



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. 37/2020

Μεταξύ:

ZENDIA (MACHINERY) LIMITED

Αιτητών

v.

ΔΗΜΟΥ ΛΕΜΕΣΟΥ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτητές:

ZENDIA (MACHINERY) LIMITED

Αντιπροσωπεύθηκε από τον:

1. Χριστάκη Θ. Χριστάκη, Δικηγόρο

Αναθέτουσα Αρχή:

ΔΗΜΟΣ ΛΕΜΕΣΟΥ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Έλενα Ρήγα, Δικηγόρο για Ηλίας Νεοκλέους & Σία ΔΕΠΕ
2. Παύλο Βασιλείου, Δικηγόρο για Ηλίας Νεοκλέους & Σία ΔΕΠΕ
3. Μαρίνα Περικλέους, Νομικό Λειτουργό Αναθέτουσας Αρχής

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 29 Απριλίου, 2021

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Αντικείμενο της παρούσας Προσφυγής, η οποία καταχωρήθηκε στις 26.11.2020 είναι η απόφαση του Δήμου Λεμεσού («η Αναθέτουσα Αρχή») ημερομηνίας 13.11.2020 με την οποία απέρριψε το αίτημα της εταιρείας ZENDIA (MACHINERY) LIMITED («οι Αιτητές») για τροποποίηση των όρων 1.2.12 και 1.4.9 των τεχνικών προδιαγραφών του Εντύπου 8 των εγγράφων του διαγωνισμού με αριθμό 76/2020 και τίτλο *«Προμήθεια και συντήρηση δύο αυτοκινούμενων σαρώθρων με κάδο ωφέλιμου όγκου 4-5 κ.μ.»*.

Ο διαγωνισμός προκηρύχθηκε στις 13.10.2020 με τελευταία ημερομηνία υποβολής προσφορών μετά από δύο παρατάσεις την 27.11.2020.

Οι Αιτητές στις 14.10.2020 ζήτησαν, από την Αναθέτουσα Αρχή, με επιστολή τους ημερ. 13.10.2020, μέσω του ηλεκτρονικού συστήματος e-procurement, μεταξύ άλλων, τροποποίηση των όρων 1.2.12 και 1.4.9. του Εντύπου 8 των τεχνικών προδιαγραφών των εγγράφων του διαγωνισμού, οι οποίες απορρίφθηκαν μέσω του ηλεκτρονικού συστήματος e-procurement, στις 13.11.2020. Η απόρριψη του εν λόγω αιτήματος είχε ως αποτέλεσμα την καταχώρηση της παρούσας προσφυγής στις 26/11/2020.

Η Αναθέτουσα Αρχή έθεσε προδικαστικά ζήτημα εκπρόθεσμου της προσφυγής και έλλειψης δικαιοδοσίας της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών τα οποία ως ζητήματα δημόσιας τάξης θεωρούμε ότι πρέπει να εξεταστούν πρώτα (Βλέπε *Θαλασσινός ν. Δημοκρατίας (1995) 3 Α.Α.Δ. 255, Σύνδεσμος Ασφαλιστικών Εταιρειών Κύπρου ν. Επιτροπής Προστασίας Ανταγωνισμού (2002) 3 Α.Α.Δ. 314, Sigma Radio TV Ltd ν. Αρχής Ραδιοτηλεόρασης Κύπρου (2005) 3 Α.Α.Δ.,130).*

Η Αναθέτουσα Αρχή με την πρώτη προδικαστική ένσταση υποστηρίζει ότι η παρούσα προσφυγή πρέπει να απορριφθεί. Είναι η θέση της ότι είναι εκπρόθεσμη αφού έχει εκπνεύσει η προθεσμία των δέκα ημερολογιακών ημερών που προβλέπει το άρθρο 21 (4) του Περί Διαδικασιών Προσφυγής στον Τομέα Σύναψης των Δημοσίων Συμβάσεων Νόμο, Ν.104(Ι)/2010, «Ο Νόμος» για καταχώρηση προσφυγής, και τονίζει, ότι αυτό ενισχύεται και από τον όρο 5.2.(2) του Μέρους Α, του Διαγωνισμού με τίτλο «Εγγραφή Υποβολή Ερωτήσεων από τους Ενδιαφερόμενους» που προνοεί ότι τυχόν απαντήσεις της Αναθέτουσας Αρχής θα πρέπει να δημοσιεύονται στο ηλεκτρονικό σύστημα e-procurement, εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας. Η απάντηση για απόρριψη του αιτήματος των Αιτητών ισχυρίζεται δεν κοινοποιήθηκε ειδικά, για να έχουν 15 ημέρες

προθεσμία καταχώρησης προσφυγής, αλλά έγινε δημοσίευση στο σύστημα που έχουν πρόσβαση όλοι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς.

