



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. 25/2018

Μεταξύ:

ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ «MILTIADES – A. ERACLEOUS – AIR CONTROL J.V.»

Αιτητών

v.

ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΑΝΑΠΤΥΞΕΩΣ ΥΔΑΤΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτητές:

ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ «MILTIADES – A. ERACLEOUS – AIR CONTROL J.V.»

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Κωνσταντίνο Μιχαήλ, Δικηγόρο για Προύντζος & Προύντζος ΔΕΠΕ
2. Σοφία Ευαγγέλου, Δικηγόρο για Προύντζος & Προύντζος ΔΕΠΕ
3. Μάρθα Αθανασοπούλου, Ασκούμενη Δικηγόρο για Προύντζος & Προύντζος ΔΕΠΕ
4. Σταύρο Αλετρά, Εκπρόσωπο Αιτήτριας Κοινοπραξίας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΤΜΗΜΑ ΑΝΑΠΤΥΞΕΩΣ ΥΔΑΤΩΝ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Ειρήνη Νεοφύτου, Δικηγόρο της Δημοκρατίας Α΄
2. Αναστασία Παπαϊωάννου, Ανώτερη Εκτελεστικό Μηχανικό, Προϊστάμενη Υπηρεσίας Διαγωνισμών και Προσφορών
3. Παρασκευά Παράσχου, Τεχνικό, Μέλος Επιτροπής Αξιολόγησης

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 19 Οκτωβρίου, 2018

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Η κατακύρωση του Διαγωνισμού με αρ. ΤΑΥ 12/2017 και αντικείμενο «*Design, Build and Operate of the Solea Sewage Treatment Plant and Associated Works*» στην Κοινοπραξία «KARKANIAS – ELBIOMEC – PORTO CARRAS - AQUAMECH» (ο «επιτυχών») είχε ως αποτέλεσμα την καταχώρηση από τους Αιτητές της παρούσας Προσφυγής.

Ο υπό εξέταση διαγωνισμός προκηρύχθηκε από το Τμήμα Αναπτύξεως Υδάτων του Υπουργείου Γεωργίας, Αγροτικής Ανάπτυξης και Περιβάλλοντος («η Αναθέτουσα Αρχή») με ανοικτή διαδικασία στις 7.12.2017 μέσω του ηλεκτρονικού συστήματος σύναψης συμβάσεων e-procurement. Τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών μετά την έκδοση επτά (7) Συμπληρωματικών Εγγράφων ήταν η 13.3.2018.

Υποβλήθηκαν συνολικά πέντε (5) προσφορές, οι οποίες αφού αξιολογήθηκαν από την Επιτροπή Αξιολόγησης, η τελευταία με έκθεση της ημερομηνίας 4.5.2018 εισηγήθηκε την ανάθεση της σύμβασης στον επιτυχόντα, κρίνοντας ότι υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά. Με την εισήγησή της συμφώνησε ο Αν. Διευθυντής του Τμήματος και στη συνέχεια το Συμβούλιο Προσφορών, η απόφαση του οποίου γνωστοποιήθηκε στους Αιτητές οι οποίοι με την Προσφυγή τους υποστηρίζουν ότι η προσφορά του επιτυχόντα δεν ανταποκρίνεται στους όρους των εγγράφων του διαγωνισμού.

Με τον πρώτο λόγο ακύρωσης που προβάλλεται οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι ο επιτυχόν δεν υπέβαλε πρακτικά των Διοικητικών Συμβουλίων τριών από τις τέσσερις εταιρείες – μέλη της Κοινοπραξίας του επιτυχόντα -, καθώς και εξουσιοδοτήσεις των Διοικητικών Συμβουλίων για διορισμό δεόντως εξουσιοδοτημένου εκπροσώπου της Κοινοπραξίας για συμμετοχή στο Διαγωνισμό. Ειδικότερα, ανέφεραν ότι στο διοικητικό φάκελο δεν υπάρχουν πρακτικά και/ή αποφάσεις των Διοικητικών Συμβουλίων των εταιρειών Karkanias Environmental Technology S.A., ELBIOMEC LTD και P.M AQUAMECH LIMITED που απαρτίζουν την κοινοπραξία και, κατά συνέπεια δεν προκύπτει η βούληση των εταιρειών αυτών α) για συμμετοχή στην Κοινοπραξία, β) για την υποβολή προσφοράς ως Κοινοπραξία, γ) για υπογραφή του Συμφωνητικού Κοινοπραξίας/Cooperation Agreement, δ) για διορισμό του κ. Χρίστου Γανωτή ως δεόντως εξουσιοδοτημένου εκπροσώπου της Κοινοπραξίας και ε) για υπογραφή των εγγράφων της υποβληθείσας προσφοράς. Τέτοια πρακτικά απόφασης υποβλήθηκαν μόνον για την εταιρεία PORTO CARRAS SA ένα από τα τέσσερα μέλη που συγκροτούν τον επιτυχόντα.

