



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. 25/2011

Μεταξύ:

ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ «ΑΘΩΝΙΚΗ ΤΕΧΝΙΚΗ Α.Ε. – ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ
ΕΤΑΙΡΕΙΑ Χ.Π.Θ. ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΥ ΛΤΔ – ΜΕΣΟΓΕΙΟΣ Α.Ε.»

Αιτητών

v.

ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΕΩΝ ΛΕΜΕΣΟΥ - ΑΜΑΘΟΥΝΤΑΣ

Αναθέτουσα Αρχή

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

Ζαχαρίας Τουλούρας, Πρόεδρος
Ανδρέας Χριστοφή, Μέλος
Νίκος Πιπτοκοπίτης, Μέλος
Ιωσήφ Ιωσηφίδης, Μέλος
Κυριάκος Συρίμης, Μέλος

Αιτητές:

ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ «ΑΘΩΝΙΚΗ ΤΕΧΝΙΚΗ Α.Ε. – ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ
ΕΤΑΙΡΕΙΑ Χ.Π.Θ. ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΥ ΛΤΔ – ΜΕΣΟΓΕΙΟΣ Α.Ε.».

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Κυριάκο Μιχαηλίδη, Δικηγόρο
2. Μάριο Κυριακίδη, Δικηγόρο
3. Νάσια Κουκούνη, Δικηγόρο
4. Χριστόδουλο Γιάλλουρο, Εγκεκριμένο Λογιστή
5. Μάριο Αλεξάνδρου, Εκπρόσωπο αιτούσας Κοινοπραξίας
6. Χαράλαμπο Αλεξάνδρου, Εκπρόσωπο αιτούσας Κοινοπραξίας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΕΩΝ ΛΕΜΕΣΟΥ - ΑΜΑΘΟΥΝΤΑΣ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Νίκο Παπαευσταθίου, Δικηγόρο
2. Ιάκωβο Παπαϊακώβου, Γενικό Διευθυντή Συμβουλίου ΣΑΛΑ
3. Ανδρέα Χρίστου, Δήμαρχο Λεμεσού, Πρόεδρο του Διοικητικού Συμβουλίου Σ.Α.Λ.Α.
4. Ιωάννα Χρίστου, Διευθύντρια Οικονομικών Υπηρεσιών Σ.Α.Λ.Α.

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 5 Σεπτεμβρίου, 2011

Α Π Ο Φ Α Σ Η

A. Με την παρούσα Προσφυγή με αριθμό 25/2011, η Κοινοπραξία «Αθωνική Τεχνική Α.Ε.- Εργοληπτική Εταιρεία Χ.Π.Θ. Αλεξάνδρου Λτδ – Μεσόγειος Α.Ε» (στο εξής οι Αιτητές) στρέφεται κατά της απόφασης του Συμβουλίου Αποχτετεύσεων Λεμεσού - Αμαθούντας (στο εξής ΣΑΛΑ ή Αναθέτουσα Αρχή) να κατακυρώσει το διαγωνισμό με αριθμό 10/2010 που αφορά την «Προσφορά για την Φάση B2 του αποχτετευτικού έργου λυμάτων και ομβρίων της Μείζονος Λεμεσού – Συμβόλαιο E6» σε άλλο προσφοροδότη και συγκεκριμένα στην Κοινοπραξία «MEDCON – ΙΑΚΟΝΟΥ- ΣΗΑΡΟ» (στο εξής επιτυχούσα).

B. ΓΕΓΟΝΟΤΑ

1. Ο Διαγωνισμός δημοσιεύθηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης με ημερομηνία 24/9/2010 και αριθμό Προκήρυξης 2010/S186-283629 καθώς και στην Επίσημη Εφημερίδα της Κυπριακής Δημοκρατίας με την ίδια ημερομηνία και αριθμό 2594.

2. Ακολουθήθηκε η ανοικτή διαδικασία με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή.

