



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. 24/2009

Μεταξύ:

ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ CONERGY LTD (CYPRUS) CONERGY LTD (GREECE)

Αιτούντων

v.

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΕΜΠΟΡΙΟΥ, ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΑΣ ΚΑΙ ΤΟΥΡΙΣΜΟΥ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτούντες:

ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ «CONERGY LTD (CYPRUS) CONERGY LTD (GREECE)

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Λουκή Λουκαΐδη, Δικηγόρο
2. Αλέκο Μαρκίδη, Δικηγόρο
3. Πάνο Παναγιώτου, Δικηγόρο
4. Ιωάννα Λουκαΐδου-Πολυκάρπου, Δικηγόρο
5. Γιώργο Γεωργίου, Εκπρόσωπο αιτούσας εταιρείας
6. Παρασκευά Ανδρέα, Εκπρόσωπο αιτούσας εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΕΜΠΟΡΙΟΥ, ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΑΣ ΚΑΙ ΤΟΥΡΙΣΜΟΥ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Χρύση Ιωάννου, Λειτουργό Βιομηχανικών Εφαρμογών
2. Ανδρέα Λιζίδη, Λειτουργό Βιομηχανικών Εφαρμογών
3. Ευάγγελο Στουγιάννη, Εκ μέρους Αναθέτουσας Αρχής

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 10 Ιουλίου, 2009

Α Π Ο Φ Α Σ Η

A. Με την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή η Κοινοπραξία «CONERGY LTD (CYPRUS) CONERGY LTD (GREECE) (Αιτήτρια) στρέφεται κατά της απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής (στο εξής Α.Α.), δηλαδή του Υπουργείου Εμπορίου, Βιομηχανίας και Τουρισμού να κατακυρώσει το Διαγωνισμό αρ. MCIT/ES/04/2008 για την «*Προμήθεια, Εγκατάσταση και Συντήρηση Φωτοβολταϊκών συστημάτων σε Κυβερνητικά κτίρια, Δημόσια Σχολεία και Στρατόπεδα*» σε άλλο προσφοροδότη.

B. ΓΕΓΟΝΟΤΑ

- (α) Το Υπουργείο Εμπορίου, Βιομηχανίας και Τουρισμού δημοσίευσε στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας της 4.7.2008 την προκήρυξη προσφοράς με τίτλο **“Tender for the supply, installation and maintenance of photovoltaic systems on Governmental Buildings, Public Schools and Army Camps”**. Ως τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών είχε οριστεί η 8.9.2008 και ώρα 12.00 μ. η οποία παρατάθηκε από την Α.Α. μέχρι την 29.9.2008 και ώρα 12.00 μ.
- (β) Η Αιτήτρια υπέβαλε εμπρόθεσμα σχετική προσφορά. Η δε προσφορά της επιλεγείσας Κοινοπραξίας υποβλήθηκε μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, περί τις 12.19 μ.μ της 29.9.2008. Την 29.9.2008 ανοίχθηκαν οι προσφορές των 3 προσφοροδοτών που είχαν υποβληθεί εμπρόθεσμα, ενώ την 3.11.2008 ανοίχθηκαν οι προσφορές των προσφοροδοτών που είχαν υποβληθεί

εκπρόθεσμα, δηλαδή μετά την 12.00 μ. της 29.9.2008 αλλά πριν τις 12:30 μ.μ. ήτοι του χρόνου ανοίγματος των Προσφορών.

- (γ) Στις 29.9.2008 η Αιτήτρια εταιρεία υπέβαλε ένσταση για την παραλαβή εκπρόθεσμης προσφοράς και καταγράφηκε από την Αναθέτουσα Αρχή.
- (δ) Στις 29.10.2008 η Α.Α. ενημέρωσε με επιστολή της τους Αιτητές ότι όσες προσφορές υποβλήθηκαν εκπρόθεσμα θα ανοίγονταν στις 3.11.2008.
- (ε) Η Α.Α. με επιστολή της ημερομηνίας 13.3.2009 κοινοποίησε στην Αιτήτρια την απόφασή της να κατακυρώσει την πιο πάνω προσφορά στην Κοινοπραξία των εταιρειών LANITIS SOLAR LTD, LAOS BROS LTD και DATA PV SUN ENERGY S.A.
- (στ) Η Αιτήτρια με επιστολή της ημερομηνίας 17.3.09 απέστειλε ειδοποίηση στην Α.Α., με ταυτόχρονη κοινοποίηση στην Αρμόδια Αρχή, για την πρόθεσή της να ασκήσει Ιεραρχική Προσφυγή εναντίον της απόφασης της Α.Α. για κατακύρωση της προαναφερθείσας Προσφοράς στην πιο πάνω Κοινοπραξία.
- (ζ) Η Α.Α. απάντησε στην επιστολή της Αιτήτριας με επιστολή ημερομηνίας 20.3.2009, και η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή καταχωρήθηκε στις 26.3.2009.

