



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. 6/2015

Μεταξύ:

ΠΡΙΑΜΟΥ ΓΕΝΝΑΡΗ

Αιτητή

v.

ΑΡΧΗΣ ΛΙΜΕΝΩΝ ΚΥΠΡΟΥ

Αναθέτοντος Φορέα

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτητές:

ΠΡΙΑΜΟΣ ΓΕΝΝΑΡΗΣ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Πανίκο Ονουφρίου, Δικηγόρο
2. Ανδρέα Κυπρίζογλου, Δικηγόρο
3. Πρίαμο Γεννάρη, Αιτητή

Αναθέτων Φορέας:

ΑΡΧΗ ΛΙΜΕΝΩΝ ΚΥΠΡΟΥ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Αλεξία Κουντουρή-Παπαευσταθίου, Δικηγόρο για
Τάσος Παπαδόπουλος & Συνεργάτες ΔΕΠΕ
2. Ανδρέα Παρμακλή, Διοικητικό Λειτουργό Α΄
3. Σόνια Τριανταφυλλίδου, Πολιτικό Μηχανικό

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 20 Απριλίου, 2015

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Ο Αιτητής με την παρούσα προσφυγή ισχυρίζεται ότι η απόφαση της Αρχής Λιμένων Κύπρου (ο «Αναθέτων Φορέας») η οποία του κοινοποιήθηκε με επιστολή ημερ. 7.1.2015 και λήφθηκε στα πλαίσια του Διαγωνισμού υπ' αρ. 7/2014 για την «*παραχώρηση άδειας για την χρήση, διοίκηση, διαχείριση, λειτουργία, εκμετάλλευση και συντήρηση των χώρων, υποστατικών και χώρων στάθμευσης που έχουν δημιουργηθεί με την ολοκλήρωση του έργου της ανάπλασης του παλιού λιμανιού Λεμεσού*» πρέπει να ακυρωθεί. Με την εν λόγω απόφαση ο Αναθέτων Φορέας αποφάσισε τη ρευστοποίηση της εγγύησης συμμετοχής του Αιτητή στο διαγωνισμό και συνακόλουθα τον αποκλεισμό της προσφοράς του.

Σύμφωνα με τα γεγονότα όπως αυτά προκύπτουν από το διοικητικό φάκελο και δεν αμφισβητούνται, ο Αναθέτων Φορέας στις 13.6.2014 προκήρυξε τον πιο πάνω διαγωνισμό με ανοικτή διαδικασία και κριτήριο ανάθεσης με βάση την προκήρυξη την πλέον οικονομικά συμφέρουσα προσφορά και με βάση τα έγγραφα του διαγωνισμού το ψηλότερο προσφερόμενο δικαίωμα άδειας ετησίως μέσω του ηλεκτρονικού συστήματος e-procurement του Γενικού Λογιστηρίου με τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών τη 1.8.2014.

Η μοναδική προσφορά που υποβλήθηκε ήταν αυτή του Αιτητή. Η Επιτροπή Αξιολόγησης με έκθεση της ημερομηνίας 27.8.2014 εισηγήθηκε στο Διοικητικό

Συμβούλιο του Αναθέτοντα Φορέα κατακύρωση του διαγωνισμού στον Αιτητή ως τον προσφοροδότη η προσφορά του οποίου ήταν εντός προδιαγραφών.

Ο Αναθέτων Φορέας με επιστολή του ημερομηνίας 17.9.2014, γνωστοποίησε στον Αιτητή την απόφαση του για κατακύρωση του διαγωνισμού σ' αυτόν. Ακολούθησε ανταλλαγή αλληλογραφίας και συναντήσεις με το δικηγόρο του Αιτητή και στις 21.10.2014, ο Αναθέτων Φορέας με επιστολή του κάλεσε τον Αιτητή να προσέλθει μέχρι 20.11.2014 για υπογραφή συμφωνίας, νοουμένου ότι προηγουμένως θα υπέβαλλε την Εγγυητική Επιστολή Πιστής Εκτέλεσης Συμφωνίας και τα Πιστοποιητικά και Ασφαλιστήρια Συμβόλαια με βάση τα Έγγραφα του Διαγωνισμού. Επίσης τον ενημέρωσε ότι σε περίπτωση που δεν ανταποκρινόταν στα πιο πάνω, χωρίς άλλη ειδοποίηση θα λάμβανε όλα τα αναγκαία μέτρα για την προστασία των συμφερόντων του, περιλαμβανομένων και των κυρώσεων που αναφέρονται στην παράγραφο 10.4.2 του Μέρους Α των Εγγράφων του Διαγωνισμού ο οποίος σημειωτέον προβλέπει ότι:

«2. Ο Προσφέρων στον οποίο έχει ανατεθεί η Σύμβαση είναι υποχρεωμένος να προσέλθει, εντός προθεσμίας είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία που θα παραλάβει σχετική πρόσκληση του Αναθέτοντος Φορέα, για την υπογραφή της σχετικής Συμφωνίας. Αν παρέλθει η παραπάνω προθεσμία και ο Προσφέρων δεν προσέλθει για την υπογραφή της Συμφωνίας, τότε ο Προσφέρων υπόκειται σε κυρώσεις και ειδικότερα σε:

- α. αποκλεισμό από του δικαιώματος ανάθεσης της Σύμβασης,
- β. σε κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής υπέρ του Αναθέτοντα Φορέα, χωρίς άλλη διατύπωση ή δικαστική ενέργεια, και
- γ. στις προβλεπόμενες από το Νόμο και τους Κανονισμούς κυρώσεις αναφορικά με συμμετοχή σε μελλοντικούς διαγωνισμούς που οδηγούν σε ανάθεση δημόσιας σύμβασης».

