



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. 22/2011

Μεταξύ:

CARAMONDANI BROS PUBLIC CO LTD

Αιτητών

v.

ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΕΩΝ ΛΑΡΝΑΚΑΣ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτητές:

CARAMONDANI BROS PUBLIC CO LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Αλεξία Κουντουρή-Παπαευσταθίου, Δικηγόρο
2. Κώστα Χαραλάμπους, Διευθύνοντα Σύμβουλο αιτούσας εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΕΩΝ ΛΑΡΝΑΚΑΣ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Αντώνη Ανδρέου, Δικηγόρο
2. Εύη Θεοπέμπτου, Γενική Διευθύντρια

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 11 Οκτωβρίου, 2011

Α Π Ο Φ Α Σ Η

A. Με την παρούσα Προσφυγή με αριθμό 22/2011, η εταιρεία CARAMONDANI BROS PUBLIC CO LTD, (στο εξής οι Αιτητές), στρέφεται εναντίον της απόφασης του Συμβουλίου Αποχετεύσεων Λάρνακας (στο εξής η Αναθέτουσα Αρχή ή Α.Α.) (α) να κατακυρώσει το διαγωνισμό με αριθμό 9/2010, που αφορά την «*Β΄ Φάση του Συστήματος Ομβρίων Υδάτων και Συστήματος Αποχετεύσεων Λάρνακας – Μηχανολογικές και Ηλεκτρολογικές Εγκαταστάσεις*» σε άλλο προσφοροδότη, την Εταιρεία S.K. EUROMARKET LTD και (β) να θέσει εντός προδιαγραφών την προσφορά του δεύτερου φθηνότερου προσφοροδότη, της Εταιρείας TELMEN LTD.

B. ΓΕΓΟΝΟΤΑ

1. Στις 24.9.2010 η Α.Α. προκήρυξε το Διαγωνισμό LSDB 9/2010 στο ηλεκτρονικό σύστημα δημοσίων συμβάσεων. Ο διαγωνισμός δημοσιεύθηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας στις 30.9.2010 και σε δύο ημερήσιες εφημερίδες στις 28.9.2010, με τελευταία ημερομηνία υποβολής προσφορών την 22.11.2010.

2. Ακολουθήθηκε η ανοικτή διαδικασία και κριτήριο ανάθεσης ορίσθηκε η χαμηλότερη τιμή για την εντός προδιαγραφών προσφορά.

3. Υποβλήθηκαν συνολικά επτά προσφορές μεταξύ των οποίων οι προσφορές της Αιτήτριας, της επιτυχούσας και της εταιρείας TELMEN LTD.

4. Στις 8.3.2011 η Επιτροπή Αξιολόγησης (Ε.Α.) με έκθεση της έκρινε ότι οι πέντε από τους επτά προσφοροδότες ήταν εκτός προδιαγραφών μεταξύ των οποίων και οι αναφερόμενοι στην παρούσα Προσφυγή οικονομικοί φορείς.

5. Στις 18.3.2011 η Ελεγκτική Υπηρεσία απέστειλε επιστολή στην Α.Α., ένεκα γραπτών παραπόνων και δημοσιευμάτων η οποία και αποφάσισε τη διερεύνηση του θέματος.

6. Στις 24.3.2011 η Ελεγκτική Υπηρεσία επισήμανε σειρά από σφάλματα στην όλη διαδικασία και στην αξιολόγηση των προσφορών εκφράζοντας την άποψη όπως επανεξετασθούν τα στοιχεία που υπέβαλαν οι προσφοροδότες, και να εξεταστεί αν μπορούν να ζητηθούν διευκρινίσεις. Επίσης, τόνισε ότι θα πρέπει να γίνει διάκριση μεταξύ ουσιωδών και επουσιωδών όρων του διαγωνισμού. Μετά από τις επισημάνσεις της Ελεγκτικής Υπηρεσίας, η Ε.Α. με νέα έκθεση της ημερ. 28.3.2011 έκρινε ότι όλοι οι προσφοροδότες ήταν εντός των προδιαγραφών.

7. Μετά την περάτωση της διαδικασίας των διευκρινίσεων η Ε.Α. κατέληξε σε πρόταση κατακύρωσης στην επιτυχούσα ως τον οικονομικό φορέα που ήταν εντός προδιαγραφών και προσέφερε τη χαμηλότερη τιμή.

8. Στις 28.3.2011 το Συμβούλιο Προσφορών και η Ολομέλεια του Συμβουλίου Αποχτεύσεων Λάρνακας αποφάσισε όπως υιοθετήσει τη δεύτερη έκθεση της Ε.Α. και κατά συνέπεια την κατακύρωση της προσφοράς στην επιτυχούσα, νοουμένου ότι οι απαντήσεις της στις διευκρινιστικές ερωτήσεις θα κριθούν ικανοποιητικές από την Α.Α..

9. Στις 14.4.2011, η Α.Α. με επιστολή της, ενημέρωσε τους Αιτητές για την κατακύρωση της προσφοράς στην επιτυχούσα ως τη χαμηλότερη εντός προδιαγραφών προσφορά.

10. Στις 27.4.2011 οι Αιτητές καταχώρησαν στην Α.Α.Π. την παρούσα Προσφυγή και στις 29.4.2011 η Α.Α.Π. ομόφωνα αποφάσισε τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων μέχρι την έκδοση της τελικής απόφασης επί της παρούσας Προσφυγής.

