



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. 57/2007

Μεταξύ:

PERATICA TRADING CO. LTD

Αιτούντων

v.

Τμήματος Κρατικών Αγορών και Προμηθειών

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:

PERATICA TRADING CO. LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. κ. Σπύρο Σπύρου, Δικηγόρο
2. κ. Νίκο Εγγλεζάκη, Εκπρόσωπο αιτούσας εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΤΜΗΜΑ ΚΡΑΤΙΚΩΝ ΑΓΟΡΩΝ ΚΑΙ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. κα Μαριλένα Θεοκλήτου, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. κα Κλεανθία Κωνσταντή, Λειτουργό Τμήματος Κρατικών Αγορών και Προμηθειών
3. κ. Δημήτρη Δημητρίου, Επιθεωρητή Τμήματος Κρατικών Αγορών και Προμηθειών

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 12 Οκτωβρίου, 2007

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή στρέφεται κατά της απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής, δηλαδή του Τμήματος Κρατικών Αγορών και Προμηθειών που λήφθηκε σαν αποτέλεσμα του διαγωνισμού 2007Τ0010 και αφορούσε την προμήθεια και παράδοση υφασμάτων (χειμερινών, καλοκαιρινών και βαμβακερών) για της ανάγκες της Εθνικής Φρουράς και των διαφόρων Κυβερνητικών Υπηρεσιών.

1. Περιληπτικά τα γεγονότα της υπόθεσης αυτής είναι τα εξής:

(α) Η προκήρυξη του διαγωνισμού έγινε με δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας στις 16 Φεβρουαρίου, 2007

(β) Για το διαγωνισμό αυτό υποβλήθηκαν έξι (6) προσφορές μεταξύ των οποίων και εκείνη των Αιτητών.

(γ) Η Επιτροπή Αξιολόγησης που συστάθηκε για αξιολόγηση των προσφορών κατά τη συνεδρία της ημερ. 29 Ιουνίου, 2007, αποφάσισε να εισηγηθεί στο Συμβούλιο Προσφορών του Υπουργείου Οικονομικών τα εξής:

(i) Ανάθεση της σύμβασης για την κατηγορία 1 (είδη 1-4) και την κατηγορία 2 (είδη 5-8) στον οικονομικό φορέα εταιρεία Latimer Trading Ltd του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και έχει προσφέρει τη χαμηλότερη τιμή σύγκρισης.

(ii) Τρεις οικονομικοί φορείς και συγκεκριμένα:
P.C. Ioannou & Sons Ltd (Αιτητές) (κατηγορίες 1, 2 και 7)
Amelco Industries Ltd (κατηγορίες 1, 2 και 7)
Peratica Trading Co. Ltd (κατηγορίες 1, 2, 3, 4 και 7)

να αποκλειστούν καθότι εμπίπτουν στους λόγους αποκλεισμού και συγκεκριμένα στον όρο 6.1(i) των εγγράφων του διαγωνισμού γιατί απέτυχαν να εκπληρώσουν τις συμβατικές τους υποχρεώσεις με

αποτέλεσμα να τους κατασχεθεί η εγγύηση πιστής εκτέλεσης των συμβολαίων τους για προηγούμενους διαγωνισμούς.

(iii) Για τις κατηγορίες 5 και 6 δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά.

(iv) Για την κατηγορία 7 η προδιαγραφή παρουσιάζει πρόβλημα και παρίσταται ως εκ τούτου ανάγκη τροποποίησής της χωρίς να διενεργηθεί νέος διαγωνισμός.

(δ) Το Συμβούλιο Προσφορών του Υπουργείου Οικονομικών στη συνεδρία του ημερομηνίας 4 Ιουλίου, 2007 αποφάσισε τα πιο κάτω:

(i) Την ανάθεση της σύμβασης για την κατηγορία 1 (είδη 1-4) και την κατηγορία 2 (είδη 5-8) στον οικονομικό φορέα Latimer Trading Ltd (3^ο φθηνό). Ο 1^{ος} φθηνός προσφέρων (Amelco Industries Ltd) και ο 2^{ος} φθηνός προσφέρων (P.C. Ioannou & Sons Ltd) εμπίπτουν στους λόγους αποκλεισμού που ορίζονται στον όρο 6.1(i) των εγγράφων του διαγωνισμού γιατί απέτυχαν να εκπληρώσουν τις συμβατικές τους υποχρεώσεις με αποτέλεσμα να τους κατασχεθεί η εγγύηση πιστής εκτέλεσης του συμβολαίου τους για τους πιο κάτω διαγωνισμούς:

Π4: Amelco Industries Ltd (1^{ος} φθηνός)

- i) Αρ. διαγωνισμού 2003T1056 (ημερ. κατάσχεσης 22/9/2005)
- ii) Αρ. διαγωνισμού 2004T0003 (ημερ. κατάσχεσης 3/11/2005)
- iii) Αρ. διαγωνισμού 2005T0010 (ημερ. κατάσχεσης 14/2/2006)

Π2: P.C. Ioannou & Sons Ltd (2^{ος} φθηνός)

- i) Αρ. διαγωνισμού 2005T0062 (ημερ. κατάσχεσης 30/5/2007)
- ii) Αρ. διαγωνισμού 2004T0047 (ημερ. κατάσχεσης 6/7/2005)

(ii) την ακύρωση της διαδικασίας του διαγωνισμού για τις πιο κάτω κατηγορίες:

(α) Κατηγορία 3 (είδος 9), κατηγορία 4 (είδος 10) και κατηγορία 7 (είδος 15), σύμφωνα με τον Καν. 34(5)(β)-Κ.Δ.Π. 201/2007 γιατί οι προσφέροντες για τις πιο πάνω κατηγορίες των ειδών δεν έχουν συμμορφωθεί προς το σύνολο των υποχρεωτικών απαιτήσεων των σχετικών όρων των εγγράφων του διαγωνισμού.

(β) Κατηγορία 5 (είδη 11-13) και κατηγορία 6 (είδος 14), σύμφωνα με τον Καν. 34(5)(α)-Κ.Δ.Π. 201/2007, γιατί δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά για τις κατηγορίες αυτές.

(ε) Η Αναθέτουσα Αρχή με επιστολή του Διευθυντή του Τμήματος Κρατικών Αγορών και Προμηθειών προς τους Αιτητές ημερομ. 9 Ιουλίου, 2007, τους γνωστοποίησε την πιο πάνω απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών του Υπουργείου Οικονομικών αναφέροντάς τους ότι παρόλο που δεν πρόσφεραν τις χαμηλότερες τιμές σύγκρισης στην προκείμενη περίπτωση ο βασικός λόγος επί του οποίου βασίστηκε η πιο πάνω απόφαση του αποφασίζοντος οργάνου ήταν γιατί, «η εταιρεία σας εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού που ορίζονται στον όρο 6.1 των εγγράφων του εν λόγω διαγωνισμού, και ειδικά της υποπαραγράφου 6.1(i) του όρου αυτού και απέτυχε να εκπληρώσει τις συμβατικές της υποχρεώσεις με αποτέλεσμα να της κατασχεθούν οι εγγυήσεις πιστής εκτέλεσης των συμβολαίων για τους διαγωνισμούς, 2005T0094 και 2005T1024 με ημερομηνίες κατασχέσεων 5/4/2006 και 31/7/2006, αντίστοιχα.»

2. Οι Αιτητές καταχώρησαν στις 2 Αυγούστου, 2007 την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή την οποία στηρίζουν βασικά στους πιο κάτω λόγους:

(α) Ο τρόπος αξιολόγησης των προσφορών όπως αυτός έχει εφαρμοσθεί βασίζεται σε λανθασμένη ερμηνεία των όρων του διαγωνισμού και θέτει σε αμφισβήτηση τον κανόνα επιλογής της καλύτερης προσφοράς προς το συμφέρον του Δημοσίου.

(β) Ο δεύτερος λόγος αποκλεισμού της προσφοράς των Αιτητών αποτελεί παραβίαση των συνταγματικών δικαιωμάτων τους να αποκλείεται η εταιρεία τους

αυθαίρετα και χωρίς τη δέουσα έρευνα εάν συντρέχουν λόγοι γι' αυτό και αποτελεί επίσης ουσιαστική παραβίαση των όρων της προσφοράς όπως αυτοί έχουν τεθεί και διατυπωθεί από την Αναθέτουσα Αρχή.

