



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. 103/2008

Μεταξύ:

DELOITTE & TOUCHE LTD

Αιτούντων

v.

ΓΕΝΙΚΟΥ ΛΟΓΙΣΤΗΡΙΟΥ ΤΗΣ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

κ. Ζαχαρίας Τουλούρας, Πρόεδρος
κ. Ανδρέας Χριστοφή, Μέλος
κ. Νίκος Πιπτοκοπίτης, Μέλος
κ. Ιωσήφ Ιωσηφίδης, Μέλος
κ. Κυριάκος Συρίμης, Μέλος

Αιτούντες:

DELOITTE & TOUCHE LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. κο Μιχάλη Ιωαννίδη, Δικηγόρο
2. κα Χριστίνα Σιακαλλή, Δικηγόρο
3. κο Μιχάλη Χάλιο, Εκπρόσωπο αιτούσας εταιρείας
4. κο Κύπρο Κυριάκου, Εκπρόσωπο αιτούσας εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΓΕΝΙΚΟ ΛΟΓΙΣΤΗΡΙΟ ΤΗΣ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. κα Γεωργία Κορφιώτου, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. κο Ανδρέα Αντωνιάδη, Λογιστή
3. κο Μάκη Ζωρζή, Λογιστή
4. κο Σάββα Βρυωνίδη, Μέλος της Επιτροπής Αξιολόγησης, ΤΥΠ

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 26 Ιουνίου, 2009

ΑΠΟΦΑΣΗ

Η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή στρέφεται κατά της απόφασης του Γενικού Λογιστηρίου της Δημοκρατίας (Αναθέτουσα Αρχή) ημερομηνίας 28/11/2008 να αποκλείσει την προσφορά της Εταιρείας Deloitte & Touche Ltd (στο εξής «Αιτητές») από την επόμενη φάση της Αξιολόγησης των Οικονομικών Προσφορών του Διαγωνισμού υπ' αρ. 2/2008/Γ.Λ. με θέμα την *«Ετοιμασία Προδιαγραφών για την εξασφάλιση και Εφαρμογή Πληροφοριακού Συστήματος Διαχείρισης Επιχειρησιακών Πόρων (Enterprise Resource Planning System-ERP System) του Δημόσιου Τομέα της Κυπριακής Δημοκρατίας»*.

A. Περιληπτικά τα γεγονότα της υπόθεσης είναι τα ακόλουθα:

1. Ο Διαγωνισμός αρ. 2/2008/Γ.Λ. προκηρύχθηκε με δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας την 11/7/2008.
2. Σύμφωνα με την προκήρυξη του Διαγωνισμού η διαδικασία που θα ακολουθείτο θα ήταν κλειστή.
3. Ως τελευταία ημερομηνία υποβολής αιτήσεων συμμετοχής για το Στάδιο Προεπιλογής του Διαγωνισμού ορίστηκε η 5/9/08.
4. Την 23/9/08 η Επιτροπή Αξιολόγησης που διορίστηκε για να αξιολογήσει τις Αιτήσεις Συμμετοχής απέστειλε στο Συμβούλιο Προσφορών του Γενικού Λογιστηρίου την έκθεση της αναφορικά με το Στάδιο της Προεπιλογής στο οποίο συμμετείχαν συνολικά 6 υποψήφιοι. Η επιτροπή έκρινε ότι δύο από τις αιτήσεις που είχαν υποβληθεί έπρεπε να απορριφθούν αφού δεν πληρούσαν τις προϋποθέσεις συμμετοχής. Ως εκ τούτου εισηγήθηκε την αποστολή πρόσκλησης υποβολής προσφοράς στους εναπομείναντες 4 υποψήφιους, ανάμεσα στους οποίους ήταν και οι Αιτητές.

