτει την αποκάλυψη των πιο πάνω πληροφοριών εμπιστευτικού χαρακτήρα. Μετά την εξαίρεση του αντικειμένου του διαγωνισμού από το πεδίο εφαρμογής του Ν. 173(Ι)/2011, το Υπουργικό Συμβούλιο ενέκρινε σχετική Απόρρητη Πρόταση, ημερομηνίας 13.9.2016 για:

- α) την προώθηση του προγράμματος εγκατάστασης Ηλεκτρονικών Συστημάτων Ασφαλείας σε στρατόπεδα της Εθνικής Φρουράς.
- β) τον καταρτισμό καταλόγου οικονομικών φορέων που θα συμμετάσχουν στον διαγωνισμό και την προκήρυξη τμηματικών διαγωνισμών για υλοποίηση του προγράμματος, με την εφαρμογή διαδικασιών σύναψης σύμβασης σε κατ' αναλογία εφαρμογή της κείμενης νομοθεσίας, που αφορά την «κλειστή» διαδικασία και τη διαδικασία για σύναψη συμφωνιών «πλαίσιο».

- γ) τη σύσταση αρμοδίου οργάνου για χειρισμό και λήψη απόφασης για το πρόγραμμα, στις συνεδρίες του οποίου θα καλούνται να παρευρίσκονται ως παρατηρητές ο Γενικός Ελεγκτής ή αντιπρόσωπός του και ο Έφορος Εσωτερικού Ελέγχου ή αντιπρόσωπος του και το οποίο θα απαρτίζεται από τα ακόλουθα πρόσωπα:
- i) Γενικός Διευθυντής Υπουργείου Άμυνας ή εκπρόσωπός του, ως Πρόεδρος,
 - ii) Γενικός Διευθυντής Υπουργείου Δικαιοσύνης και Δημοσίας Τάξεως ή εκπρόσωπός του.
 - iii) Γενικός Διευθυντής Υπουργείου Οικονομικών ή εκπρόσωπός του.
 - iv) Γενική Λογίστρια της Δημοκρατίας ή εκπρόσωπός της.
 - v) Υπαρχηγός ΓΕΕΦ ή εκπρόσωπός του.

Η Αναθέτουσα Αρχή παρέπεμψε επίσης στο άρθρο 19(1)(β) του Ν. 73(I)/2016, σύμφωνα με το οποίο, ο Ν. 73(I)/2016 δεν εφαρμόζεται στις συμβάσεις στις οποίες δεν εφαρμόζεται ο Ν. 173(I)/2011, δυνάμει μεταξύ άλλων και του άρθρου 13. Επομένως, το αντικείμενο του παρόντος διαγωνισμού εκπίπτει και του πεδίου εφαρμογής του Ν. 73(I)/2016.

Σε σχέση με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι στα πλαίσια της υπό εκδίκαση προσφυγής έχει παραβιαστεί το δικαίωμα τους να ακουστούν, αφού δεν έχουν λάβει γνώση των σχετικών εγγράφων, στα οποία η Αναθέτουσα Αρχή στηρίζεται, ανέφερε ότι, σύμφωνα με το άρθρο 43(6) του Ν. 158(I)/1999⁴, το αρμόδιο διοικητικό όργανο, διατηρεί το δικαίωμα να απορρίψει ολόκληρο ή μέρος του αιτήματος αν η ικανοποίησή του παραβιάζει το υπηρεσιακό συμφέρον ή το συμφέρον τρίτου προσώπου. Η πιο πάνω νομοθετική πρόνοια τυγχάνει απόλυτης εφαρμογής στην παρούσα περίπτωση, λόγω της απόρρητης φύσης των εγγράφων. Επίσης ανέφερε ότι αν και λόγω της απόρρητης φύσης των εγγράφων που αιτείται ο δικηγόρος των Αιτητών η αποκάλυψη τους στους Αιτητές, καθίσταται αδύνατη, η κατάθεση αντιγράφων των εν λόγω εγγράφων ενώπιον της Προέδρου της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών και η εκτενής παρουσίαση του περιεχομένου των εν λόγω εγγράφων μέσω της αγόρευσης για την Αναθέτουσα Αρχή, παρέχει επαρκή εγγύα δίκαιης δίκης.

