



**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. 24/2020**

Μεταξύ:

THEODOSIS TOURIST CO LTD

Αιτητών

v.

ΙΔΡΥΜΑΤΟΣ ΠΟΛΥΔΥΝΑΜΟΥ ΔΗΜΟΤΙΚΟΥ ΚΕΝΤΡΟΥ ΣΤΡΟΒΟΛΟΥ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή  
Προσφορών**

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

**Αιτητές:**

THEODOSIS TOURIST CO LTD  
Αντιπροσωπεύθηκε από τον:  
1. Ανδρέα Κλεάνθους, Δικηγόρο

**Αναθέτουσα Αρχή:**

ΙΔΡΥΜΑ ΠΟΛΥΔΥΝΑΜΟ ΔΗΜΟΤΙΚΟ ΚΕΝΤΡΟ ΣΤΡΟΒΟΛΟΥ  
Αντιπροσωπεύθηκε από την:  
1. Σπυρούλα Χριστοδούλου, Δικηγόρο για δικηγορικό γραφείο  
Απόστολου Ντορζή

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 3 Φεβρουαρίου 2021

## Α Π Ο Φ Α Σ Η

Αντικείμενο της παρούσας προσφυγής, είναι η νομιμότητα της απόφασης του Ιδρύματος Πολυδύναμο Δημοτικό Κέντρο Στροβόλου (η «Αναθέτουσα Αρχή»), να κατακυρώσει το διαγωνισμό (22/2020 «για την ετοιμασία και παράδοση έτοιμου φαγητού και απογευματινού στα Κέντρα προστασίας και Απασχόλησης παιδιών») στην εταιρεία Occhio Hospitality Group (ο «επιτυχών»), αντί στους Αιτητές.

Σύμφωνα με τα γεγονότα όπως αυτά προκύπτουν από τους διοικητικούς φακέλους, ο διαγωνισμός προκηρύχθηκε στις 22.6.2020 μέσω του Ηλεκτρονικού συστήματος σύναψης δημοσίων συμβάσεων (e-procurement) με τελευταία ημερομηνία υποβολής προσφορών την 24.7.2020, και εκτιμώμενη δαπάνη της σύμβασης το ποσό των €560.000.

Εμπρόθεσμα υποβλήθηκαν 5 προσφορές οι οποίες αφού αξιολογήθηκαν από την Επιτροπή Αξιολόγησης, η τελευταία σε έκθεση της εισηγήθηκε απόρριψη της προσφοράς του επιτυχόντα καθότι αυτή δεν συμμορφώνετο με την προϋπόθεση συμμετοχής σε σχέση με τη δήλωση συμμόρφωσης των πλαστικών συσκευασιών. Στην προσφορά του είχε επισυναφθεί δήλωση συμμόρφωσης για συσκευασίες αλουμινίου. Η Επιτροπή Αξιολόγησης εισηγήθηκε την κατακύρωση του διαγωνισμού στους Αιτητές που ήταν ο επόμενος πιο φθηνός προσφοροδότης και η προσφορά τους ήταν σύμφωνη με όλες τις προϋποθέσεις συμμετοχής.

Το Διοικητικό Συμβούλιο σε συνεδρία του στις 10.8.2020 μετά που ο επιτυχών στις 7.8.2020, απέστειλε δύο ηλεκτρονικά μηνύματα όπου σημείωνε ότι εκ παραδρομής υποβλήθηκε πιστοποιητικό με λανθασμένη αναφορά στο υλικό συσκευασίας και δηλώσεις συμμόρφωσης των προτεινόμενων πλαστικών συσκευασιών σύμφωνα με τους ευρωπαϊκούς κανονισμούς, έκρινε ότι τα έγγραφα που υποβλήθηκαν μπορούν να γίνουν αποδεκτά δεδομένου ότι ο επιτυχών είναι ο φθηνότερος προσφορόδοτης και κατακύρωσε το διαγωνισμό στον επιτυχόντα. Σημείωσε επίσης ότι το ποσό που εξοικονομεί το Ίδρυμα αν η προσφορά κατακυρωθεί στον επιτυχόντα και όχι στο δεύτερο φθηνότερο ως η εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης το Ίδρυμα εξοικονομεί το ποσό των €9.317 συν ΦΠΑ.

Οι Αιτητές με την προσφυγή τους πρόβαλαν διάφορους λόγους για τους οποίους η προσβαλλόμενη απόφαση θα πρέπει να ακυρωθεί τους οποίους και ανέπτυξαν με τη γραπτή τους αγόρευση.

Η Αναθέτουσα Αρχή με τη γραπτή της αγόρευση πρόβαλε δύο προδικαστικές ενστάσεις. Πρώτον ότι η προσβαλλόμενη απόφαση εκφεύγει του ελέγχου της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών και δεύτερο ότι οι Αιτητές παράτυπα δεν αναφέρουν τους πραγματικούς λόγους επί των οποίων στηρίζεται η προσφυγή. Με τη γραπτή τους αγόρευση και ενώπιόν μας ανέπτυξαν τα επιχειρήματα τους.