Σύμφωνα με τους Αιτητές, από την προσφορά του επιτυχόντα απουσιάζουν τα αναγκαία νομιμοποιητικά έγγραφα για την υποβολή της προσφοράς του, γεγονός που την καθιστά παράνομη. Προς υποστήριξη της θέσης τους οι Αιτητές παρέπεμψαν στην *A.T. MULTITECH CORPORATION LTD ν. ΚΥΠΡΙΑΚΗΣ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ ΜΕΣΩ ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΚΑΙ/Η*

ΑΝΑΘΕΩΡΗΤΙΚΗΣ ΑΡΧΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ, Προσφυγή αρ. 1165/2009, ημερ. 3.10.2011.

Σύμφωνα με τους Αιτητές, οι προσφοροδότες θα έπρεπε είτε να υποβάλλουν επίσημα στοιχεία με τα οποία να αποδεικνύουν την νομιμοποίηση του υπογράφοντος για υποβολή προσφοράς ή/και συμμετοχής στην Κοινοπραξία και/ή υπογραφή του Cooperation Agreement, είτε υποβολή πρακτικού απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της εταιρείας με το οποίο να παρέχεται πληρεξούσιο στον υπογράφοντα να υπογράψει προσφορές εκ μέρους του προσφοροδότη.

Αναφέρουν επίσης ότι το έγγραφο με τίτλο «Ανακοίνωση» σε σχέση με το μέλος ΚΑΡΚΑΝΙΑΣ ΤΕΧΝΟΛΟΓΙΑ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ ΑΕ δεν αναφέρεται σε εξουσιοδότηση των προσώπων που αναφέρονται για υποβολή προσφορών και/ή σύναψη συμβάσεων και/ή δέσμευση της εταιρείας σε σχήμα κοινοπραξίας.

Με το δεύτερο λόγο ακυρότητας οι Αιτητές ισχυρίστηκαν ότι η Επιτροπή Αξιολόγησης παράνομα, παράτυπα και καταχρηστικά αποδέχθηκε την εκ των υστέρων υποβολή του Εντύπου 6 από τον επιτυχόντα «για λόγους πληρότητας» και στη συνέχεια έκρινε ότι επρόκειτο για «μη ουσιώδη απόκλιση». Σύμφωνα με τους Αιτητές, οι όροι του διαγωνισμού ζητούσαν επιτακτικά την υποβολή δεόντως συμπληρωμένου και υπογραμμένου Εντύπου 6 και η παράλειψη του επιτυχόντα συνιστά απόκλιση από ουσιώδη όρο του διαγωνισμού. Όπως επεσήμαναν στα

πρακτικά της συνεδρίασης ημερομηνίας 23.3.2018 η Επιτροπή Αξιολόγησης, σε σχέση με το Έντυπο 6 ανέφερε ότι:

«...μετά από ενδελεχή έλεγχο, η Επιτροπή διαπίστωσε ότι το Έντυπο 6 – Form 6 – το οποίο σύμφωνα με την παράγραφο 5.6.1(h) θα έπρεπε να είχε συμπληρωθεί τόσο από την κοινοπραξία όσο και από τους οικονομικούς φορείς των οποίων τα έργα χρησιμοποιούνται για λογαριασμό της Κοινοπραξίας, υποβλήθηκε μόνο από το μέλος της Κοινοπραξίας KARKANIAS Environmental Technology SA. Επομένως αποφάσισε, ετοιμάζοντας σχετική επιστολή, να ζητήσει για λόγους πληρότητας την υποβολή του Εντύπου 6 συμπληρωμένο και υπογραμμένο από την Κοινοπραξία...»

Ο τρίτος λόγος ακυρότητας που πρόβαλαν οι Αιτητές αφορά στην κατ' ισχυρισμό άμεση εμπλοκή και ή διασύνδεση του επιτυχόντα με εταιρείες εναντίον των οποίων έγινε έρευνα και/ή εκδόθηκε καταδικαστική απόφαση από την Ελληνική Επιτροπή Προστασίας Ανταγωνισμού για οριζόντια καρτελική σύμπραξη, νόθευση δημόσιων διαγωνισμών. Επικαλούμενοι οι Αιτητές τον όρο 3.3.6.1(d) του Τόμου 1 ισχυρίστηκαν ότι η προσφορά του επιτυχόντα έπρεπε να απορριφθεί. Τόσο η PORTO CARRAS SA, μέλος του επιτυχόντα όσο και οι άμεσα με αυτή συνδεδεμένες εταιρείες ΜΟΧΛΟΣ ΑΕ και ΤΕΧΝΙΚΗ ΟΛΥΜΠΙΑΚΗ ΑΕ καταδικάστηκαν από την Ελληνική Επιτροπή Προστασίας Ανταγωνισμού για οριζόντια καρτελική σύμπραξη δηλαδή για σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Με αναφορά στα όσα καταγράφονται στις οικονομικές καταστάσεις της PORTO CARRAS SA, σε σχέση με τη σύνδεση της με τις άλλες δύο πιο πάνω εταιρείες, εισηγήθηκαν ότι ενώ υπήρχε καταδίκη για διάπραξη σοβαρών πράξεων εναντίον του δημοσίου ο επιτυχών το απέκρυψε. Στο υποβληθέν με την προσφορά του

