



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. 30/2016

Μεταξύ:

CABLENET COMMUNICATION SYSTEMS LTD

Αιτητών

v.

ΑΝΟΙΚΤΟΥ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟΥ ΚΥΠΡΟΥ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

Έφη Παπαδοπούλου, Πρόεδρος
Λοΐζος Κάππας, Μέλος
Σόλων Παπαθεοχάρους, Μέλος
Βασίλης Πάλμας, Μέλος

Αιτητές:

CABLENET COMMUNICATION SYSTEMS LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Μαρία Σπανού, Δικηγόρο για Μάρκος Π. Σπανός & Σία
2. Άλκη Καϊμάκη, Διευθυντή Πωλήσεων αιτούσας Εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΑΝΟΙΚΤΟ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΚΥΠΡΟΥ

Αντιπροσωπεύθηκε από τον:

1. Αχιλλέα Αιμιλιανίδη, Δικηγόρο για Α & Α Κ. Αιμιλιανίδης

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 25 Οκτωβρίου, 2016

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Αντικείμενο της παρούσας προσφυγής είναι η απόφαση του Ανοικτού Πανεπιστημίου Κύπρου («η Αναθέτουσα Αρχή») να αποκλείσει την προσφορά των Αιτητών από τον Διαγωνισμό με αριθμό ΑΠΚΥ 011/2015 και τίτλο «*Διαγωνισμός για τη μίσθωση ενός κυκλώματος Ethernet που να συνδέει τους κόμβους της Αναθέτουσας Αρχής σε Λατσιά και Λεμεσό μεταξύ τους*». Ο Διαγωνισμός κατακυρώθηκε στην εταιρεία Prime Tel Plc («ο επιτυχών»), αντί στους Αιτητές.

Ο διαγωνισμός προκηρύχτηκε στις 18.12.2015 με προϋπολογιζόμενη δαπάνη €400.000 και κριτήριο ανάθεσης την χαμηλότερη τιμή. Υποβλήθηκαν συνολικά τρεις προσφορές.

Η προσφορά των Αιτητών, σύμφωνα με την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης, δεν πληρούσε τον όρο 6.2.3.4, Τεχνικές και Επαγγελματικές Ικανότητες του Μέρους Α των εγγράφων του διαγωνισμού και κατά συνέπεια έπρεπε να αποκλεισθεί. Συγκεκριμένα, στον Έντυπο 5 οι Αιτητές δήλωσαν δύο συμβάσεις αξίας €6.000 και €14.160 ενώ θα έπρεπε να δηλώσουν δύο τουλάχιστον συμβάσεις αξίας €20.000 η κάθε μια.

Το Συμβούλιο Προσφορών σε συνεδρία του στις 19.4.2016 αφού μελέτησε την Έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης υιοθέτησε την εισήγηση της για αποκλεισμό της προσφοράς των Αιτητών και ανάθεση του Διαγωνισμού στον επιτυχόντα.

Ακολούθως η εισήγηση του Συμβουλίου Προσφορών υιοθετήθηκε από τη Διοικούσα Επιτροπή σε συνεδρία της στις 13.5.2016.

Οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι ο αποκλεισμός της προσφοράς τους οφείλεται σε εσφαλμένη ερμηνεία και/ή εφαρμογή του όρου 6.2.3.4, Τεχνικές και Επαγγελματικές Ικανότητες, του Μέρους Α των όρων του Διαγωνισμού, ο οποίος προβλέπει μεταξύ άλλων ότι ο κάθε οικονομικός φορέας πρέπει:

«Να έχει ολοκληρώσει επιτυχώς κατά τα τελευταία τρία (3) έτη (από την ημερομηνία υποβολής των Προσφορών), τουλάχιστον δυο (2) συμβάσεις, προϋπολογισμού δαπάνης που ανέρχεται τουλάχιστον στο πέντε επί τοις εκατό(5%) του προϋπολογισμού της Σύμβασης, με αντικείμενο την μίσθωση κυκλώματος/κυκλωμάτων Ethernet και με ποσοστό συμμετοχής τουλάχιστον 80% (για κάθε σύμβαση ξεχωριστά). Η έννοια του όρου «ολοκληρώσει» σημαίνει κατά ποσοστό υλοποίησης της σύμβασης τουλάχιστον 80%.»

Κατά τους Αιτητές, οι απαιτήσεις του πιο πάνω όρου είναι τρεις.