5. Την 25/9/08 το Συμβούλιο Προσφορών του Γενικού Λογιστηρίου ενέκρινε την προεπιλογή των τεσσάρων υποψηφίων για να προσκληθούν να υποβάλουν προσφορά στην επόμενη φάση της κλειστής διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης.
6. Η προθεσμία υποβολής προσφορών στο Στάδιο Ανάθεσης έληγε την 7/11/08 και υποβλήθηκαν προσφορές και από τους 4 υποψηφίους.
7. Την 26/11/08 η Επιτροπή Αξιολόγησης απέστειλε στο Συμβούλιο Προσφορών έκθεση αναφορικά με τις ενέργειες και εισηγήσεις της στο Στάδιο Ανάθεσης. Η εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης ήταν ότι οι Αιτητές και ακόμη ένας υποψήφιος δεν ικανοποιούσαν τον όρο 8.3.1.3(δ) του Μέρους Α του Σταδίου Ανάθεσης, ο οποίος προνοούσε ότι:

«Σε περίπτωση που στην ομάδα έργου περιλαμβάνονται λοιποί εμπειρογνώμονες (όπως αυτοί ορίζονται στην παράγραφο 3.5.1 της πρόσκλησης υποβολής αίτησης συμμετοχής) που δεν είναι μόνιμοι εργοδοτούμενοι του Προσφέροντα, θα πρέπει να υποβληθούν δηλώσεις των προσώπων αυτών, με τις οποίες θα δηλώνεται ότι υπάρχει σχετική συμφωνία συνεργασίας με τον Προσφέροντα, ότι δε συμμετέχουν με οποιοδήποτε τρόπο σε οποιαδήποτε άλλη Προσφορά για τον ίδιο διαγωνισμό και ότι αποδέχονται τους όρους του διαγωνισμού».

8. Την 28/11/08 το Συμβούλιο Προσφορών σε συνεδρία του ενέκρινε την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης να απορριφθούν οι προσφορές των οικονομικών φορέων KPMG και Deloitte & Touch Ltd και να ανοιχθούν μόνο οι οικονομικοί φάκελοι των εναπομεινάντων οικονομικών φορέων.

9. Η Αναθέτουσα Αρχή με επιστολή του Γενικού Λογιστή της Δημοκρατίας προς τους Αιτητές ημερομηνίας 28/11/08 τους ενημέρωσε για τον αποκλεισμό της προσφοράς τους από την επόμενη φάση του Διαγωνισμού λόγω ουσιώδους απόκλισης από τους όρους του Διαγωνισμού.
10. Οι Αιτητές απέστειλαν στις 2/12/08 επιστολή με την οποία εξηγούσαν ότι ο λόγος για τον οποίο δεν είχαν περιληφθεί οι δηλώσεις των δύο λοιπών εμπειρογνωμόνων ήταν το γεγονός ότι αυτοί δεν συμμετείχαν υπό την προσωπική τους ιδιότητα αλλά υπό την ιδιότητα τους ως μέλη του προσωπικού της Deloitte Business Solutions και συνεπώς η συμμετοχή τους καλυπτόταν από τη δήλωση της εταιρείας τους η οποία υποβλήθηκε δυνάμει του εδαφίου 6 της παραγράφου 8.2 της Πρόσκλησης Υποβολής Αίτησης Συμμετοχής. Επιπλέον, υπέδειξαν στην Αναθέτουσα Αρχή το γεγονός ότι η παράλειψη υποβολής στη φάση Πρόσκλησης Υποβολής Αίτησης Συμμετοχής δηλώσεων τριών προσώπων που συμμετείχαν υπό την πιο πάνω ιδιότητα, παρά την ύπαρξη του όρου 8.2.5 ο οποίος ήταν ακριβώς ο ίδιος με τον 8.3.1.3(δ) του Μέρους Α, δεν αποτέλεσε λόγο απόρριψης σε εκείνο το στάδιο.
11. Η Αναθέτουσα Αρχή με επιστολή της ημερομηνίας 8/12/08 διευκρίνισε ότι οι δύο όροι δεν ήταν ίδιοι καθ' ότι στον όρο 8.2.5 υπήρχε η δυνατότητα και όχι η υποχρέωση συμπερίληψης των λοιπών εμπειρογνωμόνων και ως εκ τούτου δεν είχαν αξιολογηθεί οι δηλώσεις τους στο Στάδιο Πρόσκλησης Υποβολής Αίτησης Συμμετοχής. Ακολούθως, υπέδειξαν στους Αιτητές ότι σύμφωνα με την παράγραφο 6.1.3 του Μέρους Α του Σταδίου Ανάθεσης, οι λοιποί εμπειρογνώμονες δεν υπόκεινται στον περιορισμό του άρθρου 13 των Γενικών Όρων της σύμβασης και γι' αυτό προχώρησαν εφόσον είχαν τέτοιο δικαίωμα σε αλλαγή της σύνθεσης των λοιπών εμπειρογνωμόνων από το Στάδιο Προεπιλογής στο Στάδιο Ανάθεσης. Ως εκ τούτου έτυχαν αξιολόγησης σε αυτό το στάδιο.

