



ΑΝΑΘΕΩΡΗΤΙΚΗ ΑΡΧΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ
TENDERS REVIEW AUTHORITY

Λεωφ. Γρίβα Διγενή 81-83, 2ο όροφο, Τ.Θ. 24820, 1304 Λευκωσία
Τηλ: 22445100, Φαξ: 22445107, Email: tra@aap.gov.cy, Web: www.tra.gov.cy

Ιεραρχική Προσφυγή Αρ. 23/2009

Μεταξύ:

LOGICOM PUBLIC LIMITED

Αιτούντων

v.

ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΥ ΑΣΦΑΛΙΣΗΣ ΥΓΕΙΑΣ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτούντες:

LOGICOM PUBLIC LIMITED

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Αδάμο Αδαμίδη, Δικηγόρο
2. Γιώργο Παγιάση, Δικηγόρο
3. Βαρνάβα Ειρήναρχο, Διευθύνοντα Σύμβουλο
Αιτούσας εταιρείας
4. Κώστα Καλοψιδιώτη, Διευθυντή Αναπτύξεως
Επιχειρήσεων αιτούσας εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΑΣΦΑΛΙΣΗΣ ΥΓΕΙΑΣ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Αλέκο Ευαγγέλου, Δικηγόρο
2. Ανδρέα Δημητριάδη, Γενικό Διευθυντή Ο.Α.Υ.
3. Έφη Καμμίση, Ανώτερη Λειτουργό Ο.Α.Υ.
4. Μαρία Μιχαηλίδου, Λειτουργό Νομικών Θεμάτων Ο.Α.Υ.

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 28 Ιουλίου, 2009

Α Π Ο Φ Α Σ Η

A. Η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή στρέφεται κατά της απόφασης του Οργανισμού Ασφάλισης Υγείας (στο εξής Α.Α.) να περιλάβει συγκεκριμένο όρο στα έγγραφα του διαγωνισμού ΟΑΥ 02/2007 αναφορικά με υπηρεσίες για την *«Ανάπτυξη, Υλοποίηση, Λειτουργία και Υποστήριξη μιας Συνολικής Λύσης για το Σύστημα Πληροφορικής και άλλων Επιχειρηματικών Διαδικασιών του Εθνικού Συστήματος Ασφάλισης Υγείας στην Κύπρο»*.

B. ΓΕΓΟΝΟΤΑ

1. Ο Οργανισμός Ασφάλισης Υγείας προκήρυξε με δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης την 19.4.07 και στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας την 27.4.09 το διαγωνισμό υπ' αρ. ΟΑΥ 02/2007 για την *«Ανάπτυξη, Υλοποίηση, Λειτουργία και Υποστήριξη μιας συνολικής λύσης για το Σύστημα πληροφορικής και άλλων επιχειρηματικών διαδικασιών του Γενικού Συστήματος ασφάλισης Υγείας στην Κύπρο»* (στο εξής «ο Διαγωνισμός») με τη διαδικασία του ανταγωνιστικού διαλόγου.

2. Η διαδικασία του ανταγωνιστικού διαλόγου σύμφωνα με την προκήρυξη του διαγωνισμού περιλάμβανε 3 στάδια:

- (α) Προεπιλογή των υποψήφιων οικονομικών φορέων στη βάση του εγγράφου με τίτλο *«Παράκληση για υποβολή Αίτησης για Συμμετοχή στη διαδικασία του Ανταγωνιστικού διαλόγου»* (στο εξής «RFA»),
- (β) Διεξαγωγή του Διαλόγου σύμφωνα με το έγγραφο με τίτλο *«Πρόσκληση για συμμετοχή στη Διαδικασία του Ανταγωνιστικού Διαλόγου»* (στο εξής «ITP») στο οποίο συμμετείχαν οι φορείς οι οποίοι είχαν προεπιλεγεί στο πρώτο στάδιο.
- (γ) Υποβολή Προσφορών από τους συμμετέχοντες σύμφωνα με τους όρους και τις προδιαγραφές του εγγράφου με τίτλο *«Πρόσκληση για Υποβολή Προσφορών»* (στο εξής «ITT»). Στο στάδιο αυτό οι Συμμετέχοντες καλούνται να υποβάλουν

την προσφορά τους με βάση τις λύσεις οι οποίες προσδιορίστηκαν κατά τη διάρκεια του διαλόγου. Οι προσφορές θα αξιολογούνται βάσει των κριτηρίων ανάθεσης και θα επιλεγεί η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά.

3. Κατά το πρώτο στάδιο της διαδικασίας προεπιλέγηκαν 3 υποψήφιοι, μεταξύ των οποίων και οι Αιτητές. Επιπρόσθετα, η Α. Α. με το ίδιο έγγραφο γνωστοποίησε στους υποψηφίους την πρόθεσή της να εκδώσει στους Συμμετέχοντες, στο επόμενο στάδιο της διαδικασίας, το έγγραφο με τίτλο «ΙΤΡ» το οποίο θα περιλάμβανε μεταξύ άλλων:

- (i) το τροποποιημένο Περιγραφικό Έγγραφο (η Α. Α. διάθεσε σε μορφή προσχεδίου το Περιγραφικό Έγγραφο κατά τη δημοσίευση της προκήρυξης της διαδικασίας για σκοπούς διαφάνειας),
- (ii) τα κριτήρια ανάθεσης της σύμβασης,
- (iii) τους βασικούς όρους, κανόνες και διαδικασίες διεξαγωγής της διαδικασίας του Ανταγωνιστικού Διαλόγου,
- (iv) οποιαδήποτε άλλη σχετική πληροφορία.

4. Την 22^η Απριλίου και την 5^η Μαΐου, 2008, η διορισθείσα Υποεπιτροπή του Διοικητικού Συμβουλίου της Α. Α. , ενέκρινε το έγγραφο «ΙΤΡ», συμπεριλαμβανομένων και των Παραρτημάτων του.

5. Την 6^η Μαΐου, 2008, η Α. Α. ξεκίνησε το δεύτερο στάδιο της διεξαγωγής του Ανταγωνιστικού διαλόγου με την έκδοση του εγγράφου «ΙΤΡ» στους τρεις Συμμετέχοντες.

6. Την 15^η Μαΐου, 2008, η Α. Α., έκδωσε σε όλους τους Συμμετέχοντες, διευκρινίσεις και τροποποιήσεις επί των όρων/κανόνων διαδικασιών της διεξαγωγής του Διαλόγου.

7. Την 26^η και 27^η Μαΐου, 2008, η Α. Α. πραγματοποίησε με τον κάθε Συμμετέχοντα ξεχωριστά, τις Συναντήσεις «Kick Off Meetings» σύμφωνα με την υποπαράγραφο 14.2

του εγγράφου «ΙΤΡ». Η Συνάντηση με τον Αιτητή πραγματοποιήθηκε την 27^η Μαΐου, 2008.

8. Την 30^η Μαΐου, 2008, η Α. Α., έκδωσε σε όλους τους Συμμετέχοντες τις τελευταίες επιπρόσθετες πληροφορίες.

9. Την 2^α Ιουνίου, 2008, ο Αιτητής κοινοποίησε στην Α. Α. την πρόθεση του να ασκήσει Ιεραρχική Προσφυγή εναντίον της απόφασης της τελευταίας.

10. Την 5^η Ιουνίου, 2008, ο Αιτητής κατάθεσε Ιεραρχική Προσφυγή με αριθμό 40/2008 με ταυτόχρονη Αίτηση για λήψη Προσωρινού Διατάγματος, του οποίου η ισχύς παρατάθηκε κατόπιν κοινής συναίνεσης των μερών μέχρι την έκδοση της τελικής απόφασης της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών (στο εξής Α.Α.Π.) επί της πιο πάνω προσφυγής.

11. Η απόφαση της ΑΑΠ επί της Ιεραρχικής Προσφυγής 40/2008 εκδόθηκε στις 3 Νοεμβρίου, 2008, βάσει της οποίας η Α. Α. καλείτο όπως τροποποιήσει τους όρους του εγγράφου «ΙΤΡ» σύμφωνα με όσα περιείχονταν στις παραγράφους Β(α)(β)(γ)(δ) και (ε) της εν λόγω απόφασης.

12. Την 12^η Νοεμβρίου, 2008, το Διοικητικό Συμβούλιο αποφάσισε όπως ο Οργανισμός ως Α. Α. συμμορφωθεί με την απόφαση της ΑΑΠ.

13. Την 19^η Ιανουαρίου, 2009, η διορισθείσα υποεπιτροπή του Διοικητικού Συμβουλίου, ενέκρινε το έγγραφο «ΙΤΡ», συμπεριλαμβανομένων και των Παραρτημάτων του.

14. Την 21^η Ιανουαρίου, 2009, η Α. Α. διέθεσε στους τρεις Συμμετέχοντες, συμπεριλαμβανομένου και του Αιτητή, το τροποποιημένο, σύμφωνα με την απόφαση της ΑΑΠ, έγγραφο «ΙΤΡ». Μεταξύ των όρων του περιλαμβανόταν και η τροποποιημένη - επίμαχη στην παρούσα- παράγραφος 23 που περιλαμβάνει τα ακόλουθα:

« 23. Performance Guarantee

The guarantee referred to in Clause 26 of the draft Contract and in Schedule 26 to the draft Contract (Schedule 5 to the Invitation to Participate) must be signed and executed by any entity (other than the Contractor) that proves to the satisfaction of the Contracting Authority that it can suitably perform all the obligations under the Contract.»

15. Οι Συμμετέχοντες, συμπεριλαμβανομένου και του Αιτητή υπέβαλαν στην Α.Α., τις διευκρινιστικές/εισηγητικές ερωτήσεις τους εντός της τεθείσας προθεσμίας.

16. Την 6^η Μαρτίου, 2009, η Α.Α., έκδωσε σε όλους τους Συμμετέχοντες, τις τελευταίες επιπρόσθετες πληροφορίες σε απάντηση των διευκρινιστικών/εισηγητικών ερωτήσεων των Συμμετεχόντων. Σε ερώτηση που τέθηκε από την Αιτήτρια κατά πόσο η εγγύηση μπορεί να δοθεί από μητρική του Συμμέτοχου εταιρεία, διευκρίνισε ότι η Α.Α. «αποδέχεται οποιαδήποτε οντότητα να προσφέρει την Εγγύηση Εκτέλεσης».

17. Την 12^η Μαρτίου, 2009, ο Αιτητής κοινοποίησε στην Α.Α. την πρόθεσή του να ασκήσει Ιεραρχική Προσφυγή εναντίον της απόφασής της.

18. Την 24.03.09 καταχωρήθηκε στην Α.Α.Π. η παρούσα προσφυγή λαμβάνουσα τον αριθμό 23/09, η οποία ορίστηκε για εξέταση την 27.03.09.

Γ. Στην αρχή της συνεδρίας η Α.Α. ήγειρε δύο προεξεταστικές ενστάσεις ισχυριζόμενη ότι ο Αιτητής δεν νομιμοποιείται να καταχωρήσει την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή καθότι:

(α) Οι προσβαλλόμενες πράξεις της Α.Α. δεν είναι εκτελεστές αλλά προπαρασκευαστικές, και

(β) Ο Αιτητής στερείται ενεστώτος εννόμου συμφέροντος.