(γ) Οι Αιτητές αποδέχονται τον πρώτο λόγο ότι οι τιμές που είχαν προσφέρει στα είδη που έχουν κατακυρωθεί ήταν πιο ψηλές από τις τιμές του επιτυχόντα προσφοροδότη. Δεν αποδέχονται όμως το δεύτερο λόγο ότι αποκλείστηκαν διότι *«η εταιρεία μας εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού που ορίζονται στον όρο 6.1 των εγγράφων του εν λόγω διαγωνισμού, και ειδικά της υποπαραγράφου 6.1(i) του όρου αυτού και απέτυχε να εκπληρώσει τις συμβατικές της υποχρεώσεις με αποτέλεσμα να της κατασχεθούν οι εγγυήσεις πιστής εκτέλεσης των συμβολαίων για τους διαγωνισμούς 2005T0094 και 2005T1024 με ημερομηνίες κατασχέσεων 5.4.2006 και 31.7.2006, αντίστοιχα.»*

(δ) Οι Αιτητές πιστεύουν ότι η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής να θεωρήσει ότι η προσφορά τους ήταν άκυρη και ότι ενέπιπτε στους λόγους αποκλεισμού που ορίζονται στον όρο 6.1 των εγγράφων του εν λόγω διαγωνισμού, και ειδικά της υποπαραγράφου 6.1(i) του όρου αυτού, είναι λανθασμένη και αποτέλεσμα πλάνης και ότι τους αδικεί.

(ε) Οι Αιτητές ζητούν όπως το Συμβούλιο Προσφορών μελετήσει εκ νέου το θέμα αυτό και προβεί σε νέα αξιολόγηση και απαλείψει τους πιο πάνω λόγους αποκλεισμού σαν λανθασμένους για εφαρμογή στην περίπτωση τους.

(στ) Η εταιρεία των Αιτητών έχει σαν μια βασική και ουσιαστική απόδειξη ότι δεν εμπίπτει στους πιο πάνω λόγους αποκλεισμού, τον αριθμό συμβάσεων που έχει λάβει από το Τμήμα Κρατικών Αγορών και Προμηθειών και την έγκυρη συμμετοχή σε άλλους τόσους διαγωνισμούς μετά από τα «γεγονότα» που έχει επικαλεσθεί για αποκλεισμό της προσφοράς τους. Γεγονός είναι ότι δικαίως και ορθώς δεν θεωρούσε το Τμήμα Κρατικών Αγορών και Προμηθειών μέχρι τώρα ότι η εταιρεία των Αιτητών εμπίπτει στους πιο πάνω λόγους αποκλεισμού, αφού η σχετική παράγραφος αναφέρει «... δύναται να αποκλειστεί....» και όχι.....

αποκλείεται ... και ... με ποινή αποκλεισμού όπως αναφέρονται άλλοι λόγοι αποκλεισμού.

(ζ) Παρόλα ταύτα και στις δύο συγκεκριμένες περιπτώσεις που εκ των υστέρων αναφέρεται και λαμβάνει υπόψη το Τμήμα Κρατικών Αγορών και Προμηθειών, το πρόβλημα ήταν οι εν μέρει λανθασμένες / και εν μέρει ανεφάρμοστες προδιαγραφές που είχαν δοθεί. Οι Αιτητές το είχαν αναφέρει επισταμένα και τεκμηριωμένα σε σχετικές επιστολές τους προς το Τμήμα Κρατικών Αγορών και Προμηθειών. Είχαν καλέσει το Τμήμα να προβεί σε διόρθωση των προδιαγραφών και να προβεί σε παραλαβή των παραδοθέντων υλικών, και ανέμεναν μέχρι τώρα την ανταπόκριση του με βάση την τελευταία επιστολή του.

Όλοι οι προμηθευτές συνάδελφοι που είχαν αναλάβει παρόμοιες συμβάσεις για όμοια είδη με τις ίδιες ακριβώς προδιαγραφές πριν και μετά, απέτυχαν με τον ίδιο τρόπο, και το Τμήμα το γνωρίζει αυτό πολύ καλά.

