



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. 18/2017

Μεταξύ:

CYFIELD DEVELOPMENT PUBLIC LTD

Αιτητών

v.

ΔΗΜΟΥ ΛΕΥΚΩΣΙΑΣ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτητές:

CYFIELD DEVELOPMENT PUBLIC LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Αλεξία Κουντουρή-Παπαευσταθίου, Δικηγόρο για Τάσσος Παπαδόπουλος & Συνεργάτες ΔΕΠΕ

Αναθέτουσα Αρχή:

ΔΗΜΟΣ ΛΕΥΚΩΣΙΑΣ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Πόλυ Πολυβίου, Δικηγόρο για Χρυσ αφίνης και Πολυβίου ΔΕΠΕ
2. Μαρία Αντωνίου, Δικηγόρο για Χρυσ αφίνης και Πολυβίου ΔΕΠΕ
3. Έλενα Δαμιανού, Δικηγόρο για Χρυσ αφίνης και Πολυβίου ΔΕΠΕ
4. Μαρία Ιωάννου, Γραμματειακό Λειτουργό
5. Χρυστάλλα Boldwin, Επιμετρητή Ποσοτήτων
6. Μαρίνα Τύμβιου, Αρχιτέκτονα

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 7 Δεκεμβρίου, 2017

Η απόφαση μας δεν είναι ομόφωνη. Με την απόφαση της πλειοψηφίας συμφωνούν τα μέλη κ.κ. Λοΐζος Κάππας, Γιώργος Αναστασίου, Σόλων Παπαθεοχάρους και Δήμος Θωμά.

Η Πρόεδρος της Αρχής κα Έφη Παπαδοπούλου έχει διαφορετική απόφαση.

ΑΠΟΦΑΣΗ ΠΛΕΙΟΨΗΦΙΑΣ

Η Προσφυγή αρ. 18/2017 καταχωρήθηκε στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών στις 22 Μαΐου 2017 και οι Αιτητές, Cyfield Development Public Ltd, προσβάλλουν την απόφαση του Δήμου Λευκωσίας («η Αναθέτουσα Αρχή»), να απορρίψει την προσφορά τους σε σχέση με τον διαγωνισμό 91/2015 και να κατακυρώσει το διαγωνισμό στην Κοινοπραξία Cybarco – A. Panayides 91/2015 JV. Ο ανοικτός διαγωνισμός 91/2015 προκηρύχθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή μέσω του Ηλεκτρονικού Συστήματος Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων (e-procurement), με αντικείμενο τη σύναψη συμφωνίας για την «*Ολοκληρωμένη Ανάπλαση του Εμπορικού Τριγώνου Μακαρίου – Στασικράτους – Ευαγόρου για την ενίσχυση της βιώσιμης κινητικότητας – Κατασκευαστική Φάση Α*», με κριτήριο ανάθεσης αποκλειστικά την χαμηλότερη τιμή. Ο προϋπολογισμός του έργου ήταν €9 εκατομμύρια πλέον ΦΠΑ. Ημερομηνία προκήρυξης ήταν η 06/05/2016 και τελευταία ημερομηνία υποβολής προσφορών η 14/09/2016 μετά από παρατάσεις. Υπεβλήθησαν 5 προσφορές.

Η Αναθέτουσα Αρχή στις 8/5/2017 απέστειλε επιστολή γνωστοποίησης αποτελεσμάτων στους Αιτητές με το εξής λεκτικό:

«Επιθυμώ να σας ευχαριστήσω για τη συμμετοχή σας στον πιο πάνω διαγωνισμό και να σας πληροφορήσω ότι η προσφορά σας έχει απορριφθεί για τους πιο κάτω λόγους:

- Για την απόδειξη της Τεχνικής και Επαγγελματικής ικανότητας σε Τεχνικές και Οικοδομικές εργασίες έχετε βασιστεί σε «άλλο φορέα» ο οποίος σύμφωνα με τα στοιχεία που έχουν υποβληθεί είναι εταιρεία που είναι εγγεγραμμένη και δραστηριοποιείται στο Λίβανο.

Σύμφωνα με το άρθρο 3.3.1 του Τόμου Α, Μέρος Ι Οδηγίες προς Οικονομικούς Φορείς «Δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα (δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου) ή κοινοπραξίες φυσικών ή/και νομικών προσώπων, τα οποία είναι εγκατεστημένα νόμιμα στην Κύπρο ή σε άλλο κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΕΕ) ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (ΕΟΧ) ή σε τρίτες χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη Διεθνή Συμφωνία περί Δημόσιων Συμβάσεων (GPA) ή έχουν υπογράψει και κυρώσει συμφωνίες σύνδεσης ή διμερείς συμφωνίες με την Ε.Ε. ή με την Κυπριακή Δημοκρατία».

Σύμφωνα με την εγκύκλιο ΓΛ/ΑΑΔΣ 75Β ημερομηνίας 12 Μαΐου 2016, ο Λίβανος δεν περιλαμβάνεται στα κράτη που έχουν υπογράψει τη Διεθνή Συμφωνία περί Δημοσίων Συμβάσεων (GPA) ή έχουν υπογράψει και κυρώσει συμφωνίες σύνδεσης ή διμερείς συμφωνίες με την Ε.Ε. ή με την Κυπριακή Δημοκρατία.

- Δεν έχετε ενσωματώσει στα Δελτία Ποσοτήτων κάποιες από τις διορθώσεις που απαιτούνταν από τα διορθωτικά σημειώματα. Τα Διορθωτικά Σημειώματα που είχαν δημοσιευτεί στο Σύστημα απαιτούσαν όπως όλοι οι προσφέροντες ενσωματώσουν τις διορθώσεις στα Έγγραφα Διαγωνισμού που είχαν αναρτηθεί στο Σύστημα με την προκήρυξη.

Σύμφωνα με τα έγγραφα του διαγωνισμού άρθρα 7.4 και 5.6.4 του Τόμου Α, Μέρος Ι, Οδηγίες προς Οικονομικούς Φορείς αναφέρεται ότι «Η Αναθέτουσα Αρχή δύναται να ζητήσει από τους Προσφέροντες την αποσαφήνιση ή τη συμπλήρωση ελλείψεων των κατατεθειμένων δικαιολογητικών...». Η ζήτηση σελίδων του Δελτίου Ποσοτήτων με ενσωματωμένες τις διορθώσεις που απαιτούντο από τα Διορθωτικά Σημειώματα θα συνιστούσε διόρθωση της προσφοράς, για να συνάδει με τις απαιτήσεις των εγγράφων του διαγωνισμού, στα οποία περιλαμβάνονται και τα Διορθωτικά Σημειώματα και όχι συμπλήρωση ή αποσαφήνιση των κατατεθειμένων δικαιολογητικών. Σχετική είναι η απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών - Προσφυγή με αρ. 38/2016.

Οι διορθώσεις αφορούν τις περιγραφές των εργασιών που θα εκτελεστούν, οι οποίες είναι άμεσα συνυφασμένες με την τιμολόγηση και κατ' επέκταση με την προσφερόμενη τιμή, η οποία δυνατόν να τροποποιηθεί σε περίπτωση τροποποίησης των περιγραφών. Το γεγονός ότι έχετε ενσωματώσει στα Δελτία Ποσοτήτων κάποιες διορθώσεις και κάποιες δεν τις έχετε ενσωματώσει, δημιουργούνται ασάφειες για την προσφερόμενη τιμή, η οποία αποτελεί ουσιώδη όρο του διαγωνισμού.

Η μη συμπερίληψη των διορθώσεων στα δελτία ποσοτήτων δημιουργεί αντιφάσεις μεταξύ των προσφορών που έχουν υποβληθεί και καθιστά αδύνατη τη σύγκριση τους επί ίσης βάσης. Η διόρθωση των περιγραφών των Δελτίων Ποσοτήτων θα συνιστούσε παραβίαση της Αρχής της ίσης μεταχείρισης των προσφορών».

Οι Αιτητές, επικαλούμενοι τα κεφάλαια III.1.3, III.2.1 και III.2.3 της Προκήρυξης του διαγωνισμού και την παράγραφο 3.3 του Τόμου Α των εγγράφων του διαγωνισμού υποστήριξαν ότι γίνεται σαφής αναφορά και σαφής διαχωρισμός μεταξύ των υπεργολάβων / προμηθευτών από τη μια και του τρίτου φορέα από την άλλη. Ενώ για τους υπεργολάβους / προμηθευτές, υποστήριξε, υπήρχε σαφής πρόνοια ότι ισχύουν όσα σχετικά ορίζονται ως δικαίωμα συμμετοχής, όταν αυτοί θα αναλάβουν την εκτέλεση ποσοστού του έργου που υπερβαίνει το 10% του ποσού προσφοράς, αντίστοιχη πρόνοια δεν υπήρχε για τους τρίτους φορείς. Για τους τρίτους φορείς ήταν σαφείς οι προϋποθέσεις και αφορούσαν μόνο τις προϋποθέσεις της παραγράφου 3.3.6.

Η Αναθέτουσα Αρχή, συνέχισε, πεπλανημένα και κατά παρανόηση και παράβαση των όρων των εγγράφων του διαγωνισμού θεώρησε ότι η χώρα εγκατάστασης του τρίτου φορέα που ήταν ο Λίβανος ήταν παράγοντας που έπρεπε να την

απασχολήσει. Οι προϋποθέσεις συμμετοχής στο βαθμό που αυτές αφορούν τη χώρα εγκατάστασης αφορούν μόνο τον οικονομικό φορέα που υποβάλλει την προσφορά και επεκτείνονται μόνο σε κάθε εσωτερικό υπεργολάβο ή προμηθευτή που προτείνεται στην προσφορά ότι θα αναλάβει την εκτέλεση ή προμήθεια ποσοστού του έργου που υπερβαίνει το 10% του ποσού της προσφοράς. Σκοπός δεν είναι να περιοριστεί η όποιας μορφής συνδρομή ή/και συμμετοχή εταιρειών που εδρεύουν σε τρίτες χώρες στους δημόσιους διαγωνισμούς αλλά να διασφαλιστεί ότι αυτός που θα εκτελέσει το έργο ή έστω σημαντικό μέρος του ως υπεργολάβος εδρεύει σε χώρα η οποία τηρεί κάποια ελάχιστα επίπεδα συμμόρφωσης με βασικές υποχρεώσεις, όπως αυτές ισχύουν σε χώρες της Ευρωπαϊκής Ένωσης και αυτό είναι συνυφασμένο και συνδεδεμένο με το μέγεθος της συνδρομής αλλά και με το είδος της σχέσης που δημιουργείται μεταξύ του Αναδόχου και της Αναθέτουσας Αρχής. Για αυτό και ενώ γίνεται ρητή αναφορά στον όρο 3.3 (2) στον οικονομικό φορέα που θα αναλάβει το έργο και στους υπεργολάβους του υπό προϋποθέσεις, δεν γίνεται ανάλογη αναφορά στον τρίτο φορέα.

Το άρθρο 63(3) του Ν. 73(I)/2016, το οποίο επικαλέστηκε η Αναθέτουσα Αρχή, καθορίζει σε ποια άρθρα αφορά και αυτά τα άρθρα δεν έχουν σχέση με τη χώρα προέλευσης, υποστήριξαν.

Σε κάθε περίπτωση, πρόσθεσαν, ο Λίβανος είναι από τις χώρες που έχουν συμφωνία σύνδεσης με την Ευρωπαϊκή Ένωση και επομένως ακόμη και με την

λανθασμένη και πεπλανημένη αντίληψη της Αναθέτουσας Αρχής, δεν μπορούσε η Αιτήτρια να αποκλειστεί από τον διαγωνισμό. Προς υποστήριξη της θέσης της μας παρέπεμψε στο αρχείο από την επίσημη Ιστοσελίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης με τίτλο «Ευρωμεσογειακές συμφωνίες σύνδεσης», στο αρχείο από την επίσημη Ιστοσελίδα του Ελληνικού Υπουργείου Εξωτερικών με τίτλο «Η συμφωνία Σύνδεσης Ε.Ε.-Λιβάνου» και στο αρχείο από την επίσημη Ιστοσελίδα της κυβέρνησης του Λιβάνου με τίτλο «The Association Agreement».

Είναι επίσης θέση των Αιτητών ότι εάν η Αναθέτουσα Αρχή θεωρούσε ότι ο τρίτος φορέας έπρεπε να πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής που αφορούν τη χώρα εγκατάστασης, έπρεπε κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας να εφαρμόσει το λιγότερο επαχθές μέτρο για την Αιτήτρια που θα ήταν υπό τις περιστάσεις να απαιτήσει την αντικατάσταση του τρίτου φορέα και όχι να απορρίψει την προσφορά της. Αν γίνεται επίκληση του άρθρου 63(3) από την Αναθέτουσα Αρχή, συνέχισε, για να στηριχτεί η άποψη της ότι τα κριτήρια επιλογής, όποια και να είναι αυτά περιλαμβανομένης και της χώρας εγκατάστασης, θα πρέπει υποχρεωτικά να πληρούνται από τον τρίτο φορέα, τότε θα πρέπει να εφαρμόζεται και η πρόνοια του άρθρου 63 (3) που υποχρεώνει τις Αναθέτουσες Αρχές να απαιτούν την αντικατάσταση τρίτου φορέα που δεν πληροί τα κριτήρια επιλογής.

Σε ότι αφορά τον δεύτερο λόγο αποκλεισμού, ήτοι το δελτίο ποσοτήτων οι Αιτητές υποστήριξαν ότι παρέλειψαν μεν να διορθώσουν το Δελτίο Ποσοτήτων, όσον

αφορά περιγραφές και όχι ποσότητες, που ουσιαστικά δεν επηρέαζαν την τελική τιμή, υπέβαλαν όμως την προσφορά τους στη βάση των διορθωτικών σημειωμάτων. Επομένως δεν τίθεται θέμα ασάφειας στην προσφερόμενη τιμή, ούτε θέμα αντιφάσεων.

Σύμφωνα με τον όρο 4.1.1, πρόσθεσαν, του Τόμου Α, Μέρος Ι των εγγράφων του διαγωνισμού όλα τα συμπληρωματικά έγγραφα συνιστούν τα έγγραφα του διαγωνισμού και επομένως όλα τα συμπληρωματικά και διορθωτικά έγγραφα αποτελούσαν μέρος των εγγράφων του διαγωνισμού και οι προσφορές υποβλήθηκαν στην βάση αυτών των εγγράφων. Η τροποποίηση ή όχι της περιγραφής ενός επί μέρους σημείου ουδόλως έχει να κάνει με την τιμή του επί μέρους σημείου, η οποία είναι δοσμένη και δεσμεύει τους προσφοροδότες. Σύμφωνα με τον όρο 5.7 του Τόμου Α, Μέρος Ι των εγγράφων του διαγωνισμού σε περίπτωση που ο Προσφέρων δεν τιμολογήσει οποιαδήποτε εργασία ή άρθρο, αυτό θα ερμηνεύεται ότι η αξία της εργασίας αυτής έχει συμπεριληφθεί σε άλλες εργασίες. Εδώ υπήρξε τιμολόγηση, η οποία έλαβε υπόψη την τροποποίηση, απλά η τροποποίηση δεν ενσωματώθηκε στα έγγραφα. Προφανώς και λήφθηκαν υπόψη οι τροποποιήσεις και εν πάση περιπτώσει οι Αιτητές, όπως και όλοι οι προσφοροδότες, δεσμεύονται από την τιμή που έδωσαν, πράγμα το οποίο η Αναθέτουσα Αρχή μπορούσε εάν είχε αμφιβολία να διευκρινίσει με μία απλή ερώτηση.

