



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. 108/2009

Μεταξύ:

C.G.X. AERO In SYS

Αιτούντων

v.

ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΠΟΛΙΤΙΚΗΣ ΑΕΡΟΠΟΡΙΑΣ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτητές:

C.G.X. AERO In SYS

Αντιπροσωπεύθηκε από την:

1. Γιούλικα Χατζηπροδρόμου, Δικηγόρο

Αναθέτουσα Αρχή:

ΤΜΗΜΑ ΠΟΛΙΤΙΚΗΣ ΑΕΡΟΠΟΡΙΑΣ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Λεωνίδα Λεωνίδου, Διευθυντή Τμήματος Πολιτικής Αεροπορίας
2. Νίκο Νικολάου, Πρόεδρο Επιτροπής Αξιολόγησης
3. Βασιλική Σδράλη, Νομική Σύμβουλο
4. Οδυσσέα Μιχαηλίδη, Μέλος Συμβουλίου Προσφορών

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 10 Φεβρουαρίου, 2010

Α Π Ο Φ Α Σ Η

A. Με την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή αρ. 108/2009 η εταιρεία C.G.X. AERO In SYS (στο εξής Αιτητές) στρέφεται κατά της απόφασης του ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΠΟΛΙΤΙΚΗΣ ΑΕΡΟΠΟΡΙΑΣ (η Αναθέτουσα Αρχή, στο εξής Α.Α.) που αφορά το Διαγωνισμό με αριθμό προκήρυξης DCA 05/2009 και ΑΕΡ με τίτλο *'Supply of Pans Ops Software including training, installation, implementation, customization, operational support and maintenance for five (5) years'*, όπως απορρίψει την προσφορά των Αιτητών και κατακυρώσει την προσφορά στην εταιρεία IDS Ingegneria dei Sistemi (στο εξής επιτυχούσα).

B. ΓΕΓΟΝΟΤΑ

1. Ο διαγωνισμός δημοσιεύθηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας στις 15.04.2009 και ταυτόχρονα στην επίσημη ιστοσελίδα προσφορών της Ευρωπαϊκής Ένωσης καθώς και σε δύο καθημερινές εφημερίδες ευρείας κυκλοφορίας.
2. Ακολουθήθηκε η ανοικτή διαδικασία ενώ ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε η χαμηλότερη προσφερόμενη τιμή.
3. Η υποβολή προσφορών έληγε στις 12.06.2009 με περίοδο ισχύος τους μέχρι την 11.11.2009.
4. Υποβλήθηκαν 3 προσφορές μεταξύ των οποίων και η προσφορά των Αιτητών.
5. Η προσφορά των Αιτητών, ύψους €144.130 + ΦΠΑ, ήταν χαμηλότερη των άλλων δύο.
6. Η Επιτροπή Αξιολόγησης έκρινε ότι και οι τρεις προσφοροδότες πληρούσαν τα τεχνικά κριτήρια και εισηγήθηκε όπως ανοιχτούν οι φάκελοι της οικονομικής προσφοράς τους.

7. Στις 23.10.2009 ζητήθηκε από τρεις εταιρείες και δόθηκε παράταση της εγγυητικής τους μέχρι τις 11.02.2010.
8. Το Συμβούλιο Προσφορών στις 2.11.2009 υιοθέτησε την εισήγηση της Ε.Α. ότι οι τρεις εταιρείες ικανοποιούν τις τεχνικές προδιαγραφές και αποφάσισε το άνοιγμα των οικονομικών φακέλων νοουμένου ότι τα ελλείποντα από την προσφορά των Αιτητών έντυπα θα υποβάλλονταν και θα ήταν ορθά συμπληρωμένα.
9. Στις 03.11.2009 ανοίχθηκαν οι οικονομικοί φάκελοι των προσφοροδοτών.
10. Ωστόσο, κατά την προκαταρκτική εξέταση των εγγράφων τέθηκε θέμα ελέγχου κατά πόσο η τραπεζική εγγύηση (Έντυπο 2) των Αιτητών ήταν πρωτότυπη ή αντίγραφο.
11. Στις 10.11.2009 η Ε.Α. μετά από μελέτη καταγράφηκαν οι υποβληθείσες προσφορές ως ακολούθως:
 - α. ASD Limited με τιμή €193.316 + ΦΠΑ.
 - β. CGX AERO in SYS με τιμή €144.130 + ΦΠΑ.
 - γ. IDS Ingegneria dei Sistemi με τιμή €170.500+ΦΠΑ.
12. Η Ε.Α. με βάση τα ως άνω στοιχεία εισηγήθηκε κατακύρωση της προσφοράς στους Αιτητές για τιμή €144.130 + Φ.Π.Α., που ήταν και η χαμηλότερη.
13. Με επιστολή ημερ. 24.11.2009 το Συμβούλιο Προσφορών ενημέρωσε την Α.Α. ότι κατά την συνεδρία του ημερ. 23.11.2009 αποφάσισε να μην υιοθετήσει την εισήγηση της Ε.Α. επειδή (οι Αιτητές) δεν είχαν υποβάλει με την προσφορά τους το πρωτότυπο έγγραφο της εγγυητικής τους κατά τον ουσιαστικό χρόνο και να αναθέσει ομόφωνα το έργο στην επιτυχούσα για το ποσό των ΕΥΡΩ 170.500,00 πλέον ΦΠΑ.
14. Στις 08.12.2009 η Α.Α. ενημέρωσε και τις τρεις εταιρείες για την απόφασή της.

