



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. 45/2006

Μεταξύ:

NICOLAOU & KONNIDES LTD CHARTERED QUANTITY SURVEYORS

Αιτούντων

v.

ΔΗΜΟΥ ΛΕΥΚΩΣΙΑΣ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτούντες:

NICOLAOU & KONNIDES LTD CHARTERED QUANTITY
SURVEYORS

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. κο Νίκο Κορνίδη, Διευθυντή αιτούσας εταιρείας
2. κο Κυριάκο Νικολάου, Διευθυντή αιτούσας
εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΔΗΜΟΣ ΛΕΥΚΩΣΙΑΣ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. κο Πόλυ Πολυβίου, Δικηγόρο
2. κα Έλενα Δαμιανού, Δικηγόρο
3. κα Αγνή Πετρίδου, Αρχιτέκτονα, Υπεύθυνη του
Γραφείου του Ενιαίου Ρυθμιστικού Σχεδίου
Λευκωσίας
4. κα Μαρία Ιωάννου, Γραμματειακό Λειτουργό
Δήμου Λευκωσίας

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 21 Αυγούστου, 2006

Α Π Ο Φ Α Σ Η

A. Με την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή (Αρ. 45/2006) η Αιτούσα Εταιρεία αξιώνει την ακύρωση και/ή τροποποίηση του όρου 3.2.1Α των Εγγράφων του Διαγωνισμού Αρ. 129/2005 - «*Διαγωνισμός για Ρυθμιστικό Σχέδιο Λευκωσίας - Κλήρωση για επιλογή Συμβούλου Επιμετρητή Ποσοτήτων για το έργο της Διαμόρφωσης της Πλατείας Ελευθερίας και του Περιβάλλοντος Χώρου*» με τη δικαιολογία, σύμφωνα με την Αιτούσα Εταιρεία, ότι η διατύπωση των πιο πάνω όρων ουσιαστικά προκαλούν δυσμενή διάκριση, και έρχονται σε αντίθεση με την ισότιμη μεταχείριση που πρέπει να υπάρχει, μεταξύ των εγγεγραμμένων επαγγελματιών Επιμετρητών Ποσοτήτων είτε του Μητρώου του ΕΤΕΚ είτε του Ειδικού Καταλόγου (εξ επαγγέλματος Επιμετρητές Ποσοτήτων) και παραβιάζουν την περί ΕΤΕΚ νομοθεσία.

B. Τα γεγονότα της υπόθεσης έχουν ως ακολούθως:

(1) Ο Διαγωνισμός προκηρύχθηκε με δημοσίευση στην επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας στις 19 Απριλίου, 2006. Οι Αιτούσα Εταιρεία ήταν μεταξύ των οικονομικών φορέων που, αφού πλήρωσαν το σχετικό αντίτιμο, έλαβαν τα έγγραφα του Διαγωνισμού. Η αξιολόγηση των προσφορών θα γινόταν στη βάση κριτηρίων επιλογής και προκαθορισμένης αμοιβής. Τελευταία ημερομηνία υποβολής προσφορών ήταν η 15η Μαΐου, 2006.

(2) Η Αιτούσα Εταιρεία απέστειλε στις 4 Μαΐου, 2006 επιστολή στην Αναθέτουσα Αρχή ζητώντας τροποποίηση των πιο πάνω όρων των Εγγράφων του Διαγωνισμού. Η Αναθέτουσα Αρχή απάντησε στην επιστολή της Αιτούσας Εταιρείας στις 8 Μαΐου, 2006 αρνούμενη να τροποποιήσει τους εν λόγω όρους. Στις 18 Μαΐου, 2006 η Αιτούσα Εταιρεία εξάσκησε το δικαίωμα που της παρέχει ο Νόμος και καταχώρησε την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή.

Γ. Η Αναθέτουσα Αρχή, δια του δικηγόρου της, κατά την εξέταση της Προσφυγής, έθεσε θέμα εννόμου συμφέροντος όσον αφορά την Αιτούσα Εταιρεία και έθεσε ενώπιον της Αρχής τρία γεγονότα:

- Η διαδικασία αυτή είναι πρόωρη διότι η διαδικασία αξιολόγησης και κατακύρωσης δεν έχει ολοκληρωθεί αλλά είναι σε εξέλιξη.
- Η Αιτούσα Εταιρεία δεν έλαβε μέρος και δεν υπέβαλε προσφορά και επομένως δεν έχει έννομο συμφέρον να προσβάλει όρους όταν δεν έχει συμμετοχή στο σχετικό διαγωνισμό.
- Δεν υπάρχει αποκλεισμός της Αιτούσας Εταιρείας από τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών.