Σε ότι αφορά τον ισχυρισμό των Αιτητών για παραβίαση των αρχών καλής πίστης και χρηστής διοίκησης, η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι ουδεμία παραπλάνηση υπήρξε στα έγγραφα του διαγωνισμού αφού σε αυτά δεν γίνεται επίκληση ούτε του Ν. 73(I)/2016, αλλά ούτε και του Ν. 173(I)/2011, επειδή το αντικείμενο του παρόντος διαγωνισμού, είχε ήδη εξαιρεθεί από το πεδίο εφαρμογής του Ν.

⁴ Ο περί Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμος του 1999, στο εξής Ν. 158(I)/1999.

173(I)/2011 και κατά συνέπεια εκπίπτει αυτοδικαίως και από το πεδίο εφαρμογής του Ν. 73(I)/2016.

Απαντώντας στα πιο πάνω οι Αιτητές υποστήριξαν ότι η Αναθέτουσα Αρχή κατά παράβαση του δικαιώματος ακρόασης τους, αρνήθηκε και συνεχίζει να αρνείται να τους δώσει αντίγραφα της σχετικής απόφασης και των σχετικών με αυτήν εγγράφων με το αιτιολογικό ότι και η ίδια η εν λόγω απόφαση έχει κηρυχθεί ως απόρρητη. Υποστηρίζουν ότι η ενέργεια αυτή της Αναθέτουσας Αρχής εμποδίζει την αποτελεσματική άσκηση του δικαιώματος της ακρόασης, προϋπόθεση της οποίας είναι η παροχή στο διοικούμενο της δυνατότητας να πληροφορηθεί όλα τα στοιχεία τα οποία μπορούν να προκαλέσουν την έκδοση δυσμενούς γι' αυτούς διοικητικής πράξης ή στα οποία μπορεί να στηριχθεί η πράξη αυτή (βλ. *Αρτοποιείο Άντρος Θεοδώρου Ατδ v. Δημοκρατίας* (2009) 3 ΑΑΔ 577, *Τομάζου v. Δημοκρατίας*, Υπόθεση Αρ. 795/2011, ημερ. 18.2.2013).

Οι Αιτητές υποστήριξαν ότι από τη στιγμή που η Αναθέτουσα Αρχή αρνείται να τους δώσει αντίγραφα της απόφασης του Υπουργικού Συμβουλίου την οποία επικαλείται και των σχετικών με την εν λόγω απόφαση εγγράφων, δεν είναι σε θέση να απαντήσουν στην προδικαστική ένσταση που έχει εγερθεί. Ανέφεραν ότι δεν γνωρίζουν τη νομική βάση της σχετικής απόφασης, ούτε κατά πόσο αυτή καθιστά απόρρητα και εξαιρεί από το Ν. 73(I)/2016, όλα τα στάδια του Διαγωνισμού,

περιλαμβανομένου και του Προκαταρκτικού Σταδίου του οποίου οι όροι έχουν δημοσιευθεί στο ηλεκτρονικό σύστημα δημοσίων συμβάσεων (e-procurement).

Οι Αιτητές εισηγήθηκαν ότι η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών είτε θα πρέπει να απορρίψει την προδικαστική ένσταση, είτε θα πρέπει να διατάξει την Αναθέτουσα Αρχή να δώσει στους Αιτητές αντίγραφα της απόφασης του Υπουργικού Συμβουλίου και των σχετικών με αυτή υποστηρικτικών εγγράφων, ώστε οι Αιτητές να μπορέσουν να ασκήσουν αποτελεσματικά το δικαίωμα τους να ακουστούν ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών.

Υποστήριξαν επίσης ότι η Αναθέτουσα Αρχή εφόσον ισχυρίζεται ότι υπάρχει απόφαση του Υπουργικού Συμβουλίου που κηρύσσει τον επίδικο Διαγωνισμό ως «απόρρητο» και τον εξαιρεί από τις διατάξεις του Ν. 73(I)/2016, η Αναθέτουσα Αρχή είχε υποχρέωση στη βάση των αρχών της καλής πίστης και της χρηστής διοίκησης, άρθρα 50 και 51 του Ν. 158(I)/1999, να αναφέρει ρητά στην προκήρυξη ότι ο επίδικος Διαγωνισμός είχε κηρυχθεί ως «απόρρητος», και ότι ο Ν. 73(I)/2016 δεν τυγχάνει εφαρμογής. Στην απουσία αναφοράς των πιο πάνω, οι Αιτητές υποστήριξαν ότι η προκήρυξη ήταν άκρως παραπλανητική και πρόδηλα αντιφατική αφού στους όρους του Διαγωνισμού γίνεται αναφορά σε συγκεκριμένες διατάξεις του Ν.73(I)/2016.