Γ. ΠΡΟΕΞΕΤΑΣΤΙΚΗ ΕΝΣΤΑΣΗ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ

Η Αναθέτουσα Αρχή τόσο στην έκθεση γεγονότων ημερομηνίας 3.4.2009, στη γραπτή αγόρευση της ημερ. 11.4.09 όσο και κατά την ενώπιον μας διαδικασία εισηγήθηκε ότι η Αιτήτρια κωλύεται να εγείρει τους σχετικούς με το εκπρόθεσμο της προσφοράς του επιτυχόντα λόγους ακυρώσεως ένεκα της παράλειψής της να υποβάλει εμπρόθεσμα γραπτώς την πρόθεσή της για υποβολή ιεραρχικής προσφυγής κατά της απόφασης της Α.Α. να προβεί σε άνοιγμα της εν λόγω προσφοράς δυνάμει του άρθρου 56 του Ν. 101(Ι)/2003, γεγονός για το οποίο ενημερώθηκε γραπτώς με επιστολή ημερομηνίας 29.10.2008.

Οι δικηγόροι της Αιτήτριας τόσο δια της γραπτής τους αγόρευσης όσο και δια ζώσης κατά την ενώπιον μας διαδικασία εξεδήλωσαν την ένστασή τους στις πιο πάνω θέσεις της Α.Α. τις οποίες τεκμηρίωσαν με τα πιο κάτω επιχειρήματα:

Καίτοι όντως η Αιτήτρια δεν προέβη σε καταχώρηση ένστασης κατά της απόφασης της Α.Α. όπως αυτή εκδηλώθηκε με την επιστολή της 29.10.08, εντούτοις είχε ήδη υποβάλει προφορικά την ένσταση της την 29.9.08, γεγονός που έγινε παραδεκτό και από την Α.Α. Ακόμη δε και αν προέβαιναν στην ως άνω ενέργεια, κατά τον κρίσιμο χρόνο, ως εισηγείται η Α.Α. και καταχωρούσε η Αιτήτρια την ιεραρχική της προσφυγή, οι προσφορές θα είχαν ήδη ανοιχθεί καθιστώντας άνευ αντικειμένου την προσφυγή της.

Αναγόμενοι δε στη φύση της πράξης κατακύρωσης μιας προσφοράς ως σύνθετης διοικητικής ενέργειας, με την προσβολή της οποίας συμπροσβάλλονται και όλες οι

προπαρασκευαστικές πράξεις που οδήγησαν στην κατακύρωση υποστήριξαν ότι η Αιτήτρια δεν κωλύεται να εγείρει το θέμα της εκπρόθεσμης υποβολής της προσφοράς της επιλεγείσας κοινοπραξίας στην παρούσα φάση. Τέλος κατά την ενώπιον μας διαδικασία υποστήριξαν ότι ο ως άνω ισχυρισμός της Α.Α. είναι άνευ νομικού υποβάθρου.

Δ. ΟΙ ΕΠΙ ΤΗΣ ΟΥΣΙΑΣ ΘΕΣΕΙΣ ΤΗΣ ΑΙΤΗΤΡΙΑΣ.

Η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής να αναθέσει τη σχετική σύμβαση στην Κοινοπραξία των εταιρειών LANITIS SOLAR LTD, LAOS BROS LTD και DATA PV SUN ENERGY S.A είναι σύμφωνα με την Αιτήτρια άκυρη και/ή πρέπει να ανατραπεί για τους ακόλουθους και/ή για οποιονδήποτε από τους ακόλουθους λόγους:

Υποστήριξαν οι δικηγόροι της Αιτήτριας ότι η προσφορά της επιλεγείσας κοινοπραξίας υποβλήθηκε εκπρόθεσμα κατά παράβαση των όρων 2.20, 8.1.3 και 9.1.1 των εγγράφων της προσφοράς όπου ρητά καθορίζεται η προθεσμία υποβολής των προσφορών αλλά και το νομικό αποτέλεσμα της παράβασης της προθεσμίας.

Με βάση το παραδεκτό γεγονός ότι η προσφορά της επιλεγείσας κοινοπραξίας υποβλήθηκε μετά τη λήξη της προβλεπόμενης από τα έγγραφα του διαγωνισμού προθεσμίας υποβολής των προσφορών αλλά και το σαφές και επιτακτικό λεκτικό των ως άνω όρων προκύπτει η παράβαση τους από τον επιτυχόντα που θα έπρεπε να είχε σαν αποτέλεσμα στη βάση των ως άνω αλλά και του **Κανονισμού 30(5) της Κ.Δ.Π. 201/2007** την απόρριψη της προσφοράς του.

Σύμφωνα με τους δικηγόρους της Αιτήτριας όλα τα πιο πάνω καθιστούν σαφέστατη τη δέσμια αρμοδιότητα της Α.Α. ως προς το καθήκον απόρριψης κάθε εκπρόθεσμης προσφοράς και τη συνέπεια αυτής: **να μην λάβει υπόψη την προσφορά της επιλεγείσας κοινοπραξίας, και να ενημερώσει σχετικά την κοινοπραξία όπως και για τον τρόπο επιστροφής της προσφοράς της.**

Προς τεκμηρίωση του ισχυρισμού περί επιτακτικότητας οι δικηγόροι της Αιτήτριας παρέθεσαν την απόφαση της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας (ΣτΕ) στην Ελλάδα στην υπόθεση υπ' αριθμό **528/1962** όπου κρίθηκε ότι η κατακύρωση δημοπρασίας επ' ονόματι μειοδότη που υπέβαλε την προσφορά του μετά τα χρονικά όρια που έτασσαν οι όροι για την κατάθεση των προσφορών ήταν άκυρη.