Από την πλευρά της η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι τα κριτήρια της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του όρου 3.3.8 του Τόμου Α, Μέρος Ι, σκοπό έχουν να βοηθήσουν στην επιλογή του πιο κατάλληλου και ικανού εργολήπτη που θα μπορεί να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις της σύμβασης και θα έχει τη δυνατότητα/επαγγελματική εμπειρία να εκτελέσει το έργο εντός του χρόνου, κόστους και ποιότητας που απαιτούνται από τη σύμβαση.

Οι Αιτητές, λόγω του ότι οι ίδιοι δεν έχουν συμπληρώσει έργα παρόμοιας φύσης με το υπό κρίση έργο και κατ' επέκταση δεν διαθέτουν την αναγκαία επαγγελματική πείρα για να εκτελέσουν το έργο, δεν πληρούσαν από μόνοι τους τον όρο 3.3.8(α). Έτσι, οι Αιτητές προς πλήρωση του όρου 3.3.8(α) και για να δικαιούνται να λάβουν μέρος στο Διαγωνισμό έχουν βασιστεί σε τρίτο φορέα.

Από το άρθρο 63(1) του Ν.73(Ι)/2016 προκύπτει ότι ο ρόλος του άλλου φορέα στην εκτέλεση του έργου είναι καθόλα ουσιαστικός. Ο ίδιος ο Νόμος απαιτεί η συμμετοχή του άλλου φορέα, στις περιπτώσεις που ορίζει, να μην είναι απλώς εικονική, αλλά ουσιαστική, πρόσθεσαν.

Ειδικότερα στην προκειμένη περίπτωση ο τρίτος φορέας, υποστήριξε η Αναθέτουσα Αρχή, στον οποίο οι Αιτητές στηρίζονται για την επαγγελματική του πείρα, θα πρέπει ο ίδιος να εκτελέσει ουσιαστικά το έργο, εφόσον είναι αυτός που έχει εκτελέσει παρόμοιας φύσης έργα και είναι αυτός που έχει την επαγγελματική

εμπειρία και πληροί τα κριτήρια Τεχνικής και Επαγγελματικής ικανότητας και όχι οι Αιτητές. Με άλλα λόγια, πρόσθεσαν, σε περίπτωση που η επίδικη προσφορά κατακυρωνόταν στους Αιτητές, ο τρίτος φορέας θα ήταν η εταιρεία που θα εκτελούσε το έργο αφού αυτή κατέχει την απαιτούμενη επαγγελματική πείρα και ουσιαστικά θα υποκαταστήσει τους Αιτητές στην εκτέλεση του έργου. Επομένως ο τρίτος φορέας θα πρέπει να πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής και ειδικότερα τον όρο 3.3.1. του Τόμου Α των Εγγράφων Διαγωνισμού, θέση η οποία επιβεβαιώθηκε και από την Αρμόδια Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων.

Ο ισχυρισμός των Αιτητών, ότι το δικαίωμα και οι προϋποθέσεις συμμετοχής ισχύουν μόνο για τον προσφέροντα και τους υπεργολάβους/προμηθευτές αλλά δεν ισχύουν για τον άλλο φορέα, είναι ανυπόστατος και παντελώς λανθασμένος καθότι ο ρόλος του άλλου φορέα, ο οποίος είναι ο μόνος που διαθέτει την επαγγελματική πείρα και πάνω στον οποίο βασίζεται ο προσφέρων για να εξασφαλίσει δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό, είναι πολύ πιο σημαντικός αφού στην ουσία είναι ο μόνος που δικαιούται να εκτελέσει το έργο όπως προνοείται από το Νόμο. Συνεπώς, όπως παραδέχονται και οι Αιτητές, θα πρέπει να διασφαλιστεί ότι αυτός που θα εκτελέσει το έργο πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής.

Επιπρόσθετα, η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι από σχετικό έγγραφο του Παγκόσμιου Οργανισμού Εμπορίου (ΠΟΕ) – World Trade Organization (WTO) σε σχέση με τη Διεθνή Συμφωνία περί Δημοσίων Συμβάσεων (Government

Procurement Agreement – GPA), φαίνεται ότι ο Λίβανος δεν περιλαμβάνεται στις χώρες οι οποίες είναι μέρη στην εν λόγω συμφωνία.

Περαιτέρω, στο έγγραφο της Ευρωπαϊκής Επιτροπής και συγκεκριμένα της Γενικής Διεύθυνσης Εμπορίου (General Directorate for Trade) στο οποίο περιγράφονται περιληπτικά οι συμφωνίες μεταξύ Ευρωπαϊκής Ένωσης και Λιβάνου και αναφορικά με την συμφωνία σύνδεσης που έχει υπογραφεί μεταξύ Ευρωπαϊκής Ένωσης και Λιβάνου, αναφέρεται ότι έχει σταδιακά απελευθερωθεί το εμπόριο αγαθών μεταξύ Ευρωπαϊκής Ένωσης και Λιβάνου και ότι τα βιομηχανικά και γεωργικά προϊόντα του Λιβάνου επωφελούνται από την ελεύθερη διακίνηση στην αγορά της Ευρωπαϊκής Ένωσης, χωρίς να γίνεται οποιαδήποτε ειδική αναφορά σε δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Μας κατάθεσε επίσης το κείμενο της Απόφασης του Συμβουλίου της 14ης Φεβρουαρίου 2006 για τη σύναψη της ευρωμεσογειακής συμφωνίας σύνδεσης μεταξύ της Ευρωπαϊκής Κοινότητας και των κρατών μελών της αφενός, της Δημοκρατίας του Λιβάνου αφετέρου (2006/356/EK), στο άρθρο 30, Τίτλος III, Δικαίωμα Εγκατάστασης και Παροχή Υπηρεσιών, της οποίας ορίζεται ότι το δικαίωμα εγκατάστασης και η παροχή υπηρεσιών όπως διατυπώνεται στο εν λόγω άρθρο παράγει αποτελέσματα από την ημερομηνία της οριστικής προσχώρησης του Λιβάνου στον ΠΟΕ. Στην ιστοσελίδα του ΠΟΕ φαίνεται ο Λίβανος δεν έχει ακόμα προσχωρήσει στον ΠΟΕ και ως εκ τούτου το πιο πάνω άρθρο δεν παράγει αποτελέσματα.

Μας παρέπεμψε επίσης στην επίσημη ιστοσελίδα του Γραφείου Επιτρόπου Νομοθεσίας στην οποία φαίνονται όλες οι Διμερείς Συμφωνίες που έχει υπογράψει ο Λίβανος με την Κυπριακή Δημοκρατία, δεν περιλαμβάνεται οποιαδήποτε συμφωνία σχετική με Δημόσιες Συμβάσεις.

Η Αναθέτουσα Αρχή έκανε αναφορά και σε ηλεκτρονικό μήνυμα εκ μέρους του Γενικού Διευθυντή, Ευρωπαϊκής Ένωσης, Διεθνών Οργανισμών, Διμερών Σχέσεων και Δημοσίων Σχέσεων, Υπηρεσία Εμπορίου, Υπουργείο Ενέργειας, Εμπορίου, Βιομηχανίας και Τουρισμού ημερ. 14.10.2016 προς την αρμόδια λειτουργό του Δήμου Λευκωσίας στο οποίο αναφέρεται ότι ο Λίβανος έχει συνυπογράψει με την Κυπριακή Δημοκρατία Διμερή Συμφωνία Προστασίας των Επενδύσεων καθώς και από το 2006 έχει τεθεί σε ισχύ «Association Agreement» μεταξύ της Ευρωπαϊκής Ένωσης και του Λιβάνου, οι οποίες δεν σχετίζονται άμεσα ούτε με θέματα δημοσίων συμβάσεων ούτε με θέματα επιμέρους συμβολαίων.

Τέλος, μας παρέπεμψε σε ανταλλαγή ηλεκτρονικών μηνυμάτων με το Γενικό Λογιστήριο ημερ. 30.5.2017 και 31.5.2017, στην οποία περιλαμβάνεται ηλεκτρονικό μήνυμα λειτουργού της Ευρωπαϊκής Επιτροπής στο οποίο αναφέρεται ότι δεν υπάρχει οποιαδήποτε διμερής συμφωνία ή διεθνής συμφωνία βάσει της οποίας οικονομικοί φορείς από το Λίβανο μπορούν να έχουν νόμιμο και εξασφαλισμένο δικαίωμα συμμετοχής σε δημόσιες συμβάσεις στην Ευρωπαϊκή Ένωση.

Επομένως, κατέληξε, με βάση όλα τα πιο πάνω, είναι ξεκάθαρο ότι ο Λίβανος δεν περιλαμβάνεται στις χώρες που έχουν συμφωνία σύνδεσης με την Ευρωπαϊκή Ένωση και συνεπώς ορθά η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε ότι ο άλλος φορέας δεν πληροί τον όρο 3.3.1.

Σε ότι αφορά τους ισχυρισμούς των Αιτητών περί αντικατάστασης του άλλου φορέα και του άρθρου 63(3), η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι ο ισχυρισμός τους δεν περιλαμβάνεται στους νομικούς λόγους όπως αυτοί εκτίθενται στην Προσφυγή που καταχώρησαν οι Αιτητές αλλά ούτε και μπορεί να θεωρηθεί ότι αποτελεί παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας. Στην προκειμένη περίπτωση, συνέχισαν, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι η Αναθέτουσα Αρχή είχε ενώπιον της διαφορετικές επιλογές μια εκ των οποίων ήταν η επιλογή αντικατάστασης του άλλου φορέα και επέλεξε να μην την ακολουθήσει. Το ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν ζήτησε αντικατάσταση του άλλου φορέα σημαίνει μη εφαρμογή του άρθρου 63 (3). Ως εκ τούτου ο υπό κρίση ισχυρισμός δεν μπορεί να εγείρεται στο στάδιο των Γραπτών Αγορεύσεων, αλλά ούτε και μπορεί να εξεταστεί από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών είτε εγειρόμενος μέσω της Γραπτής Αγόρευσης είτε αυτεπαγγέλτως. Συνεπώς ο πιο πάνω ισχυρισμός θα πρέπει να απορριφθεί χωρίς περαιτέρω εξέταση.

Άνευ βλάβης των πιο πάνω, είναι θέση τους ότι το εν λόγω άρθρο αναφέρεται σε αντικατάσταση του άλλου φορέα όταν αυτός δεν πληροί τα κριτήρια επιλογής ή

συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού σύμφωνα με το άρθρο 57. Στη συγκεκριμένη περίπτωση ο άλλος φορέας δεν πληρούσε το δικαίωμα συμμετοχής και κατ' επέκταση δεν μπορούσε εξ αρχής να συμμετέχει στο Διαγωνισμό. Δηλαδή, για την ενεργοποίηση του άρθρου 63 (3) θα πρέπει ο τρίτος φορέας να έχει εξασφαλίσει το δικαίωμα συμμετοχής στο Διαγωνισμό, κάτι που δεν ισχύει στην υπό κρίση περίπτωση. Προς υποστήριξη του πιο πάνω ισχυρισμού μάς παρέπεμψε στην επιστολή της Αρμόδιας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων ημερ. 7.12.2016.

Αναφορικά με τον δεύτερο λόγο αποκλεισμού, ήτοι το δελτίο ποσοτήτων, η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι όπως προκύπτει από το Περίγραμμα Αγόρευσης των Αιτητών είναι παραδεκτό ότι οι Αιτητές παρέλειψαν να ενσωματώσουν σε κάποια σημεία τις διορθώσεις στα Δελτία Ποσοτήτων που υπέβαλαν με την προσφορά τους.

Ο ισχυρισμός των Αιτητών, σημείωσαν, ότι η τιμολόγηση των διορθώσεων που δεν έχουν ενσωματωθεί στα Δελτία Ποσοτήτων δεν υπερβαίνει το κόστος των €10.000,00 γεγονός το οποίο κατά την άποψη τους δεν τροποποιεί την σειρά κατάταξης των προσφορών αφού η διαφορά από το δεύτερο χαμηλότερο προσφέροντα ήταν €900.000,00, ισχυρισμός που δεν συνάδει με την ασφάλεια και την βεβαιότητα που πρέπει να ισχύει στο δίκαιο των προσφορών.

Είναι θέση της ότι η εν λόγω παράλειψη των Αιτητών είχε ως αποτέλεσμα να μην έχουν ληφθεί υπόψη στη προσφορά οι επιπρόσθετες εργασίες που περιγράφονται στα διορθωτικά σημειώματα και οι οποίες δεν έχουν ενσωματωθεί στα Δελτία Ποσοτήτων. Αυτό δημιουργεί ασάφειες σε σχέση με το ποσό της προσφερόμενης τιμής, ανεξάρτητα της σειράς κατάταξης των προσφορών.

Προς υποστήριξη της θέσης τους μας παρέπεμψαν στην απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών με αριθμό 38/2016 ημερομηνίας 28.11.2016.

Έχουμε εξετάσει με προσοχή τα όσα οι δύο πλευρές μας έχουν παραθέσει. Σημειώνουμε ότι τόσο στις γραπτές αγορεύσεις όσο και κατά την ακροαματική διαδικασία τα μέρη μας παρέπεμψαν σε όρους του Διαγωνισμού που όπως διαπιστώσαμε κατά την μελέτη της υπόθεσης είχαν τροποποιηθεί. Η απόφαση μας βασίζεται στους τελικούς όρους όπως αυτοί έχουν τροποποιηθεί.

Η Αναθέτουσα Αρχή απέκλεισε τους Αιτητές για δύο λόγους τους οποίους θα εξετάσουμε ξεχωριστά.

Ο πρώτος λόγος αποκλεισμού, σύμφωνα με την επιστολή γνωστοποίησης αποτελεσμάτων ημερ. 8.5.2017, είναι ο εξής:

«Για την απόδειξη της Τεχνικής και Επαγγελματικής ικανότητας σε Τεχνικές και Οικοδομικές εργασίες έχετε βασιστεί σε «άλλο Φορέα» ο οποίος σύμφωνα με τα στοιχεία που έχουν υποβληθεί είναι εταιρεία, που είναι εγγεγραμμένη και δραστηριοποιείται στο Λίβανο.

Σύμφωνα με το άρθρο 3.3.1 του Τόμου Α, Μέρος Ι, Οδηγίες προς Οικονομικούς Φορείς «Δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα (δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου) ή κοινοπραξίες φυσικών ή/και νομικών προσώπων, τα οποία είναι εγκατεστημένα νόμιμα στην Κύπρο ή σε άλλο κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΕΕ) ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (ΕΟΧ) ή σε τρίτες χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη Διεθνή Συμφωνία περί Δημοσίων Συμβάσεων (GPA) ή έχουν υπογράψει και κυρώσει συμφωνίες σύνδεσης ή διμερείς συμφωνίες με την Ε.Ε. ή με την Κυπριακή Δημοκρατία.»

Σύμφωνα με την εγκύκλιο ΓΛ/ΑΑΔΣ 75Β ημερομηνίας 12 Μαΐου 2016, ο Λίβανος δεν περιλαμβάνεται στα κράτη που έχουν υπογράψει τη Διεθνή Συμφωνία περί Δημοσίων Συμβάσεων (GPA) ή έχουν υπογράψει και κυρώσει συμφωνίες σύνδεσης ή διμερείς συμφωνίες με την Ε.Ε. ή με την Κυπριακή Δημοκρατία.»