επιτυχόντα έντυπο δηλώνεται ότι δεν έχει καταδικαστεί για σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα γεγονός που επηρεάζει την αξιοπιστία της. Προς υποστήριξη της θέσης τους παρέπεμψαν σε αριθμό αποφάσεων του δικαστηρίου της ΕΕ¹.

Ισχυρίστηκαν περαιτέρω οι Αιτητές ότι η κατακύρωση θα πρέπει να ακυρωθεί και για το λόγο ότι η προσφορά του επιτυχόντα δεν είναι μονογραμμένη όπως ο όρος 5.5.5. του Τόμου 1 προβλέπει. Σημαντικά έγγραφα τα οποία οι Αιτητές υπέβαλαν με την προσφορά τους παρά τη σαφή απαίτηση του όρου δεν είναι μονογραμμένα. Σ' ότι αφορά τη συμφωνία συνεργασίας υπέδειξαν ότι αυτή όχι μόνο δεν φέρει μονογραφές και σφραγίδες των μελών της κοινοπραξίας αλλά και στο τέλος της υπάρχουν μόνο υπογραφές. Εφόσον, ανέφεραν, η προσφορά του επιτυχόντα δεν ήταν δεμένη, όλες οι σελίδες θα έπρεπε να μονογραφηθούν και παρέπεμψαν σχετικά στην *Miltiades Neophytou Civil Engineering Contractors & Developers Ltd και Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών, Υπόθεση 1211/2011, ημερ. 5.5.2015*. Ο όρος καταλήγουν είναι ουσιώδης και η παράβαση του οδηγεί σε ακύρωση.

Καταληκτικά ισχυρίστηκαν ότι η απόφαση κατακύρωσης λήφθηκε χωρίς δέουσα έρευνα και στερείται αιτιολογίας, παραβιάζει την αρχή της καλής πίστης και της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης απέναντι στη διοίκηση η οποία υπό τις περιστάσεις, όπως τις έχουν παραθέσει, είναι πρόδηλο ότι έδρασε με ασυνέπεια

¹ C-465/2011 *Forposta SA, ABC Direct Contact sp. Z o.o. v Poczta Polska SA του Γενικού Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης*
C-440/13 *Croce Amica One Italia Srl v ATEU, ημερ. 11.12.2014*

αντίθετα με την αρχή της ίσης μεταχείρισης υπό καθεστώς πλάνης και προς εξυπηρέτηση αλλότριων σκοπών.

Από την πλευρά της η Αναθέτουσα Αρχή σε σχέση με τον πρώτο ισχυρισμό υποστήριξε ότι αυτός θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Σύμφωνα με τον όρο 5.6.1(b) του Τόμου 1 Οδηγίες προς Οικονομικούς Φορείς, υποστήριξε, το μόνο το οποίο απαιτείται είναι η υποβολή αποδεικτικών στοιχείων σύστασης του κάθε νομικού προσώπου και σε περίπτωση κοινοπραξίας φυσικών ή / και νομικών προσώπων επιπρόσθετα η υποβολή Συμφωνητικού Συνεργασίας υπογραμμένου από όλους τους συμμετέχοντες στην κοινοπραξία. Με αναφορά στα υποβληθέντα έγγραφα για το κάθε μέλος του επιτυχόντα υποστήριξε ότι τα απαιτούμενα για όλα τα μέλη του επιτυχόντα υποβλήθηκαν. Σ' ότι αφορά το έγγραφο με τίτλο «Ανακοίνωση» παρέπεμψε σε σημείο του εγγράφου υπό τον τίτλο «ΕΚΠΡΟΣΩΠΗΣΗ».

Οι Αιτητές υποστήριξε παρερμήνευσαν τον πιο πάνω όρο ο οποίος δεν απαιτεί υποβολή απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου των εταιρειών μελών της κοινοπραξίας. Οι αποφάσεις στις οποίες οι Αιτητές παρέπεμψαν αφορούσαν όρους οι οποίοι ρητά απαιτούσαν υποβολή πρακτικού Διοικητικού Συμβουλίου ή ρητή εξουσιοδότηση για συμμετοχή στον διαγωνισμό.