Με αναφορά σε σειρά αποφάσεων τόσο του Ανωτάτου Δικαστηρίου (Α.Δ.) όσο και του ΣτΕ τεκμηρίωσαν τη θέση τους ότι η διακήρυξη των προσφορών δημιουργεί πράξη κανονιστικού περιεχομένου και η παράβαση των όρων της διακήρυξης οδηγεί στην ακυρότητά της προσφοράς που αντίκειται εις αυτούς, ενώ ο **Κανονισμός 34(4) της Κ.Δ.Π. 201/2007** προβλέπει ότι προσφορές που κατά την κρίση του αρμοδίου κατά περίπτωση οργάνου παρουσιάζουν ουσιώδη απόκλιση από τους όρους ή και τις τεχνικές προδιαγραφές των εγγράφων του διαγωνισμού ή οποιαδήποτε ουσιώδη ασάφεια απορρίπτονται.

Η δε αξιολόγηση προσφοράς κατά παράβαση ουσιωδών όρων της προσφοράς, με βάση τους οποίους θα αποκλειόταν από τη διαδικασία ο επιτυχών προσφοροδότης,

συνιστά κατάχρηση εξουσίας από πλευράς της διοίκησης και παραβίαση των αρχών της ισότητας των προσφοροδοτών που οδηγεί στην ακύρωση της πράξης κατακύρωσης (βλ. **J.N. Christofides Trading Limited v. The Republic (1985) 3 C.L.R. 546, Petros Matsouka v. The Republic (1985) 3 C.L.R. 686**).

Απέρριψαν δε ως λανθασμένη τη νομική γνωμάτευση που λήφθηκε από τη Νομική Υπηρεσία υποστηρίζοντας ότι οι αναφερόμενες σε αυτή αποφάσεις - τις οποίες επικαλέσθηκε και η Α.Α. τόσο στην αγόρευση της όσο και στην ενώπιον μας διαδικασία - **δεν μπορούν να τύχουν εφαρμογής ως προγενέστερες της Κ.Δ.Π. 201/2007 που ξεκάθαρα απαγόρευσε τη λήψη υπόψη εκπρόθεσμων προσφορών**. Με μια εκτεταμένη ανάλυση των ως άνω αποφάσεων επιχείρησαν να καταδείξουν τη διαφορετικότητα των γεγονότων που τις συνέστησαν σε σχέση με την παρούσα υπόθεση και κατά συνέπεια το ανεπίδεκτο της εφαρμογής τους στην παρούσα περίπτωση.

Με ιδιαίτερη αναφορά στην **Αναθεωρητική Έφεση 3543 Κυπριακή Δημοκρατία v. C.H. Heat-Flow Mechanical Contractors Ltd, (2005) 3 A.A.Δ. 363**, επανέλαβαν το νομικό πλέον δεδομένο ότι δεν δύναται διάκριση περί ουσιώδους και επουσιώδους απόκλισης από ουσιώδη όρο. Εφόσον υπάρχει παράβαση ουσιώδους όρου η προσφορά θα πρέπει να απορρίπτεται.

Στη βάση της ως άνω απόφασης αλλά και του αδιαμφισβήτητου του ουσιώδους της προθεσμίας υποβολής μιας προσφοράς όρου, εισηγούνται οι δικηγόροι της Αιτήτριας ότι η παρούσα προσφυγή θα πρέπει να επιτύχει.

Ως αποτέλεσμα του νομοθετικού πλαισίου και της νομολογίας που εκτέθηκε πιο πάνω η προσφορά της επιλεγείσας κοινοπραξίας δεν έπρεπε να είχε ληφθεί υπόψη λόγω του ότι υποβλήθηκε μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών.

Το ότι δε κατά παράβαση των ως άνω ελήφθη υπόψη η εκπρόθεσμη προσφορά της επιλεγείσας κοινοπραξίας παραβιάζει τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών που πρέπει να διέπουν τις διαδικασίες προσφορών. Το γεγονός δε ότι αυτή ανοίχθηκε 40 μέρες μετά που ανοίχθηκαν οι υπόλοιπες 3 προσφορές που είχαν υποβληθεί εμπρόθεσμα, μία εκ των οποίων η προσφορά της Αιτήτριας, ενισχύει έτι περαιτέρω τον ως άνω ισχυρισμό.

Επιπρόσθετα, η ως άνω πράξη της Α.Α. αντίκειται σαφέστατα με βάση τους ισχυρισμούς των δικηγόρων της Αιτήτριας **στον Περί Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων, Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών Νόμο του 2006 (Ν. 12(Ι)/2006), και/ή στους δυνάμει αυτού εκδοθέντες Κανονισμούς. Ιδιαίτερα δε στο Κανονισμό 30(5) της Κ.Δ.Π. 201/2007** όπως αυτός έχει εκτεθεί και αναλυθεί πιο πάνω ο οποίος επιβάλλει στην Α.Α. στην περίπτωση που λάβει με οποιοδήποτε τρόπο εκπρόθεσμη προσφορά να μην την λάβει υπόψη και να ενημερώσει σχετικά τον προσφοροδότη για το αποτέλεσμα της και τον τρόπο επιστροφής της προσφοράς του.

