



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. 40/2008

Μεταξύ:

LOGICOM PUBLIC LIMITED

Αιτούντων

v.

ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΥ ΑΣΦΑΛΙΣΗΣ ΥΓΕΙΑΣ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

κ. Ιωάννης Π. Πογιατζής, Πρόεδρος
κ. Μιχαλάκης Χριστοφόρου, Μέλος
κ. Πέτρος Φρακάλας, Μέλος
κ. Άγγελος Αγγελίδης, Μέλος
κ. Χριστόφορος Χριστοφίδης, Μέλος

Αιτούντες:

LOGICOM PUBLIC LIMITED

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

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

Αναθέτουσα Αρχή:

ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΑΣΦΑΛΙΣΗΣ ΥΓΕΙΑΣ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

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

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 3 Νοεμβρίου, 2008

ΑΠΟΦΑΣΗ

Η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή στρέφεται κατά του Οργανισμού Ασφάλισης Υγείας, σε σχέση με όρους που περιέχονται στα έγγραφα του διαγωνισμού ΟΑΥ 02/2007 αναφορικά με το έργο που αφορά υπηρεσίες που αφορούν την «Ανάπτυξη, Υλοποίηση, Λειτουργία και Υποστήριξη μιας Συνολικής Λύσης για το Σύστημα Πληροφορικής και άλλων Επιχειρηματικών Διαδικασιών του Εθνικού Συστήματος Ασφάλισης Υγείας στην Κύπρο».

1. Περιληπτικά τα γεγονότα της υπόθεσης αυτής είναι τα εξής:
 - (α) Η προκήρυξη του διαγωνισμού έγινε με δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας στις 27 Απριλίου, 2007 και στάληκε στην Υπηρεσία Επίσημων Εκδόσεων των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων στις 19 Απριλίου, 2007. Μαζί με τη δημοσίευση της προκήρυξης η Αναθέτουσα Αρχή εξέδωσε το έγγραφο με τίτλο «Request for Application to Participate in the Competitive Dialogue Procedure (RFA) το οποίο αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της προκήρυξης.
 - (β) Για το διαγωνισμό αυτό χρησιμοποιήθηκε ο Ανταγωνιστικός Διάλογος ο οποίος περιλαμβάνεται στην Ευρωπαϊκή Οδηγία 2004/18/EK και στο Ν. 12(I)/2006.
 - (γ) Για τον Ανταγωνιστικό Διάλογο υποβλήθηκαν οκτώ (8) Αιτήσεις Συμμετοχής από τις οποίες η Επιτροπή Αξιολόγησης που συστάθηκε για αξιολόγησή τους εισηγήθηκε προς το Διοικητικό Συμβούλιο τρεις (3) υποψηφίους που πληρούσαν τα κριτήρια προεπιλογής μεταξύ των οποίων και τους Αιτητές.
 - (δ) Το Διοικητικό Συμβούλιο του Οργανισμού Ασφάλισης Υγείας υιοθέτησε την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης που αναφέρεται στην προηγούμενη παράγραφο και ακολούθως η Αναθέτουσα Αρχή γνωστοποίησε την τελική της απόφαση στους τρεις επιλεγέντες υποψηφίους.

- (ε) Ακολούθως και συγκεκριμένα στις 6 Μαΐου, 2008 η Αναθέτουσα Αρχή διέθεσε στους τρεις (3) επιλεγέντες υποψηφίους, συμπεριλαμβανομένων και των Αιτητών το έγγραφο ITP (Invitation to Participate) στο οποίο η Αναθέτουσα Αρχή ανακοίνωσε μεταξύ άλλων τους βασικούς όρους, κανόνες και διαδικασίες διεξαγωγής του Ανταγωνιστικού Διαλόγου.
- (στ) Στις 15 Μαΐου, 2008 εις απάντηση ερωτήσεων των Αιτητών η Αναθέτουσα Αρχή κοινοποίησε σε όλους τους συμμετέχοντες, διευκρινίσεις και τροποποιήσεις επί των Όρων/Κανόνων και διαδικασιών της διεξαγωγής του Ανταγωνιστικού Διαλόγου.
- (ζ) Στις 30 Μαΐου, 2008 η Αναθέτουσα Αρχή σύμφωνα με την υποπαράγραφο 7.1 του εγγράφου ITP έκδωσε και κοινοποίησε σε όλους τους Συμμετέχοντες, τις τελευταίες επιπρόσθετες πληροφορίες σε απάντηση των διευκρινιστικών/εισηγητικών ερωτήσεων τους.
- (η) Στις 2 Ιουνίου, 2008 οι Αιτητές κοινοποίησαν την πρόθεσή τους να ασκήσουν Ιεραρχική Προσφυγή διαφωνώντας με ορισμένους όρους που τέθηκαν με την επιστολή 30.5.2008 της Αναθέτουσας Αρχής.
- (θ) Οι Αιτητές κατάθεσαν στις 5 Ιουνίου, 2008 την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή με ταυτόχρονη Αίτηση για λήψη Προσωρινού Διατάγματος, το οποίο δόθηκε, η ισχύς του οποίου παρατάθηκε στις 9 Ιουνίου, 2008 μέχρι την έκδοση τελικής απόφασης επί της Ιεραρχικής Προσφυγής.
2. Οι Νομικοί λόγοι που επικαλούνται οι Αιτητές και ζητούν την τροποποίηση ή και την ακύρωση ορισμένων από τους όρους του διαγωνισμού είναι:
- α. Καταστρατηγούνται οι νόμοι και οι σχετικοί κανονισμοί ιδία ο Ν.101(Ι)/2003, άρθρο 56(8) όπως έχει τροποποιηθεί, ο Ν.12(Ι)/2006 ιδία τα άρθρα 3,6,7,28,31,50,53,54 η ΚΔΠ 201/2007, ο Ν. 158(Ι)/1999 και οι σχετικές Κοινοτικές Οδηγίες.

- β. Αντιβαίνουν τις αρχές της διαφάνειας.
- γ. Αποτελούν δυσανάλογη επιβάρυνση και απαίτηση.
- δ. Ανεπίτρεπτα καθιστούν ή και εκλαμβάνουν τον «τρίτο» ως Συμμέτοχο οικονομικό φορέα ή μέρος του Συμμέτοχου οικονομικού φορέα ή και ανεπίτρεπτα απαιτεί τη δημιουργία κοινοπραξίας μεταξύ του Συμμέτοχου και του «τρίτου».
- ε. Εκφεύγουν του πλαισίου της Προκήρυξης (Request for Application) και ανεπίτρεπτα διαφοροποιούν αναδρομικά και καταλυτικά την βάση επιλογής των Συμμέτοχων, της διεξαγωγής του Ανταγωνιστικού Διαλόγου και της υποβολής και κατακύρωσης των προσφορών.
- στ. Η διατύπωσή τους υπήρξε αποτέλεσμα κακής άσκησης της παρεχόμενης διακριτικής ευχέρειας και δεν είναι επαρκώς και νομίμως αιτιολογημένη και λήφθηκε χωρίς δέουσα έρευνα.
- ζ. Συνιστούν δυσμενή διάκριση εις βάρος του Αιτούντα.

Πιο συγκεκριμένα οι Αιτητές ζητούν 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.

Σχετικά με τους πιο πάνω αναφερόμενους λόγους, ο Δικηγόρος των Αιτητών κατά την ενώπιόν μας διαδικασία ισχυρίστηκε μεταξύ άλλων τα ακόλουθα:

Μαζί με τη Δημοσίευση του Διαγωνισμού, η Αναθέτουσα Αρχή εξέδωσε το έγγραφο με τίτλο «Request for Application to Participate in the Competitive Dialogue Procedure» (RFA) το οποίο αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της Προκήρυξης. Το RFA καθόριζε τους όρους και τις προϋποθέσεις στη βάση των οποίων η Αναθέτουσα Αρχή θα αξιολογήσει και θα προεπιλέξει τους τρεις οικονομικούς φορείς οι οποίοι στη συνέχεια θα προσκαλούνταν για συμμετοχή σε Ανταγωνιστικό Διάλογο για «Ανάπτυξη, υλοποίηση, λειτουργία και υποστήριξη μιας συνολικής λύσης για το σύστημα πληροφορικής και άλλων επιχειρησιακών διαδικασιών του Εθνικού Συστήματος Ασφάλισης Υγείας στην Κύπρο».