3. Σχετικά με τους πιο πάνω λόγους ο δικηγόρος των Αιτητών κατά την ενώπιόν μας διαδικασία ισχυρίστηκε τα εξής:

(α) Η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής να αποκλείσει τους Αιτητές από το διαγωνισμό αυτό για τους λόγους που η Αναθέτουσα Αρχή ισχυρίζεται ότι εμπίπτουν στους λόγους αποκλεισμού της παραγράφου 6.1(i) των όρων του διαγωνισμού είναι άκυρη και/ή πρέπει να ανατραπεί γιατί είναι παράνομη καθότι οι όροι του διαγωνισμού όπως είναι διατυπωμένοι δεν καθιστούν υποχρεωτικό τον αποκλεισμό προσφοροδότη ο οποίος έχει παραβιάσει ή δεν έχει εκτελέσει πιστά άλλες συμβάσεις που του έχουν ανατεθεί σε βαθμό που να του έχει κατασχεθεί η εγγύηση πιστής εκτέλεσης κατά την περίοδο που αρχίζει δύο χρόνια πριν τελευταία προθεσμία υποβολής των προσφορών. Ο πιο πάνω αποκλεισμός των Αιτητών είχε σαν αποτέλεσμα η Αναθέτουσα Αρχή να ακυρώσει τις κατηγορίες 3 και 4 του διαγωνισμού αυτού για τις οποίες οι Αιτητές ήταν οι μοναδικοί προσφοροδότες.

Επί του προκειμένου ο δικηγόρος των Αιτητών ανέφερε ότι ο όρος 6.1(i) των εγγράφων του διαγωνισμού αναφέρει τα ακόλουθα:

*«Κάθε οικονομικός φορέας **δύναται** να αποκλείεται από τη συμμετοχή στη σύμβαση ότανέχει παραβιάσει ή δεν έχει εκτελέσει πιστά άλλες συμβάσεις που έχουν ανατεθεί σ' αυτόν σε βαθμό που να του έχει κατασχεθεί η εγγύηση πιστής εκτέλεσης κατά την περίοδο που αρχίζει δυο χρόνια πριν την τελευταία προθεσμία υποβολής των προσφορών.»*

Ο εν λόγω όρος είναι σαφέστατος και δεν επιδέχεται οποιασδήποτε αμφισβήτησης ή παρερμηνείας. Εφόσον συμβαίνουν τα όσα αναφέρονται ανωτέρω, σε σχέση με την πιστή εκτέλεση άλλων συμβάσεων από ένα προσφοροδότη, η Αναθέτουσα Αρχή δεν υποχρεούται αλλά έχει τη δυνατότητα να τον αποκλείσει. Δηλαδή δεν πρόκειται για άσκηση δέσμιας αρμοδιότητας αλλά για άσκηση διακριτικής ευχέρειας.

Επί του προκειμένου ο δικηγόρος των Αιτητών ανέφερε ότι από την Έκθεση της Αναθέτουσας Αρχής προκύπτει ότι πράγματι η ίδια ερμήνευσε τον όρο ως επιβάλλοντα υποχρεωτικά τον αποκλεισμό της προσφοράς. Τα επιχειρήματα που προβάλλει για στήριξη της θέσης αυτής είναι δυσνόητα, στο στάδιο όμως αυτό αρκεί να λεχθεί ότι η Αρχή προσπαθεί να μετατρέψει το «δύναται» σε «αποκλείεται».

(β) Η κατάσχεση της εγγύησης των Αιτητών για τη μη εκτέλεση των συμβάσεων που αναφέρεται στην παράγραφο 1(ε) πιο πάνω δεν ήταν εξ υπαιτιότητας των Αιτητών αλλά στις λανθασμένες και ανεφάρμοστες προδιαγραφές που είχαν τεθεί από την Αναθέτουσα Αρχή.

(γ) Και πάλιν κατά τους ισχυρισμούς του δικηγόρου των Αιτητών, δεν δόθηκε δέουσα και επαρκής αιτιολογία κατά παράβαση του περί Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμο, Ν.158(Ι)/1999 περί δέουσας και επαρκούς αιτιολογίας των δυσμενών διοικητικών πράξεων.