Η Αναθέτουσα Αρχή με αναφορά στο πιστοποιητικό εγγραφής της ως Ιδρύματος και την ιδρυτική πράξη αυτού τα οποία επεσύναψε στη γραπτή της αγόρευση,

υποστήριξε ότι οι αποφάσεις της εμπίπτουν στη σφαίρα του ιδιωτικού δικαίου και συνεπώς εκφεύγουν της δικαιοδοσίας της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών. Σύμφωνα με την εισήγηση της η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών δεν έχει αρμοδιότητα να επιληφθεί της Προσφυγής. Το γεγονός υποστηρίζει ότι μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου της είναι ταυτόχρονα και μέλη του Δημοτικού Συμβουλίου Στροβόλου δεν μεταβάλλει το καθεστώς της το οποίο λειτουργεί με βάση το ιδιωτικό δίκαιο και παραπέμπει μεταξύ άλλων στην προσφυγή 1101/2016, **1. Xxx Κολιού 2. xxx Γεωργίου ν. 1. Δήμου Λεμεσού 2. Παττίχειου Δημοτικού Θεάτρου Λεμεσού**, ημερ. 10.1.2020, 5879/2013 **Αντώνης Ιουλιανός και Ίδρυμα Προώθησης Έρευνας**, ημερ. 30.8.2016 και 820/2008, **HYSTORE TECHNOLOGIES LTD ν. ΙΔΡΥΜΑΤΟΣ ΠΡΟΩΘΗΣΗΣ ΕΡΕΥΝΑΣ**, ημερ. 14.2.2008.

Σ' ότι αφορά τη δεύτερη προδικαστική ένσταση υποστήριξε ότι οι Αιτητές δεν έχουν στοιχειοθετήσει την προσφυγή τους σύμφωνα με το αρ. 20 (1) του Ν. 104(I)/2010.

Οι Αιτητές σε σχέση με την πρώτη προδικαστική ένσταση απαντούν ότι, τόσο μέσα από τα έγγραφα του διαγωνισμού όσο και από τον περί των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και για Συναφή Θέματα νόμο του 2016, Ν. 73(I)/2016, η προδικαστική ένσταση δεν ευσταθεί. Στα ίδια τα έγγραφα του διαγωνισμού υποστηρίζουν γίνεται αναφορά στον Ν. 73(I)/2016 στα δε έγγραφα του διαγωνισμού φαίνεται ότι ως Αναθέτουσα Αρχή καταγράφεται το Ίδρυμα Πολυδύναμο Δημοτικό Κέντρο Στροβόλου μέσω Δήμου Στροβόλου. Επίσης στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι, ΜΕΡΟΣ

B, *ΜΗ ΚΕΝΤΡΙΚΕΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΕΣ ΑΡΧΕΣ* του Ν. 73(I)/2016 παρατίθεται κατάλογος όσων Αρχών οι αποφάσεις ελέγχονται από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών και σημειώνεται ότι ο κατάλογος είναι ενδεικτικός και ότι ο νόμος εφαρμόζεται σε όλους του οργανισμούς που πληρούν τα κριτήρια οργανισμού δημοσίου δικαίου. Το Ίδρυμα αναφέρουν λειτουργεί κάτω από τον ομπρέλα του Δήμου Στροβόλου ο οποίος ασκεί τον έλεγχο και γενικά εποπτεύει τη λειτουργία του, επιχορηγείται δε πρώτιστα από το Δήμο Στροβόλου και το Σχέδιο Κρατικών Ενισχύσεων Ήσσονος Σημασίας των Υπηρεσιών Κοινωνικής Ευημερίας. Επιπρόσθετα, επιχορηγείται από συγχρηματοδοτούμενα κονδύλια της Κυπριακής Δημοκρατίας και της Ευρωπαϊκής Ένωσης για την υλοποίηση συγκεκριμένων κοινωνικών δράσεων και ενισχύεται οικονομικά από εισφορές και δωρεές δημοτών, καθώς και από την οργάνωση διάφορων εκδηλώσεων φιλανθρωπικού και καλλιτεχνικού περιεχομένου. Παραπέμπουν επίσης στο άρθρο 2.1 του Ν. 73(I)/2016 εισαγωγικές διατάξεις, υπό τον τίτλο ερμηνεία, και σημείωσαν ότι ο νομοθέτης στο νομικό πλαίσιο του Ν. 73(I)/2016 στον κατάλογο δεν καθόρισε τα κριτήρια και τις προϋποθέσεις ένταξης και ή συμπερίληψης οποιουδήποτε οργανισμού καθότι κριτήριο αποτελεί το νομικό πλαίσιο από το οποίο διέπεται η διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων.

Ενόψει της φύσης των προδικαστικών ενστάσεων κρίνουμε ότι αυτές θα πρέπει να εξεταστούν κατά προτεραιότητα.