15. Στις 10.12.2009 οι Αιτητές απάντησαν με επιστολή προς την Α.Α. εκφράζοντας τη διαφωνία τους και αναφέροντας, ότι η προσκομισθείσα εγγύηση ήταν η πρωτότυπη επισυνάπτοντας σχετική βεβαίωση της τράπεζας που επιβεβαιώνει την έκδοση πρωτότυπης εγγυητικής.

16. Η Α.Α. με επιστολή ημερ. 11.12.2009 επιβεβαίωσε την αρχική της απόφαση.

17. Με επιστολή τους ημερ. 14.12.2009 οι Αιτητές κοινοποίησαν την πρόθεσή τους να καταχωρήσουν στην Α.Α.Π. Ιεραρχική Προσφυγή κατά της πιο πάνω απόφασης και την 23.12.2009 οι Αιτητές καταχώρησαν την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή και Αίτηση για λήψη προσωρινού μέτρου το οποίο εκδόθηκε την ίδια μέρα και παράταση του δόθηκε από την Α.Α.Π. στις 29.12.09.

Γ. ΘΕΣΕΙΣ ΤΩΝ ΑΙΤΗΤΩΝ

Οι Αιτητές στηρίζουν την παρούσα προσφυγή στα πιο κάτω νομικά σημεία:

- α. Παράνομος αποκλεισμός των Αιτητών κατά παράβαση του άρθρου 9.2 των Οδηγιών προς Οικονομικούς Φορείς, το οποίο προνοεί για απόρριψη της προσφοράς κατά την αξιολόγηση μόνο σε περίπτωση που η προσφορά δεν ικανοποιεί τις *προϋποθέσεις για συμμετοχή*, ως εμπεριέχονται στα άρθρα 6 και 8.3.1.1 των Οδηγιών. Η προσφορά των Αιτητών ικανοποιούσε πλήρως τις ως άνω προϋποθέσεις η δε τραπεζική εγγύηση τους ήταν σε πλήρη συμμόρφωση με τις πρόνοιες των σχετικών άρθρων 6.2.4 και 8.3.1.1.
- β. Παραβίαση του άρθρου 8.3.1.1(10) που επιτρέπει στους Οικονομικούς Φορείς να υποβάλουν τα πρωτότυπα ή τις φωτοτυπίες των συνοδευτικών εγγράφων. Συνεπώς, η Α.Α. δεν νομιμοποιείτο να αποκλείσει τους Αιτητές από τη διαδικασία με την πρόφαση ότι αυτοί παρέλειψαν να υποβάλουν το πρωτότυπο της τραπεζικής εγγύησης.

- γ. Η απόφαση για αποκλεισμό των Αιτητών λήφθηκε κατά παράβαση των γενικών αρχών του διοικητικού δικαίου και του Ν.158(Ι)/99 που τις κωδικοποιεί.
- δ. Η προσβαλλόμενη απόφαση λήφθηκε κατά παράβαση της συνταγματικά κατοχυρωμένης αρχής της ισότητας και της αρχής της ίσης μεταχείρισης.
- ε. Η προσβαλλόμενη απόφαση λήφθηκε καθ' υπέρβαση και/ή με κατάχρηση εξουσίας προκαλώντας το δυσμενή επηρεασμό του Αιτητή αφού παραγκωνίστηκε καίτοι είχε υποβάλει τη χαμηλότερη προσφορά.