Σ' ότι αφορά την ουσία της προδικαστικής ένστασης ανέφεραν ότι το άρθρο 13(α) του Ν. 173(I)/2011 το οποίο η Αναθέτουσα Αρχή επικαλείται δεν μπορεί να εφαρμοσθεί εφόσον δεν υπάρχουν κανονισμοί που να καθορίζουν το αρμόδιο για λήψη της σχετικής απόφασης πρόσωπο ή όργανο, καθώς και τη διαδικασία που πρέπει να ακολουθείται για σκοπούς εφαρμογής του εν λόγω άρθρου. Ο διαγωνισμός δεν μπορούσε να εξαιρεθεί από τις διατάξεις του Ν. 173(I)/2011 με απόφαση του Γενικού Διευθυντή του Υπουργείου Άμυνας, ο οποίος από πουθενά δεν προκύπτει ότι είναι το αρμόδιο πρόσωπο.

Αναφορικά με την ουσία της υπόθεσης οι Αιτητές ισχυρίστηκαν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση θα πρέπει να ακυρωθεί επειδή ο όρος σύμφωνα με τον οποίο οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς δεν μπορούν να στηρίζονται στις δυνατότητες άλλων φορέων για σκοπούς ικανοποίησης των όρων του Διαγωνισμού που αφορούν την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια ή και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες έκδηλα αντιβαίνει ευθέως τις διατάξεις του άρθρου 63 του Ν. 73(I)/2016 το οποίο προβλέπει αυτή τη δυνατότητα.

Οι Αιτητές τόνισαν ότι αντίστοιχες διατάξεις περί δικαιώματος στήριξης στις ικανότητες άλλων φορέων υπάρχουν και στον Ν.173(I)/2011 (άρθρα 42(2), 42(3), 43(2) και 43(3)) και συνεπώς, εάν η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών καταλήξει, για οποιοδήποτε λόγο, ότι ο Διαγωνισμός διέπεται από τον Ν.173(I)/2011 και όχι

από τον Ν. 73(Ι)/2016, η προσβαλλόμενη απόφαση και πάλι θα πρέπει να ακυρωθεί ως αντιβαίνουσα τις σχετικές διατάξεις του Ν. 173(Ι)/2011.

Η Αναθέτουσα Αρχή απάντησε ότι οι λόγοι ουσίας που προβάλλονται από τους Αιτητές, συναρτώνται άμεσα με την εξέταση της προδικαστικής ένστασης περί ύπαρξης δικαιοδοσίας της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών να εκδικάσει την παρούσα προσφυγή, εφόσον αυτή εδράζεται στο βασικό ισχυρισμό της Αναθέτουσας Αρχής ότι, ο επίδικος διαγωνισμός εκπίπτει του πεδίου εφαρμογής τόσο του Ν. 73(Ι)/2016, όσο και του Ν. 173(Ι)/2011. Επομένως, κατά την Αναθέτουσα Αρχή, η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών κέκτηται δικαιοδοσίας για εξέταση μόνον της ορθότητας της νομιμότητας της διαδικασίας που ακολουθήθηκε για εξαίρεση της σύμβασης από τους προαναφερθέντες νόμους.

Περαιτέρω η Αναθέτουσα Αρχή ανέφερε ότι η απόρριψη του αιτήματος των Αιτητών να στηριχθούν στις δυνατότητες τρίτου φορέα είναι καθόλα ορθή και σύμφωνη με τις πρόνοιες του όρου 8.2.3 των εγγράφων του διαγωνισμού, στις οποίες ορίζεται ότι οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς θα εξεταστούν από τις αρμόδιες υπηρεσίες ασφαλείας της Κυπριακής Δημοκρατίας, όσον αφορά την καταλληλότητά τους να εμπλακούν στο είδος των συμβάσεων που αναμένεται να προκύψουν από τον κατάλογο που θα δημιουργηθεί και θα είναι υποχρεωμένοι να προβούν σε όλες τις απαραίτητες ενέργειες που θα τους ζητηθούν από τις αρμόδιες

υπηρεσίες ασφαλείας, για σκοπούς αξιολόγησης της καταλληλότητας τους, περιλαμβανομένων στοιχείων για το προσωπικό τους. Επομένως, για την επιλογή των οικονομικών φορέων για τον καταρτισμό του καταλόγου προεπιλογής, θα τηρηθούν και πάλιν οι απαραίτητες ενέργειες προς εξασφάλιση της εμπιστευτικότητας πληροφοριών που θα τους δοθούν στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, τόσο για τους ίδιους τους προσφέροντες, όσο και για το προσωπικό τους.