11. Σχεδόν ταυτόχρονα με την παρούσα Προσφυγή καταχωρήθηκε στην Α.Α.Π. και Προσφυγή από την εταιρεία TELMEN LTD (με αρ. 21/2011) εναντίον της απόφασης κατακύρωσης. Στις 9.8.2011 η Α.Α.Π. αποφάσισε ότι λόγω παράβασης ουσιώδους όρου της προσφοράς της επιτυχούσας η κατακύρωση σε αυτήν ακυρώνεται.

12. Η ακρόαση της παρούσας Προσφυγής ολοκληρώθηκε μετά την έκδοση της ως άνω απόφασης, ήτοι την 6.9.2011.

Γ. ΠΡΟΕΞΕΤΑΣΤΙΚΗ ΕΝΣΤΑΣΗ

Κατά το αρχικό στάδιο της ακροαματικής διαδικασίας ο δικηγόρος της Α.Α. υπέβαλε προεξεταστική ένσταση ισχυριζόμενος ότι με βάση την εξέλιξη των γεγονότων και την έκδοση ακυρωτικής απόφασης από την Α.Α.Π. επί της προσβαλλομένης απόφασης για κατακύρωση της προσφοράς στην επιτυχούσα, η παρούσα Προσφυγή απώλεσε το αντικείμενο της και έτσι θα πρέπει να απορριφθεί ή παραμεριστεί.

Ισχυρίστηκε ότι δεν υπάρχει πλέον διοικητική πράξη δεκτική προσβολής με ακύρωση αφού η απόφαση να τεθεί εντός προδιαγραφών η προσφορά του δεύτερου φθηνότερου προσφοροδότη (της Εταιρείας TELMEN LTD) αποτελεί μια προπαρασκευαστική πράξη, της οποίας η Α.Α.Π. δεν έχει εξουσία να επιληφθεί.

Προς υποστήριξη των ως άνω ισχυρισμών, ο δικηγόρος της Α.Α. μας παρέπεμψε στις αποφάσεις 43/2006 και 44/2006 της Α.Α.Π. και Gibb Ltd v. Συμβουλίου Αποχετεύσεων Λευκωσίας αρ. 1118/2000, Kikas & others v. Republic (1984) 3 C.L.R. 852, 853 του Ανωτάτου Δικαστηρίου.

Οι Αιτητές από την άλλη αντέταξαν ότι η Προσφυγή τους στρέφεται όχι μόνο κατά της κατακύρωσης αλλά και κατά της παράλειψης κατακύρωσης σ' αυτούς, ισχυριζόμενοι ότι η προσφορά και του δεύτερου κατά σειρά προσφοροδότη, ήτοι της εταιρείας TELMEN LTD, είναι εκτός προδιαγραφών, εφόσον οι ίδιοι κατατάχθηκαν τρίτοι. Προς ενίσχυση της θέσης τους μας παρέπεμψαν στις αποφάσεις μας επί των Ιεραρχικών Προσφυγών 28 και 29/2010 ημερ. 10.5.2010 και στις 47 και 48/2007 ημερ. 27.11.08 και 28.11.08, αντίστοιχα.

Υποστήριξαν ότι ναι μεν η Προσφυγή στρέφεται εναντίον της απόφασης για κατακύρωση, αλλά ταυτόχρονα στρέφεται και εναντίον της απόφασης της Α.Α. να θέσει εντός προδιαγραφών την προσφορά του δεύτερου φθηνότερου προσφοροδότη, της Εταιρείας TELMEN LTD και εναντίον της άρνησης της Α.Α. να κατακυρώσει την προσφορά στους Αιτητές.

Μετά από μελέτη των θέσεων των δύο μερών και ενδελεχή εξέταση όλων των σχετικών στοιχείων και αποφάσεων καταλήγουμε στα ακόλουθα.

Έχουμε μελετήσει τις αποφάσεις που επικαλέστηκε η Α.Α. και θεωρούμε ότι τα συμπεράσματα της δεν μπορούν να τύχουν εφαρμογής στην παρούσα υπόθεση. Αναφορικά με τις Ιεραρχικές Προσφυγές 43 και 44/2006, στις αποφάσεις των οποίων παρέπεμψε η Α.Α. η όλη διαδικασία αξιολόγησης και κατακύρωσης της προσφοράς κρίθηκε εξ' υπαρχής άκυρη έναντι πάντων των προσφοροδοτών που συμμετείχαν και μάλιστα ύστερα από παραδοχή και της ίδιας της Α.Α.

Αναφορικά με την απόφαση του Ανωτάτου Δικαστηρίου στην υπόθεση *Gibb Ltd v. Συμβουλίου Αποχετεύσεων Λευκωσίας αρ. 1118/2000, ημερ. 17.10.2002* κρίθηκε ότι το αντικείμενο της Προσφυγής είχε εκλείψει, αφού η απόφαση της Α.Α. είχε ήδη ακυρωθεί εξ' υπαρχής και έναντι πάντων, επειδή είχαν αλλοιωθεί οι αρχικοί όροι της προσφοράς και επειδή έπασχε η σύνθεση του αρμόδιου διοικητικού οργάνου με αποτέλεσμα η όλη διοικητική ενέργεια να καθίσταται παράνομη και άκυρη, δεδομένα πολύ διαφορετικά από τα δεδομένα της παρούσης. Επίσης οι Αιτητές στην παρούσα υπόθεση δεν προσβάλλουν μόνο την απόφαση κατακύρωσης της προσφοράς στην επιτυχούσα, αλλά και την κρίση της Α.Α. να θέσει εντός προδιαγραφών την προσφορά της TELMEN LTD με αποτέλεσμα να μην κατακυρώσει την προσφορά στους ίδιους. Κρίνουμε συνεπώς ότι ούτε και στην υπόθεση *Kikas & others v. Republic (1984) 3 C.L.R. 852, 853* του Ανωτάτου Δικαστηρίου χωρούν τα γεγονότα της παρούσας.