Στοιχειοθετώντας τις ως άνω θέσεις τους οι Αιτητές ανέφεραν τα εξής επιχειρήματα:

Κατά τους Αιτητές είναι άκυρη η απόφαση της Α.Α να απορρίψει την προσφορά τους για το λόγο ότι η τραπεζική εγγύηση τους δεν ήταν πρωτότυπη γιατί ο όρος 6.2.4 προνοεί:

«The Tender Guarantee of paragraph 2.14 must be a bank guarantee issued by financial institutions lawfully operating in Cyprus or in other countries of the European Union (EU) or of the European Economic Area (EEA) or in third countries....., and having the right to issue such guarantees in accordance with the legislation of these countries»

Επιπλέον, όταν η τραπεζική εγγύηση δίδεται ως εγγύηση προσφοράς ο όρος 6.2.4.3, προνοεί ότι θα πρέπει να δίδεται καταγεγραμμένη στο Έντυπο 2.

«In the event that a bank guarantee is submitted as Tender Guarantee, this should be in the format of the relevant Template (Form 2) contained in the Appendix to the Tender Documents».

Πέρα από τις πιο πάνω προϋποθέσεις των όρων 6.2.4.1 και 6.2.4.3 δεν υπάρχει οποιαδήποτε άλλη πρόνοια, όρος ή προϋπόθεση αναφορικά με την εγγυητική και οι Αιτητές έχουν συμμορφωθεί πλήρως με τα πιο πάνω. Υπέβαλαν δεόντως εγγύηση προσφοράς μέσω του Εντύπου 2, που φέρει την επίσημη σφραγίδα της Τράπεζας που

την εξέδωσε καθώς και το όνομα του Διευθυντού της (International Manager). Ούτε υπάρχει όρος που να απαιτεί, *υποβολή μόνο του πρωτοτύπου* της τραπεζικής εγγύησης ή της εγγύησης προσφοράς.

Εξάλλου, σύμφωνα με τον όρο 8.3.1.1. (Μέρος Α) ο προσφοροδότης δεν υπέχει υποχρέωση να προσκομίσει τα πρωτότυπα των δικαιολογητικών αλλά του παρέχεται η ευχέρεια και το δικαίωμα να προσκομίσει τα αντίγραφά τους, εάν το επιθυμεί (*must submit the originals of the supporting documents required or photocopies thereof*) δηλαδή είτε το πρωτότυπο της τραπεζικής εγγύησης είτε αντίγραφο αυτής. Ο όρος είναι διαζευκτικός και δεν χωρεί οποιαδήποτε άλλη ερμηνεία στην διατύπωσή του. Συνεπώς, η Α.Α. παραβίασε τους όρους 8.3.1.1(10), 6.2.4 και 9.2 αφού απέκλεισε τους Αιτητές ενώ δεν προνοείται υποβολή αποκλειστικά του πρωτοτύπου της τραπεζικής εγγύησης.

Περαιτέρω, οι Αιτητές υποστήριξαν ότι η εγγυητική που είχαν προσκομίσει στις 5.6.2009 είναι η πρωτότυπη, επαναλαμβάνοντας, όπως και στην επιστολή διαμαρτυρίας τους στις 10.12.2009 προς την Α.Α. ότι «*The Bank guarantee attached to our proposal was the original one...*» και τεκμηριώνεται με τη βεβαίωση ημερ. 9.12.2009 που δόθηκε από την Τράπεζα των Αιτητών Credit Agricole, και που επισυνάπτεται στην εν λόγω επιστολή. Η εν λόγω βεβαίωση, πιστοποιεί ότι η εγγύηση ημερομηνίας 5.6.2009 είναι πρωτότυπη και δεν μπορεί να αμφισβητείται.

Στη συνέχεια, οι Αιτητές αντέκρουσαν τον ισχυρισμό της Α.Α. (σελ. 5, παρα. 3 της γραπτής έκθεσης γεγονότων) ότι η «*μονογραφή (του προσφέροντα) αποδεικνύει απλώς ότι το έγγραφο αυτό υποβλήθηκε από τον προσφέροντα. Δεν αποδεικνύει την γνησιότητά του αφού η γνησιότητα μπορεί να τεκμηριωθεί μόνο με την υπογραφή της ίδιας της τράπεζας που την εξέδωσε*», υποστηρίζοντας ότι η γνησιότητα έχει πλήρως τεκμηριωθεί και αποδειχθεί με την ως άνω βεβαίωση που υπέβαλε η Credit Agricole.

Άλλωστε, όπως αντέτειναν οι Αιτητές αφού η Α.Α. ζήτησε δύο φορές, στις 23.10.2009 και στις 22.12.2009, παράταση της ισχύος («*extend the validity*») της αρχικής εγγυητικής ημερ. 5.6.2009 σημαίνει ότι αποδέχτηκε τη γνησιότητα της εγγυητικής. Εξάλλου, η ίδια η λέξη *validity* παραπέμπει σε εγκυρότητα.