Η Αναθέτουσα Αρχή ισχυρίζεται ότι για να δικαιούται ένας να προσφύγει με προσφυγή στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών πρέπει να έχει προηγηθεί εκτελεστή πράξη ή εκτελεστή ενέργεια ή εκτελεστή απόφαση η οποία να δίνει το έρεισμα για προσφυγή και να θεμελιώνει έτσι το έννομο συμφέρον του Αιτητή.

Το αίτημα της Αιτούσας Εταιρείας για διαφοροποίηση των όρων του διαγωνισμού χωρίς να υπάρχει απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής ότι αποκλείονται από το διαγωνισμό και η απάντηση της Αναθέτουσας Αρχής στις 5 Μαΐου, 2006 δεν δημιουργεί έννομο συμφέρον στην Αιτούσα Εταιρεία αφού δεν υπήρξε αποκλεισμός ή εκτελεστή πράξη.

Σύμφωνα με το δικηγόρο της Αιτούσας Εταιρείας τα έγγραφα του διαγωνισμού δεν είναι «πράξη» αλλά απλά «κανονιστικές διατάξεις» και σαν τέτοιες δεν μπορούν να προσβληθούν ενώπιον της Αρχής.

Δ. Η Αιτούσα Εταιρεία βασίζει την Προσφυγή της σε νομικούς και πραγματικούς λόγους. Συγκεκριμένα η Αιτούσα Εταιρεία ισχυρίζεται ότι τα κριτήρια για «Στελέχωση Αιτητή» στον όρο 3.2.1 προκαλούν τη δυσμενή διάκριση και έρχονται σε αντίθεση με την ισότιμη μεταχείριση που πρέπει να υπάρχει μεταξύ των εγγεγραμμένων επαγγελματιών Επιμετρητών Ποσοτήτων είτε του μητρώου του ΕΤΕΚ είτε του Ειδικού Καταλόγου (εξ επαγγέλματος Επιμετρητές Ποσοτήτων) και παραβιάζουν την περί ΕΤΕΚ νομοθεσία όπως επίσης και τις πρόνοιες του Συντάγματος για ίση μεταχείριση.

Ο όρος 3.2.1 αναφέρεται στα εξής:

«3.2.1 Στελέχωση Αιτητή

A Επιστημονικό–Τεχνικό Προσωπικό

Οι παρέχοντες υπηρεσίες να απασχολούν τουλάχιστον τα τελευταία τρία χρόνια:

1) ένα τουλάχιστον Επιμετρητή Ποσοτήτων εγγεγραμμένο στο ΕΤΕΚ ή σε αντίστοιχο σώμα χώρας της Ευρωπαϊκής Ένωσης στο κλάδο Επιμετρητών Ποσοτήτων, με ισχύουσα ετήσια άδεια ασκήσεως επαγγέλματος και ο οποίος θα διαθέτει τουλάχιστο (12) δωδεκαετή πείρα, και τουλάχιστο ένα (1) Επιμετρητή Ποσοτήτων με ισχύουσα ετήσια άδεια ασκήσεως επαγγέλματος και ο οποίος θα διαθέτει τουλάχιστον (10) δεκαετή πείρα.

ή

2) ένα τουλάχιστο Επιμετρητή Ποσοτήτων εγγεγραμμένο στο ΕΤΕΚ ή σε αντίστοιχο σώμα χώρας της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον κλάδο Επιμετρητών Ποσοτήτων με ισχύουσα ετήσια άδεια ασκήσεως επαγγέλματος και ο οποίος θα διαθέτει τουλάχιστον (15) δεκαπενταετή πείρα και τουλάχιστο ένα (1) πρόσωπο εγγεγραμμένο στον Ειδικό Κατάλογο των εξ Επαγγέλματος Επιμετρητών του ΕΤΕΚ ή του αντίστοιχου σώματος χώρας της Ευρωπαϊκής Ένωσης.»