3. Οι Σύμβουλοι Μηχανικοί του ΣΑΛΑ (MWH&I) με επιστολή τους ημερομηνίας 5/1/2011 εισηγήθηκαν να ζητηθούν συγκεκριμένες διευκρινίσεις από τους προσφοροδότες και στις 17/1/2011 η Υπηρεσιακή Επιτροπή Αξιολόγησης (ΥΕΑ) αφού μελέτησε την εν λόγω έκθεση αξιολόγησης των Συμβούλων Μηχανικών ετοίμασε τη δική της Έκθεση Αξιολόγησης και εισηγήθηκε στο Συμβούλιο Προσφορών τη λήψη νομικής συμβουλής αναφορικά με τις απόψεις των Συμβούλων Μηχανικών, γεγονός που πραγματοποιήθηκε αφού εγκρίθηκε την ίδια ημέρα.

4. Στη σχετική επιστολή των Νομικών Συμβούλων του ΣΑΛΑ με ημερομηνία 31/1/2011 αναφέρεται μεταξύ άλλων ότι η προσφορά των Αιτητών είναι άκυρη και δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη.

5. Το Συμβούλιο Αποχετεύσεων σε συνεδρία του με ημερομηνία 16/2/2011 υιοθέτησε την εισήγηση του Συμβουλίου Προσφορών για επανεξέταση της εκτίμησης του κόστους της σύμβασης.
6. Με επιστολή τους ημερομηνίας 15/3/2011, οι Σύμβουλοι Μηχανικοί υπέβαλαν την τελική τους Έκθεση. Οι Νομικοί Σύμβουλοι υπέβαλαν τη δεύτερη νομική τους άποψη αναφορικά με τις περαιτέρω ενέργειες του Συμβουλίου με επιστολή τους με ημερομηνία 21/3/2011. Η Υπηρεσιακή Επιτροπή Αξιολόγησης σε συνεδρία της με ημερομηνία 29/3/2011 ετοίμασε τη δική της τελική Έκθεση Αξιολόγησης με εισήγηση να κριθεί άκυρη η προσφορά των Αιτητών λόγω παράβασης των όρων που αφορούν την εγγυητική, του όρου που αφορά την εξουσιοδότηση του υπογράφοντος την προσφορά και του όρου 3.6.1 αναφορικά με την εμπειρία του προσφοροδότη.
7. Στις 27/4/2011 το ΣΑΛΑ έχοντας ενώπιόν του τις σχετικές εκθέσεις αξιολόγησης από τον ανεξάρτητο Σύμβουλο του και τις εκθέσεις της Επιτροπής Αξιολόγησης, καθώς επίσης και τις νομικές γνωματεύσεις και τις θέσεις της Γενικής Ελέγκτριας και της Γενικής Λογίστριας όπως αυτές διατυπώθηκαν στις 12/4/2011, αποφάσισε ότι η χαμηλότερη υποβληθείσα προσφορά της Κοινοπραξίας «ΑΘΩΝΙΚΗ - Χ.Π.Θ. ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΥ – ΜΕΣΟΓΕΙΟΣ», είναι άκυρη και όπως προχωρήσει η διαδικασία με στόχο την κατακύρωση του Διαγωνισμού στον επόμενο προσφοροδότη, δηλαδή στην Κοινοπραξία «MEDCON-IACOYU-CHAPO», μετά από διαβουλεύσεις, ή/και διευκρινίσεις, εφαρμόζοντας τον Όρο 27.2. των εγγράφων της προσφοράς, με βάση και σύμφωνα με τις πρόνοιες του Όρου 27.3.
8. Στις 4/5/2011 η Α.Α. κοινοποίησε προς όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς την απόφαση του και στις 17/5/2011 οι Αιτητές καταχώρησαν την παρούσα προσφυγή ενώπιον της Α.Α.Π.
9. Στις 19/5/2011 η Α.Α.Π. με απόφαση της ανέστειλε τη διαδικασία ανάθεσης και υπογραφής της σύμβασης μέχρι την έκδοση τελικής απόφασης επί της Προσφυγής.