Μεταξύ των όρων του RFA, περιλαμβάνονταν και τα ακόλουθα, αναφορικά με τη δυνατότητα των οικονομικών φορέων να στηριχθούν σε τρίτα πρόσωπα σε σχέση με τις απαιτήσεις για την οικονομική κατάσταση αφενός και την πείρα αφετέρου.

«C.1.1. Right to Participate / Pre Qualification Criteria

a. Dimension 1: Economic and Financial Status

The Candidate's Economic and Financial Status will be assessed based on the following Criteria:

- i. The average of the total annual turnover of a Candidate for the last three years, for which accounts have been closed, must be more than €300.000.000.*

- ii. *The Candidate must permanently employ at least 1500 people for the last two years (2005, 2006).*
- iii. *The sum of the annual operating profit of the Candidate for the last three (3) years, for which accounts have been closed, must be positive.*
- iv. *The Candidate must be operational for the last 3 years. In the case of a consortium, the member that will be taken into account will be the leader of the consortium.*

[.....]

Regarding the Economic and Financial Status of the Candidate, a Candidate may, where appropriate, rely on the capacities of the entities, regardless of the legal nature of the links which it has with them. It must in that case prove to the Contracting Authority that it will have at its disposal the resources necessary for the execution of the Contract.

b. Dimension 2: Relevant Experience of the Candidate

[.....]

Regarding the relevant experience of the Candidates, a Candidate, may where appropriate, rely on the capacities of other entities, regardless of the legal nature of the links which it has with them. It must in that case prove to the Contracting Authority that it will have at its disposal the resources necessary for the execution of the Contract.»

Σε ότι αφορά την οικονομική κατάσταση ο Αιτών στηρίχθηκε στην εταιρεία EDS Αμερικής η οποία αποτελεί τρίτο πρόσωπο που πληρούσε τις τεθείσες προϋποθέσεις, και έδωσε στην Αναθέτουσα Αρχή τις απαραίτητες, σύμφωνα με τους όρους της Προκήρυξης, αποδείξεις. Για την αναφερόμενη ρύθμιση και σχέση με την EDS ο Αιτών υποβλήθηκε σε πολύ σημαντικές δαπάνες.

Στη συνέχεια, με το έγγραφο «Invitation to Participate» (ITP) – πρόσκληση από την Αναθέτουσα Αρχή για Συμμετοχή στον Ανταγωνιστικό Διάλογο (Πρόσκληση), η οποία δόθηκε στις 6 Μαΐου, 2008 στους Συμμέτοχους, η Αναθέτουσα Αρχή

κοινοποίησε νέους όρους βάσει των οποίων θα συνέχιζε η διαδικασία του Ανταγωνιστικού Διαλόγου.

Με την Πρόσκληση, μεταξύ άλλων, οι Συμμέτοχοι καλούνταν να καταθέσουν Επιστολή Αποδοχής για Συμμετοχή ('Αποδοχή'), που, επί ποινή αποκλεισμού, θα έπρεπε να συνοδεύεται με εγγύηση €2 εκατομμυρίων ('Εγγύηση Συμμετοχής'). Καθορίζονταν επίσης οι χρόνοι των διαφόρων σταδίων του Διαλόγου.

Μεταξύ των όρων της Πρόσκλησης περιλαμβάνονται και τα ακόλουθα:

«9. *Third Parties; Subcontractors*

9.1 *Third parties on which the Participant relied in its Request for Application to Participate in the Competitive Dialogue Procedure regarding the economic and financial status of the Participant may not be substituted, neither in total nor partially, at any stage of the Competitive Dialogue Procedure.*

9.2 *Third parties on which the Participant relied in its Request for Application to Participate in the Competitive Dialogue Procedure regarding the relevant experience of the Participant may be substituted only upon approval by the Contracting Authority. Such approval will be granted, if pursuant to the rules and procedures set out in the Request for Application to Participate in the Competitive Dialogue Procedure (including any amendments to such rules and procedures), the Participant would have also met the pre-qualification criteria as stated in the Request for Application to Participate in the Competitive Dialogue Procedure if it had relied on the substitute.*

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 submitted by the ultimate parent company of the Participant or, in cases where the Participant relied upon another entity with regard to its economic and financial status in the Request for Application to Participate in the Competitive Dialogue Procedure, that other entity upon which the Participant has relied.»

Κατά τους ισχυρισμούς του Δικηγόρου των Αιτητών πέραν από την πιο πάνω, Εγγύηση Εκτέλεσης ζητείται σύμφωνα με το Schedule 5 του ITP όπως ο τρίτος, στον οποίο ο Συμμέτοχος στηρίχθηκε σε σχέση με τις απαιτήσεις για την οικονομική κατάσταση, προσυπογράφει την ίδια τη Σύμβαση που αφορά την Αναθέτουσα Αρχή και το Συμμέτοχο που θα έχει επιτύχει .

Αναφορικά με το χρόνο μεταξύ των σταδίων του Ανταγωνιστικού Διαλόγου παραχωρήθηκαν μόνο 5 ημέρες από την υποβολή της Αποδοχής μέχρι την πρώτη Συνάντηση Παρουσίασης της Λύσης (High Level IT Architecture Meeting).

Με βάση τη διαδικασία του Ανταγωνιστικού Διαλόγου, όπως αυτή περιγράφεται στην Πρόσκληση, οι Συμμέτοχοι είχαν τη δυνατότητα υποβολής διευκρινιστικών ερωτήσεων, επί της διαδικασίας του Ανταγωνιστικού Διαλόγου μόνο, μέχρι και τις 20 Μαΐου, 2008 στις οποίες θα απαντούσε η Αναθέτουσα Αρχή, μετά από συναντήσεις που θα είχε με τον κάθε συμμετόχο χωριστά. Μετά από σχετική επιστολή του Αιτούντα, διευκρινίστηκε από την Αναθέτουσα Αρχή ότι οι Συμμέτοχοι μπορούσαν να υποβάλουν και σχετικές εισηγήσεις «μέσω διευκρινιστικών ερωτήσεων».

Οι Συμμέτοχοι, σύμφωνα με την Πρόσκληση, θα έπρεπε να καταθέσουν την Αποδοχή και την Εγγύηση Συμμετοχής 'ανεπιφύλακτα' μέσα σε 5 μέρες από την ημέρα των απαντήσεων και τελικών θέσεων της Αναθέτουσας Αρχής στις ερωτήσεις που θα είχαν υποβληθεί από τους Συμμέτοχους.

Η EDS (στην οποία ο Αιτών στηρίχθηκε σε σχέση με τις οικονομικές απαιτήσεις), αφού έλαβε γνώση των νέων όρων που την αφορούν πληροφόρησε τον αιτούντα ότι δεν είναι διατεθειμένη να υπογράψει την Εγγύηση Εκτέλεσης και να προσυπογράψει την ίδια τη Σύμβαση αν η Αναθέτουσα Αρχή επέμενε στους νέους αυτούς όρους.

