



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

Ιεραρχική Προσφυγή Αρ. 32/2009

Μεταξύ:

ATLANTIC INSURANCE COMPANY PUBLIC LTD

Αιτητών

v.

ΑΡΧΗΣ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ ΚΥΠΡΟΥ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

Ζαχαρίας Τουλούρας, Πρόεδρος
Νίκος Πιπτοκοπίτης, Μέλος
Ιωσήφ Ιωσηφίδης, Μέλος

Αιτητές:

ATLANTIC INSURANCE COMPANY PUBLIC LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Γιώργο Βαλιαντή, Δικηγόρο
2. Γεώργιο Γεωργίου, Δικηγόρο
3. Άγη Ωρολογά, Εκπρόσωπο Αιτούσας
Κοινοπραξίας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΑΡΧΗ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ ΚΥΠΡΟΥ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Έλενα Μιχαήλ, Δικηγόρο
2. Κλέο Κλεάνθους, Βοηθό Διευθυντή Νομικής
Υπηρεσίας ΑΗΚ

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 12 Αυγούστου, 2009

Α Π Ο Φ Α Σ Η

A. Με την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή οι Αιτητές προσβάλλουν την απόφαση της Αρχής Ηλεκτρισμού Κύπρου (στο εξής Αναθέτουσα Αρχή), να κατακυρώσει το Διαγωνισμό αρ. 1/2009 αναφορικά με «ασφαλιστική κάλυψη κατά παντός κινδύνου των περιουσιακών στοιχείων της ΑΗΚ (All Risks Insurance Policy)» σε άλλο προσφοροδότη.

B. Γεγονότα

1. Ο διαγωνισμός προκηρύχθηκε με δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ε.Ε. στις 12.1.2009 και στην Επίσημη Εφημερίδα της Κυπριακής Δημοκρατίας στις 16.1.2009.

2. Κριτήριο επιλογής είναι η χαμηλότερη οικονομικά προσφερόμενη τιμή/ασφαλιστρο.

3. Η Επιτροπή Αξιολόγησης σε έκθεση της στις 27.3.2009 εισηγήθηκε την κατακύρωση του διαγωνισμού στην Aphentrica Marine Insurance Brokers Ltd & Lloyd & Partners Ltd.

4. Η Επιτροπή Προσφορών στις 30.3.2009 ενέκρινε την εισήγηση κατακύρωσης της Επιτροπής Αξιολόγησης και στις 31.3.2009, πληροφόρησε τους Αιτητές ότι η προσφορά τους απορρίφθηκε επειδή δεν ήταν η χαμηλότερη από πλευράς ασφαλιστρο.

5. Με επιστολή τους ημερομηνίας 5.4.2009 οι Αιτητές απευθύνθηκαν στην Αναθέτουσα Αρχή προβάλλοντας τη θέση ότι ο επιτυχών προσφοροδότης δεν ικανοποιούσε τους όρους του Διαγωνισμού αφού αυτός είναι «broker» και όχι «Insurer», και συνεπώς δεν μπορούσε να προσφέρει την απαιτούμενη από τους όρους του Διαγωνισμού ασφαλιστική κάλυψη.

6. Η Αναθέτουσα Αρχή απαντώντας στους Αιτητές με την επιστολή της ημερομηνίας 8.4.2009 ισχυρίστηκε ότι η επιλεγείσα προσφορά ήταν σύμφωνη τόσο με τους όρους του Διαγωνισμού όσο και με την Κυπριακή Νομοθεσία.

7. Οι Αιτητές καταχώρησαν την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή στις 16.4.2009. Την ίδια ημέρα η ΑΑΠ εξέδωσε κατόπιν αίτησης των Αιτητών προσωρινό μέτρο με το οποίο αναστάληκε η ισχύς της πιο πάνω προσβαλλόμενης απόφασης για δύο ημέρες και στις 22.4.2009 παράτεινε την ισχύ του μέχρι την τελική έκδοση απόφασης επί της παρούσας Ιεραρχικής Προσφυγής.

Γ. Οι θέσεις των Αιτητών

1. Αρχές Χρηστής Διοίκησης και Φυσικής Δικαιοσύνης

Ο πρώτος λόγος ακύρωσης που προέβαλαν οι Αιτητές αφορούσε στο γεγονός ότι ο Διοικητικός Φάκελος δεν είναι αρχειοθετημένος κατά τον προσήκοντα τρόπο αφού α) δεν έχει μητρώο καταχωρήσεων, β) τα έγγραφα σ' αυτόν δεν φέρουν αρίθμηση και γ) κάποια έγγραφα είναι φωτοαντίγραφα ενώ παράλληλα λείπουν τα γνήσια έγγραφα. Επομένως, ισχυρίστηκαν, κατά παράβαση των αρχών φυσικής δικαιοσύνης καθώς και των αρχών χρηστής διοίκησης όπως αυτές διατυπώνονται στα άρθρα 42 και 50 του Ν. 158(Ι)/99, αντίστοιχα, δεν μπορεί να ελεγχθεί η νομιμότητα της διαδικασίας του Συμβουλίου της ΑΗΚ.