Απορρίπτοντας και το δεύτερο λόγο ακύρωσης, η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι σύμφωνα με τον όρο 5.6.1(h) του Τόμου 1 των εγγράφων του Διαγωνισμού

απαιτείτο η υποβολή του Εντύπου 6 υπογραμμένου (α) από το μέλος της Κοινοπραξίας που εκτέλεσε ή συμμετείχε στην εκτέλεση του Reference Project και (β) από την Κοινοπραξία. Σύμφωνα με τον εν λόγω όρο οι κοινοπραξίες είχαν τη δυνατότητα να υποβάλουν συμπληρωμένο το Έντυπο 6 μόνο από τα μέλη που είχαν την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα και επιπρόσθετα να το υποβάλουν και οι ίδιες.

Ο επιτυχών υπέβαλε το Έντυπο 6 υπογραμμένο μόνο από το μέλος της Κοινοπραξίας το οποίο έχει εκτελέσει το έργο που χρησιμοποιήθηκε ως reference project για απόδειξη της εμπειρίας της Κοινοπραξίας στην εκτέλεση συναφών Έργων, σύμφωνα με τα Έγγραφα του Διαγωνισμού. Δεν υπέβαλε όμως το επιπρόσθετο Έντυπο και η Επιτροπή Αξιολόγησης, ζήτησε την υποβολή του εν λόγω Εντύπου υπογραμμένου και από την Κοινοπραξία.

Η εκ των υστέρων υποβολή του Εντύπου 6 από τον επιτυχόντα υποστήριξε δεν παραβιάζει ούτε ουσιώδη όρο του διαγωνισμού αλλά ούτε και την αρχή της ίσης μεταχείρισης, εφόσον αυτό δεν θα χρησιμοποιείτο ως αποδεικτικό στοιχείο συμμόρφωσης με όρο του διαγωνισμού, αλλά ως επιπρόσθετο στοιχείο, όπως ρητά αναφέρεται και στον σχετικό όρο του διαγωνισμού.

Σε σχέση με τον τρίτο λόγο ακυρότητας η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε επικαλούμενη το άρθρο 57(6) και (7) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης ότι αυτό δεν αναφέρεται σε αναγνώριση

αποφάσεων αποκλεισμού άλλων κρατών μελών. Κάθε κράτος μέλος, υποστήριξε, τα θέματα αποκλεισμού προσφοροδοτών τα κρίνει βάσει του εθνικού δικαίου και στην παρούσα περίπτωση η απόφαση την οποία έχουν επικαλεστεί οι Αιτητές είναι απόφαση της Ελληνικής Επιτροπής Προστασίας του Ανταγωνισμού και ως τέτοια δεν τυγχάνει εφαρμογής στη Δημοκρατία.

Ανεξάρτητα όμως από τα πιο πάνω με αναφορά στο περιεχόμενο της καταδικαστικής απόφασης εισηγήθηκε ότι κι' εάν ακόμη αυτή τυγχάνει εφαρμογής στη Δημοκρατία έχει λήξει το μέγιστο χρονικό διάστημα αποκλεισμού σύμφωνα με το άρθρο 57(7) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

Επίσης η Επιτροπή Αξιολόγησης για την κατάληξη της έλαβε υπόψη της όσα ο επιτυχών δήλωσε στο έντυπο προσωπικής κατάστασης με το οποίο οι προσφέροντες δεσμεύονται για όσα αναγράφονται σ' αυτό.

Σ' ότι αφορά τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι η προσφορά του επιτυχόντα δεν έχει μονογραφηθεί, όπως ο όρος 5.5.5. των εγγράφων του διαγωνισμού προβλέπει και συνεπώς δεν διασφαλίζεται η δέσμευση του για εκτέλεση όσων περιέχονται στα έγγραφα και έντυπα του διαγωνισμού, η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι όλα τα υποβληθέντα έγγραφα και έντυπα έχουν μονογραφηθεί από τον εξουσιοδοτημένο εκπρόσωπο της κοινοπραξίας με εξαίρεση μεμονωμένες περιπτώσεις εγγράφων διπλής όψεως τα οποία έχουν μονογραφηθεί στη μία όψη ενώ φαίνεται η σύνδεση των σελίδων μεταξύ τους. Σ' ότι αφορά το συμφωνητικό κοινοπραξίας αυτό

αποτελεί έγγραφο διπλής όψεως με εμφανή τη σύνδεση της πρώτης με τη δεύτερη σελίδα είναι δε μονογραμμένο στην πρώτη σελίδα από τον εκπρόσωπο της κοινοπραξίας και στη δεύτερη από τους εκπροσώπους των μελών της κοινοπραξίας.

