



ΑΝΑΘΕΩΡΗΤΙΚΗ ΑΡΧΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ
TENDERS REVIEW AUTHORITY

Λεωφ. Γρίβα Διγενή 81-83, 2ο όροφο, Τ.Θ. 24820, 1304 Λευκωσία
Τηλ.: 22445100, Φαξ: 22445107, Email: tra@aap.gov.cy, Web: www.tra.gov.cy

Προσφυγή Αρ. 25/2019

Μεταξύ:

ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ ELTECO & A & I ELECTRIC – JV

Αιτητών

v.

ΔΗΜΟΥ ΛΕΥΚΩΣΙΑΣ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

Έφη Παπαδοπούλου, Πρόεδρος
Γιώργος Αναστασίου, Μέλος
Σόλων Παπαθεοχάρους, Μέλος
Δήμος Θωμά, Μέλος

Αιτητές:

ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ ELTECO & A & I ELECTRIC – JV

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Αχιλλέα Αιμιλιανίδη, Δικηγόρο για A & A Κ. Αιμιλιανίδης,
Κ. Κατσαρός ΔΕΠΕ

Αναθέτουσα Αρχή:

ΔΗΜΟΣ ΛΕΥΚΩΣΙΑΣ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Μαρία Αντωνίου, Δικηγόρο για Χρυσ αφίνης & Πολυβίου
ΔΕΠΕ
2. Έλενα Δαμιανού, Δικηγόρο για Χρυσ αφίνης & Πολυβίου
ΔΕΠΕ

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 8 Νοεμβρίου, 2019

Η απόφαση μας δεν είναι ομόφωνη. Με την απόφαση της πλειοψηφίας συμφωνούν η Πρόεδρος κα Έφη Παπαδοπούλου και τα μέλη κ.κ. Σόλων Παπαθεοχάρους και Δήμος Θωμά.

Το Μέλος κος Γιώργος Αναστασίου έχει διαφορετική απόφαση.

Α Π Ο Φ Α Σ Η Π Λ Ε Ι Ο Ψ Η Φ Ι Α Σ

Αντικείμενο της παρούσας προσφυγής είναι η απόφαση του ΔΗΜΟΥ ΛΕΥΚΩΣΙΑΣ («η Αναθέτουσα Αρχή») να απορρίψει την προσφορά της Κοινοπραξίας Elteco & A&I Electric J.V. («οι Αιτητές») λόγω υψηλότερης προσφερθείσας τιμής και να την κατακυρώσει στην εταιρεία ESCO AHK LTD («ο επιτυχών»). Η προσφυγή αφορά το Διαγωνισμό υπ. αρ. Σ.Υ. 43-2016 και τίτλο *«Προμήθεια και αντικατάσταση 7.295 φωτιστικών σωμάτων οδικού φωτισμού στην επικράτεια του Δήμου Λευκωσίας με νέα φωτιστικά σώματα τύπου LED, συμπεριλαμβανομένης δεκαετούς συντήρησης. Εντάσσονται στις κατηγορίες (ταξινόμηση κατά CPV) 34993000-4 (Φωτιστικά οδών) 45316110-9 (Εγκατάσταση εξοπλισμού φωτισμού οδών), 50232110-4 (Θέση σε λειτουργία εγκαταστάσεων δημόσιου φωτισμού) και 50232100- 1 (Συντήρηση εγκαταστάσεων δημόσιου φωτισμού)»*.

Σύμφωνα με τα γεγονότα για τον υπό εξέταση ανοιχτό διαγωνισμό ο οποίος προκηρύχθηκε στις 8.5.2017 μέσω του ηλεκτρονικού συστήματος δημοσίων συμβάσεων e-procurement υποβλήθηκαν εμπρόθεσμα την 1.9.2017 έντεκα (11) προσφορές, η αξιολόγηση των οποίων οδήγησε στην απόφαση του Συμβουλίου

Προσφορών ημερ. 1.3.2018 για κατακύρωση του διαγωνισμού σε εταιρεία που δεν ενδιαφέρει εδώ.

Η νομιμότητα της απόφασης αμφισβητήθηκε με την προσφυγή 10/2018¹. Προτού η προσφυγή ακουστεί η απόφαση κατακύρωσης ανακλήθηκε από το Συμβούλιο Προσφορών και η προσφυγή απορρίφθηκε ως άνευ αντικειμένου.

Ακολούθως και μετά από επαναξιολόγηση όσων προσφορών ήσαν σε ισχύ το Συμβούλιο Προσφορών στις 16.5.2019 υιοθέτησε εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης και της Επιτροπής Προσφορών για κατακύρωση του διαγωνισμού στον επιτυχόντα.

Οι Αιτητές τη νομιμότητα της απόφασης κατακύρωσης την αμφισβητούν για διάφορους λόγους στους οποίους θα αναφερθούμε αφού πρώτα εξετάσουμε την προδικαστική ένσταση για έλλειψη εννόμου συμφέροντος των Αιτητών που έθεσε η Αναθέτουσα Αρχή.

Σημειώνουμε ότι την ίδια ακριβώς ένσταση και τα ίδια επιχειρήματα η Αναθέτουσα Αρχή τα έθεσε και στα πλαίσια της Προσφυγής 23/2019². Δεν θα τα επαναλάβουμε θα παραθέσουμε όμως από την απόφαση μας το σχετικό απόσπασμα το οποίο σφραγίζει και εδώ την τύχη της προδικαστικής ένστασης.

¹ YTM STAVRIDES LIMITED (HE 66148) v. ΔΗΜΟΥ ΛΕΥΚΩΣΙΑΣ, ημερ. 3.7.2018

² YTM STAVRIDES LIMITED v. ΔΗΜΟΥ ΛΕΥΚΩΣΙΑΣ

«Έχουμε εξετάσει όσα τα μέρη έθεσαν ενώπιον μας σε σχέση με την προδικαστική ένσταση. Τα αποφασισθέντα στην προσφυγή 56/2013 θεωρούμε ότι είναι βοηθητικά για τους σκοπούς της παρούσης και παραθέτουμε το σχετικό απόσπασμα:

*Είναι καλά νομολογημένο ότι ο Αιτητής έχει το βάρος να αποδείξει ότι έχει έννομο συμφέρον να προσβάλει μια πράξη (βλ. **Parantoniou v. EAC** (1986) 3 C.L.R. 105). Όχι μόνο η προσφυγή αλλά και οι λόγοι ακυρότητας πρέπει να προβάλλονται «μετ' εννόμου συμφέροντος» για να είναι παραδεκτοί (βλ. **Αναστασίου v. Δήμου Παραλιμνίου** (2000) 3 AAD 339). Το έννομο συμφέρον των Αιτητών σύμφωνα με τη νομολογία πρέπει να είναι ενεστώς, άμεσο και προσωπικό. Ενεστώς είναι το έννομο συμφέρον το οποίο υπάρχει όταν ασκείται η προσφυγή και όχι εκείνο που ελπίζεται να δημιουργηθεί στο μέλλον. Ως ενεστώς θεωρείται το έννομο συμφέρον και στην περίπτωση που βλάβη να μην έχει επέλθει στον Αιτητή κατά το χρόνο της προσβολής της πράξης/απόφασης, θεωρείται όμως βέβαιο και αναπόφευκτο ότι θα επέλθει στο μέλλον (Δαγτόγλου, **Διοικητικό Δικονομικόν Δίκαιο**, 2^η έκδοση, παρ. 537-545). Σύμφωνα με τα πορίσματα Νομολογίας του Συμβουλίου Επικρατείας 1929-1959 σελ. 260 «συμφέρον μέλλον και αόριστον ή απλώς προσδοκώμενον δεν αρκεί προς νομιμοποίησιν του αιτούντος». Άμεσο είναι το έννομο συμφέρον που συνδέεται άμεσα με το πρόσωπο του Αιτητή.*

Έχοντας υπόψη τα πιο πάνω υπό το φως των εξουσιών της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών όπως αυτές προβλέπονται στο άρθρο 25(2) του περί των Διαδικασιών Προσφυγής στον Τομέα της Σύναψης των Δημοσίων Συμβάσεων Νόμου του 2010, Ν.104(Ι)/2010, θεωρούμε την προδικαστική ένσταση βάσιμη. Η νομιμότητα της

απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής να κρίνει τις προσφορές των εταιρειών *Logicom Solutions Ltd* και *NewCytech Business Solutions Ltd* ότι πληρούν τους όρους του διαγωνισμού στο παρόν στάδιο δεν εξετάζεται, αφού δεν είναι προκαθορισμένη η πορεία που θα ακολουθηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή σε περίπτωση επιτυχίας της Προσφυγής των Αιτητών. Η Αναθέτουσα Αρχή δεν είναι υπόχρεη σύμφωνα με τους όρους του διαγωνισμού σε περίπτωση ακύρωσης της κατακύρωσης του να κατακυρώσει στον δεύτερο φθηνότερο προσφοροδότη. Το έννομο συμφέρον των Αιτητών δεν είναι ενεστώς. Οι ίδιοι δεν έχουν επιτύχει να καταδείξουν ότι εάν δεν εξετασθεί η νομιμότητα της αποδοχής της προσφοράς της *Logicom Solutions Ltd* και της *NewCytech Business Solutions Ltd* ως εντός των όρων του διαγωνισμού αναπόφευκτα θα υποστούν βλάβη. Η όποια βλάβη προκλήθηκε σ' αυτούς από την προσβαλλόμενη απόφαση δεν είναι αποτέλεσμα της σειράς κατάταξης των προσφορών αλλά της κατακύρωσης του διαγωνισμού στην επιτυχούσα.