Ακολούθησε νέα αλληλογραφία μεταξύ του Δικηγόρου του Αιτητή και του Νομικού Συμβούλου του Αναθέτοντα Φορέα και στις 16.12.2014 το Διοικητικό Συμβούλιο του Αναθέτοντα Φορέα σε συνεδρία του αποφάσισε όπως προχωρήσει στην απαίτηση της Εγγύησης Συμμετοχής του Αιτητή. Στο πρακτικό του αναφέρονται μεταξύ άλλων τα εξής:

«3.4 Το Συμβούλιο διαπίστωσε ότι ο επιτυχόντας προσφοροδότης, κ. Πρίamos Γεννάρης, στον οποίο αποφασίστηκε και η ανάθεση της Σύμβασης, παρέλειψε κατά την περίοδο ισχύος της προσφοράς ή/και μέχρι σήμερα, να προσκομίσει εμπρόθεσμα, τα προβλεπόμενα στους Όρους του διαγωνισμού πιστοποιητικά, ασφάλειες και την Εγγύηση Πιστής Εκτέλεσης της Σύμβασης, παρά το γεγονός ότι ειδοποιήθηκε με τις επιστολές της Αρχής ημερομηνίας 17.09.2014 και 21.10.2014.

3.5 Το Συμβούλιο σημειώνει ότι ο εν λόγω προσφοροδότης αντί να προσέλθει με βάση τους όρους του Διαγωνισμού για την προσκόμιση των πιο πάνω εγγράφων και την υπογραφή της Σύμβασης, προχώρησε με την επιστολή του ημερομηνίας 16.12.2014 στην υποβολή προτάσεων προς την Αρχή οι

οποίες αποτελούν τροποποίηση της προσφοράς του και αλλαγή ουσιωδών όρων του Διαγωνισμού. Η Αρχή με βάση και τη γραπτή γνωμάτευση του νομικού της συμβούλου ημερ. 12/11/2014, όπως αυτή επεξηγήθηκε και κατά τη συνεδρία του Συμβουλίου, δεν μπορεί να κάμει αποδεκτές τις εισηγήσεις του εν λόγω προσφοροδότη αφού παραβιάζουν ρητούς και ουσιώδεις όρους του διαγωνισμού, της διαδικασίας, τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και γενικά τους κανόνες δημοσίου διαγωνισμού.

3.6 Με βάση τα πιο πάνω και τους όρους του Διαγωνισμού, το Συμβούλιο αποφάσισε όπως προχωρήσει αμέσως στην απαίτηση της Εγγύησης Συμμετοχής του εν λόγω προσφοροδότη. Για το σκοπό αυτό δίνονται οδηγίες στην υπηρεσία της Αρχής για την υποβολή της σχετικής απαίτησης στο τραπεζικό ίδρυμα που εξέδωσε την Εγγύηση Συμμετοχής.»

Στις 17.12.2014 ο δικηγόρος του Αιτητή, απέστειλε νέα επιστολή στον Αναθέτοντα Φορέα με αίτημα για νέα συνάντηση. Στις 29.12.2014 ο Αναθέτων Φορέας με επιστολή του προς το Συνεργατικό Ταμειυτήριο Λεμεσού Λτδ ζήτησε όπως πληρωθεί το ποσό των €100,000 της εγγυητικής επιστολής που εκδόθηκε προς όφελος του μετά από αίτημα του Αιτητή.

Στις 7.1.2015 ο Αναθέτων Φορέας απέστειλε στον Αιτητή την επιστολή με την οποία του γνωστοποίησε την απόφασή του για την απαίτηση της εγγύησης συμμετοχής του.

Σαν αποτέλεσμα των πιο πάνω, ο Αιτητής καταχώρησε στις 22.1.2015 την παρούσα προσφυγή.

Ο Αιτητής σ' ότι αφορά την ουσία της προσφυγής, ισχυρίστηκε ότι ο Αναθέτων Φορέας με τις ενέργειες του καταστράτηγησε ουσιώδεις κανόνες της χρηστής διοίκησης.