12. Οι Αιτητές κατέθεσαν την 16/12/08 την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή.

B. Οι δικηγόροι των Αιτητών ισχυρίστηκαν στην ενώπιον μας διαδικασία τα ακόλουθα:

1. Ο όρος 8.2.5 του Σταδίου Προεπιλογής προνοεί ότι:

«Σε περίπτωση που στην ομάδα έργου περιλαμβάνονται στελέχη της σύμφωνα με την παράγραφο 3.5.1, που δεν είναι μόνιμοι εργοδοτούμενοι του υποψηφίου, (θα πρέπει να υποβάλλονται) δηλώσεις των προσώπων αυτών, με τις οποίες θα δηλώνεται ότι υπάρχει σχετική συμφωνία συνεργασίας με τον υποψήφιο, ότι δεν συμμετέχουν με οποιοδήποτε τρόπο σε οποιαδήποτε άλλη αίτηση συμμετοχής για τον ίδιο διαγωνισμό και ότι αποδέχονται τους όρους του διαγωνισμού.»

Ο όρος αυτός σύμφωνα με τους Αιτητές θα πρέπει να ερμηνεύεται ότι βρίσκεται σε αντιδιαστολή με το άρθρο 53(2) του Ν.12(Ι)/06, δυνάμει του οποίου υποβάλλονται πιστοποιητικά από οικονομικούς φορείς στους οποίους στηρίζεται ο υποψήφιος. Με βάση αυτήν την ερμηνεία, ο υποψήφιος δε μπορεί να ζητά να αναλάβουν προσωπική ευθύνη οι εργοδοτούμενοι οικονομικών φορέων που έχουν υποβάλει δήλωση με βάση τον όρο 8.2.6 ότι θα θέσουν στη διάθεση του υποψηφίου τους κατά περίπτωση αναγκαίους πόρους.

Τα άτομα τα οποία αποτέλεσαν το λόγο για τον οποίο απορρίφθηκε η προσφορά των Αιτητών δεν είχαν συμφωνία με τον υποψήφιο. Ήταν απλά εργοδοτούμενοι του φορέα επί του οποίου στηριζόταν ο υποψήφιος δυνάμει του άρθρου 54(3) του Ν.12(Ι)/06 και οι οποίοι είχαν υποβάλει δήλωση δυνάμει του όρου 8.2.6. Η σχέση των εν λόγω προσώπων ήταν μέσω του εργοδότη τους και συνεπώς συνδέονταν μόνο εικονικά με τον υποψήφιο. Σε αντίθεση με όσους δεν είναι μόνιμα εργοδοτούμενοι σε φορέα που έχει ήδη δηλώσει τη δέσμευση του, από τους οποίους θα πρέπει να ζητείται να υπογράψουν τις απαιτούμενες δηλώσεις ελλείψει άλλης σύνδεσης τους με τον

υποψήφιο. Όταν όμως πρόκειται για εργοδοτούμενους του οικονομικού φορέα που στηρίζει τον υποψήφιο δεν υπάρχει τέτοια δυνατότητα. Αυτό που μπορεί να ζητήσει η Αναθέτουσα Αρχή είναι με βάση το άρθρο 6 του Νόμου 12(Ι)/06 να αναφέρεται στην Αίτηση Συμμετοχής των υποψηφίων το όνομα και τα προσόντα των προσώπων που επιφορτίζονται με την εκτέλεση της σύμβασης.

2. Όσον αφορά στον ισχυρισμό της Αναθέτουσας Αρχής ότι δεν αξιολογήθηκαν τα δικαιολογητικά τα οποία υποβλήθηκαν αναφορικά με τους λοιπούς εμπειρογνώμονες στο στάδιο της Πρόσκλησης Υποβολής Αίτησης Συμμετοχής, οι Αιτητές παρέπεμψαν στην παράγραφο 9.2 των όρων προσφοράς η οποία προνοεί ότι:

«το αρμόδιο όργανο ελέγχει την ορθότητα και πληρότητα των δικαιολογητικών που έχουν υποβληθεί καθώς και την εκπλήρωση των προϋποθέσεων συμμετοχής σύμφωνα με τα ειδικά αναφερόμενα στο άρθρο 7 και την παράγραφο 8.2».