2. Λήξη της Προσφοράς

Ακολούθως, οι Αιτητές υποστήριξαν ότι η προσφορά των αντασφαλιστών της επιτυχούσας είχε λήξει αφού στην επιβεβαίωση της συμμετοχής τους, με σφραγίδες και υπογραφές στο "SCHEDULE A2", δηλώνουν ότι η ισχύς της καλύπτει 60 μέρες από την τελευταία ημέρα υποβολής της που ήταν η 11^η Μαρτίου 2009. Η μη ανανέωση ή παράταση της είναι ουσιώδης, η δε προσφορά άκυρη και συνεπώς συμπαρασύρει σε ακυρότητα την κατακύρωση, εισηγήθηκαν οι Αιτητές.

3. Πλάνη, υπέρβαση και/ή κατάχρηση εξουσίας

Ισχυριζόμενοι ότι η επιτυχούσα εταιρεία δεν ανταποκρίθηκε στον ουσιώδη όρο 1.11, οι Αιτητές υποστήριξαν ότι η Αναθέτουσα Αρχή πεπλανημένα, και/ή καταχρηστικά, αντί να θεωρήσει άκυρη την προσφορά της και να μην την αξιολογήσει, όπως καθόριζε ο όρος 1.12, ζήτησε στις 24.3.2009 από την επιτυχούσα την εξής διευκρίνηση: "Provide the

necessary proof of experience of insurers / reinsurers as per paragraph 1.11 – experience”.

Προς υποστήριξη αυτής της θέσης τους οι Αιτητές αναφέρθηκαν μεταξύ άλλων στην απόφαση στην Αναθεωρητική Έφεση υπ’ αρ. 903 *Tamassos Tobacco Suppliers Co Ltd v. Δημοκρατίας*, όπου λέχθηκε ότι ο κρίσιμος χρόνος για τη διαπίστωση των προϋποθέσεων συμμετοχής στο Διαγωνισμό και για συμμόρφωση με τους όρους του είναι η τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών καθώς και στην υπόθεση *Γεώργιος και Κύπρος Ηλιάδης Λτδ v. Δημοκρατίας (1990) 3 ΑΑΔ 1165*, όπου κρίθηκε ότι η εκ των υστέρων υποβολή στοιχείων παραβιάζει τις αρχές της χρηστής διοίκησης και της ισότητας και καθιστά άκυρη την προσφορά.

Επιπρόσθετα, ισχυρίστηκαν οι Αιτητές, διαπιστώνεται και πλάνη περί τα πράγματα καθ’ ότι η Αναθέτουσα Αρχή στηρίχθηκε σε πραγματικά γεγονότα και προϋποθέσεις εξ αντικειμένου ανύπαρκτα ή δεν έλαβε υπόψη ουσιώδη πραγματικά γεγονότα. Ως εκ τούτου υπήρξε ξεκάθαρη παραβίαση του άρθρου 46(2) του Ν. 158(Ι)/1999 και επομένως η προσβαλλόμενη πράξη καθίσταται παράνομη.

4. Ο Όρος 1.11

Στην προσφορά της επιτυχούσας αναφέρεται ότι οι αντασφαλιστές Mitsui Sumitomo θα αναλάβουν το 70% του ασφαλισμένου κινδύνου, και συγκεκριμένα :

- α) το 70% του «Limit of Indemnity» (όριο ασφαλιστικής κάλυψης) δηλαδή ποσό 301 εκατομμυρίων Ευρώ επί συνόλου 430 εκατομμυρίων Ευρώ.
- β) το 70% του «Sum Insured» (ασφαλισμένο ποσό) δηλαδή ποσό 1,12 δισεκατομμυρίων Ευρώ επί συνόλου 1,6 δισεκατομμυρίων Ευρώ.

Ο όρος 1.11 Experience διαλαμβάνει ότι: *«Insurers / reinsurers who will retain any part of the risk should have adequate previous experience in Energy Risks Insurance and there should be included in the tender written submission of the particulars of such experience in providing at least one 12-month cover since 1.1.2002 at least to the level of risk of the amount of the value to be underwritten.*

Each insurer/reinsurer will have to submit separately particulars of their experience

through the Tenderer who himself may not retain any part of the risk...»