Γ. ΘΕΣΕΙΣ ΑΙΤΗΤΩΝ

Οι Αιτητές κατά την ενώπιον μας διαδικασία αξίωσαν την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης προβάλλοντας τους ακόλουθους λόγους:

Ο κύριος ισχυρισμός των Αιτητών είναι ότι η αιτιολογία στην οποία στηρίχθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση, αποτελεί εσφαλμένη ερμηνεία του νόμου, πλάνη περί τα πράγματα, παραποίηση της νομολογίας, εσφαλμένη αξιολόγηση των όρων του διαγωνισμού και κακή άσκηση της διακριτικής εξουσίας της Αναθέτουσας Αρχής.

Ειδικότερα, ανέφεραν ότι έχει νομολογιακά αποφασιστεί ότι η χρησιμοποίηση διαφορετικού τύπου εγγυητικής από εκείνο που προβλέπεται στους όρους της προκήρυξης δεν συνιστά παράβαση ουσιώδους όρου, νοουμένου ότι δεν αλλοιώνει το ποσό της παρεχόμενης εγγύησης, ούτε τη διάρκεια ισχύος της, ούτε το εκδοτικό όργανο της εγγύησης (Συνεκδικαζόμενες υποθέσεις 1620/2008 και 1646/2008 *Caramontani Desalination Plants Ltd v. Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών κ.α.*).

Στην παρούσα υπόθεση, σύμφωνα με τους Αιτητές, η παραχωρηθείσα εγγυητική δεν αλλοιώνει οποιοδήποτε από τους όρους που περιλαμβάνονται στον τύπο που επισυνάπτεται στο Part 4 των όρων του διαγωνισμού και καλύπτει πλήρως το σκοπό και το αντικείμενο που η Αναθέτουσα Αρχή ήθελε να καλύψει. Ειδικότερα, αναφέρθηκαν στη ρητή πρόνοια ότι η εγγυητική θα διέπεται από τη νομοθεσία της Κυπριακής Δημοκρατίας, η οποία δεν περιλαμβάνεται στην εγγυητική που υπέβαλαν οι Αιτητές, αναφέροντας ότι παραχωρώντας την εγγυητική, εξυπακούεται ότι η Τράπεζα έχει ήδη υπαγάγει οποιανδήποτε διαφορά στα Κυπριακά Δικαστήρια. Πρόσθεσαν ότι οι αναφορές στην υποβληθείσα εγγυητική σε άρθρα του Ελληνικού Αστικού Κώδικα δεν αναιρούν την άνευ όρων και ανέκκλητη παραχώρηση της εγγύησης συμμετοχής, την οποία η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να εισπράξει κατά τη δική της κρίση και χωρίς δικαίωμα ένστασης από την Τράπεζα ή τους Αιτητές.

Παραπέμποντας στο λεκτικό της Εγγυητικής που υπέβαλαν, οι Αιτητές υποστήριξαν ότι από αυτό προκύπτει ότι η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να εισπράξει την εγγυητική με γραπτή ειδοποίηση της προς την Τράπεζα, χωρίς η Τράπεζα να έχει δικαίωμα προσφυγής σε Δικαστήριο ή διαιτησία, ή να ζητήσει ενδιάμεσο διάταγμα που να απαγορεύει την είσπραξη της, γεγονός που καθιστά αχρείαστη την αναφορά στα άρθρα του Ελληνικού Αστικού Κώδικα με τα οποία αναγνωρίζεται στον Εγγυητή το δικαίωμα να ενστεί στην είσπραξη της εγγύησης.