Από το πιο πάνω λεκτικό της απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής προκύπτει ότι ο πρώτος λόγος αποκλεισμού των Αιτητών βασίστηκε στις πρόνοιες της παραγράφου 3.3.1 του Τόμου Α, Μέρος Ι, οδηγίες προς οικονομικούς φορείς, με το αιτιολογικό ότι ο άλλος φορέας, στις δυνατότητες του οποίου οι Αιτητές στηρίχτηκαν προς πλήρωση των τεχνικών και επαγγελματικών απαιτήσεων του διαγωνισμού, είναι εταιρεία του Λιβάνου, χώρα η οποία δεν περιλαμβάνεται στα κράτη που έχουν υπογράψει τη Διεθνή Συμφωνία Περί Δημόσιων Συμβάσεων (GPA) ή έχουν υπογράψει και κυρώσει Συμφωνίες σύμβασης ή διμερείς συμφωνίες με την Ευρωπαϊκή Ένωση ή με την Κυπριακή Δημοκρατία.

Αναφορικά με τους άλλους φορείς σχετικός είναι ο όρος 3.3.8 που φέρει γενικό τίτλο «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα σε Κατασκευές». Το τελευταίο εδάφιο της υποπαραγράφου 3.3.8(δ) αναφέρει τα ακόλουθα:

«Ένας Προσφέρων μπορεί να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων σύμφωνα με το άρθρο 63 του Νόμου, για να αποδείξει την εκπλήρωση των προϋποθέσεων της παραγράφου 3.3.8, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή ο Προσφέρων θα πρέπει να αποδείξει ότι:

(α) για την εκτέλεση της Σύμβασης, θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους,

(β) οι φορείς αυτοί διαθέτουν τους αναγκαίους πόρους και

(γ) οι φορείς αυτοί πληρούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής της παραγράφου 3.3.6.»

Σημειώνουμε εδώ ότι η πιο πάνω πρόνοια παρόλο που στο κείμενο φαίνεται να είναι εδάφιο της υποπαραγράφου 3.3.8(δ), που τιτλοφορείται «Εγκαταστάσεις Κατασκευής Σιντριβανιών» εντούτοις από το περιεχόμενο και το λεκτικό όλης της παραγράφου 3.3.8, θεωρούμε ότι είναι αυτοτελής υποπαραγράφος της παραγράφου 3.3.8 που αφορά την «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα σε Κατασκευές».

Η παράγραφος 3.3.6 στην οποία γίνεται αναφορά στην προαναφερθείσα παράγραφο 3.3.8 που αφορά τους άλλους φορείς σχετίζεται με την προσωπική τους κατάσταση.

Από το λεκτικό του τελευταίου εδαφίου της παραγράφου 3.3.8, προκύπτει ότι ένας προσφέρων μπορεί να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων με επιτακτική την ανάγκη απόδειξης ότι, για την εκτέλεση της Σύμβασης ο προσφοροδότης θα έχει στη διάθεση του από τους άλλους φορείς τους αναγκαίους πόρους, ότι οι φορείς αυτοί διαθέτουν τους αναγκαίους πόρους και ότι πληρούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής της παραγράφου 3.3.6. Καμία υποχρέωση πλήρωσης της παραγράφου 3.3.1 από τους άλλους φορείς προβλέπεται στο εν λόγω άρθρο. Εκείνο που ζητείται σε σχέση με άλλες παραγράφους, για αυτό και γίνεται συγκεκριμένη αναφορά, είναι η πλήρωση της παραγράφου 3.3.6..

Αυτό επιβεβαιώνεται και από τα όσα καταγράφονται στην παράγραφο 5.6 «Περιεχόμενο φακέλου προσφορών».

Η παράγραφος 5.6.1(β)¹ που παραπέμπει στον τρόπο πιστοποίησης του δικαιώματος συμμετοχής της παραγράφου 3.3.1 αναφέρεται σε «Προσφέρων» και η παράγραφος 5.6.1.(η) που παραπέμπει στον τρόπο πιστοποίησης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του προσφέροντα, σύμφωνα με την παράγραφο 3.3.8 αναφέρει:

¹ β. Για την πιστοποίηση του δικαιώματος συμμετοχής της παραγράφου 3.3.1, τα ακόλουθα στοιχεία:

- i. Εφόσον ο Προσφέρων είναι νομικό πρόσωπο, αποδεικτικά στοιχεία σύστασής του.
- ii. Εφόσον ο Προσφέρων είναι κοινοπραξία φυσικών ή και νομικών προσώπων, θα πρέπει να κατατεθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά για κάθε συμμετέχον νομικό πρόσωπο στην κοινοπραξία. Θα πρέπει επίσης να υποβληθεί Συμφωνητικό Συνεργασίας, το οποίο θα υπογράφουν όλοι οι συμμετέχοντες στην κοινοπραξία και στο οποίο θα δηλώνεται: [...].

«Σε περίπτωση που ο Προσφέρων στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων σύμφωνα με το άρθρο 63 του Ν.73(Ι)/2016, απαιτείται η υποβολή των δικαιολογητικών που ακολουθούν:

- *Δηλώσεις των φορέων αυτών, με τις οποίες θα εγγυώνται στην Αναθέτουσα Αρχή ότι, σε περίπτωση ανάδειξης του Προσφέροντα ως Αναδόχου, θα θέσουν στη διάθεση του τους κατά περίπτωση αναγκαίους πόρους (Παράρτημα 15).*
- *Δήλωση του εδαφίου (δ) της παραγράφου 5.6.1*

Νοείται ότι, στην περίπτωση στήριξης του προσφέροντα σε άλλο φορέα θα πρέπει να υποβληθούν τα πιο πάνω δικαιολογητικά που αφορούν τους πόρους που θα διαθέσει».

Ως έχουμε αναφέρει προηγουμένως η Αναθέτουσα Αρχή απέκλεισε τους Αιτητές με επίκληση της παραγράφου 3.3.1 την οποία, στην γραπτή και προφορική της αγόρευση, διασυνδέει με την παράγραφο 3.3.2 οι οποίες προνοούν τα ακόλουθα:

«1. Δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα (δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου) ή κοινοπραξίες φυσικών ή/και νομικών προσώπων, τα οποία είναι εγκατεστημένα νόμιμα στην Κύπρο ή σε άλλο κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΕΕ) ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (ΕΟΧ) ή σε τρίτες χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη Διεθνή Συμφωνία περί Δημοσίων Συμβάσεων (GPA) ή έχουν υπογράψει και κυρώσει συμφωνίες σύνδεσης ή διμερείς συμφωνίες με την Ε.Ε. ή με την Κυπριακή Δημοκρατία

2. Οι προϋποθέσεις της προηγούμενης παραγράφου εφαρμόζονται και σε κάθε εσωτερικό υπεργολάβο ή προμηθευτή που προτείνεται στην Προσφορά ότι θα αναλάβει την εκτέλεση ή προμήθεια, ανάλογα με την περίπτωση, ποσοστό του Έργου που υπερβαίνει το 10% του Ποσού Προσφοράς.»

Στην παράγραφο 1 του ΤΟΜΟΥ Α ΟΔΗΓΙΕΣ ΠΡΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΥΣ ΦΟΡΕΙΣ

με γενικό τίτλο «Ορισμοί» σημειώνονται τα πιο κάτω:

«ΕΝΔΙΑΦΕΡΟΜΕΝΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΣ ΦΟΡΕΑΣ

Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας έχει συσχετιστεί με το Διαγωνισμό στο Σύστημα.

ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΣ ΦΟΡΕΑΣ

Κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή δημόσιος φορέας ή ένωση αυτών των προσώπων ή/και φορέων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών συμπράξεων επιχειρήσεων, που προσφέρει την εκτέλεση εργασιών ή/και του έργου, την προμήθεια προϊόντων ή την παροχή υπηρεσιών στην αγορά.

ΠΡΟΣΦΕΡΩΝ

Οποιοσδήποτε Οικονομικός Φορέας, ο οποίος έχει υποβάλει προσφορά».

Η παράγραφος 4.2 προνοεί τα ακόλουθα:

«4.2 Λήψη Εγγράφων Διαγωνισμού

- 1. Οι Οικονομικοί Φορείς μπορούν να λάβουν αντίγραφο των εγγράφων του Διαγωνισμού, χωρίς καμία χρέωση, μέσα από το χώρο του συγκεκριμένου διαγωνισμού στο Σύστημα (www.eprocurement.gov.cy). Οι εγγεγραμμένοι Οικονομικοί Φορείς προτρέπονται να συσχετιστούν με το χώρο του Διαγωνισμού ώστε να ενημερώνονται για οποιοσδήποτε διευκρινίσεις ή/και τροποποιήσεις δυνατό να προκύψουν κατά τη διεξαγωγή του παρόντος Διαγωνισμού. Οι μη εγγεγραμμένοι Οικονομικοί Φορείς μπορούν να εγγραφούν δωρεάν ακολουθώντας τις οδηγίες στο Σύστημα. Για οποιαδήποτε βοήθεια για εγγραφή στο Σύστημα μπορούν να επικοινωνήσουν με την ομάδα υποστήριξης του Συστήματος στον αρ. τηλεφώνου +357 22 605050.*
- 2. Τονίζεται ότι για να λογίζεται κάποιος ως Ενδιαφερόμενος Οικονομικός Φορέας και να λαμβάνει ειδοποιήσεις από το Σύστημα, θα πρέπει να είναι συνδεδεμένος ως χρήστης με τους προσωπικούς κωδικούς πρόσβασης του και να συσχετιστεί με το διαγωνισμό».*

Από το λεκτικό των πιο πάνω παραγράφων δεν φαίνεται να τυγχάνει εφαρμογής η παράγραφος 3.3.1 για τους άλλους φορείς. Η παράγραφος 3.3.1 εφαρμόζεται για τους συμμετέχοντες στο διαγωνισμό που δεν είναι άλλοι από τους προσφέροντες. Συμμετέχοντες είναι οι οικονομικοί φορείς που επιδεικνύουν ενδιαφέρον για το διαγωνισμό, εγγράφονται (συσχετίζονται) με το σύστημα και τελικώς υποβάλλουν προσφορά.

Σημειώνεται ότι ο όρος αναφέρεται σε «Δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό» και όχι σε «Δικαίωμα συμμετοχής στην εκτέλεση του έργου» όπου ενδεχομένως θα μπορούσε να ερμηνευτεί ότι ο όρος αφορά όλους όσους θα εμπλακούν με οποιοδήποτε τρόπο στην εκτέλεση του έργου. Εξάλλου, γι' αυτό και η Αναθέτουσα Αρχή με την παράγραφο 3.3.2 προσδιόρισε με σαφήνεια ότι η εν λόγω πρόνοια αφορά και τους εσωτερικούς υπεργολάβους και τους προμηθευτές. Επιβεβαίωση των πιο πάνω είναι ότι στην προκήρυξη του διαγωνισμού η συγκεκριμένη πρόνοια βρίσκεται κάτω από τον τίτλο *«III.1.3) Νομική μορφή που πρέπει να έχει ο όμιλος Οικονομικών Φορέων στον οποίο θα ανατεθεί η σύμβαση (κατά περίπτωση)»*. Ανάθεση Σύμβασης δεν μπορεί να γίνει σε άλλους πλην των Προσφερόντων.

Το άρθρο 22 του Νόμου 73(Ι)/2016 προνοεί τα πιο κάτω:

«Στον βαθμό που καλύπτονται από τα Παραρτήματα 1,2,3,4 και 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ευρωπαϊκή Ένωση προσαρτήματος Ι της ΣΔΣ, καθώς και από τις λοιπές διεθνείς συμφωνίες από τις οποίες

δεσμεύεται η Ευρωπαϊκή Ένωση, οι αναθέτουσες αρχές επιφυλάσσουν για τα έργα, τις προμήθειες, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς των χωρών που έχουν υπογράψει τις εν λόγω συμφωνίες μεταχείριση εξίσου ευνοϊκή με αυτήν που επιφυλάσσουν για τα έργα, τις προμήθειες, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς της Ευρωπαϊκής Ένωσης».

Στο πιο πάνω άρθρο σημειώνεται ότι οι οικονομικοί φορείς που προέρχονται από χώρες που καλύπτονται από τα Παραρτήματα 1,2,3,4 και 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ευρωπαϊκή Ένωση Προσαρτήματος Ι της ΣΔΣ καθώς και από τις λοιπές διεθνείς συμφωνίες από τις οποίες δεσμεύεται η Ευρωπαϊκή Ένωση, θα τυγχάνουν εξίσου ευνοϊκής μεταχείρισης με τη μεταχείριση που τυγχάνουν οικονομικοί φορείς της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Σε περίπτωση που η Αναθέτουσα Αρχή επιθυμεί οι υπόλοιποι οικονομικοί φορείς που δεν καλύπτονται από το άρθρο 22 του Νόμου να τυγχάνουν διαφορετικής μεταχείρισης, αυτό θα πρέπει να καταγράφεται με σαφήνεια στους όρους του Διαγωνισμού.

Στην παρούσα, η Αναθέτουσα Αρχή καθόρισε ότι η πιο πάνω πρόνοια εφαρμόζεται μόνο για τους προσφέροντες, τους προμηθευτές και τους εσωτερικούς υπεργολάβους.

Τα όσα έχουν αναφέρει οι δύο πλευρές με επίκληση του άρθρου 63(1) του Ν.73(Ι)/2016 σε σχέση με την εκτέλεση ή όχι από τον άλλο φορέα των εργασιών που απαιτούνται ως κριτήρια σχετικά με την επαγγελματική ικανότητα και που ο

προσφέρων στηρίζεται στον άλλο φορέα για να τα πληροί, δεν έχουν σχέση με το υπό εξέταση θέμα.

Χωρίς να εξετάζεται αν η ερμηνεία που δίδει η Αναθέτουσα Αρχή στο άρθρο 63(1) του Ν.73(Ι)/2016 είναι ορθή, η όποια προσπάθεια της για διασύνδεση του τρόπου και όγκου που ο άλλος φορέας θα εμπλακεί στην εκτέλεση του έργου και της υποχρέωσης πλήρωσης εκ μέρους των άλλων φορέων των προϋποθέσεων συμμετοχής που αφορούν τον προσφέροντα και ιδιαίτερα της παραγράφου 3.3.1 δεν βρίσκει έρεισμα στα έγγραφα του διαγωνισμού και της κείμενης Νομοθεσίας. Οι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούν οι άλλοι φορείς είναι συγκεκριμένες. Καταγράφονται στην παράγραφο 3.3.8 και στην παράγραφο 5.6.1(η) καταγράφονται όσα οι άλλοι φορείς πρέπει να υποβάλουν.

Είναι πάγια νομολογημένο ότι τόσο η αρχή της καλώς νοούμενης εμπιστοσύνης των προσφοροδοτών προς τη διοίκηση όσο και η διασφάλιση της ισότητας τους, επιβάλλουν την μη άντληση εκ των υστέρων μη ρητά αποτυπωμένης υποχρέωσης προς αυτούς. Κάτι τέτοιο θα κλονίζε ανεπανόρθωτα τη βεβαιότητα που πρέπει να υπάρχει στους όρους κάθε διαγωνισμού. Συνεπώς οι όποιοι ισχυρισμοί της Αναθέτουσας Αρχής για υποχρέωση πλήρωσης της παραγράφου 3.3.1 από τους άλλους φορείς απορρίπτονται.