Κατά τους ίδιους ισχυρισμούς στην παρούσα περίπτωση, δεν υπάρχει αμφιβολία ότι πρόκειται περί δυσμενούς πράξεως, εφόσον με την επίδικη διοικητική πράξη η Αιτήτρια αποκλείστηκε από το διαγωνισμό και απώλεσε σημαντικά έσοδα. Η Αναθέτουσα Αρχή απέτυχε να συμμορφωθεί με την ανάγκη αιτιολογίας των δυσμενών διοικητικών πράξεων εφόσον δεν παρείχε οποιαδήποτε αιτιολογία για τον αποκλεισμό της Αιτήτριας παρά μόνο αναπαρήγαγε τον όρο 6(i) των εγγράφων του διαγωνισμού. Περαιτέρω η Αναθέτουσα Αρχή δεν αιτιολόγησε καθόλου το γεγονός ότι ενώ ο συγκεκριμένος όρος αναφέρεται σε δυνατότητα αποκλεισμού προσφοροδότη, αυτή ερμήνευσε τον εν λόγω όρο ως υποχρέωση αποκλεισμού. Επιπλέον η Αναθέτουσα Αρχή δεν αιτιολόγησε το γεγονός ότι και μετά την κατάσχεση της εγγύησης πιστής εκτέλεσης της Αιτήτριας το 2005 και 2006, κατακυρώθηκαν από την ίδια Αναθέτουσα Αρχή στην ίδια Αιτήτρια προσφορές που αφορούσαν το ίδιο αντικείμενο με την παρούσα προσφορά, χωρίς να γίνει επίκληση του εν λόγω όρου.

4. Στους πιο πάνω ισχυρισμούς των Αιτητών, η Αναθέτουσα Αρχή απάντησε όπως πιο κάτω:

(α) Οι λόγοι που οι Αιτητές επικαλούνται στην προσφυγή τους και που αναφέρονται στις παραγράφους 2(α)-2(ζ) πιο πάνω είναι αόριστοι, παντελώς ανυπόστατοι, ανυποστήριχτοι και ανεδαφικοί καθ' ότι τα αρμόδια όργανα εφάρμοσαν ορθά όλες τις πρόνοιες της Νομοθεσίας. Περαιτέρω, κατά τους ίδιους ισχυρισμούς τα αρμόδια όργανα ενήργησαν καθ' όλη τη διαδικασία και έλαβαν υπ' όψη τους κατά τη λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης τις πρόνοιες των εγγράφων του διαγωνισμού, τις οποίες εφάρμοσαν ομοιόμορφα και με πλήρη διαφάνεια για όλους τους διαγωνιζόμενους και επομένως ουδεμία δυσμενή διάκριση έτυχαν οι Αιτητές.

(β) Το Συμβούλιο Προσφορών του Υπουργείου Οικονομικών κατά τη λήψη της απόφασής του στις 4 Ιουλίου, 2007, έλαβε υπ' όψη του ότι οι Αιτητές εμπίπτουν στους λόγους αποκλεισμού που ορίζονται στον όρο 6.1(i) των εγγράφων του διαγωνισμού γιατί απέτυχαν να εκπληρώσουν τις συμβατικές τους υποχρεώσεις με αποτέλεσμα να τους κατασχεθούν οι εγγυήσεις πιστής

εκτέλεσης των συμβολαίων για τους διαγωνισμούς (i) 2005T0062 (ημερ. κατάσχεσης 30/5/2005) και (ii) 2004T0047 (ημερ. κατάσχεσης 6/7/2005).

Τούτο, κατά τους ισχυρισμούς της Αναθέτουσας Αρχής, δεν αμφισβητείται από τους Αιτητές, παρά τους ισχυρισμούς τους ότι κατασχέσεις έγιναν για άλλες προσφορές που δεν είχαν το ίδιο αντικείμενο με την παρούσα προσφορά.

Ο όρος 6, όπως και όλοι οι άλλοι όροι των εγγράφων κάθε διαγωνισμού πρέπει κατά τους ίδιους ισχυρισμούς να αναγιγνώσκονται στο πλαίσιο του συνόλου των όρων των εγγράφων του διαγωνισμού για να καταλήξει κάποιος σε σωστή ερμηνεία. Κατά την άποψή μας, τόνισαν, δεν υπάρχει καμία αμφιβολία ότι είναι απόλυτοι και από την ώρα που η Αναθέτουσα Αρχή επέλεξε να τους περιλάβει μέσα στα έγγραφα της, «και σημειώστε ότι αυτοί οι λόγοι αποκλεισμού περιλαμβάνονται στην οδηγία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, και από την ώρα που επιλέγω να τους περιλάβω στα έγγραφα, καθίστανται δεσμευτικοί, είναι δεσμευτικοί ανεξάρτητα από τη λέξη «δύνανται» που γράφει εκεί».