Η θέση των Αιτητών ήταν ότι ακόμη και μετά τις διευκρινίσεις της προς την Αναθέτουσα Αρχή στις 25.3.2009, η επιτυχούσα δεν κατάφερε να αποδείξει ότι οι αντασφαλιστές της μπορούσαν να αναλάβουν τον κίνδυνο καθ' όσον αφενός δεν περιέλαβε τα πιο πάνω στοιχεία στην προσφορά της και αφετέρου απλά αναφέρθηκε σε ονόματα πελατών των αντασφαλιστών της και αόριστες διαβεβαιώσεις ότι πληρούσε τον όρο 1.11. Επιπλέον, οι Αιτητές επεσήμαναν ότι η επιτυχούσα εταιρεία δεν επισύναψε οποιαδήποτε αποδεικτικά έγγραφα προς υποστήριξη των όσων ανέφερε και δεν έδωσε λεπτομέρειες ως προς το ποιο είναι το όριο της ασφαλιστικής κάλυψης (Limit of Indemnity) και ποιο ποσοστό από αυτό το όριο έχει αναλάβει η Mitsui Sumitomo σε σχέση με την ασφαλιστική κάλυψη της ESB. Έτσι, δεν μπορεί να διαπιστωθεί ότι αυτή διαθέτει *«εμπειρία για τουλάχιστον 12-μηνιαία κάλυψη από την 1.1.2002 τουλάχιστον για το επίπεδο κινδύνου του ποσού της αξίας που θα αντασφαλιστεί»* όπως απαιτεί ο όρος 1.11 των εγγράφων.

Εκτός από την πιο πάνω πλάνη περί τα πράγματα, οι Αιτητές υποστήριξαν ότι τίθεται και θέμα έλλειψης δέουσας και επαρκούς έρευνας αφού παρά την επισήμανση στην οποία είχαν προβεί οι ίδιοι, η Αναθέτουσα Αρχή παρέλειψε να διερευνήσει κατά πόσο υπήρχαν τα απαραίτητα στοιχεία που θα αποδείκνυαν τη συμμόρφωση της επιτυχούσας με τον όρο 1.11 των εγγράφων του Διαγωνισμού.

5. Ο όρος 3.3

Ο όρος 3.3 *“Property to be covered”* προνοεί: *“Group A: Power Stations” “Including all, but not limited to those Civil Works, Buildings and contents, Boilers, Turbines, Auxiliaries and other equipment, as set out in the Major Elements Analysis in Appendix A”*

Ο ουσιώδης όρος 3.3 καλύπτει και τα boilers, που η συνολική αξία τους, σύμφωνα με τα έγγραφα του Διαγωνισμού, είναι περίπου 250 εκατομμύρια Ευρώ. Οι Αιτητές ισχυρίστηκαν ότι η προσφορά της επιτυχούσας εταιρείας δεν πληροί τον όρο αυτό του Διαγωνισμού καθ' όσον εξαιρείται το *«Boiler Explosion»* που σύμφωνα με τους ίδιους είναι βασικότερη πηγή κινδύνου για τα Boilers. Επομένως, υποστήριξαν οι Αιτητές, η

Αναθέτουσα Αρχή ενήργησε με πλάνη περί τα πράγματα αφού θεώρησε την προσφορά της επιτυχούσας ως έγκυρη παρά την παραβίαση ουσιώδους όρου του Διαγωνισμού.

6. Αναρμόδιο όργανο

Ως επόμενο λόγο ακύρωσης οι Αιτητές προέβαλαν το γεγονός ότι η επίδικη κατακύρωση δεν λήφθηκε από το Συμβούλιο της ΑΗΚ, αλλά από την Επιτροπή Αξιολόγησης και την Επιτροπή Προσφορών που είναι γνωμοδοτικά όργανα, γεγονός που συνιστά παραβίαση θεμελιωδών αρχών του διοικητικού δικαίου.

7. Δημόσιο Συμφέρον

Τέλος, οι Αιτητές επικαλούμενοι την πρόσφατη απόφαση του ανωτάτου Δικαστηρίου στην υπόθεση αρ. 1855/2008, *CYBARCO PLC v. 1) ΑΑΠ, 2) Κυπριακής Δημοκρατίας, απόφαση ημερομηνίας 9.1.2009*, ισχυρίστηκαν ότι στην παρούσα υπόθεση τίθεται ταυτόχρονα με την προστασία του δικού του συμφέροντος και θέμα δημοσίου συμφέροντος καθ' ότι μόνο αν η προσφορά κατακυρωθεί υπέρ των Αιτητών θα προστατευθεί το δημόσιο συμφέρον από τους κινδύνους που θα προκύψουν ως αποτέλεσμα των πιο πάνω αναφερόμενων κενών στην προσφορά της επιτυχούσας εταιρείας.