- A) Οι συμβάσεις να έχουν όλες μαζί προϋπολογισμό δαπάνης τουλάχιστο 5% του προϋπολογισμού της σύμβασης, δηλαδή τουλάχιστο €20.000.
- B) Κάθε σύμβαση να έχει ως αντικείμενο την μίσθωση κυκλώματος Ethernet.
- Γ) Το ποσοστό συμμετοχής του προσφοροδότη σε κάθε σύμβαση να είναι τουλάχιστο 80%.

Κατά τους Αιτητές η πιο πάνω ερμηνεία προκύπτει από το λεκτικό, την γραμματική και την σύνταξη του όρου. Ειδικότερα αναφέρουν ότι το κόμμα στην τέταρτη γραμμή διαχωρίζει το απόσπασμα σε δύο παραγράφους. Στο πρώτο μέρος δεν υπάρχει η φράση «για κάθε σύμβαση ξεχωριστά». Συνεπώς, η πρόνοια αυτή αφορά όλες μαζί τις συμβάσεις. Αναφέρεται δηλαδή στο μέρος της πρότασης που ακολουθεί το κόμμα και όχι στο μέρος που προηγείται του κόμματος. Αν η Αναθέτουσα Αρχή, συνεχίζουν οι Αιτητές, επιθυμούσε όπως η φράση «για κάθε σύμβαση ξεχωριστά» αναφέρεται και στο πρώτο σκέλος της παραγράφου, που προηγείται του κόμματος, θα έπρεπε το κόμμα να είναι μετά το 80%, οπότε θα ήταν σαφές ότι όλες οι απαιτήσεις της παραγράφου αφορούσαν κάθε σύμβαση ξεχωριστά. Με βάση τη μόνη ορθή ερμηνεία οι Αιτητές υπέβαλαν δύο συμβάσεις με συνολική αξία €20.160. Μία με ετήσια αξία €6.000 και μία με ετήσια αξία €14.160, ενώ δεν θα είχαν οποιοδήποτε πρόβλημα να υποβάλουν δύο ή περισσότερες συμβάσεις με αξία που να υπερβαίνει τις €20.000 η καθεμιά. Ο όρος 6.2.3.4, ισχυρίζονται, δεν αναφέρεται σε ποσοστό 5% του προϋπολογισμού για κάθε σύμβαση ξεχωριστά. Αν αυτή ήταν η πρόθεση της Αναθέτουσας Αρχής ο όρος θα διατυπωνόταν διαφορετικά όπως σε άλλους διαγωνισμούς όπου έγινε συγκεκριμένη αναφορά για κάθε σύμβαση ξεχωριστά. Προς υποστήριξη του ισχυρισμού τους παραπέμπουν σε αριθμό άλλων διαγωνισμών.

Περαιτέρω αναφέρουν ότι και αν ακόμη θεωρηθεί ότι η ερμηνεία που δόθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή στον όρο 6.2.3.4 ήταν εύλογα επιτρεπτή, το ίδιο ισχύει και

για την ερμηνεία που δίδεται στον όρο από τους ιδίους. Εφόσον υποστηρίζουν η συγκεκριμένη πρόνοια μπορεί να ερμηνευθεί εξίσου εύλογα και με τους δύο τρόπους, σημαίνει ότι ο όρος δεν διατυπώθηκε με την απαιτούμενη σαφήνεια κατά παράβαση της αρχής της διαφάνειας και παρέπεμψαν σχετικά σε νομολογία του ΔΕΚ (C-496/99 *Ευρωπαϊκή Επιτροπή ν. CAS Succhi di Frutta SpA*, ημερ. 20.4.2004, C-368/10 *Ευρωπαϊκή Επιτροπή ν. Βασιλείου των Κάτω Χωρών*, ημερ. 15.12.2011 και στο άρθρο 2 της Οδηγίας 2004/18/EK).

Εφόσον, καταλήγουν οι Αιτητές, ο όρος επιδέχεται δύο ερμηνείες η προσφορά τους δεν έπρεπε να αποκλεισθεί αλλά κατ' εφαρμογή της αρχής της επιλογής της πλέον ευνοϊκής για το διοικούμενο λύσης να γίνει αποδεκτή ή έστω να τους δοθεί η ευκαιρία να τεκμηριώσουν την πείρα τους αφού η μη έγκαιρη τεκμηρίωση οφείλετο σε υπαιτιότητα της Αναθέτουσας Αρχής.