Η Αιτούσα Εταιρεία ισχυρίζεται ότι με την πιο πάνω διατύπωση των όρων ουσιαστικά η Αναθέτουσα Αρχή διαχωρίζει τους εγγεγραμμένους στο μητρώο μελών του ΕΤΕΚ ως «Επιστήμονες» και τους εγγεγραμμένους στον Ειδικό Κατάλογο του ΕΤΕΚ ως «Τεχνικούς».

Επιπλέον, ισχυρίζεται η Αιτούσα Εταιρεία, η ύπαρξη της παραγράφου 3.2.1.A2 δημιουργεί δυσμενή διάκριση για τον εγγεγραμμένο στον ειδικό Κατάλογο του ΕΤΕΚ έναντι του συναδέλφου του στο μητρώο του ΕΤΕΚ και του στερεί το δικαίωμα να συμμετέχει ισότιμα στο διαγωνισμό κάτι που αποτελεί δυσμενή διάκριση και έρχεται σε πλήρη αντίθεση με την ίδια την περί ΕΤΕΚ Νομοθεσία. Το ίδιο το ΕΤΕΚ σύμφωνα με την Αιτούσα Εταιρεία δεν έχει τέτοια πολιτική διάκρισης ούτε και δικαίωμα να προβαίνει σε διακρίσεις.

Περαιτέρω, η Αιτούσα Εταιρεία δηλώνει ότι η Αναθέτουσα Αρχή παραβίασε και Αρχές του Διοικητικού Δικαίου (Νόμος 158(I)/99) όπως

- την αρχή της νομιμότητας
- την αρχή της φυσικής δικαιοσύνης
- την αρχή της ισότητας.

Επίσης, ισχυρίζεται ότι δεν προηγήθηκε η δέουσα ή επαρκής έρευνα κατά την ετοιμασία των όρων των εγγράφων του διαγωνισμού.

Ε. Η Αναθέτουσα Αρχή κατά την ακρόαση της προσφυγής απέρριψε τους ισχυρισμούς της Αιτούσας Εταιρείας ότι, με την πιο πάνω διατύπωση των όρων ουσιαστικά η Αναθέτουσα Αρχή διαχωρίζει τους εγγεγραμμένους στο μητρώο μελών του ΕΤΕΚ ως «Επιστήμονες» και τους εγγεγραμμένους στον Ειδικό Κατάλογο του ΕΤΕΚ ως «Τεχνικούς» και ότι η ύπαρξη της παραγράφου 3.2.1.A2 μειώνει τον εγγεγραμμένο στον ειδικό Κατάλογο του ΕΤΕΚ έναντι του συναδέλφου του στο μητρώο του ΕΤΕΚ και του στερεί το δικαίωμα να συμμετέχει ισότιμα στο διαγωνισμό. Περαιτέρω η Αναθέτουσα Αρχή διευκρίνισε ότι κανένας διαχωρισμός δεν γίνεται μεταξύ των εγγεγραμμένων στο μητρώο μελών του ΕΤΕΚ και τους εγγεγραμμένους στον Ειδικό Κατάλογο.

Επίσης, η Αναθέτουσα Αρχή δηλώνει ότι έγινε όλη η δέουσα και επαρκής έρευνα κατά την συγγραφή των όρων των εγγράφων του διαγωνισμού και τηρήθηκαν όλες οι αρχές της νομιμότητας, της φυσικής δικαιοσύνης και της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών. Η Αναθέτουσα Αρχή επίσης παραδέχτηκε κατά την εξέταση της προσφυγής ότι και οι εγγεγραμμένοι στον Ειδικό Κατάλογο του ΕΤΕΚ δικαιούνταν να υποβάλλουν προσφορά σύμφωνα με τον όρο 3.2.1.A1 των εγγράφων του διαγωνισμού και να μην αποκλειστούν.