Γ. Οι θέσεις της Αναθέτουσας Αρχής

1. Η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτοντας τον ισχυρισμό των Αιτητών για παραβίαση των κανόνων φυσικής δικαιοσύνης και χρηστής διοίκησης κατά την αρχειοθέτηση του σχετικού διοικητικού φακέλου υποστήριξε ότι έχει υιοθετήσει ένα σύστημα αρχειοθέτησης σε δύο φακέλους, ένα του τμήματος προμηθειών και ένα του τμήματος που σχετίζεται με το αντικείμενο έκαστου διαγωνισμού. Το σύστημα αυτό εισηγήθηκε, εξυπηρετεί τους σκοπούς της αλλά και συγχρόνως επιτρέπει το δικαστικό έλεγχο.

2. Αναφορικά με το θέμα λήξης της ισχύος της προσφοράς, οι εκπρόσωποι της Αναθέτουσας Αρχής ανέφεραν ότι κατόπιν αιτήματος τους το οποίο διαβιβάστηκε στους προσφοροδότες με την επιστολή τους ημερομηνίας 23.4.2009, τόσο οι Αιτητές όσο και η

επιτυχούσα εταιρεία παρέτειναν την ισχύ της προσφοράς τους μέχρι την 10.8.2009. Επίσης διευκρίνισαν ότι η επιστολή των Αιτητών ημερομηνίας 11.5.2009 με την οποία επισύναψαν επιστολές των ασφαλιστών/αντασφαλιστών που λάμβαναν μέρος στην προσφορά τους δε λήφθηκε υπόψη γιατί ήταν εκπρόθεσμη, στάλθηκε εκ του περισσού αφού δεν τους ζητήθηκε και το κυριότερο, διαφοροποιούσε το περιεχόμενο της ήδη υποβληθείσας από τους Αιτητές προσφοράς. Επιπλέον, υπέδειξαν ότι σε κανένα διαγωνισμό με την παράταση ισχύος των προσφορών, δεν ζητείται η εκ νέου υποβολή των εγγράφων. Ο προσφοροδότης επιβεβαιώνει την παράταση της ισχύος της προσφοράς του και εξασφαλίζει την παράταση της κάλυψης όσων συμμετέχουν. Δεν αποτελεί υποχρέωση της Αναθέτουσας Αρχής να επιβεβαιώσει αν οι λοιποί συμμετέχοντες, τους οποίους ο προσφοροδότης προτείνει, εξακολουθούν να συμμετέχουν.

3. Πλάνη περί τα πράγματα, υπέρβαση εξουσίας, παράβαση ουσιώδους όρου

Οι εκπρόσωποι της Αναθέτουσας Αρχής απορρίπτοντας τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι έδωσαν το δικαίωμα στον επιτυχόντα προσφοροδότη να περιλάβει στην προσφορά του στοιχεία εκ των υστέρων υποστήριξαν ότι με την επιστολή τους ημερομηνίας 24.3.2009 ζήτησαν από την επιτυχούσα εταιρεία να υποβάλει τα απαραίτητα αποδεικτικά όπως ακριβώς προνοεί ο όρος 1.11 του Διαγωνισμού. Η εν λόγω εταιρεία στην επιστολή της ημερομηνίας 25.3.2009 παρέθεσε στοιχεία αναφορικά με την εμπειρία των ασφαλιστών/αντασφαλιστών οι οποίοι συμμετέχουν στην προσφερθείσα από αυτήν κάλυψη. Σε σχέση με την Mitsui ανέφερε τα ακόλουθα:

“Mitsui currently write the London lead line on ESB and have done so for the past 5 years. ESB consists of a mix of coal and gas fired power stations, transmission and distribution sub stations and other similar assets and office and maintenance / service workshops etc. The total asset base is in excess of EUR 8bn and full All Risk cover (plus machinery breakdown) is provided along with Business interruption coverage.”

Σε σχέση με τους Zurich Insurance Plc και QBE Insurance (Europe) Ltd ανέφεραν τα ακόλουθα:

“[...] both Zurich Insurance Plc and the QBE Group participate on the JLT Group placement for Empresas Publicas de Medellin (EPM). The total asset base for EPM is in excess of USD2.7bn and full All Risk cover is provided along with Business interruption coverage. Macquarie Generation is Australia’s largest Generator of power with approaching 5000 MW generation. The total asset base is multiples of that of EAC.”