Στην ουσία η πρώτη προδικαστική ένσταση θέτει προς απάντηση το ερώτημα κατά πόσον η προσβαλλόμενη απόφαση αποτελεί απόφαση προερχόμενη από Αναθέτουσα Αρχή η απόφαση της οποίας ελέγχεται ως εμπίπτουσα στις αποφάσεις Μη Κεντρικών Αναθέτουσων Αρχών. Με άλλα λόγια κατά πόσο η προσβαλλόμενη απόφασης προέρχεται από όργανο/οργανισμό δημόσιου ή ιδιωτικού δικαίου.

Σύμφωνα με το άρθρο 2(1) του Ν. 73(Ι)/2016 εκτός εάν από το κείμενο του νόμου προκύπτει διαφορετική έννοια «μη κεντρικές αναθέτουσες αρχές» σημαίνει όλες τις αναθέτουσες αρχές, οι οποίες δεν είναι κεντρικές κυβερνητικές αρχές, των οποίων ενδεικτικός κατάλογος παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, Μέρος Β·»

Στο Παράρτημα Ι, Μέρος Β μεταξύ άλλων ως μη κεντρικές αναθέτουσες αρχές αναφέρονται Τοπικές και Περιφερειακές Αρχές, Δήμοι, Κοινότητες, Οργανισμοί Δημοσίου Δικαίου στο τέλος δε του καταλόγου σημειώνεται ότι:

*«Ο κατάλογος του παρόντος Μέρους είναι ενδεικτικός. Ο παρών Νόμος εφαρμόζεται υποχρεωτικά από όλους τους Οργανισμούς που πληρούν τα κριτήρια για τους οργανισμούς δημοσίου δικαίου τα οποία καθορίζονται στο άρθρου 2, έστω και αν δεν περιλαμβάνονται στον πιο πάνω κατάλογο».*

Στο άρθρο 2 αναφέρονται τα εξής:

*««οργανισμοί δημοσίου δικαίου» σημαίνει τους οργανισμούς, οι οποίοι έχουν όλα τα ακόλουθα χαρακτηριστικά:*

*(α) Έχουν συσταθεί με συγκεκριμένο σκοπό την κάλυψη αναγκών γενικού συμφέροντος, που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα·*

*(β) έχουν νομική προσωπικότητα· και*

*(γ) χρηματοδοτούνται, κατά το μεγαλύτερο μέρος τους, από τις κρατικές, αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης, ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου ή η διαχείριση των οποίων υπόκειται σε έλεγχο ασκούμενο από τις αρχές ή οργανισμούς αυτούς ή έχουν διοικητικό διευθυντικό ή εποπτικό συμβούλιο, του οποίου περισσότερο από το ήμισυ των μελών διορίζεται από τις κρατικές αρχές, τις αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης, ή από άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου.»*

Στην παρούσα περίπτωση σύμφωνα με τα ενώπιόν μας στοιχεία η Αναθέτουσα Αρχή ιδρύθηκε από το Δήμο Στροβόλου και λειτουργεί δυνάμει των διατάξεων του Περί Σωματείων και Ιδρυμάτων Νόμου του 1972, Ν. 57/1972, και των περί Σωματείων και Ιδρυμάτων Κανονισμών του 1973 ΚΔΠ 118/73, καθώς και της Ιδρυτικής Πράξης του στην οποία μεταξύ άλλων ρητά αναφέρεται ότι το Διοικητικό Συμβούλιο του Ιδρύματος θα μπορεί αφού εξασφαλίσει εκ των προτέρων τη γραπτή συγκατάθεση του Δημοτικού Συμβουλίου να τροποποιεί πρόνοια τη ιδρυτικής πράξης και να προσθέτει νέους όρους τηρουμένων των προνοιών του νόμου 57/1972.

Επίσης ότι τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου τα οποία καταγράφονται στην ιδρυτική πράξη θα ασκούν τα καθήκοντά τους επ' αόριστον μέχρις ότου αντικατασταθούν από το εκάστοτε Δημοτικό Συμβούλιο Στροβόλου.

Έχουμε μελετήσει τις αποφάσεις στις οποίες η Αναθέτουσα Αρχή μας παρέπεμψε όπως και άλλες στις οποίες γίνεται αναφορά σ' αυτές.

Ανεξάρτητα από το γεγονός ότι στις εν λόγω αποφάσεις το ζήτημα εξετάζεται από τη σκοπιά του Άρθρου 146.1. του Συντάγματος το οποίο προβλέπει ότι το Διοικητικό

Δικαστήριο «έχει αποκλειστική δικαιοδοσία να αποφασίζει σε πρώτο βαθμό επί πάσης προσφυγής υποβαλλομένης κατ' αποφάσεως, πράξεως ή παραλείψεως οιασδήποτε οργάνου, αρχής ή προσώπου ασκούντων εκτελεστικήν ή διοικητικήν λειτουργίαν επί τω λόγω ότι αυτή είναι αντίθετος προς τας διατάξεις του Συντάγματος ή τον νόμον ή εγένετο καθ' υπέρβασιν ή κατάχρησιν της εξουσίας της εμπειπιστευμένης εις το όργανον ή την αρχήν ή το πρόσωπο τούτο» θα πρέπει να σημειώσουμε ότι οι αποφάσεις των οργανισμών οι οποίοι κρίθηκε ότι αποτελούν οργανισμούς ιδιωτικού δικαίου (Ογκολογικό Κέντρο Τράπεζας Κύπρου, Ίδρυμα Προώθησης Έρευνας) σύμφωνα με τον Ν. 73(I)/2016 εμπίπτουν πλέον στη δικαιοδοσία της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών αφού για τους σκοπούς του εν λόγω Νόμου αποτελούν οργανισμούς δημοσίου δικαίου. (βλ. Παράρτημα του Μέρους Β, Ν. 73(I)/2016).