Ο Αιτών υπέβαλε σχετικές ερωτήσεις και εισηγήθηκε:

- (α) Ότι οι απαιτήσεις που περιέχονται στην Πρόσκληση σε σχέση με το τρίτο πρόσωπο στο οποίο ο Συμμέτοχος στηρίζεται για την οικονομική πτυχή, και συγκεκριμένα οι υποχρεώσεις για υπογραφή από αυτόν Εγγύησης Εκτέλεσης και για προσυπογραφή της Σύμβασης, σε περίπτωση επιτυχίας του Συμμέτοχου, εκφεύγουν του τεθέντος με την Προκήρυξη πλαισίου ή και αποτελούν νέους όρους που δεν ήταν γνωστοί κατά την υποβολή της αίτησης στη βάση της Προκήρυξης. Η Αναθέτουσα Αρχή θα έπρεπε συνεπώς είτε να ακολουθήσει τα όσα είχε περιλάβει στην Προκήρυξη είτε να επιτρέψει την αντικατάσταση του αναφερόμενου τρίτου, όπως έπραξε για τον τρίτο στον οποίο, σύμφωνα με τους όρους της Προκήρυξης, θα μπορούσε να στηριχθεί η απαιτούμενη πείρα.
- (β) Η απαίτηση κατάθεσης της Εγγύησης Συμμετοχής ήταν εκτός του πλαισίου της Προκήρυξης. Αλλά και αν ήθελε θεωρηθεί ότι η Αναθέτουσα Αρχή είχε τέτοια ευχέρεια, που ο Αιτών δεν υποστηρίζει, δεν θα μπορούσε να ζητηθεί Εγγύηση Συμμετοχής προτού η Αναθέτουσα Αρχή αποδεχθεί επαναφορά του τεθέντος με την Προκήρυξη πλαισίου ή τη δυνατότητα αντικατάστασης του τρίτου στον οποίο ο Συμμέτοχος βασίστηκε σε ότι αφορά την οικονομική πτυχή, ή προτού εξαντληθεί ο διάλογος αναφορικά με το Σχέδιο Σύμβασης και την Εγγύηση Εκτέλεσης. Γιατί, όπως διευκρινίστηκε στην Αναθέτουσα Αρχή, ο τρίτος στον οποίο ο Αιτών έχει στηριχθεί σε ότι αφορά την οικονομική πτυχή δεν προσφερόταν να υπαχθεί στους νέους όρους για υπογραφή της Εγγύησης Εκτέλεσης και προσυπογραφής της Σύμβασης και συνεπώς ο Αιτών θα βρισκόταν εκτός

Διαγωνισμού ή και θα διακινδύνευε να υποβληθεί στις πολύ σημαντικές δαπάνες της συμμετοχής στον Ανταγωνιστικό διάλογο ή και να χάσει την Εγγύηση Συμμετοχής.

- (γ) Ο χρόνος των 5 ημερών που παραχωρείται μεταξύ της Αποδοχής και της πρώτης Συνάντησης Παρουσίασης της Λύσης (High level IT Architecture Meeting) είναι πολύ σύντομος, ιδιαίτερα δεδομένου του μεγάλου χρονικού διαστήματος μεταξύ της Προκήρυξης και της Πρόσκλησης και της ανάγκης κινητοποίησης των αναγκαίων για τον Ανταγωνιστικό Διάλογο συνεργατών.
- (δ) Ο χρόνος που παρέχεται μεταξύ της κοινοποίησης των τελικών θέσεων της Αναθέτουσας Αρχής και της Αποδοχής δεν εξαντλεί τις αποκλειστικές και αναγκαίες προθεσμίες που τάσσονται από το νόμο για τον ιεραρχικό έλεγχο ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών και θα έπρεπε ανάλογα να επιμηκυνθεί.

Οι απαντήσεις και τελικές θέσεις της Αναθέτουσας Αρχής που κοινοποιήθηκαν στον Αιτούντα στις 30.05.2008, ήταν αρνητικές σε όλα τα αναφερόμενα ζητήματα. Έτσι, στη βάση των απαιτήσεων της Αναθέτουσας Αρχής η Συμμετοχή και η Εγγύηση Συμμετοχής (που είχε μειωθεί σε €1 εκατομμύριο) θα έπρεπε να κατατεθούν εντός 5 ημερών από 30.05.2008.

3. Σχετικά με όσα περιληπτικά αναφέρονται πιο πάνω ο Δικηγόρος των Αιτητών εστίασε τους ισχυρισμούς του σε πέντε ενότητες.

(α) Πρώτη Ενότητα

Η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής με την οποία ο «τρίτος» στον οποίο ο Συμμέτοχος στηρίχθηκε σε σχέση με τις απαιτήσεις για την οικονομική κατάσταση θα πρέπει να υπογράψει εγγύηση εκτέλεσης και να

προσυπογράφει την ίδια τη σύμβαση που αφορά την Αναθέτουσα Αρχή και το συμμετόχο που θα έχει επιτύχει.

Για υποστήριξη των ισχυρισμών του ο Δικηγόρος των Αιτητών αναφέρθηκε στις παραγράφους 3.3, 28 και 31.2, 31.6(β), 53(2) του Νόμου 12(Ι)/2006 και του Κανονισμού 17 της ΚΔΠ 492/2004.

Κατά τους ίδιους ισχυρισμούς όπως αναφέρεται πιο πάνω, η Αναθέτουσα Αρχή, για την προεπιλογή των υποψήφιων οικονομικών φορέων, έκδωσε μαζί με την προκήρυξη, σχετικό έγγραφο με τίτλο «Request for Application» (RFA), με το οποίο παρείχεται η δυνατότητα στους οικονομικούς φορείς να στηριχθούν σε τρίτα πρόσωπα σε σχέση με τις απαιτήσεις για την οικονομική κατάσταση αφενός και την πείρα αφετέρου. Τα κριτήρια επιλογής του τρίτου και οι απαιτήσεις σε σχέση με αυτόν καθορίζονταν στο RFA.

Συγκεκριμένα σε σχέση με τον τρίτο που ο οικονομικός φορέας θα στηρίξει την οικονομική κατάσταση, όπως έχει ήδη παρατεθεί στο ιστορικό πιο πάνω, απαιτούνταν τα ακόλουθα:

c. Dimension 1: Economic and Financial Status

The Candidate's Economic and Financial Status will be assessed based on the following Criteria:

- (i) The average of the total annual turnover of a Candidate for the last three years, for which accounts have been closed, must be more than €300.000.000.*
- (ii) The Candidate must permanently employ at least 1500 people for the last two years (2005, 2006).*
- (iii) The sum of the annual operating profit of the Candidate for the last three (3) years, for which accounts have been closed, must be positive.*

- (iv) *The Candidate must be operational for the last 3 years. In the case of a consortium, the member that will be taken into account will be the leader of the consortium.*

[.....]

Regarding the Economic and Financial Status of the Candidate, a Candidate may, where appropriate, rely on the capacities of the entities, regardless of the legal nature of the links which it has with them. It must in that case prove to the Contracting Authority that it will have at its disposal the resources necessary for the execution of the Contract.

Στην Προκήρυξη όπως δημοσιεύθηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας περιέχεται:

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

Η Αναθέτουσα Αρχή, στην Πρόσκληση, ζήτησε όπως ο τρίτος, στον οποίο ο Συμμέτοχος στηρίχθηκε σε σχέση με τις απαιτήσεις για την οικονομική κατάσταση, προσυπογράψει την ίδια τη Σύμβαση που αφορά την Αναθέτουσα Αρχή και το Συμμέτοχο που θα έχει επιτύχει και να παράσχει εγγύηση εκτέλεσης.

Συγκεκριμένα στην παράγραφο 23 της Πρόσκλησης αναφέρονται:

«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 submitted by the ultimate parent company of the Participant or, in cases where the Participant relied upon another entity with regard to its economic and financial status in the Request for Application to Participate in the Competitive Dialogue Procedure, that other entity upon which the Participant has relied.»

Περαιτέρω απαιτείται (Schedule 5) όπως ο τρίτος που στηρίζει την οικονομική κατάσταση προσυπογράψει την ίδια τη σύμβαση.

Πάντοτε κατά τους ίδιους ισχυρισμούς η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής όπως αναφέρεται πιο πάνω εκφεύγει του πλαισίου της Προκήρυξης (R.F.A.) και ανεπίτρεπτα διαφοροποιεί καταλυτικά τη βάση επιλογής των Συμμέτοχων της διεξαγωγής του Ανταγωνιστικού Διαλόγου και της υποβολής και κατακύρωσης των προσφορών. Οι νέες απαιτήσεις, κατά τους ίδιους ισχυρισμούς, αποτελούν νέους όρους που δεν ήταν γνωστοί ούτε ως πλαίσιο κατά την υποβολή της αίτησης στη βάση προκήρυξης και βρίσκεται σε αντίθεση με την πρόνοια της προκήρυξης ότι δεν απαιτούνται ασφάλειες ή εγγυήσεις.