Κρίνουμε λοιπόν ότι η ακυρωτική μας απόφαση ημερ. 9.8.2011 στην Προσφυγή 21/2011 δεν έχει καταργήσει και εξαφανίσει, εξ' υπαρχής και έναντι πάντων των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό προσφοροδοτών, όλα τα αποτελέσματα της προσβληθείσας διοικητικής πράξης και/ή απόφασης. Η κρίση της Α.Α. που αναφέρεται στην εγκυρότητα της προσφοράς της TELMEN LTD εξακολουθεί να υφίσταται και να παραμένει άθιχτη και στην περίπτωση που αποδεχθούμε τον ισχυρισμό ότι η παρούσα Προσφυγή έχασε εξ' ολοκλήρου το αντικείμενο της και παραμερισθεί χωρίς να εξετασθούν οι προβαλλόμενοι από τους Αιτητές λόγοι ακυρότητας της, αυτή κατά την επικείμενη επαναξιολόγηση θα ορθώνεται ενώπιον

της Α.Α. ως η εντός προδιαγραφών προσφορά με την χαμηλότερη προσφερόμενη τιμή.

Δεν αποδεχόμαστε επίσης το επιχείρημα της Α.Α. ότι η αξιολόγηση της προσφοράς της TELMEN LTD αφορά προπαρασκευαστική πράξη, η οποία δεν προσβάλλεται επειδή έχει απορροφηθεί είτε από την απόφαση της Α.Α. για κατακύρωση της προσφοράς στην εταιρεία S.K. Euromarket Ltd, είτε από την απόφαση της Α.Α.Π. για ακύρωση της εν λόγω απόφασης. Θεωρούμε ότι η αποδοχή και υιοθέτηση αυτής της θέσης θα οδηγούσε σε άτοπα και άδικα αποτελέσματα για τον διοικούμενο όχι μόνο σ' αυτήν την περίπτωση αλλά και σε κάθε άλλη παρόμοια. Στην παρούσα υπόθεση η διακοπή της εξέτασης και η απόρριψη της προσφυγής σ' αυτό το στάδιο θα άφηνε ελεύθερο το πεδίο στην Α.Α. να κατακυρώσει την προσφορά στην TELMEN LTD και για να υποστηρίξουν τις θέσεις τους οι Αιτητές θα έπρεπε να επανέλθουν με νέα Προσφυγή, η οποία ασφαλώς συνεπάγεται σημαντικό, γι' αυτούς κόστος σε τέλη και άλλα έξοδα, δικηγορικά κλπ.

Δεν βλέπουμε κανένα λόγο γιατί το θέμα να μην μπορεί να ξεκαθαρίσει σ' αυτό το στάδιο και θα έπρεπε οι Αιτητές να υποχρεωθούν σε νέες προσπάθειες και επιπρόσθετο κόστος. Σε περίπτωση μάλιστα που μια προσφορά θα τεθεί εκτός προδιαγραφών από την Α.Α. ο προσφοροδότης δεν θα έχει ουσιαστικά κανένα δικαίωμα προσφυγής, αφού η κρίση της Α.Α. για την προσφορά του θα θεωρείται ότι έχει απορριφθεί από την απόφαση κατακύρωσης της προσφοράς σε άλλο προσφοροδότη. Σημειώνουμε επιπρόσθετα ότι με κανένα τρόπο δεν θα μπορούσε να θεωρηθεί η πράξη αξιολόγησης της προσφοράς της TELMEN LTD από την Α.Α. ως προπαρασκευαστική της δικής μας ακυρωτικής απόφασης.

Κρίνουμε καταληκτικά ότι με την απόφαση μας ημερ. 9.8.2011 στην Προσφυγή αρ. 21/2011 δεν έχει εκλείψει ολοκληρωτικά το αντικείμενο της παρούσας Προσφυγής αφού το μόνο που έχει κριθεί σε εκείνη την προσφυγή είναι η εγκυρότητα της προσφοράς της επιτυχούσας.

Με βάση όλα τα πιο πάνω η προεξεταστική ένσταση της Α.Α. απορρίπτεται και με δεδομένη την απόφαση μας ότι η προσφορά της επιτυχούσας είναι εκτός προδιαγραφών (βλ. απόφαση ημερ. 9.8.2011 στην Προσφυγή αρ. 21/2011) θα

ασχοληθούμε με τα υπόλοιπα θέματα που εγείρονται από τους Αιτητές πλην εκείνων που αναφέρονται και αφορούν την προσφορά της εταιρείας S.K. Euromarket Ltd.

Δ. ΘΕΣΕΙΣ ΤΩΝ ΑΙΤΗΤΩΝ

Τόσο δια μέσου των γραπτών αγορεύσεων όσο και δια ζώσης κατά την ακροαματική διαδικασία ενώπιον της Α.Α.Π. οι Αιτητές παρέθεσαν σωρεία ισχυρισμών αναφορικά με τη μη νομιμότητα της όλης διαδικασίας, τη μη εγκυρότητα της προσφοράς της επιτυχούσας και τη μη εγκυρότητα δεύτερης φθηνότερης προσφοράς (αυτή της εταιρείας Telmen Ltd).