Στην ***S-Z ENGINEERING LIMITED v. ΙΔΡΥΜΑ ΜΟΥΣΕΙΟΥ ΚΩΣΤΑ ΑΡΓΥΡΟΥ***, Υπόθεση αρ. 51/2017, ημερ. 22.5.2020 σε σχέση με το υπό εξέταση ζήτημα, μεταξύ άλλων, ελέχθησαν τα εξής:

«Το κατά πόσον μια διοικητική πράξη εμπίπτει στη σφαίρα του ιδιωτικού ή του δημοσίου δικαίου έχει αποτελέσει αντικείμενο συζήτησης σε πληθώρα υποθέσεων και, όπως λέχθηκε στη ***Μυρτώ Χριστοδούλου κ.α. v. Κεντρικής Τράπεζας Κύπρου κ.α., υπ' Αρ. 551/2013, ημερ. 7.6.2013*** (απόφαση της Πλήρους Ολομέλειας του Ανωτάτου Δικαστηρίου), η απάντηση στο συγκεκριμένο θέμα δεν είναι πάντα εύκολη υπόθεση. Νομολογιακά, ωστόσο, έχουν αναγνωρισθεί διάφορα κριτήρια προς ταξινόμηση μιας πράξης είτε στη σφαίρα του ιδιωτικού είτε του δημοσίου δικαίου, με βασικό κριτήριο ότι στο δημόσιο δίκαιο εμπίπτουν οι πράξεις εξουσίας της Διοίκησης και ως τέτοιες χαρακτηρίζονται εκείνες οι πράξεις, όπου η Διοίκηση εμφανίζεται έναντι του διοικουμένου να ενεργεί ως *imperium*, ήτοι επί εξουσιαστικής βάσης, ενώ από την άλλη, στο ιδιωτικό δίκαιο, εμπίπτουν οι πράξεις της Διοίκησης που έχουν χειριστικό χαρακτήρα, ως



αφορώσες την προστασία του οικονομικού ή ταμειευτικού συμφέροντος της δημόσιας αρχής (βλ. **Κολοκασίδης v. Δημοκρατίας (2008) 3 Α.Α.Δ. 373**)

Βασικό κριτήριο, σύμφωνα πάντα με τη νομολογία, προκειμένου να αποφασιστεί κατά πόσον μια πράξη εμπίπτει στη σφαίρα του δημοσίου ή του ιδιωτικού δικαίου αποτελεί και ο επιδιωκόμενος με την πράξη σκοπός. Εφόσον με την εκδιδόμενη υπό του διοικητικού οργάνου πράξη επιδιώκεται πρωταρχικά η εξυπηρέτηση δημοσίου σκοπού, τότε η πράξη αυτή εμπίπτει στη σφαίρα του δημοσίου δικαίου και μπορεί να προσβληθεί με προσφυγή δυνάμει του Άρθρου 146 του Συντάγματος (βλ. **Tamasos Tobacco Supplies v. Δημοκρατίας (1991) 3 Α.Α.Δ. 407, Hellenic Bank Ltd v. Republic (1986) 3 C.L.R. 481** και **MARIOS MACHLOUZARIDES v. Republic (1985) 3 Α.Α.Δ. 2342**). Όπως λέχθηκε συναφώς στην **Παντελής Ζέμπασις κ.α. v. Δημοκρατίας (2010) 3 Α.Α.Δ. 442, -**

«Ο αποφασιστικός παράγων στο διαχωρισμό μεταξύ του ιδιωτικού και του δημοσίου συμφέροντος είναι η φύση και ο χαρακτήρας της συγκεκριμένης λειτουργίας, που αποτελεί το αντικείμενο της προσφυγής. Όπου η λειτουργία του διοικητικού οργάνου έχει ως πρωταρχικό σκοπό την προαγωγή του δημοσίου σκοπού, ο σκοπός αυτός έχει θεωρηθεί ως χαρακτηριστικό πράξης ή απόφασης εντός της εννοίας του δημοσίου δικαίου (**Valana v. Republic 3 R.S.C.C. 91**)».

Δημόσιος δε σκοπός είναι εκείνος, στην ευόδωση του οποίου, εξ' αντικειμένου, έχει συμφέρον το κοινό ή τμήμα του κοινού και αυτό συμβαίνει, κατά κανόνα, εφόσον η πράξη ανάγεται ή σχετίζεται με την επίτευξη των σκοπών ενός δημοσίου οργάνου (βλ. **Ναυτικός Όμιλος Πάφου v. Αρχής Λιμένων Κύπρου (1992) 1 Α.Α.Δ. 882**).