Ειδικότερα, η πλευρά του Αιτητή υποστήριξε ότι ο Αναθέτων Φορέας χωρίς να έχει εξασφαλίσει ως όφειλε πιστοποιητικό τελικής έγκρισης και άδεια χρήσης για όλα τα υποστατικά, τον κάλεσε να προσέλθει και να υπογράψει το Συμβόλαιο ανάληψης του συγκεκριμένου έργου αφού παρουσιάσει όλα τα αναγκαία πιστοποιητικά, το αναγκαίο πιστοποιητικό ασφάλισης, καθώς επίσης και να καταθέσει την σχετική τραπεζική εγγυητική που προνοείται στους όρους του διαγωνισμού. Σύμφωνα με τον Αιτητή, εφόσον δεν είχε νομιμοποιηθεί η κατοχή και χρήση των υποστατικών του διαγωνισμού από τον Αναθέτοντα Φορέα, ο τελευταίος, δεν μπορούσε ούτε να απαιτεί την υπογραφή συμφωνίας, ούτε να επιβάλλει κυρώσεις λόγω της άρνησης του Αιτητή να στηρίξει την επερχόμενη παρανομία.

Περαιτέρω, ο Αιτητής ανέφερε ότι με την κατάσχεση της τραπεζικής εγγυητικής, στερήθηκε χρονικά της δυνατότητας προσφυγής του στη δικαιοσύνη και την διεκδίκηση, μέσω της λήψης προσωρινού δικαστικού μέτρου την αναστολή

κατάσχεσης της εν λόγω εγγυητικής. Η στάση του ανέφερε ήταν επιβεβλημένη από την ισχύουσα νομοθεσία και συγκεκριμένα, τον Περί Ρύθμισης Οδών και Οικοδομών Νόμο – Κεφ. 96 και τον Περί Κέντρων Αναψυχής Νόμο του 1985, όπως τροποποιήθηκαν, η παραβίαση των οποίων θα συνιστούσε διάπραξη ποινικού αδικήματος εκ μέρους του Αιτητή.

Η προσβαλλόμενη απόφαση, κατέληξε, με βάση τα πιο πάνω, επιπρόσθετα πάσχει και λόγω πλάνης περί το Νόμο και έλλειψης δέουσας έρευνας.

Η δικηγόρος του Αναθέτοντα Φορέα κατά την ενώπιον μας διαδικασία, έθεσε μεταξύ άλλων, ως ζητήματα που κατά τη γνώμη της θα πρέπει να κριθούν προδικαστικά ζήτημα αρμοδιότητας, της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών, ζήτημα εκπροθέσμου της προσφυγής και την αδυναμία εξέτασης όσων προβάλλει ο Αιτητής λόγω μη ύπαρξης διαγωνισμού.

Σ' ότι αφορά το εκπρόθεσμο της Προσφυγής ισχυρίστηκε ότι πριν από την λήψη της επιστολής ημερομηνίας 7.1.2015 η οποία αποτέλεσε το σημείο αναφοράς για σκοπούς καταχώρησης της παρούσας προσφυγής ο Αιτητής κατ' επανάληψη έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης απόφασης. Ειδικότερα, παρέπεμψε στην επιστολή του δικηγόρου του Αιτητή ημερομηνίας 30.12.2014 στην οποία αναφέρεται ότι ο Αιτητής έχει ενημερωθεί από το Συνεργατικό Ταμειυτήριο Λεμεσού ότι ο Αναθέτων Φορέας έχει αιτηθεί την κατάπτωση της εγγύησης

συμμετοχής. Επίσης, με νέα επιστολή του δικηγόρου του, την επομένη, ο Αιτητής αναφέρθηκε μεταξύ άλλων στη «δόλια ενέργεια» του Αναθέτοντα Φορέα, να ενεργοποιήσει την κατάπτωση της εγγυητικής του.

Σύμφωνα με τη δικηγόρο του Αναθέτοντα Φορέα, ο Αιτητής από 21.10.2014 γνώριζε ότι εάν δεν προσερχόταν μέχρι τις 20.11.2014 για την υπογραφή της σύμβασης θα γινόταν κατάσχεση της εγγύησης συμμετοχής του. Επίσης, είχε γνώση από τις 30.12.2014 ή το αργότερο 31.12.2014 ότι η εγγύηση συμμετοχής του είχε κατασχεθεί. Συνεπώς η γνώση του ήταν πλήρης και αυτό αβίαστα προκύπτει από τις επιστολές που ο ίδιος απέστειλε στον Αναθέτοντα Φορέα μέσω του δικηγόρου του. Όπως επισημάνθηκε, η φύση της προσβαλλόμενης απόφασης είναι τέτοια που εκ των πραγμάτων, η γνώση που λαμβάνει ο διοικούμενος είναι από το τραπεζικό ίδρυμα που εξέδωσε την τραπεζική εγγύηση. Με άλλα λόγια, η τελική πράξη για την καταβολή της εγγύησης συμμετοχής δεν συντελέστηκε από τον Αναθέτοντα Φορέα, ο οποίος ζήτησε μόνο την κατάπτωση της εγγυητικής. Η τελική πράξη συντελέστηκε από το τραπεζικό ίδρυμα, το οποίο ενημέρωσε καθηκόντως τον Αιτητή, ο οποίος έκτοτε έλαβε γνώση. Δεδομένου υποστήριξε ότι η προσφυγή καταχωρήθηκε στις 22.1.2015, αυτή είναι εκπρόθεσμη.