Επιγραμματικά καταγράφονται οι νομικοί λόγοι που εγείρονται για παράβαση του ισχύοντος δικαίου:

(α) Η προσφορά της επιτυχούσας έπρεπε να αποκλειστεί ως μη συνάδουσα με ουσιώδεις όρους των εγγράφων του διαγωνισμού.

(β) Η προσφορά της εταιρείας Telmen Ltd έπρεπε να αποκλειστεί ως μη συνάδουσα με ουσιώδεις όρους των εγγράφων του διαγωνισμού.

(γ) Η κατακύρωση του διαγωνισμού στην επιτυχούσα υπό όρους και προϋποθέσεις είναι παράνομη και παραβιάζει την αρχή της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών.

(δ) Η διαδικασία που ακολουθήθηκε κατά την αξιολόγηση των προσφορών ήταν παράτυπη και η παρέμβαση της Ελεγκτικής Υπηρεσίας παράνομη.

Σύμφωνα με την αρχική έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης ημερομηνίας 8.3.2011, η προσφορά της εταιρείας Telmen Ltd κρίθηκε ότι ήταν εκτός προδιαγραφών για λόγους που έχουν να κάνουν με τις προϋποθέσεις συμμετοχής (eligibility). Ειδικότερα, κρίθηκε ότι η προηγούμενη πείρα της εταιρείας δεν πληροί τις προϋποθέσεις του Τόμου Ι, παράγραφος 3.3.10.b. Τα δύο συμβόλαια που επικαλέστηκε η εταιρεία, κρίθηκε ότι ήταν μόνο για εργασίες επιδιόρθωσης, ενώ οι αξίες των συμβολαίων είναι σημαντικά κατώτερες του επίδικου συμβολαίου. Για

αυτούς τους λόγους η προσφορά της εταιρείας (όπως και η προσφορά της εταιρείας S.K. Euromarket Ltd) δεν προχώρησε στο δεύτερο στάδιο αξιολόγησης και δεν αξιολογήθηκε τεχνικά, αφού κρίθηκε ότι δεν ανταποκρίνονταν ουσιαστικά στις βασικές προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό.

Ο όρος 3.3 του Τόμου Ι των εγγράφων του διαγωνισμού (Οδηγίες προς τους προσφοροδότες) φέρει τον τίτλο «*Eligibility and requirements for participation*», δηλαδή «*Επιλεξιμότητα και προϋποθέσεις συμμετοχής*».

Ο όρος 3.10 προνοεί τα ακόλουθα (σε ελεύθερη μετάφραση) :

«10. Οι Προσφοροδότες θα πρέπει να πληρούν τις ακόλουθες προϋποθέσεις:

α. Οικονομική κατάσταση

.....

β. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα.

Ο Προσφοροδότης ή η Κοινοπραξία ή το μέλος της Κοινοπραξίας πρέπει να έχει ξεκινήσει και να έχει συμπληρώσει τις ηλεκτρικές και μηχανολογικές εγκαταστάσεις τουλάχιστον τεσσάρων (4) αντλιοστασίων επεξεργασίας λυμάτων και ομβρίων υδάτων, κατά τη διάρκεια των τελευταίων πέντε χρόνων, παρόμοιων με τις εργασίες αυτού του συμβολαίου. Όλα τα αντλιοστάσια πρέπει να είχαν δυνατότητα/χωρητικότητα τουλάχιστον 50 λίτρων/ δευτερόλεπτο. Ο Προσφοροδότης θα υποβάλει αντίγραφα των πιστοποιητικών παραλαβής ή συστατικών επιστολών από τους εργοδότες του κάθε έργου για να επιβεβαιώσει τον σκοπό των έργων, τις δυναμικότητες/ χωρητικότητες και μία δήλωση ικανοποιητικής συμπλήρωσης, με ελάχιστη συμμετοχή 35%.

Ο εργοδότης διατηρεί το δικαίωμα να διεξάγει οποιαδήποτε έρευνα μέσα από ανεξάρτητο σώμα, αρχή ή οργανισμό που εξειδικεύεται σε έρευνες και αξιολόγηση εταιρειών για την τεκμηρίωση οποιασδήποτε πληροφόρησης παρέχεται από τον προσφοροδότη.»

Σύμφωνα δε με το Addendum no 1, ημερ. 21.10.2010, η προηγούμενη πείρα σε σταθμούς αντλιοστασίων θα πρέπει να περιλαμβάνει και συστήματα τηλεμετρίας. Τα στοιχεία που υπέβαλε η εταιρεία Telmen Ltd, υποστήριξαν οι Αιτητές, με την προσφορά της δεν τεκμηριώνουν ότι η εταιρεία πληροί τον όρο 3.3.10 b πιο πάνω, ούτε και τον όρο που τέθηκε με το διορθωτικό έγγραφο αρ. 1.

Ειδικότερα, η εταιρεία Telmen Ltd υπέβαλε με την προσφορά της τέσσερις επιστολές από κάποια εταιρεία CSP, αγνώστων λοιπών στοιχείων και ιδιότητας, αφού δεν αναφέρεται με βάση ποια ιδιότητα η εταιρεία συνέταξε τις εν λόγω επιστολές και ποια η σχέση της με την εταιρεία Telmen Ltd.