Απαντώντας στη θέση της Α.Α. ότι «το αντίγραφο δεν παρέχει στην Α.Α. την ίδια ασφάλεια είσπραξης του αναγραφόμενου ποσού όπως εάν είχε στην κατοχή της το πρωτότυπο», οι Αιτητές υποστήριξαν ότι το ποσό της εγγύησης έχει ήδη κατατεθεί η δε Τράπεζα έχει εγγυηθεί τη γνησιότητα της εγγυητικής. Οι Αιτητές δεν προτίθενται να αποσύρουν την κατάθεση και αυτό αποδεικνύουν οι μέχρι σήμερα ενέργειές του.

Ενισχυτικά οι Αιτητές τόνισαν ότι στο διοικητικό φάκελο δεν υπάρχει πρωτότυπο της τραπεζικής εγγύησης της επιτυχούσας ούτε προκύπτει ότι το πρωτότυπο είχε υποβληθεί. Αυτό αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας και της ίσης μεταχείρισης.

Τέλος, κατά τους Αιτητές, η εγγυητική δεν αποτελεί ουσιώδη όρο υπό την έννοια ότι δεν υπάρχει ρητός ή εξ' υπακουόμενος όρος ότι οι προσφοροδότες οφείλουν να υποβάλουν πρωτότυπο έγγραφο εγγύησης, και άρα δεν εξετάζεται το εν γένει ουσιώδες του όρου.

Ενόψει των ανωτέρω, ισχυρίζονται οι Αιτητές, η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή πρέπει να επιτύχει.

Δ. ΘΕΣΕΙΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ

Η Α.Α. τόσο με τη Γραπτή Έκθεση της όσο και προφορικά κατά την ενώπιον μας διαδικασία απέρριψε όλους τους ισχυρισμούς των Αιτητών με την εξής επιχειρηματολογία :

Στις 23.11.2009 όταν το Συμβούλιο Προσφορών εξέτασε το κατά πόσο θα υιοθετούσε την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης να αναθέσει τη σύμβαση στους Αιτητές οι οποίοι είχαν τη χαμηλότερη σε τιμή προσφορά, διαπίστωσε ότι κατά τον ουσιώδη χρόνο αυτοί δεν είχαν υποβάλει με την προσφορά τους το πρωτότυπο έγγραφο της τραπεζικής εγγύησης συμμετοχής. Αντ' αυτού υπέβαλαν αντίγραφο μονογραμμένο από τους Αιτητές πράγμα που αποδεικνύει απλώς ότι το έγγραφο αυτό υποβλήθηκε από τους Αιτητές και όχι τη γνησιότητα του που τεκμηριώνεται μόνο με την υπογραφή

της ίδιας της τράπεζας που την εξέδωσε, ή από ένα εξουσιοδοτημένο πιστοποιούντα υπάλληλο.

Ακόμη και να γινόταν αποδεκτό ότι η μονογραφή αποδεικνύει ότι το έγγραφο αυτό ήταν γνήσιο αντίγραφο του πρωτότυπου, και πάλιν ως αντίγραφο δεν παρέχει στην Α.Α. την ίδια ασφάλεια είσπραξης του αναγραφόμενου ποσού όπως εάν είχε στην κατοχή της το πρωτότυπο. Εάν, εισηγήθηκε η Α.Α., ο κάτοχος του πρωτοτύπου το έχει ήδη επιστρέψει στην τράπεζα, κάτι που δεν γνωρίζει η Α.Α., τότε το αντίγραφο δεν θα είχε καμία αξία. Λαμβάνοντας υπόψη ότι με βάση τη νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου δεν χωρεί παρέκκλιση, ουσιώδης ή επουσιώδης, σε ουσιώδη όρο, και δεδομένου ότι η εγγύηση συμμετοχής έχει κατ' επανάληψη κριθεί ως ουσιώδης όρος, το Συμβούλιο έκρινε ότι δεν είχε άλλη επιλογή από την απόρριψη της συγκεκριμένης προσφοράς.

Υποστήριξαν περαιτέρω οι εκπρόσωποι της Α.Α. ότι οι Αιτητές στερούνται του αναγκαίου εννόμου συμφέροντος επειδή δεν υπέβαλαν τη ζητηθείσα στα έγγραφα διαγωνισμού τραπεζική εγγύηση. Αυτό συνιστά ουσιώδη όρο του διαγωνισμού, η δε παραβίαση του οδηγεί σε ακύρωση της προσφοράς (Υπόθεση *NEMESIS ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΛΙΜΙΤΕΔ v. Κυπριακής Δημοκρατίας*, ΑΔ Αρ.1378/00, 6.12.2001).