Με την λογική που αναπτύσσει η Αναθέτουσα Αρχή, ότι δηλαδή ο τρίτος φορέας θα πρέπει να πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής του Τόμου Α των εγγράφων του διαγωνισμού, τότε, συνακόλουθα, ο τρίτος φορέας θα πρέπει να πληροί και τις προϋποθέσεις συμμετοχής που αναγράφονται στις παραγράφους 3.3.2, 3.3.3, 3.3.4 και 3.3.5 όπου αναφέρει ότι:

«5. Επιπρόσθετα, για να δικαιούται κάποιο φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή κοινοπραξία φυσικών και/ή νομικών προσώπων να συμμετάσχει στο διαγωνισμό θα πρέπει να πληροί τις πιο κάτω ελάχιστες προϋποθέσεις:

5.1 Σε περιπτώσεις φυσικών ή νομικών προσώπων, αυτά:

- α. πρέπει να κατέχουν ετήσια άδεια που εκδίδεται δυνάμει του περί Εγγραφής και Ελέγχου Εργοληπτών Οικοδομικών και Τεχνικών Έργων Νόμου, ανανεωμένη για το έτος εντός του οποίου υποβάλλεται η προσφορά, για την εκτέλεση έργων της Κατηγορίας και Τάξης του Έργου, όπως καθορίζονται στην παράγραφο 3.1, ή ανώτερης Τάξης ή*
- β. πρέπει να κατέχουν ετήσια άδεια ανανεωμένη για το έτος εντός του οποίου υποβάλλεται η προσφορά της ίδιας Κατηγορίας και κατώτερης Τάξης, αλλά να κατέχουν πιστοποιητικό του Συμβουλίου Εγγραφής και Ελέγχου Εργοληπτών Οικοδομικών και Τεχνικών Έργων από το οποίο να φαίνεται ότι διαθέτουν τουλάχιστον την πείρα για έργα της Κατηγορίας και Τάξης του Έργου, ή*
- γ. πρέπει να είναι εγγεγραμμένα σε επαγγελματικό μητρώο της χώρας προέλευσης τους, εφόσον τηρούνται τέτοια μητρώα και να ικανοποιούν τις προϋποθέσεις που απαιτούνται για απόκτηση της ετήσιας άδειας που αναφέρεται στην παράγραφο (α) πιο πάνω. Για τα Κράτη – μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης τα επαγγελματικά μητρώα προσδιορίζονται στο Παράρτημα XI του Ν. 73(Ι)/2016 (Άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Σημειώνεται ότι οι οικονομικοί φορείς που ικανοποιούν τα κριτήρια της παραγράφου 3.3.8 θεωρούνται ότι ικανοποιούν τις προϋποθέσεις που*

απαιτούνται για την απόκτηση της ετήσιας άδειας που αναφέρεται στην παράγραφο (α).

- 5.2 *Σε περιπτώσεις κοινοπραξιών φυσικών και/ή νομικών προσώπων, τουλάχιστον ένα από τα μέλη της κοινοπραξίας πρέπει να πληροί τις προϋποθέσεις της υποπαραγράφου 3.3.5.1 πιο πάνω. Στην περίπτωση αυτή η σύμβαση συνομολογείται σύμφωνα με τις πρόνοιες του περί Εγγραφής και Ελέγχου Εργοληπτών Οικοδομικών και Τεχνικών Έργων Νόμου».*

Ενδεχομένως αυτό να ήταν σωστό αν το συγκεκριμένο εδάφιο αφορούσε όλη την παράγραφο 3.3. Στην παρούσα περίπτωση όμως, είναι υποπάραγραφος της παραγράφου 3.3.8. που τιτλοφορείται «Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα σε Κατασκευές». Επιπρόσθετα, σκοπός των προνοιών για δικαίωμα στήριξης των προσφερόντων σε τρίτους φορείς δεν είναι να συμπεριλάβουν στην προσφορά τους ισάξιους οικονομικούς φορείς αλλά να μπορούν να στηριχθούν σε άλλους φορείς που διαθέτουν την ικανότητα, την τεχνογνωσία, τα μέσα και ότι άλλο είναι αναγκαίο για την εκτέλεση μέρους ή όλου του έργου.

Συνεπώς, με βάση όλα τα πιο πάνω ο πρώτος λόγος αποκλεισμού των Αιτητών αντίκειται της κείμενης Νομοθεσίας και των όρων του διαγωνισμού.

Ο δεύτερος λόγος αποκλεισμού, σύμφωνα με την επιστολή γνωστοποίησης αποτελεσμάτων ημερ. 8.5.2017 είναι ο εξής:

- *Δεν έχετε ενσωματώσει στα Δελτία Ποσοτήτων κάποιες από τις διορθώσεις που απαιτούνταν από τα διορθωτικά σημειώματα. Τα*

Διορθωτικά Σημειώματα που είχαν δημοσιευτεί στο Σύστημα απαιτούσαν όπως όλοι οι προσφέροντες ενσωματώσουν τις διορθώσεις στα Έγγραφα Διαγωνισμού που είχαν αναρτηθεί στο Σύστημα με την προκήρυξη.

Σύμφωνα με τα έγγραφα του διαγωνισμού άρθρα 7.4 και 5.6.4 του Τόμου Α, Μέρος Ι, Οδηγίες προς Οικονομικούς Φορείς αναφέρεται ότι «Η Αναθέτουσα Αρχή δύναται να ζητήσει από τους Προσφέροντες την αποσαφήνιση ή τη συμπλήρωση ελλείψεων των κατατεθειμένων δικαιολογητικών...». Η ζήτηση σελίδων του Δελτίου Ποσοτήτων με ενσωματωμένες τις διορθώσεις που απαιτούντο από τα Διορθωτικά Σημειώματα θα συνιστούσε διόρθωση της προσφοράς, για να συνάδει με τις απαιτήσεις των εγγράφων του διαγωνισμού, στα οποία περιλαμβάνονται και τα Διορθωτικά Σημειώματα και όχι συμπλήρωση ή αποσαφήνιση των κατατεθειμένων δικαιολογητικών. Σχετική είναι η απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών - Προσφυγή με αρ. 38/2016.

Οι διορθώσεις αφορούν τις περιγραφές των εργασιών που θα εκτελεστούν, οι οποίες είναι άμεσα συνυφασμένες με την τιμολόγηση και κατ' επέκταση με την προσφερόμενη τιμή, η οποία δυνατόν να τροποποιηθεί σε περίπτωση τροποποίησης των περιγραφών. Το γεγονός ότι έχετε ενσωματώσει στα Δελτία Ποσοτήτων κάποιες διορθώσεις και κάποιες δεν τις έχετε ενσωματώσει, δημιουργούνται ασάφειες για την προσφερόμενη τιμή, η οποία αποτελεί ουσιώδη όρο του διαγωνισμού.

Η μη συμπερίληψη των διορθώσεων στα δελτία ποσοτήτων δημιουργεί αντιφάσεις μεταξύ των προσφορών που έχουν υποβληθεί και καθιστά αδύνατη τη σύγκριση τους επί ίσης βάσης. Η διόρθωση των περιγραφών των Δελτίων Ποσοτήτων θα συνιστούσε παραβίαση της Αρχής της ίσης μεταχείρισης των προσφορών».

Η Αναθέτουσα Αρχή προς υποστήριξη της θέσης της μας παρέπεμψε στην απόφαση μας με αρ. 38/2016 ημερομηνίας 28.11.2016. Διαφωνούμε ότι η εν λόγω απόφαση είναι σχετική με την παρούσα. Εκεί ο διαγωνισμός αφορούσε έργο που αποτελείτο από τρεις ενότητες (μελέτη, κατασκευή, συντήρηση) οι οποίες τιμολογούνταν ξεχωριστά και κρίθηκε αντινομική ή ενέργεια της Αναθέτουσας Αρχής να προχωρήσει στη διόρθωση του ποσού συντήρησης ώστε να συνάδει με όρο του

διαγωνισμού που προνοούσε ότι το ποσό συντήρησης δεν θα έπρεπε να ήταν μικρότερο του 6% του συνολικού ποσού προσφοράς, κάτι που η προσφορά του εκεί επιτυχόντα καθόριζε διαφορετικά.

Αντιθέτως, τα γεγονότα της παρούσας υπόθεσης προσομοιάζουν με τα γεγονότα στις αποφάσεις της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών 21/2016 ημερ. 30.9.2016 και 41/2016 ημερ. 16.12.2016.

«Οι όροι του παρόντος διαγωνισμού στην έκταση που μας ενδιαφέρει είναι οι πιο κάτω:

[...]

3.2 Γενικές Αρχές

1. *Με την υποβολή της Προσφοράς του, ο Προσφέρων αποδέχεται πλήρως και χωρίς επιφύλαξη τους γενικούς και ειδικούς όρους και όλες τις πρόνοιες των Εγγράφων Διαγωνισμού, ως τη μόνη βάση της διαδικασίας του διαγωνισμού αυτού, ανεξάρτητα των οποιωνδήποτε δικών του όρων τους οποίους με την παρούσα αποποιείται. Οι Προσφέροντες αναμένεται να εξετάσουν προσεκτικά και να συμμορφωθούν με όλες τις οδηγίες, τύπους και πρόνοιες των Εγγράφων Διαγωνισμού.*

[...]

4. ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΕΓΓΡΑΦΩΝ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ

4.1 Περιεχόμενα εγγράφων διαγωνισμού

1. *Τα πιο κάτω έγγραφα, όπως ενδεχομένως να διευκρινιστούν ή τροποποιηθούν με βάση τις παραγράφους 4.3 και 4.4. πιο κάτω, συνιστούν τα Έγγραφα Διαγωνισμού:*

[...]

- ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 14: Δελτία Ποσοτήτων

[...]

- Όλα τα συμπληρωματικά στοιχεία που έχουν σταλεί με συμπληρωματικό έγγραφο (*addendum*) στους Ενδιαφερόμενους Οικονομικούς Φορείς και τυχόν άλλα έγγραφα που έχουν δοθεί στους Ενδιαφερόμενους Οικονομικούς Φορείς.

[...]

5.6 Περιεχόμενο φακέλου Προσφορών

1. Ο κάθε Προσφέρων οφείλει να καταθέσει τα ακόλουθα έγγραφα δεόντως συμπληρωμένα και υπογραμμένα:

[...]

- ζ. Τα Δελτία Ποσοτήτων, τα οποία επισυνάπτονται ως Παράρτημα (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 14) στον Τόμο Α, δεόντως συμπληρωμένα και υπογραμμένα. Οι τιμές, για το σύνολο του Έργου και για επιμέρους εργασίες, θα πρέπει να δίνονται στο νόμισμα που καθορίζεται στην παράγραφο 2.19. Οι τιμές θα δίνονται χωρίς Φ.Π.Α.

[...]

5.7 Ποσότητες και Τιμές Μονάδος

1. Τα ποσά και οι τιμές μονάδας που δηλώνονται στην Προσφορά θα καλύπτουν όλες τις υποχρεώσεις, έξοδα και κέρδος του Προσφέροντα.
2. Σε περίπτωση που ο Προσφέρων δεν τιμολογήσει οποιαδήποτε εργασία ή άρθρο, αυτό θα ερμηνεύεται ότι η αξία της εργασίας αυτής έχει συμπεριληφθεί σε άλλες εργασίες.

7.2 Εγκυρότητα Προσφορών

[...]

2. Ουσιαστικά ανταποκρινόμενες Προσφορές θεωρούνται οι Προσφορές που συμμορφώνονται προς όλους τους όρους, προϋποθέσεις και προδιαγραφές των Εγγράφων Διαγωνισμού, χωρίς να παρουσιάζουν ουσιαστική απόκλιση ή επιφύλαξη.

Ουσιαστική απόκλιση ή επιφύλαξη είναι αυτή:

- α. η οποία επηρεάζει με ουσιαστικό τρόπο τα πλαίσια, την ποιότητα ή την απόδοση των εργασιών του Έργου,*
- β. η οποία επηρεάζει με οποιοδήποτε ουσιαστικό τρόπο, λόγω αντίφασης που παρουσιάζει με τα Έγγραφα Διαγωνισμού, δικαιώματα της Αναθέτουσας Αρχής και/ή τις υποχρεώσεις του Προσφέροντα όπως αυτές καθορίζονται στα Έγγραφα Διαγωνισμού, ή*
- γ. η διόρθωση της οποίας θα επηρέαζε άδικα τη συναγωνιστική θέση άλλων Προσφερόντων των οποίων οι προσφορές είναι ουσιαστικά ανταποκρινόμενες.*

[...]

7.4 Αριθμητικός έλεγχος και κατάταξη Προσφορών

[...]

- 1. Εάν υπάρχει οποιοδήποτε λάθος από τον πολλαπλασιασμό της τιμής μονάδας επί την ποσότητα άρθρου, η τιμή μονάδας θα θεωρείται ορθή και θα λαμβάνεται ως βάση για τη διόρθωση.*

[...]

7.5 Ψηλές ή χαμηλές τιμολογήσεις

- 1. Οι προσφορές θα ελεγχθούν με σκοπό να εντοπιστούν ψηλές ή χαμηλές τιμολογήσεις σε σύγκριση με την εκτίμηση της Αναθέτουσας Αρχής και τις τιμολογήσεις των υπολοίπων Προσφερόντων.*
- 2. Αν υπάρξουν τέτοιες ψηλές ή χαμηλές τιμολογήσεις, αυτές θα τροποποιούνται κατά την απόλυτη κρίση του Αρμοδίου Οργάνου. Η διαφορά που θα προκύπτει στο Ολικό Ποσό Προσφοράς, μετά την τροποποίηση των τιμών μονάδας, θα υπολογίζεται σε μορφή εκατοστιαίας (%) προσαρμογής επί του συνολικού ποσού των τιμολογητέων άρθρων ώστε το Ολικό Ποσό Προσφοράς (όπως αυτό προκύπτει από τον αριθμητικό έλεγχο των προσφορών) να παραμένει αναλλοίωτο.*

7.6 Απόρριψη Προσφορών

1. Όλοι οι όροι των Εγγράφων Διαγωνισμού είναι υποχρεωτικοί, για τους Προσφέροντες. Προσφορές που, κατά την κρίση του Αρμόδιου Οργάνου, παρουσιάζουν ουσιώδη απόκλιση (ποσοτική και/ή ποιοτική) από τους όρους των Εγγράφων Διαγωνισμού ή οποιαδήποτε ουσιώδη ασάφεια που προκύπτει από τυχόν διορθώσεις ή άλλως πως, ή δεν συνοδεύονται από Εγγύηση Συμμετοχής Προσφοράς ή/και Δήλωση που να πληροί τις απαιτήσεις των Εγγράφων Διαγωνισμού, απορρίπτονται.
2. Επίσης, η απόρριψη Προσφοράς δύναται να αποφασιστεί, μεταξύ άλλων, για έναν ή περισσότερους από τους ακόλουθους λόγους:
 - α. όταν η Προσφορά δεν είναι σύμφωνη με τους όρους των Εγγράφων Διαγωνισμού,
 - β. όταν δεν υποβληθούν τα δικαιολογητικά που προβλέπουν τα Έγγραφα Διαγωνισμού ή όταν αυτά που θα υποβληθούν είναι ανακριβή,
 - γ. όταν δεν προκύπτει με σαφήνεια η προσφερόμενη τιμή ή εμφανίζονται τιμές σε φάκελο άλλο από αυτό που καθορίζεται στα Έγγραφα Διαγωνισμού (όπου εφαρμόζεται),
 - δ. όταν δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις συμμετοχής του Προσφέροντος,
 - ε. όταν ο χρόνος ισχύος της Προσφοράς είναι μικρότερος του καθοριζόμενου στα Έγγραφα Διαγωνισμού,
 - στ. όταν η οικονομική προσφορά φαίνεται ασυνήθιστα χαμηλή σε σχέση με το αντικείμενο της και οι διευκρινίσεις και επεξηγήσεις που θα δοθούν από τον Προσφέροντα ως προς τα επιμέρους στοιχεία που θα του έχουν ζητηθεί εγγράφως, δεν κριθούν ικανοποιητικές από την Αναθέτουσα Αρχή,
 - ζ. όταν η Προσφορά περιλαμβάνει όρο, αίρεση ή επιφυλάξεις επί των Εγγράφων Διαγωνισμού, ή
 - η. όταν η προσφορά συνιστά ή δύναται, κατά την κρίση του Αρμόδιου Οργάνου, να θεωρηθεί ότι συνιστά αντιπροσφορά ή τροποποίηση των Εγγράφων Διαγωνισμού.