Περαιτέρω παρατηρείται και παραβίαση του **Κανονισμό 34(1)** όπου προνοείται ότι την εξουσία για την ανάθεση σύμβασης έχει το Συμβούλιο Προσφορών. Συνεπακόλουθα το

τελευταίο θα ήτο και το αρμόδιο όργανο για να λάβει την απόφαση αποδοχής των εκπρόθεσμων προσφορών. Αντ' αυτού όμως η απόφαση για να ληφθεί υπόψη η εκπρόθεσμη προσφορά της επιλεγείσας κοινοπραξίας λήφθηκε σε συνεδρία που πραγματοποιήθηκε στο γραφείο του Γενικού Διευθυντή του Υπουργείου Εμπορίου, Βιομηχανίας και Τουρισμού στις 24.10.2008 παρουσία του Γενικού Διευθυντή, του Προέδρου του Συμβουλίου Προσφορών, του Μέλους του Συμβουλίου Προσφορών κ. Χατζηπαπά, του μέλους της Επιτροπής Αξιολόγησης κ. Λιζίδη και της κας Γαλάτειας Ιωάννου, η οποία τηρούσε τα πρακτικά. Ως εκ τούτου, ισχυρίζονται οι δικηγόροι της Αιτήτριας, η ήδη παράνομη απόφαση για να ληφθεί υπόψη η εκπρόθεσμη προσφορά της επιλεγείσας κοινοπραξίας λήφθηκε και από αναρμόδιο όργανο.

Η ως άνω απόφαση είναι επιπλέον παράνομη ως αντικείμενη στους όρους και τα έγγραφα του διαγωνισμού καθώς και στις **Γενικές Αρχές του Διοικητικού Δικαίου (βλ.. Αναθεωρητική Έφεση Tamassos Tobacco Suppliers and Co. v. Δημοκρατίας (1992) 3 A.A.Δ. 60)**, λήφθηκε κατ' υπέρβαση εξουσίας και υπό το καθεστώς πλάνης περί τα πράγματα αφού η Α.Α. εκλαμβάνοντας την ύπαρξη στα χέρια της διακριτικής εξουσίας παρέλαβε και προέβη περαιτέρω σε αξιολόγηση της προσφοράς της επιλεγείσας κοινοπραξίας παρά το ότι είχε υποβληθεί εκπρόθεσμα.

Ως αποτέλεσμα των πιο πάνω, εξάγουν οι Αιτητές το συμπέρασμα ότι η Αναθέτουσα Αρχή δρώντας αυθαίρετα και αδικαιολόγητα και κατά παράβαση των όρων του διαγωνισμού αλλά και της σχετικής περί προσφορών δευτερογενούς νομοθεσίας (Κ.Δ.Π. 201/2007) και των Αρχών του Κράτους Δικαίου παρέλαβε και αξιολόγησε αδικαιολόγητα και αυθαίρετα εκπρόθεσμη προσφορά, κάτι που απαγορευόταν ρητά

τόσο από τους όρους του διαγωνισμού όσο και από τον **Κανονισμό 30(5) της Κ.Δ.Π. 201/2007**.

Επιπλέον οι δικηγόροι της Αιτήτριας υποστήριξαν ότι η προσφορά της επιλεγείσας Κοινοπραξίας δεν πληρούσε τους όρους και προδιαγραφές του διαγωνισμού παραβιάζοντας σωρεία ουσιωδών όρων του Διαγωνισμού.

Ε. ΘΕΣΕΙΣ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ

Επί του επίμαχου σημείου της αποδοχής της εκπρόθεσμης προσφοράς της επιτυχούσας Κοινοπραξίας, οι εκπρόσωποι της Α.Α. μας παρέπεμψαν στις αποφάσεις του Ανωτάτου Δικαστηρίου ήτοι στην υποθ. K&M Transport Co. Ltd v. E.F.A. & Others (1987) 3 C.L.R. 1939 και στην Dynacon Ltd. V. Δήμος Λεμεσού, [2000] 3 Α.Α.Δ. 546 όπου το Δικαστήριο απεφάνθη υπέρ της εγκυρότητας των προσβαλλομένων προσφορών αφού διαπίστωσε την αντικειμενική ανυπαρξία της δυνατότητας τροποποίησης των λεπτομερειών της προσφοράς σε σχέση και με το χρόνο καθυστέρησης που ήτο και στις δύο περιπτώσεις κάτω των 5 λεπτών πράμα που κατά το σκεπτικό του Α.Δ. καθιστούσε αδύνατη την επίδειξη ανέντιμης συμπεριφοράς εκ μέρους του ενδιαφερόμενου μέρους με αποτέλεσμα στην μεν πρώτη περίπτωση η αποδοχή της προσφοράς με καθυστέρηση δύο λεπτών και στη δεύτερη των συμπληρωματικών εγγράφων με καθυστέρηση 5 λεπτών δεν μπορούσαν να επηρεάσουν την εγκυρότητα των προσβαλλόμενων αποφάσεων.

Το Δικαστήριο μεταξύ άλλων τόνισε :

“Not only there was an inherent likelihood of a margin of error of seconds or a minute or two occurring in the discerning of time but the possibility of unfair advantage being derived from late tendering could be confidently ruled out.”