Σ' ότι αφορά το ζήτημα της αρμοδιότητας υποστηρίχθηκε ότι το αντικείμενο της σύμβασης δεν εμπίπτει στα πλαίσια εφαρμογής των Ν.11(I)/2006 και

N.12(I)/2006¹. Κατά συνέπεια, με βάση το άρθρο 3 του περί των Διαδικασιών Προσφυγής στον Τομέα της Σύναψης των Δημοσίων Συμβάσεων Νόμου, N.104(I)/2010, εκφεύγει των αρμοδιοτήτων της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών.

Όσον αφορά το N. 11(I)/2006, εισηγήθηκε ότι το αντικείμενο της σύμβασης δεν εμπίπτει στις δραστηριότητες που καταγράφονται στο Τμήμα 2 του Νόμου, άρθρα 9-13.

Ενώ ανέφερε η δικηγόρος του Αναθέτοντα Φορέα το όλο ζήτημα τελειώνει εφόσον η Αρχή Λιμένων Κύπρου ρητά αναφέρεται στο N.11(I)/2006 ως Αναθέτων Φορέας, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι τυγχάνει εφαρμογής ο N.12(I)/2006 ο οποίος όμως και πάλι δεν τυγχάνει εφαρμογής.

Σε σχέση με το N. 12(I)/2006, η δικηγόρος του Αναθέτοντα Φορέα μας παρέπεμψε στο άρθρο 15 αυτού, σύμφωνα με το οποίο, από το πεδίο εφαρμογής του εξαιρούνται ρητά δικαιώματα οικονομικού φορέα σε γη, υφιστάμενα κτίρια ή άλλα ακίνητα. Επομένως, κατέληξε εφόσον αντικείμενο της σύμβασης είναι η παραχώρηση άδειας για τη χρήση, διοίκηση, διαχείριση, λειτουργία, εκμετάλλευση

¹ N. 11(I)/2006: Ο περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών στους Τομείς του Ύδατος, της Ενέργειας, των Μεταφορών και των Ταχυδρομικών Υπηρεσιών και για Συναφή Θέματα Νόμος του 2006. N. 12(I)/2006: Ο περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών και για Συναφή Θέματα Νόμος του 2006.

και συντήρηση των χώρων, υποστατικών και χώρων στάθμευσης ούτε ο Ν. 12(Ι)/2006 τυγχάνει εφαρμογής.

Σε σχέση με την ουσία της προσφυγής η δικηγόρος του Αναθέτοντα Φορέα υποστήριξε το νόμιμο των ενεργειών του με βάση τους όρους των εγγράφων του διαγωνισμού. Όσον αφορά στον ισχυρισμό ότι η υπογραφή της συμφωνίας χωρίς την έκδοση πιστοποιητικού τελικής έγκρισης θα συνιστούσε διάπραξη ποινικού αδικήματος, ισχυρίστηκε ότι ο Αιτητής, πριν την υποβολή της προσφοράς του, δεν αμφισβήτησε τους όρους του διαγωνισμού, όπως είχε τη δυνατότητα να πράξει, σημειώνοντας ταυτόχρονα ότι σύμφωνα με τον όρο 5.2 του Μέρους Β των εγγράφων του διαγωνισμού, η ημερομηνία έναρξης και αποπεράτωσης της εκτέλεσης του αντικειμένου της σύμβασης θα οριζόταν με οδηγία που θα εκδίδετο από τον Υπεύθυνο Συντονιστή του Έργου, μετά την έναρξη ισχύος της σύμβασης και θα απείχε από αυτήν τρεις μήνες. Επομένως, το πιστοποιητικό τελικής έγκρισης θα μπορούσε να εξασφαλιστεί στο διάστημα που μεσολαβούσε. Αναφέρθηκε επίσης στην επιστολή ημερομηνίας 17.9.2014, με την οποία ζητείτο από τον Αιτητή όπως εντός 15 ημερών αποστείλει:

- (α) Εγγυητική επιστολή, για το ποσό των πεντακοσίων χιλιάδων ευρώ (€500.000) για την πιστή εκτέλεση όλων των όρων της Σύμβασης, σύμφωνα με την παράγραφο 10.5 του Μέρους Α των Εγγράφων του Διαγωνισμού και

στο Άρθρο 5 των Γενικών Όρων της Σύμβασης (Παράρτημα Ι) όπως τροποποιήθηκε στο Μέρος Β – Άρθρο 13.3.

- (β) Τα πιστοποιητικά που αναφέρονται στο Έντυπο 7 του Προσαρτήματος, για την επιβεβαίωση της κάλυψης των προϋποθέσεων συμμετοχής, (α), (β), (γ), (δ) και (στ) της παραγράφου 6.2.1. του Μέρους Α των Εγγράφων του Διαγωνισμού. Και
- (γ) Αντίγραφο των Ασφαλιστηρίων Συμβολαίων, σύμφωνα με το Άρθρο 13 παράγραφος 7 του Μέρους Β: Συμφωνία – Ειδικοί Όροι Σύμβασης.