Ο όρος 6 πρέπει να διαβαστεί σε συνδυασμό με τον όρο 5.1.1 των εγγράφων του διαγωνισμού, στον οποίο αναφέρεται ρητά και σαφώς ότι δικαίωμα συμμετοχής έχουν αυτοί: *« ... που έχουν καταβάλει το αντίτιμο για την αγορά των εγγράφων προσφορών και οι οποίοι μπορούν να αποδείξουν ότι ικανοποιούν τις απαραίτητες νομικές, οικονομικές και τεχνικές προϋποθέσεις για την προσήκουσα και έγκαιρη εκτέλεση της σύμβασης, νοουμένου ότι δεν εμπίπτουν στους λόγους αποκλεισμού που καθορίζονται στα εν λόγω έγγραφα.»*

Στον όρο 6, στο τέλος (6.2) λει: *«Επιπρόσθετα, αποκλείεται από τη συμμετοχή στη σύμβαση ο προσφέρων: ii δεν πληροί τις προϋποθέσεις της παραγράφου 5.1 πιο πάνω.»* Δηλαδή εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού.

Εν πάση περιπτώσει, ισχυρίστηκαν, «και αν ακόμα θεωρηθεί ότι δεν είναι απόλυτοι και κατά συνέπεια δεσμευτικοί και μπορούν να ερμηνευθούν κατά διακριτική ευχέρεια, το ερώτημα που τίθεται είναι κατά πόσον ενόψει της λειτουργίας αυτών των λόγων και τους σκοπούς τους οποίους αποσκοπούν να

εξυπηρετήσουν, που είναι η διασφάλιση της κατάλληλης εκτέλεσης σύμβασης είναι ή όχι ουσιώδεις. Κατά την άποψή μας δεν υπάρχει αμφιβολία ότι είναι ουσιώδεις.»

Κατά τους ισχυρισμούς της Αναθέτουσας Αρχής, με όσα αναφέρονται πιο πάνω, ο όρος 6.1(i) των εγγράφων του διαγωνισμού είναι ουσιώδης και από τη στιγμή που ο όρος αυτός είναι ουσιώδης η προσφορά που παρέβηκε ουσιώδη όρο του διαγωνισμού απορρίπτεται χωρίς άλλο λόγο και δεν χρειάζεται καμία περαιτέρω αιτιολόγηση.

(γ) Τέλος, η Αναθέτουσα Αρχή σχετικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι η απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών και του Υπουργείου Οικονομικών είναι αναιτιολόγητη, ισχυρίστηκε ότι πλήρης αιτιολογία παρατίθεται στο κείμενο της επιστολής του Τμήματος Κρατικών Αγορών και Προμηθειών προς τους Αιτητές ημερ. 9 Ιουλίου, 2007 και στο διοικητικό φάκελο.

(δ) Όσον αφορά τους ισχυρισμούς των Αιτητών ότι μετά την κατάσχεση της εγγύησης τους κατακυρώθηκαν σ' αυτούς διάφορες προσφορές, η Αναθέτουσα Αρχή παραδέχθηκε ότι τούτο είναι αληθές αλλά οφείλετο στο γεγονός ότι η Αναθέτουσα Αρχή ακολουθούσε την πρακτική να αποκλείει προσφοροδότες λόγω κατάσχεσης της εγγύησης, λόγω μη πιστής εκτέλεσης της σύμβασης όταν επρόκειτο για συμβάσεις παρομοίου είδους. Κατά τους ίδιους ισχυρισμούς η πρακτική αυτή άλλαξε μετά την πιο πάνω αναφερόμενη γνωμάτευση της εκπροσώπου της Γενικής Εισαγγελίας.