Κατά την ενόπιον μας συζήτηση της υπόθεσης τα μέρη συμφώνησαν και ορθά ότι το αντικείμενο του διαγωνισμού εάν δεν ετίθετο από την Αναθέτουσα Αρχή ζήτημα εξαίρεσης του στη βάση του άρθρου 13(α) του Ν. 173(I)/2011 και συνακόλουθα ζήτημα δικαιοδοσίας της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών, εμπίπτει στις διατάξεις του εν λόγω νόμου και όχι του Ν. 73(I)/2016, ο οποίος στο άρθρο 19 προβλέπει τα εξής:

«19.-(1) Ο παρών Νόμος εφαρμόζεται στην ανάθεση δημόσιων συμβάσεων και σε διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας, εξαιρουμένων των κατωτέρω συμβάσεων:

(α) [...]

(β) συμβάσεων στις οποίες δεν εφαρμόζεται ο ως άνω Νόμος, σύμφωνα με τα άρθρα 9, 13 και 14 του εν λόγω Νόμου».

Στην παρούσα περίπτωση εφόσον η Αναθέτουσα Αρχή ισχυρίζεται ότι η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών στερείται δικαιοδοσίας επειδή το αντικείμενο του

διαγωνισμού εμπίπτει στις περιπτώσεις του άρθρου 13(α) του Ν. 173(I)/2011 δεν μπορεί να εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 73(I)/2016. Θα ενέπιπτε στο τελευταίο εάν δεν υπήρχε ο πιο πάνω ισχυρισμός της Αναθέτουσας Αρχής.

Συνεπώς εκείνο το οποίο θα εξετάσουμε είναι κατά πόσο λόγω της φύσης του αντικειμένου του διαγωνισμού αυτός εμπίπτει στο πλαίσιο της διάταξης του άρθρου 13(α) του Ν. 173(I)/2011 και συνακόλουθα δεν εμπίπτει στη δικαιοδοσία της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών η οποία σύμφωνα με το άρθρο 3(1) του Ν. 104(I)/2010⁵, όπως αυτός έχει τροποποιηθεί⁶, έχει αρμοδιότητα μεταξύ άλλων να εκδικάζει προσφυγές σε σχέση με συμβάσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Μέρους II του Ν. 12(I)/2006⁷ και στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 173(I)/2011.

Εξετάζοντας πρώτα τη θέση των Αιτητών ότι η μη αποκάλυψη σ' αυτούς της απόφασης του Υπουργικού Συμβουλίου και όλων των σχετικών υποστηρικτικών εγγράφων συμπεριλαμβανομένης της γνωμάτευσης της Νομικής Υπηρεσίας, ημερ. 23.11.2015 τα οποία σημειωτέον έχουν κατατεθεί στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών παρατηρούμε τα εξής:

Μετά από μελέτη όλων των χαρακτηρισθέντων ως «απόρρητα» αλλά και όσων η ίδια η Αναθέτουσα Αρχή κατέγραψε στη γραπτή της αγόρευση δεν θα είχαμε την

⁵ Ο περί των Διαδικασιών Προσφυγής στον Τομέα της Σύναψης των Δημοσίων Συμβάσεων Νόμος του 2010, στο εξής Ν. 104(I)/2010

⁶ Τροποποιητικός Ν. 174(I)/2011

⁷ Έχει καταργηθεί και αντικατασταθεί από το Ν. 73(I)/2016

παραμικρή ανησυχία να επιτρέψουμε στους Αιτητές να τα επιθεωρήσουν εάν δεν είχαν από τους συντάκτες τους ταξινομηθεί ως «απόρρητο». Τίποτε δεν αναφέρεται σ' αυτά πέραν των όσων η Αναθέτουσα Αρχή κατέγραψε στη γραπτή της αγόρευση ώστε να τίθεται ζήτημα ότι οι Αιτητές στερήθηκαν του δικαιώματος να ετοιμάσουν την υπόθεση τους. Η ίδια η Αναθέτουσα Αρχή καταγράφει στη γραπτή της αγόρευση, ως βάση της θεώρησής της ότι το αντικείμενο του διαγωνισμού εμπίπτει στις εξαιρέσεις του άρθρου 13(α) του Ν. 173(Ι)/2011 όσα ακριβώς βρίσκονται καταγραμμένα στα χαρακτηρισθέντα έγγραφα ως απόρρητα.