Έχοντας εξετάσει τα όσα οι δύο πλευρές παρέθεσαν ενώπιον μας παρατηρούμε ότι ο όρος 5.6.1(b) του Μέρους Ι τον οποίο κατά τον ισχυρισμό των Αιτητών δεν ικανοποιεί η προσφορά του επιτυχόντα έχει ως εξής:

«5.6 Contents of Tender Envelope

5.6.1 Each Tenderer must submit the following documents duly completed and signed:

(a) [...]

(b) For certifying the eligibility for participation in accordance with Paragraph 3.3.1, one of the following:

- i. If the Tenderer is a legal person, proof of its establishment (either in Greek or English)*
- ii. If the Tenderer is a consortium of natural and/or legal persons, the above supporting documents (stated in limb (i)) should be submitted for each legal person participating in the consortium. A Cooperation Agreement (either in Greek or English), signed by all participants in the consortium, should also be submitted, stating:*
 - The intention of each participant to participate in the consortium,*
 - The participation rate of each member in the consortium,*
 - The consortium member to act as the leader of the consortium, and*
 - The person appointed as Representative of the consortium.»*

Είναι φανερό από το λεκτικό του πιο πάνω όρου ότι εκείνο που θα έπρεπε να υποβληθεί είναι στοιχεία που να πιστοποιούν/βεβαιώνουν ότι εάν ο προσφέρων είναι νομικό πρόσωπο έχει συσταθεί. Εάν δε ο προσφέρων είναι κοινοπραξία φυσικών ή νομικών προσώπων για τα νομικά πρόσωπα, στοιχεία της σύστασης τους και είτε είναι φυσικά πρόσωπα είτε νομικά, συμφωνία συνεργασίας υπογεγραμμένη από όλους τους συμμετέχοντες. Προσδιορίζεται δε τί θα πρέπει να περιέχει η συμφωνία συνεργασίας. Σ' αυτή πρέπει να δηλώνεται η πρόθεση για συμμετοχή στη συνεργασία το ποσοστό συμμετοχής του κάθε μέλους και το μέλος που θα ενεργεί ως ο αρχηγός (leader) της κοινοπραξίας ως και το μέλος που διορίζεται για να εκπροσωπεί την κοινοπραξία.

Ο όρος του διαγωνισμού δεν αναφέρεται σε απόφαση του διοικητικού συμβούλιου όπως είναι η θέση των Αιτητών για να τυγχάνουν εφαρμογής τα αποφασισθέντα στην ***A.T. MULTITECH CORPORATION LTD v. ΚΥΠΡΙΑΚΗΣ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ ΜΕΣΩ ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΚΑΙ/Η ΑΝΑΘΕΩΡΗΤΙΚΗΣ ΑΡΧΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ*** (πιο πάνω) που επικαλέστηκαν.

Εκεί ο όρος του διαγωνισμού ήταν διαφορετικός.

Το ερώτημα εδώ που θα πρέπει να απαντηθεί είναι κατά πόσο με τα όσα ο επιτυχών υπέβαλε πληρούνται οι πιο πάνω απαιτήσεις του όρου, οι οποίες στην ουσία στοχεύουν να δεσμεύονται οι οικονομικοί φορείς έναντι της Αναθέτουσας Αρχής για ότι υποβάλλουν. Ότι όλα τα μέλη του επιτυχόντα υπέβαλαν

πιστοποιητικό σύστασης, εφόσον πρόκειται για νομικά πρόσωπα δεν έχει αμφισβητηθεί, προκύπτει άλλωστε από το διοικητικό φάκελο.

Τα 3 μέλη της κοινοπραξίας στα οποία αφορούν οι ισχυρισμοί των Αιτητών καθώς προκύπτει από το διοικητικό φάκελο υπέβαλαν τα εξής:

Karkanias Environmental Technology S.A.

Πιστοποιητικό Ισχύουσας Εκπροσώπησης από το Επιμελητήριο Λάρισας, Τμήμα Μητρώων, Υπηρεσία Γενικού Εμπορικού Μητρώου. Στο συγκεκριμένο πιστοποιητικό υπό τον τίτλο «ΑΝΑΚΟΙΝΩΣΗ» αναφέρεται το δικαίωμα εκπροσώπησης της εταιρείας, από όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου ατομικά ή από κοινού σε οποιοδήποτε διαγωνισμό δημοσίου νομικού προσώπου, δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου, οπουδήποτε και αν διενεργηθεί και για οποιοδήποτε έργο. Στα ίδια άτομα, δίνεται δικαίωμα εκπροσώπησης και δέσμευσης της εταιρείας με μόνη την υπογραφή καθενός χωριστά, παραθέτοντας ενδεικτικά στο συγκεκριμένο πιστοποιητικό, ορισμένες πράξεις για τις οποίες έχουν το εν λόγω δικαίωμα.