Περαιτέρω υποστήριξε ότι από την ανταλλαγή αλληλογραφίας που ακολούθησε, προκύπτει ότι ο Αιτητής ενώ υπέβαλε ανεπιφύλακτα την προσφορά του, μετά την κατακύρωση, άρχισε να διαμαρτύρεται για ζητήματα τα οποία προϋπήρχαν. Ειδικότερα, με την επιστολή του ημερομηνίας 26.9.2014 ο Αιτητής ζήτησε όπως για συγκεκριμένα καταστήματα γίνει αλλαγή χρήσης, παρά το ότι σύμφωνα με ρητό όρο του διαγωνισμού οι άδειες χρήσης των υποστατικών και των χώρων θα ήταν «*αυστηρά με βάση την ήδη καθορισμένη χρήση τους*» (όρος 2.2 του Μέρους Β). Τονίστηκε επίσης ότι πριν την υποβολή των προσφορών, ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας είχε υποβάλει διευκρινιστική ερώτηση αναφορικά με το ενδεχόμενο αλλαγής χρήσης των υποστατικών, στην οποία ο Αναθέτων Φορέας ξεκάθαρα απάντησε αρνητικά. Παραπέμποντας σε επιστολές του Αιτητή όπου

καταγράφεται ότι είχαν εντοπιστεί διαφορές στα σχέδια των εγγράφων του διαγωνισμού και σημείων συγκεκριμένων υποστατικών, ο Αναθέτων Φορέας υποστήριξε ότι αυτά είναι ζητήματα που θα μπορούσαν να τεθούν από τον Αιτητή πριν την υποβολή της προσφοράς του, εφόσον έκανε χρήση του προβλεπόμενου από τους όρους του διαγωνισμού δικαιώματος του για επιτόπια εξέταση.

Ο δικηγόρος του Αιτητή απαντώντας στις προδικαστικές ενστάσεις ισχυρίστηκε ότι ο ίδιος ο Αναθέτων Φορέας στην προκήρυξη του υπό κρίση διαγωνισμού συμπεριέλαβε στην «ισχύουσα νομοθεσία» το Ν. 11(I)/2006. Περαιτέρω, ανέφερε ότι το αντικείμενο της σύμβασης εμπίπτει τόσο στο άρθρο 14 του Ν. 11(I)/2006, όσο και στο Ν. 12(I)/2006 δυνάμει της απόφασης στην Αγωγή αρ. 963/2009, *Cydrive Ltd v. Αρχής Λιμένων Κύπρου*, 29.3.2012, στην οποία ο ίδιος ο Αναθέτων Φορέας παρέπεμψε.

Αναφορικά με την κατ' ισχυρισμό της δικηγόρου του Αναθέτοντα Φορέα εκπρόθεσμη καταχώριση της παρούσας προσφυγής, ο δικηγόρος του Αιτητή ισχυρίστηκε ότι με την επιστολή του Αιτητή ημερομηνίας 30.12.2014 απλά έγινε διερεύνηση κατά πόσο υπήρξε κατάπτωση της εγγυητικής όπως είχε ενημερωθεί από το Συνεργατικό Ταμειυτήριο Λεμεσού. Περαιτέρω, σύμφωνα με τον Αιτητή, μόνο με την λήψη της επιστολής ημερομηνίας 7.1.2015 του γνωστοποιήθηκε η τελειωτική και περατωθείσα πράξη της διοίκησης ότι ρευστοποιήθηκε η εγγύηση

του και αποκλείστηκε από τον υπό κρίση διαγωνισμό. Προς υποστήριξη της θέσης του, παρέπεμψε στην Υπόθεση αρ. 750/2009, **Κοινοπραξία Φυσικών και Νομικών Προσώπων Κυριάκος Αντωνίου ν. Πανεπιστημίου Κύπρου**, 22.5.2012.

Ως θέμα αρχής προέχει η εξέταση των προδικαστικών ενστάσεων που προβάλλονται από πλευράς του Αναθέτοντα Φορέα.

Σε σχέση με το εκπρόθεσμο της προσφυγής, σημειώνουμε ότι το άρθρο 21(1) του Νόμου 104(I)/2010, προβλέπει ότι:

«Η προσφυγή στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών, με την επιφύλαξη των διατάξεων του άρθρου 23 του παρόντος Νόμου, ασκείται:

(α) εντός προθεσμίας δεκαπέντε (15) ημερολογιακών ημερών από την επομένη της ημερομηνίας κατά την οποία απεστάλη η απόφαση της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα στους ενδιαφερόμενους προσφέροντες ή υποψηφίους, εφόσον για την αποστολή της απόφασης χρησιμοποιείται τηλεμοιοτυπία ή ηλεκτρονικά μέσα».

Όπως προκύπτει από τα ενώπιον μας τεθέντα, ο Αναθέτων Φορέας στις 7.1.2015 απέστειλε «ΜΕ ΦΑΞ ΚΑΙ ΜΕ e-mail» στους Αιτητές την προσβαλλόμενη απόφαση. Δηλαδή οι Αιτητές από τον Αναθέτοντα Φορέα πληροφορήθηκαν για την απόφαση του όπως προχωρήσει αμέσως στην κατάσχεση της εγγύησης συμμετοχής στις 7.1.2015. Από το λεκτικό του πιο πάνω άρθρου το οποίο εδώ