ΣΤ. Η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών εξέτασε κατ' αρχήν τον ισχυρισμό της Αναθέτουσας Αρχής ότι, για τους λόγους που αναφέρει στην παράγραφο (Γ) πιο πάνω, η Αιτούσα Εταιρεία δεν είχε δικαίωμα να ασκήσει ιεραρχική προσφυγή με την οποία να αξιώνει τη θεραπεία που αναφέρεται στην παράγραφο (γ) του εδαφίου (10) του άρθρου 56 του Νόμου 101(Ι)/2003, η οποία συνίσταται στην ακύρωση ή τροποποίηση λόγω παραβιάσεως οποιασδήποτε διάταξης του ισχύοντος δικαίου, οποιουδήποτε όρου που περιέχεται στην προκήρυξη ή στα έγγραφα του διαγωνισμού ή σε οποιοδήποτε άλλο

έγγραφο σχετικό με τη διαδικασία του διαγωνισμού και αναφέρεται σε τεχνικές, οικονομικές και χρηματοοικονομικές προδιαγραφές.

Σύμφωνα με το εδάφιο (1) του άρθρου 56 του Νόμου 101(Ι)/2003 για να έχει ένας οικονομικός φορέας δικαίωμα πρόσβασης στη διαδικασία της ιεραρχικής προσφυγής ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών, ο Αιτητής πρέπει να καταδείξει:

- i) το έννομο του συμφέρον, δηλαδή ότι (α) έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση και (β) υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημιά εξαιτίας της προσβαλλόμενης πράξης ή απόφασης, και
- ii) το παραδεκτό της ιεραρχικής προσφυγής, δηλαδή ότι η πράξη που προσβάλει προηγείται της σύναψης της σύμβασης και παραβιάζει το ισχύον δίκαιο.

Το κατά πόσον οι πιο πάνω δύο προϋποθέσεις πληρούνται είναι ζήτημα το οποίο θα πρέπει να ερμηνεύεται υπό το φως της νομολογίας του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων το οποίο ερμηνεύει σε σειρά αποφάσεων του τις διατάξεις των Δικονομικών Οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 9/13/ΕΟΚ, με τις οποίες εναρμονίζονται οι διατάξεις του Νόμου 101(Ι)/2003, που αφορούν στη διαδικασία ιεραρχικής προσφυγής και των πραγματικών γεγονότων. Η νομολογία του ΔΕΚ δεσμεύει και πρέπει να ακολουθείται από τις αρχές των κρατών μελών, τις διοικητικές καθώς και τις δικαστικές, που είναι αρμόδιες για τις διαδικασίες προσφυγής, ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των εν λόγω Οδηγιών.

Η Αιτούσα Εταιρεία ήταν μία εκ των οικονομικών φορέων που παρέλαβε από την Αναθέτουσα Αρχή τα έγγραφα του διαγωνισμού δείχνοντας έτσι το ενδιαφέρον της για υποβολή προσφοράς στον εν λόγω διαγωνισμό. Η μη υποβολή προσφοράς στο διαγωνισμό από την Αιτούσα Εταιρεία βασίστηκε στην παρουσία ρήτρας στην προκήρυξη του διαγωνισμού την οποία, η Αιτούσα Εταιρεία, θεώρησε ασυμβίβαστη με το ισχύον δίκαιο. Η Αιτούσα Εταιρεία υπέβαλε, εντός της ταχθείσας από το Νόμο προθεσμίας και κατά την προβλεπόμενη στο Νόμο διαδικασία, ιεραρχική προσφυγή

κατά της προκήρυξης του διαγωνισμού ζητώντας την προβλεπόμενη στο άρθρο 56(10)(γ) του Νόμου θεραπεία.