Το επιχείρημα της Αναθέτουσας Αρχής είναι ότι η Mitsui κατέχει τη μεγαλύτερη συμμετοχή στην ασφάλιση της ESB η οποία διαθέτει περιουσιακά στοιχεία 8 δισεκατ. ευρώ. Στην προσφορά της Arhentrica συμμετέχει με 70%, δηλαδή η πείρα της θα πρέπει να είναι τουλάχιστο 1.120 δις ευρώ. Επομένως, για να ικανοποιήσει την απαίτηση θα πρέπει η συμμετοχή της Mitsui στην κάλυψη της ESB μόνο να είναι 14% και άνω. Αφού κατέχει τη μεγαλύτερη συμμετοχή στην κάλυψη της ESB σίγουρα η συμμετοχή της είναι πολύ μεγαλύτερη του 14%, εισηγήθηκαν οι εκπρόσωποι της Αναθέτουσας Αρχής. Πρόσθετα αναφέρονται κι άλλα συμβόλαια συμμετοχής της Mitsui, που αναμφισβήτητα ικανοποιεί τον όρο 1.11.

Αναφορικά με τις Zurich Insurance Plc και η QBE Insurance (Europe) Ltd, σύμφωνα με τα πιο πάνω στοιχεία αυτές συμμετέχουν στην κάλυψη της EPM (της οποίας τα περιουσιακά στοιχεία ανέρχονται σε 2.7 δισεκ. Δολάρια ΗΠΑ ή 1.916.556.087 Ευρώ) με 15% έκαστη. Δηλαδή η πείρα καθεμιάς πρέπει να είναι 240 εκ. ευρώ. Για να ικανοποιηθεί αυτή η απαίτηση πρέπει η συμμετοχή έκαστης στην ασφάλιση της EPM μόνο να είναι 12,5% περίπου (239.569.510 Ευρώ). Η θέση της Αναθέτουσας Αρχής ήταν ότι παρά το γεγονός ότι δεν αναφέρεται ρητά το ύψος συμμετοχής κάθε εταιρείας στο συμβόλαιο, η συμμετοχή σ’ αυτό, πέραν των όσων αναφέρονται στο Schedule B (στο οποίο αναγράφονται όλοι οι συμμετέχοντες στην κάλυψη), ικανοποιεί την απαίτηση του όρου.

4. Παράβαση όρου 3.3

Απαντώντας στον ισχυρισμό των Αιτητών ότι εξαιρούνται από την ασφαλιστική κάλυψη οι λέβητες (boilers), οι εκπρόσωποι της Αναθέτουσας Αρχής παρέπεμψαν στο Endorsement No.1 του προτεινόμενου συμβολαίου όπου προνοούνται τα ακόλουθα:

“The Tender Documentation No.14/2008 will be incorporated in the Insurance Policy and will take precedent in case of contradiction with any of the terms and conditions of the Policy Wording with the terms and conditions of the Tender Documentation incorporated in the Insurance Policy.” Επιπλέον, στον τίτλο της προσφοράς της επιτυχούσας εταιρείας αναφέρεται ότι *«The Policy wording is endorsed to confirm that the Tender document is paramount and will prevail in the event of any contradiction between the two documents»* και στην εισαγωγή της προσφοράς αναφέρεται ότι *«The All Risks Tender Document and any information by the Assured shall be incorporated in and form part of this Policy»*. Από τα πιο πάνω συνάγεται, υποστήριξαν οι εκπρόσωποι της Αναθέτουσας Αρχής, πως όταν υπάρχει αντίθεση μεταξύ των όρων του συμβολαίου και των όρων του Διαγωνισμού υπερέχουν οι όροι του Διαγωνισμού. Συνεπώς, ένας όρος του συμβολαίου που είναι σε αντίθεση με αυτούς του Διαγωνισμού δεν εφαρμόζεται. Κατ' επέκταση δεν μπορεί να εφαρμοστεί η εξαίρεση κάλυψης ζημίας από έκρηξη λέβητα αφού η κάλυψη αυτή απαιτείται από τους όρους του Διαγωνισμού. Εξάλλου, επεσήμαναν ότι το συμβόλαιο του επιτυχόντα δεν δεσμεύει την Αναθέτουσα Αρχή ως τελικό, αφού μετά την κατακύρωση συναντάται με τον επιτυχόντα προσφοροδότη για διευκρινίσεις προς συνομολόγηση της συμφωνίας.

