



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. 71/2008

Μεταξύ:

ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ «MN LIMASSOL WATER CO»

Αιτούντων

v.

ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΑΝΑΠΤΥΞΕΩΣ ΥΔΑΤΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

κ. Ζαχαρίας Τουλούρας, Πρόεδρος
κ. Νίκος Πιττοκοπίτης, Μέλος
κ. Ιωσήφ Ιωσηφίδης, Μέλος
κ. Κυριάκος Συρίμης, Μέλος

Αιτούντες:

ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ «MN LIMASSOL WATER CO»

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. κο Αδάμο Αδαμίδη, Δικηγόρο
2. κο Γιώργο Παγιάση, Δικηγόρο

Αναθέτουσα Αρχή:

ΤΜΗΜΑ ΑΝΑΠΤΥΞΕΩΣ ΥΔΑΤΩΝ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. κα Άννη Πανταζή-Λάμπρου, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. κο Φρόσω Λουκά, Ανώτερο Υδραυλικό Μηχανικό

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 17 Μαρτίου, 2009

Α Π Ο Φ Α Σ Η

A. Η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή στρέφεται κατά της απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής (Α.Α.), δηλαδή του Τμήματος Αναπτύξεως Υδάτων, να κατακυρώσει το Διαγωνισμό αρ. ΤΑΥ 95/2007 για «*Σχεδιασμό, Κατασκευή, Λειτουργία και Συντήρηση του Έργου Αφαλάτωσης Λεμεσού και Προμήθεια Νερού στο Τμήμα Αναπτύξεως Υδάτων για την Περίοδο της Συμφωνίας*» σε άλλο προσφοροδότη.

B. Τα ουσιαστικά γεγονότα, σε συντομία, είναι τα ακόλουθα:

1. Η προκήρυξη του διαγωνισμού δημοσιεύτηκε τόσο στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, όσο και στην Επίσημη Εφημερίδα της Κυπριακής Δημοκρατίας στις 16.11.2007. Ακολουθήθηκε η ανοιχτή διαδικασία και το κριτήριο ανάθεσης ήταν η χαμηλότερη προσφερόμενη τιμή εφόσον η προσφορά θα πληρούσε τους όρους των Εγγράφων του Διαγωνισμού.

2. Τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 12^η Μαΐου, 2008 και υποβλήθηκαν συνολικά 9 προσφορές, περιλαμβανομένης και της προσφοράς της Αιτήτριας.

3. Οι προσφορές τέθηκαν ενώπιον της συσταθείσας Επιτροπής Αξιολόγησης για μελέτη και ετοιμασία Έκθεσης Αξιολόγησης. Στις 2.6.2008 η Επιτροπή Αξιολόγησης υπέβαλε την Έκθεση Αξιολόγησης στο Συμβούλιο Προσφορών του Υπουργείου Γεωργίας, Φυσικών Πόρων και Περιβάλλοντος και εισηγήθηκε την κατακύρωση του Διαγωνισμού στην Κοινοπραξία «Zemco Construction Ltd, TAHAL Group Assets B.V., GES-GLOBAL Environmental Solutions and EDT Marine Construction Ltd».

4. Το Συμβούλιο Προσφορών σε συνεδρίασή του στις 6.6.2008 υιοθέτησε την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης και αποφάσισε την κατακύρωση του διαγωνισμού και την ανάθεση της Σύμβασης στην πιο πάνω αναφερόμενη Κοινοπραξία.