Υπό το φως των ανωτέρω, η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ομόφωνα αποφασίζει ότι η μη υποβολή προσφοράς από την Αιτούσα Εταιρεία, επειδή η συγγραφή υποχρεώσεων των εγγράφων του διαγωνισμού περιείχαν διατάξεις προβαλλόμενες ως εισάγουσες δυσμενείς διακρίσεις λόγω ακριβώς των οποίων δεν ήταν σε θέση να παράσχει το σύνολο των παροχών που αποτελούσαν αντικείμενο του διαγωνισμού, έχει δικαίωμα να ασκήσει απευθείας προσφυγή κατά των διατάξεων αυτών, πριν από την περάτωση της διαδικασίας συνάψεως της συγκεκριμένης σύμβασης, αφού ακολούθησε την από το Νόμο προβλεπόμενη διαδικασία και συμμορφώθηκε με τις ταχθείσες από το Νόμο προθεσμίες, (Grossman Air Service, Bedarfslufffahrtunternehmen GmbH & Co KG και Republic Osterreich υπόθεση C-230/02, απόφαση ημερομηνίας 12.2.2004). Η Αρχή θεωρεί ότι θα ήταν υπερβολικό να απαιτείται από οποιοδήποτε πρόσωπο το οποίο προβάλλει ότι ζημιώνεται από εισάγουσες δυσμενείς διακρίσεις διατάξεις των εγγράφων του διαγωνισμού να έχει καταθέσει προσφορά, πριν μπορέσει να ασκήσει το δικαίωμα προσφυγής που προβλέπει ο Νόμος και η κοινοτική Οδηγία 89/665 κατά αυτών των διατάξεων, όταν μάλιστα οι πιθανότητες να του ανατεθεί η σύμβαση είναι μηδαμινές, λόγω ακριβώς της ύπαρξης αυτών των διατάξεων. Εξάλλου, η Αρχή συμφωνεί ότι ένα πρόσωπο πρέπει να έχει τη δυνατότητα απευθείας άσκησης προσφυγής κατά των εισαγουσών δυσμενείς διακρίσεις προδιαγραφών, χωρίς να οφείλει να αναμένει την ολοκλήρωση της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης.

Z. Όσον αφορά τους λόγους της προσφυγής επί της ουσίας από τα ενώπιον μας στοιχεία και γεγονότα όπως εκτίθενται πιο πάνω και φαίνονται στους σχετικούς φακέλους και τα επιχειρήματα που έχουν εκτεθεί τόσο γραπτά όσο και προφορικά, κατά την ενώπιον μας διαδικασία, καταλήγουμε ότι, πράγματι, όπως ο όρος 3.2.1.A1 είναι διατυπωμένος, και οι εγγεγραμμένοι στον Ειδικό Κατάλογο του ΕΤΕΚ ως «Τεχνικοί» δικαιούνταν να συμμετάσχουν ισότιμα στο διαγωνισμό μαζί με τους εγγεγραμμένους στο μητρώο μελών του ΕΤΕΚ ως «Επιστήμονες», και να υποβάλουν προσφορά χωρίς να διατρέχουν κίνδυνο αποκλεισμού. Ο ισχυρισμός της Αιτούσας Εταιρείας ότι όπως είναι διατυπωμένοι οι όροι διαχωρίζουν τους εγγεγραμμένους στο μητρώο μελών του ΕΤΕΚ

ως «Επιστήμονες» από τους εγγεγραμμένους στον Ειδικό Κατάλογο του ΕΤΕΚ ως «Τεχνικούς» και ότι η ύπαρξη της παραγράφου 3.2.1.A2 μειώνει τον εγγεγραμμένο στον ειδικό Κατάλογο του ΕΤΕΚ έναντι του συναδέλφου του στο μητρώο του ΕΤΕΚ και του στερεί το δικαίωμα να συμμετέχει ισότιμα στο διαγωνισμό δεν μας βρίσκει σύμφωνους. Εάν οι αιτητές υπέβαλλαν προσφορά και η Αναθέτουσα Αρχή την απέκλειε επικαλούμενη τον όρο 3.2.1.A2, τότε θα μπορούσαν να προσβάλουν την απόφαση αυτή και να ζητήσουν ακύρωση του όρου.

Η. Σαν αποτέλεσμα, ομόφωνα, αποφασίζουμε ότι ορθά η Αναθέτουσα Αρχή αρνήθηκε να τροποποιήσει τους όρους του διαγωνισμού όπως η Αιτούσα Εταιρεία ζητούσε. Ενόψει τούτου, δεν βρίσκουμε να υπάρχει οποιαδήποτε παράβαση του ισχύοντος δικαίου εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής και ειδικά ως προς τον καθορισμό των όρων και τεχνικών προδιαγραφών του διαγωνισμού. Ως εκ τούτου, ομόφωνα η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή κρίνεται αβάσιμη και απορρίπτεται και η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής επικυρώνεται. Δεν επιβάλλονται έξοδα της διαδικασίας.