Υποστηρίζει επίσης ότι η απάντηση της Αναθέτουσας Αρχής στο αίτημα των Αιτητών η οποία προσβάλλεται με την προσφυγή δεν αφορά την τελική απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής ώστε να τυγχάνουν εφαρμογής τα προβλεπόμενα στο άρ.21 (1)–(3) του Νόμου αλλά η απάντηση σε συγκεκριμένο όρο της προκήρυξης του διαγωνισμού. Συνεπώς εφαρμογής τυγχάνουν τα προβλεπόμενα στο άρ. 21 (4) του Νόμου.

Με τη δεύτερη προδικαστική ένσταση η Αναθέτουσα Αρχή υποστηρίζει ότι η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών στερείται αρμοδιότητας να αποφασίσει επί των όρων του διαγωνισμού καθότι η ακύρωση ή τροποποίηση όρου μπορεί να γίνει πριν την υποβολή των αιτήσεων συμμετοχής ή των προσφορών. Στο στάδιο που βρίσκεται ο διαγωνισμός, αναφέρει, δεν τίθεται ζήτημα τροποποίησης των όρων του διαγωνισμού διότι έχουν ήδη υποβληθεί δύο προσφορές.

Οι Αιτητές, απορρίπτουν τις θέσεις της Αναθέτουσας Αρχής, και υποστηρίζουν ότι στην παρούσα περίπτωση εφαρμογής τυγχάνει το άρθρο 21(1)(α) του Ν.104(Ι)/2010 ώστε η προσφυγή τους είναι εμπρόθεσμη. Καταχώρησαν την

προσφυγή τους εντός 15 ημερών, μετά την ημερομηνία που η απόφαση κοινοποιήθηκε σε αυτούς με ηλεκτρονικά μέσα και/ή τους κοινοποιήθηκε ειδικά όπως προνοείται και από τον όρο 5 των εγγράφων του διαγωνισμού. Δεν αφορά αναφέρουν, πράξεις ή αποφάσεις της Αναθέτουσας Αρχής που περιέχονται στην προκήρυξη ή στα έγγραφα του διαγωνισμού ή σε οποιοδήποτε άλλο έγγραφο σχετικό με τη διαδικασία του διαγωνισμού, ώστε να τυγχάνει εφαρμογής η προθεσμία των 10 ημερών και προς υποστήριξη της θέσης τους παραπέμπουν στην απόφαση της ΑΑΠ στην Ι.Π. 15/2011 Phadisco Ltd v Τμήματος Φαρμακευτικών Υπηρεσιών ημερ. 22.06.2012. Είναι η θέση των Αιτητών ότι «από την στιγμή που ο όρος 5 των εγγράφων του διαγωνισμού προνοεί για ειδική κοινοποίηση της απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής επί των διευκρινήσεων των Αιτητών δεν τυγχάνει εφαρμογής το εδάφιο 4 του άρθρου 21 αλλά το εδάφιο 1».

Αναφορικά με τη δεύτερη προδικαστική ένσταση είναι η θέση τους ότι με βάση το άρθρο 19 του Ν.104(Ι)/2010 υπάρχει δικαίωμα άσκησης προσφυγής εναντίον πράξης ή απόφασης που προηγείται της σύναψης της σύμβασης από οποιονδήποτε έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση και ο οποίος είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημιά από την πράξη αυτή η οποία εικάζεται ότι παραβιάζει το ισχύον δίκαιο.

Έχουμε εξετάσει με προσοχή τις θέσεις των μερών.

Σε σχέση με το ζήτημα του κατ' ισχυρισμό εκπρόθεσμου της προσφυγής το άρθρο 21 του Νόμου στην έκταση που μας ενδιαφέρει έχει ως εξής:

«21.-(1) Η προσφυγή στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών, με την επιφύλαξη των διατάξεων του άρθρου 23 του παρόντος Νόμου, ασκείται:

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

(β) εφόσον χρησιμοποιούνται άλλα μέσα επικοινωνίας,

(i) εντός προθεσμίας δεκαπέντε (15) ημερολογιακών ημερών από την επομένη της ημερομηνίας κατά την οποία απεστάλη η απόφαση της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα στους ενδιαφερόμενους προσφέροντες ή υποψηφίους ή

(ii) εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερολογιακών ημερών από την επομένη της ημερομηνίας παραλαβής της απόφασης της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα.