Με βάση την πιο πάνω νομολογία σε συνδυασμό με τη γνωμάτευση της Νομικής Υπηρεσίας - η οποία άφηνε το θέμα στη διακριτική ευχέρεια της Α.Α. προς αξιολόγηση στη βάση των γεγονότων και υπό το φως της άνωθεν νομολογίας - και τα γεγονότα της υπόθεσης η Α.Α. υποστήριξε ότι η αποδοχή της εκπρόθεσμης προσφοράς της επιτυχούσας Κοινοπραξίας ήτο καθόλα έγκυρη «αφού ήταν αδύνατη η επίδειξη ανέντιμης συμπεριφοράς ενώ παράλληλα η καθυστέρηση 19 λεπτών δεν θα μπορούσε να προσδώσει πλεονέκτημα στην επιτυχούσα Κοινοπραξία και να επηρεάσει την εγκυρότητα της διαδικασίας».

Όσον αφορά δε το ζήτημα της παραβίασης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της αρχής της διαφάνειας η Α.Α. απορρίπτοντας τον ισχυρισμό της Αιτήτριας προέβαλε τη σειρά των γεγονότων με βάση την οποία υποστηρίζουν ότι καταρρίπτουν τους πιο πάνω ισχυρισμούς της Αιτήτριας και περαιτέρω αποκλείουν το ενδεχόμενο δημιουργίας κατά τον κρίσιμο χρόνο ευνοϊκής στάσης έναντι των υπολοίπων προσφοροδοτών καίτοι παραλήφθηκε εκπρόθεσμα και ανοίχθηκε 35 ημέρες μετά από την ημερομηνία λήξης υποβολής των προσφορών.

Αναφορικά δε με το προβαλλόμενο ισχυρισμό περί αναρμοδιότητας του λαμβάνοντος την απόφαση ν' αποδεχθεί την εκπρόθεσμη προσφορά της επιτυχούσας κοινοπραξίας οργάνου η Α.Α. απαντά ότι με δεδομένο ότι στην Κ.Δ.Π.201/2007 δεν προνοείται σχετική διαδικασία, η Α.Α. έκρινε ότι η εν λόγω αρμοδιότητα δεν ενέπιπτε στο Συμβούλιο Προσφορών, ενώ μεταξύ των μελών που παρευρίσκοντο στην επίμαχη συνεδρία ήτο και τα μέλη της Επιτροπής Ανοίγματος Προσφορών. Κατά την κρίση δε της Α.Α. η εν λόγω διαδικασία ήταν μέρος της διαδικασίας ανοίγματος και ως εκ τούτου καμία παραβίαση των κανονισμών δεν υπήρξε.

Καταληκτικά με σειρά ισχυρισμών η Α.Α. αντικρούει τους ισχυρισμούς της Αιτήτριας περί παραβάσεων ουσιωδών όρων της προσφοράς της επιτυχούσας κοινοπραξίας.

ΣΤ. Αφού μελετήσαμε επισταμένα τόσο τις θέσεις των δύο πλευρών όσο και τα σχετικά έγγραφα του διοικητικού φακέλου καταλήγουμε στα ακόλουθα:

I. ΠΡΟΞΕΤΑΣΤΙΚΗ ΕΝΣΤΑΣΗ

Αποτελεί αδιαμφισβήτητο νομικό γεγονός ότι η κατακύρωση ενός διαγωνισμού είναι αποσπαστή ατομική διοικητική πράξη με την οποία περατούται η σύνθετη διοικητική ενέργεια του διαγωνισμού (βλ. ΣτΕ 4052/1990). Με την περάτωση του αποτελέσματος του Διαγωνισμού δια της κατακυρωτικής πράξης, οι περισσότερες διαδοχικές διοικητικές πράξεις που οδήγησαν στο αποτέλεσμα ενσωματώνονται στην τελευταία χάνοντας την αυτοτέλεια τους. Σε προγενέστερο της ενσωμάτωσης τους χρόνο κάθε μια από τις περισσότερες πράξεις που την αποτελούν, διατηρεί τον

εκτελεστό χαρακτήρα της και μπορεί να προσβληθεί χωριστά (βλ. *Ηλία κ.α. ν. Δημοκρατίας (1999) 3 Α.Α.Δ. 884, 896-897*).

Ο **Θ. Τσάτσος** στο σύγγραμμα *«Η Αίτησις Ακυρώσεως ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας»*, 3η έκδοση, σελ. 151, 152, ρητά αναφέρει ότι «προ της περατώσεως της συνθέτου διοικητικής ενεργείας εκάστη εκ των βαθμιαίως συναρμολογούμενων πράξεων διατηρεί τον εκτελεστόν αυτής χαρακτήρα και είναι προσβλητή κεχωρισμένως. Αφ' ης όμως η σύνθετος διοικητική ενέργεια περατωθεί, αποβαίνει απαράδεκτος η προσβολή δι' αιτήσεως ακυρώσεως της αρχικής ή μεμονωμένης των ενδιαμέσων πράξεων, αίτινες αποβάλλουσι πλέον τον αυτοτελώς εκτελεστόν αυτών χαρακτήρα». (βλ. Υπ Αρ. 47/2003, Egnatia Financial Services (Cyprus) Ltd v. Κυπριακής Δημοκρατίας, ημ.. 06.09.04).