τυγχάνει εφαρμογής είναι φανερό ότι η γνωστοποίηση θα πρέπει να προέλθει από την Αναθέτουσα Αρχή ή τον Αναθέτοντα Φορέα. Επομένως, παρά το γεγονός ότι με βάση τα ενώπιόν μας στοιχεία, προκύπτει ότι η απόφαση για κατάπτωση της εγγυητικής περιήλθε σε γνώση του Αιτητή προηγουμένως, όπως ο ίδιος ο δικηγόρος του αναφέρει στις επιστολές του ημερομηνίας 30.12.2014 και 31.12.2014, η γνώση αυτή δεν προήλθε από τον ίδιο τον Αναθέτοντα Φορέα αλλά από τρίτο πρόσωπο και ως εκ τούτου δεν μπορεί να αποτελέσει σημείο έναρξης της προθεσμίας με βάση την πιο πάνω αναφερόμενη νομοθετική διάταξη. Κατά συνέπεια, η σχετική προδικαστική ένσταση απορρίπτεται.

Σε σχέση με τη δεύτερη προδικαστική ένσταση σημειώνουμε ότι η απόφαση στην αγωγή 963/2009, *Cydiva Ltd v. Αρχής Λιμένων Κύπρου*, 29.3.2012, διαφοροποιείται. Αυτό που έχει αποφασιστεί από το Επαρχιακό Δικαστήριο, είναι ότι το θέμα της νομιμότητας της κατάσχεσης της εγγυητικής υπό το φως των εκεί δεδομένων δεν αποτελούσε θέμα ιδιωτικού δικαίου, αλλά θέμα που ενέπιπε στις εξουσίες της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών. Στην εν λόγω απόφαση δεν εξετάστηκε ζήτημα όπως αυτό το οποίο τέθηκε ενώπιόν μας δηλαδή εφαρμογής των Ν. 11(I)/2006 και Ν. 12(I)/2006 ώστε να αποκτά αρμοδιότητα η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών στη βάση του Ν. 104(I)/2010. Απασχόλησε απλά κατά πόσο το ζήτημα ενέπιπε στα πλαίσια του δημόσιου ή του ιδιωτικού δικαίου. Συνεπώς θεωρούμε ότι παρά την περί του αντιθέτου εισήγηση του

δικηγόρου του Αιτητή τα αποφασισθέντα στην *Cydrive Ltd v. Αρχής Λιμένων Κύπρου* (πιο πάνω) δεν αποτελούν απάντηση στην προδικαστική ένσταση του Αναθέτοντα Φορέα με την οποία αμφισβητείται το κατά πόσον οι Νόμοι 11(I)/2006 ή 12(I)/2006 τυγχάνουν εφαρμογής ώστε να αποκτά αρμοδιότητα η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών και κατά πόσο το αντικείμενο της συγκεκριμένης σύμβασης εμπίπτει στο Νόμο 11(I)/2006 και/ή στον Ν. 12(I)/2006.

Όπως αναφέρεται στη *Ναυτικός Όμιλος Πάφου v. Αρχής Λιμένων (1992) 1 ΑΑΔ*, σελ. 882, 892 έως 893,

«Η Αρχή Λιμένων είναι οργανισμός δημόσιου δικαίου στον οποίο έχει εναποτεθεί κρατική ευθύνη και εξουσία για τη λειτουργία και διαχείριση των λιμένων της Δημοκρατίας.[...].

Οι πράξεις της Αρχής Λιμένων, όπως και εκείνες κάθε δημόσιας αρχής ή οργάνου, που σχετίζονται με την προώθηση ή εκπλήρωση των δημόσιων σκοπών που έχουν εναποτεθεί σ' αυτή, συνιστούν πράξεις εξουσίας, δηλαδή πράξεις που εκπηγάζουν από την άσκηση των εξουσιών της Αρχής. Πράξεις αυτής της κατηγορίας – πράξεις εξουσίας – ανάγονται και επενεργούν στο πεδίο του δημόσιου δικαίου, οι αρχές του οποίου διέπουν την υπόστασή τους. Εφόσον είναι εκτελεστές, δηλαδή γενεσιουργοί δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, υπόκεινται σε αναθεώρηση από το Ανώτατο Δικαστήριο στο οποίο παρέχεται, βάσει του άρθρου 146.1 του Συντάγματος, αποκλειστική αρμοδιότητα για τον έλεγχο της εγκυρότητας τους.

Η λειτουργία δημόσιας αρχής ή οργάνου δεν περιορίζεται μόνο στο πεδίο του δημόσιου δικαίου επεκτείνεται και στο ιδιωτικό δίκαιο ο,ποτεδήποτε η αρχή ενεργεί για την προστασία του ταμειευτικού της συμφέροντος (fiscus). Οι πράξεις αυτές χαρακτηρίζονται ως πράξεις διαχείρισης. Έρεισμα για τον καταρτισμό ή σύναψη πράξης διαχείρισης, αντλείται όχι από τη δημόσια εξουσία αρχής ή οργάνου, αλλά από τα περιουσιακά τους δικαιώματα βάσει του αστικού δικαίου. Πράξεις διαχείρισης δημόσιας αρχής επενεργούν στον τομέα του ιδιωτικού δικαίου και αποτελούν αντικείμενο δικαιωμάτων και υποχρεώσεων κατά το αστικό δίκαιο. Στις πράξεις διαχείρισης εμπίπτουν και συμβάσεις αναφορικά με τη διάθεση και εκμίσθωση ακίνητης περιουσίας δημόσιας αρχής. Η ισοτιμία των συμβαλλομένων είναι ένα από τα χαρακτηριστικά πράξεων διαχείρισης οποτεδήποτε παίρνουν τη μορφή «σύμβασης»· άλλο είναι η αποβολή, εκ μέρους της Αρχής, του μανδύα της εξουσίας στον καταρτισμό τους».