Σε δημόσιους διαγωνισμούς, όπως ο παρών, το συμφέρον των προσφοροδοτών συνδέεται άμεσα με την απόφαση κατακύρωσης και όχι με την απόφαση κατάταξης η οποία γίνεται όχι στη βάση βαθμολόγησης επί μέρους στοιχείων αλλά μόνο στη βάση αξιολόγησης χαμηλότερης τιμής. Εν πάση περιπτώσει, η Αναθέτουσα Αρχή κατά την επανεξέταση, σε περίπτωση επιτυχίας της προσφυγής, έχει στη διάθεσή της περισσότερες από μία επιλογές τις οποίες δεν μπορεί η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών να περιορίσει».

Στην εν λόγω απόφαση η προδικαστική ένσταση έγινε δεκτή σε σχέση με τη δυνατότητα αμφισβήτησης της κρίσης της Αναθέτουσας Αρχής ότι δύο άλλες προσφορές ήσαν εντός των όρων του διαγωνισμού. Τα εκεί όμως

αποφασισθέντα καθορίζουν την τύχη εδώ της προδικαστικής ένστασης που δεν είναι άλλη από την απόρριψη της. Εδώ οι Αιτητές που σύμφωνα με τα ενώπιον μας τεθέντα υπέβαλαν έγκυρη προσφορά εάν η προσφυγή τους επιτύχει και η Αναθέτουσα Αρχή προχωρήσει σε επανεξέταση θα έχουν το όφελος της επανεξέτασης με όλα τα ενδεχόμενα πιθανά, γιατί δεν βρίσκουμε βάσιμη τη θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι κατά την επανεξέταση αυτή είναι δεσμευμένη να κατακυρώσει το διαγωνισμό στο δεύτερο σε σειρά κατάταξης προσφοροδότη. Από τη στιγμή που η Αναθέτουσα Αρχή κατά την επανεξέταση έχει διάφορες επιλογές η προδικαστική ένσταση δεν είναι βάσιμη (βλ. **A.G.F Trading and Engineering Ltd v. Υπουργείου Υγείας**, Συνεκδικαζόμενες Υποθ. Αρ. 1257/2005 κι 12/58, ημερ. 4.12.2007, **A. Papaetis Medical Co. Ltd v. Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών κ.ά.**, Υπόθ. αρ. 52/2014, ημερ. 30.9.2015 και **Vouros Healthcare Ltd. v. Υπουργείου Υγείας (2012) 3 AAD 316**).

Σ' ότι αφορά την υπόθεση 513/2019 στην οποία η Αναθέτουσα Αρχή μας παρέπεμψε διαπιστώνουμε ότι τα γεγονότα εκεί ήσαν εντελώς διαφορετικά. Οι εκεί Αιτητές κρίθηκε ότι δεν πληρούσαν τις τεχνικές προδιαγραφές του διαγωνισμού. Αναφέρεται μεν ότι η προσφορά των Αιτητών κατατάχθηκε τρίτη στη σειρά λόγω προσφερθείσας τιμής στη συνέχεια όμως αναφέρεται ότι δεν πληρούσε τις προδιαγραφές του διαγωνισμού».

Με την απόρριψη της προδικαστικής ένστασης προχωρούμε να εξετάσουμε τους λόγους ακυρότητας που εδώ πρόβαλαν οι Αιτητές. Υποστήριξαν ότι η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής πάσχει καθότι ο επιτυχών δεν πληροί όρους του διαγωνισμού αφού δεν κατέχει έγκυρο πιστοποιητικό εγγραφής ή έγκυρη άδεια ενασκήσεως επιχείρησης. Ειδικότερα, αναφέρθηκαν στον όρο 6.1.6.α του Μέρους Α, «Οδηγίες

προς Οικονομικούς Φορείς» το οποίο αφορά στους δικαιούχους συμμετοχής. Σ' αυτό ανέφεραν δεν υπάρχει οποιαδήποτε αναφορά σε δυνατότητα χρησιμοποίησης άλλου φορέα. Τέτοια δυνατότητα υπάρχει στο άρθρο 6.2.2 που αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια που προβλέπεται στο άρθρο 6.2.2.4, και στο άρθρο 6.2.3 τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες που προβλέπεται στο άρθρο 6.2.3.6. Σύμφωνα με τους Αιτητές η δυνατότητα ο προσφέρων να στηριχθεί σε άλλο φορέα υπάρχει μόνο για την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες και όχι για τους όρους συμμετοχής. Υποστήριξαν ότι δεν υπάρχει στους όρους του διαγωνισμού οποιαδήποτε ασάφεια όπως η Αναθέτουσα Αρχή διατείνεται. Για τις προϋποθέσεις συμμετοχής, σημείωσαν, ο προσφέρων δεν μπορεί να στηριχθεί σε άλλο φορέα, στο δε άρθρο 8.3.2.1.1 του Μέρους Α, στο οποίο η Αναθέτουσα Αρχή αναφέρεται, γίνεται ρητή αναφορά στον όρο 6.2.2 και στον όρο 6.2.3 που αφορούν στην χρηματοοικονομική επάρκεια και στις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες.

Οι Αιτητές παρέπεμψαν επίσης στον Κανονισμό 53(14)(γ) των περί Ηλεκτρισμού Κανονισμών του 1941 μέχρι 2004, σύμφωνα με τον οποίο:

«(γ) Κανένας δεν δύναται να ασκήσει την επιχείρηση Μελετητή ή Εργολήπτη ή Συντηρητή Ηλεκτρικών Εγκαταστάσεων, Συσκευών και Εξοπλισμού ή να είναι υπεύθυνος για τέτοια επιχείρηση εκτός αν κατέχει πιστοποιητικό εγγραφής Ηλεκτρολόγου Μηχανικού ή Ανωτέρου Τεχνικού Ηλεκτρολογίας ή Συντηρητή Ηλεκτροσυσκευών ή Εργολήπτη Ηλεκτρικών Εγκαταστάσεων σύμφωνα με τις διατάξεις των παρόντων Κανονισμών. Σε περίπτωση που αυτός δεν κατέχει το σχετικό πιστοποιητικό εγγραφής η Αρχή Αδειών δύναται, κατόπιν αίτησης, να παραχωρήσει άδεια άσκησης της ως άνω επιχείρησης διάρκειας ενός έτους κατά τον τύπο που διαλαμβάνεται στο Παράρτημα Γ4Α εφόσον ο αιτητής

ικανοποιήσει την Αρχή Αδειών ότι αυτός διατηρεί στην τακτική του υπηρεσία προσοντούχο για το σκοπό αυτό προσωπικό από το οποίο ο υπεύθυνος κατέχει το σχετικό όπως πιο πάνω πιστοποιητικό εγγραφής. Η δύναμη του παρόντος παρεχόμενη άδεια υπόκειται στους περιορισμούς στους οποίους τυχόν ο υπεύθυνος υπάλληλος υπόκειται σύμφωνα με τους παρόντες Κανονισμούς.»

Σύμφωνα με τους Αιτητές, η Αναθέτουσα Αρχή απευθύνθηκε στην Καθορισμένη Αρχή Αδειών, δηλαδή τις Ηλεκτρομηχανολογικές Υπηρεσίες (ΗΜΥ), οι οποίες την διαβεβαίωσαν ότι ο επιτυχών προσφοροδότης δεν κατείχε το απαιτούμενο πιστοποιητικό. Ωστόσο, η Επιτροπή Αξιολόγησης, παρά την απάντηση των ΗΜΥ έκρινε ότι πληρείται ο επίδικος όρος, εισήγησε την οποία ενέκρινε στη συνέχεια το Συμβούλιο Προσφορών. Πρόκειται, ανέφεραν για προφανή πλάνη περί τα πράγματα και τόνισαν την πάγια νομολογιακή αρχή ότι η μη συμμόρφωση με ουσιώδη όρο της προσφοράς, καθιστά την προσφορά άκυρη.

Με το δεύτερο λόγο ακύρωσης, οι Αιτητές ισχυρίστηκαν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πάσχει επειδή η προσφορά του επιτυχόντα είναι ασυνήθιστα χαμηλή. Συγκεκριμένα ανέφεραν ότι ενώ η προσφορά που υπέβαλε ήταν κατά 32% χαμηλότερη από την εκτιμώμενη δαπάνη, η Αναθέτουσα Αρχή κατά παράβαση του όρου 9.4.4 του Μέρους Α: Οδηγίες προς Οικονομικούς Φορείς αλλά και του άρθρου 69 του περί της Ρύθμισης των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και για συναφή Θέματα Νόμου του 2016, δεν κάλεσε τον επιτυχόντα να δώσει εξηγήσεις για τη χαμηλή τιμή της προσφοράς του. Προς υποστήριξη της θέσης τους παρέπεμψαν στην απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών ημερ.