[...]».

Είναι παραδεκτό και από τις δύο πλευρές ότι σε κάποια σημεία του δελτίου ποσοτήτων που υπέβαλαν οι Αιτητές δεν ενσωματώθηκαν τροποποιήσεις που απαιτήθηκαν με βάση διορθωτικών σημειωμάτων.

Τα σημεία αυτά είναι τα πιο κάτω:

ΔΙΟΡΘΩΤΙΚΟ ΣΗΜΕΙΩΜΑ ΑΡ. 1

Αίτημα για Διευκρίνιση Αρ. 4 – Απάντηση σε Ερώτηση 1:

(Επιπλέον του Διευκρινιστικού Σημειώματος Αρ. 2)

Στο Άρθρο 39 ΔΕΙΓΜΑΤΑ ΚΑΤΑΣΚΕΥΗΣ (MOCK UPS) του Τόμου Α – Μέρος ΙΙΙ, Προκαταρκτικά και Γενικές Υποχρεώσεις Σελίδα 1/34, να προστεθεί ως ακολούθως:

«- Ολοκληρωμένο φωτιστικό σώμα τύπου L1, το οποίο να τεθεί σε δοκιμαστική λειτουργία».

ΔΙΟΡΘΩΤΙΚΟ ΣΗΜΕΙΩΜΑ ΑΡ. 3

Αίτημα για Διευκρίνιση Αρ. 17 – Απάντηση σημείου 1:

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Β – ΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΕΣ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΙΣ - ΠΑΡΑΓΡΑΦΟΣ

Δ2 – ΣΕΛΙΔΑ 30 Το μανομετρικό ύψος της αντλίας άρδευσης θα είναι 70μέτρα και όχι 10μέτρα όπως αναγράφεται.

Αίτημα για Διευκρίνιση Αρ. 18 – Απάντηση σημείου 3:

Στον ΤΟΜΟ ΣΤ – Γενικό Σύνολο σελίδα ΓΣ/1 – ΜΕΡΟΣ IV – ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΕΣ ΕΡΓΑΣΙΕΣ – «Παράρτημα 4» - να διορθωθεί το τυπογραφικό λάθος και να γίνει «Παράρτημα 5».

ΔΙΟΡΘΩΤΙΚΟ ΣΗΜΕΙΩΜΑ ΑΡ. 4

6. Σελίδα 3/12 άρθρα 05, 06: στον τίτλο/περιγραφή άρθρων να διαγραφεί η φράση «εποξειδικοί χρωματισμοί»

Συμφωνούμε με την Αναθέτουσα Αρχή ότι οι περιγραφές στα δελτία ποσοτήτων καθορίζουν το είδος της εργασίας που θα εκτελεστεί σε συνάρτηση βεβαίως με την σειρά προτεραιότητας των εγγράφων του Συμβολαίου όπως αυτή καθορίζεται στον όρο 5.2 του ΤΟΜΟΥ Β – ΟΡΟΙ ΣΥΜΒΟΛΑΙΟΥ. Η παράγραφος 3.2.1 του Τόμου Α των εγγράφων του διαγωνισμού σε συνάρτηση με την παράγραφο 4.1.1 καθιστούν τα έγγραφα του διαγωνισμού, ως τα μόνα δεσμευτικά έγγραφα και για τις δύο πλευρές. Αυτό συνεπάγεται ότι οι προσφοροδότες έχουν υποχρέωση εκτέλεσης όσων εργασιών καταγράφονται στα επίσημα έγγραφα του διαγωνισμού και συνεπώς δεν τίθεται ζήτημα διεκδίκησης από τους Αιτητές ποσού πέραν αυτού που σημείωσαν στο δελτίο ποσοτήτων, ακόμα και στην περίπτωση που δεν συμπεριέλαβαν ένα άρθρο του ή δεν προχώρησαν στην ενσωμάτωση των τροποποιήσεων.

Αυτό επιβεβαιώνεται από τους προσφέροντες με την υποβολή του Εντύπου 1 (Παράρτημα 1 – Έντυπο Προσφοράς). Καμία σημασία έχει αν οι Αιτητές έχουν κοστολογήσει σωστά τις περιγραφόμενες στα δελτία ποσοτήτων εργασίες. Εξάλλου, η Αναθέτουσα Αρχή έχει την ευχέρεια ενεργοποίησης της παραγράφου 7.5 για ψηλές ή χαμηλές τιμολογήσεις σε περίπτωση που πιστεύει ότι η δοθείσα τιμή μονάδος είναι ψηλή ή χαμηλή.

Η παράλειψη, από τους Αιτητές συμπερίληψης στα έγγραφα που υπέβαλαν των πιο πάνω τροποποιήσεων δεν συνεπάγεται με αντιπροσφορά ή αντιπρόταση ούτε συνιστά τροποποίηση των εγγράφων του διαγωνισμού ώστε να θεωρηθεί λόγος αποκλεισμού. Αυτό θα επισυνέβαινε αν οι Αιτητές ενεργούσαν με τέτοιο τρόπο που να υποδήλωνε ότι μετά γνώσεως πρότειναν κάτι διαφορετικό από αυτό που προνοούσαν τα έγγραφα του διαγωνισμού. Στην παρούσα περίπτωση οι Αιτητές υπέβαλαν την προσφορά τους αποδεχόμενοι όλους τους όρους του διαγωνισμού χωρίς καμία αίρεση ή επιφύλαξη.

Καταληκτικά, όπως έχουμε αναφέρει και στην απόφαση μας αρ. 41/2017 ημερομηνίας 16.12.2016 στην οποία σημειώνεται η εκεί Αναθέτουσα Αρχή θεώρησε ως έγκυρη την προσφορά του εκεί επιτυχόντα για τους ίδιους λόγους, η αναφορά στα έγγραφα του διαγωνισμού «δεόντως συμπληρωμένα και υπογεγραμμένα», λαμβανομένων υπόψη των όρων 7.2, 7.4 και 7.6 του Τόμου Α που

αναφέρεται στους λόγους απόρριψης προσφοράς, δεν καθιστά προσφορά άκυρη σε περίπτωση μη τιμολόγησης άρθρων που περιέχονται στο δελτίο ποσοτήτων, αφού υπάρχει η δυνατότητα σε περίπτωση που προσφέρων δεν τιμολογήσει οποιαδήποτε εργασία αυτό να ερμηνεύεται ότι η αξία της εργασίας αυτής έχει συμπεριληφθεί σε άλλες εργασίες. Από την στιγμή που από την προσφορά του επιτυχόντα εξάγεται με σαφήνεια τόσο η τελική τιμή μέσω του Εντύπου προσφοράς (Παράρτημα 1 του Τόμου Α) όσο και το συνολικό ποσό του δελτίου ποσοτήτων λανθασμένα η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε την προσφορά του ως μη πληρούσα τους όρους των εγγράφων του διαγωνισμού. Ο επιτυχών δεσμεύεται να μην διεκδικήσει οποιοδήποτε ποσό πέραν αυτού που σημείωσε και η όποια παράλειψη συμπερίληψης μεμονωμένων άρθρων του δελτίου ποσοτήτων μπορεί να θεωρηθεί ότι έχει συμπεριληφθεί σε εργασίες άλλων άρθρων και ως εκ τούτου δεν αποτελεί λόγο αποκλεισμού.

Με βάση όλα τα πιο πάνω αποφασίζουμε ότι η Προσφυγή επιτυγχάνει και η προσβαλλόμενη απόφαση ακυρώνεται.

.....
Λοΐζος Κάππας
Πρόεδρος

.....
Γιώργος Αναστασίου
Μέλος

.....
Σόλων Παπαθεοχάρους
Μέλος

.....
Δήμος Θωμά
Μέλος

ΑΠΟΦΑΣΗ ΜΕΙΟΨΗΦΙΑΣ

Οι Αιτητές μετά την κοινοποίηση της απόφασης του Δήμου Λευκωσίας για αποκλεισμό της προσφοράς τους από το Διαγωνισμό 91/2015 «Ολοκληρωμένη ανάπλαση του εμπορικού τριγώνου Μακαρίου – Στασικράτους – Ευαγόρου για την ενίσχυση της βιώσιμης κινητικότητας – Κατασκευαστική Φάση Α΄» και την κατακύρωση του Διαγωνισμού στην Κοινοπραξία Cybarco – A. Panayides JV καταχώρησαν την παρούσα προσφυγή με την οποία αμφισβητούν τη νομιμότητα της εν λόγω απόφασης.

Σύμφωνα με την επιστολή γνωστοποίησης των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού ημερ. 8.5.2017 η προσφορά των Αιτητών αποκλείστηκε για τους πιο κάτω λόγους:

- *«Για την απόδειξη της Τεχνικής και Επαγγελματικής ικανότητας σε Τεχνικές και Οικοδομικές εργασίες έχετε βασιστεί σε «άλλο φορέα» ο οποίος σύμφωνα με τα στοιχεία που έχουν υποβληθεί είναι εταιρεία, που είναι εγγεγραμμένη και δραστηριοποιείται στο Λίβανο,*

Σύμφωνα με το άρθρο 3.3.1 του Τόμου Α, Μέρος Ι, Οδηγίες προς Οικονομικούς Φορείς «Δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα (δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου) ή κοινοπραξίες φυσικών ή/και νομικών προσώπων, τα οποία είναι εγκατεστημένα νόμιμα στην Κύπρο ή σε άλλο κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΕΕ) ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (ΕΟΧ) ή σε τρίτες χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη Διεθνή Συμφωνία περί Δημοσίων Συμβάσεων (GPA) ή έχουν υπογράψει και κυρώσει συμφωνίες σύνδεσης ή διμερείς συμφωνίες με την Ε.Ε. ή με την Κυπριακή Δημοκρατία.»

Σύμφωνα με την εγκύκλιο ΓΛ/ΑΑΔΣ 75Β ημερομηνίας 12 Μαΐου 2016, ο Λίβανος δεν περιλαμβάνεται στα κράτη που έχουν υπογράψει τη Διεθνή Συμφωνία περί Δημοσίων Συμβάσεων (GPA) ή έχουν υπογράψει και κυρώσει

συμφωνίες σύνδεσης ή διμερείς συμφωνίες με την Ε.Ε. ή με την Κυπριακή Δημοκρατία.

- Δεν έχετε ενσωματώσει στα Δελτία Ποσοτήτων κάποιες από τις διορθώσεις που απαιτούνταν από τα διορθωτικά σημειώματα. Τα Διορθωτικά Σημειώματα που είχαν δημοσιευτεί στο Σύστημα απαιτούσαν όπως όλοι οι προσφέροντες ενσωματώσουν τις διορθώσεις στα Έγγραφα Διαγωνισμού που είχαν αναρτηθεί στο Σύστημα με την προκήρυξη.

Σύμφωνα με τα έγγραφα του διαγωνισμού άρθρα 7.4 και 5.6.4 του Τόμου Α, Μέρος Ι, Οδηγίες προς Οικονομικούς Φορείς αναφέρεται ότι «Η Αναθέτουσα Αρχή δύναται να ζητήσει από τους Προσφέροντες την αποσαφήνιση ή τη συμπλήρωση ελλείψεων των κατατεθειμένων δικαιολογητικών, ...». Η ζήτηση σελίδων του Δελτίου Ποσοτήτων με ενσωματωμένες τις διορθώσεις που απαιτούντο από τα Διορθωτικά Σημειώματα θα συνιστούσε διόρθωση της προσφοράς, για να συνάδει με τις απαιτήσεις των εγγράφων του διαγωνισμού, στα οποία περιλαμβάνονται και τα Διορθωτικά Σημειώματα και όχι συμπλήρωση ή αποσαφήνιση των κατατεθειμένων δικαιολογητικών. Σχετική είναι η απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών – Προσφυγή αρ. 38/2016.

Οι διορθώσεις αφορούν τις περιγραφές των εργασιών που θα εκτελεστούν, οι οποίες είναι άμεσα συνυφασμένες με την τιμολόγηση και κατ' επέκταση με την προσφερόμενη τιμή, η οποία δυνατόν να τροποποιηθεί σε περίπτωση τροποποίησης των περιγραφών. Το γεγονός ότι έχετε ενσωματώσει στα Δελτία Ποσοτήτων κάποιες διορθώσεις και κάποιες δεν τις έχετε ενσωματώσει, δημιουργούνται ασάφειες για την προσφερόμενη τιμή, η οποία αποτελεί ουσιώδη όρο του διαγωνισμού.

Η μη συμπερίληψη των διορθώσεων στα δελτία ποσοτήτων δημιουργεί αντιφάσεις μεταξύ των προσφορών που έχουν υποβληθεί και καθιστά αδύνατη τη σύγκριση τους επί ίσης βάσης. Η διόρθωση των περιγραφών των Δελτίων Ποσοτήτων θα συνιστούσε παραβίαση της Αρχής της ίσης Μεταχείρισης των προσφορών».