Αναφορικά με την εισήγηση των Αιτητών ότι η υποβολή αντιγράφου της τραπεζικής εγγύησης συνιστά συμμόρφωση με την υποχρέωσή τους για υποβολή τραπεζικής εγγύησης η Α.Α. κατέφυγε στον όρο 6.2.4.3 και ειδικά στον τύπο (format) της τραπεζικής εγγύησης (Παράρτημα 2 των εγγράφων) που μεταξύ άλλων τονίζει τα εξής:

«In the event that a bank guarantee is submitted as Tender Guarantee, this should be in the format of the relevant Template (Form 2) contained in the Appendix to the Tender Documents.»

Όπως τονίζεται από το Έντυπο 2, η εγγύηση πρέπει να είναι υπογεγραμμένη. Παρέπεμψαν στην απόφαση επί της *Ιεραρχικής Προσφυγής με αρ. 64/2007* στην οποία έγινε αναφορά στην αγγλική υπόθεση *Goodman v. Eban* (1954) 1 All E.R. 763, και στο κάτωθι απόσπασμα της:

«It follows, then, I think, that the essential requirement of signing is the affixing, either by writing with a pen or pencil or by otherwise impressing on the document, one's name or signature so as personally to authenticate the document»,

αλλά και στην απόφαση της Ιεραρχικής Προσφυγής αρ. 66/2007 (μονογραφή δεν χρειάζονται μόνο όσα έγγραφα «αποδεικνύουν αφ' εαυτών και εκ πρώτης όψεως τη γνησιότητα τους). Παρέπεμψε επίσης στην απόφαση επί της Ιεραρχικής Προσφυγής αρ. 78/2007 («τα αντίγραφα είναι κατά κοινή λογική φωτοτύπηση των πρωτοτύπων και δεν έχουν σχέση με την επιζητούμενη δέσμευση του προσφοροδότη δια της μονογραφής η οποία αποδεικνύεται με τη μονογραφή του πρωτοτύπου»). Ισχυρίστηκαν περαιτέρω οι εκπρόσωποι της Α.Α. ότι από το αντίγραφο της εγγύησης ελλείπει η υπογραφή της τράπεζας ως στοιχείο απόδειξης της αυθεντικότητας του εγγράφου, δηλαδή ως αδιάσειστο τεκμήριο της εγκυρότητας της εγγύησης και ως απόδειξη ότι όντως η εγγυήτρια τράπεζα είχε τη βούληση και ανέλαβε τη δέσμευση να καταβάλει το εγγυηθέν ποσό.

Προς περαιτέρω τεκμηρίωση της ως άνω θέσης της η Α.Α. αναφέρθηκε στο σύγγραμμα Chitty on Contracts Volume 2, Specific Contracts, στην παράγραφο 44-047 που αναφέρει για την υπογραφή τα εξής :

«The note of the guarantee must be signed by the party to be charged or by his agent. It is not necessary that it should be signed by the other party to the transaction. Nor need it be a "signature" in the popular sense for it suffices if the defendant's name is written or printed by himself or even by an agent, and it may appear anywhere in the document so long as it is intended to authenticate the whole document.»

Στην εισήγηση των Αιτητών ότι είχαν το δικαίωμα να προσκομίσουν είτε το πρωτότυπο της τραπεζικής εγγύησης είτε αντίγραφο αυτής επικαλούμενοι τον όρο 8.3.1.1(10) των εγγράφων του διαγωνισμού που αναφέρει ότι «*tenderers must submit the originals of*

the supporting documents required or photocopies thereof» αντέτειναν ότι η εγγύηση συμμετοχής δεν είναι υποστηρικτικό έγγραφο (supporting document) όπως αυτά που κατατίθενται για την τεχνική ικανότητα αλλά ουσιώδες έγγραφο με βάση το οποίο η Α.Α. θα έχει την αναγκαία οικονομική κάλυψη και ασφάλεια σε περίπτωση που ο προσφέρων εγκαταλείψει το διαγωνισμό μετά την υποβολή της προσφοράς του.

Αντικρούοντας τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι το πρωτότυπο μιας εγγυητικής και το αντίγραφο της, είναι τα ίδια και αποτελούν επαρκή κάλυψη της, η Α.Α. απάντησε ότι η τράπεζα, να μεν υποβοήθησε τους Αιτητές και πελάτες της να επανορθώσουν το λάθος που διέπραξαν μη υποβάλλοντας το πρωτότυπο της εγγύησης, αλλά δεν αποδέχθηκε ως δεδομένο ούτε δεσμεύτηκε ότι αν ένας, ή η Α.Α. της παρουσιάσει το αντίγραφο εγγύησης θα του δώσει τα χρήματα. Αυτό δεν σημαίνει ότι, και εάν ακόμη η τράπεζα το έκανε, η προσφορά των Αιτητών, θα μπορούσε να καταστεί εκ των υστέρων έγκυρη.