Από τη διατύπωση των διατάξεων (άρθρο 55(1) και άρθρο 56(1)) του Ν. 101(Ι)/2003, που αναφέρονται στην αρμοδιότητα της Α.Α.Π., υποστηρίζει η Α.Α., προκύπτει ότι η φύση των πράξεων που μπορούν να προσβληθούν ενώπιόν της είναι η ίδια με τη φύση των πράξεων που προσβάλλονται στο Ανώτατο Δικαστήριο. Προσβάλλονται, δηλαδή, οι εκτελεστές διοικητικές πράξεις.

Το ίδιο ισχύει και για το «έννομο συμφέρον» που πρέπει να έχει κάποιος για να προσφύγει στην Α.Α.Π.. Το συμφέρον δεν είναι ευρύτερο από «έννομο συμφέρον» για καταχώρηση προσφυγής στο Ανώτατο Δικαστήριο (Απόφαση του Ανωτάτου Δικαστηρίου στην Προσφυγή αρ. 1134/2005, Κοινοπραξία ALTERRA ν. Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών ημερ. 19.3.2007).

Ακολούθως και αφού πρώτα η Α.Α. αναφέρεται στη βασική αρχή του Διοικητικού Δικαίου ότι για να μπορεί να προσβληθεί μια πράξη ενός διοικητικού οργάνου θα πρέπει αυτή να είναι εκτός από διοικητική και εκτελεστή, στη συνέχεια οριοθετεί τη διαφορά μεταξύ εκτελεστής διοικητικής πράξης και προπαρασκευαστικής πράξης και αναφέρεται σε μια σειρά από παραδείγματα πράξεων που κρίθηκαν από το Ανώτατο Δικαστήριο ως προπαρασκευαστικές και ως τέτοιες δεν μπορούσαν να προσβληθούν.

Επιπλέον, προσθέτει η Α.Α., ο Αιτητής δεν νομιμοποιείται να καταχωρήσει την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή και για το λόγο ότι στερείται εννόμου συμφέροντος. Το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι, μεταξύ άλλων, ενεστώς. Ενεστώς είναι το έννομο συμφέρον που υπάρχει όταν ασκείται η προσφυγή και όχι εκείνο που ελπίζεται να δημιουργηθεί στο μέλλον.

Στην προκειμένη περίπτωση, υποστηρίζει η Α.Α., το συμφέρον του Αιτητή ελπίζεται να δημιουργηθεί όταν και εφόσον εκδοθεί το τελικό κείμενο των όρων ή το αργότερον, όταν γίνει η κατακύρωση της προσφοράς και η προσφορά του δεν γίνει δεκτή ή όταν απορριφθεί.

Δ. Ο Αιτητής απάντησε στις προεξεταστικές ενστάσεις της Α.Α. υποστηρίζοντας τα ακόλουθα:

I. Το έννομο συμφέρον του Αιτητή

Αφού έθεσε το νομικό πλαίσιο και υπενθύμισε τα γεγονότα της παρούσας υπόθεσης εισηγήθηκε ότι το συμφέρον του Αιτητή είναι έννομο, άμεσο, προσωπικό και ενεστώς. Πηγάζει από τη διεκδίκηση του ιδίου να συνεχίσει να συμμετέχει στη Διαδικασία του Ανταγωνιστικού Διαλόγου, να συμμετάσχει στο διαγωνισμό και να κατακυρωθεί υπέρ του ο Διαγωνισμός. Ο επηρεασμός του συμφέροντος του συνίσταται, μεταξύ άλλων, στο ότι εκτός εάν οι όροι, όπως διαμορφώθηκαν και επιβλήθηκαν από την Α.Α. μετά την προκήρυξη, ακυρωθούν ή τροποποιηθούν ανάλογα, ο Αιτητής τίθεται εκτός Διαγωνισμού, αποστερείται των ευκαιριών που άλλως θα του παρέχονταν και θα υποστεί πολύ μεγάλη ζημιά.

II. Η εκτελεστότητα της προσβαλλόμενης πράξης

Αφού ο Αιτητής έθεσε και εδώ πρώτα το νομικό πλαίσιο αναφερόμενος στο άρθρο 56(10)(γ) του Ν. 101(Ι)/2003, αλλά και σε αποφάσεις του Ανωτάτου Δικαστηρίου, της Α.Α.Π. και του ΔΕΚ (βλ. Περίγραμμα Επιχειρηματολογίας των Δικηγόρων του Αιτούντα) εισηγείται ότι στην παρούσα υπόθεση οι προσβαλλόμενες πράξεις έχοντας δημιουργήσει άμεσα έννομα αποτελέσματα και υποχρεώσεις στον Αιτητή δεν είναι προπαρασκευαστικές αλλά εκτελεστές. Και η εκτελεστότητα τους δεν έχει απολεσθεί, δεδομένου ότι δεν έχουν ενσωματωθεί σε οποιαδήποτε μεταγενέστερη διοικητική πράξη.

Εισήγηση ότι ο Αιτητής θα έπρεπε να αναμένει την απόφαση αποκλεισμού του και αυτή να προσβάλει με προσφυγή, οδηγεί στο άτοπο αποτέλεσμα της καθολικής αποστέρησης του Αιτητή από οποιοδήποτε δικαίωμα αφού η μη άσκηση προσφυγής κατά του νέου όρου θα τον απέκλειε, σύμφωνα με τη λογική και τη νομολογία, από τη δυνατότητα προσβολής οποιασδήποτε μεταγενέστερης απόφασης που θα έχει ληφθεί στη βάση του νέου όρου ή θα του στερούσε τη δυνατότητα να αναλάβει και να εκτελέσει τη σύμβαση αφού δεν θα μπορεί να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις του νέου όρου.

Καταλήγοντας στο ζήτημα των προεξεταστικών ενστάσεων της Α.Α. ο Αιτητής υποβάλλει ότι αυτές θα πρέπει να απορριφθούν.

Ε. Στη συνέχεια ο Αιτητής προχωρεί με τα ουσιαστικά ζητήματα της υπόθεσης και αναφέρεται πρώτα στην ισχυριζόμενη δέσμευση της Α.Α. να μη ζητήσει παροχή ασφάλειας ή εγγυήσεων σε σχέση με τη Σύμβαση.

Ι. Θέτει το Νομικό Πλαίσιο (βλ. Περίγραμμα Επιχειρηματολογίας των Δικηγόρων του Αιτούντα) αναφερόμενος και/ή παραπέμποντας στα ακόλουθα:

1. Αρχή της Διαφάνειας

Αναφέρεται στο άρθρο 3 του Ν. 12(Ι)/2006 με παράτιτλο «Αρχές που διέπουν τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων», και παραπέμπει στην Α.Η.Κ. ν. Αδελφοί Κάτσιου (Στυλιώτες) Λτδ, Αναθεωρητική Έφεση αρ. 3352, ημερ. 21.06.2004 από την οποία παραθέτει σχετικό απόσπασμα.

2. Αρχή της Ίσης Μεταχείρισης

Παραπέμπει στη Leisure Hotel Enterprises Ltd ν. Κυπριακής Δημοκρατίας, Αναθεωρητική Έφεση 1033, ημερ. 25.11.1993 και παραθέτει σχετικό απόσπασμα.

3. Ο Νόμος 12(Ι)/2006

Αναφέρεται στο άρθρο 31 του Ν. 12(Ι)/2006 στο οποίο προβλέπεται η διαδικασία του Ανταγωνιστικού Διαλόγου και το παραθέτει ολόκληρο.

Αναφέρεται επίσης στο άρθρο 28 του Ν. 12(Ι)/2006 υπό τον παράτιτλο «Όροι εκτέλεσης της σύμβασης», το οποίο και παραθέτει καθώς και στο Παράρτημα VI Α του ιδίου Νόμου υπό τον τίτλο «Πληροφορίες που πρέπει να περιλαμβάνονται στις προκηρύξεις Δημοσίων συμβάσεων – Προκήρυξη Διαγωνισμού» όπου καθορίζονται και τα ακόλουθα:

«10. Κατά περίπτωση ειδικοί όροι στους οποίους υπόκειται η εκτέλεση της σύμβασης.

[.....]

14. Κατά περίπτωση απαιτούμενες εγγυήσεις».

4. Ο κ. 17 της Κ.Δ.Π. 492/2004

Αναφέρεται στον εν λόγω Κανονισμό τον οποίο και παραθέτει.

5. Η δεσμευτικότητα των όρων της προκήρυξης

Παραπέμπει στο σύγγραμμα του Νίκου Χαραλάμπους «Δράση και Έλεγχος της Δημόσιας Διοίκησης», 2^η έκδοση, και παραθέτει σχετικό απόσπασμα. Παραπέμπει επίσης στο σύγγραμμα του Μιχ. Δ. Στασινόπουλου «Δίκαιον των Διοικητικών Πράξεων», σελ. 109 και παραθέτει σχετικό απόσπασμα. Παραθέτει σχετικό απόσπασμα από τα Πορίσματα Νομολογίας του Συμβουλίου Επικρατείας 1929-1959, σελ. 267. Παραπέμπει τέλος στην ημεδαπή νομολογία και συγκεκριμένα στην Υπόθεση αρ. 549/88, Λουκής Λουκαΐδης Λίμιτεδ ν. Δημοκρατίας, ημερ. 10.3.1990 και στην Υπόθ. αρ. 900/88, Imprex Ltd ν. Γενικού Εισαγγελέα κ.λπ., ημερ. 12.2.1992, όπου βεβαιώνεται ο χαρακτήρας των όρων δημόσιων διαγωνισμών ως κανόνων δικαίου.

6. Όροι της προκήρυξης

Τονίζει ότι στην προκήρυξη περιέχονται μεταξύ άλλων τα ακόλουθα:

«III.1.1 Παροχή ασφάλειας και εγγυήσεις που απαιτούνται: Όχι».

Αντίστοιχο είναι και το αγγλικό κείμενο που δημοσιεύτηκε στην Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

7. Αρχές ερμηνείας των Νόμων

Ο Αιτητής παραπέμπει σε τέσσερις (4) αποφάσεις του Ανωτάτου Δικαστηρίου και παραθέτει (Περίγραμμα Επιχειρηματολογίας των Δικηγόρων του Αιτούντα) από μια εκάστη σχετικό απόσπασμα για να συνοψίσει, τις αρχές, που σύμφωνα με τη νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου, πρέπει να εφαρμόζονται κατά την ερμηνεία των νόμων, με τα ακόλουθα:

- Η ερμηνεία πρέπει να είναι εύλογη και να μην οδηγεί σε παράλογα αποτελέσματα.
- Η γραμματική μέθοδος ερμηνείας αποτελεί τον πρώτιστο τρόπο ερμηνείας ενός Νόμου. Όταν δηλαδή το λεκτικό του νόμου είναι σαφές πρέπει τότε να αποδίδεται στις λέξεις η φυσική και συνήθης έννοια τους.
- Ο Νόμος πρέπει να εφαρμόζεται ως έχει, όσο και αν υπάρχουν ισχυρές υποψίες ότι το αποτέλεσμα δεν αντιπροσωπεύει την πραγματική πρόθεση του Νομοθέτη.
- Η τελεολογική μέθοδος ερμηνείας, ούτε καθιστά εφικτή, ούτε επιτρέπει την απόκλιση ή τη μεταβολή κειμένου ρητών διατάξεων της νομοθεσίας.