Υπενθυμίζουμε ότι με βάση το άρθρο 8 και το Παράρτημα I του Νόμου 11(I)/2006, η Αρχή Λιμένων Κύπρου αποτελεί Αναθέτοντα Φορέα ο οποίος οφείλει να εφαρμόζει τις διατάξεις του εν λόγω Νόμου υπό την προϋπόθεση βέβαια πάντοτε ότι ο Νόμος τυγχάνει εφαρμογής στη συγκεκριμένη δραστηριότητα.

Επανερχόμενοι στα γεγονότα της παρούσας παρατηρούμε ότι το αντικείμενο της σύμβασης όπως αυτό προσδιορίζεται στο άρθρο 1 του Μέρους Α των εγγράφων του διαγωνισμού, Οδηγίες προς Οικονομικούς Φορείς, είναι

«Η παραχώρηση άδειας για την χρήση, διοίκηση, διαχείριση, λειτουργία, εκμετάλλευση και συντήρηση των χώρων, υποστατικών και χώρων στάθμευσης που έχουν δημιουργηθεί με την ολοκλήρωση του έργου της ανάπλασης του παλιού λιμανιού Λεμεσού, όπως φαίνονται στα συνημμένα Σχέδια και σημειώνονται στον ΠΙΝΑΚΑ για περίοδο δέκα χρόνων με δικαίωμα ανανέωσης για περαιτέρω δέκα χρόνια, έναντι ετήσιου οικονομικού ανταλλάγματος, και σύμφωνα με τους όρους της άδειας που θα υπογραφεί, όπως προσδιορίζεται αναλυτικά στα Έγγραφα Διαγωνισμού».

Σ' ότι αφορά τις δραστηριότητες οι οποίες εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Ν.11(Ι)/2006 σχετικά είναι τα άρθρα 9-13 τα οποία όμως αφορούν σε θέματα που δεν έχουν οποιαδήποτε σχέση με το αντικείμενο του διαγωνισμού. Το μόνο άρθρο για το οποίο θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι έχει σχέση με το αντικείμενο του διαγωνισμού είναι το άρθρο 13 το οποίο προβλέπει ότι:

«13. Ο παρών Νόμος εφαρμόζεται στις δραστηριότητες εκμετάλλευσης μιας γεωγραφικής περιοχής με σκοπό:

(α) Την αναζήτηση, εξόρυξη και συλλογή πετρελαίου, αερίου, άνθρακα ή άλλων στερεών καυσίμων, ή

(β) τη διάθεση αερολιμένων, θαλάσσιων λιμένων ή λιμένων εσωτερικής ναυσιπλοΐας ή άλλων τερματικών σταθμών μεταφορικών μέσων σε αεροπορικούς, θαλάσσιους ή ποτάμιους μεταφορείς».

Προσεκτική εξέταση του πιο πάνω άρθρου φανερώνει ότι δεν τυγχάνει εφαρμογής αφού ο σκοπός των δραστηριοτήτων εκμετάλλευσης που αναφέρονται δεν έχει οποιαδήποτε σχέση με το αντικείμενο του διαγωνισμού.

Ο Αιτητής βέβαια παρέπεμψε στο άρθρο 14 του Ν. 11(Ι)/2006 το οποίο προβλέπει ότι:

«Συμβάσεις που αφορούν διάφορες δραστηριότητες

14.(1) Σύμβαση για τη διεξαγωγή διάφορων δραστηριοτήτων ακολουθεί τους κανόνες που ισχύουν για την δραστηριότητα για την οποία προορίζεται κυρίως. Η επιλογή ανάμεσα στη σύναψη μιας μόνο σύμβασης και στη σύναψη πολλών χωριστών συμβάσεων δεν μπορεί να έχει ως στόχο την καταστρατήγηση της εφαρμογής του παρόντος Νόμου ή, ενδεχομένως, του περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών και για Συναφή Θέματα Νόμου.»

Θεωρούμε όμως ότι ούτε αυτό το άρθρο βοηθά. Ζήτημα εφαρμογής του θα ετίθετο σε περίπτωση που το αντικείμενο της σύμβασης αφορούσε διάφορες δραστηριότητες και υπήρχε διαφωνία ως προς το ποιος από τους δύο Νόμους τυγχάνει εφαρμογής.