Περαιτέρω, οι Αιτητές αναφέρθηκαν στη διάρκεια ισχύος της εγγυητικής υποδεικνύοντας ότι παρά την περί του αντιθέτου άποψη της Αναθέτουσας Αρχής, η εγγυητική που υπέβαλαν υπερκαλύπτει τον απαιτούμενο χρόνο ισχύος κατά 11 μέρες. Συγκεκριμένα, υποστήριξαν ότι ενώ η απαίτηση των εγγράφων του διαγωνισμού ήταν για διάρκεια ισχύος 120 μέρες από την τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών, με δυνατότητα παράτασης για ακόμα 60 μέρες, δηλαδή ουσιαστικά μέχρι την 19.6.11, ενώ οι Αιτητές παραχώρησαν εγγυητική με ισχύ μέχρι την 30.6.11.

Πέραν αυτού, οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι η γνωμάτευση στην οποία στηρίχθηκε η Αναθέτουσα Αρχή για να εκδώσει την προσβαλλόμενη απόφαση, λήφθηκε από νομικό σύμβουλο της επιτυχούσας με προφανή τον κίνδυνο αυτή να διέπεται από μεροληψία. Πέραν αυτού, η εν λόγω γνωμάτευση είναι σύμφωνα με τους Αιτητές εσφαλμένη διότι σε αντίθεση με ότι αναφέρει, η εγγυητική που παραχώρησαν περιέχει τον όρο ότι η απαίτηση είσπραξης της εγγυητικής θα γίνεται με μόνη τη γραπτή οδηγία της Αναθέτουσας Αρχής και χωρίς οποιονδήποτε άλλη αναφορά.

Σε σχέση με την εγγυητική οι Αιτητές υποστήριξαν επίσης ότι η αναφορά σε «σοβαρότατα θέματα ερμηνείας» που περιλαμβάνεται στην εν λόγω γνωμάτευση την καθιστούν εσφαλμένη, καθότι με την εγγυητική η Τράπεζα των Αιτητών εγγυήθηκε έναντι της Αναθέτουσας Αρχής την τήρηση από τους Αιτητές όλων των υποχρεώσεων που προκύπτουν από τη συμμετοχή τους στον παρόντα διαγωνισμό.

Ο επόμενος ισχυρισμός των Αιτητών αφορά στον άλλο λόγο αποκλεισμού τους από το διαγωνισμό, δηλαδή το εύρημα της Επιτροπής Αξιολόγησης ότι δεν υπέβαλαν δεσμευτικό πληρεξούσιο υπογραφής των εγγράφων προσφοράς, όπως προνοούσε η παράγραφος 10.1(b) των εγγράφων. Η θέση των Αιτητών είναι ότι ο συγκεκριμένος όρος είναι ανεφάρμοστος, δυσνόητος και επιδέχεται διάφορες ερμηνείες και συνεπώς η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών θα πρέπει να τον αγνοήσει και να θεωρήσει τις αποφάσεις των Συμβουλίων των Ελληνικών Εταιρειών με τις οποίες παρέχεται πληρεξουσιότητα υπογραφής των εγγράφων της προσφοράς στον Χαράλαμπο Αλεξάνδρου έγκυρες και σύμφωνες με τους νόμιμους και εφαρμόσιμους όρους της.

Τέλος, όσον αφορά στην απόκλιση από τον όρο 3.6.1 των εγγράφων του διαγωνισμού που διαπίστωσε η Επιτροπή Αξιολόγησης στην προσφορά των Αιτητών, οι τελευταίοι υποστήριξαν ότι τόσο η βεβαίωση στο πεδίο 11 του τύπου 3Α όσο και η βεβαίωση ημερομηνίας 6.12.10, αποτελούν ικανοποιητική και αξιόπιστη βεβαίωση ότι η εκτέλεση παρόμοιων έργων από το μέλος της κοινοπραξίας Μεσόγειος Α.Ε. έγινε με βάση συμβόλαια εναρμονισμένα με τα συμβόλαια FIDIC. Εν πάση περιπτώσει, οι Αιτητές ανέφεραν ότι η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε αν είχε αμφιβολίες να διερευνήσει περαιτέρω το ζήτημα ζητώντας τις αναγκαίες διευκρινίσεις από τους Αιτητές.

Δ. ΘΕΣΕΙΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ

Η Αναθέτουσα Αρχή απέρριψε τους ισχυρισμούς των Αιτητών προβάλλοντας τις ακόλουθες θέσεις:

Αναφορικά με το θέμα της εγγυητικής η Αναθέτουσα Αρχή παρέπεμψε στον όρο 14.1 των εγγράφων του παρόντος διαγωνισμού, σύμφωνα με τον οποίο, οι προσφοροδότες είναι υποχρεωμένοι να υποβάλουν μαζί με την προσφορά τους τραπεζική εγγύηση στον τύπο που επισυνάπτεται ή σε άλλο αποδεκτό από το Συμβούλιο τύπο, καθώς και στον όρο 14.4 ο οποίος διαλαμβάνει ότι προσφορά που δεν συνοδεύεται με αποδεκτή τραπεζική εγγύηση απορρίπτεται.

Η Αναθέτουσα Αρχή επισημαίνοντας ότι οι Αιτητές ουδέποτε ζήτησαν έγκριση του τύπου εγγύησης που χρησιμοποίησαν, υποστήριξε ότι η εν λόγω τραπεζική εγγύηση παρουσιάζει ουσιώδεις αποκλίσεις από τους όρους του διαγωνισμού, γεγονός που καθιστά άκυρη την προσφορά των Αιτητών.

Ειδικότερα, υπέδειξε ότι από την εγγυητική που υποβλήθηκε απουσιάζει η ρητή αναφορά ότι η εγγύηση θα διέπεται από τη νομοθεσία της Κυπριακής Δημοκρατίας, ενώ γίνεται αναφορά στον Ελληνικό αστικό κώδικα με τρόπο που να καθιστά ως προϋπόθεση αποδοχής της, την εξέταση και ερμηνεία των σχετικών άρθρων. Η εξέταση της σχετικής νομολογίας και νομοθεσίας, σύμφωνα με την Αναθέτουσα Αρχή θα απαιτούσε το διορισμό Ελλαδιτών δικηγόρων.

Επίσης, ενώ από την εγγυητική που υπέβαλαν οι Αιτητές απουσιάζει η απαιτούμενη από τον όρο 14.6 πρόνοια για παράταση της ισχύος της για περαιτέρω 60 μέρες από την ημέρα κοινοποίησης της κατακύρωσης της προσφοράς, περιέχεται ένας αμφισβητήσιμος όρος που ενδεχομένως να έχει ως αποτέλεσμα η ισχύς της εγγυητικής να τερματίζεται αν μετά την κατακύρωση δεν υπάρξει υπογραφή συμφωνίας.

Η Αναθέτουσα Αρχή παραπέμποντας σε σχετική νομολογία, τόνισαν ότι επανειλημμένα το Ανώτατο Δικαστήριο έκρινε ότι ο όρος που αφορά την εγγυητική είναι ουσιώδης όρος καθώς και ότι «δεν χωρεί διαφοροποίηση σε ουσιώδη ή επουσιώδη απόκλιση από ουσιώδη όρο» (Κυπριακή Δημοκρατία ν. CH. HEAT FLOW MECHANICAL CONTRACTORS LTD (2005) 3 ΑΑΔ 363).

Χαρακτηρίζοντας αβάσιμο τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι με την παραχώρηση της εγγυητικής η Τράπεζα έχει ήδη υπαγάγει οποιαδήποτε διαφορά στα Κυπριακά Δικαστήρια, η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι η Τράπεζα δεν είναι μέρος του διαγωνισμού, ούτε και δεσμεύεται με οποιοδήποτε τρόπο από τους όρους του. Συνεπώς, αφού η ίδια η Τράπεζα επέλεξε να μη δεσμεύεται με τον τύπο της

εγγυητικής που επισυναπτόταν στα έγγραφα του διαγωνισμού, είχε πρόθεση να διαφοροποιηθεί από τους όρους που περιλαμβάνει ο εν λόγω τύπος.