Αντιβαίνει τις αρχές της διαφάνειας αφού οι απαιτήσεις σε σχέση με τον τρίτο στον οποίο στηρίζεται η οικονομική κατάσταση ουσιαστικά και καταλυτικά διαφοροποιούνται. Καθιστά ή και εκλαμβάνει τον «τρίτο» ως Συμμέτοχο Οικονομικό Φορέα ή μέρος του Συμμέτοχου Οικονομικού Φορέα ή και ανεπίτρεπτα απαιτεί τη δημιουργία κοινοπραξίας μεταξύ του Συμμέτοχου και του «τρίτου» αφού από τον «τρίτο» ζητείται η προσυπογραφή της ίδιας της σύμβασης.

Συνιστά λανθασμένη ερμηνεία του Καν. 17 της Κ.Δ.Π. 492/2004 δεδομένου ότι η Εγγύηση Εκτέλεσης δίδεται από τον επιτυχόντα οικονομικό φορέα και αποτελεί οικονομική αναφορά η οποία δεν μπορεί να περιορίζει την επιλογή του εγγυητή εκτός με κριτήρια καθαρά οικονομικά.

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 Αιτούντα, σε αντίθεση με τις Γενικές Αρχές του Διοικητικού Δικαίου δεδομένου ότι, η εισαγωγή

του όρου αυτού έγινε, ενώ ήταν πλέον γνωστό στην Αναθέτουσα Αρχή ότι οι άλλοι δύο Συμμέτοχοι, αντίθετα με τον Αιτούντα, στηρίζουν την οικονομική κατάσταση στις Μητρικές τους Εταιρείες.

Λήφθηκε χωρίς δέουσα έρευνα και δεν είναι επαρκώς και νομίμως αιτιολογημένη, δεδομένου ότι η προβαλλόμενη αιτιολόγηση της από την Αναθέτουσα Αρχή, δεν αντέχει στη λογική, για τους προαναφερθέντες λόγους.

(β) Δεύτερη Ενότητα

Η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής με την οποία 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.

Για υποστήριξη των ισχυρισμών του ο Δικηγόρος των Αιτητών εκτός των αναφορών που αναφέρονται στην πρώτη ενότητα πρόσθεσε και τις παραγράφους 54(3) του Νόμου 12(Ι)/2006 και τις παραγράφους 26, 28, 38 και 46 του Ν. 158(Ι)/1999.

Κατά τους ίδιους ισχυρισμούς η Αναθέτουσα Αρχή στην προκήρυξη έθεσε ταυτόσημες απαιτήσεις σε ότι αφορά την απόδειξη της αξιοπιστίας τόσο του «τρίτου» που στηρίζει την οικονομική κατάσταση όσο και του «τρίτου» ή υπεργολάβου που στηρίζει τη σχετική πείρα.

Ωστόσο όπως και πάλιν ισχυρίσθηκαν στην Πρόσκληση περιλαμβάνονται τα πιο κάτω:

«9. *Third Parties; Subcontractors*

9.1 *Third parties on which the Participant relied in its Request for Application to Participate in the Competitive Dialogue Procedure*

regarding the economic and financial status of the Participant may not be substituted, neither in total nor partially, at any stage of the Competitive Dialogue Procedure.

- 9.2 *Third parties on which the Participant relied in its Request for Application to Participate in the Competitive Dialogue Procedure regarding the relevant experience of the Participant may be substituted only upon approval by the Contracting Authority. Such approval will be granted, if pursuant to the rules and procedures set out in the Request for Application to Participate in the Competitive Dialogue Procedure (including any amendments to such rules and procedures), the Participant would have also met the pre-qualification criteria as stated in the Request for Application to Participate in the Competitive Dialogue Procedure if it had relied on the substitute.*

Στον όρο 10 της Πρόσκλησης αναφέρονται τα ακόλουθα:

«10. Consortia and other Groups of Economic Operators

Following this Invitation to Participate the Participants are not allowed to form consortia or other groups of economic operators during the Competitive Dialogue Procedure, neither amongst each other nor with third parties.»

Κατά τους ισχυρισμούς του Δικηγόρου των Αιτητών, τα κριτήρια επιλογής του «τρίτου» στον οποίο στηρίζεται η οικονομική κατάσταση, δεν σχετίζονται με το αντικείμενο του Διαγωνισμού, έχουν καθαρά οικονομικές αναφορές και δεν προσδιορίζουν συγκεκριμένη οικονομική οντότητα. Το επιχείρημα ότι «η Εγγύηση Εκτέλεσης δεν πρέπει να είναι απλώς χρηματική αλλά θα πρέπει να διασφαλίζει τη συνέχιση της παροχής υπηρεσιών που καθορίζονται στη Σύμβαση» είναι άστοχο, αφού τα κριτήρια επιλογής δεν αφορούν παρά οικονομικά μεγέθη. Αυτά τα οικονομικά μεγέθη κατέχονται από πολλές άλλες

οντότητες και δεν μπορεί να προβληθεί βάσιμο επιχείρημα ότι οποιαδήποτε άλλη τέτοια οικονομική οντότητα, που πληροί τα κριτήρια, δεν θα έχει «την ικανότητα ή το μηχανισμό να κινητοποιήσει δυναμικό για τη διαρκή και ομαλή λειτουργία» του αντικειμένου της Σύμβασης.

Δεδομένου ότι τα κριτήρια για την επιλογή των τριών Συμμέτοχων στους οποίους στάλθηκε η Πρόσκληση, βασίζονταν και καθορίζονταν από τις τεχνικές / επαγγελματικές ικανότητες των υποψηφίων, η Αναθέτουσα Αρχή ανακόλουθα, παράνομα και χωρίς νόμιμη αιτιολογία διαφοροποιεί τα κριτήρια επιλογής αναφορικά με τη στήριξη σε σχέση με την οικονομική κατάσταση από τη μια και τη σχετική πείρα από την άλλη και αντιστρέφει την αποδιδόμενη βαρύτητα που προσέδωσε κατά το στάδιο της Προκήρυξης αφενός και της Πρόσκλησης αφετέρου.

Είναι πρόδηλο κατά τους ίδιους ισχυρισμούς ότι αν οι απαιτήσεις της Αναθέτουσας Αρχής όπως αυτές διαφοροποιούνται και διαμορφώνονται με την Πρόσκληση είχαν αρχικά τεθεί στην Προκήρυξη, ο Αιτών θα είχε τη δυνατότητα και την ευχέρεια να προβεί στις δέουσες ενέργειες και ρυθμίσεις για να μπορεί να ανταποκριθεί. Η νέα δυσμενής κατάσταση που δημιουργείται επιβαρύνεται και από το γεγονός ότι, στη βάση του νέου όρου αναφορικά με την απαγόρευση δημιουργίας κοινοπραξίας ή άλλου οικονομικού σχήματος, ο Αιτών δεν έχει την ευχέρεια προσαρμογής.

Έπεται ότι οι αναφερόμενες πράξεις της Αναθέτουσας Αρχής, εκφεύγουν του πλαισίου της Προκήρυξης (Request for Application) και ανεπίτρεπτα διαφοροποιούν αναδρομικά και καταλυτικά τη βάση επιλογής των Συμμέτοχων, της διεξαγωγής του Ανταγωνιστικού Διαλόγου και της υποβολής και κατακύρωσης των προφορών ή και αποτελούν νέους όρους που δεν ήταν γνωστοί κατά την υποβολή της αίτησης στη βάση της Προκήρυξης. Συνακόλουθα παραβιάζουν την αρχή της διαφάνειας.

Για τους λόγους που αναφέρονται πιο πάνω η Αναθέτουσα Αρχή έκαμε κακή άσκηση της διακριτικής της εξουσίας και συνιστούν άνιση μεταχείριση.

(γ) Τρίτη Ενότητα

Η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής με την οποία απαιτείται η κατάθεση εγγύησης συμμετοχής στον Ανταγωνιστικό Διάλογο.