5. Με ανάλογες επιστολές της ημερομηνίας 10.6.2008, η Α.Α. γνωστοποίησε τα αποτελέσματα του διαγωνισμού τόσο στον επιτυχόντα όσο και στους αποτυχόντες προσφοροδότες.
6. Με τη γνωστοποίηση των αποτελεσμάτων του Διαγωνισμού 4 από τους αποτυχόντες, μεταξύ των οποίων και η Αιτήτρια, γνωστοποίησαν με επιστολές τους στην Α.Α. εικαζόμενες παραβάσεις και την πρόθεσή τους να ασκήσουν Ιεραρχική Προσφυγή στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών (Α.Α.Π.).
7. Μετά τη λήψη των επιστολών αυτών η Α.Α. προέβη σε εξέταση των αιτιάσεων που υπέβαλαν οι ενδιαφερόμενοι και αφού έκρινε βάσιμες κάποιες από αυτές, ανακάλεσε τις επιστολές της ημερομηνίας 10.6.2008, που αφορούσαν τη γνωστοποίηση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού και αποφάσισε την επανεξέταση του όλου θέματος, ενόψει νέων στοιχείων ενημερώνοντας σχετικά όλους τους προσφοροδότες με επιστολές της ημερ. 18.6.2008.
8. Στις 20.6.2008 το Συμβούλιο Προσφορών ύστερα από ενημέρωσή του, από την Α.Α., περί των νέων στοιχείων που προέκυψαν αναφορικά με την προσφορά της πιο πάνω αναφερόμενης επιτυχούσας Κοινοπραξίας, αποφάσισε το διορισμό ad-hoc Τεχνικής Επιτροπής.
9. Την 1^η Ιουλίου, 2008 η πιο πάνω αναφερόμενη Επιτυχούσα Κοινοπραξία καταχώρησε στην Α.Α.Π. την Ιεραρχική Προσφυγή αρ. 51/2008 εναντίον της απόφασης της Α.Α. να ανακαλέσει την επιστολή της ημερ. 10.6.2008 που αφορούσε τη γνωστοποίηση των αποτελεσμάτων και την κατακύρωση του Διαγωνισμού σ' αυτήν.
10. Η Α.Α.Π. με απόφαση της ημερομηνίας 22.9.2008 έκαμε δεκτή την Ιεραρχική Προσφυγή αρ. 51/2008 της Επιτυχούσας Κοινοπραξίας και ακύρωσε την ανακλητική αυτή απόφαση για το λόγο ότι λήφθηκε από μη αρμόδιο όργανο, δηλαδή από το Διευθυντή της Α.Α. αντί από το Συμβούλιο Προσφορών του Υπουργείου Γεωργίας, Φυσικών Πόρων και Περιβάλλοντος.

11. Μετά την απόφαση αυτή της Α.Α.Π. και συγκεκριμένα στις 30.9.2008 η Αιτήτρια καταχώρησε την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή εκτιμώντας, προφανώς, ότι η ακύρωση της ανακλητικής απόφασης της Α.Α. είχε σαν αποτέλεσμα την επαναφορά σε ισχύ της απόφασης για κατακύρωση του Διαγωνισμού στην Κοινοπραξία Zemco Construction Ltd, TAHAL Group Assets B.V., GES-GLOBAL Environmental Solutions and EDT Marine Construction Ltd.

Γ. Γεγονότα μετά την καταχώρηση της Ιεραρχικής Προσφυγής που δεν αμφισβητούνται:

1. Η Α.Α. με επιστολές της ημερομηνίας 2.10.2008 ενημέρωσε όλους τους προσφοροδότες, περιλαμβανομένης και της Αιτήτριας, για την απόφαση της Α.Α.Π. στην Ιεραρχική Προσφυγή αρ. 51/2008. Με ίδιας ημερομηνίας επιστολές της, ενημέρωσε επίσης όλους τους προσφοροδότες για την απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών του Υπουργείου Γεωργίας, Φυσικών Πόρων και Περιβάλλοντος να «αναστείλει προκαταρκτικά τη διαδικασία ανάθεσης της Σύμβασης, ενόψει νέων στοιχείων και ισχυρισμών ορισμένων από τους Προσφέροντες και να διορίσει ad-hoc Τεχνική Επιτροπή για να διερευνήσει αυτά τα νέα στοιχεία και ισχυρισμούς».