8. Η δεσμευτικότητα των αποφάσεων της Α.Α.Π.

Αναφορικά με την ιεραρχική σχέση μεταξύ Α.Α.Π. και Αναθετουσών Αρχών, στο άρθρο 56(10) του Ν. 101(Ι)/2003 καθορίζεται ρητά ότι η Α.Α.Π. μπορεί, μεταξύ άλλων, να επικυρώνει και να ακυρώνει οποιαδήποτε πράξη της Α.Α. που παραβιάζει οποιαδήποτε διάταξη του ισχύοντος δικαίου.

Σχετική είναι και η παρ. 7 του άρθρου 2 της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, στη βάση της οποίας εγκαθιδρύθηκε η Α.Α.Π., η οποία ορίζει ότι:

«

Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε να καθίσταται δυνατή η αποτελεσματική εκτέλεση των αποφάσεων που λαμβάνουν οι αρμόδιες για τις διαδικασίες προσφυγής αρχές

».

Το Ανώτατο Δικαστήριο, συνεχίζει ο Αιτητής, επιβεβαιώνοντας τα πιο πάνω, στην απόφαση της πλήρους Ολομέλειας του, στην Συμβούλιο Αποχετεύσεων Λευκωσίας ν. Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών, Υπόθ. αρ. 106/2006, ημερ. 10.12.2007, αποφάσισε, μεταξύ άλλων ότι οι Α.Α. δεν έχουν δικαίωμα αμφισβήτησης των αποφάσεων της Α.Α.Π.

Επίσης, στην A.G.F. Trading & Engineering ν. Υπουργείου Γεωργίας, Υπόθ. αρ. 1253/2005, ημερ. 7.3.2007 αναφέρθηκε ότι οι αποφάσεις της Α.Α.Π. αποτελούν δεδουλευμένο προς το κατώτερο διοικητικό όργανο, το οποίο δεσμεύεται να τις εφαρμόσει.

9. Η αποποίηση δικαιώματος στο Διοικητικό Δίκαιο

Ο Αιτητής παραπέμπει στην Tamassos Tobacco Suppliers and Co. ν. Δημοκρατίας, Αναθεωρητική Έφεση αρ. 903, ημερ. 3.3.1992 στην οποία, μεταξύ άλλων, το Δικαστήριο τόνισε ότι η αρχή της αποποίησης δικαιώματος, όπως είναι γνωστή στο ιδιωτικό δίκαιο, δεν τυγχάνει εφαρμογής στο διοικητικό δίκαιο (παρατίθεται σχετικό απόσπασμα στο Περίγραμμα Επιχειρηματολογίας των Δικηγόρων του Αιτούντα).

Συνακόλουθα, προσθέτει ο Αιτητής, στο διοικητικό δίκαιο υφίσταται τεκμήριο εναντίον της εγκατάλειψης από τον διοικούμενο των δικαιωμάτων του. Παραπέμπει στην Δ.Π. Παπαγιώργης ν. Α.ΤΗ.Κ., Υπόθεση αρ. 423/91, ημερομηνίας 9.10.1992 από την οποία επίσης παραθέτει σχετικό απόσπασμα.

Στη συνέχεια ο Αιτητής αναφέρθηκε στα γεγονότα της παρούσας υπόθεσης τονίζοντας τα ακόλουθα:

Μεταξύ των όρων του ITP (Invitation to Participate ή «Πρόσκληση») περιλαμβάνονταν όροι οι οποίοι είτε διαφοροποιούσαν, είτε ήσαν σε αντίθεση με όσα η ίδια η Α.Α. είχε ζητήσει και δηλώσει κατά το στάδιο της Προκήρυξης. Μεταξύ αυτών ήταν η δέσμευση της Α.Α. κατά το στάδιο της Προκήρυξης να μη ζητήσει παροχή ασφάλειας ή εγγυήσεων σε σχέση με τη σύμβαση και η μεταγενέστερη, κατά το στάδιο της Πρόσκλησης (ITP) απαίτησής της για τέτοιες ασφάλειες και εγγυήσεις.

Για το λόγο αυτό και για άλλους λόγους ο Αιτητής καταχώρησε την Ι.Π. 40/2008, την οποία η Α.Α.Π. με απόφασή της ημερ. 3.11.2008 έκανε αποδεκτή, κατά τον ισχυρισμό του, στο σύνολό της.

Ο Αιτητής αναφέρεται στη συνέχεια στο πρακτικό της συνεδρίασης της Α.Α. ημερ. 3.11.2008 από το οποίο παραθέτει ορισμένα αποσπάσματα (Περίγραμμα Επιχειρηματολογίας των Δικηγόρων του Αιτούντα), τα οποία, προφανώς, θεωρεί διαφωτιστικά, αλλά και υποστηρικτικά των θέσεών του και ολοκληρώνει την αναφορά του στα γεγονότα συνοψίζοντας τις απαντήσεις της Α.Α. στις θέσεις του Αιτητή, όπως αυτές περιέχονται στη Γραπτή της Έκθεση.

Και ο Αιτητής εισηγείται τα ακόλουθα:

Η προσβαλλόμενη απόφαση βρίσκεται σε αντίθεση με τους όρους της προκήρυξης στη βάση των οποίων ρητά δεν απαιτείτο παροχή ασφαλειών ή καταθέσεων ή εγγυήσεων.

Δεν είναι σωστοί οι ισχυρισμοί της Α.Α. ότι η Α.Α.Π. στην Ι.Π. 40/2008 απέρριψε τη θέση του Αιτητή ότι η παράγραφος 23 του ITP (που αφορά την Εγγύηση Εκτέλεσης της Σύμβασης) βρίσκεται σε αντίθεση με την Προκήρυξη και το RFA, στη βάση των οποίων ρητά δεν απαιτείτο παροχή ασφάλειας ή εγγυήσεων. Διότι η Α.Α.Π. έκανε δεκτές όλες τις θέσεις του Αιτητή και ρητά έκαμε αναφορά στο ότι, οι οποιοδήποτε όροι του ITP δεν μπορούν να βρίσκονται σε αντίθεση με το RFA. Στο σημείο αυτό ο Αιτητής παραθέτει

λήμμα από τη σχετική απόφαση της Α.Α.Π. (Περίγραμμα Επιχειρηματολογίας των Δικηγόρων του Αιτούντα) από το οποίο, όπως ισχυρίζεται, δεν μπορεί να εξαχθεί άλλο συμπέρασμα.

Ο συσχετισμός του ζητήματος της Εγγύησης Συμμετοχής, ισχυρίζεται ο Αιτητής, με το ζήτημα της Εγγύησης Εκτέλεσης της Σύμβασης, όπως προτείνεται από την Α.Α., είναι λανθασμένος και παραπλανητικός. Το ότι η Α.Α.Π. απορρίπτοντας τις τότε θέσεις της Α.Α. σε σχέση με το ύψος της εγγύησης συμμετοχής στον Ανταγωνιστικό Διάλογο έκαμε αναφορά στην Εγγύηση Συμμετοχής ως λογικής αναφοράς, δεν νομιμοποιεί την Α.Α. να εκτρέπεται από το πλαίσιο της Προκήρυξης και σε κάθε περίπτωση δεν επιτρέπεται στην Α.Α. να ζητά Εγγύηση Εκτέλεσης της Σύμβασης αφού τούτο είναι ανεπίτρεπτο στη βάση της Προκήρυξης. Το θέμα της Εγγύησης Συμμετοχής, προσθέτει ο Αιτητής, δεν είχε τεθεί για απόφαση στην Α.Α.Π. στην Ι.Π. 40/2008 και δεν αποφασίστηκε.

Η Α.Α. δεν είχε δικαίωμα να παραγνωρίσει την απόφαση της Α.Α.Π. στην Ι.Π. 40/2008, με την οποία αποφασίστηκε ότι δεν έχει τη δυνατότητα να πράξει οτιδήποτε που να διαφοροποιείται και να εκφεύγει του πλαισίου της Προκήρυξης και ουσιαστικά να αποτελεί νέο όρο ο οποίος δεν ήταν γνωστός κατά την υποβολή της προσφοράς στη βάση της Προκήρυξης.

Η προσβαλλόμενη απόφαση της Α.Α. αντιβαίνει ευθέως και τη σχετική νομολογία στην οποία μεταξύ άλλων ορίζεται ότι οι αποφάσεις της Α.Α.Π. αποτελούν δεδικασμένο προς το κατώτερο διοικητικό όργανο δημιουργώντας προς αυτό αντίστοιχη υποχρέωση εκτέλεσης.

Περαιτέρω ο Αιτητής ισχυρίζεται ότι η επιχειρηματολογία της Α.Α. στη βάση του Καν. 17 της Κ.Δ.Π. 492/2004 είναι εξ αρχής λανθασμένη αφού θεωρεί ότι έγγραφα προσφορών είναι κάτι άλλο και ξεχωριστό από την Προκήρυξη, σε αντίθεση με όσα η Α.Α.Π. αποφάσισε. Τα έγγραφα των προσφορών είναι υπάλληλα της Προκήρυξης, η οποία έχει πλαισιώσει την όλη διαδικασία του Διαγωνισμού μέχρι την υπογραφή και εκτέλεση της Σύμβασης και οι ευχέρειες της Α.Α. δεν μπορούν να εκφύγουν από αυτό. Είναι συνεπώς αβάσιμη η άποψη ότι ο Καν. 17 εννοεί ή παρέχει ευχέρεια για διαμόρφωση

των εγγράφων της προσφοράς κατά παράβαση ή εκτός του πλαισίου του Άρθρου III.1.1 της Προκήρυξης.

Η ερμηνεία που η Α.Α. δίδει στο κείμενο του Καν. 17 δεν είναι εύλογη και οδηγεί σε παράλογα αποτελέσματα. Το λεκτικό του νόμου είναι σαφές και πρέπει να αποδοθεί στις λέξεις η φυσική και συνήθης έννοια τους. Ερμηνεύοντας και εφαρμόζοντας σωστά τον Καν. 17 καταλήγουμε ότι αφού διαφορετικά καθορίστηκε στην Προκήρυξη δεν υπάρχει υποχρέωση του οικονομικού φορέα στον οποίο θα ανατεθεί η σύμβαση, με την υπογραφή της σύμβασης, να καταθέσει εγγύηση πιστής εκτέλεσης του όρου της σύμβασης και ασφαλώς ούτε δικαίωμα ή ευχέρεια της Α.Α. να εμβάλει σχετικό όρο με το ΙΤΡ ή με άλλα έγγραφα που ακολουθούν την Προκήρυξη.