Οι διαπιστώσεις μας αυτές καθιστούν αβάσιμο τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι έχουν στερηθεί πληροφοριών ή στοιχείων που θα τους ήταν χρήσιμα για την παρουσίαση της υπόθεσής τους. Όλα τα ουσιώδη ή με άλλα λόγια ότι οδήγησε στον χαρακτηρισμό του αντικειμένου της σύμβασης ως εμπίπτον στις εξαιρέσεις του άρθρου 13(α) του Ν. 173(Ι)/2011, η Αναθέτουσα Αρχή τα έχει περιλάβει στη γραπτή της αγόρευση.

Σ' ότι αφορά τη γνωμάτευση της Νομικής Υπηρεσίας η οποία επίσης δεν δόθηκε στους Αιτητές ούτε και πάλι τους επηρεάζει. Στην ουσία η γνωμάτευση διαπιστώνει όσα η Αναθέτουσα Αρχή επικαλέστηκε ενώπιον μας για να υποστηρίξει την ορθότητα της διαδικασίας που ακολουθήθηκε, δηλαδή της κήρυξης της σύμβασης ως απόρρητης από το Γενικό Διευθυντή του Υπουργείου Άμυνας και στη συνέχεια

την υποβολή πρότασης στο Υπουργικό Συμβούλιο λόγω απουσίας ρητής νομοθετικής πρόνοιας ως προς τη διαδικασία η οποία θα πρέπει να ακολουθηθεί για εφαρμογή της διάταξης 13(α) για εξαίρεση σύμβασης από το Ν. 173(I)/2011.

Συνεπώς ο πιο πάνω ισχυρισμός των Αιτητών δεν ευσταθεί όπως δεν ευσταθεί ο ισχυρισμός τους ότι επειδή στα έγγραφα του διαγωνισμού, ο οποίος σημειωτέον προκηρύχθηκε ως κλειστός διαγωνισμός, επειδή γίνονται κάποιες αναφορές στο Ν. 73(I)/2016 ο τελευταίος τυγχάνει εφαρμογής, εφόσον κατά τη συζήτηση της υπόθεσης τα μέρη συμφώνησαν ότι ο υπό κρίση διαγωνισμός εμπίπτει στο πλαίσιο εφαρμογής του Ν. 173(I)/2011 και όχι στο πλαίσιο του Ν. 73(I)/2016.

Το άρθρο 13 του Ν. 173(I)/2011 το οποίο βρίσκεται κάτω από το Κεφ. ΙΙΙ - ΕΞΑΙΡΕΣΕΙΣ ΑΠΟ ΤΟ ΠΕΔΙΟ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ ΚΑΙ ΕΙΔΙΚΑ ΚΑΘΕΣΤΩΤΑ, για ότι εδώ ενδιαφέρει, προβλέπει τα εξής:

«13. Οι διατάξεις του παρόντος Νόμου δεν εφαρμόζονται στις ακόλουθες περιπτώσεις:

(α) Στις συμβάσεις για τις οποίες η εφαρμογή των διατάξεων αυτών θα υποχρέωνε την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα ή οποιοδήποτε άλλο όργανο ή αρχή της Δημοκρατίας να παράσχει πληροφορίες, η αποκάλυψη των οποίων κρίνεται ότι είναι αντίθετη προς τα ουσιώδη συμφέροντα ασφάλειας της Δημοκρατίας·

[...]».