Για σκοπούς του εδαφίου (1)-

(α) ο όρος «ενδιαφερόμενοι προσφέροντες» σημαίνει τους προσφέροντες, εφόσον δεν έχουν αποκλεισθεί ακόμη οριστικά:

Νοείται ότι, ο αποκλεισμός είναι οριστικός εφόσον έχει κοινοποιηθεί στους ενδιαφερόμενους προσφέροντες και έχει κριθεί νόμιμος με απόφαση του Διοικητικού Δικαστηρίου δυνάμει του Άρθρου 146 του Συντάγματος ή εάν έχει παρέλθει άπρακτη η προθεσμία για άσκηση προσφυγής στο Διοικητικό Δικαστήριο δυνάμει του Άρθρου 146 του Συντάγματος.

(β) ο όρος «ενδιαφερόμενοι υποψήφιοι» σημαίνει τους υποψήφιους, εάν η Αναθέτουσα Αρχή ή ο αναθέτων φορέας δεν έχει παράσχει

πληροφορίες σχετικά με την απόρριψη της αίτησής τους πριν από την κοινοποίηση της απόφασης ανάθεσης στους ενδιαφερομένους προσφέροντες.

(3) Η αναφερόμενη στο εδάφιο (2) κοινοποίηση της απόφαση της Αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα σε όλους τους ενδιαφερομένους προσφέροντες και υποψηφίους συνοδεύεται από:

(α)(i) σύνοψη των σχετικών λόγων για τη ληφθείσα απόφαση, όπως ορίζεται στο εδάφιο (2) του άρθρου 54 του Νόμου 140(I)/2016, τηρουμένων των διατάξεων του εδαφίου (3) του άρθρου 54 του εν λόγω νόμου, ή

(ii) σύνοψη των σχετικών λόγων για τη ληφθείσα απόφαση, όπως ορίζεται στο εδάφιο (2) του άρθρου 71 του Νόμου 140(I)/2016, τηρουμένων των διατάξεων του εδαφίου (3) του άρθρου 7 του εν λόγω νόμου, ή

(iii) σύνοψη των σχετικών λόγων για τη ληφθείσα απόφαση, όπως ορίζεται στην παράγραφο (β) του εδαφίου (1) του άρθρου 36 του Νόμου 11(I)/2017, τηρουμένων των διατάξεων του εδαφίου (2) του άρθρου 36 του εν λόγω νόμου, ή

(iv) σύνοψη των σχετικών λόγων για τη ληφθείσα απόφαση, όπως ορίζεται στο εδάφιο (2) του άρθρου 36 του Νόμου 173(I)/2011, τηρουμένων των διατάξεων του εδαφίου (3) του άρθρου 36 του εν λόγω νόμου, και

(β) σαφή δήλωση της επακριβούς ανασταλτικής προθεσμίας που ισχύει με βάση το άρθρο 22 του παρόντος Νόμου.

(4) Στις περιπτώσεις πράξεων ή αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα που περιέχονται στην προκήρυξη ή στα έγγραφα του διαγωνισμού ή σε οποιοδήποτε άλλο έγγραφο σχετικό με τη διαδικασία του διαγωνισμού και αναφέρονται σε τεχνικές, οικονομικές και χρηματοοικονομικές προδιαγραφές, οι οποίες αποφάσεις δεν υπόκεινται σε ειδική κοινοποίηση, η προσφυγή στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ασκείται εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερολογιακών ημερών από την ημερομηνία δημοσίευσης της πράξης ή της απόφασης.