16.11.2016 στην Προσφυγή Αρ. 33/2016 μεταξύ KPMG LIMITED ν. Τμήματος Αλιείας και Θαλάσσιων Ερευνών.

Τέλος, οι Αιτητές υποστήριξαν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πάσχει επειδή η Αναθέτουσα Αρχή δεν προέβη σε οποιεσδήποτε ενέργειες με σκοπό τη διασφάλιση της μη στρέβλωσης του ανταγωνισμού υπό την έννοια ότι δεν εξέτασε το ενδεχόμενο ύπαρξης της. Ειδικότερα, έγινε αναφορά σε αλληλογραφία μεταξύ της ΑΗΚ, Διαχειριστή Συστήματος Διανομής, και της Αναθέτουσας Αρχής, από την οποία φαίνεται η μεταξύ τους συνεργασία τόσο κατά την προετοιμασία του διαγωνισμού όσο και κατά την εκτέλεση του. Υποστήριξαν ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν έλαβε μέτρα για να διασφαλίσει τη μη στρέβλωση του ανταγωνισμού και να αποφύγει τυχόν σύγκρουση συμφερόντων. Σχετικά παρέπεμψαν στα άρθρα 38, 57(4)(στ) και 84(1)(θ) του Νόμου περί της Ρύθμισης των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και για Συναφή Θέματα του 2016, Ν. 73(I)/2016. Η σύνδεση της ΑΗΚ με τον επιτυχόντα, ανέφεραν, είναι προφανής αφού πέραν του ονόματος υπάρχουν στα έγγραφα της προσφοράς αναφορές που καταδεικνύουν τη σύνδεση. Επίσης τα άτομα του Διοικητικού Συμβουλίου της ΑΗΚ αποτελούν και τους Διευθυντές της ESCO ΑΗΚ Ltd.

Σ' ότι αφορά τον ισχυρισμό για ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι δεν είχε έγκυρο και νόμιμο λόγο να απορρίψει την προσφορά του επιτυχόντα η οποία κρίθηκε ανταγωνιστική λαμβανομένου υπόψη ότι η ορθή

απόκλιση από το μέσο όρο των έγκυρων προσφορών ήταν 15.92% και όχι 19% όπως εκ παραδρομής καταγράφεται στην έκθεση αξιολόγησης. Σημείωσε δε ότι λόγω της αποδεκτής απόκλισης η προσφορά του επιτυχόντα δεν θεωρήθηκε ως ασυνήθιστα χαμηλή ώστε να ζητηθούν διευκρινίσεις.

Απέρριψε επίσης τον ισχυρισμό για στρέβλωση του ανταγωνισμού. Υποστήριξε ότι η ΑΗΚ δεν είχε οποιαδήποτε εμπλοκή στην ετοιμασία των εγγράφων του διαγωνισμού. Αυτά ετοιμάστηκαν από συμβούλους μελετητές, λειτουργούς της Αναθέτουσας Αρχής και το ενεργειακό γραφείο πολιτών. Είναι γεγονός υπέδειξε ότι το δίκτυο οδικού φωτισμού ανήκει στην ΑΗΚ ως διαχειριστή συστήματος διανομής η οποία απαιτεί την εφαρμογή των κανονισμών ασφαλείας για εργασία στο δίκτυο διανομής. Ως εκ τούτου η πληροφόρηση η οποία υπήρχε στα έγγραφα του διαγωνισμού δεν μπορεί να θεωρηθεί εμπλοκή στην ετοιμασία των εγγράφων. Εν πάση περιπτώσει κατέληξε οι Αιτητές από την αρχή ήσαν ενήμεροι ως προς τις απαιτήσεις του Διαχειριστή Συστήματος Διανομής – δηλαδή την ΑΗΚ και δεν έθεσαν οποιοδήποτε θέμα. Συνεπώς, εκ των υστέρων, στη βάση του δόγματος της απαγόρευσης της ταυτόχρονης επιδοκιμασίας και αποδοκιμασίας, εμποδίζονται να θέτουν οποιοδήποτε ζήτημα.

Σ' ότι αφορά τον πρώτο λόγο ακυρότητας στην ουσία επανέλαβε τους ισχυρισμούς που προέβαλε στα πλαίσια της προσφυγής 23/2019. Δεν προτιθέμεθα να τους επαναλάβουμε αφού τους πραγματευόμαστε στα πλαίσια της κατάληξης μας στην

Προσφυγή 23/2019. Τα εκεί αποφασισθέντα τα υιοθετούμε και τα επαναλαμβάνουμε για τους σκοπούς της παρούσης. Παραθέτουμε το σχετικό απόσπασμα.

«Προτού εξετάσουμε τους ισχυρισμούς των Αιτητών θεωρούμε χρήσιμο να παραθέσουμε τους σχετικούς με τα ζητήματα που εδώ εγείρονται όρους του διαγωνισμού.

«6. ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΚΑΙ ΠΡΟΫΠΟΘΕΣΕΙΣ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ

6.1 Δικαιούμενοι Συμμετοχής

1. Δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό αυτό έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα (δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου) ή κοινοπραξίες φυσικών ή/και νομικών προσώπων, τα οποία είναι εγκατεστημένα νόμιμα στην Κύπρο ή σε άλλο κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΕΕ) ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (ΕΟΧ) ή σε τρίτες χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη Διεθνή Συμφωνία περί Δημοσίων Συμβάσεων (GPA) ή έχουν υπογράψει και κυρώσει συμφωνίες σύνδεσης ή διμερείς συμφωνίες με την Ε.Ε. ή με την Κυπριακή Δημοκρατία.

[...]

5. Ο Προσφέρων δικαιούται, για την υλοποίηση του Αντικειμένου της Σύμβασης, να χρησιμοποιήσει υπεργολάβους, τους οποίους είναι υποχρεωμένος να δηλώσει στην Τεχνική του Προσφορά, αναφέροντας και το μέρος του Αντικειμένου της Σύμβασης που αυτοί πρόκειται να υλοποιήσουν, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην παράγραφο 8.3.2. Νοείται ότι σε περίπτωση που ο

Προσφέρων προτίθεται να αναθέσει τμήμα της σύμβασης σε υπεργολάβους, ο Προσφέρων κατά την ετοιμασία της προσφοράς του έχει λάβει γνώση κατά πόσον ο ίδιος υπεργολάβος συμμετέχει με οποιοδήποτε τρόπο σε οποιαδήποτε άλλη Προσφορά για τον ίδιο διαγωνισμό. Το μέρος του Αντικειμένου της Σύμβασης που μπορεί να εκτελεστεί από υπεργολάβους, δεν δύναται να υπερβαίνει το **τριάντα τοις εκατό (30%)** του Ποσού Προσφοράς.

6. Επίσης, για να δικαιούται κάποιο φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή κοινοπραξία φυσικών και/ή νομικών προσώπων να συμμετάσχει στο διαγωνισμό θα πρέπει να:

α. κατέχουν έγκυρο πιστοποιητικό εγγραφής ή έγκυρη άδεια ενασκήσεως της επιχείρησης για ανάληψη εργασιών εγκατάστασης ή και εργασιών συντήρησης ηλεκτρολογικού εξοπλισμού και συσκευών, σύμφωνα με τους Περί ηλεκτρισμού Κανονισμούς, η οποία να καλύπτει το ολικό εγκατεστημένο φορτίο του Έργου, που είναι 150ΧΒΑ (kVA),

[...]

6.2.3 Τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες

Για τη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό, οι Ενδιαφερόμενοι Οικονομικοί Φορείς πρέπει να πληρούν υποχρεωτικά τις παρακάτω προϋποθέσεις που αφορούν τις τεχνικές και επαγγελματικές του ικανότητες:

[...]

6. Ο Οικονομικός Φορέας, σύμφωνα με τις πρόνοιες του άρθρου 63 του Ν.73(Ι)/2016, δύναται να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλου/ων φορέα/ων ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών με

αυτόν/ους. Στην περίπτωση αυτή πρέπει να είναι σε θέση να αποδείξει στην Αναθέτουσα Αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους.

[...]

8.3.1.1 Δικαιολογητικά Συμμετοχής

[...]

5. Για την πιστοποίηση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων του Προσφέροντα, της παραγράφου 6.2.3, τα ακόλουθα στοιχεία:

[...]