Για υποστήριξη των ισχυρισμών του ο Δικηγόρος των Αιτητών έκαμε τις ίδιες αναφορές όπως και στις προηγούμενες ενότητες. Περαιτέρω, αναφέρθηκε στον Κανονισμό 12 της Κ.Δ.Π. 492/2004 ο οποίος αναφέρει:

«Τα έγγραφα προσφορών κάθε διαγωνισμού που οδηγεί στην ανάθεση σύμβασης, περιλαμβάνουν όρο που καθορίζει το είδος και το ύψος της εγγύησης συμμετοχής που είναι απαραίτητο να συνοδεύει τις προσφορές που υποβάλλονται.»

Κατά τους ισχυρισμούς του Δικηγόρου των Αιτητών στο πλαίσιο της Προκήρυξης του Διαγωνισμού δεν προβλεπόταν η κατάθεση Εγγύησης Συμμετοχής. Συγκεκριμένα ανέφερε ότι κατά τη δημοσίευση της προκήρυξης της Σύμβασης, αναφέρεται ότι δεν απαιτείται «Παροχή ασφάλειας και εγγυήσεις».

Με την πρόσκληση η Αναθέτουσα Αρχή κάλεσε τους Συμμέτοχους να καταθέσουν την αποδοχή, που επί ποινή αποκλεισμού, θα έπρεπε να συνοδεύεται με εγγύηση €2.000.000, η οποία στη συνέχεια μειώθηκε στο €1.000.000. Συγκεκριμένα αναφέρει –

«5.1 Together with the Acceptance Letter the Participants must submit to the Contracting Authority a guarantee for an amount equal to two (2) million EURO. The guarantee must be completed and submitted using the sample attached hereto as Schedule 3 (“Participation Guarantee”).

Failure to do so will result in the exclusion of the Participant from the Competitive Dialogue Procedure.

14.3 Acceptance Letter: At the latest one (1) day before the High-Level Architecture Meeting referred to in subparagraph 14.4, the Participants shall sign and return the Acceptance Letter in accordance with paragraph 4 and submit the Participation Guarantee in accordance with paragraph 5.»

Το δικαιολογητικό αυτής της απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής βρίσκεται στη Γραπτή Έκθεσή της όπου αναφέρονται τα ακόλουθα:

«the submission of the Acceptance letter and the participation Guarantee before any solutions are discussed is to safeguard the commitment of Participants during this stage».

Με όσα αναφέρονται πιο πάνω ο Δικηγόρος των Αιτητών ισχυρίστηκε ότι η πιο πάνω απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής βρίσκεται εκτός του πλαισίου της Προκήρυξης και σε αντίθεση με τους τεθέντες από αυτή όρους και στερείται οποιουδήποτε ερείσματος.

Αποτελεί καινοφανή όρο που αντιστρατεύεται την αρχή της διαφάνειας. Το επιχείρημα ότι η απαίτηση της Εγγύησης Συμμετοχής γίνεται με εφαρμογή του κανονισμού 12 της ΚΔΠ 492/2004 δεν είναι δόκιμο δεδομένης αφενός της σαφούς διατύπωσής του και αφετέρου του αυστηρού χαρακτήρα των ευχερειών για απαίτηση εγγυήσεων και άλλων επιβαρύνσεων από τους οικονομικούς φορείς αφού, τέτοιες απαιτήσεις τείνουν να περιορίσουν τον ανταγωνισμό.

Αλλά και αν ήθελε θεωρηθεί ότι η Αναθέτουσα Αρχή είχε τέτοια ευχέρεια, που ο Αιτών δεν υποστηρίζει, δεν θα μπορούσε να ζητηθεί Εγγύηση Συμμετοχής προτού η Αναθέτουσα Αρχή αποδεχθεί επαναφορά του τεθέντος με την Προκήρυξη πλαισίου ή τη δυνατότητα αντικατάστασης του τρίτου στον οποίο ο

Συμμέτοχος βασίστηκε σε ότι αφορά την οικονομική πτυχή, ή προτού εξαντληθεί ο διάλογος αναφορικά με το Σχέδιο Σύμβασης και την Εγγύηση Εκτέλεσης.

Οι εγγυήσεις θα πρέπει να είναι ανάλογες με το αντικείμενο που επιδιώκεται να διασφαλισθεί και δεν μπορούν να είναι αυθαίρετες ή απαγορευτικές για ορισμένους οικονομικούς φορείς. Στην προκειμένη περίπτωση η απαίτηση εγγύησης €1 εκατομμυρίου, υποκείμενης σε κατάσχεση, είναι υπερβολική και τιμωρητική και αποτελεί δυσμενή διάκριση αφού διακρίνει, σε αυτό το στάδιο, τους οικονομικούς φορείς που θα μπορούσαν με εκείνους που δεν θα μπορούσαν να δώσουν αυτή την εγγύηση.

(δ) Τέταρτη Ενότητα

Η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής με την οποία ορίζει σε 5 μέρες τον χρόνο από την υποβολή της Αποδοχής για συμμετοχή στον Ανταγωνιστικό Διάλογο μέχρι την πρώτη Συνάντηση Παρουσίασης της Λύσης (High level IT Architecture Meeting).

Σχετικά με το πιο πάνω θέμα ο Δικηγόρος των Αιτητών υποστήριξε ότι το άρθρο 43 του Ν. 12(Ι)/2006 αναφέρει:

«43.-(1) Κατά τον καθορισμό των προθεσμιών παραλαβής των αιτήσεων συμμετοχής και των προσφορών, οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν υπόψη, ιδίως, το πολύπλοκο της σύμβασης και τον χρόνο που απαιτείται για την προετοιμασία των προσφορών, με την επιφύλαξη των ελάχιστων προθεσμιών που καθορίζονται στο παρόν άρθρο.»

Κατά τον ισχυρισμό του Δικηγόρου των Αιτητών ο χρόνος των 5 ημερών που παραχωρείται μεταξύ της Αποδοχής και της πρώτης Συνάντησης Παρουσίασης της Λύσης (High level IT Architecture Meeting) είναι πολύ σύντομος, ιδιαίτερα δεδομένου του μεγάλου χρονικού διαστήματος μεταξύ της Προκήρυξης και της

Πρόσκλησης και της ανάγκης κινητοποίησης των αναγκαίων για τον Ανταγωνιστικό Διάλογο συνεργατών.

Η σχετική απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής βρίσκεται σε αντίθεση με τις διατάξεις του άρθρου 43 του Ν. 12(Ι)/2004 και αποτελεί κακή άσκηση της διακριτικής ευχέρειας.

(ε) Πέμπτη Ενότητα

Η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής με την οποία ορίζει σε 5 μέρες το χρόνο μεταξύ της κοινοποίησης των τελικών θέσεων της για τους όρους του Ανταγωνιστικού Διαλόγου και της Δήλωσης Συμμετοχής και της κατάθεσης της Εγγύησης Συμμετοχής.

Σχετικά με το λόγο αυτό ο Δικηγόρος των Αιτητών ισχυρίστηκε ότι σύμφωνα με το άρθρο 56 του Ν. 101(Ι)/2003, πριν την καταχώρηση Ιεραρχικής Προσφυγής στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ο Αιτών οφείλει:

- Να ενημερώσει εγγράφως την Αναθέτουσα Αρχή με ταυτόχρονη κοινοποίηση στην Αρμόδια Αρχή, για την εικαζόμενη παράβαση και για την πρόθεσή του να ασκήσει Ιεραρχική Προσφυγή.
- Να αναμένει είτε την αιτιολογημένη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία εκδίδεται μέσα σε προθεσμία 5 καθαρών ημερών από τη λήψη της αναφερόμενης πρόθεσης, είτε το πέρας της άπρακτης προθεσμίας των 5 ημερών.

Κατά τους ίδιους ισχυρισμούς η Αναθέτουσα Αρχή καθόρισε την περίοδο υποβολής της Αποδοχής σε 5 μέρες από της κοινοποίησης των τελικών θέσεων της. Ο Αιτών πρόβαλε ότι η ορισθείσα προθεσμία δεν ήταν ούτε ικανοποιητική δεδομένης της πολυπλοκότητας της διαδικασίας ούτε και σύννομη δεδομένων των παρεχόμενων δικαιωμάτων ιεραρχικού ελέγχου και των τασσόμενων σχετικά αποκλειστικών αναγκαίων προθεσμιών.