Στις δύο από αυτές τις επιστολές τα έργα αφορούν καθαρά έργα επιδιόρθωσης και όχι κατασκευής σταθμών αντλιοστασίων. Αυτή είναι η πρώτη ουσιώδης απόκλιση από τα έγγραφα του διαγωνισμού. Ακόμη όμως και εάν μπορούσαν να μετρήσουν αυτά τα έργα ως έργα που δυνητικά θα μπορούσαν να προσδώσουν πείρα στην εταιρεία Telmen Ltd, οι αξίες τους είναι κατά πολύ μικρότερες από τις αξίες του επίδικου συμβολαίου. Η εκτιμημένη αξία του συμβολαίου ήταν €5.500.000, οι τρεις χαμηλότερες προσφορές που υποβλήθηκαν ήταν λίγο πιο κάτω από την τιμή των €3.000.000, ενώ οι αξίες των δύο συμβολαίων επιδιόρθωσης ήταν μόλις €53.307 και €34.500. Είναι πασιφανές ότι δεν πρόκειται για παρόμοια έργα, ούτε για παρόμοιες εργασίες.

Στις συστατικές επιστολές/βεβαιώσεις, καμία αναφορά γίνεται σε τηλεμετρικό σύστημα, κατά παράβαση ή/και απόκλιση του σχετικού όρου που τέθηκε με το διορθωτικό έγγραφο.

Μέρος των πιο πάνω, ότι δηλαδή τα έργα στα οποία είχε πείρα η εταιρεία Telmen Ltd αφορούσαν εργασίες επιδιόρθωσης και ότι εν πάση περιπτώσει οι αξίες τους ήταν κατά πολύ χαμηλότερες από την αξία του επίδικου συμβολαίου, είχε εντοπίσει αρχικά και η Επιτροπή Αξιολόγησης. Γι' αυτό τον λόγο, η Επιτροπή Αξιολόγησης στην πρώτη έκθεση της ημερομηνίας 8.3.2011 αφού έκρινε ότι η προσφορά της εταιρείας Telmen Ltd είχε ουσιώδη απόκλιση από τους όρους των εγγράφων του διαγωνισμού, έκρινε ότι η προσφορά της ήταν άκυρη και ως εκ τούτου δεν την αξιολόγησε περαιτέρω.

Ειδικότερα, όπως φαίνεται από την πρώτη έκθεση αξιολόγησης, από την προσφορά της εταιρείας Telmen Ltd προκύπτει ότι η προηγούμενη πείρα της εταιρείας δεν πληροί τις προϋποθέσεις του Τόμου Ι, όρος 3.3.10b. και ότι τα δύο συμβόλαια που προσφέρθηκαν αφορούν εργασίες επιδιόρθωσης, ενώ οι αξίες των συμβολαίων είναι κατά πολύ χαμηλότερες από τις αξίες των σταθμών σε αυτό το συμβόλαιο. Γι' αυτό το λόγο η Επιτροπή Αξιολόγησης έκρινε ότι η προσφορά της εταιρείας Telmen Ltd ήταν άκυρη και την έθεσε εκτός διαγωνισμού, αφού κρίθηκε ότι η απόκλιση ήταν ουσιώδης. Στην 2^η έκθεση της, η Επιτροπή Αξιολόγησης εντόπισε τις πιο πάνω αποκλίσεις, έκρινε όμως ότι μπορούσε να ζητήσει διευκρινίσεις.

Η θέση των Αιτητών είναι ότι οι πιο πάνω αποκλίσεις συνιστούν αποκλίσεις από ουσιώδη όρο των εγγράφων του διαγωνισμού και οδηγούν την προσφορά της εταιρείας σε ακυρότητα. Σε συνάρτηση με αυτό, είναι περαιτέρω η θέση των Αιτητών ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν είχε καμία εξουσία και κανένα δικαίωμα να ζητήσει την εκ των υστέρων υποβολή στοιχείων που παράτυπα και κατά παράβαση των εγγράφων του διαγωνισμού δεν υποβλήθηκαν με την προσφορά της εταιρείας Telmen Ltd.

Όπως αποφασίστηκε από την Ολομέλεια του Ανωτάτου Δικαστηρίου στην υπόθεση Tamassos (Tamassos Suppliers vs Δημοκρατίας (1992) 3 Α.Α.Δ.,60) και υιοθετήθηκε στη συνέχεια από το Ανώτατο Δικαστήριο σε σωρεία αποφάσεων του, αν η παράλειψη συμμόρφωσης προσφοροδότη αφορά ουσιώδη όρο του διαγωνισμού, δικαιολογείται η απόρριψη της προσφοράς. Ουσιώδης δε είναι ο όρος, η τήρηση του οποίου είναι αποφασιστικής σημασίας για τη λήψη και το περιεχόμενο της απόφασης για την κατακύρωση της προσφοράς. Οι Αιτητές παραπέμπουν επίσης στις αποφάσεις της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών στις πιο κάτω Ιεραρχικές Προσφυγές:

- Ιεραρχική Προσφυγή αρ. 24/2009, Κοινοπραξίας Conergy Ltd (Cyprus) Conergy Ltd (Greece) vs Υπουργείου Εμπορίου, Βιομηχανίας και Τουρισμού, ημερ. 10.7.2009.
- Ιεραρχική Προσφυγή αρ. 10/2009, Healthpro Ltd. vs Τμήματος Ιατρικών Υπηρεσιών και Υπηρεσιών Δημόσιας Υγείας, ημερ. 27.7.2009.