Σύμφωνα και με τη θεωρία των αποσπαστών πράξεων (*actes detachables*) οι αιτητές νομιμοποιούνται να προσβάλουν εκτός από την τελική απόφαση της κατακύρωσης και κάθε άλλη ενδιάμεση πράξη που προηγήθηκε χρονικά. (664/89, P.A.G. Architects-Engineers v. Κυπριακής Δημοκρατίας).

Σχετικό είναι το ακόλουθο απόσπασμα από την απόφαση του Κωνσταντινίδη, Δ., στην **Κοινοπραξία Cyprus Airways Group v. Δημοκρατίας, Προσφυγή Αρ. 92/2004, 8.1.2007**:

«Δεν απέρριψα όμως την προσφυγή ως απαράδεκτη και προχώρησα με την αναγνώριση της εκτελεστότητας της προσβαλλόμενης απόφασης αφού αυτή

ευθέως επέφερε τον αποκλεισμό των αιτητών. Αυτό, σαφώς υπό το πρίσμα των θεμελιωμένων αρχών πως τέτοια απόφαση, όσο και αν δεν είναι η τελική, μπορεί να προσβάλλεται αυτοτελώς. Νοούμενου, όμως, πως δεν έχει στο μεταξύ εκδοθεί η τελική που θα την απορροφούσε με αποτέλεσμα την απώλεια της εκτελεστότητάς της. Τη διαδικασία που ακολούθησε τη διατρέχει αυτή η τοποθέτηση του πράγματος και μου φαίνεται πως αναποδράστως η έκδοση της απόφασης ημερομηνίας 13.6.05 καθορίζει την κατάληξη. Ο αποκλεισμός των αιτητών απολήγει πράξη ενδιάμεση της σύνθετης ενέργειας που συντελέστηκε με την απόφαση της 13.6.05. **Αυτή δεν επάγεται, βεβαίως, ανυπαρξία δυνατότητας προσφυγής της νομιμότητας του αποκλεισμού και είναι πάγια η νομολογία μας πως ενώ πράγματι οι αποκλειόμενοι είναι τη νομιμότητα του αποκλεισμού τους που νομιμοποιούνται να συζητήσουν, το προσφερόμενο γι' αυτή τη συζήτηση πλαίσιο είναι, πλέον, προσφυγή στρεφόμενη κατά της τελικής απόφασης.** Οι αιτητές, ενώ δέχονται κατά τα άλλα αυτούς τους συσχετισμούς και το αποτέλεσμά τους, θεωρούν πως τα πράγματα διαφοροποιούνται εφόσον κάποιος επιλέγει να ασκήσει προσφυγή κατά του αποκλεισμού χωρίς να αναμένει την τελική απόφαση. Η άσκηση τέτοιας προσφυγής είναι, βεβαίως, δικαίωμα αλλά δεν είναι ορθό ότι, ενόψει τέτοιας επιλογής, διαφοροποιούνται και οι βασικές αρχές αναφορικά με το ποια είναι, εν τέλει, η εκτελεστή πράξη ώστε το Ανώτατο Δικαστήριο να έχει δικαιοδοσία δυνάμει του Άρθρου 146 του Συντάγματος . Μια απόφαση είναι ή δεν είναι εκτελεστή ως εκ της φύσης της και αυτή η φύση δεν αλλοιώνεται ανάλογα με το ποιοι είναι οι χειρισμοί ως προς αυτή.»

Από τον **Η. Κυριακόπουλο – Ελληνικόν Διοικητικόν Δίκαιον**, Γ. Ειδικόν Μέρος, 4η Έκδοση, σ. 98 διαβάζουμε τα εξής:

«Επί συνθέτου διοικητικής ενεργείας προκύπτει το ζήτημα: ποία ή ποίαι εκ των πλειόνων πράξεων, αίτινες αποτελούσι την σύνθετον διοικητικήν ενέργειαν, είναι προσβληταί δι' αιτήσεως ακυρώσεως; Εφ' όσον αι πράξεις αύται, και διακεκριμένως λαμβανόμεναι, κέκτηνται το γνώρισμα της εκτελεστότητος, είναι δυνατή η απόσπασις και η προσβολή κεχωρισμένως και αυτοτελώς εκάστης τούτων, αλλά μόνον μέχρι της εκδόσεως της τελευταίας πράξεως, δι' ής περατούται η διοικητική ενέργεια. Μετά την περάτωσιν όμως ταύτης, μόνον η περατώσασα αυτήν πράξις υπόκειται εις προσβολήν επί ακυρώσει, ουχί δε και αυτοτελής, μεμονωμένη και ενδιάμεσός τις πράξις· τούτο δε ισχύει και εν ή έτι περιπτώσει οι λόγοι ακυρώσεως αφορώσιν ουχί αμέσως εις την πράξιν ταύτην άλλ' εις ενδιάμεσον πράξιν, επειδή, μετά την επέλευσιν του τελικού αποτελέσματος, αι προηγηθείσαι πράξεις, συγχωνευόμεναι μετά της τελικής, αποβάλλουσι την ίδια των αυτοτέλειαν. Δια της προσβολής όμως της τελευταίας πράξεως, θεωρούνται και αι προηγηθείσαι αυτής συμπροσβαλλόμεναι, ελεγχομένης και της νομιμότητος τούτων. Ενδεχομένη δε ακύρωσις τοιούτων προηγηθεισών πράξεων επάγεται και την ακύρωσιν των επακολουθησασών, ων υπήρξαν βάσις, ουχί όμως και εκείνων, αίτινες προηγήθησαν, νομίμως γενόμεναι.»