Οι Εγγυήσεις, συνεχίζει ο Αιτητής, τέθηκαν από την ίδια την Α.Α. διακριτές κατά τα διάφορα στάδια της διαδικασίας του Ανταγωνιστικού Διαλόγου. Η Α.Α. παρανομεί κατά συρροή ζητώντας εγγυήσεις ενώ στη βάση της Προκήρυξης είχε σαφώς δεσμευτεί ότι δεν θα ζητηθούν. Η ενδεχόμενη μη εμμονή του Αιτητή για μια έκφανση της παρανομίας από την Α.Α. δεν του αποστερεί το δικαίωμα να προβάλει την παρανομία της Α.Α. σε οποιαδήποτε άλλη περίπτωση, αφού πρόκειται για παρανομία, αφού η παρανομία αφορά νέα απόφαση της Α.Α. και αφού η αρχή της αποποίησης δικαιώματος (waiver), όπως είναι γνωστή στο ιδιωτικό δίκαιο, δεν τυγχάνει εφαρμογής στο διοικητικό δίκαιο. Ο Αιτητής ουδέποτε αποδέχτηκε την ευχέρεια της Α.Α. να ζητήσει Εγγύηση Εκτέλεσης Σύμβασης και πάντοτε πρόβαλλε ότι η Α.Α. δεν μπορεί να εκφεύγει από τα πλαίσια που η ίδια έθεσε με την Προκήρυξη.

Λανθασμένο και αυθαίρετο είναι επίσης, σύμφωνα με τον Αιτητή, το συμπέρασμα της Α.Α. ότι η δέσμευσή της να μη ζητήσει ασφάλειες και εγγυήσεις αφορά μόνο το στάδιο προεπιλογής και όχι τα επόμενα στάδια. Η παραπομπή στην παράγραφο 4 του Άρθρου III.1 της Προκήρυξης για στήριξη αυτού του συμπεράσματος όχι μόνο δεν το στηρίζει αλλά αποδεικνύει την ορθότητα της θέσης του Αιτητή.

Πιθανόν να πρόκειται για lapsus calami κατά τη σύνταξη της Προκήρυξης ή για αλλαγή προσέγγισης σε ότι αφορά τις ανάγκες του έργου. Οποιαδήποτε και να είναι η

περίπτωση η Α.Α. δεν έχει πολλές επιλογές. Ή συμμορφώνεται με το πλαίσιο που καθορίστηκε από την Προκήρυξη και προχωρεί στον Ανταγωνιστικό Διάλογο χωρίς να μπορεί να ζητήσει Εγγύηση Εκτέλεσης της Σύμβασης ή αποφασίζει την ακύρωση ή ανάκληση της Προκήρυξης και επαναπροκηρύσσει τη Σύμβαση.

Κατά συνέπεια, η εμμονή της Α.Α. να εισαγάγει όρο για Εγγύηση Εκτέλεσης της Σύμβασης, παρά τις σαφείς πρόνοιες της Προκήρυξης και του RFA, αποτελεί μη συμμόρφωση προς το νόμο, τις αναντίρρητες αρχές του διοικητικού δικαίου, την καλά παγιωμένη σχετική νομολογία και καταφρόνηση της απόφασης της Α.Α.Π. στην Ι.Π. 40/2008.

Υποβάλλουμε, καταλήγει ο Αιτητής, ότι η απόφαση της Α.Α. θα πρέπει να ακυρωθεί.

II. Το έκνομο της απόφασης της Α.Α. στη βάση του περιεχομένου της.

Χωρίς επηρεασμό της βασικής του θέσης ότι η Α.Α. στερείται παντάπασιν του δικαιώματος να ζητήσει εγγύηση εκτέλεσης της σύμβασης, ο Αιτητής διαζευκτικά και επικουρικά επιχειρηματολογεί και σε σχέση με το περιεχόμενο της απόφασης της Α.Α..

Για να θέσει το σχετικό νομικό πλαίσιο ο Αιτητής παραπέμπει στις αναφορές του που έγιναν ενωρίτερα και περιέχονται στο Περίγραμμα Επιχειρηματολογίας του υπό III.B.1 και επιπρόσθετα παραπέμπει:

- Στο άρθρο 38(1)(2) και (3) των Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου (Ν. 158(Ι)/1998)
- Στο άρθρο 46(1)(2) του ιδίου Νόμου
- Στο άρθρο 28 του ιδίου, ως ανωτέρω, Νόμου στο οποίο αναφέρονται τα ακόλουθα:

«Η αιτιολογία μιας διοικητικής πράξης πρέπει να είναι σαφής, ώστε να μην αφήνει αμφιβολίες ως προς το ποιος ήταν ο πραγματικός λόγος που οδήγησε το διοικητικό όργανο στη λήψη της απόφασης».

Αναφορικά με τα γεγονότα ο Αιτητής επαναλαμβάνει όσα παρατέθηκαν, ενωρίτερα, σχετικά με το περιεχόμενο του όρου για Εγγύηση Εκτέλεσης και επιπρόσθετα αναφέρει τα ακόλουθα:

Η Α.Α. είχε προσεγγίσει το ζήτημα με διαφορετικές εκτιμήσεις, επιμένοντας, πριν την απόφαση της Α.Α.Π. στην Ιεραρχική Προσφυγή 40/2008 ότι η οικονομική παράμετρος είναι το μόνο κριτήριο για την επάρκεια της εγγύησης εκτέλεσης και σε αυτή τη βάση είχε τότε ζητήσει την εγγύηση από το φορέα που στήριζε οικονομικά το Συμμέτοχο (Ανάδοχο). Σχετική είναι η διαδικασία στην αναφερόμενη Ιεραρχική Προσφυγή και τα σχετικά πρακτικά της Α.Α..

Με βάση τα πιο πάνω ο Αιτητής εισηγείται ότι εφόσον ήθελε κριθεί ότι υπό τις περιστάσεις υπάρχει ευχέρεια για απαίτηση Παροχής Εγγύησης Εκτέλεσης της Σύμβασης, άποψη που δεν υιοθετείται από τον Αιτητή, η αναφερόμενη απόφαση της Α.Α. δεν καθορίζει ειδικά και αντικειμενικά κριτήρια βάσει των οποίων θα κριθεί το αποδεκτό της οντότητας που θα προσφέρει τη ζητούμενη εγγύηση εκτέλεσης.

Αυτό, αναφέρει, είναι παραδεκτό και από την ίδια την Α.Α. που με την αναφορά της ότι στο στάδιο αυτό *«δεν είναι εφικτό να καθοριστούν αντικειμενικά κριτήρια βάσει των οποίων θα κριθεί το αποδεκτό της Οντότητας που θα προσφέρει τη ζητούμενη εγγύηση πιστής εκτέλεσης»*, επιβεβαιώνει τα όσα σχετικά αναφέρει ο Αιτητής.

Σε σχετική ερώτηση κατά πόσο η εγγύηση μπορεί να δοθεί από μητρική του Συμμέτοχου εταιρεία η Α.Α. διευκρίνισε ότι *«αποδέχεται οποιανδήποτε οντότητα να προσφέρει την Εγγύηση Εκτέλεσης»*, πράγμα που σημαίνει ότι ο εγγυητής μπορεί να είναι μητρική ή ακόμα και άλλη θυγατρική του Αναδόχου εταιρεία ή άλλη συνδεδεμένη με αυτόν εταιρεία. Η διευκρίνιση αυτή, αναφέρει ο Αιτητής, τονίζει το ότι η απαίτηση της Α.Α. δεν είναι επιτρεπτή, ιδιαίτερα διότι το περιεχόμενο του όρου αποφασίστηκε στο στάδιο που είναι πλέον γνωστό στην Α.Α. ότι οι άλλοι δύο Συμμέτοχοι, αντίθετα με τον Αιτητή, μπορούν να έχουν ως εγγυητή τις μητρικές ή άλλες θυγατρικές των μητρικών ή άλλες συνδεδεμένες με αυτούς εταιρείες.

Η απόφαση της Α.Α., προσθέτει ο Αιτητής προσβάλλει ευθέως τον πυρήνα των βασικών αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης που διέπουν τους διαγωνισμούς του Δημοσίου και αποτελεί ημίμετρο και εύκολη λύση για την Α.Α.

Οι περιεχόμενες στον όρο απαιτήσεις, συνεχίζει, ο Αιτητής ανεπίτρεπτα καθιστούν ή/και εκλαμβάνουν την οντότητα που θα παραχωρήσει την εγγύηση ως συμμετοχο οικονομικό φορέα ή μέρος του συμμετοχού οικονομικού φορέα.

Και ενώ στο RFA έχουν τεθεί σαφή κριτήρια για το ποιοι θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό και συνεπώς ποιοι θεωρούνται ικανοί να εκτελέσουν όλες τις υποχρεώσεις της Σύμβασης, η Α.Α. αξιώνει να έχει αποκλειστική και απόλυτη ευχέρεια για το πώς και με ποια ακριβώς κριτήρια θα ικανοποιηθεί για την καταλληλότητα του εγγυητή. Κατά την αξίωση της Α.Α. ο εγγυητής δεν μπορεί να είναι λιγότερο αξιόπιστος από τον Ανάδοχο. Και ενώ ο Ανάδοχος είναι επιτρεπτό να βασίζεται σε τρίτους, που τον στηρίζουν οικονομικά και τεχνικά ο εγγυητής θα πρέπει ο ίδιος να έχει όλα τα χαρακτηριστικά της αξιοπιστίας των τρίτων που αφορούν τόσο την οικονομική όσο και την τεχνική πλευρά. Είναι αυτή η αξίωση έκδηλη υπέρβαση των άκρων ορίων θεμιτής άσκησης διακριτικών ευχερειών και, εκδηλούμενη στο στάδιο αυτό, αποτελεί παράβαση των κανόνων της διαφάνειας.

Η αιτιολόγηση από την Α.Α. ότι *«η σύμβαση προβλέπει μια μακροχρόνια σχέση αγοράς υπηρεσιών από τον επιτυχόντα προσφοροδότη, τοσούτο μάλλον καθόσον οποιαδήποτε προβλήματα κατά τη λειτουργία του συστήματος δεν μπορούν να λυθούν ή να αποζημιωθούν με την καταβολή μιας χρηματικής εγγύησης»* δεν πείθει λογικά και δεν προστατεύει το Δημόσιο Συμφέρον. Διότι, στα εκτεταμένα χρονικά πλαίσια του έργου, ουδείς μπορεί να εξασφαλίσει ότι η οντότητα όχι μόνο θα εξακολουθήσει να υφίσταται αλλά και ότι θα έχει την ικανότητα να εκτελέσει η ίδια όλες τις υποχρεώσεις από τη Σύμβαση. Αντίθετα, συμπληρώνει ο Αιτητής, η παροχή εγγύησης σε οικονομική ή χρηματική βάση θα είναι πάντα επαρκής διασφάλιση αφού έτσι θα μπορούν να αγορασθούν οι κατά τον συγκεκριμένο χρόνο καλύτερες υπηρεσίες.