Τέλος, ισχυρίζονται ότι η παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής να ζητήσει από τους ιδίους πρόσθετα στοιχεία συμβάσεων, ενώ ζήτησε από άλλο οικονομικό φορέα αντίγραφα ή αποσπάσματα των ελεγμένων οικονομικών καταστάσεων για τα τελευταία 3 οικονομικά έτη ως απαιτεί ο όρος 8.3.1.1.4 συνιστά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών.

Η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτει όλους τους ισχυρισμούς των Αιτητών και υποστηρίζει ότι η ερμηνεία των όρων ενός διαγωνισμού δεν εξαρτάται από το τι

μπορεί να θεώρησε ο προσφέρων ως ορθή ή πώς ερμηνεύθηκαν παρόμοιοι ή διαφορετικοί όροι από άλλες αναθέτουσες αρχές. Η διοίκηση σε σχέση με την ερμηνεία των όρων προσφορών έχει ευρεία διακριτική ευχέρεια, εφόσον δε η κρίση της είναι εύλογη το θέμα δεν ελέγχεται αναθεωρητικώς από το δικαστήριο αλλά παραμένει ανέλεγκτο ως τεχνικό ζήτημα. Για στήριξη αυτής της θέσης η Αναθέτουσα Αρχή παραπέμπει στην *Ε. Φιλίππου Ατδ ν. Δημοκρατίας (2004) 3 ΑΑΔ 389* και στις αποφάσεις της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών *Newcytech Business Solutions Ltd ν. Υπουργείου Εσωτερικών, Προσφυγή 58/2013, ημερ. 23.10.2014* και *Netu ν. Αρχής Λιμένων, Προσφυγή 29/2015, ημερ. 13.11.2015*.

Ούτε η ερμηνεία των όρων του διαγωνισμού είναι θέμα κομμάτων, όπως ισχυρίζονται οι Αιτητές. Αυτή, γίνεται στη βάση της συνολικής ανάγνωσης των όρων του διαγωνισμού περιλαμβανομένης της γραμματικής ερμηνείας. Απαραίτητη βεβαίως είναι και η λογική ερμηνεία, η δε τελεολογική ερμηνεία εφαρμόζεται προκειμένου να διαπιστωθεί η έννοια μιας πρόνοιας δια της διακρίβωσης του σκοπού της διάταξης στην οποία περιέχεται.

Σκοπός του επίμαχου όρου 6.2.3.4 είναι η απόδειξη των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων των οικονομικών φορέων κατά τρόπο που να αποδεικνύεται η ικανότητά τους να φέρουν σε πέρας το συγκεκριμένο έργο. Γι' αυτό ζητείτο να προσκομίσουν τουλάχιστο δύο συμβάσεις με προϋπολογισμό δαπάνης τουλάχιστο στο 5% του προϋπολογισμού της σύμβασης. Αν η

συλλογιστική των Αιτητών γίνει αποδεκτή τότε ένας προσφοροδότης θα μπορούσε να παρουσιάσει απεριόριστο αριθμό συμβάσεων που να ανέρχονται συνολικά σε 20.000 Ευρώ. Τούτο όμως, συνεχίζει η Αναθέτουσα Αρχή, δεν θα αποδείκνυε την ικανότητα του προσφέροντα να εκτελέσει την σύμβαση. Επιπλέον αν γίνει αποδεκτή η ερμηνεία των Αιτητών, τότε γιατί τέθηκε ο περιορισμός *«τουλάχιστον δύο συμβάσεις»*.

Με βάση την λογική των Αιτητών ένας προσφοροδότης ο οποίος προσκομίζει μια μόνο σύμβαση με προϋπολογισμό δαπάνης €20.000 πρέπει να απορριφθεί, επειδή δεν προσκόμισε τουλάχιστον δύο συμβάσεις, ενώ αντίθετα ένας προσφοροδότης που παρουσίασε πέντε συμβάσεις των €4.000 η καθεμία πρέπει να κριθεί εντός προδιαγραφών και να του κατακυρωθεί η προσφορά. Προφανώς, αναφέρει, μια τέτοια ερμηνεία θα ήταν παράλογη. Αν σκοπός είναι να συνυπολογιστούν όλες οι συμβάσεις, τότε δεν θα υπήρχε λόγος να τεθεί ο περιορισμός *«τουλάχιστον δύο συμβάσεις»*.