Από τα **Πορίσματα Νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας, 1929-1959**, σ. **244** σημειώνουμε τα ακόλουθα:

«Μετά την έκδοσιν της διοικητικής πράξεως της αποτελούσης το τέρμα της όλης συνθέτου διοικητικής ενεργείας, αυτή αποτελεί έκτοτε ενιαίαν πράξιν, πλήρως συντελεσθείσαν, και συνεπώς εφεξής προσβλητή είναι μόνον η τελευταία πράξις, ουχί δε αυτοτελώς μεμονωμένη και ενδιάμεσος πράξις, ήτις απώλεσε την ιδίαν αυτής αυτοτέλειαν συγχωνευθείσα εις την τελικήν. **Προσβαλλομένης όμως της τελικής πράξεως παραδεκτώς προβάλλονται και οι λόγοι αναγόμενοι εις τας μερικωτέρας και συγχωνευθείσας πράξεις**, η διαπίστωσις δε της ακυρότητος τινός εξ αυτών επιφέρει την ακυρότητα των ακολουθησασών μερικωτέρων πράξεων, διά την έκδοσιν των οποίων η κριθείσα ως παράνομος αποτελεί νόμιμον προϋπόθεσιν.»

Με βάση την πιο πάνω παρατιθέμενη νομολογία αλλά και αναγόμενοι στην έννοια της συνθέτου διοικητικής πράξεως ως αποτελεί και στην παρούσα ο επίμαχος διαγωνισμός κρίνουμε ότι η προδικαστική ένσταση της Α.Α. δέον να απορριφθεί. Αυτό το οποίο είναι ανεπίτρεπτο είναι η μεμονωμένη προσβολή ενδιάμεσου της σύνθετης διοικητικής ενέργειας του διαγωνισμού πράξης μετά την περάτωση του διαγωνισμού δια της πράξης της κατακύρωσης. Βεβαίως και η Αιτήτρια είχε το δικαίωμα αυτοτελώς να προσβάλει την πράξη αποδοχής της εκπροθέσμου προσφοράς της επιτυχούσας κοινοπραξίας σε προγενέστερο στάδιο, ήτοι μετά τη λήψη της αναφερόμενης επιστολής τηρουμένων των προθεσμιών του σχετικού νόμου. Το ότι όμως δεν το έπραξε ουδόλως επηρεάζει την προβολή του ως λόγου ακυρώσεως στα πλαίσια προσβολής της τελικής πράξης ανάθεσης της σχετικής σύμβασης στην επιτυχούσα κοινοπραξία. Η πιο πάνω δυνατότητα της Αιτήτριας αποτελεί δικαίωμα της. Παράλειψη της να το ασκήσει κατά τη

προηγούμενη δεδομένη στιγμή δεν επηρεάζει το δικαίωμα της να θέσει προς αξιολόγηση τη νομιμότητα της επίμαχης πράξης στα πλαίσια της παρούσας προσφυγής. Άλλωστε η συμπροσβολή όλων των ενδιαμέσων της τελικής πράξης ενεργειών βρίσκεται στον πυρήνα του ορισμού της έννοιας της συνθέτου διοικητικής πράξης.

II. ΕΠΙ ΤΗΣ ΟΥΣΙΑΣ:

Το κεντρικό θέμα της παρούσας προσφυγής έγκειται στο νομότυπο ή μη της ενέργειας της Α.Α. να αποδεκτεί και να θέσει προς αξιολόγηση την εκπρόθεσμη προσφορά της επιτυχούσας κοινοπραξίας.

Είναι νομολογημένο και μη αμφισβητούμενο γεγονός επί της παρούσας ότι καθορισμός της προθεσμίας αποτελεί **ουσιώδη όρο του διαγωνισμού**. Ακόμη και η παρατιθέμενη από την Α.Α. νομολογία αυτό υποδεικνύει. Άλλωστε η τήρηση της προθεσμίας είναι όρος που διασφαλίζει τόσο την αρχή της χρηστής διοίκησης όσο και την αρχή της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών, αρχές γύρω από τις οποίες περιστρέφεται το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων αλλά και το εν γένει διοικητικό δίκαιο.