Οι Αιτητές σε σχέση με τον πρώτο λόγο απόρριψης της προσφοράς τους επικαλούμενοι τα προβλεπόμενα στον όρο 3.3.1 του Τόμου Α, Μέρος Ι - Οδηγίες προς Οικονομικούς Φορείς, (Δικαίωμα και Προϋποθέσεις Συμμετοχής), στον όρο

3.3.6, προϋποθέσεις που οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς πρέπει να πληρούν για τη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό (αφορούν την προσωπική κατάσταση), στον όρο 3.8 (Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα σε Κατασκευές (α) τεχνικές και οικονομικές εργασίες) και στον όρο 3.8.δ όπου καταγράφεται ότι:

«Ένας Προσφέρων μπορεί να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων σύμφωνα με το άρθρο 63 του Νόμου για να αποδείξει την εκπλήρωση των προϋποθέσεων της παραγράφου 3.3.8, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή ο Προσφέρων θα πρέπει να αποδείξει ότι:

- (α) για την εκτέλεση της Σύμβασης, θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους,*
- (β) οι φορείς αυτοί διαθέτουν τους αναγκαίους πόρους και*
- (γ) οι φορείς αυτοί πληρούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής της παραγράφου 3.3.6»,*

υποστηρίζουν ότι οι προϋποθέσεις για τους τρίτους φορείς αφορούν μόνο τις προϋποθέσεις του όρου 3.3.6. Είναι η θέση τους ότι οι όροι κατά τρόπο σαφή διακρίνουν μεταξύ των υπεργολάβων προμηθευτών και του τρίτου φορέα για τον οποίο δεν ισχύουν τα προβλεπόμενα στον όρο 3.3.1. Υποστηρίζουν ότι η Αναθέτουσα Αρχή πεπλανημένα και κατά παράβαση των όρων του διαγωνισμού ασχολήθηκε με τη χώρα εγκατάστασης του τρίτου φορέα (Λίβανος) που δήλωσαν οι Αιτητές και θεώρησαν ότι τα προβλεπόμενα στον όρο 3.3.1 τα οποία ξεκάθαρα αφορούν μόνο τον οικονομικό φορέα που υποβάλλει προσφορά και κάθε εσωτερικό υπεργολάβο ή προμηθευτή που προτείνεται να αναλάβει την εκτέλεση ή προμήθεια ποσοστού του έργου που υπερβαίνει το 10% του ποσού της προσφοράς ότι εφαρμόζονται για τον τρίτο φορέα. Προς υποστήριξη της θέσης τους παρέπεμψαν

και στην αλληλογραφία μεταξύ της Αναθέτουσας Αρχής και του Γενικού Λογιστηρίου της Δημοκρατίας για να καταλήξουν ότι μετά τη λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης και το ίδιο το Γενικό Λογιστήριο με τα όσα καταγράφονται στην επιστολή του ημερ. 3.5.2017² αποδέχεται ότι τα απαιτούμενα ως προς τη χώρα εγκατάστασης δεν αφορούν τον τρίτο φορέα και ότι η Αναθέτουσα Αρχή παρέλειψε να εξετάσει κατά πόσο ο άλλος φορέας θα εκτελέσει το έργο σε ποσοστό μεγαλύτερο του 10%. Οι Αιτητές με παραπομπή στο Παράρτημα 15 της προσφοράς τους υποδεικνύουν ότι ο τρίτος φορέας σε περίπτωση ανάδειξης τους ως αναδόχου θα έχει καθαρά συμβουλευτικό ρόλο. Όπως καταγράφεται στο Έντυπο 15 αυτός θα θέσει στη διάθεση τους τους αναγκαίους πόρους που αφορούν την εμπειρία σε παρόμοια έργα, όπως ο όρος 3.3.8.α(i) του Τόμου Α, Μέρος 1 προβλέπει.

Υποστηρίζουν επίσης ότι κι' εάν ακόμη ήθελε γίνει δεκτό ότι τα προβλεπόμενα στον όρο 3.3.1 αφορούν και τον τρίτο φορέα και πάλιν η προσφορά των Αιτητών παράνομα αποκλείστηκε αφού ο Λίβανος είναι μεταξύ των χωρών που έχουν συμφωνία σύνδεσης με την ΕΕ ως η εναλλακτική προϋπόθεση του όρου 3.3.1.

² «2. Επιπρόσθετα σημειώνεται ότι, τα όσα σας έχουμε δηλώσει σε σχέση με τον άλλο φορέα και για τα οποία κάνετε αναφορά στην Έκθεσή σας και αφορούν την απαίτηση πλήρωσης των προϋποθέσεων συμμετοχής, ισχύουν στην περίπτωση όπου ο φορέας τον οποίο επικαλείται η εταιρεία, θα αναλάβει την εκτέλεση ή προμήθεια ανάλογα με την περίπτωση, ποσοστού του έργου που υπερβαίνει το 10% του ποσού προσφοράς σύμφωνα με την παράγραφο 3.3 (1) και (2) των εγγράφων του διαγωνισμού σας. Εφόσον στο άρθρο 63 του Ν.73(Ι)/2016, παράγραφος 1, προνοείται ότι οι οικονομικοί φορείς μπορούν σε σχέση με την επαγγελματική πείρα να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν αυτοί θα εκτελέσουν τις εργασίες ή υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες, θεωρούμε ότι τα πιο πάνω ισχύουν».

Περαιτέρω σε σχέση με τον πιο πάνω λόγο αποκλεισμού της προσφοράς τους οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι η Αναθέτουσα Αρχή εσφαλμένα, κι' εάν ακόμη γίνει δεκτό ότι ο τρίτος φορέας πρέπει να πληροί τις προϋποθέσεις του όρου 3.3.1, δεν επέλεξε το λιγότερο επαχθές για τους Αιτητές μέτρο. Για τη θέση τους αυτή παρέπεμψαν στο άρθρο 52 του Ν. 158(I)/1999 και στην υπόθεση C-213/2007, *Μηχανική Α.Ε. ν. Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοτηλεόρασης και Υπουργού Επικρατείας*, ημερ. 16.12.2008, όπου το ΔΕΚ αποφάσισε ότι με βάση την αρχή της αναλογικότητας μέτρα αποκλεισμού προσφοροδότη δεν πρέπει να επεκτείνονται πέραν του σκοπού της διασφάλισης των αρχών της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών και της διαφάνειας. Καίτοι, αναφέρουν, η Αναθέτουσα Αρχή επικαλείται το άρθρο 63 του Ν. 73(I)/2016 για να τεκμηριώσει τη θέση της ότι ο τρίτος φορέας θα έπρεπε να πληροί το κριτήριο που αφορά στη χώρα εγκατάστασης παραβλέπει ότι σύμφωνα με το ίδιο άρθρο όταν αυτή διαπιστώσει ότι ο τρίτος φορέας δεν πληροί τα προβλεπόμενα κριτήρια επιλογής ή στο πρόσωπό του συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού απαιτεί από τον προσφέροντα να τον αντικαταστήσει.

Σε σχέση με τον πιο πάνω λόγο ακύρωσης όπως θα εξηγήσω πιο κάτω έχω διαφορετική άποψη από αυτή των συναδέλφων μου.

Θεωρώ χρήσιμο προτού παραθέσω τους όρους του διαγωνισμού στους οποίους αναφέρθηκαν οι Αιτητές στο βαθμό που αυτοί θα απασχολήσουν στη συνέχεια και την απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών όπως αυτή καταγράφεται στο πρακτικό

ημερ. 16.3.2017 να αναφέρω ότι κατά τη μελέτη της υπόθεσης διαπιστώθηκε ότι οι Αιτητές στη γραπτή τους αγόρευση παραθέτουν προφανώς εξ' αβλεψίας μέρος του όρου 3.3.8 ως είχε προτού τροποποιηθεί.

Τόμος Α: ΟΔΗΓΙΕΣ ΠΡΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΥΣ ΦΟΡΕΙΣ

3.3 Δικαίωμα και προϋποθέσεις συμμετοχής

1. *Δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα (δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου) ή κοινοπραξίες φυσικών ή/και νομικών προσώπων, τα οποία είναι εγκατεστημένα νόμιμα στην Κύπρο ή σε άλλο κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΕΕ) ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (ΕΟΧ) ή σε τρίτες χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη Διεθνή Συμφωνία περί Δημοσίων Συμβάσεων (GPA) ή έχουν υπογράψει και κυρώσει συμφωνίες σύνδεσης ή διμερείς συμφωνίες με την Ε.Ε. ή με την Κυπριακή Δημοκρατία και που έχουν καταβάλει το αντίτιμο για την αγορά των εγγράφων διαγωνισμού εφόσον υπάρχει σχετική πρόβλεψη στην παράγραφο 2.13. Νοείται ότι ο ΕΟΧ καθορίζεται από την Συμφωνία για τον Ευρωπαϊκό Οικονομικό Χώρο που υπογράφηκε στις 2 Μαΐου 1992 στο Οπόρτο, όπως αυτή εκάστοτε τροποποιείται.*

2. *Οι προϋποθέσεις της προηγούμενης παραγράφου εφαρμόζονται και σε κάθε εσωτερικό υπεργολάβο ή προμηθευτή που προτείνεται στην Προσφορά ότι θα αναλάβει την εκτέλεση ή προμήθεια, ανάλογα με την περίπτωση, ποσοστού του Έργου που υπερβαίνει το 10% του Ποσού Προσφοράς.*

[...]

6. *Για τη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό, οι Ενδιαφερόμενοι Οικονομικοί Φορείς πρέπει να πληρούν υποχρεωτικά τις παρακάτω προϋποθέσεις που αφορούν την προσωπική τους κατάσταση:*

α. [...]

[...]

8. Επιπρόσθετα, οι Ενδιαφερόμενοι Οικονομικοί Φορείς θα πρέπει να πληρούν τις παρακάτω προϋποθέσεις:

Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα σε Κατασκευές:

α. Τεχνικές και Οικοδομικές Εργασίες:

ι. Κατά τα τελευταία πέντε (5) χρόνια να έχει συμπληρώσει τουλάχιστον ένα έργο **παρόμοιας φύσης** με το παρόν Έργο αξίας τουλάχιστον € 4.000.000,00 χωρίς ΦΠΑ, ή τουλάχιστον δύο έργα παρόμοιας φύσης με το παρόν Έργο αξίας τουλάχιστον €2.000.000,00 χωρίς ΦΠΑ το κάθε ένα. <<Παρόμοιας φύσης>> έργα εννοούνται έργα, που αφορούν ανάπλαση/διαμόρφωση υπαίθριων χώρων, (που να περιλαμβάνουν πλατείες και δρόμους), ή δρόμους που συνιστούν Πολεοδομικό έργο, (οδικό έργο εντός ορίων Δήμων ή Κοινοτήτων), στα οποία, (υπαίθριοι χώροι ή δρόμοι που συνιστούν Πολεοδομικό έργο), να υπάρχει εμπλοκή των Υπηρεσιών Κοινής Ωφελείας (ηλεκτρισμού, τηλεπικοινωνιών, αποχετεύσεων, υδροδότησης κλπ.) Η έννοια «συμπλήρωση» σημαίνει κατά 80%.

[...]

β. Ηλεκτρολογικές Εγκαταστάσεις & Εγκαταστάσεις Τηλεπικοινωνιών:

[...]

γ. Μηχανολογικές Εγκαταστάσεις:

[...]

δ. Εγκαταστάσεις Κατασκευής Σιντριβανιών:

[...] Κατά την ημερομηνία υποβολής των προσφορών, όλα τα πρόσωπα με ειδικότητα που ανήκει σε κλάδο της μηχανικής επιστήμης τα οποία δηλώνονται, θα πρέπει να είναι εγγεγραμμένοι, με ισχύουσα άδεια, στο Επιστημονικό Τεχνικό Επιμελητήριο Κύπρου (ΕΤΕΚ) σύμφωνα με τον περί ΕΤΕΚ Νόμο (Βλέπε Ιστοσελίδα www.etek.org.cy) ή για όσους είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της ΕΕ ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (ΕΟΧ) ή σε τρίτες χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη Διεθνή Συμφωνία περί Δημοσίων Συμβάσεων (GPA) ή έχουν υπογράψει και κυρώσει συμφωνίες σύνδεσης ή διμερείς συμφωνίες με την ΕΕ ή με την Κυπριακή Δημοκρατία, να είναι

εγγεγραμμένοι στα αντίστοιχα οικεία επαγγελματικά μητρώα της χώρας που είναι εγκατεστημένοι και να έχουν ισχύουσα άδεια άσκησης επαγγέλματος με τους όρους που προβλέπονται στη νομοθεσία της χώρας αυτής.

Ένας Προσφέρων μπορεί να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων σύμφωνα με το άρθρο 63 του Νόμου για να αποδείξει την εκπλήρωση των προϋποθέσεων της παραγράφου 3.3.8, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή ο Προσφέρων θα πρέπει να αποδείξει ότι:

- (α) για την εκτέλεση της Σύμβασης, θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους,
- (β) οι φορείς αυτοί διαθέτουν τους αναγκαίους πόρους και
- (γ) οι φορείς αυτοί πληρούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής της παραγράφου 3.3.6».

Στα πρακτικά του Συμβουλίου Προσφορών σε σχέση με τους Αιτητές καταγράφονται τα εξής:

«CYFIELD DEVELOPMENT PUBLIC LIMITED

Συμμόρφωση με το άρθρο 3.3.1. «Δικαίωμα και προϋποθέσεις συμμετοχής» του Τόμου Α – Μέρος Ι, Οδηγίες προς Οικονομικούς Φορείς:

Η εταιρεία CYFIELD DEVELOPMENT PUBLIC LIMITED, για απόδειξη της Τεχνικής και Επαγγελματικής της ικανότητας σε Τεχνικές και Οικοδομικές εργασίες, έχει βασιστεί σε «Άλλο Φορέα», ο οποίος, σύμφωνα με τα στοιχεία που έχουν υποβληθεί είναι εταιρεία, που είναι εγγεγραμμένη και δραστηριοποιείται στο Λίβανο.

Σύμφωνα με το άρθρο 3.3.1. του Τόμου Α – Μέρος Ι, Οδηγίες προς Οικονομικούς Φορείς «Δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα (δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου) ή κοινοπραξίες φυσικών ή/και νομικών προσώπων, τα οποία είναι εγκατεστημένα νόμιμα στην Κύπρο ή σε άλλο κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΕΕ) ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (ΕΟΧ) ή σε τρίτες χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη Διεθνή Συμφωνία περί Δημοσίων Συμβάσεων (GPA) ή έχουν υπογράψει και κυρώσει συμφωνίες σύνδεσης ή διμερείς συμφωνίες με την Ε.Ε. ή με την Κυπριακή Δημοκρατία».

Λαμβάνοντας υπόψη τα πιο πάνω η Επιτροπή Αξιολόγησης ζήτησε με επιστολή ημερομηνίας 12/10/2016 (ερ. 139 στο Φακ. 08-2-91/2015, τόμος 3) ενημέρωση από το Υπουργείο Ενέργειας, Εμπορίου και Βιομηχανίας, το οποίο με απάντηση του ημερομηνίας 14/10/2016 (ερ. 138 στο Φακ. 08-2-91/2015, τόμος 3) & 10/11/2016 (ερ. 137 στο Φακ. 08-2-91/2015, τόμος 3) παραπέμπει στο Γενικό Λογιστήριο της Δημοκρατίας, ως την Αρμόδια Αρχή, για απόψεις. Μετά το σχετικό ερώτημα με επιστολή ημερομηνίας 14/10/2016 προς το Γενικό Λογιστήριο της Δημοκρατίας (ερ. 135-136 στο Φακ. 08-2-91/2015, τόμος 3), απάντησε με επιστολή ημερομηνίας 19/10/2016 (ερ. 132-134 στο Φακ. 08-2-91/2015, τόμος 3), ότι ισχύει η Εγκύκλιος ΓΛ/ΑΑΔΣ 75B ημερομηνίας 12 Μαΐου 2016, όπου ο Λίβανος δεν συμπεριλαμβάνεται στα κράτη που έχουν υπογράψει τη Διεθνή Συμφωνία περί Δημοσίων Συμβάσεων (GPA), ή στις χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει συμφωνίες σύνδεσης, ή διμερείς συμφωνίες με την Ε.Ε. ή την Κυπριακή Δημοκρατία.