στ. Έγκυρο πιστοποιητικό εγγραφής ή έγκυρη άδεια ενασκήσεως της επιχείρησης για ανάληψη εργασιών εγκατάστασης ή και εργασιών συντήρησης ηλεκτρολογικού εξοπλισμού και συσκευών, σύμφωνα με τους Περί Ηλεκτρισμού Κανονισμούς, η οποία να καλύπτει ηλεκτρικό φορτίο 150ΧΒΑ (kVA), ή εφόσον τα πρόσωπα είναι εγκατεστημένα εκτός της Κυπριακής Δημοκρατίας, να είναι εγγεγραμμένοι σε επαγγελματικό μητρώο της χώρας προέλευσης τους. Για τα κράτη – μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, τα επαγγελματικά μητρώα προσδιορίζονται στο Παράρτημα XI του Ν73(Ι)/2016.

Στην έκθεση αξιολόγησης σε σχέση με τον επιτυχόντα για ότι εδώ ενδιαφέρει καταγράφονται τα εξής:

«ΠΡΟΣΦΟΡΟΛΟΤΗΣ ΑΡ. 10 (ESCO ΑΗΚ LTD)

Κατά την αξιολόγηση της προσφοράς διαφάνηκε ότι ο Οικονομικός Φορέας με αρ. 10 υπέβαλε ελλιπή στοιχεία για την απόδειξη των Τεχνικών και Επαγγελματικών του Ικανοτήτων. Πιο συγκεκριμένα υπέβαλε με ελλείψεις τα ακόλουθα:

[...]

3) Έγκυρο πιστοποιητικό εγγραφής ή έγκυρη άδεια ενασκήσεως της επιχείρησης για ανάληψη εργασιών εγκατάστασης ή και εργασιών συντήρησης ηλεκτρολογικού εξοπλισμού και συσκευών, σύμφωνα με τους περί Ηλεκτρισμού Κανονισμούς, η οποία να καλύπτει ηλεκτρικό φορτίο 150ΧΒΑ (kVA), ή εφόσον τα πρόσωπα είναι εγκατεστημένα εκτός της Κυπριακής Δημοκρατίας, να είναι εγγεγραμμένοι σε επαγγελματικό μητρώο της χώρας προέλευσής τους. Για τα κράτη – μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, τα επαγγελματικά μητρώα προσδιορίζονται στο Παράρτημα XI του Ν.73(Ι)/2016 σύμφωνα με το εδάφιο 5(στ) της παραγράφου 8.3.1.1 του Μέρους Α των εγγράφων του διαγωνισμού.

Ο Οικονομικός Φορέας δεν υπέβαλε το ζητούμενο πιστοποιητικό.

Ενέργειες Επιτροπής Αξιολόγησης:

- Με επιστολή της Αναθέτουσας Αρχής ημερομηνίας 25 Σεπτεμβρίου 2017 ζητήθηκε να προσκομιστεί το εν λόγω πιστοποιητικό.
- Με επιστολή του στις 2 Οκτωβρίου 2017 ο Οικονομικός Φορέας αρ. 10 έστειλε βεβαίωση από την ΡΑΕΚ για «Άδεια Ιδιοκτήτη Συστήματος Διανομής».

- Η Αναθέτουσα Αρχή αρχικά έκρινε ως μη ικανοποιητική την βεβαίωση από την ΡΑΕΚ καθώς δεν αφορά πιστοποιητικό ικανότητας που εκδίδεται από την Ηλεκτρομηχανολογική Υπηρεσία (ΗΜΥ) του Υπουργείου Μεταφορών, Επικοινωνιών και Έργων όπως καθορίζεται στο εδάφιο (5στ) της παραγράφου 8.3.1.1 του Μέρους Α των εγγράφων του διαγωνισμού και προέβη σε περαιτέρω εξέταση του νομικού πλαισίου του εν λόγω πιστοποιητικού.
- Με τηλεμοιότυπο στις 24 Οκτωβρίου 2017 η Αναθέτουσα Αρχή ζητάει από την ΗΜΥ να ξεκαθαρίσει κατά πόσο άτομα με Πιστοποιητικό Ικανότητας θα μπορούσαν να πληρούν το πιο πάνω κριτήριο.
- Η ΗΜΥ με τηλεμοιότυπο της στις 25 Οκτωβρίου 2017 απάντησε προς την Αναθέτουσα Αρχή τα πιο κάτω:
 - Για να δύναται κάποιο φυσικό πρόσωπο να ασκεί το επάγγελμα θα πρέπει να κατέχει σε ισχύ Πιστοποιητικό Εγγραφής (ουσιαστικά είναι η άδεια άσκησης επαγγέλματος), το οποίο εκδίδεται με βάση το Πιστοποιητικό Ικανότητας. Η άσκηση του επαγγέλματος χωρίς την κατοχή Πιστοποιητικού Εγγραφής, παρόλο ότι κατέχει Πιστοποιητικό Ικανότητας είναι παράνομη.
 - Η άδεια ενάσκησης της επιχείρησης επιβάλλεται σύμφωνα με τη Νομοθεσία να εκδίδεται σε επιχειρήσεις οι οποίες ασκούν ηλεκτρολογικές εργασίες και των οποίων ο ιδιοκτήτης (της επιχείρησης) δεν είναι κάτοχος Πιστοποιητικού Ικανότητας και σε ισχύ Πιστοποιητικού Εγγραφής.

- Η Αναθέτουσα Αρχή στις 19 Δεκεμβρίου 2017 ζήτησε από την ΗΜΥ να διευκρινίσει τα παρακάτω:

[...]

- Με απάντηση της στις 5 Ιανουαρίου 2018 η ΗΜΥ, ξεκαθάρισε τα ακόλουθα:

Αναφέρομαι στο ηλεκτρονικό σας μήνυμα με ημερομηνία 19 Δεκεμβρίου, 2017 στο οποίο έχετε επισυνάψει την επιστολή σας με αριθμό 015-4-1 και ίδια ημερομηνία, σχετικά με το πιο πάνω θέμα και σας πληροφορώ τα ακόλουθα:

α) Η εταιρεία ESCO AHK LTD (θυγατρική εταιρεία ιδιωτικού δικαίου της ΑΗΚ) δεν κατέχει Άδεια Ενάσκησης της Επιχείρησης, όπως προβλέπεται από τις πρόνοιες των περί Ηλεκτρισμού Κανονισμών.

β) Σύμφωνα με τις πρόνοιες του Κανονισμού 53(1B) των περί Ηλεκτρισμού Κανονισμών, καμία μη εγγεγραμμένη επιχείρηση δύναται να μετάσχει οποιουδήποτε μειοδοτικού διαγωνισμού για τη μελέτη, εκτέλεση ή λειτουργία οποιασδήποτε ηλεκτρικής εγκατάστασης, δημόσιας ή ιδιωτικής φύσης. Κατά συνέπεια, η ESCO AHK LTD, ως μη εγγεγραμμένη επιχείρηση, ανεξάρτητα αν εργοδοτεί Ηλεκτρολόγους Μηχανικούς με Πιστοποιητικό Ικανότητας και Εγγραφής, δεν δύναται να συμμετέχει στον πιο πάνω Διαγωνισμό.

γ) Η ΑΗΚ, ως ανάδοχος προμήθειας ηλεκτρισμού, δεν κατέχει άδεια η οποία παραχωρείται από την Αρχή Αδειών (Διευθυντή Τμήματος Ηλεκτρομηχανολογικών Υπηρεσιών) για την άσκηση

της επιχείρησης του Εργολήπτη Ηλεκτρικών εγκαταστάσεων, όπως προβλέπεται στον Κανονισμό 53(15)(α) των περί Ηλεκτρισμού Κανονισμών. Ως εκ τούτου, απαγορεύεται η εκτέλεση οποιουδήποτε εργοληπτικού έργου από την ΑΗΚ.

δ) Σύμφωνα με τις πρόνοιες του Άρθρου 69(1) του περί Ηλεκτρισμού Νόμου, το προσωπικό της ΑΗΚ του οποίου ανατίθενται εργασίες σε οποιαδήποτε έργα όπου υπάρχει κίνδυνος, τα οποία απαιτούνται για την πραγματοποίηση των σκοπών της ΑΗΚ ως ανάδοχος, θα πρέπει να κατέχει τα απαραίτητα Πιστοποιητικά που προβλέπονται από τον περί Ηλεκτρισμού Νόμο. Κατά παρέκκλιση της εν λόγω υποχρέωσης, η ΑΗΚ δύναται να αναθέτει εργασία σε πρόσωπα τα οποία δεν κατέχουν τα απαιτούμενα Πιστοποιητικά, στις περιπτώσεις όπου θεωρεί ότι τούτο είναι, αναγκαίο, με την προϋπόθεση ότι θα εξασφαλίσει ότι τα πρόσωπα αυτά βρίσκονται κάτω από συνεχή επίβλεψη και τον έλεγχο προσώπων που κατέχουν τα απαιτούμενα Πιστοποιητικά και ότι λαμβάνονται τέτοιες προφυλάξεις που θα διασφαλίσουν την ασφάλεια των εργαζομένων και του κοινού σε όλες τις προβλεπτές συνθήκες.

Παραμένουμε στη διάθεση σας για οποιοδήποτε επιπρόσθετες πληροφορίες ή/και διευκρινίσεις που πιθανόν χρειασθείτε.