- Ιεραρχική Προσφυγή αρ. 39/2008, Logicom Public Ltd. vs Τμήματος Υπηρεσιών Πληροφορικής, ημερ. 8.9.2008.

Στην παρούσα υπόθεση, φαίνεται στο κείμενο του επίδικου όρου ότι αυτός βρίσκεται κάτω από το κεφάλαιο «προϋποθέσεις συμμετοχής» και ρητά περιλαμβάνει ότι για να θεωρείται κάποιος προσφοροδότης προσοντούχος/επιλέξιμος (eligible), θα πρέπει να αποδείξει την τεχνική και επαγγελματική του επάρκεια και θα πρέπει να πληροί την προϋπόθεση ότι κατέχει την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα να εκτελέσει το έργο. Για αυτό το σκοπό θα πρέπει να έχει ξεκινήσει και να έχει συμπληρώσει τις ηλεκτρικές και μηχανολογικές εγκαταστάσεις τουλάχιστον τεσσάρων (4) αντλιοστασίων λυμάτων και ομβρίων υδάτων κατά τη διάρκεια των τελευταίων πέντε χρόνων, παρόμοιων με τις εργασίες αυτού του συμβολαίου, ενώ θα πρέπει να υποβάλει αντίγραφα των πιστοποιητικών παραλαβής ή συστατικών επιστολών από τους εργοδότες του κάθε έργου.

Το λεκτικό που χρησιμοποιείται είναι σαφές και δεν αφήνει περιθώριο άλλης ερμηνείας. Ο όρος είναι επιτακτικός, η τήρηση του δε υποχρεωτική.

Ανατρέχοντας όμως και στο σκοπό και το νόημα του πιο πάνω όρου, φαίνεται, υποστήριξαν, ότι αυτός είναι σημαντικός για την απόφαση για κατακύρωση του διαγωνισμού, αφού άπτεται της ικανότητας του προσφοροδότη να εκτελέσει το συμβόλαιο. Πρόκειται δηλαδή για ουσιώδες ζήτημα, το θέμα κατά πόσο ο προσφοροδότης έχει να επιδείξει και να τεκμηριώσει πείρα σε ίδιας φύσης συμβόλαια και κατά πόσο οι εργοδότες τέτοιων προηγούμενων συμβολαίων μπορούν να τεκμηριώσουν την επιτυχή συμπλήρωση τους. Τα εν λόγω στοιχεία είναι καθοριστικής σημασίας για την αξιολόγηση της προσφοράς και την απόφαση για κατακύρωση της προσφοράς, αφού με αυτόν τον τρόπο μπορεί να ελεγχτεί και να αποδειχτεί η τεχνογνωσία, αξιοπιστία, αποτελεσματικότητα και πείρα του κάθε προσφοροδότη σε άλλες εκτελεσθείσες συμβάσεις, διασφαλίζοντας ταυτόχρονα μία επιτυχή υλοποίηση της παρούσας σύμβασης.

Πέραν και ανεξάρτητα από τα πιο πάνω, συντρέχει κατά την άποψη των Αιτητών και δεύτερος λόγος για τον οποίο η προσφορά της εταιρείας Telmen Ltd είναι άκυρη και

επομένως εκτός προδιαγραφών. Ειδικότερα, όπως προκύπτει από τους φακέλους που τέθηκαν για επιθεώρηση, το παράρτημα 4 (Annex 4, Power(s) of Attorney), ρητά απαιτεί όπως όλες οι υπογραφές είναι πιστοποιημένες από πιστοποιούντα υπάλληλο. Στο έντυπο που υπέβαλε η εταιρεία, οι υπογραφές δεν είναι πιστοποιημένες. Επίσης, κανένα τεκμήριο προσφέρθηκε με την προσφορά της εταιρείας Telmen Ltd που να τεκμηριώνει ότι τα πρόσωπα που παρέχουν την εξουσιοδότηση εκ μέρους της εταιρείας, έχουν τέτοια εξουσία. Τα πιο πάνω συνιστούν κατά την άποψη των Αιτητών ουσιώδεις αποκλίσεις.

Για τους πιο πάνω λόγους, είναι η θέση των Αιτητών ότι η παρούσα Προσφυγή θα πρέπει να επιτύχει.

Ε. ΘΕΣΕΙΣ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ

Με τη γραπτή αγόρευση της αλλά και δια ζώσης κατά την ακροαματική διαδικασία ενώπιον της Α.Α.Π., η Α.Α. απέρριψε ότι υπήρξε οιοδήποτε μiasμα στη διαδικασία ένεκα της παρέμβασης της Γενικής Ελέγκτριας υποστηρίζοντας ότι επ' ουδενί υπήρξε επηρεασμός από την τελευταία, η εισήγηση της οποίας σκοπό είχε να βοηθήσει την Επιτροπή Αξιολόγησης να χειρισθεί το θέμα με τρόπο που να διαφυλάσσει τα συμφέροντα τόσο των προσφοροδοτών όσο και του Συμβουλίου Αποχτεύσεων Λάρνακας.