2. Το Συμβούλιο Προσφορών του Υπουργείου Γεωργίας, Φυσικών Πόρων και Περιβάλλοντος, σε συνεδρία του στις 24.12.2008 αποφάσισε να ανακαλέσει οριστικά την προηγούμενη απόφασή του, ημερομηνίας 6.6.2008 και να αναθέσει τη Σύμβαση στην εταιρεία WTE Wassertechnik GmbH.

Στις 29.12.2008 η Α.Α. απέστειλε σε όλους τους προσφοροδότες, συμπεριλαμβανομένης και της Αιτήτριας, επιστολή γνωστοποιώντας τους τα νέα αποτελέσματα του υπό αναφορά διαγωνισμού.

Δ. Με την έναρξη της συνεδρίασης οι δικηγόροι της Αιτήτριας κατέθεσαν γραπτό Περίγραμμα Επιχειρημάτων (αντίγραφο του οποίου παρέδωσαν στους εκπροσώπους της Α.Α.) με τις θέσεις και τα επιχειρήματά τους τα οποία στη συνέχεια ανέπτυξαν και προφορικά ενώπιόν μας.

Από το περιεχόμενο του Περιγράμματος Επιχειρημάτων αλλά και από απαντήσεις που δόθηκαν από τους δικηγόρους της Αιτήτριας, σε σχετικές ερωτήσεις από την Α.Α.Π., έγινε σαφές από την αρχή της συνεδρίασης ότι η Αιτήτρια είχε πλήρη και σαφή γνώση του γεγονότος ότι η απόφαση που προσβάλλεται με την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή έχει ήδη ανακληθεί από την Α.Α. και ότι τώρα το ενδιαφέρον της Αιτήτριας επικεντρώνεται στην έκδοση ακυρωτικής απόφασης από την Α.Α.Π. ως αναγκαίας προϋπόθεσης για αξίωση εύλογης αποζημίωσης ή άλλης θεραπείας για ισχυριζόμενη ζημιά που υπέστη η Αιτήτρια από την επίδικη απόφαση της Α.Α..

Με σύντομη αναφορά τους οι δικηγόροι της Αιτήτριας παρέθεσαν, αρχικά, το ιστορικό της όλης υπόθεσης που έχει ως κατάληξη το γεγονός ότι στις 29.12.2008 η Α.Α. πληροφόρησε την Αιτήτρια ότι το Συμβούλιο Προσφορών του Υπουργείου Γεωργίας, Φυσικών Πόρων και Περιβάλλοντος αποφάσισε να αναθέσει τη σύμβαση στον οικονομικό φορέα "WTE Wassertechnik GmbH" και ότι η δική της προσφορά δεν επιλέχθηκε επειδή η προσφερόμενη Τιμή Μονάδας δεν ήταν η χαμηλότερη.

Αφού πρόβαλαν τον ισχυρισμό ότι από τις αποφάσεις και/ή ενέργειες της Α.Α. ή/και του αρμόδιου Συμβουλίου Προσφορών, που προανέφεραν, η Αιτήτρια εταιρεία υπέστη και υφίσταται ζημιά, στη συνέχεια οι δικηγόροι της Αιτήτριας, έθεσαν το Νομικό Πλαίσιο στο οποίο στηρίζουν τη θέση τους ότι η Ιεραρχική Προσφυγή δεν έχει απωλέσει το αντικείμενό της και η εξέτασή της θα πρέπει να ολοκληρωθεί με λήψη απόφασης από την Α.Α.Π., αναφέροντας τα ακόλουθα:

Με βάση τις παραγράφους 4 και 6 του άρθρου 146 του Συντάγματος η ακυρωτική απόφαση από το Ανώτατο Δικαστήριο της προσβαλλόμενης πράξης, απόφασης ή παράλειψης είναι αναγκαία προϋπόθεση για αξίωση εύλογης αποζημίωσης ή άλλης θεραπείας για ζημιά που προήλθε από την επίδικη πράξη, απόφαση ή παράλειψη.