Ο Αιτητής ισχυρίζεται, περαιτέρω, ότι η απόφαση της Α.Α. είναι αποτέλεσμα λανθασμένης ερμηνείας και εφαρμογής του Κανονισμού 17 της Κ.Δ.Π. 492/2004 ή/και συνιστά υπέρβαση της παρεχόμενης εξουσίας δεδομένου ότι σε κάθε περίπτωση ή υπό τις περιστάσεις, η εγγύηση πιστής εκτέλεσης θα έπρεπε να έχει οικονομική αναφορά και όχι αναφορά σε «*any entity [.....]. which satisfies the Contracting Authority that it can suitably perform all the obligations under the Contract*».

Με βάση τα προαναφερθέντα, καταλήγει ο Αιτητής η αναφερόμενη απόφαση:

- Υπήρξε αποτέλεσμα κακής άσκησης της παρεχόμενης διακριτικής ευχέρειας, αφού επιβάλλεται χωρίς αποχρώντα λόγο η παροχή εγγύησης εκτέλεσης από τον τρίτο που στηρίζει την οικονομική κατάσταση, περιορίζοντας έτσι χωρίς λογική στήριξη, τις ευχέρειες των οικονομικών φορέων.
- Συνιστά δυσμενή διάκριση και άνιση μεταχείριση εις βάρος του Αιτητή, σε αντίθεση με τις Γενικές Αρχές του Διοικητικού Δικαίου δεδομένου ότι, η προσβαλλόμενη απόφαση λήφθηκε ενώ ήταν πλέον γνωστό στην Α.Α. ότι οι άλλοι δύο Συμμέτοχοι, αντίθετα με τον Αιτητή, στηρίζουν την οικονομική κατάσταση στις Μητρικές τους Εταιρείες.
- Λήφθηκε χωρίς δέουσα έρευνα και δεν είναι επαρκώς και νομίμως αιτιολογημένη, δεδομένου ότι η προβαλλόμενη αιτιολόγησή της από την Α.Α. δεν αντέχει στη λογική για τους προαναφερθέντες λόγους.
- Περιορίζει ή/και καταστρατηγεί την έννοια του υγιούς ανταγωνισμού ή/και συνιστά δυσμενή ή/και άνιση μεταχείριση ή/και οδηγεί στην εξυπηρέτηση συγκεκριμένων Συμμέτοχων στον Ανταγωνιστικό Διάλογο Οικονομικών Φορέων.

Η διαζευκτική αξίωση του Αιτητή είναι όπως η απόφαση της Α.Α. ακυρωθεί ή τροποποιηθεί ανάλογα.

Στ. Στις θέσεις του Αιτητή η Α.Α. απάντησε με τα ακόλουθα:

Διατυπώνει πρώτα τον ισχυρισμό ότι έχει πλήρως συμμορφωθεί σε όλα τα σημεία που αποφασίστηκαν με την απόφαση της Α.Α.Π. στην Ι.Π. 40/2008. Παραπέμπει στη λεπτομερή ανάλυση επί του θέματος που γίνεται από την Α.Α. στην καταχωρημένη γραπτή έκθεσή της ημερ. 13.4.2009, την οποία και επαναλαμβάνει και δηλώνει ότι εδώ θα περιορισθεί και θα ασχοληθεί μόνο με τον ισχυρισμό της άλλης πλευράς σε ό,τι αφορά το διατακτικό της απόφασης της Α.Α.Π. αναφορικά με την εγγύηση πιστής εκτέλεσης.

Η Α.Α. αναφέρει ότι ο ισχυρισμός του Αιτητή πως η πράξη και η απόφαση της Α.Α. με την οποία η παρ. 23 «ΙΤΡ» τροποποιήθηκε, βρίσκεται σε αντίθεση με την παράκληση για υποβολή αίτησης για συμμετοχή στη διαδικασία του Ανταγωνιστικού Διαλόγου «RFA» και τη δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της Κυπριακής Δημοκρατίας, στη βάση των οποίων ρητά δεν απαιτείτο παροχή ασφάλειας ή εγγυήσεων, τέθηκε ακριβώς ο ίδιος ξανά από τον Αιτητή στην Ι.Π. 40/2008 και η Α.Α.Π. τον απέρριψε. Και ως εκ τούτου, ισχυρίζεται η Α.Α., η απόφαση δημιουργεί δεδικασμένο μεταξύ των ιδίων διαδίκων και δεν μπορεί να αμφισβητηθεί. Δεν μπορεί να τύχει ξανά και από την αρχή αντικείμενο της παρούσας Ιεραρχικής Προσφυγής.

Σε ό,τι αφορά το θέμα της εγγύησης πιστής εκτέλεσης η Α.Α. παραπέμπει στην απόφαση της Α.Α.Π. στην Προσφυγή αρ. 40/2008 και πιο συγκεκριμένα στο απόσπασμα της στη σελίδα 28, παραγρ. Β(α) υπό τον τίτλο «Πρώτη Ενότητα», καθώς και στο απόσπασμα στη σελίδα 29, παράγρ. Β(γ) υπό τον τίτλο «Τρίτη Ενότητα» για να ισχυριστεί ότι από τα πιο πάνω αποσπάσματα είναι ξεκάθαρο ότι η Α.Α.Π. δέχτηκε τη θέση της ότι η αναφορά που γίνεται στην προκήρυξη σύμβασης (διαγωνισμού) ότι δεν απαιτείτο η παροχή εγγύησης αφορούσε μόνο το στάδιο προεπιλογής και όχι τα επόμενα στάδια.

Η αναφορά στην προκήρυξη, προσθέτει η Α.Α., ότι δεν χρειαζόταν παροχή ασφάλειας και εγγύησης δεν μπορεί να διαβάζεται επιλεκτικά αλλά μέσα στο πλαίσιο μελέτης

ολόκληρης της προκήρυξης και πιο συγκεκριμένα δεν μπορεί να παραγνωρίζεται η παράγραφος 4.1.iii του Παραρτήματος 1, που αναφέρει επί λέξει τα εξής:

«Other particular conditions to which the performance of the contract is subject (if applicable)»

Η Αναθέτουσα Αρχή απάντησε «Yes»

«If yes, description of particular conditions».

Η Α.Α. απάντησε *«will depend on the discussions during the competitive dialogue phase. This is a prequalification phase».*

Σημειώνεται, προσθέτει η Α.Α., ότι σύμφωνα με το άρθρο 41(6) του Ν. 12(Ι)/2006, η δημοσίευση της προκήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, υπερισχύει της δημοσίευσης οποιασδήποτε άλλης δημοσίευσης συμπεριλαμβανομένης και της δημοσίευσης της προκήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας.

Η Α.Α. επαναλαμβάνει και τονίζει ότι με την πιο πάνω απόφασή της η Α.Α.Π. δέχτηκε πλήρως το δικαίωμα της Α.Α. να ζητήσει την υποβολή εγγυήσεων και στο παρόν στάδιο και στο τελικό στάδιο της διαδικασίας. Συμμορφούμενη με την απόφαση αυτή σε ό,τι αφορά την εγγύηση πιστής εκτέλεσης η Α.Α. επέτρεψε σε οποιοδήποτε τρίτο νομικό πρόσωπο να υπογράψει την εγγύηση πιστής εκτέλεσης εφόσον ικανοποιεί την Α.Α. ότι μπορεί να δώσει την πιο πάνω εγγύηση. Η τροποποίηση που έγινε έχει επί λέξει ως εξής:

«23. Performance Guarantee

The guarantee referred to in Clause 26 of the draft Contract and in Schedule 26 to the draft Contract (Schedule 5 to the Invitation to Participate) must be signed and executed by any entity (other than the Contractor) that proves to the satisfaction of the Contracting Authority that it can suitably perform all the obligations under the Contract.»

Ενόψει του γεγονότος, καταλήγει η Α.Α., ότι η μορφή της Εγγύησης Πιστής Εκτέλεσης θα αντικατοπτρίζει τις πρόνοιες της λύσης και ενόψει του ότι οι διάφορες πτυχές της λύσης θα οριστικοποιηθούν με την ολοκλήρωση του Διαλόγου η ως άνω τροποποίηση προσφέρει ευελιξία στα δύο εμπλεκόμενα μέρη (την Α.Α. και τους Συμμετέχοντες).

Απαντώντας στις θέσεις του Αιτητή αναφορικά με τον Καν. 17 της Κ.Δ.Π. 492/2004 και την ορθή ερμηνεία του, η Α.Α. υποστηρίζει ότι ορθά τον έχει εφαρμόσει και παραθέτει το περιεχόμενό του σύμφωνα με το οποίο:

«Εκτός όπου ορίζεται διαφορετικά στα έγγραφα προσφορών, ο οικονομικός φορέας στον οποίο ανατέθηκε η σύμβαση υποχρεούται, με την υπογραφή της σύμβασης, να καταθέσει εγγύηση πιστής εκτέλεσης των όρων της σύμβασης, με τη μορφή που καθορίζεται στα έγγραφα προσφορών».

Τα «έγγραφα προσφορών», όπως ορίζονται στον Καν. 17 πιο πάνω, τονίζει η Α.Α., θα εκδοθούν στο τρίτο στάδιο της διαδικασίας και θα αποτελούν το έγγραφο Πρόσκληση για Υποβολή Προσφορών (Invitation to Tender) «ITT» και θα εκδοθούν μετά που θα καθορισθούν οι ανάγκες της Α.Α.. Όπως φαίνεται και από τον Καν. 8(1) της Κ.Δ.Π. 492/2004, σύμφωνα με τον οποίο «Αντίγραφα της προκήρυξης μαζί με τα έγγραφα προσφορών, συνοδευόμενα με αντικειμενική εκτίμηση κόστους.....» τα έγγραφα προσφορών αποτελούν ξεχωριστά έγγραφα από την προκήρυξη και ως εκ τούτου δεν μπορεί ο Αιτητής να αναφέρεται στην προκήρυξη και το RFA ως έγγραφα προσφορών.

Το έγγραφο «ITT» θα καθορίζει, μεταξύ άλλων, τους όρους, τους κανόνες, τις διαδικασίες και τις προϋποθέσεις υποβολής των προσφορών των Συμμετεχόντων, της υπογραφής της τελικής Σύμβασης και της Εγγύησης Πιστής Εκτέλεσης.

Το έγγραφο «ITP» (το δεύτερο στάδιο του Διαγωνισμού) θέτει τους βασικούς όρους, κανόνες και διαδικασίες διεξαγωγής του Διαλόγου (το δεύτερο στάδιο της διαδικασίας) στο οποίο γίνεται μια απλή ενημέρωση των Συμμετεχόντων αναφορικά με την εγγύηση πιστής εκτέλεσης.

Ενόψει των πιο πάνω, καταλήγει η Α.Α., ο ισχυρισμός του Αιτητή ότι η Α.Α. καθόρισε διαφορετική ή/και δεν καθόρισε οποιαδήποτε μορφή εγγύησης στο έγγραφο «RFA» είναι ανυπόστατος. Κανένα έργο του δημοσίου δεν ανατέθηκε χωρίς να συνοδεύεται με εγγύηση πιστής εκτέλεσης.