ELBIOMEC LTD

Πιστοποιητικό σύστασης της εταιρείας από τον Έφορο Εταιρειών στο οποίο αναγράφεται ως ένας εκ των διευθυντών της εταιρείας είναι ο κύριος Χρίστος Γανωτής.

Έχει υποβληθεί συμφωνητικό κοινοπραξίας στο οποίο ο κύριος Χρίστος Γανωτής ορίζεται ως εξουσιοδοτημένος εκπρόσωπος της κοινοπραξίας. Έχει υπογράψει το εν λόγω Συμφωνητικό δεσμεύοντας την εταιρεία του για συμμετοχή και εκτέλεση των έργων στα οποία αφορά ο Διαγωνισμός. Συγκεκριμένα, στο Cooperation Agreement αναφέρεται “.... *the Cyprus company ELBIOMECH LTD with the registration number HE249693, with headquarters in Tripolitsas 25B, 3086 Limassol, Cyprus and with its legal representative being its Director Mr. Christos Ganotis*”.

P.M. AQUAMECH LTD

Πιστοποιητικό σύστασης της εταιρείας από τον Έφορο Εταιρειών στο οποίο αναγράφεται ως διευθυντής της εταιρείας ο κύριος Παναγής Μάρκου.

Έχει υποβληθεί συμφωνητικό κοινοπραξίας στο οποίο ο κύριος Παναγής Μάρκου έχει υπογράψει δεσμεύοντας ταυτόχρονα την εταιρεία του για συμμετοχή και εκτέλεση των έργων στα οποία αφορά ο Διαγωνισμός. Συγκεκριμένα στο Cooperation Agreement αναφέρεται “.... *the Cyprus company P.M. AQUAMECH LTD with the registration number HE3666620, with headquarters in Andoulou 11A, Nea Ekali, Limassol, Cyprus and with its legal representative being its Director Mr. Panagis Markou....* ”.

Υπό το φως του όρου 5.6.1(β) πιο πάνω και όσων με την προσφορά των Αιτητών υποβλήθηκαν σε συμφωνία με την Αναθέτουσα Αρχή κρίνουμε ότι ο όρος

πληρούται. Όσα οι Αιτητές πρόβαλαν σε σχέση με το έγγραφο υπό τον τίτλο ΑΝΑΚΟΙΝΩΣΗ διαψεύδονται από το ίδιο το έγγραφο. Οι Αιτητές φαίνεται περιορίστηκαν στην ανάγνωση μόνο όσων αναφέρονται υπό τον τίτλο ΠΑΡΟΧΗ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΟΣ ΥΠΟΓΡΑΦΗΣ.

Αναφορικά με το λόγο ακυρότητας λόγω παράλειψης του Εντύπου 6 από τον επιτυχόντα παρατηρούμε τα εξής: Ο όρος 5.6.1(h) του Τόμου 1 προβλέπει ότι:

«...For certifying the requirements of Paragraph 3.3.8 [Technical and Professional Ability] the Tenderer must submit with his offer:

(1) -----

(2) Form 6 – Paragraph 2 [List of Projects Completed] listing at least one (1) project, showing that the participation requirements specified under Paragraph 3.3.8.1 limp (i) are met. The list may include...

[...]

In the case of a Consortium, is enough that Form 6 is completed and submitted only by those members of the consortium whose Technical and Professional Ability is used to satisfy this requirement. Separate forms to be used by each relevant member of the Consortium and an additional such Form shall be completed and submitted for the consortium...».

Ο επιτυχών είναι παραδεκτό από την Αναθέτουσα Αρχή, προκύπτει άλλωστε από το διοικητικό φάκελο ότι με την προσφορά του δεν υπέβαλε το τεκμήριο 6. Αυτό υποβλήθηκε μόνο για το μέλος Karkanias Environmental Technology S.A. το

μέλος δηλαδή που εκτέλεσε το έργο που χρησιμοποιήθηκε για απόδειξη της εμπειρίας του επιτυχόντα στην εκτέλεση συναφών έργων. Με την υποβολή του Εντύπου 6 από το εν λόγω μέλος που διαθέτε την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα ουσιαστικά ο σκοπός του όρου 8.3.3.1 του Μέρους Ι που δεν είναι άλλος από την τεκμηρίωση της επαγγελματικής ικανότητας του προσφέροντα ικανοποιείται. Η παράλειψη υποβολής του από τον ίδιο τον επιτυχόντα και η αναζήτηση από την Αναθέτουσα Αρχή υποβολής του και από τον ίδιο δεν συνιστά εκ των υστέρων συμπλήρωση της προσφοράς. Η όποια παράλειψη/παρατυπία υπήρξε λόγω της μη υποβολής του εφόσον με την υποβολή του εκ των υστέρων δεν προστίθεντο οποιαδήποτε νέα στοιχεία δεν αποτελεί ζήτημα που οδηγεί σε ακυρότητα, εφόσον δεν συνιστά συμπλήρωση άκυρης προσφοράς. Η Αναθέτουσα Αρχή στα πλαίσια δέουσας έρευνας όταν διαπίστωσε την απουσία του το αναζήτησε ακριβώς γιατί με αυτό δεν προστίθετο οτιδήποτε σε σχέση με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του επιτυχόντα για να τίθεται θέμα συμπλήρωσης της προσφοράς του.