Επίσης, η Αναθέτουσα Αρχή υπέδειξε ότι ακόμη και αν ισχύει η θέση των Αιτητών ότι δεσμεύονται δυνάμει του όρου 34 των εγγράφων του διαγωνισμού, ο οποίος κάνει αναφορά στο Κυπριακό δίκαιο, δεν ισχύει το ίδιο για την Τράπεζα αφού με την έκδοση της εγγυητικής δημιουργείται νέα συμβατική σχέση ανάμεσα στην Τράπεζα και την Αναθέτουσα Αρχή.

Απαντώντας στον ισχυρισμό των Αιτητών για έλλειψη αμεροληψίας, ο δικηγόρος της Αναθέτουσας Αρχής διευκρίνισε ότι παρέχει νομικές συμβουλές στο ΣΑΛΑ για αρκετά χρόνια και όταν διαπίστωσε ότι το γραφείο του εκπροσώπησε νομικά στο παρελθόν μία εκ των εταιρειών που συνιστούν την επιτυχή κοινοπραξία, το υπέδειξε στην Αναθέτουσα Αρχή και εισηγήθηκε να ληφθεί και δεύτερη γνωμάτευση, όπως και έγινε. Το δεύτερο δικηγορικό γραφείο, το οποίο δεν συνδέεται με οποιοδήποτε τρόπο με την επιτυχή, γνωμάτευσε επίσης ότι η προσφορά των Αιτητών θα έπρεπε να θεωρηθεί ως άκυρη.

Όσον αφορά στην απόκλιση από το όρο 10 των εγγράφων του διαγωνισμού, η Αναθέτουσα Αρχή αφού αναφέρθηκε στο λεκτικό του όρου, επεσήμανε ότι οι Αιτητές υπέβαλαν στα πλαίσια της προσφοράς τους πρακτικά συνεδρίασης των διοικητικών συμβουλίων των μελών της κοινοπραξίας με τα οποία εξουσιοδοτήθηκε ο κος Χαράλαμπος Αλεξάνδρου να υπογράψει και να υποβάλει εκ μέρους της κοινοπραξίας την προσφορά. Ωστόσο, τα εν λόγω πρακτικά δεν έχουν πιστοποιηθεί από πιστοποιούντα υπάλληλο και δεν έχει υποβληθεί πληρεξούσιο για τον διορισμό του κου Αλεξάνδρου το οποίο να είναι πιστοποιημένο από πιστοποιούντα υπάλληλο.

Η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτοντας την εισήγηση των Αιτητών ότι επρόκειτο για δυσνόητο ή επιδεχόμενο πολλών ερμηνειών όρο, ανέφερε ότι όλοι οι προσφοροδότες πλην των Αιτητών υπέβαλαν τα απαιτούμενα έγγραφα. Περαιτέρω, υπέδειξαν ότι αν πράγματι οι Αιτητές δεν είχαν αντιληφθεί την απαίτηση του όρου θα

μπορούσαν να ζητήσουν διευκρινίσεις πριν από την υποβολή της προσφοράς του, αλλά δεν το έπραξαν.

Τέλος, σε σχέση με την απόκλιση από τον όρο 3.6.1 του Μέρους 2 των οδηγιών προς τους προσφοροδότες, η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι η Επιτροπή Αξιολόγησης απέρριψε τον ισχυρισμό ότι τα συμβόλαια του δημοσίου στην Ελλάδα είναι εναρμονισμένα με αυτά του τύπου FIDIC και έκρινε ότι παρά το γεγονός ότι ένα εκ των μελών της Κοινοπραξίας έχει εμπειρίες στη διεύθυνση και εκτέλεση έργων με βάση το πρότυπο συμβόλαιο FIDIC, πρόκειται για έργα μικρότερου μεγέθους από αυτά που καθορίζονται στα έγγραφα προσφοράς ή έργα που δεν έχουν ουσιωδώς ολοκληρωθεί.