Σε σχέση με τη φράση *«για κάθε σύμβαση ξεχωριστά»* που τίθεται εντός παρενθέσεως, αναφέρεται στο σύνολο των προϋποθέσεων και συνδέεται αρμονικά με το *«τουλάχιστο δύο συμβάσεις»*, ισχυρίζεται η Αναθέτουσα Αρχή. Ακόμη όμως και να μην υπήρχε η φράση *«για κάθε σύμβαση ξεχωριστά»* η ύπαρξη της φράσης *«τουλάχιστον δύο συμβάσεις»* ενταγμένης στο σύνολο της παραγράφου καθιστά την ερμηνεία του όρου προφανή.

Σε σχέση με τον δεύτερο λόγο ακύρωσης που επικαλούνται οι Αιτητές, ότι δηλαδή ο όρος ήταν ασαφής, η Αναθέτουσα Αρχή αναφέρει ότι συνιστά πάγια νομολογιακή αρχή ότι προσφοροδότης που δεν πληροί ουσιώδεις όρους του διαγωνισμού, στερείται έννομου συμφέροντος να ισχυριστεί εκ των υστέρων ότι τα έγγραφα της προσφοράς δεν πληρούσαν τις απαιτήσεις του Νόμου ή του Συντάγματος. Περαιτέρω οι ισχυρισμοί των Αιτητών προσκρούουν και στο δόγμα της επιδοκιμασίας και αποδοκιμασίας. Ο όρος, ισχυρίζεται, ήταν σαφής και δεν επιδέχεται άλλη ερμηνεία από αυτή που δόθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή. Το λεκτικό του ούτε αμφίσημο ούτε ασαφές είναι. Οι Αιτητές αν δεν κατανόησαν τον όρο φέρουν αποκλειστική ευθύνη. Άλλωστε δεν θα ήταν νοητό να γίνει αποδεκτή ως έγκυρη προσφορά που παραβιάζει όρο, επειδή οι Αιτητές τον κατανόησαν λάθος. Ούτε και θα μπορούσε να ζητηθούν διευκρινίσεις για εκ των υστέρων κατάθεση διαφορετικών έργων για να διορθωθεί η παράβαση του ουσιώδους όρου γιατί αυτό θα έθιγε την αρχή της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών και την αρχή της διαφάνειας.

Παραθέτουμε τον όρο 6.2.3.4 του Μέρους Α των εγγράφων του διαγωνισμού αφού αυτό που καλούμαστε ουσιαστικά να εξετάσουμε είναι κατά πόσο η ερμηνεία που δόθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή και οδήγησε στον αποκλεισμό της προσφοράς των Αιτητών είναι ορθή και η μόνη δυνατή ερμηνεία:

«Να έχει ολοκληρώσει επιτυχώς κατά τα τελευταία τρία (3) έτη (από την ημερομηνία υποβολής των Προσφορών), τουλάχιστον δύο (2) συμβάσεις,

προϋπολογισμού δαπάνης που ανέρχεται τουλάχιστον στο πέντε επί τοις εκατό (5%) του προϋπολογισμού της Σύμβασης, με αντικείμενο την μίσθωση κυκλώματος/ κυκλωμάτων Ethernet και με ποσοστό συμμετοχής τουλάχιστον 80% (για κάθε σύμβαση ξεχωριστά). Η έννοια του όρου «ολοκληρώσει» σημαίνει κατά ποσοστό υλοποίησης της σύμβασης τουλάχιστον 80%.»

Είναι πάγια νομολογημένο ότι η προκήρυξη διαγωνισμού και οι όροι του αποτελούν πράξη κανονιστικού περιεχομένου που δεσμεύει τόσο τη διοίκηση, όσο και τους διαγωνιζόμενους. Παράβαση δε ουσιώδους όρου 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 (βλ. *Αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας 152/39, 245/43*). 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 Α.Α.Δ. 692).

Για σκοπούς ίσης μεταχείρισης όλων των προσφοροδοτών, το δημόσιο συμφέρον απαιτεί οι ουσιώδεις όροι ενός διαγωνισμού να εφαρμόζονται αυστηρά χωρίς να επιτρέπονται παρεκκλίσεις, οι οποίες στις πλείστες περιπτώσεις εγείρουν ερωτηματικά, όσο καλοπροαίρετα και αν φαίνεται ότι ενήργησε η διοίκηση.