Ανεξάρτητα όμως από τα πιο πάνω και αν ακόμα γινόταν δεκτό ότι ο Ν.11(Ι)/2006 τυγχάνει εφαρμογής όπως αναφέρεται και στα έγγραφα του διαγωνισμού και πάλι το αντικείμενο της σύμβασης εξαιρείται του πεδίου εφαρμογής του στη βάση του άρθρου 23 του Ν.11(Ι)/2006 το οποίο για ότι εδώ ενδιαφέρει έχει ως εξής:

«Τμήμα 3 - Εξαιρέσεις που ισχύουν για όλους τους αναθέτοντες φορείς, αλλά μόνο για τις συμβάσεις υπηρεσιών.

23. Ο παρών Νόμος δεν εφαρμόζεται στις συμβάσεις υπηρεσιών, οι οποίες –
 (α) Έχουν ως αντικείμενο την αγορά ή τη μίσθωση, με οποιουδήποτε χρηματοδοτικούς όρους, γης, υφιστάμενων κτιρίων ή άλλων ακινήτων ή αφορούν δικαιώματα επί αυτών:

Νοείται ότι, οι συμβάσεις χρηματοοικονομικών υπηρεσιών που συνάπτονται ταυτόχρονα, πριν ή μετά τη σύμβαση αγοράς ή μίσθωσης, υπό οιαδήποτε μορφή, εμπίπτουν στον παρόντα Νόμο·

[...]».

Λαμβάνοντας υπόψη το αντικείμενο του διαγωνισμού και όσα το πιο πάνω άρθρο προβλέπει καταλήγουμε ότι το αντικείμενο του εμπίπτει στην πιο πάνω εξαίρεση η οποία σημειωτέον με πανομοιότυπο λεκτικό προβλέπεται στο άρθρο 15² του Ν. 12(Ι)/2006. Είναι θεωρούμε χωρίς ουσιαστική σημασία για τους σκοπούς της παρούσης με δεδομένο το αντικείμενο του διαγωνισμού να καταλήξουμε ποιος νόμος τυγχάνει εφαρμογής εφόσον τόσο στη βάση του ενός όσο και του άλλου λόγω της φύσης του αντικειμένου της σύμβασης δεν έχουμε κατ' εφαρμογή του άρθρου 3 του Ν. 104(Ι)/2010 αρμοδιότητα να επιληφθούμε της υπόθεσης. Συνεπώς η προδικαστική ένσταση του Αναθέτοντα Φορέα επιτυγχάνει.

² 15. Ο παρών Νόμος δεν εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών, οι οποίες-

(α) Έχουν ως αντικείμενο την αγορά ή τη μίσθωση, με οποιουδήποτε χρηματοδοτικούς όρους, γης, υφισταμένων κτιρίων ή άλλων ακινήτων ή αφορούν δικαιώματα επί αυτών, εκτός από τις συμβάσεις χρηματοοικονομικών υπηρεσιών οι οποίες συνάπτονται ταυτόχρονα, πριν ή μετά τη σύμβαση αγοράς ή μίσθωσης, υπό οιαδήποτε μορφή·
 [...].

Εδώ βέβαια δεν μπορούμε παρά να σημειώσουμε την αντιφατική στάση του Αναθέτοντα Φορέα ο οποίος άλλα κατέγραφε στα έγγραφα του διαγωνισμού και άλλα υποστήριξε ενώπιόν μας. Συγκεκριμένα ενώ στα έγγραφα του διαγωνισμού ο όρος 3.3 του Μέρους Α ενημέρωνε τους οικονομικούς φορές ότι έχουν δικαίωμα προσφυγής στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών, ενώπιόν μας υποστήριξε ότι η τελευταία δεν έχει αρμοδιότητα να επιληφθεί της υπόθεσης. Στην επιστολή ημερ. 7.1.2015 που απέστειλε στον Αιτητή δεν αναφέρει οτιδήποτε από όσα ο περί των Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμος, Ν. 158(I)/1999 (άρθρο 5³) προνοεί. Το εάν αυτό έγινε επειδή εκ των υστέρων αντελήφθη όσα ενώπιον μας υποστήριξε δεν το γνωρίζουμε. Γνωρίζουμε όμως ότι η διοίκηση προτού προχωρήσει στην προκήρυξη δημόσιων διαγωνισμών θα πρέπει να εξετάζει με προσοχή κάθε πτυχή του και ιδιαίτερα ό,τι ενδεχόμενα επηρεάζει τα δικαιώματα των προσφοροδοτών.

Η επιτυχία της προδικαστικής ένστασης σε σχέση με την αρμοδιότητα οδηγεί σε απόρριψη της προσφυγής χωρίς δυνατότητα εξέτασης οποιουδήποτε άλλου ζητήματος.

³ Η διοίκηση οφείλει στο έγγραφο με το οποίο κοινοποιείται η πράξη να ενημερώνει τον ενδιαφερόμενο για τις θεραπείες που έχει για να προσβάλει την πράξη. Στο έγγραφο πρέπει να καθορίζεται η φύση και η μορφή της θεραπείας, η προθεσμία που τάσσει το Σύνταγμα ή ο νόμος και το αρμόδιο δικαστήριο ή διοικητικό όργανο προς το οποίο μπορεί να απευθυνθεί ο ενδιαφερόμενος.

Ενόψει των πιο πάνω αποφασίζουμε ομόφωνα απόρριψη της παρούσας προσφυγής.

Δεν επιδικάζονται έξοδα.