Σχετικοί με το υπό εξέταση ζήτημα είναι και οι όροι 5.1 «Διευκρινίσεις από την Αναθέτουσα Αρχή» και 5.2 «Έγγραφο Υποβολή Ερωτήσεων από τους Ενδιαφερόμενους» του Μέρους Α ΟΔΗΓΙΕΣ προς ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΥΣ ΦΟΡΕΙΣ των εγγράφων του διαγωνισμού οι οποίοι προνοούν τα εξής:

«5. ΠΑΡΟΧΗ ΔΙΕΥΚΡΙΝΙΣΕΩΝ ΕΠΙ ΤΩΝ ΕΓΓΡΑΦΩΝ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ

5.1 Διευκρινίσεις από την Αναθέτουσα Αρχή

1. Η Αναθέτουσα Αρχή δύναται να προβαίνει σε μικρού εύρους προσθήκες, διορθώσεις ή τροποποιήσεις επί των όρων των Εγγράφων Διαγωνισμού, τις οποίες θα δημοσιεύει στο Σύστημα (www.eprocurement.gov.cy), ενώ σχετική ειδοποίηση θα αποστέλλεται αυτόματα από το Σύστημα σε όλους τους Ενδιαφερόμενους Οικονομικούς Φορείς που έχουν συσχετιστεί με το διαγωνισμό, εντός της προθεσμίας της παραγράφου 2.11.

5.2 Έγγραφο Υποβολή Ερωτήσεων από τους Ενδιαφερόμενους

1. Τυχόν διευκρινιστικές ερωτήσεις, εισηγήσεις, σχόλια ή/και παρατηρήσεις σχετικά με τους όρους των Έγγραφων Διαγωνισμού, υποβάλλονται από τους Ενδιαφερόμενους Οικονομικούς Φορείς εντός της προθεσμίας της παραγράφου 2.11. Τα αιτήματα για διευκρινίσεις πρέπει να υποβάλλονται μέσω της σχετικής λειτουργίας του Συστήματος, στο χώρο του Διαγωνισμού.

2. Εφόσον οι τυχόν διευκρινιστικές ερωτήσεις, εισηγήσεις, σχόλια ή/και παρατηρήσεις ζητηθούν σύμφωνα με τα παραπάνω οριζόμενα, η Αναθέτουσα Αρχή δημοσιεύει συμπληρωματικά έγγραφα ή διευκρινιστικές απαντήσεις στο Σύστημα εντός της προθεσμίας της παραγράφου 2.11, ενώ σχετική ειδοποίηση θα αποστέλλεται αυτόματα προς όλους τους Οικονομικούς Φορείς που έχουν συσχετιστεί με το διαγωνισμό.

3. Οι Οικονομικοί Φορείς σε καμία περίπτωση δε δύναται να επικαλεστούν προφορικές απαντήσεις που παρέχονται από οποιονδήποτε Δημόσιο

Λειτουργό. Η Αναθέτουσα Αρχή δεν δεσμεύεται από οποιεσδήποτε προφορικές απαντήσεις.»

Είναι προφανές ότι με βάση τις πρόνοιες του άρθρου 21(4) του Νόμου πράξεις ή αποφάσεις της Αναθέτουσας Αρχής που περιέχονται στην προκήρυξη ή σε οποιοδήποτε άλλο έγγραφο σχετικό με το διαγωνισμό και αφορούν σε συγκεκριμένες προδιαγραφές δεν υπόκεινται σε ειδική κοινοποίηση και ως εκ τούτου η προθεσμία καταχώρησης προσφυγής για σκοπούς αμφισβήτησης τους είναι μόνο δέκα ημέρες από τη δημοσίευση της πράξης ή απόφασης.

Εδώ το ζήτημα το οποίο τίθεται για να απαντηθεί αφορά την προθεσμία εντός της οποίας ασκείται προσφυγή σε περίπτωση απόρριψης αιτήματος που υποβλήθηκε στην Αναθέτουσα Αρχή από τους Αιτητές στα πλαίσια του όρου 5.2 του Μέρους Α των εγγράφων του διαγωνισμού και απαντήθηκε εμπρόθεσμα.

Σύμφωνα με τους Αιτητές η αναφορά στον όρο 5.2. του Μέρους Α σε «σχετική ειδοποίηση» η οποία αποστέλλεται αυτόματα προς όλους τους οικονομικούς φορείς που έχουν συσχετιστεί με το διαγωνισμό, αποτελεί ειδική ειδοποίηση, και συνεπώς εφαρμογής τυγχάνει το άρθρο 21.1 του Νόμου.