Στη συνέχεια ζητήθηκαν επιπλέον διευκρινίσεις από το Γενικό Λογιστήριο της Δημοκρατίας μέσω ηλεκτρονικών μηνυμάτων ημερομηνίας 4 & 11/11/2016 (ερ. 127-131 στο Φακ. 08-2-91/2015, τόμος 3), «κατά πόσο, σε περίπτωση που ένας προσφέροντας στηρίζεται στις δυνατότητες Άλλου Φορέα για την απόδειξη της Τεχνικής και επαγγελματικής του ικανότητας σύμφωνα με το άρθρο 3.3.8 του Τόμου Α – Μέρος Ι των Εγγράφων Διαγωνισμού, είναι απαραίτητο οι προϋποθέσεις συμμετοχής του άρθρου 3.3.1 ως ανωτέρω, να ικανοποιούνται και από τον Άλλο Φορέα, ή αν αφορούν μόνο τον προσφέροντα και κατ' επέκταση αν, σε περίπτωση που οι προϋποθέσεις αυτές δεν ικανοποιούνται από τον Άλλο Φορέα, αυτό αποτελεί λόγο αποκλεισμού του προσφέροντα».

Η απάντηση που δόθηκε από το Γενικό Λογιστήριο της Δημοκρατίας μέσω ηλεκτρονικών μηνυμάτων ημερομηνίας 9 & 11/11/2016 (ερ. 127-131 στο Φακ. 08-2-91/2015, τόμος 3) συνοψίζεται στα εξής:

- «...αναφορικά με το δικαίωμα συμμετοχής τρίτου φορέα στο διαγωνισμό, βάσει της παραγράφου 3.3.1 του Τόμου Α των Προτύπων Εγγράφων (Οδηγίες προς Οικονομικούς Φορείς), δικαίωμα συμμετοχής έχουν φυσικά και νομικά πρόσωπα τα οποία πληρούν συγκεκριμένες προϋποθέσεις σύμφωνα με την εν λόγω παράγραφο. Οι εν λόγω προϋποθέσεις ισχύουν σε όλη την Ε.Ε, κατόπιν της αξιολόγησης των δεδομένων (π.χ. ασφάλεια, νόμιμη εργασία κ.α.) και διαπραγμάτευσης των όρων συμμετοχής των χωρών που συμμετέχουν από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή Ως εκ τούτου, οι ίδιες προϋποθέσεις θα πρέπει να ισχύουν και για τους τρίτους φορείς που συμμετέχουν στους δημόσιους διαγωνισμούς και είναι ξεκάθαρο στο νόμο».

- *«...Η φιλοσοφία ερμηνείας του νόμου για το δικαίωμα κάποιου να αποτελεί φορέα που στηρίζει προσφέροντα είναι ότι δεν πρέπει να επιτρέπεται σε κάποιον να παρακάμπτει τη διαδικασία όταν δεν πληροί συγκεκριμένους όρους συμμετοχής και να μπαίνει από το παράθυρο είτε ως μέλος κοινοπραξίας είτε ως άλλος φορέας που θα στηριχτεί πάνω του μια άλλη εταιρεία όχημα...».*

Ταυτόχρονα και σύμφωνα με το άρθρο 63(3) του Ν. 73(I)/2016 για τη ρύθμιση των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και για συναφή θέματα του 2016, αναφέρεται ότι «...Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει ένα φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή στο πρόσωπο του οποίου συντρέχουν υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού. Η αναθέτουσα αρχή δύναται να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα, να αντικαταστήσει ένα φορέα στο πρόσωπο του οποίου συντρέχουν μη υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού.»

Η Επιτροπή Αξιολόγησης με επιστολή της ημερομηνίας 5/12/2016 (ερ. 125-126 στο Φακ. 08-2-91-2015, τόμος 3) ζήτησε απόψεις επί αυτού του θέματος από το Γενικό Λογιστήριο της Δημοκρατίας, το οποίο απάντησε στις 7/12/2016 ότι «...δεν υπάρχει η νομική βάση για να ζητηθεί αντικατάσταση του φορέα, ο οποίος δεν δικαιούται να συμμετέχει στη συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση...» (ερ. 124 στο Φακ. 08-2-91/2015, τόμος 3).

Λαμβάνοντας υπόψη τα πιο πάνω η Επιτροπή Αξιολόγησης έκρινε ότι ο προσφέρων δεν πληροί τους όρους που αφορούν το δικαίωμα συμμετοχής, η προσφορά του θεωρείται άκυρη και αποκλείεται του Διαγωνισμού».

Το ερώτημα εδώ που πρέπει να απαντηθεί είναι κατά πόσο ο τρίτος φορέας τον οποίο υπέδειξαν οι Αιτητές για τους σκοπούς πλήρωσης της προϋπόθεσης της απαίτησης του όρου 3.3.8(α), Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα σε Κατασκευές, Τεχνικές και Οικοδομικές Εργασίες, θα πρέπει να πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής όπως αυτές καθορίζονται στον όρο 3.3.1. Εάν η απάντηση σ' αυτό είναι καταφατική τότε θα πρέπει να εξετασθεί κατά πόσο ο Λίβανος, κράτος από το οποίο προέρχεται ο τρίτος φορέας, πληροί τα προβλεπόμενα

στον όρο 3.3.1. Ο όρος αυτός φαίνεται να τέθηκε για σκοπούς συμμόρφωσης με το άρθρο 22 του Ν. 73(Ι)/2016³ το οποίο προβλέπει ότι:

«22. Στον βαθμό που καλύπτονται από τα Παραρτήματα 1, 2, 3, 4 και 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ευρωπαϊκή Ένωση προσαρτήματος Ι της ΣΔΣ, καθώς και από τις λοιπές διεθνείς συμφωνίες από τις οποίες δεσμεύεται η Ευρωπαϊκή Ένωση, οι αναθέτουσες αρχές επιφυλάσσουν για τα έργα, τις προμήθειες, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς των χωρών που έχουν υπογράψει τις εν λόγω συμφωνίες μεταχείριση εξίσου ευνοϊκή με αυτήν που επιφυλάσσουν για τα έργα, τις προμήθειες, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς της Ευρωπαϊκής Ένωσης».

Αυτό άλλωστε φαίνεται να είναι και το σκεπτικό της Εγκυκλίου Αρ. ΓΛ/ΑΑΔΣ 75Β⁴ του Γενικού Λογιστηρίου, Αρμόδιας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων ημερ. 12.5.2016, όπως ίσχυε τότε, όπου αναφέρονται τα εξής:

«1. Το νομοθετικό πλαίσιο για τις δημόσιες συμβάσεις προνοεί ότι οι αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς είναι υποχρεωμένες να αποδέχονται προσφορές που υποβάλλονται από φυσικά ή νομικά πρόσωπα που λειτουργούν και δραστηριοποιούνται νόμιμα στις ακόλουθες χώρες οι οποίες είναι κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης:

Κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.)

Αυστρία, Βέλγιο, Δανία, Φιλανδία, Γαλλία, Γερμανία, Ελλάδα, Ιρλανδία, Ιταλία, Λουξεμβούργο, Ολλανδία, Πορτογαλία, Ισπανία, Σουηδία, Ηνωμένο Βασίλειο, Κύπρος, Τσεχία, Εσθονία, Ουγγαρία, Λετονία, Λιθουανία, Μάλτα, Πολωνία, Σλοβακία, Σλοβενία, Βουλγαρία, Ρουμανία, Κροατία.

³ Ο περί της Ρύθμισης των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και για Συναφή Θέματα Νόμος του 2016, Ν. 73(Ι)/2016

⁴ Έχει αντικατασταθεί με την Εγκύκλιο Αρ. ΓΛ/ΑΑΔΣ 101 στο μέρος Ι της οποίας υπάρχουν ανάλογες ρυθμίσεις.

2. Επιπρόσθετα, δικαίωμα συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν και φυσικά ή νομικά πρόσωπα που λειτουργούν στις πιο κάτω χώρες με τις οποίες η Ε.Ε. έχει υπογράψει σχετικές συμφωνίες:

- (α) Κράτη μέλη του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (ΕΟΧ)
Λιχτενστάιν, Νορβηγία, Ισλανδία
- (β) Κράτη που έχουν υπογράψει τη Διεθνή Συμφωνία περί Δημοσίων Συμβάσεων (GPA)
Κράτη μέλη της Ε.Ε., κράτη μέλη του ΕΟΧ, Αρμενία, Καναδάς, Χονγκ-Κονγκ, Ισραήλ, Ιαπωνία, Κορέα, Μαυροβούνιο, Αρούμπα, Νέα Ζηλανδία, Σιγκαπούρη, Ελβετία, Κινεζική Ταϊπέι, Ηνωμένες Πολιτείες Αμερικής.
- (γ) Χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει συμφωνίες σύνδεσης ή διμερείς συμφωνίες με την Ε.Ε. ή την Κυπριακή Δημοκρατία
Χιλή, Μεξικό
- (δ) Χώρες υποψήφιες προς ένταξη στην Ε.Ε.
Αλβανία, Πρώην Γιουγκοσλαβική Δημοκρατία της Μακεδονίας.

Ο περιορισμός στους πιο πάνω δικαιούμενους συμμετοχής ισχύει στις περιπτώσεις όπου τα έγγραφα της διαδικασίας σύναψης σύμβασης αναφέρουν ως δικαιούμενους συμμετοχής φυσικά ή νομικά πρόσωπα (δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου) ή κοινοπραξίες φυσικών ή/και νομικών προσώπων, τα οποία είναι εγκατεστημένα νόμιμα στην Κύπρο ή σε άλλο κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΕΕ) ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (ΕΟΧ) ή σε τρίτες χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη Διεθνή Συμφωνία περί Δημοσίων Συμβάσεων (GPA) ή έχουν υπογράψει και κυρώσει συμφωνίες σύνδεσης ή διμερείς συμφωνίες με την ΕΕ ή με την Κυπριακή Δημοκρατία. Νοείται ότι σε διαδικασίες σύναψης συμβάσεων όπου η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας εκτιμά ότι υπάρχει ενδιαφέρον για συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και από τρίτες χώρες και ότι αυτό θα συμβάλει ουσιαστικά στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, τότε ο εν λόγω περιορισμός στους δικαιούμενους συμμετοχής δύναται να μην περιλαμβάνεται στα έγγραφα διαγωνισμού».

Υποστηρίζουν οι Αιτητές ότι η συμβολή του τρίτου φορέα (Hammoud Establishment For Trading and Contracting) στην εμπειρία του οποίου στηρίζονται θα είναι απλά συμβουλευτική και ότι αυτός δεν έχει οποιαδήποτε σχέση με την

εκτέλεση του έργου, θέση βέβαια που απορρίπτει η Αναθέτουσα Αρχή η οποία με αναφορά στο άρθρο 63 του Ν. 73(I)/2016 θεωρεί την ανάμειξη του τρίτου φορέα στην εκτέλεση του έργου απαραίτητη.

Σε σχέση με την προσφυγή σε δάνεια εμπειρία στο σύγγραμμα του Απόστολου Γέροντα «Δίκαιο Δημοσίων Έργων», Η διοικητική Σύμβαση – Ανάθεση – Εκτέλεση Δικαστική Προστασία, σελ. 409, 411 αναφέρονται τα εξής:

*«Από τις σχετικές κοινοτικές οδηγίες και τη νομολογία του ΔΕΚ, προκύπτει ότι στο ευρωπαϊκό κοινοτικό δίκαιο υφίσταται μια σαφής και επιτρεπτή διάκριση ανάμεσα σε εργολήπτη *stricto sensu*, που είναι άμεσα συμβαλλόμενος και εκτελών το συγκεκριμένο έργο και σε εργολήπτη *lato sensu*, ο οποίος εκτελεί έμμεσα το έργο, παρέχοντας στον εργολήπτη την υλικοτεχνική ή και οικονομική ή και κατασκευαστική υποδομή και συνδέεται μαζί του με ένα συγκεκριμένης μορφής νομικό δεσμό. [...]*

[...]

Συνεπώς η δυνατότητα επίκλησης ικανότητας τρίτου φορέα, σε καμιά περίπτωση δεν μπορεί να επιτρέπει στον τρίτο την «ανάμειξή του» σε δημόσια σύμβαση, όταν αυτός δεν πληροί τα κριτήρια επιλογής τα οποία απαιτούνται για τον ίδιο τον προσφέροντα, γιατί αυτό θα σήμαινε την ευθεία παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, και όταν δεν αποδεικνύεται η σοβαρότητα και η δεσμευτικότητα των προθέσεων τόσο του τρίτου όσο και του προσφέροντα καθώς και η συνακόλουθη παροχή εγγυήσεων προς την αναθέτουσα αρχή, γιατί αυτό θα ισοδυναμούσε με ευθεία παραβίαση του άρθρου 10 της οδηγίας, το οποίο ορίζει ότι «οι αναθέτοντες φορείς αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια» (άρθρο 112 Ν. 3669/2008)».

Επίσης στο σύγγραμμα του Δημήτριου Ραΐκου, Το δίκαιο των Δημοσίων Συμβάσεων, Έκδοση 2017 σελ. 447, 448 αναφέρονται τα ακόλουθα:

«Προκειμένου ο προσφέρων οικονομικός φορέας να ανταποκριθεί στο ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, ή τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, έχει τη δυνατότητα να επικαλείται την εμπειρία και μέσα τρίτων, εφόσον όμως αποδεικνύει τη δέσμευση του τελευταίου προς τούτο, δηλαδή πρέπει να αποδεικνύει ότι έχει πράγματι την ικανότητα χρησιμοποίησης των ικανοτήτων τρίτων, και επιπλέον παρέχει επαρκείς εγγυήσεις στην αναθέτουσα αρχή για την έντευχη, προσήκουσα και άρτια εκτέλεση της δημόσιας σύμβασης.

[...]

Σύμφωνα με τις διατάξεις της παραγράφου 1 του ν. 4412/2016 (άρθρο 63 παρ. 1 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ), που εφαρμόζονται σε όλες τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων πλην των συμβάσεων μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών κάτω των ορίων (βλ. παράγραφο 3 άρθρου 78 ν. 4412/2016), ένας οικονομικός φορέας μπορεί, εφόσον παραστεί ανάγκη και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται, όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια (παρ. 3 του άρθρου 75 ν. 4412/2016), ή/και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (παρ. 4 του άρθρου 75 ν. 4412/2016), στις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς.

Στην περίπτωση αυτή, πρέπει να αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, παραδείγματος χάριν, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό. Όσον αφορά, όμως, τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α', δηλαδή την αναφορά τίτλων σπουδών και επαγγελματικών προσόντων του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολάβου ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης, ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν ωστόσο να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες».

Η πιο πάνω θέση των Αιτητών ότι δηλαδή η συμβολή του τρίτου φορέα είναι συμβουλευτική - προκύπτει άλλωστε και από τη δήλωση του στο Έντυπο 15 «Εμπειρία σε παρόμοια έργα» - και συνεπώς το μόνο που πρέπει να πληροί είναι τις προϋποθέσεις του όρου 3.3.6 των εγγράφων του διαγωνισμού δεν βρίσκει έρεισμα

στα έγγραφα του διαγωνισμού τα οποία ρητά σε σχέση με τον τρίτο φορέα παραπέμπουν στο άρθρο 63 του Ν. 73(Ι)/2016 το οποίο μεταξύ άλλων προβλέπει τα εξής:

«63.-(1) Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στο εδάφιο (3) του άρθρου 58 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στο εδάφιο (4) του άρθρου 58, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, όπου εφαρμόζεται και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς:

Νοείται ότι, όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στο Παράρτημα ΧΙΙ, Μέρος ΙΙ, παράγραφος (στ) ή με τη σχετική επαγγελματική πείρα, οι οικονομικοί φορείς μπορούν, να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν αυτοί θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες.