Μια απλή ανάγνωση της εισήγησης της Γενικής Ελέγκτριας αποκαλύπτει το σκοπό της που δεν ήταν άλλος από το διαχωρισμό των ουσιωδών από τους μη ουσιώδεις όρους της προσφοράς έτσι ώστε να υπάρξει μεγαλύτερη συμμετοχή προσφοροδοτών στο Διαγωνισμό που θα είχε σαν αποτέλεσμα να γίνει η καλύτερη δυνατή επιλογή. Από τη στιγμή δε που η Α.Α. δεν είχε οποιαδήποτε ευθύνη όπως λάβει υπόψη της τις εν λόγω παρατηρήσεις καμία παρατυπία προκύπτει.

Επεσήμαναν δε την καθιερωμένη τακτική όπως εκπρόσωποι της Γενικής Ελέγκτριας παρευρίσκονται στις Συνεδριάσεις ως παρατηρητές κάτι που σε καμία περίπτωση παρακωλύει την ενάσκηση της αποφασιστικής αρμοδιότητας των Διοικητικών Συμβουλίων των Οργανισμών.

Απέρριψαν περαιτέρω ότι αναφορικά με την εταιρεία TELMEN LTD υπήρξε οποιαδήποτε παραβίαση ουσιώδη όρου του διαγωνισμού.

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

Στην παρούσα Προσφυγή παρατηρούμε ότι ηγέρθησαν ζητήματα που άπτονται της νομιμότητας της διαδικασίας που ακολούθησε η Αναθέτουσα Αρχή, τα οποία δεν προβλήθηκαν στα πλαίσια της Προσφυγής υπ' αρ. 21/2011 η οποία αφορούσε στον παρόντα διαγωνισμό και κατά συνέπεια δεν εξετάστηκαν. Ως εκ τούτου κρίνουμε ότι θα πρέπει να εξεταστούν κατά προτεραιότητα, καθότι, αν κριθεί ότι η διαδικασία που ακολουθήθηκε πάσχει, η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής καθίσταται άκυρη εξ' υπαρχής και η αναγκαιότητα εξέτασης των λόγων ακύρωσης, που αφορούν στην εγκυρότητα των προσφορών που υποβλήθηκαν, παύει να υφίσταται.

Από τα στοιχεία λοιπόν που έχουμε ενώπιον μας, προκύπτει διαφοροποίηση της εισήγησης της Επιτροπής Αξιολόγησης, ως αποτέλεσμα της υπόδειξης των αντιπροσώπων της Ελεγκτικής Υπηρεσίας. Ειδικότερα, επισημαίνουμε ότι με σημείωμα της η Γενική Διευθύντρια του Συμβουλίου Αποχετεύσεων Λάρνακας ημερομηνίας 28.3.11, απευθύνεται στον Πρόεδρο του Συμβουλίου Προσφορών και αναφέρει, μεταξύ άλλων, τα ακόλουθα:

«Η Ελεγκτική Υπηρεσία αφού έλαβε και μελέτησε την Έκθεση Αξιολόγησης επισκέφθηκε τα γραφεία μας στις 22.3.11 και εξέτασε τις υποβληθείσες προσφορές. Η προσέγγιση των εκπροσώπων της Ελεγκτικής Υπηρεσίας οι οποίοι είναι Μηχανολόγοι Μηχανικοί ήταν κατά κανόνα λιγότερο αυστηρή και περισσότερο ευέλικτη στην ερμηνεία όρων του συμβολαίου από αυτή που τήρησε η Επιτροπή Αξιολόγησης του ΣΑΛ. Ενώ το ΣΑΛ θεωρούσε ότι η μη υποβολή ζητούμενων κριτηρίων ήταν λόγος ακύρωσης των προσφορών, η Ελεγκτική Υπηρεσία μας υπέδειξε ότι θα μπορούσαμε να είμαστε περισσότερο ελαστικοί εάν γενικά μπορούσαμε έμμεσα να εξάγουμε το συμπέρασμα ή να υποθέσουμε ότι τα απαιτούμενα τεκμήρια που απουσιάζουν από την προσφορά είναι διαθέσιμα εάν ζητηθούν. Σχετική είναι και η επιστολή της Ελεγκτικής Υπηρεσίας με ημερομηνία 24.3.11. Υιοθετώντας την προσέγγιση της Ελεγκτικής Υπηρεσίας, παρά το γεγονός ότι τα μέλη της Επιτροπής Αξιολόγησης πιστεύουμε ότι η αρχική προσέγγιση της Έκθεσης Αξιολόγησης ήταν η ορθή και ήταν σύμφωνη με τις νομικές συμβουλές του νομικού συμβούλου του ΣΑΛ, επανεξετάστηκαν όλες οι προσφορές ιδιαίτερα

λαμβάνοντας υπόψη τους πιο χαλαρούς όρους του συμβολαίου στις παραγράφους 5.6.1.a.(v) και 5.6.5 με τους οποίους η ζητούμενη πείρα των προσφοροδοτών μπορεί να πιστοποιηθεί απλά από τον ίδιο τον προσφοροδότη αντί να τεκμηριωθεί από πιστοποιητικά παραλαβής από τον προηγούμενο εργοδότη όπως ορίζεται στην παράγραφο 3.3.10.b όπως επίσης και η παροχή πληροφοριών που ελλείπουν μπορεί να ζητηθεί παρά την πρόσφατη επιστολή του Γενικού Λογιστηρίου που κοινοποιήθηκε στο ΣΥΛ για φειδωλή έως και αποφυγή της χρήσης του δικαιώματος αυτού».