Ο κανόνας είναι ότι η δίκη καταργείται σε περίπτωση ανάκλησης της πράξης.

Λόγω όμως της συνταγματικής επιταγής που προαναφέραμε, συνεχίζουν οι δικηγόροι της Αιτήτριας, αποτελεί πάγια νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου ότι η ανάκληση ήδη προσβληθείσας με αίτηση ακυρώσεως ενώπιόν του, διοικητικής πράξης δεν καταργεί τη

δίκη και δεν αποστερεί τη διαδικασία του αντικειμένου της «αν στη διάρκεια της ισχύος της παρήχθησαν αποτελέσματα που ζημιώνουν τον αιτητή που δεν αντιμετωπίστηκαν ή εξαλείφθηκαν με την ανάκληση». Η ακυρωτική διαδικασία «δεν εξετάζει την έκταση των ζημιών, αλλά ερευνά αν εκ πρώτης όψεως παραμένει ζημία ή βλάβη».

Προς υποστήριξη των πιο πάνω οι δικηγόροι της Αιτήτριας παρέπεμψαν σε τρεις συγκεκριμένες αποφάσεις του Ανωτάτου Δικαστηρίου, τις οποίες έχουμε σημειώσει και μελετήσει και συνέχισαν με τα ακόλουθα:

Αν όμως η πράξη ανακληθεί νόμιμα πριν την άσκηση από τον Αιτούντα αίτησης ακύρωσης, τότε ο Αιτών στερείται έννομου συμφέροντος για να επιδιώξει ενώπιον του Ανωτάτου Δικαστηρίου την ακύρωση της παράνομης πράξης που στη συνέχεια ανακλήθηκε.

Στη συνέχεια επικαλούνται το άρθρο 59 του Ν. 101(Ι)/2003, σύμφωνα με το οποίο ακυρωτική απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών δημιουργεί δικαίωμα στον ενδιαφερόμενο να αξιώσει αποζημιώσεις από την Αναθέτουσα Αρχή με αγωγή στο Επαρχιακό Δικαστήριο και καταλήγουν εισηγούμενοι τα ακόλουθα:

Δεδομένου ότι:

- Η Αιτήτρια υπέστη πρόδηλη ζημία αφού μόνο τα τέλη καταχώρησης ήταν €8.530,
- η προηγούμενη ακύρωση είναι προϋπόθεση για την ενεργοποίηση του δικαιώματος αποζημίωσης, τόσο με βάση το άρθρο 59 του Ν. 101(Ι)/2003 όσο και με βάση το άρθρο 146 του Συντάγματος,
- η νομολογία δεν επιτρέπει την προσβολή ενώπιον του Ανωτάτου ήδη ανακληθείσας πράξης,

υποβάλλουμε ότι η Α.Α.Π. θα πρέπει να εφαρμόσει *mutatis mutandis* την εξουσία του Ανωτάτου Δικαστηρίου, δηλαδή να αποφασίσει ότι η διαδικασία δεν έχει στερηθεί του αντικειμένου της επειδή στη διάρκεια της ισχύος της προβληθείσας διοικητικής πράξεως παρήχθησαν αποτελέσματα που ζημιώνουν την Αιτήτρια τα οποία δεν

αντιμετωπίστηκαν ή εξαλείφθηκαν με την ανάκληση και να προχωρήσει στην κατ' ουσίαν εξέταση της υπόθεσης.

Προς τούτο, σημειώνουν, είναι απαραίτητο όπως η Α.Α. προσκομίσει τους σχετικούς φακέλους.