Η παράγραφος 8.2 περιλαμβάνει φυσικά τον όρο 8.2.5 ο οποίος αφορά στις επίδικες δηλώσεις. Συνεπώς είναι ξεκάθαρο ότι εξετάστηκαν τα στοιχεία και το αποτέλεσμα ήταν να εγκριθεί ο υποψήφιος. Άρα δόθηκε στους εν λόγω όρους η πιο πάνω ερμηνεία. Ακόμα και αν υπήρχε ασάφεια θα έπρεπε να είναι εις βάρος της Διοίκησης. Όμως η εισήγηση των Αιτητών είναι ότι οι όροι ήταν σαφείς: θα εξεταστεί στο πρώτο στάδιο.

3. Ακολουθώντας, με αναφορά στην *Ιεραρχική Προσφυγή υπ' αρ. 31/08, KPMG v. Γραφείο Προγραμματισμού, απόφαση της Α.Α.Π. ημερομηνίας 28/7/2008*, η οποία αφορούσε σε παρόμοια περιστατικά και όρους με την παρούσα, οι Αιτητές εισηγήθηκαν ότι η απόφαση αυτή αποτέλεσε το λόγο για τον οποίο η Αναθέτουσα Αρχή άλλαξε τη μέχρι πρότινος πρακτική της και έδωσε διαφορετική ερμηνεία στους επίμαχους όρους. Έτσι, η Αναθέτουσα Αρχή ενεργώντας αντιφατικά και κατά παράβαση των προνοιών του Νόμου 158(Ι)/99, άλλαξε στα μέσα της διαδικασίας τον τρόπο ερμηνείας των επίμαχων όρων χωρίς να το υποδείξει στους άμεσα ενδιαφερόμενους, κάτι που επέβαλλαν οι αρχές της χρηστής διοίκησης. Όσον αφορά στην αρχή της καλής πίστης οι

Αιτητές παρέπεμψαν στην υπόθεση υπ' αρ. 1051/98, Χαράλαμπος Πηλακούτας Λτδ ν. Κυπριακής Δημοκρατίας, απόφαση ημερομηνίας 24/3/99, όπου κρίθηκε ότι η προσβαλλόμενη απόφαση έπρεπε να ακυρωθεί επειδή αποτελούσε:

«μια ασυνεπή και αντιφατική συμπεριφορά της διοίκησης η οποία προσβάλλει την δικαιολογημένη εμπιστοσύνη του ιδιώτη απέναντι της και η οποία συνεπάγεται την παρανομία της διοικητικής πράξης».

Γ. Η Δικηγόρος και οι εκπρόσωποι της Αναθέτουσας Αρχής απορρίπτοντας όλους τους ισχυρισμούς των Αιτητών απάντησαν ως ακολούθως:

1. Αναφορικά με τον ισχυρισμό ότι λανθασμένα κρίθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή ότι έπρεπε οι υποψήφιοι να είχαν υποβάλει τις δηλώσεις που προνοούνται στον όρο 8.3.1.3(δ) του Μέρους Α, η θέση της δικηγόρου της Αναθέτουσας Αρχής ήταν ότι ο όρος είναι ξεκάθαρος. Όταν υπάρχουν πρόσωπα που περιλαμβάνονται στους «λοιπούς εμπειρογνώμονες» θα πρέπει να υποβάλουν τις δηλώσεις υπό την προσωπική τους ιδιότητα. Στο στάδιο προεπιλογής αξιολογούνται οι βασικοί εμπειρογνώμονες και ο διευθυντής έργου επειδή εκεί αξιολογείται η δυνατότητα του υποψηφίου να εκτελέσει το έργο. Δεν θα τιμωρούσαν ένα υποψήφιο επειδή δεν έβαλε προσωπική δήλωση των λοιπών εμπειρογνώμωνων στο στάδιο προεπιλογής εφόσον ο όρος έλεγε ότι μπορούν να περιληφθούν λοιποί εμπειρογνώμονες.

2. Η δήλωση την οποία προσκόμισαν οι Αιτητές αναφέρει ότι η Deloitte & Touche Ltd (οι Αιτητές δηλαδή), θα μπορούν να στηρίζονται στην πείρα και στους πόρους της Deloitte Business Solution S.A. Όμως η επιστολή αυτή δεν ικανοποιεί τον όρο 8.3.1.3(δ) του Μέρους Α, καθότι δεν προέρχεται από τους ίδιους τους εμπειρογνώμονες αφενός και αφετέρου δεν περιλαμβάνονται όλα όσα απαιτεί ο εν λόγω όρος. Ικανοποιεί όμως τον όρο 8.2.6. Αλλά ο λόγος για τον οποίο ζητούνται οι δηλώσεις είναι για να διασφαλιστεί ότι οι συγκεκριμένοι θα συμμετάσχουν στο έργο.