Σε συνεδρία του την ίδια μέρα το Συμβούλιο Προσφορών αποφάσισε κατά πλειοψηφία την κατακύρωση της προσφοράς στην Εταιρεία S. K. Euromarket Ltd και η Ολομέλεια του Συμβουλίου Αποχετεύσεων Λάρνακας υιοθέτησε τη θέση που διατυπώνεται στο πιο πάνω Σημείωμα καταλήγοντας ότι: *«Τα μέλη ανταλλάζουν και πάλιν απόψεις και ομόφωνα αποφασίζουν την κατακύρωση της προσφοράς στην Εταιρεία S. K. Euromarket Ltd για ποσό €2.802.693 πλέον ΦΠΑ ως η χαμηλότερη και πλέον συμφέρουσα προσφορά για το Συμβούλιο, νοουμένου ότι οι απαντήσεις στις διευκρινιστικές ερωτήσεις θα κριθούν ικανοποιητικές από την Επιτροπή Αξιολόγησης».*

Με βάση όσα έχουμε παραθέσει πιο πάνω, κρίνουμε ότι η διαδικασία που ακολούθησε η Αναθέτουσα Αρχή, από την αξιολόγηση των προσφορών μέχρι και την λήψη της απόφασης για κατακύρωση, πάσχει για δύο λόγους. Ο πρώτος λόγος είναι ότι φαίνεται η παρέμβαση της Ελεγκτικής Υπηρεσίας, η οποία σαφώς δεν είναι το αρμόδιο για την αξιολόγηση των προσφορών όργανο, να είναι καταλυτική σε βαθμό που να καθιστά την προσβαλλόμενη απόφαση, ληφθείσα από αναρμόδιο όργανο. Αυτό γιατί, από το σημείωμα της Γενικής Διευθύντριας στο οποίο αναφερθήκαμε, προκύπτει ότι η Επιτροπή Αξιολόγησης, το εισηγητικό και κατεξοχήν αρμόδιο για την αξιολόγηση των προσφορών όργανο, εξακολουθούσε να πιστεύει πως η αρχική της θέση, με την οποία διαφώνησε η Ελεγκτική Υπηρεσία, ήταν η ορθή. Διευκρινίζουμε ότι η παροχή συμβουλής από την Ελεγκτική Υπηρεσία είναι όχι μόνο νόμιμη αλλά και θεμιτή. Είναι όμως ανεπίτρεπτο η Επιτροπή Αξιολόγησης παρά το ότι δηλώνει ότι διατηρεί την αρχική της άποψη σε σχέση με την αξιολόγηση, να ακολουθεί την εισήγηση της Ελεγκτικής Υπηρεσίας.

Ως αποτέλεσμα, η Επιτροπή Αξιολόγησης εισηγείται ουσιαστικά να παραγνωριστούν οι αποκλίσεις από αδιαμφισβήτητα ουσιώδεις όρους του διαγωνισμού, π.χ. σχετικά

με την πείρα των προσφοροδοτών. Επιπρόσθετα, κατά παράβαση βασικών νομολογιακών αρχών που απαγορεύουν την εκ των υστέρων συμπλήρωση προσφορών που υποβλήθηκαν αλλά και της επιστολής του Γενικού Λογιστηρίου, η Αναθέτουσα Αρχή παρουσιάζεται διατεθειμένη να ζητήσει *«πληροφορίες που ελλείπουν»*. Θεωρούμε ανεπίτρεπτη την εισήγηση της Ελεγκτικής Υπηρεσίας να είναι η Αναθέτουσα Αρχή περισσότερο ελαστική σε περιπτώσεις που μπορεί να γίνει έμμεσα η εξαγωγή συμπεράσματος ότι τα απαιτούμενα τεκμήρια που απουσιάζουν από την προσφορά είναι διαθέσιμα αν ζητηθούν. Με βάση τους όρους του διαγωνισμού αλλά και γενικότερα το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, είναι προφανής η ύπαρξη νομικής και πραγματικής αβεβαιότητας ως προς το εάν ο επιλεγείς προσφοροδότης πληροί τους ουσιώδεις όρους του διαγωνισμού.

Το εύρημα αυτό είναι συνυφασμένο και με το δεύτερο λόγο για τον οποίο κρίνουμε μη νόμιμη την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής. Αποτελεί βασική νομική αρχή ότι σε καμία περίπτωση μπορεί να υπάρξει κατακύρωση υπό αίρεση. Ωστόσο, διαπιστώνουμε ότι η Ολομέλεια του Συμβουλίου Αποχετεύσεων Λάρνακας συμφωνώντας με την εισήγηση του Συμβουλίου Προσφορών, προβαίνει σε κατακύρωση στην Εταιρεία S. K. Euromarket Ltd *«νοουμένου ότι οι απαντήσεις στις διευκρινιστικές ερωτήσεις θα κριθούν ικανοποιητικές από την Επιτροπή Αξιολόγησης»*. Η χαλάρωση δηλαδή που επιδεικνύει η Επιτροπή Αξιολόγησης, επεκτείνεται και κατά την ενάσκηση των εξουσιών τόσο του Συμβουλίου Προσφορών όσο και της Ολομέλειας του Συμβουλίου Αποχετεύσεων Λάρνακας με τρόπο που καθιστά αβέβαιη τελικά την έκβαση του διαγωνισμού και κατά συνέπεια, παράνομη ολόκληρη την διαδικασία που ακολουθήθηκε και τη λήψη απόφασης.

Ενόψει όλων των πιο πάνω αποφασίζουμε ομόφωνα ότι η παρούσα Προσφυγή επιτυγχάνει και η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσα Αρχής ακυρώνεται.