Ε. Στις θέσεις της Αιτήτριας και εκ μέρους της Α.Α. απάντησε η Δικηγόρος της Δημοκρατίας αναφέροντας τα ακόλουθα:

Γίνεται αντιληπτό ότι η ζημιά που επικαλείται η Αιτήτρια ως λόγο διατήρησης της εν λόγω Ιεραρχικής Προσφυγής είναι τα τέλη καταχώρησης της. Αυτό είναι το μόνο είδος ζημίας το οποίο εξειδικεύεται μέσα από τη γραπτή αγόρευση των δικηγόρων της. Με βάση όμως το άρθρο 58 του Νόμου 101(Ι)/2003 που, διέπει τη διαδικασία ενώπιον της Α.Α.Π., καθίσταται σαφές ότι τα τέλη που καταβάλλονται για την άσκηση Ιεραρχικής Προσφυγής δεν είναι επιστρεπτέα και έτσι το κάθε μέρος είναι υπεύθυνο γι' αυτά. Άρα δεν θα μπορούσε ποτέ να υπάρχει η προσδοκία ότι η καταβολή αυτών των τελών θα συνιστούσε λόγο διατήρησης μιας Ιεραρχικής Προσφυγής ή μη. Ζημιά, συνεχίζει η δικηγόρος, κατά την έννοια του άρθρου 56(1), που είναι εκείνο το οποίο νομιμοποιεί κάποιον να ασκήσει Ιεραρχική Προσφυγή και να τη διατηρεί, είναι το να έχει συμφέρον να του ανατεθεί η σύμβαση. Με την ανάκληση της πράξης η Αιτήτρια επανήλθε ως υποψήφια στο Διαγωνισμό. Συνεπώς η όποια ζημιά από την αποστέρηση της ανάθεσης της Σύμβασης, με την αρχική πράξη κατακύρωσης εξαφανίστηκε. Επανήλθε ως υποψήφια στο Διαγωνισμό και με την Ιεραρχική Προσφυγή της αρ. 3/2009 προσβάλλει τη νέα, τελική πράξη της Α.Α. που είναι αυτή που της επιφέρει τη ζημιά. Και εμείς δε λέμε, καταλήγει η δικηγόρος για την Α.Α., ότι η Αιτήτρια δεν νομιμοποιείται να ασκήσει τη νέα Ιεραρχική Προσφυγή, λέμε όμως ότι η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή δεν έχει αντικείμενο, καμιά ζημιά δεν είχε υποστεί η Αιτήτρια και ως εκ τούτου καλούμε την Α.Α.Π. να την απορρίψει.

Στ. Αφού μελετήσαμε τα επιχειρήματα των δύο πλευρών και λάβαμε υπόψη όλα τα σχετικά που κατατέθηκαν ενώπιόν μας, καταλήγουμε στα ακόλουθα:

1. Η προσβαλλόμενη από την Αιτήτρια και ανακληθείσα από την Α.Α. απόφαση ήταν εξ ορισμού δυσμενής για την Αιτήτρια, αφού άλλος ήταν ο επιτυχών προσφοροδότης. Εξάλλου η ακύρωσή της έγινε ύστερα και από επιστολή της ίδιας της Αιτήτριας (καθώς επίσης και την επιστολή τριών άλλων αποτυχόντων προσφοροδοτών) με την οποία γνωστοποιούσε στην Α.Α. εικαζόμενες παραβάσεις καθώς και την πρόθεσή της να ασκήσει Ιεραρχική Προσφυγή στην Α.Α.Π..

Με αίτημα την ακύρωση της εν λόγω απόφασης, στις 30.9.2008 και πριν ακόμη η Α.Α. αποφασίσει οριστικά επί των αιτιάσεων που υποβλήθηκαν, η Αιτήτρια καταχώρησε την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή με αφορμή την απόφαση της Α.Α.Π. ημερομηνίας 22.9.2008 στην Ιεραρχική Προσφυγή αρ. 51/2008 με την οποία ακύρωσε την ανακλητική απόφαση της Α.Α. ημερομηνίας 10.6.2008.