Η Αναθέτουσα Αρχή δε διαφοροποίησε την προθεσμία των 5 ημερών.

Με όσα αναφέρονται πιο πάνω ο Δικηγόρος των Αιτητών ισχυρίστηκε ότι ο χρόνος που τελικά παραχωρήθηκε μεταξύ της κοινοποίησης των τελικών θέσεων της Αναθέτουσας Αρχής και της Αποδοχής, δεν εξαντλεί τις αποκλειστικές και αναγκαίες προθεσμίες που τάσσονται από το νόμο για τον ιεραρχικό έλεγχο ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών και η σχετική απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής είναι ευθέως παράνομη.

4. Ο Δικηγόρος της Αναθέτουσας Αρχής κατά τη διάρκεια της ενώπιόν μας διαδικασίας υπέβαλε τις πιο κάτω προεξεταστικές ενστάσεις με τις οποίες ισχυρίζεται ότι οι Αιτητές δεν έχουν έννομο συμφέρον να προσβάλουν τις αποφάσεις της Αναθέτουσας Αρχής.

Οι προεξεταστικές αυτές ενστάσεις είναι οι εξής:

- (α) Ο Αιτητής δεν νομιμοποιείται να καταχωρήσει την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή καθότι στερείται εννόμου συμφέροντος.
- (β) Οι πράξεις και/ή αποφάσεις της Αναθέτουσας Αρχής δεν είναι εκτελεστές διοικητικές πράξεις αλλά προπαρασκευαστικές χωρίς να δημιουργούν οι ίδιες αυτοτελώς άμεσα έννομα αποτελέσματα και ως τέτοιες δεν είναι δεκτικές προσφυγής.

5. Σχετικά με τους ισχυρισμούς των Αιτητών επί της ουσίας της υπόθεσης ο Δικηγόρος της Αναθέτουσας Αρχής πρόβαλε τους πιο κάτω ισχυρισμούς.

- (α) Πρώτη Ενότητα

Η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής με την οποία ο «τρίτος» στον οποίο ο Συμμέτοχος στηρίχθηκε σε σχέση με τις απαιτήσεις για την οικονομική

κατάσταση θα πρέπει να υπογράψει εγγύηση εκτέλεσης και να προσυπογράψει την ίδια τη σύμβαση που αφορά την Αναθέτουσα Αρχή και το συμμετόχο που θα έχει επιτύχει.

Για όσα ισχυρίστηκαν οι Αιτητές ο Δικηγόρος της Αναθέτουσας Αρχής απάντησε ότι οι αιτιάσεις των Αιτητών δεν είναι ορθές. Συγκεκριμένα ισχυρίστηκε ότι η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσισε όπως ο «τρίτος» στον οποίο ο υποψήφιος και μετέπειτα Συμμέτοχος στηρίχθηκε σε σχέση με τα κριτήρια προεπιλογής αναφορικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια θα πρέπει να υπογράψει την εγγύηση εκτέλεσης και να προσυπογράψει την ίδια τη σύμβαση που αφορά την Αναθέτουσα Αρχή και τον Ανάδοχο. Η εταιρεία EDS στο στάδιο της προεπιλογής δήλωσε ότι κατέχει όλους τους οικονομικούς και τεχνικούς πόρους σε σχέση με τις απαιτήσεις του εγγράφου RFA και δεσμεύεται προς την Αναθέτουσα Αρχή όπως διαθέτει τους πιο πάνω πόρους στον Αιτητή σε οποιαδήποτε στιγμή για την εκτέλεση της σύμβασης.

Κατά τους ίδιους ισχυρισμούς η απαίτηση αυτή της Αναθέτουσας Αρχής δηλαδή όπως το εν λόγω «τρίτο» πρόσωπο υπογράψει την εγγύηση πιστής εκτέλεσης δεν εκφεύγει από το πλαίσιο των όρων του RFA και συνάδει πλήρως με την υποβληθείσα δήλωση της εταιρείας EDS. Επίσης, ο Δικηγόρος της Αναθέτουσας Αρχής ισχυρίστηκε ότι αυτή από το στάδιο της προεπιλογής δηλαδή στην έκδοση του RFA, γνωστοποίησε στους υποψήφιους οικονομικούς φορείς την πρόθεση της να εκδώσει όρους, κανόνες και προϋποθέσεις διεξαγωγής του Ανταγωνιστικού Διαλόγου με το έγγραφο «ΙΤΡ» όπως αυτή έπραξε.

Είναι αδιανόητο και πρωτόκουστο, κατά τους ίδιους ισχυρισμούς, για ένα έργο τέτοιας φύσης και έκτασης να μην απαιτείται παροχή εγγύησης πιστής εκτέλεσης. Εξάλλου ο Κανονισμός 17 της Κ.Δ.Π. 492/2004, προβλέπει ότι *«εκτός όπου ορίζεται διαφορετικά στα έγγραφα προσφορών (τα οποία αναμένεται να εκδοθούν στο τέλος του διαλόγου), ο οικονομικός φορέας στον οποίο ανατίθεται 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».*

Επιπλέον σύμφωνα με το προοίμιο του εγγράφου με τίτλο «Πρόσκληση για Υποβολή Αίτησης για Συμμετοχή στη Διαδικασία του Ανταγωνιστικού Διαλόγου», στη σελίδα 3, οι παράγραφοι 3 και 5 προβλέπουν τα εξής:

- «3. *Any Candidate considering making a decision to enter into the competition conducted by the Contracting Authority following receipt of this Document and its attachments should make their own investigations and their own independent assessment of the Contracting Authority and their requirements for services associated with the project and should seek their own professional financial and legal advice.*
5. *Nothing in this Document or its attachments or other contractual documents is, or should be, relied upon as a promise or a representation as to the Contracting Authority's ultimate decisions in relation to the Project, which will depend of the outcome of the dialogue with the Tenderers.»*

Όσον αφορά τη θέση του Αιτητή ότι η Εγγύηση Πιστής Εκτέλεσης θα πρέπει να δοθεί από τον ίδιο τον Αιτητή, η θέση αυτή δεν ευσταθεί. Σύμφωνα με τον περί Συμβάσεων Νόμο, Κεφ. 149, άρθρο 84, η Σύμβαση Εγγύησης, είναι η σύμβαση η οποία δημιουργείται προς εκπλήρωση της υπόσχεσης ή υποχρέωσης τρίτου, σε περίπτωση μη εκπλήρωσης από τον τρίτο. Επομένως η εν λόγω εγγύηση δεν μπορεί να δοθεί από τον ίδιο οικονομικό φορέα ο οποίος θα εκτελέσει τη σύμβαση, αλλά από κάποιον τρίτο.

Πάντοτε κατά τους ισχυρισμούς του Δικηγόρου της Αναθέτουσας Αρχής με το έγγραφο RFA η Αναθέτουσα Αρχή ζητούσε αποδεικτικά στοιχεία από τα τρίτα πρόσωπα στα οποία οι υποψήφιοι ενδεχομένως να βασίστηκαν σε σχέση με τα κριτήρια προεπιλογής. Σύμφωνα με την πρόνοια αυτή, η εταιρεία EDS δήλωσε ότι κατέχει όλους τους οικονομικούς και τεχνικούς πόρους σε σχέση με τις απαιτήσεις του εγγράφου RFA και δεσμεύτηκε προς την Αναθέτουσα Αρχή όπως διαθέτει τους εν λόγω πόρους στον Αιτητή σε οποιαδήποτε στιγμή για την εκτέλεση της σύμβασης.

Ο Αιτητής, κατά τους ισχυρισμούς του Δικηγόρου της Αναθέτουσας Αρχής θα έπρεπε να γνωρίζει στη βάση του άρθρου 46(5)(α)(iii) του Νόμου 12(1)/2006 ότι η Αναθέτουσα Αρχή είχε το δικαίωμα να ζητήσει επιπρόσθετες αποδείξεις και πληροφορίες με την έκδοση του «ΙΤΡ» για να ικανοποιηθεί ότι η εταιρεία EDS πέραν της αρχικής της δέσμευσης, θα παρείχε τους αναγκαίους οικονομικούς πόρους για την εκτέλεση της σύμβασης.