Συνεπώς η βεβαίωση που προσκόμισαν οι Αιτητές από την τράπεζα τους είναι άνευ αντικρίσματος γιατί η Τράπεζα δεν γνωρίζει αν το έγγραφο που υπέβαλαν οι πελάτες της στην Α.Α. ήταν το πρωτότυπο, και άρα δεν μπορούσε να δώσει τέτοια διαβεβαίωση χωρίς να είναι στην κατοχή της ώστε να κρίνει αν ήταν το αντίγραφο ή το πρωτότυπο.

Στον τύπο της τραπεζικής εγγύησης αναφέρεται επίσης ότι *«...η τράπεζα εγγυάται να πληρώσει την Α.Α. χωρίς καθυστέρηση, και το αργότερο εντός 3 εργάσιμων ημερών, μετά που θα της υποβληθεί γραπτή απαίτηση από την Α.Α...»*. Αν η Α.Α. είχε στην κατοχή της την πρωτότυπη τραπεζική εγγύηση θα ήταν βέβαιο ότι θα λάμβανε το εγγυηθέν ποσό εντός 3 ημερών χωρίς κανένα δικαίωμα της τράπεζας να αρνηθεί και χωρίς καμία αναφορά στους Αιτητές, ενώ με το αντίγραφο, έχει πιθανότητα και όχι βεβαιότητα να λάβει το ποσό και μάλιστα με τη συνδρομή των Αιτητών. Επιπλέον, αν οι Αιτητές έχουν επιστρέψει το πρωτότυπο στην τράπεζα, η εγγυητική ακυρώνεται η δε Α.Α. με βεβαιότητα δεν θα εισπράξει το ποσό. Σχετικά με το πιο πάνω, η Α.Α. ανέφερε τις υποθέσεις *ΚΟΑ v. Γ. Σκέντερ (Α.Ε. 2540, 3.8.2000)*, και *ΑΗΚ v. Bulk Oil A.G. (Α.Ε. 1705, 19.5.1997)*. Μάλιστα σύμφωνα με την απόφαση στην υπόθεση *Κυπριακή Δημοκρατία v. C. H. HEAT-FLOW MECHANICAL CONTRACTORS LTD (Α.Ε. 3543, 20.9.2005)* *«... ο όρος για την εγγύηση ήταν ουσιώδης οποιαδήποτε παρέκκλιση από*

αυτόν επιφέρει ακυρότητα της προσφοράς. Όπως στην παρούσα υπόθεση που η υποδεέστερη σε μέγεθος εγγύηση άφηνε ακάλυπτους τους εφeseίοντες.». Ακόμη δηλαδή και αν η προσφερόμενη κάλυψη ήταν ελαφρά μόνο μειωμένη από την παρεχόμενη από το πρωτότυπο πάλι δεν θα υπήρχε άλλη διέξοδος από την απόρριψη σύμφωνα με τους εκπροσώπους της Α.Α..

Ενισχυτικά η Α.Α. ανέφερε την απόφαση στην Ιεραρχική Προσφυγή με αρ. 33/2008 σύμφωνα με την οποία ούτε μεταγενέστερη νομότυπη υποβολή της εγγύησης θα μπορούσε να διασώσει την υπόθεση αφού «...ο κρίσιμος χρόνος για τη διαπίστωση της ύπαρξης των προϋποθέσεων για συμμετοχή στους διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων και τήρηση των όρων αυτών είναι η τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών...».

Απέρριψε, τέλος, τη θέση των Αιτητών ότι η Α.Α. εμποδίζεται να θέτει θέμα ακυρότητας της προσφοράς επειδή ζήτησε παράταση της ισχύος της εγγύησης συμμετοχής σε δύο ημερομηνίες. Για το θέμα αυτό η Α.Α. επικαλέστηκε τη σχετική απόφαση 668/74 του Συμβουλίου Επικρατείας, που υιοθετούν κατ' επανάληψη τα κυπριακά δικαστήρια και το σχετικό με το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων σύγγραμμα του Αχιλλέα Αιμιλιανίδη όπου ξεκάθαρα αποτυπώνεται η δυνατότητα της Α.Α. να αποκλείσει προσφορά λόγω ουσιώδους παρεκκλίσεως και μετά το άνοιγμα των οικονομικών φακέλων.

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

Ο όρος 6.2.4 καθορίζει τα εξής:

«The Tender Guarantee of paragraph 2.14 must be a bank guarantee issued by financial institutions lawfully operating in Cyprus or in other countries of the European Union (EU) or and having the right to issue such guarantees in accordance with the legislation of these countries.