Αντίθετα, πράξεις διοικητικών οργάνων που ανάγονται στη σφαίρα του ιδιωτικού δικαίου είναι ουσιαστικά οι πράξεις με τις οποίες ρυθμίζονται και/ή εξυπηρετούνται ιδιωτικά δικαιώματα προσώπων (βλ. **Hellenic Bank v. Republic (1994) 3 C.L.R. 481**), ως ξεκάθαρα συμβαίνει στην υπό εξέταση περίπτωση, εφόσον η προσβαλλόμενη απόφαση απόρριψης της προσφοράς και/ή αποκλεισμού των αιτητών και επιλογής του Ε.Μ. προς ανάθεση του έργου για υλοποίηση, μέσω διενέργειας μηχανολογικών εργασιών, της αναδιαμόρφωσης του εκθεσιακού χώρου του Μουσείου του Ιδρύματος, προδήλως αφορά και/ή επηρεάζει αποκλειστικά τα συμφέροντα και/ή τα δικαιώματα του Ιδρύματος, ήτοι ιδιωτικά δικαιώματα και όχι το δημόσιο συμφέρον (βλ. **Republic v. M.D.M. Estate Developments Ltd (1982) 3 C.L.R. 642, 655**).»

Επίσης στην *Xxx Μιχαηλίδη ν. Οργανισμού Συγκοινωνιών Επαρχίας Λευκωσίας*

*(Ο.Σ.Ε.Α.) Λίμιτεδ, Υπόθ. αρ. 562/2015, ημερ. 13.4.2020* αναφέρονται τα εξής:

*«Το ζήτημα του κατά πόσον οι καθ' ων η αίτηση συνιστούν νομικό πρόσωπο ιδιωτικού ή δημοσίου δικαίου και το κατά πόσον οι πράξεις του, που απορρέουν από το διαγωνισμό με αρ. 1/2014, εμπίπτουν ή όχι στον ακυρωτικό έλεγχο του Διοικητικού Δικαστηρίου, θα πρέπει να εξεταστεί υπό το φως των κανόνων δημοσίων συμβάσεων που επιδιώκουν οι Οδηγίες περί του συντονισμού των διαδικασιών Συνάψεως Δημοσίων Συμβάσεων.*

*Το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, έχει κρίνει επανειλημμένως ότι, ενόψει του διττού στόχου της υποβολής προσφορών και της διαφάνειας που επιδιώκουν οι Οδηγίες περί συντονισμού των διαδικασιών Συνάψεως των Δημοσίων Συμβάσεων, η έννοια του «οργανισμού δημοσίου δικαίου» πρέπει να ερμηνεύεται βάσει λειτουργικών κριτηρίων (C-237/99, Επιτροπή κατά Γαλλίας, ημερομηνίας 1.2.2001, C-470/99, *Universale-Bau AG κατά Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, ημερομηνίας 12.12.2002, C-393/2006, *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH κατά Fernwärme Wien GmbH*, ημερομηνίας 10.4.2008). Το ΔΕΕ, διευκρίνισε ακόμα, πως ενόψει αυτού του διττού στόχου, η έννοια του «οργανισμού δημοσίου δικαίου» πρέπει να νοηθεί υπό ευρεία έννοια (C-373/00, *Adolf Truley GmbH κατά Bestattung Wien GmbH*, ημερομηνίας 27.2.2003).*

*Στη βάση και των ερμηνευτικών διατάξεων της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ που έχουν εκτεθεί πιο πάνω, ως οργανισμός δημοσίου δικαίου, νοείται ένας οργανισμός που δημιουργήθηκε ειδικά για να ικανοποιήσει ανάγκες γενικού συμφέροντος που δεν έχουν βιομηχανικό ή εμπορικό χαρακτήρα, που έχει νομική προσωπικότητα και που τελεί σε στενή σχέση εξαρτήσεως προς το κράτος ή άλλους οργανισμούς δημοσίου δικαίου και κατά πάγια νομολογία, ο τρόπος συστάσεως του φορέα αυτού, είναι αδιάφορος, αφού το καθεστώς ιδιωτικού δικαίου ενός φορέα, δεν συνιστά κριτήριο ικανό να αποκλείσει το χαρακτηρισμό του, ως αναθέτουσα αρχή (C-360/96, *Gemeente Arnhem κατά BFI Holding BV* ημερομηνίας 10.11.1998)».*

Στην υπό εξέταση περίπτωση δεν θεωρούμε αποκλειστικής σημασίας το γεγονός που εισηγείται η Αναθέτουσα Αρχή και το οποίο συμφωνούμε ότι συνηγορεί υπέρ της θέσης, ότι δηλαδή πρόκειται για ίδρυμα δυνάμει του περί Σωματείων και Ιδρυμάτων