(2) Σε περίπτωση που οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό.

(3) Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 59, 60 και 61 κατά πόσον οι φορείς στις ικανότητες των οποίων ο οικονομικός φορέας προτίθεται να στηριχθεί, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και κατά πόσον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού σύμφωνα με το άρθρο 57. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει ένα φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή στο πρόσωπο του οποίου συντρέχουν υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού. Η αναθέτουσα αρχή δύναται να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα, να αντικαταστήσει ένα φορέα στο πρόσωπο του οποίου συντρέχουν μη υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού.

[...]

(6) Στην περίπτωση συμβάσεων έργων, συμβάσεων υπηρεσιών και εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης προμηθειών, οι

αναθέτουσες αρχές δύνανται να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα ή, σε περίπτωση που η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στο εδάφιο (3) του άρθρου 45, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή.

Σημειώνω εδώ ότι το σχετικό με τη δυνατότητα στήριξης σε τρίτο φορέα άρθρο 53(2)⁵ στον καταργηθέντα Νόμο 12(I)/2006 ήταν διαφορετικό.

Είναι πρόδηλο από το άρθρο 63(1) του Ν. 73(I)/2016 ότι δυνατότητα οικονομικού φορέα να στηριχθεί σε τρίτο φορέα υπάρχει όταν ο ίδιος δεν διαθέτει είτε την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια είτε την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Ότι ο τρίτος φορέας είναι φορέας που συμμετέχει ή με άλλα λόγια έχει ανάμειξη στην εκτέλεση του έργου συνάγεται και από τα προβλεπόμενα στο άρθρο 63(6) του Ν. 73(I)/2016 πιο πάνω. Συνεπώς ο τρίτος φορέας δεν είναι φορέας άσχετος με το διαγωνισμό με απλά συμβουλευτικό ρόλο. Εάν ο ρόλος του θα είναι απλά συμβουλευτικός τότε σύμφωνα με το άρθρο 63(1) του Ν. 73(I)/2016 δεν μπορεί να είναι τρίτος φορέας. Η ανάμειξη του στο διαγωνισμό είναι ουσιαστική αφού αυτός είναι που στηρίζει τον προσφέροντα σε σχέση με τη σχετική επαγγελματική πείρα. Ότι ο τρίτος φορέας έχει ανάμειξη στην εκτέλεση του έργου συνάγεται από την

⁵ (2) Ένας οικονομικός φορέας δύναται γενικά ή για συγκεκριμένη σύμβαση να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτές. Στην περίπτωση αυτή, πρέπει να αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους.

αναφορά στο άρθρο 63(1) του Ν. 73(Ι)/2016 ότι όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την επαγγελματική εμπειρία οι οικονομικοί φορείς μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή υπηρεσίες που απαιτούνται. Η αναφορά *«Νοείται ότι, όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στο Παράρτημα ΧΙΙ, Μέρος ΙΙ, παράγραφος (στ) ή με τη σχετική επαγγελματική πείρα, οι οικονομικοί φορείς μπορούν, να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν αυτοί θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες»* διαχωρίζει την περίπτωση στήριξης οικονομικού φορέα στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια από τη στήριξη στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Για την τελευταία περίπτωση τότε μόνο υπάρχει δυνατότητα οικονομικός φορέας να στηρίζεται σε τρίτο φορέα όταν ο τελευταίος θα εκτελέσει τις εργασίες ή υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες.

Επίσης τα έγγραφα του διαγωνισμού σαφώς διαχωρίζουν τον προσφέροντα από τον οικονομικό φορέα που έχει ανάμειξη στο διαγωνισμό. Ως οικονομικός φορέας στους ορισμούς των εγγράφων του διαγωνισμού είναι *«Κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή δημόσιος φορέας ή ένωση αυτών των προσώπων ή/και φορέων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών συμπράξεων επιχειρήσεων, που προσφέρει την εκτέλεση εργασιών ή/και του έργου, την προμήθεια προϊόντων ή την παροχή*

υπηρεσιών στην αγορά» ενώ προσφέρων «Οποιοσδήποτε Οικονομικός Φορέας, ο οποίος έχει υποβάλει προσφορά». Συνεπώς ο όρος 3.3.1 δεν αφορά μόνο τον προσφέροντα αλλά και κάθε οικονομικό φορέα που θα μπορεί να συμμετάσχει στο διαγωνισμό.

Ο τρίτος φορέας θεωρώ, λαμβάνοντας υπόψη τις υποχρεώσεις τις οποίες καλείται ο προσφέρων να αποδείξει γι' αυτόν, ότι έχει ανάμειξη στο διαγωνισμό και συνεπώς πρέπει να πληροί τα προβλεπόμενα στο 3.3.1 του Μέρους Α. Άλλωστε η ανάμειξη του στο διαγωνισμό βεβαιώνεται και από τη δέσμευσή του ιδίου προς την Αναθέτουσα Αρχή στο Έντυπο 15.

Η αναφορά στον όρο 3.3.8 ότι στην περίπτωση που ο προσφέρων στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων ότι *«ο Προσφέρων θα πρέπει να αποδείξει ότι:*

- (α) για την εκτέλεση της Σύμβασης, θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους,*
- (β) οι φορείς αυτοί διαθέτουν τους αναγκαίους πόρους και*
- (γ) οι φορείς αυτοί πληρούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής της παραγράφου 3.3.6»*

αφορά στις υποχρεώσεις του προσφέροντα και όχι στις προϋποθέσεις συμμετοχής του τρίτου φορέα, οι οποίες δεν μπορεί να είναι λιγότερες από αυτές του προσφέροντα αφού κάτι τέτοιο θα σήμαινε παραβίαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών. Το γεγονός άλλωστε ότι στον όρο 3.3.8 οι προϋποθέσεις του 3.3.1 επαναλαμβάνονται ενισχύει τη θέση της Αναθέτουσας

Αρχής ότι και ο τρίτος φορέας που υπέδειξαν οι Αιτητές πρέπει να πληροί τις συγκεκριμένες προϋποθέσεις.

Το γεγονός ότι στον όρο 3.3.2 προβλέπεται ότι οι προϋποθέσεις του 3.3.1 εφαρμόζονται και σε κάθε εσωτερικό υπεργολάβο ή προμηθευτή που προτείνεται στην προσφορά να αναλάβει την εκτέλεση ή προμήθεια ποσοστού που υπερβαίνει το 10% του ποσού της προσφοράς δεν οδηγεί στο συμπέρασμα ότι οι προϋποθέσεις συμμετοχής του 3.3.1 αφορούν μόνο τους υπεργολάβους και τον προσφέροντα. Η χρησιμοποίηση της φράσης «και⁶ σε κάθε εσωτερικό υπεργολάβο ή προμηθευτή» ακριβώς φανερώνει την επιθυμία του συντάκτη των όρων του διαγωνισμού όπως η εν λόγω προϋπόθεση εφαρμόζεται και σε αυτή την κατηγορία των φορέων που έχουν ανάμειξη στο διαγωνισμό και όχι να αποκλείσουν τους τρίτους φορείς για τους οποίους οι όροι του διαγωνισμού ρητά παραπέμπουν στο άρθρο 63 του Ν. 73(I)/2016.

Στην παρούσα περίπτωση οι Αιτητές οι οποίοι δεν είχαν εκτελέσει έργο ή έργα όπως καθορίζονται στον όρο 3.8.α των εγγράφων του διαγωνισμού προσέφυγαν στη δάνεια εμπειρία του τρίτου φορέα ο οποίος σε συμφωνία με την Αναθέτουσα Αρχή θα πρέπει να πληροί το κριτήριο του όρου 3.3.1.

⁶ Η υπογράμμιση δική μου.

Διαφορετική αντίκριση θα οδηγούσε στο παράδοξο οικονομικός φορέας που δεν μπορεί να εισέλθει στο διαγωνισμό αυτοτελώς να εισέρχεται στο διαγωνισμό με το ένδυμα του δανεισμού εμπειρίας/ικανότητας, πράγμα και πάλι που οδηγεί σε παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών και του υγιούς ανταγωνισμού.

Σημειώνω εδώ ότι προσεκτική εξέταση τόσο της επιστολής ημερ. 3.5.2017 όσο και των υπόλοιπων αναφορών του Γενικού Λογιστηρίου προς την Αναθέτουσα Αρχή δεν υποστηρίζει τη θέση των Αιτητών ότι το Γενικό Λογιστήριο διαφωνεί με τη θέση της Αναθέτουσας Αρχής.

Το επόμενο ερώτημα που πρέπει να απαντηθεί είναι κατά πόσο ο τρίτος φορέας που υπέδειξαν οι Αιτητές πληροί τις προϋποθέσεις του όρου 3.3.1.

Ότι ο Λίβανος απ' όπου προέρχεται ο τρίτος φορέας δεν έχει κυρώσει τη Διεθνή Συμφωνία περί Δημοσίων Συμβάσεων (GPA) δεν αμφισβητείται από τους Αιτητές όπως δεν αμφισβητείται ότι ο Λίβανος δεν είναι κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (EOX). Συνεπώς ότι πρέπει να εξεταστεί είναι κατά πόσο ο Λίβανος έχει υπογράψει και κυρώσει συμφωνίες σύνδεσης ή διμερείς συμφωνίες με την Ευρωπαϊκή Ένωση ή με την Κυπριακή Δημοκρατία.

Οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι κατά τον ουσιώδη χρόνο υπήρχε σε ισχύ συμφωνία σύνδεσης της Ευρωπαϊκής Ένωσης με το Λίβανο και προς υποστήριξη της θέσης τους παραπέμπουν στην επίσημη ιστοσελίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, την ιστοσελίδα του Υπουργείου Εξωτερικών της Ελλάδος, και την επίσημη ιστοσελίδα της Κυβέρνησης του Λιβάνου.

Τη θέση των Αιτητών η Αναθέτουσα Αρχή την απορρίπτει με παραπομπή σε αριθμό εγγράφων από τα οποία όντως προκύπτει ότι ο Λίβανος έχει μεν υπογράψει διάφορες συμφωνίες σύνδεσης με την Ευρωπαϊκή Ένωση και την Κυπριακή Δημοκρατία όχι όμως οποιαδήποτε συμφωνία που να αφορά σε διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων οπότε ανακύπτει ανάγκη εξέτασης κατά πόσο η αναφορά στον όρο 3.3.1 για υπογραφή και κύρωση συμφωνιών σύνδεσης ή διμερών συμφωνιών με την Ευρωπαϊκή Ένωση ή την Κυπριακή Δημοκρατία θα πρέπει να αφορούν σε θέματα/διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Θεωρεί δηλαδή η Αναθέτουσα Αρχή ότι οι συμφωνίες σύνδεσης ή οι διμερείς συμφωνίες με την Ευρωπαϊκή Ένωση ή την Κυπριακή Δημοκρατία θα πρέπει να αφορούν ζητήματα σύναψης δημοσίων συμβάσεων και όχι άλλα ζητήματα με τις θέσεις των μερών τίθεται ζήτημα ερμηνείας του όρου.

Σε σχέση με την ερμηνεία νόμου στη *Southfields Ind. Ltd v. Δήμου Α/σίας* (1995) 3 AAD αναφέρονται τα εξής:

«Σκοπός της ερμηνείας του νόμου είναι η ανεύρεση της πρόθεσης του νομοθέτη. Όπου το λεκτικό της διάταξης είναι σαφές, το Δικαστήριο την ερμηνεύει με βάση τη φυσική και συνήθη έννοια των λέξεων. Οι λέξεις σ' ένα νομοθέτημα γενικά ερμηνεύονται με τη συνήθη τους σημασία, αλλά και με βάση τα συμφραζόμενα, έχοντας δε υπόψη το αντικείμενο και το σκοπό του νόμου. (Βλ. *Δημοκρατία v. Ματθαίου*, Αναθεωρητική Έφεση 832, ημερ. 12.7.1990. Βλ. επίσης *Halsbury's Laws of England*, Τετάρτη Έκδοση, Τόμος 44, παραγρ. 863 - 873). Η ερμηνεία πρέπει να είναι τέτοια που να μην οδηγεί σε παράλογα αποτελέσματα, αλλά στη λειτουργικότητα των νόμων. (Βλ. *Δημοκρατία v. Αντωνίου και Άλλων*)».

Ανάλογα με τα πιο πάνω ισχύουν και για την ερμηνεία των όρων διαγωνισμού αφού αυτοί υπέχουν θέση πράξεων κανονιστικού περιεχομένου η παράβαση των οποίων επιφέρει ακυρότητα (*Δημοκρατία v. S. Kyriakos Euromarket Ltd* (2000) 3 AAD 692).

Σε κάθε περίπτωση όπως είναι καλά γνωστό οι όροι διαγωνισμού ερμηνεύονται στενά. (Βλ. *Αιμίλιος Έλληνας & Σία Ατδ v. Υπουργείου Οικονομικών* (1990) 3 AAD 181).

Έχοντας υπόψη το λεκτικό του όρου 3.3.1 κρίνω ότι ερμηνεία των φράσεων «ή έχουν υπογράψει και κυρώσει συμφωνίες σύνδεσης ή διμερείς συμφωνίες με την ΕΕ ή με την Κυπριακή Δημοκρατία» κατά τρόπο ανεξάρτητο και ασύνδετο από Δημόσιες Συμβάσεις δεν συνάδει με όσα προηγούνται των εν λόγω φράσεων. Έχοντας υπόψη ότι ο όρος βρίσκεται σε έγγραφο δημόσιου διαγωνισμού δεν μπορεί παρά να αφορά σε συμφωνίες σε σχέση με δημόσιες συμβάσεις.

Σ' ότι αφορά τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι η Αναθέτουσα Αρχή παρέλειψε να ζητήσει από τους Αιτητές σύμφωνα με το άρθρο 63(3) του Ν. 73(I)/2016 να αντικαταστήσει τον τρίτο φορέα λαμβάνοντας υπόψη το λεκτικό του άρθρου 63(1) «μόνο εάν αυτοί θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες» τη γενική δήλωση του τρίτου φορέα στο Παράρτημα 15 «θα θέσουμε στη διάθεση του τούς κατά περίπτωση αναγκαίους πόρους που αφορούν την εμπειρία σε παρόμοια έργα» με την ενώπιον μας διευκρίνιση ότι ο ρόλος του τρίτου φορέα θα είναι απλά συμβουλευτικός κρίνω ότι δεν τίθεται ζήτημα εφαρμογής του αρ. 63(3). Στην ουσία δεν υπάρχει τρίτος φορέας ώστε να τίθεται ζήτημα αντικατάστασης του.

Ενόψει όσων έχω εξηγήσει πιο πάνω θεωρώ την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής καθόλα νόμιμη και αιτιολογημένη.

Η πιο πάνω κατάληξη μου καθιστά αχρείαστη την ενασχόλησή μου με τον δεύτερο λόγο αποκλεισμού των Αιτητών.

Η προσφυγή απορρίπτεται η προσβαλλόμενη απόφαση επικυρώνεται.

.....
Έφη Παπαδοπούλου
Πρόεδρος