1.

2. In the event that a bank guarantee is submitted as Tender Guarantee, this should be in the format of the relevant Template (Form 2) contained in the Appendix to the Tender Documents.

.....»

Όπως τονίζεται από το Έντυπο 2, η εγγύηση πρέπει να είναι υπογεγραμμένη και σφραγισμένη από τον εκδότη (bank/credit institution).

Στον όρο δε 8.3.1.1(10) των εγγράφων του διαγωνισμού αναφέρεται ότι «*tenderers must submit the originals of the supporting documents required or photocopies thereof*».

Ο όρος 9.2 προνοεί περαιτέρω την υποχρέωση απόρριψης μεταξύ άλλων κάθε προσφοράς πριν την ενδελεχή αξιολόγηση της που δεν ανταποκρίνεται στις πρόνοιες των όρων 6 και 8.3.1.1.

Η υποχρέωση υποβολής του πρωτοτύπου αποτελεί αυτονόητη προϋπόθεση άρρηκτα συνδεδεμένη με τη φύση και τη λειτουργία που επιτελεί η εγγυητική. Οποιαδήποτε ασφάλεια τάσσεται να προσδώσει στη διοίκηση το πρωτότυπο, την αναιρεί το αντίγραφο αφού δεν επάγεται βεβαιότητα είσπραξης του ποσού της εγγύησης λόγω του κινδύνου προσκόμισης ανά πάσα στιγμή του πρωτοτύπου και ακύρωσης της εγγυητικής από τον Αιτητή. Η υποχρέωση υπογραφής της εγγύησης όπως προβλέπεται από το έντυπο 2 στην ουσία τάσσεται να εξασφαλίσει τη διοίκηση σε περίπτωση μη υπογραφής εν τέλει της σύμβασης. Το ότι μόνο η εγγυητική που περιέχει την αυθεντική υπογραφή και όχι αντίγραφο της μπορεί να διασφαλίσει τη διοίκηση είναι αυτονόητο. Σε αντίθετη περίπτωση ύπαρξης πολλαπλών αντιγράφων της εγγυητικής πάσα βεβαιότητα για την είσπραξη της εγγύησης δεν είναι δυνατή και το έγγραφο δεν εξασφαλίζει την Α.Α. Η προσκόμιση αντιγράφου ισοδυναμεί με αδυναμία προσκόμισης.

Με μια απλή παρατήρηση των στοιχείων του διοικητικού φακέλου διαπιστώνουμε ότι η υποβληθείσα εγγυητική δεν είναι πρωτότυπη.

Στο λεξικό της Νέας Ελληνικής Γλώσσας του Γ. Μπαμπινιώτη ως πρωτότυπο ορίζεται μεταξύ άλλων «το πρώτο που έγινε, βάσει του οποίου παράγονται άλλα όμοια ή ανάλογα». Με την υποβολή της προσφοράς της Αιτήτριας υποβλήθηκαν περισσότερα του ενός αντίγραφα της εν λόγω εγγυητικής. Η ύπαρξη της λέξης ORIGINAL με κόκκινο χρώμα στο εμπρόσθιο μέρος της εγγυητικής δεν μπορεί να καταστήσει αυτή πρωτότυπη, αφού καταρχήν φαίνεται ότι πρόκειται για έγχρωμο αντίγραφο και όχι σφραγίδα, η δε υπογραφή της τράπεζας είναι αδιαμφισβήτητα φωτοαντίγραφο.

Καταρρίπτεται δε η επιχειρηματολογία των Αιτητών στη βάση του όρου 8.3.1.1(10) των εγγράφων του διαγωνισμού, αφού η ορθή ερμηνεία του ως άνω όρου μόνο ενδυνάμωση στη θέση της Α.Α. θα μπορούσε να προσφέρει. Ο ως άνω όρος ομιλεί για υποστηρικτικά έγγραφα, αυτά δηλαδή τα έγγραφα που προσθέτουν στην τεκμηρίωση των πληροφοριών των βασικών εγγράφων. Η εγγυητική σαφώς δεν αποτελεί υποστηρικτικό έγγραφο παρά αυτοτελές έγγραφο δυνάμενο να υποστηρίζεται το ίδιο από άλλα υποστηρικτικά έγγραφα. Η ορθή ερμηνεία του ως αν όρου επιβάλλει την προσκόμιση πρωτοτύπων των βασικών εγγράφων με δυνατότητα προσκόμισης φωτοαντιγράφων για τα υποστηρικτικά έγγραφα, που τεκμηριώνουν στην ουσία τα βασικά.