5. Όσον αφορά στον ισχυρισμό ότι η επίδικη απόφαση λήφθηκε από αναρμόδιο όργανο, η θέση της Αναθέτουσας Αρχής ήταν ότι σύμφωνα με την απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της ΑΗΚ ημερ. 12.10.2004, το Διοικητικό Συμβούλιο επιλαμβάνεται της ανάθεσης συμβάσεων αξίας άνω των 854.300 Ευρώ. Επομένως, για συμβάσεις μικρότερης αξίας (όπως η παρούσα σύμβαση αξίας 829.843 Ευρώ) αρμόδιο όργανο ανάθεσης είναι η Επιτροπή Προσφορών.

6. Σε σχέση με το θέμα του δημοσίου συμφέροντος οι εκπρόσωποι της

Αναθέτουσας Αρχής επανέλαβαν ότι η αξιολόγηση των προσφορών έγινε ορθά και υπεύθυνα και εντός των πλαισίων της διακριτικής της ευχέρειας. Αντιθέτως, επιζήμια για το δημόσιο συμφέρον θα ήταν όπως ισχυρίστηκαν, τυχόν κατακύρωση στους Αιτητές των οποίων η προσφορά είναι κατά 400.000 Ευρώ περίπου ψηλότερη.

Ε. Αφού ακούσαμε τις θέσεις των δύο πλευρών και μελετήσαμε ενδελεχώς το περιεχόμενο του σχετικού διοικητικού φακέλου καταλήγουμε στα ακόλουθα :

Αρχικά, όσον αφορά στο διοικητικό φάκελο της ΑΗΚ κρίνουμε ότι δεν υπάρχει θέμα προς εξέταση. Διενεργήθηκε έρευνα του από τους δικηγόρους των Αιτητών (όπως ορίζει η διαδικασία ενώπιον της ΑΑΠ) και το γεγονός ότι είναι αρχειοθετημένος σε δύο τμήματα (ένα του τμήματος προμηθειών και ένα του τμήματος που αφορά το διαγωνισμό) δεν δημιουργεί πρόβλημα στο δικαστικό ή αναθεωρητικό έλεγχο.

Επιπλέον, αναφορικά με τη λήξη της προσφοράς της επιτυχούσας, διαπιστώσαμε ότι στο Schedule A2 της προσφοράς της, αναφέρεται ότι η προσφορά είναι ανοικτή για 60 μέρες από τη τελευταία ημέρα υποβολής προσφορών, δηλαδή της 11.3.2009. Το ίδιο παρατηρείται και στην προσφορά των Αιτητών. Η ΑΗΚ είχε δικαίωμα να ζητήσει παράταση της προσφοράς τους από τους Αιτητές και την επιτυχούσα, και το έπραξε έγκαιρα, στις 23.4.2009. Τόσο η επιτυχούσα (στις 28.4.2009) όσο και οι Αιτητές (στις 30.4.2009) απάντησαν ότι επιβεβαιώνουν παράταση της προσφοράς τους μέχρι 10.8.2009. Αυτό σαφώς περιλαμβάνει και παράταση της ισχύος της προσφοράς όλων των συμμετεχόντων στην προσφορά της επιτυχούσας εταιρείας. Συνεπώς, δεν υφίσταται οποιοδήποτε θέμα λήξης της ισχύος της προσφοράς της.

Όσον αφορά στον ισχυρισμό των Αιτητών ότι η απόφαση της ΑΗΚ λήφθηκε από την Επιτροπή Προσφορών αντί από το Διοικητικό Συμβούλιό της και ότι δεν υπήρχε δυνατότητα μεταβίβασης της αρμοδιότητας, αυτός κρίνεται ως αβάσιμος και απορρίπτεται. Ο Κανονισμός 3 της Κ.Δ.Π. 490/2004 είναι σχετικός καθώς και η απόφαση του Συμβουλίου της ΑΗΚ, ημερ.12.10.2004, με βάση την οποία *«η Επιτροπή Προσφορών θα επιλαμβάνεται συμβάσεων αξίας από 256.000 έως 854.300 Ευρώ (όπως η παρούσα, αξίας 829.843 Ευρώ) ενώ το Συμβούλιο θα επιλαμβάνεται συμβάσεων αξίας μεγαλύτερης των 854.300 Ευρώ»*. Η απόφαση της ΑΗΚ είναι σύμφωνη με τη σχετική νομοθεσία. Αν γινόταν κατακύρωση στους Αιτητές, των οποίων

η προσφορά υπερέβαινε το όριο των €854.300, τότε πράγματι θα έπρεπε να αποσταλεί η εισήγηση της Επιτροπής Προσφορών στο Διοικητικό Συμβούλιο όπως προβλέπουν οι σχετικοί κανονισμοί.