(Η Αναθέτουσα Αρχή με νέα επιστολή της στις 15 Νοεμβρίου 2018 προς την ΗΜΥ και με απάντηση της ΗΜΥ στις 5/12/2018 επαναβεβαίωσε την ισχύ των όσων αναφέρθηκαν πιο πάνω).

Η Αναθέτουσα Αρχή στις 20 Νοεμβρίου 2017 ζήτησε από την αρμόδια Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων απαντήσεις στα ερωτήματα:

- 1. Θα μπορούσαν να γίνουν αποδεκτά για σκοπούς ικανοποίησης της νομοθεσίας τα πιο πάνω πιστοποιητικά (Ικανότητας και Εγγραφής) ενός εκ των διευθυντών της ESCO ΑΗΚ εφόσον είναι Ηλεκτρολόγος Μηχανικός;*
- 2. Η εταιρεία αυτή μπορεί να θεωρηθεί ότι στηρίζεται στις τεχνικές και οικονομικές δυνατότητες του μητρικού οργανισμού, δηλαδή της ΑΗΚ;*

Με απάντηση της στις 30 Νοεμβρίου 2017 η Αρμόδια Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων αναφέρει τα ακόλουθα:

«Όσον αφορά το πρώτο σας ερώτημα, κατά πόσο θα μπορούσαν να γίνουν αποδεκτά συγκεκριμένα πιστοποιητικά για σκοπούς συμμόρφωσης του προσφέροντα με τους περί Ηλεκτρισμού Κανονισμούς, αυτό μπορεί να επιβεβαιωθεί μόνο από το αρμόδιο Τμήμα (ΗΜΥ), λόγω αρμοδιότητας.

Εάν η ESCO ΑΗΚ δεν κατέχει τις νόμιμες άδειες, μπορείτε να ζητήσετε όπως προσκομίστούν από την ΑΗΚ οι νόμιμες άδειες, η οποία θα πρέπει να στηρίζει την ESCO ΑΗΚ, βάζοντας το αδειοδοτημένο προσωπικό να εκτελέσει τη σύμβαση³.

- 2. Εν σχέση με το δεύτερο σας ερώτημα, εάν ο προσφέροντας μπορεί να θεωρηθεί ότι στηρίζεται στις ικανότητες τρίτου φορέα, επισημαίνεται ότι σύμφωνα με την επιφύλαξη του άρθρου 63(1)*

3

Οι υπογραμμίσεις δικές μας.

του περί της Ρύθμισης των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και για Συναφή Θέματα Νόμου 73(Ι)/2016, «... οι οικονομικοί φορείς μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν αυτοί θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες.»

Ενόψει τούτου, εφόσον το προσωπικό του προσφέροντα απαρτίζεται από προσωπικό της ΑΗΚ, θεωρούμε ότι πληρείται η συγκεκριμένη πρόνοια της νομοθεσίας, για το οποίο η ΑΗΚ θα πρέπει να υποβάλει σχετική δήλωση».

Η Επιτροπή Αξιολόγησης αφού έλαβε υπόψη τις απαντήσεις που δόθηκαν στα ερωτήματα τόσο από την ΗΜΥ όσο και από την Αρμόδια Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων έκρινε ότι πληρείται η συγκεκριμένη πρόνοια της νομοθεσίας και επομένως ικανοποιούνται οι απαιτήσεις του Διαγωνισμού».

Όπως είναι καλά νομολογημένο η προκήρυξη διαγωνισμού και οι όροι του αποτελούν πράξη κανονιστικού περιεχομένου που δεσμεύει τόσο τη διοίκηση, όσο και τους διαγωνιζόμενους. Ως εκ τούτου, η παράβαση ουσιωδών όρων συνεπάγεται ακυρότητα (Βλ. *General Constructions Ltd v. Δήμου Λεμεσού* (1998) 3 Α.Α.Δ. 584). Οι όροι προκήρυξης διαγωνισμού θεωρούνται κατ' ουσία διάταξη νόμου, η δε παράβασή τους συνιστά παράβαση κανόνα δικαίου. Σε κάθε περίπτωση η διοίκηση και οι διαγωνιζόμενοι προσφοροδότες δεσμεύονται από τους όρους, οι οποίοι πρέπει να ερμηνεύονται στενά και αυστηρά (Βλ. *Αιμίλιος Έλληνας και Σία Ατδ v. Υπουργείου Οικονομικών κ.α.* (1990) 3 Α.Α.Δ. 181 και *Λουκής Π. Λουκαΐδης Ατδ v. Δημοκρατίας* (1990) 3 Α.Α.Δ. 862, *Δημοκρατία v. S. Kyriakos Euromarket*

Ltd (2000) 3 A.A.D. 692). Μάλιστα για σκοπούς ίσης μεταχείρισης όλων των προσφοροδοτών, το δημόσιο συμφέρον απαιτεί όπως οι ουσιώδεις όροι διαγωνισμού εφαρμόζονται αυστηρά χωρίς παρεκκλίσεις, οι οποίες όσο καλοπροαίρετα και αν έγιναν, στις πλείστες περιπτώσεις εγείρουν ερωτηματικά.

Ότι οι υπό εξέταση όροι είναι ουσιώδεις δεν έχει αμφισβητηθεί και ορθά.

Εξετάζοντας τον ισχυρισμό της Αναθέτουσας Αρχής ότι από τους όρους 6.1.6.α και 8.3.1.1.5 του Τόμου Α προέκυπταν ασάφειες και γι' αυτό ακολούθησε την πιο ελαστική απαίτηση δηλαδή αυτή του όρου 8.3.1.1.5 θεωρούμε, με κάθε εκτίμηση προς την Αναθέτουσα Αρχή, ότι η ενέργεια της αυτή έρχεται σε αντίθεση με τα πιο πάνω νομολογηθέντα. Ο όρος 6 υπό τον τίτλο ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΚΑΙ ΠΡΟΫΠΟΘΕΣΕΙΣ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ στο 6.1.6(στ) ξεκάθαρα απαιτεί όπως για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό απαιτείται η κατοχή έγκυρου πιστοποιητικού εγγραφής ή έγκυρης άδειας ενασκήσεως της συγκεκριμένης επιχείρησης. Την απαίτηση αυτή η Αναθέτουσα Αρχή ήταν δεσμευμένη να την εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις.

Ανεξάρτητα όμως από την πιο πάνω κατάληξη μας, η οποία είναι καθοριστική για την τύχη της προσφυγής δεδομένης της παραδοχής της Αναθέτουσας Αρχής ότι ούτε η ΑΗΚ, δηλαδή ο τρίτος φορέας, κατέχει την προβλεπόμενη άδεια, η κατάληξη της για πλήρωση της απαίτησης του όρου 8.3.1.1.5 και πάλι δεν ευσταθεί.

Τον ισχυρισμό της Αναθέτουσας Αρχής ότι η ΑΗΚ ως Νομικό Πρόσωπο Δημοσίου Δικαίου μπορούσε να συμμετάσχει η ίδια στο διαγωνισμό χωρίς αυτή να κατέχει τη σχετική άδεια είχαμε την ευκαιρία να τον εξετάσουμε στα πλαίσια της Προσφυγής 1/2019. Βέβαια εκεί η ΑΗΚ είχε αποκλειστεί από την

Αναθέτουσα Αρχή ακριβώς γιατί δεν κατείχε πιστοποιητικό εγγραφής ή έγκυρη άδεια ενασκήσεως της επιχείρησης για ανάληψη εργασιών εγκατάστασης ή και εργασιών συντήρησης ηλεκτρολογικού εξοπλισμού και συσκευών, σύμφωνα με τους Περί Ηλεκτρισμού Κανονισμούς, η οποία να καλύπτει ηλεκτρικό φορτίο 150ΧΒΑ (kVA). Τα αποφασισθέντα όμως ισχύουν και εφαρμόζονται για τους σκοπούς της παρούσας.

Παραθέτουμε από την απόφαση στην εν λόγω Προσφυγή όσα κατά την άποψή μας είναι σχετικά για τους σκοπούς της παρούσης.

«Ότι η ΑΗΚ κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της δεν κατείχε την προβλεπόμενη από τον όρο 6.2.3 του Μέρους Α άδεια είναι παραδεκτό από την ίδια, ισχυρίζεται όμως ότι εφόσον εκ του νόμου εκτελεί τις εργασίες, αντικείμενο του διαγωνισμού, δεν απαιτείται να κατέχει την εν λόγω άδεια. Η ΑΗΚ με το ίδιο σκεπτικό είναι που στις 14.4.2018 ζήτησε ανεπιτυχώς από την Αναθέτουσα Αρχή τροποποίηση του συγκεκριμένου όρου. Η μετά την απόρριψη του αιτήματος της ενέργεια, δηλαδή η ανεπιφύλακτη υποβολή της προσφοράς της, η οποία και φανερώνει αποδοχή του όρου, της στερεί σήμερα τη δυνατότητα να αμφισβητεί καθ' οιονδήποτε τρόπο τον όρο ή να ισχυρίζεται ότι τον πληροί, από τη στιγμή που και η ίδια δέχεται ότι δεν κατέχει την απαιτούμενη άδεια.