5. Από τα ενώπιόν 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:

Έχουμε την άποψη ότι το βασικό θέμα στην παρούσα υπόθεση είναι αν η αρμοδιότητα που παρέχεται στο αποφασίζον όργανο είναι δέσμια ή αν το αποφασίζον όργανο έχει διακριτική ευχέρεια. Όπως έχει νομολογηθεί από το

Ανώτατο Δικαστήριο στην απόφαση (ημερομηνίας 3/6/1997 στην υπόθεση Α/φοι Α & Α Κων/νου Λτδ εναντίον 1. Δήμου Γεροσκήπου, 2. Δημοτικού Συμβουλίου Γεροσκήπου), «δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει όταν με τη διαπίστωση από το όργανο ότι συντρέχουν οι πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις εφαρμογής ορισμένων κανόνων Δικαίου, το όργανο έχει υποχρέωση όπως εκδώσει τη σχετική διοικητική πράξη που προβλέπεται από τους εν λόγω κανόνες Δικαίου. Η δέσμια αρμοδιότητα του οργάνου, υποδηλώνεται ή υπογραμμίζεται με διατυπώσεις όπως «Το Διοικητικό Όργανο υποχρεούται ή οφείλει να εκδώσει» τη συγκεκριμένη διοικητική πράξη ύστερα από διαπίστωση των πραγματικών και νομικών γεγονότων. Αντίθετα, διοικητική ευχέρεια είναι η δυνατότητα του Διοικητικού Οργάνου να επιλέξει μεταξύ πλειόνων ρυθμίσεων την ευστοχότερη για το δημόσιο συμφέρον. Είναι γνωστή η αρχή όταν στη διοίκηση παρέχεται από το Νόμο εξουσία ενέργειας κατά διακριτική ευχέρεια, η διοίκηση υποχρεούται όταν αποφασίζει να ενεργήσει να κάμει χρήση της ευχέρειας αυτής. Έτσι πράξη που εκδόθηκε ως υποχρεωτική από Αρχή που εξέλαβε πεπλανημένα δέσμια την προς τούτο αρμοδιότητά της, ενώ προς έκδοση της πράξης είχε διακριτική ευχέρεια, είναι παράνομη».

Είναι επίσης καλά νομολογημένο ότι η άσκηση διακριτικής ευχέρειας θα πρέπει να στηρίζεται στη στάθμιση των παραγόντων που ο Νόμος καθόρισε στην Αρχή να σταθμίσει.

Είναι κατά την άποψή μας φανερό ότι το αποφασίζον όργανο, θεώρησε σαν δέσμια την αρμοδιότητά του επικαλούμενο το ουσιώδες του όρου 6.1 και την ανάγκη ομοιόμορφης εφαρμογής του. Δεν συμφωνούμε με την άποψη αυτή και θεωρούμε ότι το Άρθρο 6.1 των όρων του διαγωνισμού καθορίζει διακριτική ευχέρεια στο αποφασίζον όργανο το οποίο θα έπρεπε να την ασκήσει με τη διερεύνηση όλων των περιστάσεων και των παραμέτρων της υπόθεσης και πως θα έπρεπε να αιτιολογήσει την απόφασή του, κάτι που φανερά δεν έκαμε.

Πέραν των πιο πάνω έχουμε να παρατηρήσουμε ότι και αν ακόμη επί χρόνια η Αναθέτουσα Αρχή ερμήνευε διαφορετικά τον όρο 6.1 των εγγράφων των προσφορών, θα μπορούσε να προβεί σε διόρθωσή του αν έκρινε την εφαρμογή

του λανθασμένη, με τη σαφή διατύπωση στους όρους των προσφορών και ειδικότερα στον όρο 6.1.

Έχουμε την άποψη ότι με τον τρόπο που ενήργησε η Αναθέτουσα Αρχή παραβιάζονται οι πρόνοιες των Άρθρων 50 και 51 του Νόμου 158(Ι)/1999.

Παρότι δεν έχει αναφερθεί το ύψος της Σύμβασης για την οποία έγινε κατάσχεση της εγγύησης, είναι ενδεχόμενο εάν η Σύμβαση αυτή ήταν πέραν των £100.000 θα έπρεπε να τηρηθούν οι διατάξεις των Κανονισμών 24, 25 και 26 της Κ.Δ.Π. 115/2004. Τούτο αναφέρεται σαν απλή παρατήρηση.

Σαν αποτέλεσμα των πιο πάνω κρίνουμε ότι η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής παραβιάζει το ισχύον δίκαιο και ως εκ τούτου η προσβαλλόμενη απόφαση ακυρώνεται.