Στον ισχυρισμό των Αιτητών ότι με την υπογραφή της σύμβασης από τον «τρίτο», εκλαμβάνεται ότι αυτός είναι μέρος του οικονομικού φορέα ή ως συμμετοχος, ο Δικηγόρος της Αναθέτουσας Αρχής ισχυρίστηκε ότι ο λόγος που απαιτείται να υπογραφεί η σύμβαση από τον τρίτο είναι προς το δικό του συμφέρον για να γνωρίζει τους όρους της σύμβασης που εγγυάται. Το θέμα της υπογραφής της σύμβασης από τον τρίτο θα είναι αντικείμενο του διαλόγου σε μεταγενέστερο στάδιο.

(β) Δεύτερη Ενότητα

Η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής με την οποία δεν επιτρέπεται η αντικατάσταση του «τρίτου» στον οποίο ο Συμμέτοχος στηρίχθηκε σε σχέση με τις απαιτήσεις για την οικονομική κατάσταση, ενώ επιτρέπεται αντικατάσταση του «τρίτου» στον οποίο ο Συμμέτοχος στηρίχθηκε σε σχέση με την πείρα.

Για όσα ισχυρίστηκαν οι Αιτητές ο Δικηγόρος της Αναθέτουσας Αρχής απάντησε ότι, το γεγονός ότι στο έγγραφο του «RFA» δεν γίνεται ρητή αναφορά, για την αντικατάσταση των τρίτων προσώπων δεν μπορούσε να ερμηνευθεί όπως ερμηνεύεται από τον Αιτητή, ότι δηλαδή θα επιτρεπόταν οποιαδήποτε αντικατάσταση αυτών σε κατοπινό στάδιο της διαδικασίας. Τέτοια ερμηνεία, κατά τους ίδιους ισχυρισμούς, θα εξουδετέρωνε τη σημασία της προεπιλογής αν ο κάθε συμμετέχοντας είχε την ευχέρεια να αντικαθιστά το βασικό τρίτο πρόσωπο στο οποίο βασίστηκε για να προεπιλεγεί. Κάτι τέτοιο θα επέτρεπε στον οποιοδήποτε να εκμεταλλεύεται την προεπιλογή του και θα δημιουργούσε μια άνευ προηγουμένου κατάχρηση της διαδικασίας με πολλές και απρόβλεπτες συνέπειες για τις δημόσιες συμβάσεις. Επί του προκειμένου, ισχυρίστηκε

ο Δικηγόρος της Αναθέτουσας Αρχής ένα τέτοιο ερώτημα δεν τέθηκε από τους υποψηφίους κατά τη διάρκεια της προεπιλογής.

Περαιτέρω, τόσο η Ευρωπαϊκή Οδηγία όσο και ο Νόμος 12(Ι)/2006 δεν προβλέπουν την αντικατάσταση των «τρίτων» προσώπων στις δυνατότητες των οποίων βασίζονται οι οικονομικοί φορείς για να ικανοποιήσουν τα κριτήρια προεπιλογής.

Σχετικά με τους λόγους για τους οποίους η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε ότι επιτρέπεται η αντικατάσταση του «τρίτου» προσώπου στο οποίο βασίστηκε ο Συμμέτοχος σχετικά με την τεχνική επάρκεια, ο Δικηγόρος της Αναθέτουσας Αρχής ισχυρίστηκε ότι σύμφωνα με τα άρθρα 53 και 54 του Ν. 12(Ι)/2006 διαφοροποιείται ο χειρισμός των σχετικών τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων vis-a-vis από την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια.

Τέλος, ο Δικηγόρος της Αναθέτουσας Αρχής ισχυρίστηκε επί του προκειμένου ότι οι πρόνοιες για αντικατάσταση των τρίτων προσώπων που τέθηκαν με το έγγραφο «ΙΤΡ» δεν διαφοροποιούν τη βάση ούτε τα κριτήρια σύμφωνα με τα οποία έγινε η προεπιλογή. Επιπρόσθετα, τόνισε, η αντικατάσταση των τρίτων προσώπων σε σχέση με την τεχνική ικανότητα κρίθηκε ότι παρέχει ευελιξία στους Συμμετέχοντες για την υποβολή της καλύτερης δυνατής λύσης.

(γ) Τρίτη Ενότητα

Η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής με την οποία απαιτείται η κατάθεση εγγύησης συμμετοχής στον Ανταγωνιστικό Διάλογο .

Για όσα ισχυρίστηκαν οι Αιτητές ο Δικηγόρος της Αναθέτουσας Αρχής απάντησε ότι η αναφορά στην προκήρυξη ότι δεν χρειαζόταν παροχή ασφάλειας και εγγύησης αφορούσε μόνο το στάδιο προεπιλογής και όχι τα επόμενα στάδια. Περαιτέρω ισχυρίστηκε ότι η αναφορά αυτή δεν μπορεί να διαβάζεται επιλεκτικά αλλά μέσα στο πλαίσιο της προκήρυξης και πιο συγκεκριμένα στην παράγραφο iii 1.4 της προκήρυξης η οποία αναφέρει: «Other particular to which the performance of the Contract is

subject (if applicable)», η Αναθέτουσα Αρχή απάντησε “Yes” , If yes, description of particular conditions, η Αναθέτουσα Αρχή απάντησε «will depend on the discussions during the competitive dialogue phase. This is a pre-qualification phase».

Σχετικά ο Δικηγόρος της Αναθέτουσας Αρχής ισχυρίστηκε ότι η υποβολή εγγύησης Συμμετοχής δεν προβλέπει οποιοδήποτε κίνδυνο για τους Συμμετέχοντες εφόσον αυτή θα τους επιστραφεί με τη λήξη του διαλόγου ανεξάρτητα από το αν θα υποβάλουν προσφορά κατά το τρίτο στάδιο της διαδικασίας. Η παροχή της εγγύησης συμμετοχής ισχυρίστηκε ότι διασφαλίζει τη συμμετοχή των επιλεγέντων οικονομικών φορέων στο διάλογο και εξασφαλίζει τη δυνατότητα στην Αναθέτουσα Αρχή να διεξάγει παραγωγικά το διάλογο .

(δ) Τέταρτη Ενότητα

Η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής με την οποία ορίζει σε 5 ημέρες το χρόνο από την υποβολή της αποδοχής για συμμετοχή στον Ανταγωνιστικό Διάλογο μέχρι την πρώτη Συνάντηση Παρουσίασης της Λύσης (High level IT Architecture Meeting).

Για όσα ισχυρίστηκαν οι Αιτητές ο Δικηγόρος της Αναθέτουσας Αρχής απάντησε ότι η προθεσμία των 5 ημερών που αναφέρεται πιο πάνω δεν σχετίζεται με το χρόνο προετοιμασίας που είχαν στη διάθεσή τους οι Συμμέτοχοι για την πιο πάνω συνάντηση δεδομένου ότι τα σχετικά έγγραφα ήταν στη διάθεση των συμμετεχόντων από την 6^η Μαΐου, 2008 δηλαδή για περίοδο 40 ημερών.

(ε) Πέμπτη Ενότητα

Η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής με την οποία ορίζει σε 5 μέρες το χρόνο μεταξύ της κοινοποίησης των τελικών θέσεων της για τους όρους του Ανταγωνιστικού Διαλόγου και τη Δήλωση Συμμετοχής, και της κατάθεσης της Εγγύησης Συμμετοχής.

Για όσα ισχυρίστηκαν οι Αιτητές ο Δικηγόρος της Αναθέτουσας Αρχής απάντησε ότι η έκδοση συμπληρωματικών πληροφοριών δεν συνιστά εκτελεστή διοικητική πράξη και ο Αιτητής δεν νομιμοποιείται να καταχωρήσει Προσφυγή στο παρόν στάδιο και στερείται εννόμου συμφέροντος. Επομένως κατά τους ίδιους ισχυρισμούς η εν λόγω προθεσμία δεν έχει οποιαδήποτε σχέση με τον ιεραρχικό έλεγχο και δεν στερεί οποιοδήποτε δικαίωμα του Αιτητή καθότι η προθεσμία για καταχώρηση της προσφυγής αρχίζει από την ημερομηνία που αυτός αποκτά ενεστώς έννομο συμφέρον.