[...]

Κατά τον ουσιώδη χρόνο, δηλαδή κατά την υποβολή των προσφορών εφόσον η ΑΗΚ δεν κατείχε τη συγκεκριμένη άδεια η Αναθέτουσα Αρχή δεν είχε άλλη επιλογή παρά την απόρριψη της προσφοράς της όταν μάλιστα μετά την απόρριψη του αιτήματος της για τροποποίηση του όρου

είναι ενδεχόμενο άλλοι Οργανισμοί όπως οι Αιτητές του εξωτερικού να μην υπέβαλαν προσφορά».

Στην παρούσα υπόθεση είναι παραδεκτό από την Αναθέτουσα Αρχή ότι ο επιτυχών δεν κατέχει τα προβλεπόμενα από τον όρο 6.1.6.α (έγκυρο πιστοποιητικό εγγραφής ή έγκυρη άδεια ασκήσεως της επιχείρησης) έχει όμως υποβάλει ως τρίτο φορέα την ΑΗΚ η οποία επίσης δεν κατέχει τη σχετική άδεια. Εφόσον η ΑΗΚ δεν κατέχει τα προβλεπόμενα από τον όρο 6.1.6.α δεν μπορεί να λάβει μέρος στο διαγωνισμό όπως ισχυρίζεται η Αναθέτουσα Αρχή ούτε από μόνη της ούτε ως άλλος φορέας για να στηρίζει τον επιτυχόντα. Η ΑΗΚ δεν κατέχει την απαιτούμενη στα κριτήρια επιλογής άδεια ώστε να δικαιούται να δώσει τεχνική και επαγγελματική στήριξη στον επιτυχόντα. Το γεγονός ότι ο επιτυχών έχει υποβάλει πιστοποιητικό εγγραφής του Ηλεκτρολόγου Μηχανικού που θα επιβλέπει την εκτέλεση των εργασιών του Εντύπου 18, Δήλωση άλλου Φορέα, ο οποίος είναι υπάλληλος της ΑΗΚ, έστω κι' εάν αυτή υπέγραψε σύμβαση με τον επιτυχόντα για παραχώρηση προσοντούχου προσωπικού σ' αυτόν, με κανένα τρόπο δεν ικανοποιεί την απαίτηση του όρου 6.2.3, Τεχνικές και Επαγγελματικές Ικανότητες.

Η ερμηνεία την οποία η Αναθέτουσα Αρχή έδωσε στους όρους 6.1.6.α, 6.2.3 και 8.3.1.1 του Τόμου Α είναι τόσο ελαστική που δικαιολογημένα όσο καλοπροαίρετα και να έγινε δεν συνάδει με την αρχή της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών.

Εν πάση περιπτώσει και ανεξάρτητα από τα πιο πάνω προσεκτική εξέταση της απάντησης της Αρμόδιας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων στην οποία εμφανίζεται ότι στηρίχθηκε η Αναθέτουσα Αρχή, γιατί η απάντηση της ΗΜΥ ήταν ξεκάθαρη, δεν οδηγεί στην κατάληξη της. Στο δεύτερο ερώτημα η Αρμόδια Αρχή

Δημοσίων Συμβάσεων στην επιστολή της ημερ. 30.11.2017 υποδεικνύει ότι θα πρέπει να ζητηθεί από την ΑΗΚ η οποία θα στηρίζει τον επιτυχόντα προσκόμιση των νόμιμων αδειών. Όσα καταγράφονται στη συνέχεια ως προς τις δυνατότητες του προσφέροντα να στηριχθεί στις ικανότητες της ΑΗΚ δεν αναιρούν τα γραφόμενα για προσκόμιση από την ΑΗΚ των νόμιμων αδειών. Η αναφορά ότι «εφόσον το προσωπικό του προσφέροντα απαρτίζεται από προσωπικό της ΑΗΚ, θεωρούμε ότι πληρείται η συγκεκριμένη πρόνοια της νομοθεσίας, για το οποίο η ΑΗΚ θα πρέπει να υποβάλει σχετική δήλωση» δεν έχει την έννοια την οποία ενώπιον μας υποστήριξε η Αναθέτουσα Αρχή. Άλλωστε ούτε στην έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης ούτε στην απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών ημερ. 16.5.2019 δίδεται οποιαδήποτε εξήγηση για την κατάληξή της. Απόλυτα ορθή η θέση της Αρμόδιας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων ότι εφόσον το προσωπικό του προσφέροντα εδώ επιτυχόντα απαρτίζεται από προσωπικό της ΑΗΚ από την οποία τονίζεται ότι θα πρέπει να ζητηθεί να προσκομίσει τις νόμιμες άδειες, πληρούνται η πρόνοια της νομοθεσίας. Η αναφορά ότι η ΑΗΚ θα πρέπει να υποβάλει σχετική δήλωση αναφέρεται στη δέσμευση της ότι θα παρέχει τους αναγκαίους πόρους και τίποτε πέραν τούτου.

Με την κατάληξή μας ότι η μη κατοχή από τον επιτυχόντα αλλά ούτε και από τον τρίτο φορέα των απαιτούμενων πιστοποιητικών εγγραφής ή έγκυρων αδειών ενασκήσεως της επιχείρησης ανάληψης εργασιών εγκατάστασης ή και εργασιών συντήρησης ηλεκτρολογικού εξοπλισμού και συσκευών, σύμφωνα με τους περί Ηλεκτρισμού Κανονισμούς, η οποία να καλύπτει το ολικό εγκατεστημένο φορτίο του Έργου που είναι 150ΧΒΑ (kVA), καθιστά την εξέταση των υπολοίπων λόγων ακυρότητας θεωρητική.

Ενόψει των πιο πάνω η Προσφυγή επιτυγχάνει και η προσβαλλόμενη απόφαση ακυρώνεται χωρίς οποιαδήποτε άλλη διαταγή».

Τα πιο πάνω καθιστούν την εξέταση των υπολοίπων λόγων θεωρητική και την απόφαση κατακύρωσης άκυρη. Ομόφωνα αποφασίζουμε ότι η Προσφυγή επιτυγχάνει. Η προσβαλλόμενη απόφαση ακυρώνεται χωρίς οποιαδήποτε άλλη διαταγή.

.....
Έφη Παπαδοπούλου
Πρόεδρος

.....
Σόλων Παπαθεοχάρους
Μέλος

.....
Δήμος Θωμά
Μέλος

ΑΠΟΦΑΣΗ ΜΕΙΟΨΗΦΙΑΣ

Η παρούσα προσφυγή παρουσιάζει μεγάλη ομοιότητα με την Προσφυγή 01/2019, την απόφαση μειοψηφίας της οποίας παραθέτω αυτούσια κατωτέρω αφού από το περιεχόμενο της αντλείται και η ουσία της παρούσας απόφασης μου. Η μοναδική ουσιαστική διαφορά της παρούσας προσφυγής από την 01/2019 είναι η παρουσία της θυγατρικής εταιρείας της ΑΗΚ, ESCO ΑΗΚ LTD, η οποία είναι και ο Επιτυχών προσφοροδότης. Στην προσφορά της ESCO ΑΗΚ LTD παρουσιάζεται ως τρίτος φορέας η ίδια η Αρχή Ηλεκτρισμού Κύπρου και, βάσει του γεγονότος αυτού, βρίσκω ότι ο όρος 6.1.6.α και 8.3.1.1.5 (στ) του Μέρους Α των Εγγράφων του Διαγωνισμού που αφορά στα Δικαιολογητικά Συμμετοχής πληρείται ικανοποιητικά από την ΑΗΚ για όλους τους λόγους που παρατίθενται στην απόφαση 01/2019 κατωτέρω. Για σκοπούς πληρέστερης κάλυψης της απόφασης μου αυτής, παραθέτω και το άρθρο 17(1) του ΚΕΦ 171 το οποίο δεν εμφανιζόταν στην απόφαση μειοψηφίας της 01/2019 και το οποίο αποκτά ιδιαίτερη σημασία λόγω του συγκεκριμένου αντικειμένου του παρόντος διαγωνισμού.

«Εξουσία στην Αρχή να πωλεί, κλπ., ηλεκτρικά εξαρτήματα

17.(1) Τηρουμένων των διατάξεων του άρθρου αυτού, η Αρχή δύναται να προμηθεύει, πωλεί ή διαθέτει με ενοίκιο, ηλεκτρικά εξαρτήματα, συσκευές και όργανα για φωτισμό, θέρμανση και κινητήρια δύναμη, και για όλους τους άλλους σκοπούς για τους οποίους ο ηλεκτρισμός μπορεί ή δυνατό να χρησιμοποιηθεί (στο άρθρο αυτό αναφερόμενα ως 'ηλεκτρικά εξαρτήματα') και δύναται να εγκαθιστά, συνδέει, επισκευάζει, συντηρεί και απομακρύνει αυτά και σε σχέση με αυτά δύναται να απαιτεί και λαμβάνει τέτοια αμοιβή ή ενοίκια και επιβαρύνσεις και δύναται να επιβάλει τέτοιους όρους και προϋποθέσεις όπως δυνατό να συμφωνηθεί.»