Με κάθε εκτίμηση προς τους Αιτητές δεν συμφωνούμε με τη θέση τους ότι το άρθρο 21.1. του Νόμου, το οποίο καθορίζει προθεσμία 15 ημερών για καταχώρηση προσφυγής ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών ανάλογα

με τον τρόπο αποστολής της απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής, εφαρμόζεται στη περίπτωση των Αιτητών οι οποίοι ούτε ενδιαφερόμενοι προσφέροντες είναι ούτε ενδιαφερόμενοι υποψήφιοι. Από το λεκτικό και την ερμηνεία που το ίδιο το άρθρο δίδει, είναι ξεκάθαρο ότι αναφέρεται σε πρόσωπα που έλαβαν μέρος στο διαγωνισμό και τους γνωστοποιούνται τα αποτελέσματα του. Άλλωστε σύμφωνα με το άρθρο 2¹ του Ν.73(Ι)/2016 «Προσφέρων» σημαίνει τον οικονομικό φορέα ο οποίος έχει υποβάλει προσφορά και «υποψήφιος» σημαίνει τον οικονομικό φορέα που έχει ζητήσει να του αποσταλεί ή έχει λάβει πρόσκληση συμμετοχής σε κλειστή διαδικασία, σε ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση, σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, σε ανταγωνιστικό διάλογο ή σε σύμπραξη καινοτομίας.

Στην παρούσα περίπτωση η απάντηση-άρνηση της Αναθέτουσας Αρχής στους Αιτητές έγινε μέσω του συστήματος και/ή μέσω δημοσίευσης στο σύστημα η οποία δεν μπορεί να θεωρηθεί ειδική κοινοποίηση όπως δεν μπορεί ούτε η αυτόματη αποστολή ειδοποίησης προς όλους τους οικονομικούς φορείς που έχουν συσχετιστεί με το διαγωνισμό να θεωρηθεί ως τέτοια.

¹ Άρθρο 2.2 Όροι που χρησιμοποιούνται στον παρόντα Νόμο, εκτός αν από το κείμενο προκύπτει διαφορετική έννοια, έχουν την έννοια που αποδίδει στους όρους αυτούς ο Νόμος 173(Ι)/2011 ή ο Νόμος 73(Ι)/2016 ή ο Νόμος 140(Ι)/2011 ή ο Νόμος 11(Ι)/2017, για τις συμβάσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του καθενός από αυτούς.

Στην ουσία με τον όρο 5.2 του Μέρους Α, γνωστοποιείται στους οικονομικούς φορείς ο τρόπος και η διαδικασία με την οποία η Αναθέτουσα Αρχή θα απαντήσει στα ερωτήματα τους και η οποία γίνεται μέσω δημοσίευσης των απαντήσεων της στο σύστημα το οποίο αυτόματα αποστέλλει σχετική ειδοποίηση σε όσους οικονομικούς φορείς έχουν συσχετιστεί με το διαγωνισμό.

Η αναφορά στον όρο 5.2 του Μέρους Α, «σχετικής γνωστοποίησης» θεωρούμε ότι δεν μπορεί κάτω από οποιεσδήποτε συνθήκες να ερμηνευθεί ότι συνιστά αποστολή σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στον όρο 21(1) του Νόμου. Τα αποφασισθέντα από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών στη Phadisco LTD ν Τμήματος Φαρμακευτικών Υπηρεσιών (πιο πάνω) δεν τυγχάνουν εδώ εφαρμογής αφού εκεί ο όρος 5.2 των εγγράφων του διαγωνισμού ήταν διαφορετικός. Ρητά προέβλεπε ότι η Αναθέτουσα Αρχή ενημερώνει με διευκρινιστική επιστολή και/ή συμπληρωματικά έγγραφα για τις αποφάσεις της, τηρουμένων των νόμιμων προθεσμιών.

Στην παρούσα περίπτωση πρόκειται για απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής η οποία ασφαλώς είναι δεκτική προσβολής εντός προθεσμίας όμως δέκα (10) ημερολογιακών ημερών από την ημερομηνία της δημοσίευσής της. Το γεγονός

ότι η καταχώρηση της προσφυγής έγινε μετά την εν λόγω προθεσμία, καθιστά τη προδικαστική ένσταση βάσιμη και οδηγεί την προσφυγή σε απόρριψη.

Η επιτυχία της πιο πάνω προδικαστικής ένστασης καθιστά θεωρητική και χωρίς σημασία την εξέταση τόσο της δεύτερης προδικαστικής ένστασης όσο και των ισχυρισμών των Αιτητών ο οποίοι αφορούν διαδικαστικά ζητήματα και ζητήματα έλλειψης έρευνας και αιτιολογίας της προσβαλλόμενης απόφασης.

Εν όψει όλων των πιο πάνω ομόφωνα αποφασίζουμε απόρριψη της προσφυγής ως εκπρόθεσμης χωρίς οποιαδήποτε άλλη διαταγή.