3. Επικαλούμενη την απόφαση της Α.Α.Π. στην *Ιεραρχική Προσφυγή υπ' αρ. 31/08, KPMG ν. Γραφείο Προγραμματισμού, απόφαση ημερομηνίας 28/7/2008* η Αναθέτουσα Αρχή ανέφερε ότι επρόκειτο για ακριβώς τα ίδια γεγονότα και τους ίδιους όρους και γι' αυτό δεσμεύει την Αρχή εκτός και αν υπάρχει κάτι ουσιαστικό που να τη διαφοροποιεί από την παρούσα υπόθεση. Στη σελίδα 14 της απόφασης η Α.Α.Π. έκρινε ότι:

«Η επιτυχούσα εταιρεία υπέβαλε με την προσφορά της κατάλογο 4 ατόμων που δεν ήταν μόνιμοι εργοδοτούμενοι οποιοδήποτε μέλους της κοινοπραξίας χωρίς όμως να υποβάλει ξεχωριστή δήλωση για τον καθένα όπως απαιτούσαν οι πιο πάνω όροι.

Δε δεχόμαστε τον ισχυρισμό της Αναθέτουσας Αρχής ότι ο όρος αυτός είναι επουσιώδης και ότι η επιστολή της επιτυχούσας εταιρείας, δηλαδή της PWC UK που υπέβαλε για το θέμα αυτό ικανοποιούσε τον όρο του Διαγωνισμού.»

Δεν υπήρχε η δυνατότητα να αξιολογηθούν τα προσόντα των εμπειρογνώμωνων στο Στάδιο της Ανάθεσης για να αποφασίσει η Αναθέτουσα Αρχή αν θα μπορεί να στηριχθεί σε αυτούς για να υλοποιηθεί το έργο. Εξάλλου, όπως επεσήμαναν οι εκπρόσωποι της Αναθέτουσας Αρχής, τα πρόσωπα τα οποία περιλήφθηκαν ως λοιποί εμπειρογνώμονες στην Αίτηση Συμμετοχής των Αιτητών στο Στάδιο Προεπιλογής δεν είναι τα ίδια με αυτά που περιλήφθηκαν στο Στάδιο Ανάθεσης.

Δ. Αφού ακούσαμε και τις δύο πλευρές και με βάση τα ενώπιον μας στοιχεία και γεγονότα όπως αυτά έχουν εκτεθεί και φαίνονται στους σχετικούς διοικητικούς φακέλους, καταλήγουμε στα ακόλουθα :

1. Νομικό Πλαίσιο:

Η κλειστή διαδικασία ανάθεσης ορίζεται στο άρθρο 2 του Ν.12(Ι)/06 ως διαδικασία στην οποία κάθε οικονομικός φορέας δύναται να ζητήσει να συμμετάσχει, αλλά στο πλαίσιο

της οποίας μόνο οι οικονομικοί φορείς που έχουν προσκληθεί από την Αναθέτουσα Αρχή δύνανται να υποβάλουν προσφορά.

Προϋπόθεση επομένως συμμετοχής στο Στάδιο Ανάθεσης του διαγωνισμού είναι η πρόσκληση του οικονομικού φορέα να συμμετάσχει σε αυτό. Ο διαχωρισμός αυτός παραπέμπει στην ύπαρξη 2 σταδίων: (α) του σταδίου κατά το οποίο αποφασίζεται ποιοι οικονομικοί φορείς είναι κατάλληλοι για να προσκληθούν να συμμετάσχουν στο Στάδιο Ανάθεσης (Στάδιο Προεπιλογής) και (β) του σταδίου κατά το οποίο αξιολογούνται οι προσφορές για σκοπούς ανάθεσης (Στάδιο Ανάθεσης). Ο νόμος διαχωρίζει τα κριτήρια με βάση τα οποία λαμβάνονται οι αποφάσεις στα 2 αυτά στάδια, θέτοντας τα σε 2 ξεχωριστά μέρη του. Υπό το γενικό τίτλο «διαδικασία ανάθεσης» το κεφάλαιο VI του Νόμου διαχωρίζεται σε τμήματα. Στο τμήμα 2 με τίτλο «κριτήρια ποιοτικής επιλογής» εκτίθενται τα κριτήρια που εφαρμόζονται κατά το στάδιο της προεπιλογής όπως αυτά ενσωματώθηκαν στα άρθρα 51 μέχρι 58 ενώ στο τμήμα 3 με τίτλο «ανάθεση της σύμβασης» εκτίθενται τα κριτήρια που εφαρμόζονται στο στάδιο της ανάθεσης (άρθρα 59-61). Η διαδικασία αυτή αποτελεί ενσωμάτωση των αντίστοιχων προνοιών των άρθρων 45 μέχρι 55 της οδηγίας 2004/18/EK.