ΑΠΟΦΑΣΗ ΜΕΙΟΨΗΦΙΑΣ (01/2019)

Η Αιτήτρια προσέφυγε ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών λόγω του ότι η προσφορά της αποκλείστηκε από την Αναθέτουσα Αρχή αφού θεωρήθηκε ότι δεν πληρούσε τις προϋποθέσεις συμμετοχής διότι δεν διέθετε έγκυρο πιστοποιητικό εγγραφής ή έγκυρη άδεια ενασκήσεως της επιχείρησης για ανάληψη εργασιών εγκατάστασης ή και εργασιών συντήρησης ηλεκτρολογικού εξοπλισμού και συσκευών, σύμφωνα με τους περί Ηλεκτρισμού Κανονισμούς, η οποία να καλύπτει το ηλεκτρικό φορτίο του Έργου, τουλάχιστον 150ΧΒΑ (kVA).

Η Αναθέτουσα Αρχή εκδίδοντας την απόφαση της αυτή βασίστηκε, κατ' αρχήν, στον όρο 6.2.3.4 του Μέρους Α- Οδηγίες προς τους Οικονομικούς Φορείς, των εγγράφων του διαγωνισμού:

«Για την συμμετοχή τους στον Διαγωνισμό, οι Οικονομικοί Φορείς πρέπει να πληρούν υποχρεωτικά τις πιο κάτω προϋποθέσεις που αφορούν τις τεχνικές και επαγγελματικές τους ικανότητες:

(...)

4. Να κατέχει έγκυρο πιστοποιητικό εγγραφής ή έγκυρη άδεια ενασκήσεως της επιχείρησης για ανάληψη εργασιών εγκατάστασης ή και εργασιών συντήρησης ηλεκτρολογικού εξοπλισμού και συσκευών, σύμφωνα με τους περί Ηλεκτρισμού Κανονισμούς, η οποία να καλύπτει ηλεκτρικό φορτίο 150Χ ΒΑ (KvA), ή εφόσον τα πρόσωπα αυτά είναι εγκατεστημένα εκτός της Κυπριακής Δημοκρατίας, να είναι εγγεγραμμένοι σε αντίστοιχο επαγγελματικό μητρώο της χώρας προέλευσης τους ή να εργοδοτούν προσωπικό το οποίο στην χώρα εγκατάστασης του έχει το δικαίωμα για εργοληψία ηλεκτρολογικών εγκαταστάσεων τουλάχιστον 150KvA».

και ακολούθως στα εξής : (από επιστολή της Αναθέτουσας Αρχής προς τους Αιτητές 20/04/2019)

- i. Σύμφωνα με τον Κανονισμό 53(18) των περί Ηλεκτρισμού Κανονισμών του 1941 μέχρι 2004, κανένας μη εγγεγραμμένος Ηλεκτρολόγος Μηχανικός ή Ανώτερος Τεχνικός Ηλεκτρολογίας ή Εργολήπτης Ηλεκτρικών Εγκαταστάσεων καθώς και μη εγγεγραμμένη επιχείρηση δύναται να μετάσχει οποιουδήποτε μειοδοτικού διαγωνισμού για την μελέτη, εκτέλεση ή λειτουργία οποιασδήποτε ηλεκτρικής εγκατάστασης, δημόσιας ή ιδιωτικής φύσης.*
- ii. Σύμφωνα με τον Κανονισμό 53(15)(α) των περί Ηλεκτρισμού Κανονισμών του 1941 μέχρι 2004, απαγορεύεται η εκτέλεση οποιουδήποτε ηλεκτρικού εργοληπτικού έργου από ανάδοχους προμήθειας ηλεκτρισμού, εκτός αν αυτοί*

κατέχουν άδεια που παραχωρήθηκε σ' αυτούς από τη Αρχή Αδειών για την άσκηση της επιχείρησης του Εργολήπτη Ηλεκτρικών Εγκαταστάσεων στον Τύπου που διαλαμβάνεται στο Παράρτημα Γ5, και έχουν στη υπηρεσία τους προσοντούχο προσωπικό όπως προνοείται στους παρόντες Κανονισμούς.

- iii. Επιπρόσθετα σύμφωνα με τον Κανονισμό 53(15)(β), άδεια Εργολήπτη Ηλεκτρικών Εγκαταστάσεων που παραχωρήθηκε σε οποιοδήποτε ανάδοχο όπως αναφέρεται στην πιο πάνω υποπαράγραφο (α), δύναται να ανακληθεί από την Αρχή Αδειών αν αποδειχτεί ο κάτοχος αυτής παρέχει προνομιακή μεταχείριση σε αναμενόμενους καταναλωτές για σκοπούς αθέμιτου συναγωνισμού προσώπων ή επιχειρήσεων εγγεγραμμένων δυνάμει των παρόντων Κανονισμών

Το βασικό ερώτημα που τίθεται από την παρούσα προσφυγή είναι κατά πόσον η ΑΗΚ έχει το δικαίωμα να εκτελεί ηλεκτρολογικές εγκαταστάσεις χωρίς την σχετική άδεια που εκδίδει το Τμήμα Ηλεκτρομηχανολογικών Υπηρεσιών σε εργολήπτες ηλεκτρολογικών έργων.

Αυτό που πρέπει να εξεταστεί επομένως δεν είναι κατά πόσον θα μπορούσε η Αιτήτρια να εξασφαλίσει τέτοια εγγραφή/άδεια αλλά κατά πόσον, ειδικά στη δική της περίπτωση, η εγγραφή αυτή από το Τμήμα Ηλεκτρομηχανολογικών Υπηρεσιών όχι μόνον δεν απαιτείται αλλά και εξυπακούεται λόγω του ότι το δικαίωμα της Αιτήτριας να εκτελεί ηλεκτρολογικές εγκαταστάσεις πηγάζει από την νομοθεσία και τους κανονισμούς που διέπουν την λειτουργία της ΑΗΚ. Ως εκ τούτου, ακόμη και η καθυστερημένη έκδοση της σχετικής άδειας στις 28/05/2019 (πέραν του ενός έτους μετά την υποβολή αιτήσεως) είναι άνευ σημασίας, αφού το βασικό ερώτημα είναι κατά πόσον η άδεια απαιτείται και όχι εάν κατέχεται ή μπορεί να εκδοθεί.

Το γεγονός ότι η Αιτήτρια υπέβαλε αίτηση στην ΗΜΥ για έκδοση της σχετικής άδειας θεωρώ ότι δεν τοποθετεί την Αιτήτρια σε αντιφωνία με το δόγμα επιδοκιμασίας και αποδοκιμασίας, κυρίως διότι με διευκρινιστική της ερώτηση ημερομηνίας 14 Απριλίου 2018, ζητούσε την τροποποίηση των προϋποθέσεων συμμετοχής της παραγράφου 6.2.3 (Τεχνικές και Επαγγελματικές Ικανότητες) του Μέρους Α των εγγράφων του πιο πάνω διαγωνισμού, ώστε να εξαιρείται από την απαίτηση κατοχής έγκυρης άδειας ενάσκησης της επιχείρησης για ανάληψη εργασιών εγκατάστασης ή και εργασιών συντήρησης ηλεκτρολογικού εξοπλισμού και συσκευών. Η άρνηση της Αναθέτουσας Αρχής να τροποποιήσει τον όρο δεν άφηγε άλλες επιλογές πέραν, είτε της αίτησης για εξασφάλιση αδείας είτε της προσφυγής στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών για αλλαγή του όρου. Ασφαλώς, η επιλογή προσφυγής στην ΑΑΠ για αλλαγή όρου αποτελεί δικαίωμα των Οικονομικών Φορέων, σίγουρα όμως δεν αποτελεί υποχρέωση και, η μη επιλογή της δεν μπορεί να καταδικάζει τους Φορείς σε απώλεια εννόμων δικαιωμάτων. Ούτε και η προσπάθεια Οικονομικού Φορέα να

συμμορφωθεί με όρο διαγωνισμού μπορεί να αποτελέσει αιτία απώλειας εννόμων δικαιωμάτων, όταν μάλιστα αυτή καταβάλλεται κάτω από την Δαμόκλειο Σπάθη του αποκλεισμού. Καταληκτικά σημειώνω ότι τέτοια προσπάθεια συμμόρφωσης με όρο διαγωνισμού ουδέποτε θα μπορούσε να αποτελέσει ακύρωση δικαιωμάτων που απορρέουν από νομοθεσία και άρα, στην προκειμένη περίπτωση, η προσπάθεια της ΑΗΚ να εξασφαλίσει την σχετική άδεια για σκοπούς συμμόρφωσης με τον όρο του διαγωνισμού, ουδόλως ακυρώνει τα δικαιώματα της που απορρέουν από την Περί Ηλεκτρισμού νομοθεσία και κανονισμούς που έχουν υπέρτερη ισχύ από τους όρους του Διαγωνισμού.