Εξετάζοντας τον ισχυρισμό των Αιτητών για εκ των υστέρων υποβολή στοιχείων από την επιτυχούσα με την επιστολή της ημερομηνίας 25.3.09, επισημαίνουμε ότι είναι γνωστή η νομολογημένη αρχή ότι ο κρίσιμος χρόνος εξέτασης των στοιχείων είναι η τελευταία ημερομηνία υποβολής της προσφοράς. Επιπλέον, σύμφωνα με τις αρχές που διέπουν την διακριτική εξουσία της Αναθέτουσας Αρχής να ζητήσει περαιτέρω διευκρινίσεις σε μεταγενέστερο στάδιο, αυτή μπορεί να ασκηθεί μόνο σε περίπτωση που από το περιεχόμενο υποβληθείσας προσφοράς προκύπτει ασάφεια, αοριστία ή έλλειψη καθαρότητας.

Εφαρμόζοντας τα πιο πάνω στα γεγονότα της παρούσας υπόθεσης δε μπορούμε παρά να συμφωνήσουμε με τους Αιτητές ότι η Αναθέτουσα Αρχή υπερέβη τα όρια της διακριτικής της εξουσίας ζητώντας από την επιτυχούσα εταιρεία να υποβάλει αποδεικτικά στοιχεία τα οποία ουσιαστικά όφειλε να υποβάλει στα πλαίσια της προσφοράς. Ο όρος 1.11 είναι σαφής:

Each Insurer/reinsurer will have to submit separately particulars of their experience through the tenderer who himself may not retain any part of the risk.

Συνεπώς, κρίνουμε ότι η υποχρέωση της επιτυχούσας εταιρείας να υποβάλει αποδεικτικά στοιχεία αναφορικά με την πείρα των ασφαλιστών/αντασφαλιστών που συμμετείχαν στην προσφορά της είναι σαφής και η παράλειψη της να το πράξει δεν μπορεί να ερμηνευθεί ως ασάφεια ή αοριστία. Ως εκ τούτου δεν υπήρχαν περιθώρια να θεραπευθεί με την επιστολή ημερομηνίας 25.3.2009 αφού επρόκειτο προφανώς για εκ των υστέρων υποβολή στοιχείων.

Παρά το πιο πάνω εύρημα στο οποίο έχουμε καταλήξει, θα προχωρήσουμε χάριν πληρότητας της παρούσας απόφασης να εξετάσουμε και τους ισχυρισμούς των Αιτητών σχετικά με τη μη ικανοποίηση του όρου 1.11 από την επιτυχούσα εταιρεία. Ο συγκεκριμένος όρος παρείχε τη δυνατότητα στην ΑΗΚ να βεβαιωθεί ότι αυτός που θα

επιλέξει είναι έμπειρος και αξιόπιστος να καλύψει ασφαλιστικά τον κίνδυνο. Ένας τέτοιος όρος δεν μπορεί να ερμηνεύεται με τρόπο αυθαίρετο ή επιλεκτικό, γιατί μετά χάνει την αξία του ως μέτρο σύγκρισης για μια αντικειμενική και αξιόπιστη αξιολόγηση και επιλογή. Επιπλέον, οι διαγωνιζόμενοι θα πρέπει να παρέχουν στοιχεία που χαρακτηρίζονται από διαφάνεια έτσι ώστε η Αναθέτουσα Αρχή να κρίνει και να αξιολογεί αντικειμενικά και χωρίς να παραπλανάται.

Με βάση τους όρους του Διαγωνισμού, η ΑΗΚ ζήτησε κάλυψη του 70% του ασφαλισμένου ποσού, δηλαδή κάλυψη 1,12 δισεκ. Ευρώ επί συνόλου 1,6 δισεκ. Ευρώ που είναι η περιουσία της ΑΗΚ. Άρα η Mitsui για να αποδειχθεί ότι καλύπτει το ασφαλιζόμενο ποσό των 1,12 δισεκ. Ευρώ της ΑΗΚ πρέπει να αποδειχθεί ότι συμμετείχε στην κάλυψη των 8 δισεκ. Ευρώ της ESB με ποσοστό 14%. Ωστόσο, αυτό δεν προκύπτει από τα υποβληθέντα από την επιτυχούσα στοιχεία ακόμη και αν αυτά ληφθούν υπόψη. Συγκεκριμένα, η Αναθέτουσα Αρχή παραδέχθηκε ότι δεν έγινε αναφορά σε συγκεκριμένο ποσοστό συμμετοχής της Mitsui, στην ESB αλλά θεώρησε ότι το γεγονός ότι η συγκεκριμένη εταιρεία ήταν «ο κύριος συμμετέχων στην κάλυψη», ήταν επαρκές για να ικανοποιήσει την απαίτηση για συμμετοχή σε ποσοστό 14%. Η πλάνη στην οποία βρισκόταν η Αναθέτουσα Αρχή κατά την λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης είναι εμφανής. Δεν υπάρχει οτιδήποτε στα ενώπιον της στοιχεία που να επιβεβαιώνει την απαιτούμενη από τους όρους του Διαγωνισμού πείρα της Mitsui.