Στην ΕΡΜΗΝΕΥΤΙΚΗ ΑΝΑΚΟΙΝΩΣΗ⁸ της Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων για την εφαρμογή του άρθρου 296 της Συνθήκης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων που αφορούν την άμυνα ημερ. 7.12.2006 μεταξύ άλλων αναφέρονται τα εξής:

«2. ΣΥΜΦΕΡΟΝΤΑ ΑΣΦΑΛΕΙΑΣ ΚΑΙ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΒΑΣΕΙ ΤΗΣ ΣΥΝΘΗΚΗΣ

Ο προσδιορισμός και η προστασία των συμφερόντων ασφάλειας υπάγεται στην αρμοδιότητα των κρατών μελών. Το άρθρο 296 της Συνθήκης αναγνωρίζει αυτό το προνόμιο και προβλέπει παρέκκλιση για περιπτώσεις στις οποίες η συμμόρφωση με την ευρωπαϊκή νομοθεσία θα μπορούσε να υπονομεύσει τα ζωτικά συμφέροντα ασφάλειας των κρατών μελών.

[...]

6. Ο ΡΟΛΟΣ ΤΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ

Δεν είναι αρμοδιότητα της Επιτροπής να αξιολογεί τα ζωτικά συμφέροντα ασφάλειας των κρατών μελών, ούτε να κρίνει ποιον στρατιωτικό εξοπλισμό θα προμηθεύονται για να προστατεύουν τα εν λόγω συμφέροντα. Ωστόσο, ως θεματοφύλακας της Συνθήκης, η Επιτροπή μπορεί να επαληθεύει κατά πόσον πληρούνται οι όροι εξαιρέσεως των δημοσίων συμβάσεων προμηθειών με βάση το άρθρο 296 της Συνθήκης.

Στις περιπτώσεις αυτές, εναπόκειται στα κράτη μέλη να παρέχουν, μετά από αίτηση της Επιτροπής, τις απαραίτητες πληροφορίες και να αποδεικνύουν ότι η εξαιρέση είναι απαραίτητη για την προστασία των ζωτικών συμφερόντων ασφαλείας τους. Το Δικαστήριο έχει αποφανθεί επανειλημμένα ότι «Από το άρθρο 10 ΕΚ προκύπτει ότι τα κράτη μέλη υποχρεούνται να συνεργάζονται καλοπίστως όσον αφορά οποιαδήποτε έρευνα που η Επιτροπή διεξάγει δυνάμει του άρθρου 226 ΕΚ, και να παρέχουν στην τελευταία όλες τις ζητούμενες για τον σκοπό αυτό πληροφορίες».⁹ Αυτό αφορά όλες τις έρευνες που διεξάγει η Επιτροπή ως θεματοφύλακας της Συνθήκης, συμπεριλαμβανομένων των πιθανών επαληθεύσεων της δυνατότητας εφαρμογής του άρθρου 296 της Συνθήκης για τις αμυντικές συμβάσεις [...]».

⁸ COM(2006) 779 τελικό

⁹ Απόφαση της 13ης Ιουλίου 2004, υπόθεση 82/03 Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 15

Είναι κοινό έδαφος ότι η διαδικασία την οποία η Αναθέτουσα Αρχή ακολούθησε δεν προβλέπεται ούτε από το Ν. 173(I)/2011 ούτε από τους Κανονισμούς, ΚΔΠ 257/2012¹⁰ οι οποίοι εκδόθηκαν σύμφωνα με το άρθρο 60 του εν λόγω Νόμου. Αυτό όμως από μόνο του δεν επιλύει το ζήτημα της δικαιοδοσίας της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών ενόψει της ρητής διάταξης του άρθρου 13(α) του Ν. 173(I)/2011 και όσων η Αναθέτουσα Αρχή πρόβαλε ενώπιον μας με σκοπό την εξαίρεση του από το πεδίο εφαρμογής του Ν. 173(I)/2011 έστω κι' εάν τα πρόβαλε για να δικαιολογήσει την κήρυξη της σύμβασης ως απόρρητης. Το γεγονός ότι δεν προβλέπεται διαδικασία δεν σημαίνει ότι συμβάσεις οι οποίες θα υποχρέωναν την Αναθέτουσα Αρχή να δώσει πληροφορίες που είναι αντίθετες προς τα ουσιώδη συμφέροντα ασφάλειας της Δημοκρατίας εμπίπτουν στο Ν. 173(I)/2011.