Άρα, το ερώτημα που παραμένει να απαντηθεί είναι κατά πόσον η Αιτήτρια έπρεπε να τυγχάνει εξαίρεσης από την πρόνοια του όρου για κατοχή άδειας ενάσκησης επιχείρησης για ανάληψη ηλεκτρολογικών εργασιών.

Για την απάντηση του ερωτήματος αυτού θα ανατρέξω στο άρθρο 12(γ) του περί Ανάπτυξης Ηλεκτρισμού Νόμου, Κεφ.171 (Γενικές Λειτουργίες της Αρχής), όπου αναφέρονται τα εξής:

«12.—(1) Τηρουμένων των διατάξεων του Νόμου αυτού και του περί Ρύθμισης της Αγοράς Ηλεκτρισμού Νόμου του 2003 αποτελεί καθήκον της Αρχής—

(α) Να παράγει, μεταφέρει, διανέμει και προμηθεύει ηλεκτρισμό·

(β) να συντηρεί και να λειτουργεί οποιαδήποτε εγκατάσταση ή επιχείρηση της Αρχής·

(γ) να διεξάγει οποιαδήποτε εργασία που συνήθως σχετίζεται με επιχείρηση ηλεκτρισμού·»

Αντιλαμβάνομαι επίσης, μέσω της αγόρευσης της Αιτήτριας ότι στα πλαίσια των άρθρων 12(δ) και (ε):

δ) να προάγει και ενθαρρύνει τη χρήση ηλεκτρισμού και ειδικά τη χρήση αυτού για γεωργικούς, βιομηχανικούς και κατασκευαστικούς σκοπούς

και

ε) να προάγει και ενθαρρύνει την ανάπτυξη των φυσικών πόρων της Δημοκρατίας σε σχέση με την παραγωγή ηλεκτρισμού

η Αιτήτρια έχει προβεί, εξ ιδίας πρωτοβουλίας, στην μελέτη και εγκατάσταση δεκαεννέα σταθμών φόρτισης ηλεκτρικών οχημάτων (ο παρών διαγωνισμός προκηρύχθηκε για 5 τέτοιους σταθμούς) με πρόθεση να προχωρήσει συντόμως στην εγκατάσταση άλλων 19 ανά την Κύπρο.

Σημειώνω ότι οι πρόνοιες της Περί Ηλεκτρισμού Νομοθεσίας και Κανονισμών δεν αποτελούν μόνον δικαιώματα της Αιτήτριας αλλά, πρωτίστως, υποχρεώσεις που καθορίστηκαν από το Κράτος και δεν μπορούν να αλλοιωθούν ή απαλειφθούν λόγω της υποβολής αιτήσεως έκδοσης άδειας ενάσκησης επιχείρησης για ανάληψη ηλεκτρολογικών εργασιών, εφόσον τέτοια άδεια αποτελούσε περιττό, για την Αιτήτρια, προσόν.

Παραθέτω επίσης τα σχετικά άρθρα 12(3) και (4)

(3) Εκτός από τα καθήκοντα της Αρχής που αναφέρονται στο εδάφιο (1), η Αρχή δύναται, με την έγκριση του Υπουργού, να διεξάγει δραστηριότητες σε τομείς που έχουν σχέση με την εκμετάλλευση και ανάπτυξη των περιουσιακών της στοιχείων, των τεχνικών της δυνατοτήτων, των εγκαταστάσεων, των υπηρεσιών και της τεχνογνωσίας της.

(4) Εκτός αν προνοείται διαφορετικά στο Νόμο αυτό, η Αρχή, για τους σκοπούς του εδαφίου (1), υπόκειται στις ίδιες υποχρεώσεις και εκτελεί τα ίδια καθήκοντα τα οποία επιβάλλονται από τον περί Ηλεκτρισμού Νόμο και τον περί Ρύθμισης της Αγοράς Ηλεκτρισμού Νόμο του 2003 και απολαμβάνει όλα τα δικαιώματα και ασκεί όλες τις εξουσίες που χορηγούνται από αυτόν σε κάτοχο άδειας.

Θεωρώ εκ των ανωτέρω ότι η Αιτήτρια διαθέτει, βάσει του Νόμου που διέπει την λειτουργία της, το δικαίωμα να εκτελεί όλες τις εργασίες που προνοεί ο όρος 6.2.3.4 του Μέρους Α- Οδηγίες προς τους Οικονομικούς Φορείς και γενικά διαθέτει όλα τα δικαιώματα που χορηγούνται σε κάτοχο άδειας και, ως εκ τούτου η απαίτηση της Αναθέτουσας Αρχής όπως κατέχει άδεια ενάσκησης επιχείρησης ήταν αποτέλεσμα νομικής πλάνης και συνιστά παράβαση των νομικών προνοιών που προαναφέρθηκαν και ιδιαίτερα του άρθρου 12(4).

Παραπέμπω επίσης στο διάταγμα ΚΔΠ 70/2005, ημερομηνίας 18/2/2005, του Υπουργού Συγκοινωνιών και Έργων, βάσει του οποίου, από την 1/7/2007, έχουν τεθεί σε υποχρεωτική εφαρμογή οι Κανονισμοί της 16ης Έκδοσης του Ινστιτούτου Μηχανικής και Τεχνολογίας (IET) της Μεγάλης Βρετανίας (Πρότυπο BS 7671:2001), που αφορούν το σχεδιασμό, την κατασκευή την Επιθεώρηση και τον Έλεγχο των ηλεκτρικών εγκαταστάσεων Χαμηλής Τάσης. Βάσει του νέου Διατάγματος ΚΔΠ 518/2007, ημερομηνίας 30/11/2007, του Υπουργού Συγκοινωνιών και Έργων η ημερομηνία υποχρεωτικής εφαρμογής των πιο πάνω Κανονισμών αναθεωρήθηκε και ορίστηκε ως η 1/7/2008.

Στην παράγραφο 3.3, ΕΠΙΘΕΩΡΗΣΗ ΚΑΙ ΕΛΕΓΧΟΣ του άνω ΚΩΔΙΚΑ ΠΡΑΚΤΙΚΗΣ της ΚΔΠ 70/2005, προνοούνται και τα εξής:

«3.3 ΕΠΙΘΕΩΡΗΣΗ ΚΑΙ ΕΛΕΓΧΟΣ

3.3.1 Σύμφωνα με την ισχύουσα Νομοθεσία (Άρθρο 46 ε(ι) των Περί Ηλεκτρισμού Τροποποιητικών Κανονισμών του 2004) καθορίζεται ότι στην περίπτωση που μια ηλεκτρική εγκατάσταση πρόκειται να τροφοδοτηθεί από το δίκτυο Μεταφοράς και Διανομής της ΑΗΚ, ο ιδιοκτήτης του δικτύου θα διενεργεί πρώτα επιθεώρηση και έλεγχο στην υπόψη εγκατάσταση και αφού διαπιστώσει την συμμόρφωση της προς τις απαιτήσεις της ισχύουσας Νομοθεσίας και Κανονισμών, θα προχωρεί στην ηλεκτροδότησή της.

3.3.2 Με βάση την πιο πάνω αναφερθείσα Νομοθεσία η ευθύνη για την επιθεώρηση και τον έλεγχο των ηλεκτρικών εγκαταστάσεων ανήκει στην ΑΗΚ και στους Επιθεωρητές της. Κατά την επιθεώρηση και έλεγχο μιας ηλεκτρικής εγκατάστασης από τους Επιθεωρητές της ΑΗΚ θα πρέπει απαραίτητα να παρευρίσκεται και ο Ηλεκτρολόγος Εγκαταστάτης που κατασκεύασε την υπόψη εγκατάσταση. Σε περίπτωση απουσίας του επιτρέπεται η παρουσία αδειούχου Ηλεκτρολόγου ο οποίος θα βρίσκεται στην υπηρεσία του και θα κατέχει άδεια, η οποία θα καλύπτει την ισχύ της ηλεκτρικής εγκατάστασης που βρίσκεται υπό επιθεώρηση και έλεγχο».

Άρα, το άρθρο 12(1)(γ) του περί Ανάπτυξης Ηλεκτρισμού Νόμου, Κεφ.171 (Γενικές Λειτουργίες της Αρχής), που παρέχει στην Αιτήτρια το δικαίωμα

(γ) να διεξάγει οποιαδήποτε εργασία που συνήθως σχετίζεται με επιχείρηση ηλεκτρισμού»,

σε συνδυασμό με τα άνω καθορισμένα καθήκοντα της Αιτήτριας όπως επιθεωρεί και ελέγχει ηλεκτρικές εγκαταστάσεις, κατ' αποκλειστικότητα, προ της πιστοποίησης και τροφοδότησης με ηλεκτρισμό, καθιστούν την όποια απαίτηση αδειοδότησης της Αιτήτριας για την εκτέλεση ηλεκτρικών εγκαταστάσεων, περιττή».

Ως καταδεικνύεται εκ των ανωτέρω, η παρούσα προσφυγή θα έπρεπε κατά τη γνώμη μου να αποτύχει και η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής να επικυρωθεί.

.....
Γιώργος Αναστασίου
Μέλος