6. Από τα ενωπιόν μας στοιχεία και τα γεγονότα όπως εκτίθενται πιο πάνω και φαίνονται στους σχετικούς φακέλους και τα επιχειρήματα που έχουν εκτεθεί τόσο γραπτά όσο και προφορικά κατά την ενώπιόν μας διαδικασία καταλήγουμε στα ακόλουθα:

A. Σχετικά με τις προεξεταστικές ενστάσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 4 πιο πάνω δεν γίνονται αποδεκτές καθότι οι Αιτητές έχουν έννομο συμφέρον εφόσον έχουν επιλεγεί στο στάδιο της προεπιλογής και είναι προτιθέμενοι προσφοροδότες.

Όσον αφορά τη δεύτερη προεξεταστική ένσταση δεν γίνεται αποδεκτή καθότι είναι νομολογημένο *Tamassos Suppliers v. Δημοκρατίας* (1992) 3 A.A.Δ. 60, 68 ότι οι προπαρασκευαστικές πράξεις η γένεση των οποίων αποτελεί προϋπόθεση για την έκδοση τελικής απόφασης, ρυθμιστικής του θέματος στο οποίο αφορούν, δεν μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο αναθεώρησης, έστω και αν έχουν εκτελεστό χαρακτήρα κατά το χρόνο έκδοσης τους μετά την έκδοση της τελικής πράξης της οποίας αποτελούν συνθετικό στοιχείο. Η τελική πράξη απορροφά μετά την έκδοση της τα συνθετικά της στοιχεία, τα οποία χάνουν την αυτοτέλεια τους. Πριν όμως την περάτωση της σύνθετης διοικητικής ενέργειας κάθε μια από αυτές τις πράξεις που την αποτελούν, διατηρεί το εκτελεστό του χαρακτήρα της, και μπορεί να προσβληθεί χωριστά (*Ηλία κ.ά. v. Δημοκρατίας* (1999) 3 A.A.Δ. 884, 896-897).

B.(α) Πρώτη Ενότητα

Όσον αφορά την ενότητα αυτή συμφωνούμε με τους ισχυρισμούς του Δικηγόρου των Αιτητών ότι η απαίτηση της Αναθέτουσας Αρχής όπως ο τρίτος υπογράψει την ίδια τη σύμβαση και την Εγγύηση Εκτέλεσης, καθιστούν τον τρίτο ως Συμμέτοχο Οικονομικό Φορέα ή και ακόμα τον εξομοιώνει με μέλος Κοινοπραξίας και δεν ήταν αυτή η επιδίωξη του σκοπού της συμμετοχής του τρίτου. Ουσιαστικά με την απαίτηση αυτή της Αναθέτουσας Αρχής ο σκοπός αυτός διαφοροποιείται.

Επίσης συμφωνούμε με τους ισχυρισμούς του Δικηγόρου των Αιτητών ότι οι πιο πάνω απαιτήσεις της Αναθέτουσας Αρχής εκφεύγουν του πλαισίου προκήρυξης (RFA) βάσει του οποίου οι προσφοροδότες υπέβαλαν τις προσφορές τους.

Το γεγονός ότι η Αναθέτουσα Αρχή είχε δικαίωμα να κάμει κανονισμούς και ρυθμίσεις που να διευκολύνουν τον Ανταγωνιστικό Διάλογο, πράγμα που και ο Δικηγόρος των Αιτητών δεν αμφισβητεί, δεν της δίνει όμως τη δυνατότητα οι Κανονισμοί και οι ρυθμίσεις αυτές να διαφοροποιούνται και να εκφεύγουν του πλαισίου της προκήρυξης (RFA) και ουσιαστικά να αποτελούν νέους όρους οι οποίοι δεν ήταν γνωστοί κατά την υποβολή της προσφοράς στη βάση της προκήρυξης.

Ως εκ τούτου θεωρούμε αβάσιμη την απαίτηση της Αναθέτουσας Αρχής να υποχρεώσει τον «τρίτο» να υπογράψει την εγγύηση εκτέλεσης και να προσυπογράψει την ίδια τη σύμβαση μαζί με το Συμμέτοχο εφόσον επί του προκειμένου δεν εγίνετο καμιά αναφορά στην προκήρυξη και δεν προέκυπτε από τους όρους του RFA.

(β) Δεύτερη Ενότητα

Όσον αφορά την ενότητα αυτή η θέση μας είναι ότι, όσο σημαντική είναι η στήριξη του οικονομικού φορέα (Συμμέτοχου) από τον «τρίτο» όσον αφορά την πείρα

(τεχνική υποστήριξη) άλλο τόσο σημαντική είναι και η στήριξη του οικονομικού φορέα από τον «τρίτο» σχετικά με την χρηματοοικονομική του κατάσταση.

Είναι παραδεκτό και από την Αναθέτουσα Αρχή ότι δεν γίνεται αναφορά στην προκήρυξη RFA για την αντικατάσταση των τρίτων προσώπων που αφορούν την οικονομική και την τεχνική στήριξη (πείρα). Εφόσον με την πρόσκληση ITP επιτράπη η αντικατάσταση του τρίτου για ένα τόσο σημαντικό θέμα (πείρα), θεωρούμε λογικό και βάσιμο να επιτραπεί και η αντικατάσταση του «τρίτου» σχετικά με την οικονομική στήριξη, πάντοτε μέσα στα πλαίσια των προϋποθέσεων που ετέθησαν στην προκήρυξη RFA και με την έγκριση βεβαίως της Αναθέτουσας Αρχής (upon approval by the Contracting Authority).

(γ) Τρίτη Ενότητα

Όσον αφορά την Ενότητα αυτή η θέση μας είναι ότι στο παρόν στάδιο που είναι το δεύτερο από τα τρία στάδια της όλης διαδικασίας του παρόντα διαγωνισμού κρίνουμε, ότι δεν απαιτείται εγγύηση συμμετοχής τόσο μεγάλου ποσού. Είναι φανερό επί του προκειμένου ότι και η ίδια η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε ότι το αρχικό ποσό των €2.000.000 που ζήτησε για εγγύηση συμμετοχής ήταν πολύ μεγάλο και το μείωσε κατά 50% δηλαδή σε €1.000.000. Κρίνουμε ότι στο παρόν στάδιο, που δεν είναι το τελικό, 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.

(δ) Τέταρτη Ενότητα

Όσον αφορά την Ενότητα αυτή, η θέση μας είναι ότι λόγω της πολυπλοκότητας του όλου έργου ο χρόνος των 5 ημερών από την Αποδοχή της Συμμετοχής στον Ανταγωνιστικό Διάλογο μέχρι την πρώτη Συνάντηση παρουσίασης της λύσης (High lever IT Architecture Meeting) για την παρουσίαση της λύσης είναι λίγος.

Ως εκ τούτου πρέπει η αναθέτουσα Αρχή να επανεξετάσει ξανά το θέμα αυτό και να δώσει περισσότερο χρόνο.

(ε) Πέμπτη Ενότητα

Όσον αφορά την Ενότητα αυτή, συμφωνούμε με τη θέση του Δικηγόρου των Αιτητών ότι οι προθεσμίες πρέπει να παρέχουν δικαίωμα άσκησης ιεραρχικού ελέγχου όπως προβλέπεται στις διατάξεις των εδαφίων (2), (3) και (4) του άρθρου 56 του Νόμου 101(Ι)/2003 δηλαδή τουλάχιστον χρονική περίοδο 20 ημερών.

Ενόψει των πιο πάνω ευρημάτων μας αποφασίζουμε όπως η Αναθέτουσα Αρχή ακυρώσει και τροποποιήσει τους όρους του ΙΤΡ σύμφωνα με όσα περιέχονται στην παράγραφο **Β(α),(β),(γ),(δ) και (ε)**.