Ως εκ τούτου η τραπεζική εγγύηση των Αιτητών δεν ήταν σε συμμόρφωση με τις πρόνοιες των σχετικών άρθρων 6.2.4 και 8.3.1.1. Οι Αιτητές δεν είχαν την ευχέρεια να υποβάλουν διαζευκτικά φωτοτυπίες της τραπεζικής εγγύησης αντί της πρωτοτύπου γιατί το αναφερθέν άρθρο 8.3.1.1(10) καλύπτει τα υποστηρικτικά έγγραφα, όχι την εγγύηση.

Η εγγυητική που προσκόμισαν οι Αιτητές στις 5.6.2009 φέρει βεβαίωση που έδωσε μεταγενέστερα στις 9.12.2009 η ίδια η Τράπεζα των Αιτητών Credit Agricole. Ακόμα και αν μπορούσαμε να αντιπαρέλθουμε του γεγονότος της μετά τον κρίσιμο χρόνο κατάθεσής της και πάλιν δεν θα μπορούσαμε να την κάνουμε αποδεκτή.

Η εν λόγω βεβαίωση ναι μεν προέρχεται από ένα διεθνή οργανισμό αλλά δεν τεκμηριώνει τη γνησιότητα της εγγυητικής και συμφωνούμε με τη θέση της Α.Α. ότι η «*μονογραφή* (του προσφέροντα) *αποδεικνύει απλώς ότι το έγγραφο αυτό υποβλήθηκε*

από τον προσφέροντα. Δεν αποδεικνύει την γνησιότητά του αφού η γνησιότητα μπορεί να τεκμηριωθεί μόνο με την υπογραφή της ίδιας της τράπεζας που την εξέδωσε...».

Είναι σαφές ότι οι Αιτητές δεν προνόησαν να καλύψουν τον ενδεχόμενο κίνδυνο για την Α.Α. αφού το αντίγραφο, ακόμη και γνήσιο, δεν της παρέχει 'την ίδια ασφάλεια' σε περίπτωση που οι Αιτητές αποσύρουν την πρωτότυπη τραπεζική εγγυητική εν αγνοία της Α.Α.

Στο λεκτικό της βεβαίωσης που προσκομίστηκε αργότερα παρότι φαίνεται να υποστηρίζει η Τράπεζα ότι εξέδωσε πρωτότυπη εγγυητική (was effectively presented as being an original) εντούτοις δεν μπορεί να γνωρίζει τι στην πραγματικότητα υποβλήθηκε από τους Αιτητές. Εξάλλου δεν βεβαιώνεται πουθενά ότι σε περίπτωση παρουσίασης αντιγράφου η εγγύηση θα πληρωθεί, ούτε ότι δεν θα αποδεχθεί ακύρωση της εγγυητικής από τους Αιτητές πριν τον κρίσιμο για την Α.Α. χρόνο.

Το γεγονός ότι η ίδια η Α.Α. ζήτησε από τους Αιτητές στις 23.10.2009 και στις 22.12.2009, παράταση της ισχύος της εγγυητικής που προσκομίστηκε στις 5.6.2009, δεν εμποδίζει την Α.Α. να απορρίψει τελικά την προσφορά λόγω μη αποδοχής του αντιγράφου. Τίποτε, δεν εμποδίζει τη διοίκηση από το να απορρίψει νόμιμα προσφορά μετά και το άνοιγμα των οικονομικών φακέλων.

Αναφορικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών, περί άνισης εις βάρος τους μεταχείρισης λόγω του ότι στο διοικητικό φάκελο η προσφορά της επιτυχούσας περιλαμβάνει και αυτή αντίγραφο αντί του πρωτοτύπου καταρρίπτεται, αφού κατά την ενώπιόν μας διαδικασία η Α.Α. προσκόμισε και παρουσίασε το πρωτότυπο της εγγυητικής τόσο της επιτυχούσας όσο και του τρίτου προσφοροδότη ενώ για τους Αιτητές παρουσίασε το έγχρωμο φωτοαντίγραφο εγγυητικής που έχουν υποβάλει. Διευκρινίστηκε ότι λόγω της φύσης των συγκεκριμένων εγγράφων αυτά φυλάττονταν σε ασφαλές μέρος.

Με βάση όλα τα πιο πάνω κρίνουμε ότι η προσφορά των Αιτητών ήταν εκτός προδιαγραφών εφόσον δεν πληρούσε ουσιώδη όρο του διαγωνισμού. Συνεπώς

ομόφωνα αποφασίζουμε ότι η Ιεραρχική Προσφυγή αρ. 108/2009 απορρίπτεται και η προσβαλλομένη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής επικυρώνεται.

Δεν επιδικάζονται έξοδα επί της διαδικασίας.