Ε. Αφού ακούσαμε τις θέσεις των δυο πλευρών και κατόπιν μελέτης των σχετικών στοιχείων του Διοικητικού Φακέλου της υπόθεσης καταλήγουμε στα ακόλουθα:

Στην παρούσα υπόθεση η προσφορά των Αιτητών αποκλείστηκε από τον υπό εξέταση διαγωνισμό για τους ακόλουθους λόγους:

- (α) η τραπεζική εγγύηση συμμετοχής που υπέβαλαν παραβίαζε ουσιώδεις όρους του διαγωνισμού,
- (β) δεν υποβλήθηκε νομότυπο και δεσμευτικό πληρεξούσιο σε σχέση με την υπογραφή των εγγράφων της προσφοράς τους και
- (γ) διαπιστώθηκε ουσιώδης απόκλιση από τους όρους του διαγωνισμού που αφορούν στην εμπειρία, μεταξύ των οποίων και ο όρος 3.6.1.

Αυτό λοιπόν που καλούμαστε να εξετάσουμε είναι αν η Αναθέτουσα Αρχή αποφασίζοντας να αποκλείσει τους Αιτητές από τον υπό εξέταση διαγωνισμό κινήθηκε στα πλαίσια της νομιμότητας και της ορθής άσκησης της διακριτικής της εξουσίας. Όπως διαπιστώνουμε, το Συμβούλιο Προσφορών υιοθέτησε την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης για εξασφάλιση νομικής συμβουλής αναφορικά με την εγκυρότητα της προσφοράς των Αιτητών σε επιμέρους σημεία. Ενόψει της δήλωσης

του δικηγορικού γραφείου Τάσσου Παπαδόπουλου και Συνεργάτες, ότι ανάμεσα στους προσφοροδότες περιλαμβανόταν και εταιρεία που είχαν εκπροσωπήσει στο παρελθόν, η Αναθέτουσα Αρχή αναζήτησε και δεύτερη νομική συμβουλή, αυτή τη φορά από το δικηγορικό γραφείο Κώστας Τσιρίδης και Σία Δ.Ε.Π.Ε. Σημειώνουμε ότι και οι δύο γνωματεύσεις συνηγορούσαν στην άποψη ότι η προσφορά των Αιτητών παραβίαζε ουσιώδεις όρους του διαγωνισμού και συνεπώς ήταν άκυρη. Το Συμβούλιο Προσφορών σε συνεδρία του στις 27.4.2011, συμφώνησε με τις εν λόγω γνωματεύσεις και αποφάσισε ότι η προσφορά των Αιτητών ήταν άκυρη για τους τρεις λόγους που αναλύθηκαν εκτενώς ανωτέρω και άπτονταν της εγκυρότητας της εγγυητικής που υποβλήθηκε, της απουσίας νομότυπου πληρεξουσίου σε σχέση με την υπογραφή των εγγράφων της προσφοράς και της απόκλισης από τον όρο 3.6.1 του διαγωνισμού αναφορικά με την εμπειρία του προσφοροδότη.

Οι Αιτητές κατά την ενώπιον μας διαδικασία, αμφισβήτησαν την ορθότητα και των τριών πιο πάνω αναφερόμενων ευρημάτων που οδήγησαν στον αποκλεισμό τους από τον παρόντα διαγωνισμό. Υπενθυμίζουμε ότι η ΑΑΠ ως όργανο που ασκεί αναθεωρητικό έλεγχο διοικητικής απόφασης εξετάζει και κρίνει την νομιμότητα των πράξεων και των αποφάσεων της Αναθέτουσας Αρχής χωρίς να προβαίνει σε πρωτογενή αξιολόγηση των προσφορών.