Επιπρόσθετα, επισημαίνουμε ότι για να ίσχυε ο ισχυρισμός της ΑΗΚ θα έπρεπε η Mitsui στην περίπτωση της ESB να ήταν κύριος αντασφαλιστής (leader) σε ομάδα από επτά το πολύ μέλη. Αν ή Ομάδα είχε άνω των οκτώ μελών τότε είναι αδύνατο να αποδειχθεί ότι η Mitsui, έστω και ως leader, θα κάλυπτε το αναγκαίο ποσοστό του 14% για να αποδείξει την πείρα της. Από έρευνα στο Διοικητικό Φάκελο δεν βρήκαμε ούτε καν αυτό το ελάχιστο στοιχείο, δηλαδή τον αριθμό των αντασφαλιστών στην περίπτωση της ESB.

Συνεπώς, ακόμη και αν δεχτούμε ότι τα στοιχεία που στάλθηκαν σε μεταγενέστερο στάδιο ήταν διευκρινιστικής φύσης και άρα θα μπορούσαν να γίνουν αποδεκτά, το γεγονός είναι ότι και πάλι δεν στοιχειοθετήθηκε η απαιτούμενη πείρα των ασφαλιστών/αντασφαλιστών της επιτυχούσας εταιρείας όπως προνοεί ο όρος 1.11 του Διαγωνισμού. Όσο για το επιχείρημα που προέβαλαν οι εκπρόσωποι της Αναθέτουσας

Αρχής, ότι μπορεί το ποσοστό κάλυψης να είναι μικρότερο του 14% αλλά υπάρχουν και άλλα μικρά έργα που βοηθούν να καλυφθεί σωρευτικά το 14%, αυτό μας βρίσκει και πάλι αντίθετους. Η «σωρευτική κάλυψη με πολλά μικρά έργα» σαφώς εκφεύγει από το πνεύμα του όρου 1.11. Το ζητούμενο ήταν να αποδείξει ο προσφοροδότης ότι μπορεί να καλύψει ασφάλεια κινδύνου ίδιου επιπέδου (same level) όπως το αντίστοιχο έργο της ΑΗΚ. Επομένως, δεν υπάρχουν περιθώρια ερμηνείας του όρου με τον τρόπο τον οποίο εισηγήθηκε η Αναθέτουσα Αρχή αφού, σε τέτοια περίπτωση ένας προσφοροδότης που θα κάλυπτε πολλά μικρά έργα ασήμαντου κινδύνου θα μπορούσε κάλλιστα, να αξιολογηθεί ως ικανός.

Κατ' ανάλογο τρόπο, η ΑΗΚ, αναφέρει ότι η Zurich Insurance Plc και η QBE Insurance (Europe) Ltd που συμμετέχουν κατά 15% έκαστη στην κάλυψη της EPM (με περιουσία 1.92 δισεκ. Ευρώ) έχουν η καθεμιά πείρα 240 εκ. Ευρώ. Όμως, είναι και πάλι αμφίβολο αν ικανοποιείται η απαίτηση να συμμετέχει η κάθε μια στην ασφάλιση της EPM μόνο με 12,5% (240 εκατ. Ευρώ) αφού δεν αναφέρεται ρητά το ύψος συμμετοχής της καθεμίας ξεχωριστά στο συμβόλαιο. Λόγω αοριστίας δεν επιβεβαιώνεται η ικανοποίηση του όρου.

Με βάση όλα τα πιο πάνω κρίνουμε ότι η επιτυχή εταιρεία δεν ικανοποίησε τον ουσιώδη όρο 1.11 των Εγγράφων του Διαγωνισμού, ούτε κατά τον κρίσιμο χρόνο, αλλά ούτε και σε μεταγενέστερο στάδιο, όταν της ζητήθηκαν καταχρηστικά διευκρινίσεις αναφορικά με την πείρα των συμμετεχόντων στην προσφορά της.

Μετά το εύρημα μας αυτό δεν κρίνουμε αναγκαίο να εξετάσουμε τους άλλους λόγους που ήγειραν οι Αιτητές και αποφασίζουμε ομόφωνα ότι η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή επιτυγχάνει, η δε προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής ακυρώνεται.

.....
Ζαχαρίας Τουλούρας
Πρόεδρος

.....
Νίκος Πιπτοκοπίτης
Μέλος

.....
Ιωσήφ Ιωσηφίδης
Μέλος