Έχοντας υπόψη όσα η Ερμηνευτική Ανακοίνωση καταγράφει και τα οποία εφαρμοζόμενα κατ' αναλογία αφού η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών αποτελεί ανεξάρτητο σώμα με αρμοδιότητα τον έλεγχο της νομιμότητας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων στην Κυπριακή Δημοκρατία προχωρούμε να εξετάσουμε εάν με όσα η Αναθέτουσα Αρχή πρόβαλε και τα οποία έχουμε ήδη παραθέσει, το αντικείμενο του διαγωνισμού εμπίπτει στην εξαίρεση του άρθρου 13(α) του Ν. 173(I)/2011. Ότι για την υλοποίηση του αντικειμένου της σύμβασης θα χρειαστεί η διάθεση όσων η Αναθέτουσα Αρχή ισχυρίστηκε δεν υπήρξε από τους

¹⁰ Οι περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων στους Τομείς της Άμυνας και της Ασφάλειας Κανονισμοί του 2012, ΚΔΠ 257/2012

Αιτητές οποιαδήποτε αμφισβήτηση. Ανεξάρτητα όμως από αυτό δεν χωρεί αμφιβολία ότι οι χώροι των στρατοπέδων της Εθνικής Φρουράς, η οργάνωση των συστημάτων ασφαλείας τους και η διάταξη των μονάδων και του οπλισμού τους αφορούν ουσιώδη συμφέροντα ασφαλείας της Κυπριακής Δημοκρατίας, ενόψει μάλιστα του γεγονότος ότι έδαφος της από το 1974 κατέχεται παράνομα από την Τουρκία.

Ότι η εξαίρεση του άρθρου 13(α) αφορά περιορισμένες περιπτώσεις ή με άλλα λόγια ότι το εν λόγω άρθρο πρέπει να ερμηνεύεται στενά συνάγεται από το σύνολο των διατάξεων του εν λόγω νόμου. Αυτό όμως δεν εξουδετερώνει το δικαίωμα που αναγνωρίζεται στα κράτη μέλη να μην παρέχουν πληροφορίες την διάδοση των οποίων θεωρούν αντίθετη προς ουσιώδη συμφέροντα ασφάλειας τους.

Στην παρούσα περίπτωση οι πληροφορίες που θα υποχρεωθεί η Αναθέτουσα Αρχή να δώσει στους οικονομικούς φορείς όπως αυτές έχουν μεταφερθεί στη γραπτή αγόρευση της Αναθέτουσας Αρχής από τα χαρακτηρισθέντα έγγραφα ως «απόρρητα» κρίνουμε ότι εντάσσουν το αντικείμενο του διαγωνισμού στην εξαίρεση του άρθρου 13(α) του Ν. 173(I)/2011. Ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι στο στάδιο της προεπιλογής δεν τίθεται ζήτημα να δοθούν εμπιστευτικές πληροφορίες επίσης δεν ευσταθεί όπως επίσης δεν ευσταθεί η επίκληση του άρθρου 8 του Ν. 173(I)/2011. Το γεγονός ότι ο διαγωνισμός έχει δύο στάδια, στάδιο προεπιλογής

και στάδιο ανάθεσης της σύμβασης δεν τον καθιστά δύο διαγωνισμούς. Ο διαγωνισμός παραμένει ένας και είτε το αντικείμενο του εμπίπτει στην εξαίρεση του άρθρου 13(α) του Ν. 173(Ι)/2011, είτε όχι. Σ' ότι αφορά το άρθρο 8¹¹ του Ν. 173(Ι)/2011 αυτό δεν αφορά περιπτώσεις διαγωνισμών που εμπίπτουν στις εξαιρέσεις του άρθρου 13 του Ν. 173(Ι)/2011.

Συνακόλουθο όλων των πιο πάνω είναι ότι η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών δεν έχει δικαιοδοσία να εξετάσει την προσβαλλόμενη απόφαση. Ομόφωνα αποφασίζουμε ότι η Προσφυγή είναι νόμω αβάσιμη και ως τέτοια απορρίπτεται.

Δεν επιδικάζονται έξοδα.

¹¹ «8. Οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες φορείς δύνανται να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς απαιτήσεις που αποσκοπούν στην προστασία των διαβαθμισμένων πληροφοριών που κοινοποιούν κατά τη διάρκεια της όλης διαδικασίας υποβολής προσφορών και ανάθεσης της σύμβασης και δύνανται περαιτέρω, να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να διασφαλίζουν τη συμμόρφωση των υπεργολάβων τους προς τις απαιτήσεις αυτές».