Αναφορικά με το θέμα της εγγυητικής που υπέβαλαν οι Αιτητές και με δεδομένη την πάγια νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου ότι οι όροι που σχετίζονται με την εγγύηση συμμετοχής σε διαγωνισμό είναι ουσιώδεις, καθώς και ότι δεν χωρεί διάκριση σε ουσιώδη ή επουσιώδη απόκλιση από ουσιώδη όρο, καταλήγουμε σε εύρημα ότι οι ενέργειες της Αναθέτουσας Αρχής υπήρξαν οι εύλογες και νόμιμες υπό τις περιστάσεις. Με τη διαπίστωση δηλαδή της υποβολής εγγυητικής από τους Αιτητές, σε διαφορετικό τύπο από τον προβλεπόμενο, η Αναθέτουσα Αρχή ορθά έκρινε ότι όφειλε να διερευνήσει κατά πόσο η υποβληθείσα εγγύηση συμμετοχής μπορούσε να γίνει αποδεκτή. Η υποχρέωση που της επιβάλλει το άρθρο 45 του Περί Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου 158(Ι)/1999 για διεξαγωγή επαρκούς έρευνας έχει κατά την άποψη μας εκπληρωθεί με την εξασφάλιση νομικής γνωμάτευσης από τους νομικούς συμβούλους της αλλά και την αναζήτηση δεύτερης

γνωμάτευσης προς αποφυγή λήψη ενδεχόμενης μεροληπτικής απόφασης. Εφόσον δηλαδή, η Αναθέτουσα Αρχή είχε ενώπιον της δύο νομικές γνωματεύσεις σύμφωνα με τις οποίες η εγγυητική που υπέβαλαν οι Αιτητές δεν ήταν σε αποδεκτή μορφή και δεν ήταν σύμφωνη με τους όρους του διαγωνισμού, η απόφαση της να αποκλείσει τους Αιτητές από το διαγωνισμό είναι προϊούσα δέουσας έρευνας, αιτιολογημένη και ως εκ τούτου νόμιμη, αφού δεν θα αναμέναμε από τη διοίκηση να ενεργήσει αντίθετα με τις νομικές γνωματεύσεις που είχε ενώπιον της.

Πέραν αυτού, κρίνουμε ορθό και τον δεύτερο λόγο αποκλεισμού των Αιτητών που αφορά στον όρο 10 του τόμου 1 των εγγράφων του διαγωνισμού. Σημειώνουμε ότι ο επίμαχος όρος προνοεί τα ακόλουθα:

«Attachment 1: Power of Attorney, duly authorized by a Notary Public and Decision of the Board of Directors, indicating that the persons signing the tender have the authority to sign the tender and the tender is thus binding upon the Tenderer...»

Αρχικά, θα θέλαμε να επαναλάβουμε την πάγια θέση μας ότι η υποβολή προσφοράς στα πλαίσια ενός διαγωνισμού, χωρίς την προηγούμενη προσβολή ή αμφισβήτηση οποιουδήποτε όρου του συνιστά ανέκκλητη αποδοχή του συνόλου των όρων του. Επομένως, οι Αιτητές δεν νομιμοποιούνται σε αυτό το στάδιο να αμφισβητούν την ορθότητα της διατύπωσης του, εφόσον ουδέποτε αναζήτησαν διευκρινίσεις αναφορικά με τον όρο που εκ των υστέρων αποκάλεσαν ακατανόητο. Ως εκ τούτου, και δεδομένου ότι τα υποβληθέντα πληρεξούσια κατά παραδοχή δεν ήταν πιστοποιημένα από αρμοδίως εξουσιοδοτημένο πρόσωπο, θεωρούμε ότι ούτε αυτός ο λόγος ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης ευσταθεί.

Κατά συνέπεια, κρίνουμε ότι ορθά η Αναθέτουσα Αρχή έθεσε εκτός προδιαγραφών την προσφορά των Αιτητών και δεν κρίνουμε σκόπιμη την εξέταση του τρίτου λόγου αποκλεισμού τους που αφορά στην παραβίαση του όρου 3.6.1 σε σχέση με την εμπειρία των προσφοροδοτών.

Εν όψει όλων των πιο πάνω αποφασίζουμε ομόφωνα ότι η παρούσα προσφυγή απορρίπτεται και η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής επικυρώνεται.

Δεν επιδικάζονται έξοδα επί της διαδικασίας.