Ούτε ο ισχυρισμός των Αιτητών σε σχέση με παραβίαση του όρου 5.5.5² του Τόμου 1 των εγγράφων του διαγωνισμού ευσταθεί. Ανεξάρτητα από το γεγονός ότι ο ισχυρισμός αυτός των Αιτητών διαπνέεται από αοριστία αφού πέραν του συμφωνητικού δεν έχει αναφερθεί ποια ουσιώδη έγγραφα δεν έχουν μονογραφηθεί, το ίδιο το λεκτικό του όρου 5.5.1 φανερώνει ότι η όποια

² *Tenderers (or their Representatives) are strongly advised to initial every page of the ORIGINAL of the Tender. In the case of bound documents, only the first page and the last page need to be initialled.*

παράλειψη σημειωθεί δεν καθιστά από μόνη της την προσφορά άκυρη. Εν πάση περιπτώσει έχουμε και εμείς διεξέλθει την προσφορά του επιτυχόντα και έχουμε διαπιστώσει όσα η Αναθέτουσα Αρχή ισχυρίστηκε. Τα ουσιώδη έγγραφα και τα έγγραφα από τα οποία προκύπτει η δέσμευση του επιτυχόντα και η εξουδετέρωση του κινδύνου εκ των υστέρων επέμβασης είναι υπογεγραμμένα κατά τρόπο που δεν αφήνουν οποιαδήποτε αμφιβολία για τη δέσμευση του. Στο έγγραφο το οποίο οι Αιτητές μάς παρέπεμψαν (Συμφωνητικό Έγγραφο) είναι έγγραφο μίας σελίδας με δυο όψεις με μονογραφή από τον εξουσιοδοτημένο εκπρόσωπο του επιτυχόντα, σφραγίδες και υπογραφή από τους εξουσιοδοτημένους των μελών του επιτυχόντα στο τέλος έτσι ώστε η όποια παράλειψη μονογραφής από όλους στο εμπρόσθιο μέρος της σελίδας καλύπτεται από την υπογραφή στο πίσω μέρος της σελίδας.

Τέλος, σ' ότι αφορά τον τρίτο ισχυρισμό δηλαδή τον ισχυρισμό ότι ο επιτυχών θα έπρεπε να αποκλεισθεί λόγω της καταδίκης του από την Ελληνική Επιτροπή Ανταγωνισμού, Απόφαση αρ. 642/2017, (δημοσιεύθηκε στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως της Ελληνικής Δημοκρατίας Αρ. Φύλλου 3104 στις 8.9.2017), ο οποίος καθώς προέκυψε κατά την ενώπιον μας συζήτηση της υπόθεσης τέθηκε από τους Αιτητές για πρώτη φορά με τη γραπτή τους αγόρευση παρατηρούμε τα εξής.

Η Αναθέτουσα Αρχή δεν έχει αμφισβητήσει ότι το ζήτημα αυτό δεν ήταν σε γνώση της όταν λάμβανε την απόφασή της ώστε να το εξετάσει. Με όσα ενώπιον μας υποστήριξε, ουσιαστικά στόχευε να καταδείξει ότι ο επιτυχών δεν προέβη σε

ψευδή δήλωση όταν στο έντυπο δήλωνε ότι *«has not been guilty of grave professional misconduct which renders their integrity questionable...»* και ότι *«has not entered into agreements with other economic operators aimed at distorting competition...»*, επειδή η καταδίκη του μέλους ΠΟΡΤΟ ΚΑΡΡΑΣ ΑΕ δεν έλαβε χώρα στην Κυπριακή Δημοκρατία αλλά σε άλλο κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης και για το σκοπό αυτό μας παρέπεμψε σε αποφάσεις του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου³ οι οποίες όμως δεν είναι σχετικές με το κατά πόσο διάπραξη επαγγελματικού παραπτώματος σε χώρα κράτος μέλος δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη στα πλαίσια δημόσιου διαγωνισμού άλλου κράτους μέλους λαμβανομένης μάλιστα υπόψη της σκέψης 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26 Φεβρουαρίου 2014, η οποία προβλέπει ότι:

«Η ανάθεση δημόσιων συμβάσεων από τις αρχές των κρατών μελών ή εκ μέρους αυτών πρέπει να είναι σύμφωνη με τις αρχές της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ) και ιδίως με την αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων, την αρχή της ελευθερίας της εγκατάστασης και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, καθώς και με τις αρχές που απορρέουν από αυτές, όπως είναι η αρχή της ίσης μεταχείρισης, η αρχή της αποφυγής διακρίσεων, η αρχή της αμοιβαίας αναγνώρισης, η αρχή της αναλογικότητας και η αρχή της διαφάνειας. Εντούτοις, για δημόσιες συμβάσεις που υπερβαίνουν ορισμένη αξία, είναι σκόπιμο να θεσπιστούν διατάξεις για τον συντονισμό των εθνικών διαδικασιών προμήθειας, ούτως ώστε να διασφαλίζεται ότι οι εν λόγω αρχές εφαρμόζονται στην πράξη και ότι οι δημόσιες προμήθειες είναι ανοικτές στον ανταγωνισμό».

Με δεδομένο ότι το ζήτημα δεν ήταν σε γνώση της Αναθέτουσας Αρχής όταν λάμβανε την απόφασή της μας απασχόλησε κατά πόσο μπορούσε να εξετασθεί

³ C-465/11, C-358/12, C-470/13, C-171/15, C-178/16,

υπό το φως όσων εκ των υστέρων με τη γραπτή αγόρευση της δικηγόρου της Αναθέτουσας Αρχής αναφέρθηκαν. Καταλήξαμε ότι δεν μπορεί να εξεταστεί εφόσον οι γραπτές αγορεύσεις δεν μπορούν ούτε να υποκαταστήσουν αλλά ούτε και να συμπληρώσουν όσα δεν προκύπτουν από το διοικητικό φάκελο.

Έχοντας υπόψη τα αποφασισθέντα στην *Συμβούλιο Απογετεύσεων Λευκωσίας ν. Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών (2007) 3 ΑΑΔ 568* ότι δηλαδή η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών είναι ανώτερο διοικητικό όργανο επιφορτισμένο με τον έλεγχο της νομιμότητας της διοικητικής απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής με σκοπό την κατάληξη της σύνθετης διοικητικής διεργασίας του διαγωνισμού, κρίναμε ότι το ζήτημα θα πρέπει να εξεταστεί από την Αναθέτουσα Αρχή. Εφόσον από τα υποβληθέντα ενώπιον μας προκύπτει ζήτημα, το οποίο χρήζει διερεύνησης και το οποίο η Αναθέτουσα Αρχή εάν εγνώριζε, στα πλαίσια δέουσας έρευνας θα το διερευνούσε, θεωρούμε ότι έχουμε στη βάση του άρθρου 25(2) του Ν. 104(Ι)/2010 εξουσία να ακυρώσουμε, για τον λόγο αυτό, την προσβαλλόμενη απόφαση.

Επίσης σχετικά είναι τα αναφερόμενα στο *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Δημήτριου Γ. Ράϊκου, Β' Έκδοση, 2017*, τα οποία και παραθέτουμε:

«Το απαράδεκτο της προσφοράς μπορεί να εξετάζει η αναθέτουσα αρχή και πέραν του χρόνου κρίσης των τεχνικών και οικονομικών προσφορών των υποψηφίων αναδόχων. Συγκεκριμένα, στις διαδικασίες των δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, η αναθέτουσα αρχή δεν κωλύεται ακόμα και κατά την κατακύρωση να απορρίψει προσφορά ως

απαράδεκτη λόγω μη τήρησης απαράβατου όρου της διακήρυξης. Δηλαδή, μέχρι την ολοκλήρωση προκηρυχθέντος διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να ελέγξει αν προηγούμενες πράξεις οργάνων της είναι νομικώς πλημμελείς και να τις ανακαλέσει για το λόγο αυτό, σύμφωνα με τις γενικές αρχές ανάκλησης μη σύννομης διοικητικής πράξης. Τούτο ισχύει, λοιπόν, και στην περίπτωση της κατακύρωσης, εφόσον η νομιμότητα της κατακυρωτικής απόφασης, δηλαδή της πράξης με την οποία ολοκληρώνεται η σύνθετη διοικητική ενέργεια του διαγωνισμού, εξαρτάται από τη νομιμότητα των προηγούμενων πράξεων της οικείας διοικητικής διαδικασίας».

Ενόψει των πιο πάνω ομόφωνα αποφασίζουμε ότι η πιο πάνω Προσφυγή επιτυγχάνει και η προσβαλλόμενη απόφαση ακυρώνεται.