Σε μεταγενέστερες αποφάσεις της παρατεθείσας από την Α.Α. νομολογίας κατέστη σαφές ότι δεν νοείται ο διαχωρισμός σε ουσιώδη ή επουσιώδη απόκλιση ουσιωδών της προσφοράς όρων. Η διαπίστωση της παράβασης ουσιώδους όρου επιφέρει ένα και μόνο νομικό και πραγματικό αποτέλεσμα ήτοι την απόρριψη της προσφοράς. Καίτοι τα πιο πάνω ελέχθησαν έμμεσα σε προηγούμενο της απόφασης στην **Αναθεωρητική**

Έφεση 3543 Κυπριακή Δημοκρατία ν. C.H. Heat-Flow Mechanical Contractors Ltd, (2005) 3 A.A.Δ. 363 χρόνο, εντούτοις στην τελευταία το νομικό τοπίο διασαφηνίστηκε: ***«Δε χωρεί η διαφοροποίηση σε ουσιώδη ή επουσιώδη απόκλιση από ουσιώδη όρο. Από τη στιγμή που το πρωτόδικο δικαστήριο θεώρησε, και ορθά σύμφωνα με τη νομολογία ότι ο όρος για την εγγύηση ήταν ουσιώδης, οποιαδήποτε απόκλιση από αυτόν επιφέρει ακυρότητα της προσφοράς.»***

Με βάση την ως άνω νομολογία η απόφαση μας έχει προδιαγραφεί. Η προσφορά της επιτυχούσας κοινοπραξίας υπεβλήθη εκπρόθεσμα κατά παράβαση ουσιωδών του διαγωνισμού όρων που καθορίζουν τη σχετική προθεσμία.

Τα πιο πάνω ευρήματα μας βρίσκονται σε απόλυτη αρμονία και με το λόγο του Κανονισμού 30(5) της Κ.Δ.Π. 201/2007 όπου γίνεται πρόβλεψη του νομικού και πραγματικού αποτελέσματος υποβολής εκπρόθεσμης προσφοράς. Με δεδομένη δε την ύπαρξη του κανονισμού ακόμη και ελλειπούσης νομολογίας για το ουσιώδες του όρου θέσης προθεσμίας υποβολής των προφορών, η απόφασή μας δεν θα μπορούσε να ήτο διαφορετική δεσμευόμενοι στην αρχή της νομιμότητας.

Οφείλουμε δε να παρατηρήσουμε ότι η παρατεθείσα εκ της Α.Α. νομολογία αφορά υποθέσεις προγενέστερες του ως άνω Κανονισμού και κατά συνέπεια δεν μπορούν να ληφθούν υπόψη, λόγω της παρείσφρησης του νεότερου νομοθετικού καθεστώτος που ρητά ορίζει τη νομική και πραγματική αντιμετώπιση του ως άνω ζητήματος. Φαίνεται δε ότι πλημμελώς ούτε η Γνωμάτευση της Νομικής Υπηρεσίας έκαμε αναφορά στο ως άνω νομοθετικό πλαίσιο.

Με βάση όλα τα νομικά και πραγματικά δεδομένα της παρούσας υπόθεσης κρίνουμε ότι η προσφορά της επιτυχούσας κοινοπραξίας βρίσκεται σε αντίθεση με ουσιώδεις όρους του Διαγωνισμού με συνεπακόλουθο την επιτυχή έκβαση της προσφυγής.

Παρά το ως άνω αποτέλεσμα θα θέλαμε να προβούμε στον πιο κάτω σχολιασμό. Αντιλαμβανόμαστε πλήρως το δέον της πρόνοιας εξαιρέσεων στο σκληρό κανόνα της μη αποδοχής εκπροθέσμων προσφορών. Η πρόνοια εξαιρέσεων επιβεβαιώνει τον κανόνα στα πλαίσια του οποίου τίθεται και διασφαλίζει υπό προϋποθέσεις την έννοια της ουσιαστικής ισότητας που δέον να αποτελεί μέγιστο μέλημα κάθε Διοικητικής Αρχής. Η αποδοχή όμως εξαιρέσεων δεδομένου του ως άνω νομοθετικού πλαισίου προϋποθέτει είτε τροποποίηση του Κανονισμού είτε πρόβλεψη εξαιρέσεων στα πλαίσια των όρων έκαστου Διαγωνισμού. Η δέουσα ίσως πρόβλεψη για αποδοχή εξαιρέσεων στη βάση της έννοιας της «ανωτέρας βίας» δεν θα μπορούσε να εξεύρει ουσιαστική εφαρμογή, παρά με τη θέσπιση περαιτέρω διαδικαστικού πλαισίου, στα πλαίσια του οποίου θα χωρεί η αξιολόγηση της, δεδομένης και της εμφανούς πιθανότητας αμφισβήτησης γεγονότων και/ή υποβαλλόμενων τεκμηρίων που ήθελε προσκομιστούν προς απόδειξη της, πλαίσιο δυνάμενον να αποσοβήσει κάθε πιθανότητα αυθαιρεσίας και κατάχρησης εξουσίας στηριζόμενο σε δικλείδες που θα επιτρέπουν την ορθή διάγνωση των πραγματικών γεγονότων ως τη βάση μιας ορθής νομικής αξιολόγησης.

Δεν κρίνουμε σκόπιμο να ασχοληθούμε ή να σχολιάσουμε τα όσα έχουν λεχθεί από τα δύο μέρη σχετικά με παραβάσεις ουσιωδών όρων της προσφοράς της επιτυχούσας κοινοπραξίας αφού το αποτέλεσμα έχει ήδη κριθεί.

Με βάση όλα τα πιο πάνω αποφασίζουμε ομόφωνα ότι η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή επιτυγχάνει και η προσβαλλόμενη απόφαση ακυρώνεται.