Νόμου. Πέραν τούτου θα πρέπει να εξεταστούν όλα τα σχετικά με το διαγωνισμό και την ιδρυτική πράξη του ιδρύματος και εδώ τα πράγματα οδηγούν προς την αντίθετη κατεύθυνση. Το ίδρυμα δεν ιδρύθηκε από ιδιώτες αλλά από το Δήμο Στροβόλου οι αποφάσεις του οποίου σε σχέση με δημόσιες συμβάσεις ελέγχονται, με βασικό κοινωφελή σκοπό την παροχή υπηρεσιών και φροντίδας σε βρέφη, νήπια, παιδιά και ενήλικες κατοίκους Στροβόλου. Προνοείται επίσης ότι ο εκάστοτε Δήμαρχος και Γραμματέας του Δήμου Στροβόλου θα διορίζονται στη θέση του Προέδρου και Γραμματέα, αντίστοιχα, όπως και ότι η αντικατάσταση των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου γίνεται από το Δημοτικό Συμβούλιο Στροβόλου. Με τη σύσταση του Ιδρύματος ο Δήμος Στροβόλου αφιέρωσε περιουσία £1.000,00. Οι πόροι του Ιδρύματος σύμφωνα με την ιδρυτική πράξη του προέρχονται μεταξύ άλλων από επιχορηγήσεις οι οποίες σύμφωνα με τους Αιτητές και αυτό δεν έχει αμφισβητηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή είναι από το Δήμο Στροβόλου, και το Σχέδιο Κρατικών Ενισχύσεων Ήσσοнос Σημασίας των Υπηρεσιών Κοινωνικής Ευημερίας. Η συνολική εικόνα από τα πιο πάνω αναδεικνύει στοιχεία και ιδιωτικού και δημοσίου δικαίου στην υπόσταση του Ιδρύματος. Είναι από τη μια η πρωτοβουλία του Δήμου Στροβόλου για την ίδρυση του για κοινωφελή σκοπό η συμμετοχή του στο Διοικητικό Συμβούλιο του Ιδρύματος από τη θέση του Προέδρου όπως και το ότι ο Δήμος Στροβόλου διατηρεί ενδιαφέρον σε περίπτωση διάλυσης του αφού η περιουσία του Ιδρύματος περιέρχεται στο Δήμο Στροβόλου και από την άλλη το γεγονός ότι πρόκειται για Ίδρυμα που λειτουργεί βάσει Καταστατικού.

Καθώς προκύπτει από το Διοικητικό Φάκελο (13.20.193/7) στην προκήρυξη του διαγωνισμού ως Αναθέτουσα Αρχή καταγράφεται ο Δήμος Στροβόλου ενώ στα έγγραφα του διαγωνισμού Αναθέτουσα Αρχή καταγράφεται το Ίδρυμα με διεύθυνση τη διεύθυνση του Δήμου Στροβόλου.

Εξετάζοντας τα επιχειρήματα των δύο πλευρών υπό το φως των κριτηρίων που διέπουν το ζήτημα και των δεδομένων της περίπτωσης έχουμε την άποψη ότι η προσβαλλόμενη απόφαση δεν εκφεύγει της δικαιοδοσίας μας καθότι προέρχεται από ίδρυμα με έντονο τον δημόσιο χαρακτήρα. Η Αναθέτουσα Αρχή παρά το γεγονός ότι αποτελεί Ίδρυμα που συστάθηκε με βάση ειδικό νόμο στην ουσία αποτελεί προέκταση του Δήμου Στροβόλου. Στην παρούσα περίπτωση η φύση και ο χαρακτήρας του ιδρύματος αλλά και της συγκεκριμένης λειτουργίας, αντικείμενο του διαγωνισμού, σκοπό έχουν την προαγωγή δημόσιου σκοπού.

Σ' ότι αφορά τη δεύτερη προδικαστική ένσταση ούτε αυτή ευσταθεί. Μελέτη της προσφυγής των Αιτητών και της γραπτής τους αγόρευσης καταδεικνύει το αβάσιμο της εν λόγω προδικαστικής ένστασης.

Με την απόρριψη των προδικαστικών ενστάσεων προχωρούμε να εξετάσουμε την ουσία της προσφυγής.

Σύμφωνα με τους Αιτητές, η απόφαση κατακύρωσης πάσχει καθότι ενώ η Επιτροπή Αξιολόγησης εισηγήθηκε ότι η προσφορά του επιτυχόντα έπρεπε να απορριφθεί ως

μη πληρούσα την προϋπόθεση συμμετοχής σε σχέση με τη δήλωση της πλαστικής συσκευασίας, το Διοικητικό Συμβούλιο λαμβάνοντας υπόψη εκ των υστέρων υποβληθέντα στοιχεία και παραβλέποντας τη θέση της Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων από την οποία ζητήθηκε καθοδήγηση κατακύρωσε το διαγωνισμό στον επιτυχόντα.

Η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτοντας τον ισχυρισμό των Αιτητών περιορίστηκε να αναφέρει ότι ο παραβιασθείς όρος δεν ήταν ουσιώδης και ότι με τις εξηγήσεις που έδωσε ο επιτυχών φάνηκε ότι εκ παραδρομής δεν υπέβαλε το σωστό πιστοποιητικό.