Άνιση Μεταχείριση των Συμμετεχόντων

Ο ισχυρισμός του Αιτητή ότι η πράξη και η απόφαση της Α.Α. περιορίζει και καταστρατηγεί την έννοια του υγιούς ανταγωνισμού ή/και αποτελεί δυσμενή διάκριση ή/και άνιση μεταχείριση ή/και οδηγεί στην εξυπηρέτηση συγκεκριμένων Συμμετεχόντων στον Ανταγωνιστικό Διάλογο δεν ευσταθεί.

Η Α.Α. παραθέτει την παράγραφο 23 του «ΙΤΡ», όπως τροποποιήθηκε από την Α.Α. και περαιτέρω ισχυρίζεται ότι με αυτήν έδωσε μια ευέλικτη λύση στο θέμα του παροχέα της Εγγύησης Πιστής Εκτέλεσης, η οποία επιτρέπει σε οποιοδήποτε τρίτο νομικό πρόσωπο να υπογράψει την εγγύηση πιστής εκτέλεσης εφόσον ικανοποιεί την Α.Α. ότι μπορεί να δώσει την πιο πάνω εγγύηση.

Αρχές της διαφάνειας

Οι ισχυρισμοί του Αιτητή ότι η απόφαση της Α.Α. αντιβαίνει τις αρχές της διαφάνειας ή/και λήφθηκε χωρίς δέουσα έρευνα ή/και υπήρξε αποτέλεσμα κακής άσκησης της παρεχόμενης διακριτικής ευχέρειας ή/και δεν εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον ή/και δεν είναι δεόντως και επαρκώς αιτιολογημένη είναι γενικοί και αόριστοι και δεν ευσταθούν.

Ο καθορισμός ειδικών και αντικειμενικών κριτηρίων

Στον ισχυρισμό του Αιτητή ότι η Α.Α. δεν καθορίζει ειδικά και αντικειμενικά κριτήρια βάσει των οποίων θα κριθεί το αποδεκτό της Οντότητας που θα προσφέρει τη ζητούμενη εγγύηση πιστής εκτέλεσης η Α.Α. απαντά ότι στο παρόν στάδιο δεν είναι εφικτός ο καθορισμός. Η μορφή της εν λόγω εγγύησης και της Σύμβασης θα εξαρτηθεί

από την έκβαση του Διαλόγου όπου θα καθοριστούν όλες οι πτυχές της λύσης και οι ανάγκες της Α.Α. Αυτό έχει τονισθεί επανειλημμένα στους τρεις Συμμετέχοντες από την έκδοση του πρώτου «ΙΤΡ» στις 6.5.2008. Άλλωστε γι' αυτό το λόγο επιλέγηκε η διαδικασία του Ανταγωνιστικού Διαλόγου για αυτό το έργο.

Υπέρβαση της παρεχόμενης εξουσίας

Η Α.Α. αντικρούει την ερμηνεία του Αιτητή και αντίθετα υπεραμύνεται της δικής της ερμηνείας αναφορικά με το περιεχόμενο του Καν. 17 της Κ.Δ.Π. 492/2004, παραπέμπει στο περιεχόμενο του και ισχυρίζεται ότι η μορφή της εγγύησης πιστής εκτέλεσης καθορίζεται από τις Α.Α. στα έγγραφα προσφοράς αναλόγως της φύσης και των αναγκών του κάθε έργου και δύναται να έχει χρηματική ή/και άλλη μορφή. Ο Κανονισμός δεν περιορίζει τη μορφή της εγγύησης πιστής εκτέλεσης σε οικονομική/χρηματική εγγύηση και μόνο.

Λόγω της πολυπλοκότητας του έργου και για σκοπούς προστασίας του δημοσίου συμφέροντος η Α.Α. δεν θα ήταν σωστό και ούτε μπορεί να δεσμευτεί στο παρόν στάδιο για τη μορφή της εγγύησης εφόσον οι προδιαγραφές της λύσης δεν έχουν ακόμη καθοριστεί. Η λύση θα καθοριστεί και θα συγκεκριμενοποιηθεί με την ολοκλήρωση του Διαλόγου και ως εκ τούτου η μορφή της εγγύησης πιστής εκτέλεσης θα καθοριστεί μετά το πέρας των συζητήσεων με τους Συμμετέχοντες κατά το τρίτο στάδιο της διαδικασίας με το έγγραφο «ΙΤΤ» όπως προνοεί ο Κανονισμός 17 της Κ.Δ.Π. 492/2004.

Υπογραφή της εγγύησης πιστής εκτέλεσης από οποιοδήποτε τρίτο νομικό πρόσωπο

Η θέση της Α.Α. είναι ότι το λεκτικό της παραγράφου 23 επιτρέπει σε οποιοδήποτε τρίτο νομικό πρόσωπο να υπογράψει την εγγύηση πιστής εκτέλεσης εφόσον ικανοποιεί την Α.Α. ότι μπορεί να δώσει εγγύηση πιστής εκτέλεσης. Η Α.Α. ουσιαστικά εφάρμοσε τον ορισμό της «Σύμβασης Εγγύησης» όπως καθορίζεται στο άρθρο 84 του περί Συμβάσεων Νόμου, Κεφ. 149, σύμφωνα με το οποίο «*Σύμβαση Εγγύησης είναι η σύμβαση προς εκπλήρωση της υπόσχεσης ή υποχρέωσης τρίτου, σε περίπτωση μη εκπλήρωσης από τον τρίτο.....*». Η θέση του Αιτητή ότι η πράξη της Α.Α. να επιτρέψει

σε οποιοδήποτε τρίτο νομικό πρόσωπο να υπογράψει την εγγύηση πιστής εκτέλεσης, συνιστά δυσμενή διάκριση και άνιση μεταχείριση του Αιτητή, δεν ευσταθεί.

Τελειώνοντας η Α.Α. αναφέρει ότι εξέτασε με αντικειμενικότητα όλα τα θέματα που τέθηκαν και αφού έλαβε υπόψη όλα τα γεγονότα και περιστατικά της υπόθεσης και με βάση τους ισχύοντες νόμους και κανονισμούς και το διατακτικό της απόφασης της Α.Α.Π. στην Ι.Π. 40/2008 προέβη στις ανάλογες τροποποιήσεις συμμορφούμενη πλήρως με το διατακτικό της πιο πάνω απόφασης. Η Α.Α. ενήργησε με γνώμονα το δημόσιο συμφέρον λαμβάνοντας υπόψη τις αρχές της χρηστής διοίκησης, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης.

Ως εκ τούτου η εισήγηση της Α.Α. είναι όπως η Ιεραρχική Προσφυγή απορριφθεί.

Z. Αφού ακούσαμε τις θέσεις των δυο πλευρών και αφού μελετήσαμε τους Διοικητικούς Φακέλους της υπόθεσης καταλήγουμε στα ακόλουθα:

Με την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή ο Αιτητής στρέφεται εναντίον της απόφασης της Α.Α. να περιλάβει στην τροποποιηθείσα Πρόσκληση Συμμετοχής (ΙΤΡ), ημερομηνίας 21.1.2009 τον ακόλουθο όρο:

«The guarantee referred to in Clause 26 of the draft Contract and in Schedule 26 to the draft Contract (Schedule 5 to the Invitation to Participate) must be signed and executed by any entity (other than the Contractor) which satisfies the Contracting Authority that it can suitable perform all the obligations under the Contract»,

του οποίου αξιώνει την ακύρωση και διαζευκτικά την τροποποίηση, για τους λόγους που υποστηρίχτηκαν από τον Αιτητή και καταγράφονται ανωτέρω.

I. ΟΙ ΠΡΟΕΞΕΤΑΣΤΙΚΕΣ ΕΝΣΤΑΣΕΙΣ ΑΝΑΦΟΡΙΚΑ ΜΕ ΤΗΝ ΑΚΥΡΩΣΗ ΤΟΥ ΟΡΟΥ

Τόσο κατά το στάδιο των γραπτών αγορεύσεων όσο και κατά την ενώπιον μας διαδικασία εγέρθηκαν δύο προεξεταστικές ενστάσεις εκ μέρους της Α.Α. αφορώσες η μιν πρώτη το ζήτημα της εκτελεστότητας της προσβαλλόμενης πράξης και η δεύτερη το θέμα της ύπαρξης εννόμου συμφέροντος.

Η ένσταση που αφορά την εκτελεστότητα της πράξης εξετάζεται πρώτη, αφού άπτεται του παραδεκτού της προσφυγής. Θεωρούμε το εν λόγω ζήτημα εξαντλημένο νομολογιακά και άρρηκτα συνδεδεμένο με την απόφαση μας επί του ιδίου εγερθέντος ζητήματος στην προσφυγή 40/2008. Η εκτελεστότητα είναι εννοιολογικό στοιχείο της διοικητικής πράξης συνιστάμενο στην εξ αυτής δημιουργία έννομων αποτελεσμάτων για τα υποκείμενα της. Οι ενδιάμεσες δε της περάτωσης της σύνθετης του διαγωνισμού διοικητικής ενέργειας πράξεις προσβάλλονται παραδεκτά εάν από μόνες τους διατηρούν την ιδιότητα της εκτελεστότητας προ της ενσωματώσεως τους σε μεταγενέστερη διοικητική πράξη. Η προσβαλλόμενη απόφαση αποτελούσα ενδιάμεση της σύνθετης διοικητικής ενέργειας του διαγωνισμού πράξης διατηρούσα κατά το κρίσιμο χρόνο την αυτοτέλεια της *κρίνουμε ότι ενέχει το χαρακτηριστικό της εκτελεστότητας ως πράξη επιβάλλουσα υποχρέωση μη υφιστάμενη προ της εκδόσεως της*. Απορρίπτουμε συνεπώς την εν λόγω προεξεταστική ένσταση για την αξίωση του Αιτητή αναφορικά με την ακύρωση της επίμαχης πράξης.

Προχωρώντας δε στην εξέταση της δεύτερης προεξεταστικής ένστασης εδραζόμενης στον ισχυρισμό για έλλειψη εννόμου συμφέροντος από τον Αιτητή κατά τον κρίσιμο χρόνο διαπιστώνουμε ότι εκ της ιδιότητας του Αιτητή ως προτιθέμενου προσφοροδότη και υποψήφιου ανάδοχου του επίμαχου διαγωνισμού παρέχεται τεκμηρίωση του εννόμου συμφέροντος του. Μπορεί μιν τα συμφέροντα του να μιν θίγονται κατά τη παρούσα στιγμή, διαφαίνεται όμως από τα γεγονότα η βεβαιότητα απειλής του στο μέλλον, στοιχείο που διασφαλίζει το στοιχείο του «ενεστώτος» της ύπαρξης του συμφέροντος του αναφορικά όμως κι εδώ με την αξίωση του Αιτητή για ακύρωση του εν λόγω όρου ένεκα του βέβαιου επιβολής της υποχρέωσης αυτής.

II. ΕΠΙ ΤΗΣ ΟΥΣΙΑΣ

A. Η ΑΞΙΩΣΗ ΓΙΑ ΑΚΥΡΩΣΗ ΤΟΥ ΟΡΟΥ

Την αξίωσή του για ακύρωση του επίμαχου όρου της Πρόσκλησης Συμμετοχής (ΙΤΡ) στηρίζει ο Αιτητής στον ακόλουθο όρο που περιέχεται στο μέρος «III.1» της Προκήρυξης υπό τον τίτλο «Όροι που αφορούν τη Σύμβαση» και διαλαμβάνει:

«III.1.1 Παροχή ασφάλειας και εγγυήσεις που απαιτούνται: Όχι».