Τα 2 αυτά στάδια, επεξηγούνται με σαφήνεια στην απόφαση του ΔΕΚ υπ' αρ. C-532/06, *Lianakis v. Dimos Alexandroupolis*, ημερομηνίας 28/1/08, στην οποία αναφέρθηκαν τα ακόλουθα:

«The suitability of tenderers is to be checked by the authorities awarding contracts in accordance with the criteria of economic and financial standing and of technical ability (the qualitative selection criteria) referred to in Articles 31 and 32 of Directive 92/50. By contrast, the award of contracts is based on the criteria set out in Article 36(1) of Directive 92/50, namely, the lowest price or the economically most advantageous tender».

Στην ίδια απόφαση αναλύονται τα 2 στάδια ως προς τα κριτήρια τα οποία πρέπει να εξεταστούν σε αυτά ως ακολούθως:

Παράγραφος 30: *«Therefore, the ‘award criteria’ do not include criteria that are not aimed at identifying the tender which is economically the most advantageous, but are instead essentially linked to the evaluation of the tenderers’ ability to perform the contract in question».*

Παράγραφος 32: *«in a tendering procedure, a contracting authority is precluded by Articles 23(1),32 and 36(1) of Directive 92/50 from taking into account as ‘award criteria’ rather than as ‘qualitative criteria’ the tenderers’ experience, manpower and equipment, or their ability to perform the contract by the anticipated deadline.»*

Η ύπαρξη 2 σαφώς διακρινόμενων σταδίων θα αποτελέσει το σκεπτικό επίλυσης πολλών από τα ζητήματα που πραγματεύεται η παρούσα υπόθεση. Όπως είναι η εισήγηση των Αιτητών, ως προς το λόγο απόρριψης που αναφέρεται στην αναγκαιότητα υποβολής προσωπικής δήλωσης των λοιπών εμπειρογνομόνων, υπάρχουν ταυτόσημοι όροι και στα 2 στάδια: ο όρος 8.2.5 των όρων του Σταδίου Προεπιλογής και ο όρος 8.3.1.3δ των όρων του Σταδίου Ανάθεσης. Πράγματι, αν και δεν παρατηρούμε ουσιαστική διαφορά στη διατύπωση των δύο πιο πάνω όρων, ο καθένας από αυτούς τίθεται μέσα σε διαφορετικό νομικό πλέγμα με τρόπο που να μην μπορούμε να συμφωνήσουμε με την εισήγηση των Αιτητών ότι καθίσταται αχρείαστη η αξιολόγηση της συμμόρφωσης με τον όρο 8.3.1.3δ στο δεύτερο στάδιο.

Αναφορικά με τη δυνατότητα υπερπήδησης του πρώτου σταδίου ως προς τον καθορισμό των λοιπών εμπειρογνομόνων, πράγμα που ενδεχομένως να αποτελεί ουσιαστικό αιτιολογικό της ενασχόλησης με αυτούς κατά το στάδιο ανάθεσης, παρατηρούμε ότι οι λοιποί εμπειρογνώμονες δυνατόν να καθοριστούν οποτεδήποτε μέχρι την υποβολή της προσφοράς κατά το Στάδιο Ανάθεσης (άρθρο 13 των Γενικών

Όρων της σύμβασης). Η μεταβλητότητα των λοιπών εμπειρογνομόνων ενδεχομένως, όπως εισηγήθηκε η Αναθέτουσα Αρχή, να καθιστά αχρείαστη την αξιολόγηση της συμμόρφωσης με τον όρο 8.2.5 κατά το στάδιο προεπιλογής.