Στην έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης ημερ. 30.7.2020 καταγράφονται τα εξής:

*«Η προσφορά της Occhio Hospitality Group, ως η φθηνότερη προσφορά, χαρακτηρίζεται ως απορριπτέα γιατί δεν καλύπτει την προϋπόθεση συμμετοχής που αφορά τη δήλωση συμμόρφωσης των πλαστικών συσκευασιών. Επισυνάφθηκε δήλωση συμμόρφωσης για συσκευασίες αλουμινίου και ως εκ τούτου, δεν μπορεί να αξιολογηθεί η τεχνική και οικονομική προσφορά του.*

*Η Theodosia Tourist Co Ltd, ο επόμενος πιο φθηνός προσφοροδότης, καλύπτει όλες τις προϋποθέσεις συμμετοχής και έχει επισυνάψει όλα τα δικαιολογητικά».*

Στις 3.8.2020 ζητήθηκε από την Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων καθοδήγηση κατά πόσο η προσφορά του επιτυχόντα θεωρείται απορριπτέα. Το ερώτημα απαντήθηκε στις 4.8.2020 ως εξής:

*«Εφόσον τα έγγραφα του διαγωνισμού είχαν σαφώς καθορισμένα κριτήρια και τεχνικές προδιαγραφές, οι προσφορές οι οποίες δεν τα πληρούν θα πρέπει να απορρίπτονται».*

Ακολούθως στις 7.8.2020 ο επιτυχών με επιστολή του προχώρησε στην εξής διευκρίνιση:

*«[...] με έκπληξη παρατηρήσαμε ότι εκ παραδρομής κατετέθηκε πιστοποιητικό με λανθασμένη αναφορά στο υλικό συσκευασίας που όπως διαπιστώνεται στην φωτογραφία και που έχουμε αποστείλει είναι πλαστικά δοχεία. Ως εκ τούτου, σας αποστέλλουμε το σχετικό πιστοποιητικό καθώς και δείγματα των πλαστικών δοχείων που αναφέρονται στην φωτογραφία και που σκοπεύουμε να χρησιμοποιήσουμε».*

Την ίδια ημέρα απέστειλε και τα σχετικά πιστοποιητικά.

Το Συμβούλιο Προσφορών σε συνεδρία του στις 10.8.2020 αφού έλαβε υπόψη του την αναφορά του επιτυχόντα ότι εκ παραδρομής υποβλήθηκε πιστοποιητικό με λανθασμένη αναφορά στο υλικό συσκευασίας, τις δηλώσεις συμμόρφωσης των προτεινόμενων πλαστικών συσκευασιών σύμφωνα με τους Ευρωπαϊκούς Κανονισμούς προτού καταλήξει εξέφρασε τις εξής απόψεις:

*«4.1 Κοινή άποψη των μελών ήταν ότι τα έγγραφα που υποβλήθηκαν εκ των υστέρων από την Occhio Hospitality Group, μπορούν να γίνουν αποδεκτά, δεδομένου ότι είναι και ο φθηνότερος προσφοροδότης, καθώς η Εταιρεία υπέβαλε φωτογραφία με πλαστικές συσκευασίες μέσω του e-procurement, γεγονός που πιστοποιεί ότι τα έχει στη διάθεση της. Επιπρόσθετα, τα πιστοποιητικά που υποβλήθηκαν έχουν ημερομηνίας έκδοσης Νοέμβριος 2019, Μάρτιος 2020 και Απρίλιος 2020, γεγονός που πιστοποιεί ότι η Εταιρεία τα είχε στη διάθεση της και σε συνάρτηση με την υποβληθείσα φωτογραφία, φαίνεται ότι παραδρομής δεν υποβλήθηκαν τα σωστά πιστοποιητικά.*

*4.2 Το ποσό που εξοικονομεί το Ίδρυμα, αν η προσφορά κατακυρωθεί στην Occhio Hospitality Group και όχι στον 2<sup>ο</sup> φθηνότερο προσφοροδότη, ως η εισήγηση της Επιτροπής, ανέρχεται περίπου στο ελάχιστο ποσό των €9.317 συν ΦΠΑ.*

*Ο κ. Γιώργος Χατζηγιωάννου σημείωσε ότι τα χρήματα αυτά μπορούν να αξιοποιηθούν για τις οικογένειες του Δήμου Στροβόλου με περιορισμένους οικονομικούς πόρους, δεδομένης και της κατάστασης που δημιουργήθηκε με τον κορωνοϊό – COVID 19. Με την άποψη του κ. Χατζηγιωάννου συμφώνησαν τα παρόντα μέλη».*

Στη συνέχεια αποφάσισε:

*«Κατακύρωση της προσφοράς στην Occhio Hospitality Group, καθώς έχει αξιολογηθεί ως η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψη προσφορά βάσει τιμής, στην τιμή των €2,32 συν ΦΠΑ, με ισχύ από 21/09/2020 μέχρι 20/09/2020 και δικαίωμα ανανέωσης για ακόμη ένα έτος στην ίδια τιμή, με κοινή συναίνεση και των δυο μερών, νοουμένου τεκμηριωθεί η επιτυχής υλοποίηση των συμβάσεων που έχουν σημειωθεί από την Εταιρεία στο Έντυπο 5 των εγγράφων του διαγωνισμού («Τεκμηρίωση Τεχνικών και Επαγγελματικών Ικανοτήτων Προσφέροντος»), ως σημειώθηκε στην αξιολόγηση της Επιτροπής.*