Είναι η θέση του Αιτητή ότι η Α.Α. εμποδίζεται και δεν της επιτρέπεται να περιλάβει στην Πρόσκληση Συμμετοχής τον επίμαχο όρο γιατί αυτός συγκρούεται και/ή βρίσκεται σε αντίθεση με το περιεχόμενο του ανωτέρω όρου της Προκήρυξης. Η Πρόσκληση Συμμετοχής, κατά τον Αιτητή, είναι έγγραφο υπάλληλο της Προκήρυξης η οποία πλαισιώνει την όλη διαδικασία του Διαγωνισμού μέχρι την υπογραφή και την εκτέλεση της Σύμβασης και τα μεταγενέστερα της Προκήρυξης έγγραφα μπορούν να διαμορφωθούν όπως θα κρίνει η Α.Α., πάντοτε όμως με τους περιορισμούς που η ίδια έθεσε και τις ευχέρειες που η ίδια επεφύλαξε με την Προκήρυξη.

Ισχυρίζεται μάλιστα ότι το ζήτημα αυτό έχει ήδη κριθεί και αποφασισθεί υπέρ της θέσεως του από την Α.Α.Π. με την απόφασή της ημερ. 3.11.2008 στην Ι.Π. 40/2008 και ότι η συμπερίληψη του επίμαχου όρου στην τροποποιηθείσα Πρόσκληση Συμμετοχής συνιστά μη συμμόρφωση της Α.Α. στην εν λόγω απόφαση της Α.Α.Π.

Για ευνόητους λόγους εξετάζουμε πρώτα τον ισχυρισμό του Αιτητή για μη συμμόρφωση της Α.Α. με την απόφαση της Α.Α.Π. σε σχέση με τον επίμαχο όρο.

Για να στηρίξει τον ισχυρισμό του αυτό ο Αιτητής παραπέμπει στο υπό Β(α) Πρώτη Ενότητα, σελ. 28 απόσπασμα της ανωτέρω αναφερόμενης απόφασης της Α.Α.Π. ισχυριζόμενος ότι η Α.Α.Π. έκανε δεκτές όλες τις θέσεις του Αιτητή και ρητά έκαμε

αναφορά στο ότι οι οποιοδήποτε όροι του ITP δεν μπορούν να βρίσκονται σε αντίθεση με το RFA.

Έχουμε μελετήσει επισταμένα και με προσοχή το απόσπασμα από την απόφαση της Α.Α.Π. στο οποίο παραπέμπει ο Αιτητής. Το συμπέρασμα που εξάγεται είναι ότι στο απόσπασμα αυτό η Α.Α.Π. πραγματεύεται και εξετάζει βασικά την απαίτηση της Α.Α. να υποχρεώσει τον «τρίτο» να υπογράψει την εγγύηση εκτέλεσης και να προσυπογράψει την ίδια τη Σύμβαση μαζί με το Συμμέτοχο. Τεκμηριώνεται από το περιεχόμενο της τελευταίας παραγράφου του αποσπάσματος ότι, σ' αυτό, το μόνο θέμα για το οποίο υπήρχε κατάληξη και απόφαση της Α.Α.Π. είναι αυτό που αναφέρεται στην απαίτηση για υπογραφή από τον «τρίτο» της εγγύησης εκτέλεσης και προσυπογραφής της ίδιας της Σύμβασης μαζί με το Συμμέτοχο. Αντίθετα, δεν τεκμηριώνεται από το απόσπασμα αυτό, αλλά ούτε και μέσα από το συνολικό περιεχόμενο αυτής της Απόφασης, ο ισχυρισμός του Αιτητή ότι η Α.Α.Π. αποφάσισε ότι η Α.Α. δεσμεύεται από την Προκήρυξη να μη ζητήσει εγγύηση είτε για το δεύτερο είτε για το τρίτο στάδιο της διαδικασίας και ιδιαίτερα εγγύηση πιστής εκτέλεσης της Σύμβασης. Το συμπέρασμα αυτό ενισχύεται και τεκμηριώνεται και από τη μελέτη του αποσπάσματος της ίδιας Απόφασης υπό Β(γ) Τρίτη Ενότητα, σελ. 29, όπου το εύρημα και/ή η κρίση της Α.Α.Π. είναι ότι για το δεύτερο στάδιο του Διαγωνισμού δεν απαιτείται εγγύηση συμμετοχής τόσο μεγάλου βαθμού και ότι *«το ζητηθέν ποσό του €1.000.000 ως εγγύηση συμμετοχής, είναι υπερβολικό εφόσον θα ζητηθεί από τους προσφοροδότες στο τελικό στάδιο Εγγύηση Συμμετοχής όταν θα είναι γνωστή και η εκτιμώμενη αξία του έργου. Ως εκ τούτου πρέπει η Αναθέτουσα Αρχή να επανεξετάσει το θέμα αυτό και να μειώσει το ζητηθέν ποσό»*.

Ούτε όμως η εν λόγω απόφαση δημιουργεί δεδουλευμένο υπέρ της θέσεως της Α.Α. ως η δική της εισήγηση, ήτοι ότι η Α.Α.Π. στην Ιεραρχική Προσφυγή 40/2008 αποφάνθηκε αρνητικά επί του δικαιώματος της πρώτης να ζητήσει την επιβολή εγγυήσεων τόσο στο στάδιο της συμμετοχής όσο και στο στάδιο της εκτέλεσης. Το θέμα που εγείρεται στην παρούσα αναφορικά με την εγγύηση εις αυτό το στάδιο δεν είχε εγερθεί κατά την ανωτέρω προσφυγή. Πιο συγκεκριμένα ο Αιτητής ζητούσε κατά τον κρίσιμο χρόνο την τροποποίηση ή την ακύρωση των πιο κάτω όρων:

- (i) την πρόνοια του όρου ότι ο τρίτος στον οποίο ο Συμμέτοχος στηρίχθηκε σε σχέση με τις απαιτήσεις για την οικονομική κατάσταση θα πρέπει να υπογράψει την Εγγύηση Εκτέλεσης και να προσυπογράψει την ίδια τη Συμφωνία που αφορά την Αναθέτουσα Αρχή και τον Συμμέτοχο που θα έχει επιτύχει,
- (ii) την πρόνοια του όρου ότι δεν επιτρέπεται η αντικατάσταση του τρίτου στον οποίο ο Συμμέτοχος στηρίχθηκε σε σχέση με τις απαιτήσεις για την οικονομική κατάσταση, ενώ επιτρέπεται η αντικατάσταση του τρίτου στον οποίο ο Συμμέτοχος στηρίχθηκε σε σχέση με την πείρα,
- (iii) την πρόνοια του όρου που απαιτεί κατάθεση Εγγύηση Συμμετοχής για συμμετοχή στον Ανταγωνιστικό Διάλογο ύψους €1.000.000,
- (iv) την πρόνοια του όρου που ορίζει σε 5 μέρες το χρόνο από την υποβολή της Αποδοχής για συμμετοχή στον Ανταγωνιστικό Διάλογο μέχρι την πρώτη Συνάντηση Παρουσίασης της Λύσης (High Level IT Architecture Meeting),
- (v) την πρόνοια του όρου που ορίζει σε 5 μέρες το χρόνο μεταξύ της κοινοποίησης των τελικών θέσεων της Αναθέτουσας Αρχής για τους όρους του Ανταγωνιστικού Διαλόγου και της Δήλωσης Συμμετοχής και της κατάθεσης της Εγγύησης Συμμετοχής.

Ό,τι συνεπώς ελέχθη από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών αναφορικά με τις παρούσες αξιώσεις του Αιτητή τέθηκαν υπό μορφή σχολίου. Συνεπώς το ως άνω ζήτημα τίθεται προς απόφαση εις την παρούσα διαδικασία και θα αναλυθεί κατωτέρω.

Μια τεκμηριωμένη θέση στο πιο πάνω καινοφανές ζήτημα δεν μπορεί παρά να θέσει προς μελέτη αυτή την ίδια τη φύση του «Ανταγωνιστικού Διαλόγου». Ο τελευταίος είναι μια καινούρια διαδικασία που εισήχθη πρώτη φορά με την οδηγία 2004/18/EK και χωρεί εφαρμογής στις περιπτώσεις ιδιαίτερα πολύπλοκων συμβάσεων σύμφωνα και με το άρθρο 31 του Ν. 12 (I)/06 εφόσον προηγηθεί κρίση ότι η χρησιμοποίηση της ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας δεν επιτρέπουν την ανάθεση της σύμβασης ένεκα του γεγονότος ότι στις εν λόγω συμβάσεις η Α.Α. αδυνατεί να γνωρίζει a priori διάφορες παραμέτρους

της επιδιωκόμενης σύμβασης και/ή αδυνατεί να καθορίσει τα τεχνικά μέσα και/ή να προσδιορίσει τη νομική ή χρηματοοικονομική οργάνωση του σχεδίου της.

Η προκήρυξη του διαγωνισμού που πραγματώνεται στα πλαίσια ανταγωνιστικού διαλόγου αποτελείται από ένα πλαίσιο γνωστοποίησης σε γενικές γραμμές των αναγκών και απαιτήσεων της Α.Α. υπό τύπο περιγράμματος στόχων αφού εκ της επιλεγόμενης διαδικασίας είναι δεδομένη η αδυναμία ακριβούς καταγραφή των αναγκών και απαιτήσεων της Α.Α. (βλ. Αχιλλεύς Αιμιλιανίδης, Το δίκαιο των δημοσίων Συμβάσεων, 2007, σελ.111). Σκοπός της ακολουθούμενης διαδικασίας είναι η διερεύνηση και ο προσδιορισμός των μέσων που θα μπορούσαν να ικανοποιήσουν τις ανάγκες της Α.Α. με τον καλύτερο δυνατό τρόπο. Ο διάλογος με τους *υποψήφιους* έπεται του πρώτου σταδίου της διαδικασίας ήτοι της διαδικασίας επιλογής των συμμετεχόντων στον ανταγωνιστικό διάλογο και συνεχίζεται μέχρι τον προσδιορισμό των αναγκών των αναθετουσών αρχών μέσα κι από τη σύγκριση των προτεινόμενων λύσεων ενώ δύναται να εκτείνεται στο σύνολο των πτυχών της σύμβασης. Μετά τη λήξη του διαλόγου υποβάλλονται οι προσφορές στη βάση των λύσεων που προσδιορίστηκαν κατά τη διάρκεια του διαλόγου οι οποίες αποτελούν την υποδομή της κατάρτισης των όρων της επίμαχης σύμβασης και τέλος ακολουθεί ανάθεση της σχετικής συμβάσεως αποκλειστικά στη βάση του κριτηρίου της πλέον συμφέρουσας από οικονομικής απόψεως προσφοράς.