2. Το άρθρο 54 του Ν. 12(Ι)/2006:

Το άρθρο 54(3) προνοεί ότι ένας οικονομικός φορέας δύναται, γενικά ή για μια συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Συνεπώς, συμπεραίνουμε ότι οι υποψήφιοι είχαν τη δυνατότητα, ούτως ή άλλως, να στηριχτούν στις γνώσεις και εμπειρίες προσώπων τα οποία εργοδοτούνταν σε οικονομικούς φορείς στις δυνατότητες των οποίων στηρίζονται. Πέραν αυτού όμως, επιλέγοντας να κατατάξουν τα συγκεκριμένα πρόσωπα στους λοιπούς εμπειρογνώμονες, οι Αιτητές όφειλαν να συμμορφωθούν με τους όρους του Διαγωνισμού που αφορούσαν στους λοιπούς εμπειρογνώμονες. Από το περιεχόμενο των διοικητικών φακέλων μάλιστα, προκύπτει ότι όχι μόνο δεν υπέβαλαν προσωπικές δηλώσεις οι λοιποί εμπειρογνώμονες αλλά δεν γίνεται καν αναφορά στο πρόσωπο τους στη βεβαίωση η οποία υποβλήθηκε από την εταιρεία Deloitte Business Solutions S.A. της οποίας είναι εργοδοτούμενοι. Η εν λόγω βεβαίωση περιλαμβάνει απλά μια αόριστη αναφορά ότι οι Αιτητές θα μπορούν να στηριχτούν στην εμπειρία και τους πόρους της Deloitte Business Solutions S.A. καθ' όλη την περίοδο της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να ονομάζονται συγκεκριμένα πρόσωπα και χωρίς να υιοθετείται το απαιτούμενο για τους λοιπούς εμπειρογνώμονες λεκτικό ότι τα συγκεκριμένα πρόσωπα αποδέχονται τους όρους της προσφοράς και δεν εμπλέκονται με οποιοδήποτε τρόπο σε οποιαδήποτε άλλη προσφορά η οποία υποβλήθηκε στα πλαίσια του παρόντος διαγωνισμού.

Ο όρος 8.3.1.3δ τίθεται ώστε οι λοιποί εμπειρογνώμονες να καταστούν απευθείας υπόλογοι έναντι της Αναθέτουσας Αρχής. Όμως με την ανυπαρξία των προσωπικών δηλώσεων δεν επιτυγχάνεται η δέσμευση αυτή, δεδομένου ότι οι ίδιοι οι Αιτητές τους κατέταξαν ως λοιπούς εμπειρογνώμονες.

Σε αυτό το σημείο θα θέλαμε να τονίσουμε ότι η εργοδότηση των λοιπών εμπειρογνομόνων από τους οικονομικούς φορείς που στηρίζουν τον υποψήφιο δεν αποκλείει αφ' εαυτής το ενδεχόμενο παράλληλης εργοδότησης ή ενασχόλησης τους κατά τρόπο που να αναιρείται η αναγκαιότητα συμπερίληψης της βεβαίωσης μη εμπλοκής στο λεκτικό της απαιτούμενης δήλωσης.

Ως εκ τούτου απορρίπτουμε τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι η βεβαίωση από οικονομικό φορέα η οποία υποστηρίζει τον προσφοροδότη αναιρεί την υποχρέωση υποβολής προσωπικής δήλωσης από λοιπούς εμπειρογνώμονες οι οποίοι εργοδοτούνται από τον εν λόγω οικονομικό φορέα και κρίνουμε ότι η Αναθέτουσα Αρχή ερμήνευσε ορθά τις πιο πάνω πρόνοιες.

3. Εξέταση δικαιολογητικών:

Ο δικηγόρος των Αιτητών ισχυριζόμενος ότι η Αναθέτουσα Αρχή αξιολόγησε τα δικαιολογητικά τα οποία υποβλήθηκαν αναφορικά με τους λοιπούς εμπειρογνώμονες στο στάδιο της Πρόσκλησης Υποβολής Αίτησης Συμμετοχής, παρέπεμψε στην παράγραφο 9.2 των όρων του διαγωνισμού. Όμως, οι εκπρόσωποι της Αναθέτουσας Αρχής επέμειναν στη θέση ότι κατά το Στάδιο Προεπιλογής αξιολογήθηκαν μόνο ο Διευθυντής Έργου και οι Βασικοί Εμπειρογνώμονες αφού τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών κατά το Στάδιο Προεπιλογής δεν απαιτούσαν έρευνα τέτοιας έκτασης. Επαναλαμβάνοντας το σκεπτικό που αναλύσαμε στο πιο πάνω νομικό πλαίσιο επισημαίνουμε ότι δεν ήταν δυνατή η εξέταση της συμμόρφωσης του υποψηφίου με τον όρο 8.2.5 όσον αφορά στους λοιπούς εμπειρογνώμονες κατά το Στάδιο Προεπιλογής. Άλλωστε, και οι ίδιοι οι Αιτητές άλλαξαν τους λοιπούς εμπειρογνώμονες τους οποίους περιέλαβαν κατά το Στάδιο της Ανάθεσης, κάτι που είχαν δικαίωμα να πράξουν και επομένως δε μπορούν να αντλούν επιχείρημα ισχυριζόμενοι ότι η εξέταση του θέματος αυτού ολοκληρώθηκε στο Στάδιο Προεπιλογής.

Μελετώντας το Παράρτημα 7 της Έκθεσης Αξιολόγησης ημερομηνίας 23/9/08, όπου δεικνύεται ο τρόπος αξιολόγησης της προσφοράς των Αιτητών, διαπιστώνουμε ότι οι Αιτητές κρίθηκαν ότι είχαν συμμορφωθεί με τον όρο 8.2.5 και γι' αυτό αναγράφηκε το σύμβολο «✓». Αυτό δε δημιουργεί κατά την άποψη μας δικαίωμα εκ των προτέρων νομιμοποίησης των οποιωνδήποτε λοιπών εμπειρογνομόνων ήταν δυνατόν να περιληφθούν χωρίς την απαιτούμενη προσωπική δήλωση σε μελλοντικό στάδιο.

4. Αντιφατική συμπεριφορά - Αρχή καλής πίστης:

Έχουμε την πεποίθηση ότι οι Αιτητές δεν δικαιούνται να προδικάζουν την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής ως προς τους λοιπούς εμπειρογνώμονες, επί θέματος για το οποίο αυτή δεν είχε ενώπιον της ούτε δήλωση που να τους καθορίζει αλλά ούτε και δέσμευση ως προς την αποδοχή των όρων και τη μη εμπλοκή τους σε άλλη προσφορά όπως προνοείται δυνάμει του όρου 8.2.5. Επιπλέον, επισημαίνουμε ότι η απόφαση της Α.Α.Π. στην Ιεραρχική Προσφυγή 31/08 εκδόθηκε την 28/7/08, δηλαδή πέραν του ενός μηνός πριν από την τελευταία ημερομηνία υποβολής των Αιτήσεων Συμμετοχής και δύο μήνες πριν από την ετοιμασία της έκθεσης της Επιτροπής Αξιολόγησης για το Στάδιο Προεπιλογής. Επομένως, το επιχείρημα των Αιτητών ότι η Επιτροπή Αξιολόγησης επηρεάστηκε από την πιο πάνω απόφαση κατά το μεσοδιάστημα από το Στάδιο Προεπιλογής μέχρι το Στάδιο Ανάθεσης, με αποτέλεσμα την αλλαγή ως προς τον τρόπο αξιολόγησης προφανώς δεν ευσταθεί αφού αν πράγματι επηρεαζόταν αυτό θα ήταν εμφανές και στα δύο στάδια αξιολόγησης. Εν πάση περιπτώσει η κάθε υπόθεση θα πρέπει να κρίνεται με τα δικά της γεγονότα και περιστατικά.

Υπενθυμίζουμε ότι το άρθρο 51(1) του Νόμου 158(Ι)/99 απαγορεύει στη Διοίκηση να ενεργεί με τρόπο ασυνεπή, αντιφατικό ή κακόπιστο ώστε να εξαπατά ή να ταλαιπωρεί χωρίς λόγο το διοικούμενο. Με βάση τα όσα έχουν αναφερθεί κρίνουμε ότι η συμπεριφορά της διοίκησης δεν περιέχει αντιφάσεις που να συνιστούν παραβίαση των αρχών χρηστής διοίκησης και της καλής πίστης και συνεπώς απορρίπτουμε και αυτό τον ισχυριζόμενο λόγο ακύρωσης.

Ως εκ τούτου η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή απορρίπτεται και η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής επικυρώνεται.

Δεν επιδικάζονται έξοδα επί της διαδικασίας.