2. Ύστερα από την οριστική ανάκληση της προσβαλλόμενης απόφασης και τη νέα απόφαση της Α.Α. για ανάθεση της Σύμβασης στον οικονομικό φορέα WTE Wassertechnik GmbH, η Αιτήτρια καταχώρησε την Ιεραρχική Προσφυγή αρ. 3/2009 η οποία στρέφεται έναντίον της νέας αυτής απόφασης της Α.Α.. Η Προσφυγή εκκρεμεί ενώπιον της Α.Α.Π. και ως εκ τούτου η τύχη της προσφοράς της Αιτήτριας στον παρόντα διαγωνισμό δεν έχει ακόμη κριθεί οριστικά.

3. Οι δικηγόροι της Αιτήτριας επικαλέστηκαν τα τέλη καταχώρησης της παρούσας Ιεραρχικής Προσφυγής ως κατάλοιπο ζημίας.

Οι διατάξεις του Μέρους IV του Ν. 101(Ι)/2003 περί της Σύναψης Συμβάσεων (Προμήθειες, Έργα και Υπηρεσίες) που παραμένουν σε ισχύ και μετά την ψήφιση του Ν. 12(Ι)/2006, προνοούν τόσο για το θέμα των τελών καταχώρησης όσο και για τα έξοδα.

Συγκεκριμένα το εδάφιο (1) του άρθρου 58 προνοεί ρητά ότι το τέλος άσκησης της Ιεραρχικής Προσφυγής δεν είναι επιστρεπτέο και κατατίθεται στο Γενικό Κυβερνητικό Λογαριασμό. Πέραν τούτου στην Κ.Δ.Π. 603/2007 ημερομηνίας 27.12.2007 με ισχύ από 1.1.2008 καθορίστηκαν τα μη επιστρεπτέα τέλη άσκησης Ιεραρχικής Προσφυγής καθώς και Αίτησης για έκδοση διατάγματος αναστολής της διαδικασίας ανάθεσης και υπογραφής της Σύμβασης (Προσωρινό Διάταγμα).

Το εδάφιο (2) του άρθρου 58 του Νόμου ρητά προνοεί ότι «το κάθε μέρος στην Προσφυγή είναι υπεύθυνο για τα έξοδα του».

4. Συνοψίζοντας και επαναλαμβάνοντας επιγραμματικά τα πιο πάνω ευρήματά μας, ότι δηλαδή:

- (α) η προσβαλλόμενη και ανακληθείσα από την Α.Α. απόφαση ήταν δυσμενής για την Αιτήτρια,
- (β) η τύχη της προσφοράς της Αιτήτριας στον παρόντα διαγωνισμό δεν έχει ακόμη κριθεί οριστικά, αφού εναντίον της νέας απόφασης της Α.Α. η Αιτήτρια καταχώρησε την Ιεραρχική Προσφυγή αρ. 3/2009 η οποία εκκρεμεί ενώπιον της Α.Α.Π., και
- (γ) σύμφωνα με τη Νομοθεσία τα τέλη καταχώρησης της Ιεραρχικής Προσφυγής, τα οποία επικαλείται η Αιτήτρια ως κατάλοιπο ζημίας, δεν είναι επιστρεπτέα και δεν εμπίπτουν στην έννοια της ζημίας που προβλέπεται στο άρθρο 59 του Ν. 101(Ι)/2003,

κρίνουμε ότι με την ανάκληση της απόφασης της Α.Α. ημερομηνίας 6.6.2008 δεν παραμένει για την Αιτήτρια κατάλοιπο ζημίας με την έννοια του άρθρου 59 του Ν. 101(Ι)/2003 και ως εκ τούτου η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή απώλεσε το αντικείμενό της και δεν υπάρχει λόγος συνέχισης της εξέτασης της και έκδοσης οποιασδήποτε απόφασης από την Α.Α.Π. επί της ουσίας.

Για το λόγο αυτό η Ιεραρχική Προσφυγή απορρίπτεται.