*Περαιτέρω ζητήθηκε από την Υπηρεσία να ερωτηθεί ο νομικός σύμβουλος για τη νομιμότητα της απόφασης».*

Στη συνεδρία του στις 16.9.2020 αφού αξιολόγησε τα έγγραφα που υποβλήθηκαν από τον επιτυχόντα για πιστοποίηση της επαγγελματικής ικανότητας του και αφού έλαβε υπόψη τη θέση του νομικού συμβούλου ότι μετά τη λήψη της απόφασης δεν μπορεί να εκφέρει άποψη κατέληξε ως εξής:

*«[...] αποφάσισε οριστικά, με βάση το άρθρο 10, παρ. 1, όπως κατακυρωθεί η προσφορά στην Occhio Hospitality Group, ως η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψη προσφορά βάσει τιμής, στην τιμή των €2,32 συν ΦΠΑ, με ισχύ από 26/10/2020 μέχρι 25/10/2021 και δικαίωμα ανανέωσης για ακόμη ένα έτος στην ίδια τιμή, με κοινή συναίνεση και των δυο μερών».*

Το πρώτο ζήτημα που πρέπει να εξεταστεί είναι το ουσιώδες ή μη του όρου 8.3.8 το οποίο σύμφωνα με τους Αιτητές δεν πληρούσε ο επιτυχών.

Ο όρος 8.3 «Περιεχόμενα Προσφορών» προβλέπει τα εξής:

«8.3.1. Ενότητα «Προϋποθέσεις Συμμετοχής», υπό στοιχείο 8. Προβλέπει τα εξής:

*«Δήλωση συμμόρφωσης των προτεινόμενων ατομικών πλαστικών συσκευασιών, σύμφωνα με τους Κανονισμούς (ΕΚ) 1935/2004 αναφορικά με τα υλικά και αντικείμενα σε επαφή με τα τρόφιμα και (ΕΚ) 10/2011 αναφορικά με τα πλαστικά υλικά και αντικείμενα σε επαφή με τα τρόφιμα.»*

Όπως κατ' επανάληψη έχουμε αναφέρει η προκήρυξη του διαγωνισμού και οι όροι του αποτελούν πράξη κανονιστικού περιεχομένου που δεσμεύει τόσο τη διοίκηση, όσο και τους διαγωνιζόμενους. Ως εκ τούτου η παράβαση ουσιωδών όρων συνεπάγεται ακυρότητα. Η σημασία ενός όρου προσδιορίζεται από το κατά πόσο η τήρηση του είναι αποφασιστικής σημασίας για τη λήψη της απόφασης κατακύρωσης του διαγωνισμού (**Βλ. *Tamassos supplies Ltd v. Δημοκρατίας (1992) 3 AAD 60***). Το κριτήριο για τον προσδιορισμό της υπόστασης του όρου του Διαγωνισμού είναι αντικειμενικό. Συνεπώς από τη στιγμή που ένας όρος είναι ουσιώδης δεν χωρεί διαφοροποίηση μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους απόκλισης από αυτό. (**Βλ. *Δημοκρατία v. CH. HIT FLOW MECHANICAL CONSTRUCTORS LTD (2005) 3 AAD 363***). Άλλωστε, για σκοπούς ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών το δημόσιο συμφέρον απαιτεί όπως οι ουσιώδης όροι του διαγωνισμού εφαρμόζονται αυστηρά χωρίς να επιτρέπονται παρεκκλίσεις οι οποίες σε πολλές περιπτώσεις όσον καλοπροαίρετά και αν γίνονται εγείρουν ερωτηματικά.



Έχοντας μελετήσει τους όρους του υπό κρίση διαγωνισμού στο σύνολό τους και με βάση το σύνολο των πιο πάνω αρχών κρίνουμε ότι η διατύπωση του όρου 8.3.1.8 πιο πάνω ο οποίος είναι ενταγμένος στο κεφάλαιο προϋποθέσεις συμμετοχής κάθε άλλο παρά επουσιώδης είναι. Ο όρος σαφέστατα είναι ουσιώδης αφού με αυτό εκείνο που επιδιώκεται είναι η διασφάλιση της υγιεινής συσκευασίας του φαγητού. Η εκ των υστέρων συμμόρφωση του επιτυχόντα με τον εν λόγω όρο του διαγωνισμού έστω κι' εάν εκ παραδρομής δεν υποβλήθηκαν τα προβλεπόμενα με την προσφορά του δεν παρείχαν στην Αναθέτουσα Αρχή τη δυνατότητα κατακύρωσης του διαγωνισμού τόσο στη βάση των όρων του διαγωνισμού όσο και στη βάση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών.

Ενόψει των πιο πάνω η προσφυγή επιτυγχάνει, η απόφαση κατακύρωσης του διαγωνισμού στον επιτυχόντα ακυρώνεται λόγω μη πλήρωσης ουσιώδους όρους του διαγωνισμού, χωρίς οποιαδήποτε άλλη διαταγή.