Σε σχέση με την ερμηνεία νόμου στη *Southfields Ind. Ltd v. Δήμου Α/σίας* (1995) 3 AAD 59 αναφέρονται τα εξής:

«Σκοπός της ερμηνείας του νόμου είναι η ανεύρεση της πρόθεσης του νομοθέτη. Όπου το λεκτικό της διάταξης είναι σαφές, το Δικαστήριο την ερμηνεύει με βάση τη φυσική και συνήθη έννοια των λέξεων. Οι λέξεις σ' ένα νομοθέτημα γενικά ερμηνεύονται με τη συνήθη τους σημασία, αλλά και με βάση τα συμφραζόμενα, έχοντας δε υπόψη το αντικείμενο και το σκοπό του νόμου. (Βλ. *Δημοκρατία v. Ματθαίου*, Αναθεωρητική Έφεση 832, ημερ. 12.7.1990. Βλ. επίσης *Halsbury's Laws of England*, Τετάρτη Έκδοση, Τόμος 44, παραγρ. 863 - 873). Η ερμηνεία πρέπει να είναι τέτοια που να μην οδηγεί σε παράλογα αποτελέσματα, αλλά στη λειτουργικότητα των νόμων. (Βλ. *Δημοκρατία v. Αντωνίου και Άλλων*)¹».

Κατ' αναλογία, τα πιο πάνω ισχύουν και για την ερμηνεία των όρων διαγωνισμού αφού αυτοί υπέχουν θέση πράξεων κανονιστικού περιεχομένου η παράβαση των οποίων επιφέρει ακυρότητα (*Δημοκρατία v. S. Kyriakos Euromarket Ltd* (2000) 3 AAD 692).

Έχουμε μελετήσει με κάθε προσοχή τόσο τον επίμαχο όρο όσο και τις θέσεις των δύο πλευρών. Θεωρούμε ότι ο όρος είναι καθόλα σαφής. Πρόβλημα αμφισημίας και ασάφειας όπως ισχυρίζονται οι Αιτητές δεν υπάρχει όπως δεν υπάρχει δυνατότητα στον όρο να δοθεί η ισχυριζόμενη από τους Αιτητές ερμηνεία. Εκείνο που ενδεχόμενα συνέβη είναι οι Αιτητές κατά την ετοιμασία της προσφοράς τους να μην έδωσαν τη δέουσα προσοχή στον συγκεκριμένο όρο του διαγωνισμού. Αυτό

¹ Δημοκρατία v. Αντωνίου και Άλλων (1993) 3 AAD 325

όμως όσο κι' εάν θεωρείται από τους Αιτητές άδικο αφού καθώς ισχυρίζονται έχουν εκτελέσει περισσότερες συμβάσεις δεν τις περιέλαβαν όμως στην προσφορά τους δεν μπορεί εκ των υστέρων να θεραπευθεί. Ούτε οι αναφορές των Αιτητών στα κόμματα τους βοηθούν.

Η γραμματική ερμηνεία που δίδουν οι Αιτητές, σύμφωνα με την οποία το κόμμα στην τέταρτη γραμμή χρησιμοποιείται για να διαχωρίσει την όλη παράγραφο σε δυο μέρη, ούτως ώστε η φράση στην παρένθεση (για κάθε σύμβαση ξεχωριστά) να αφορά μόνο το ποσοστό συμμετοχής δεν είναι ορθή. Το κόμμα στην τέταρτη γραμμή χρησιμοποιείται όχι για να διαχωρίσει την όλη παράγραφο, αλλά για να συνδέσει τη δεύτερη απαίτηση που πρέπει να πληρούν «τουλάχιστο δύο συμβάσεις» με τις υπόλοιπες απαιτήσεις δηλαδή, το αντικείμενο που πρέπει να έχουν και το ποσοστό συμμετοχής. Για το ποσοστό συμμετοχής δεν χρειάστηκε η χρήση κόμματος αφού αυτή ήταν η τελευταία προϋπόθεση και συνεπώς έγινε η χρήση του συνδετικού «και».

Θεωρούμε τον τρόπο ερμηνείας του όρου από την Αναθέτουσα Αρχή απόλυτα ορθό και συνακόλουθα τον αποκλεισμό των Αιτητών δικαιολογημένο. Ότι ο όρος είναι ουσιώδης δεν αμφισβητήθηκε και ορθά αφού αυτός αφορά στην τεχνική επάρκεια των προσφοροδοτών.

Με βάση τα πιο πάνω αποφασίζουμε ομόφωνα ότι η πιο πάνω Προσφυγή απορρίπτεται και η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής επικυρώνεται.