Εκ της φύσεως και της ιδιαιτερότητας του ανταγωνιστικού διαλόγου τα στάδια του αποτελούνται από *διακριτές το καθένα διαδικασίες και πλαίσια*, διαμορφούμενα εκ του αμέσως προγενέστερου τους σταδίου. Και τούτο είναι λογικό αφού αποτελούν και τα τρία φάσεις διαμόρφωσης των εκ των προτέρων άγνωστων ως επί το πλείστον βασικών όρων του διαγωνισμού. Γι' αυτό και η διαδικασία χρησιμοποίησης του ανταγωνιστικού διαλόγου προϋποθέτει αιτιολογημένη απόφαση απορρίπτουσα την ανοικτή ή κλειστή διαδικασία για την ανάθεση μιας σύμβασης. Οι υποψήφιοι με μια απλουστευμένη μεταφορά εισέρχονται στη διαδικασία υπό καθεστώς αβεβαιότητας ως επί το πλείστον αναφορικά με τα απαιτούμενα της υπό διαμόρφωση σύμβασης αναμένοντας τη διαμόρφωση των όρων στην πορεία της διαδικασίας. Με την περάτωση κάθε σταδίου τα

πράγματα ξεκαθαρίζουν περισσότερο θέτοντας ασφαλέστερες βάσεις για κάθε επόμενο στάδιο έχοντας πλέον στα χέρια τους οι Α.Α. πληροφορίες που απουσίαζαν εξ αρχής.

Η διακριτότητα των σταδίων του ανταγωνιστικού διαλόγου επιτρέπει και /ή εξ ανάγκης υπαγάγει το κάθε στάδιο σε συγκεκριμένο πλαίσιο. Εκ της μελέτης ολόκληρου του κειμένου της προκήρυξης με άξονα τη συστηματική και λογική ερμηνεία της δεν μπορούμε παρά να αποδεχτούμε τον ισχυρισμό της Α.Α. ότι η αναφορά που γίνεται στην προκήρυξη της σύμβασης ότι δεν απαιτείται η παροχή εγγύησης αφορά μόνο το στάδιο προεπιλογής. Ισχυρισμός που επιβεβαιώνεται (καθοδηγητικά, αφού τίθεται σε μορφή σχολίου ένεκα ότι το παρόν δεν ήτο επίδικο θέμα σε αυτή) και από την απόφαση της Α.Α.Π. στην 40/2008 όπου προέβη σε υπόδειξη για τροποποίηση του προσβαλλόμενου εις εκείνο το στάδιο όρου στη βάση της αρχής της αναλογικότητας και όχι σε ακύρωση του. Στα πλαίσια του κειμένου της Προκηρύξεως η Α.Α. σαφώς έχει επιφυλαχθεί για την υπαγωγή της εκτελέσεως της σύμβασης σε περαιτέρω όρους που όμως θα διαμορφώνοντο στη συνέχεια στα πλαίσια της εξέλιξης της διαδικασίας του ανταγωνιστικού διαλόγου.

Εκ της απλής λογικής από η στιγμή που τίθεται εγγύηση σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορεί παρά να γίνεται αποδεκτή η αξίωση εγγύησης στο μεταγενέστερο εν προκειμένω ουσιαστικότερο στάδιο. Θα ήτο δε παράλογο να απουσίαζε η αξίωση εγγύησης σε έργο του αυτού βεληνεκούς. Σε τέτοια περίπτωση η έννοια του «δημοσίου συμφέροντος» θα παρέμενε μετέωρη και εκτεθειμένη.

Όντως η προκήρυξη αποτελεί το πλαίσιο κάθε διαγωνισμού. Αναφορικά όμως με το θεσμό του Ανταγωνιστικού Διαλόγου περιορίζεται όχι στη θέση όρων αλλά στην γνωστοποίηση σε γενικές γραμμές των αναγκών της Α.Α. υπό τύπο περιγράμματος στόχων. Δεν μπορούμε συνεπώς αναγόμενοι στην ιδιαίτερη φύση της διαδικασίας να ερμηνεύσουμε ότι η άρνηση στην προκήρυξη για απαίτηση εγγύησης, αποστερεί από την Α.Α. να την απαιτήσει στα πλαίσια μιας διαδικασίας που στόχο έχει ακριβώς αυτό: τη διαμόρφωση των όρων της Σύμβασης και τη συνακόλουθη ανάθεση της.

Ούτε μπορούμε να αποδεχτούμε τον ισχυρισμό του Αιτητή για παραβίαση εκ της προσβαλλόμενης πράξης του Κανονισμού 17 της Κ.Δ.Π 492/2004 αφού εκ της φύσεως της χρησιμοποιούμενης διαδικασίας, στόχος της οποίας είναι η παροχή μιας ιδιαίτερης ευελιξίας στην Α.Α. όπως καθορίσει τα «έγγραφα των προσφορών» σε μεταγενέστερο της έναρξης του Διαγωνισμού χρόνο, τα τελευταία κατά τον παρόν κρίσιμο χρόνο δεν έχουν καθοριστεί, πράγμα που θα πραγματοποιηθεί μόνο στο τρίτο στάδιο της διαδικασίας.

Τα πιο πάνω έχουν προδιαγράψει την αντιμετώπιση μας αναφορικά με την αξίωση της Αιτήτριας για ακύρωση του επίμαχου όρου. Ως εκ τούτου επιβάλλεται να διερευνήσουμε τη διαζευκτική εισήγηση του Αιτητή.

B. Η ΑΞΙΩΣΗ ΓΙΑ ΤΡΟΠΟΠΟΙΗΣΗ ΤΟΥ ΟΡΟΥ

Θα διερευνήσουμε στο παρόν στάδιο μαζί τόσο τις προδικαστικές ενστάσεις εξεταζόμενες από τη σφαίρα της αξίωσης του Αιτητή για τροποποίηση του επίμαχου όρου όσο και την ουσία της αξίωσης λόγω της έντονης διαπλοκής των δύο ζητημάτων.

Η διαζευκτική εισήγηση και η ανάλογη διαζευκτική αξίωση του Αιτητή βασίζεται στη θέση ότι η σχετική απόφαση της Α.Α. δεν καθορίζει ειδικά και αντικειμενικά κριτήρια με βάση τα οποία θα κριθεί το αποδεκτό της οντότητας που θα προσφέρει τη ζητούμενη εγγύηση εκτέλεσης. Ανησυχεί περαιτέρω τον Αιτητή η διευκρινιστική απάντηση που δόθηκε σε σχετική ερώτηση του, ότι δηλαδή η Α.Α. αποδέχεται οποιαδήποτε οντότητα όπως προσφέρει την εγγύηση εκτέλεσης. Αυτό, ισχυρίστηκε ο Αιτητής, συνιστά δυσμενή και άνιση εναντίον του μεταχείριση δεδομένου ότι το περιεχόμενο του όρου αποφασίστηκε σε στάδιο που ήταν πλέον γνωστοί στην Α.Α. οι Συμμέτοχοι και τα δεδομένα που αφορούσαν τον καθένα από αυτούς. Περαιτέρω ισχυρίστηκε ότι τα πιο πάνω αποτελούν παραβίαση του κανονισμού 17 της Κ.Δ.Π. 492/2004 καθώς και υπέρβαση εξουσίας αφού η εν λόγω εγγύηση θα έπρεπε να έχει μόνο οικονομική αναφορά.

Λαμβανομένης υπόψη της φύσεως του Διαγωνισμού και του σταδίου στο οποίο βρίσκεται (προ ακόμη της ενάρξεως του κατ' ουσία διαλόγου) κρίνουμε ορθή και βάσιμη

τη θέση της Α.Α. ότι στο παρόν στάδιο δεν είναι εφικτό να καθοριστούν ειδικά και αντικειμενικά κριτήρια βάσει των οποίων θα κριθεί το αποδεκτό της οντότητας που θα προσφέρει τη ζητούμενη εγγύηση πιστής εκτέλεσης. Η μορφή της εν λόγω Εγγύησης και της Σύμβασης θα εξαρτηθεί από την έκβαση του Διαλόγου όπου θα καθοριστούν όλες οι πτυχές της προτιθέμενης σύμβασης στη βάση των αναγκών της Α.Α.

Τη θέση αυτή, η Α.Α. έχει διατυπώσει τόσο στη Γραπτή της Έκθεση όσο κι επανειλημμένα ενώπιον μας κατά την ακροαματική διαδικασία κι έγινε καθαρή η θέση της ότι στο κατάλληλο στάδιο της διαδικασίας θα καθορίσει αντικειμενικά κριτήρια βάσει των οποίων θα κριθεί το αποδεκτό της οντότητας που θα προσφέρει τη ζητούμενη εγγύηση πιστής εκτέλεσης.

Το καίριο στην παρούσα είναι το γεγονός ότι ο εν λόγω όρος είναι υπό διαμόρφωση με αποτέλεσμα κάθε αίτημα για τροποποίηση του να καθίσταται πρόωρο. Η οποιαδήποτε αντίθεση του στη νομιμότητα θα μπορεί να προσβληθεί ενώπιον μας μετά την τελική του διαμόρφωση και έκδοση.

Απορρίπτουμε ως εκ τούτου και τη διαζευκτική αυτή αξίωση του Αιτητή. Δεν μπορούμε όμως παρά να εκφράσουμε τη διαφωνία μας με τον ισχυρισμό του Αιτητή για δυσμενή διάκριση, βασισμένο στο χρόνο διαμόρφωσης του προκείμενου όρου. Είναι στη φύση αυτού του είδους του Διαγωνισμού η εξελικτική διαμόρφωση των όρων που θα οδηγήσουν στη τελική σύμβαση. Αποτέλεσμα αυτού θα είναι ότι σε διάφορες φάσεις της διαδικασίας θα πραγματοποιείται διαμόρφωση των όρων σε χρονικά σημεία που περισσότερα στοιχεία θα είναι γνωστά για τους εν δυνάμει προσφοροδότες. Εάν όμως στοιχειοθετείτο ότι η διαμόρφωση των όρων αφίσταται της λογικής και των αναγκών της Α.Α. και διενεργείται επί σκοπώ αποκλεισμού συγκεκριμένου προσφοροδότη θα μπορούσε να γίνει δεκτός τέτοιος ισχυρισμός. Είναι όμως τόσο ευρύ το πεδίο που προσφέρει η αρχική διαμόρφωση του προκείμενου όρου που μόνο αν δεν έχει αντικειμενικό έρεισμα η απαίτηση για προσφορά της εγγύησης από οντότητα άλλη από τον κάθε εν δυνάμει προσφέροντα και γίνεται για σκοπούς αποκλεισμού του αδικαιολόγητα και αστήρικτα μόνο τότε θα μπορούσε να εξεύρει έρεισμα δεδομένης και της εξεδηλωμένης πρόθεσης της Α.Α. να κρίνει τις διάφορες οντότητες στη βάση

κριτηρίων που θα διαμορφωθούν στη συνέχεια του Διαγωνισμού, νοείται στο κατάλληλο στάδιο.

Με βάση όλα τα πιο πάνω καταλήγουμε ομόφωνα ότι η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή απορρίπτεται και η προσβαλλόμενη απόφαση της Α.Α. επικυρώνεται.

Δεν επιδικάζονται έξοδα επί της διαδικασίας.