



ΑΝΑΘΕΩΡΗΤΙΚΗ ΑΡΧΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ
TENDERS REVIEW AUTHORITY

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

Προσφυγή Αρ. 33/2023

Μεταξύ:

MEGGER GERMANY GMBH

Αιτητών

v.

ΑΡΧΗΣ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ ΚΥΠΡΟΥ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών:**

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

Αιτητές:

MEGGER GERMANY GMBH

Αντιπροσωπεύθηκε από τον:

1. Άγι Χρ. Γεωργιάδη, δικηγόρο για Χρήστος Γεωργιάδης
& Συνεργάτες Δ.Ε.Π.Ε.

Αναθέτουσα Αρχή:

ΑΡΧΗΣ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ ΚΥΠΡΟΥ

Αντιπροσωπεύθηκε από την:

1. Άννα Κ. Χρίστου, δικηγόρο για Ιωαννίδης Δημητρίου
Δ.Ε.Π.Ε.

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 16 Νοεμβρίου, 2023

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Αντικείμενο της παρούσας προσφυγής είναι η απόφαση της Αρχής Ηλεκτρισμού Κύπρου («η Αναθέτουσα Αρχή») να αποκλείσει την προσφορά των Αιτητών και να κατακυρώσει το Διαγωνισμό με αρ. 336/2022 και τίτλο «*Supply of Two Cable Test Vans and Maintenance for a 7-year Period*» στην εταιρεία BAUR GmbH («ο Επιτυχών») για το ποσό των €746,897.73.

Στο Διαγωνισμό ο οποίος προκηρύχθηκε στις 02.03.2023 με τελευταία ημερομηνία υποβολής προσφορών, μετά από παράταση, τις 17.05.2023, υποβλήθηκαν δυο προσφορές των Αιτητών και του Επιτυχόντα.

Η Επιτροπή Αξιολόγησης σε σχετική Έκθεσή της εισηγήθηκε την κατακύρωση του Διαγωνισμού για αγορά δύο (2) οχημάτων εντοπισμού βλαβών και καλωδίων και συντήρησή τους για περίοδο επτά (7) χρόνων στους Αιτητές. Με την εισήγησή της συμφώνησε η Επιτροπή Προσφορών, όχι όμως το Διοικητικό Συμβούλιο το οποίο σε συνεδρία στις 29.09.2023 αποφάσισε την απόρριψη της προσφοράς των Αιτητών καθ' ότι δεν πληρούσε την παράγραφο 7.2 του Annex II «(*Technical Specification, EAC Spec 11-031) stating the maximum vehicle's overall external height, including the installation of the A/C external unit and strobe lights when unloaded, is not fulfilled.*» και κατακύρωσε το Διαγωνισμό στην εταιρεία BAUR GmbH.

Οι Αιτητές με αναφορά στο έγγραφο «Compliance Sheet» της προσφοράς τους, υποστηρίζουν ότι η προσφορά τους πληροί την παράγραφο 7.2 του Annex II αναφορικά με το ύψος του οχήματος, το οποίο θα έπρεπε να είναι 2900mm, περιλαμβανομένης της εγκατάστασης Air Condition (A/C). Σύμφωνα με τα σχέδια που υποβλήθηκαν με την προσφορά τους, το συνολικό ύψος των οχημάτων, χωρίς τα εξωτερικά A/C, είναι 2.710mm (T083 EAC-Sprinter Panel van 517 CDI standard DRAWINGS, σελ. 2), με απόκλιση από τον κατασκευαστή +/-3%, δηλαδή +/-81,3mm. Ενδεικτικό της απόκλισης που μπορεί να έχει το ύψος του οχήματος για διάφορους λόγους (π.χ. βάρος εξοπλισμού, μέγεθος τροχών και ελαστικών κτλ.), είναι ότι στο έγγραφο T071 Mercedes MB Sprinter Brochure (σελ. 13), που επίσης περιλήφθηκε στην προσφορά των Αιτητών, αναφέρεται ότι το ύψος του οχήματος είναι 2.620mm. Αναφερόμενοι οι Αιτητές στην απάντησή τους στα πλαίσια διευκρινίσεων αναφορικά με το συνολικό ύψος του οχήματος μετά την εγκατάσταση των εξωτερικών A/C (επιστολή ημερ. 06.07.2023 προς την Αναθέτουσα Αρχή), υποστηρίζουν ότι το μέγιστο ύψος των οχημάτων της προσφοράς τους, βάσει των σχεδίων του κατασκευαστή και των προδιαγραφών των προτεινόμενων εξωτερικών A/C, δεν παρουσιάζει απόκλιση από το μέγιστο ύψος που προνοεί ο όρος και ότι στην απάντησή τους κατά λάθος υπολογίστηκε το μέγιστο ύψος των οχημάτων πλέον η μέγιστη απόκλιση του κατασκευαστή. Προστέθηκε, δηλαδή, 3% πάνω από το μέγιστο ύψος των οχημάτων βάσει των σχεδίων του κατασκευαστή. Περαιτέρω, σημειώνουν ότι και η προσφορά του Επιτυχόντα περιλάμβανε οχήματα του ίδιου κατασκευαστή (Mercedes) και

συνεπώς υπήρχε το ενδεχόμενο ανάλογης απόκλισης στο ύψος και των δικών τους οχημάτων.

Ο αποκλεισμός της προσφοράς τους από το Διοικητικό Συμβούλιο ουσιαστικά στηρίχθηκε στη θέση του νομικού συμβούλου της Αναθέτουσας Αρχής, ότι δηλαδή σύμφωνα με τη νομολογία η λέξη «*shall*» είναι επιτακτική και δεν αφήνει περιθώριο διακριτικής ευχέρειας, θέση όμως που δεν είναι ορθή.

Οι Αιτητές χωρίς να αμφισβητούν ότι σύμφωνα με τη νομολογία¹ σε ορισμένες περιπτώσεις η χρήση της λέξης «*shall*» ενδεχομένως να καθιστά επιτακτική τη συμμόρφωση με κάποιον όρο υποστηρίζουν ότι με τη νομολογία δεν καθιερώνεται απόλυτος κανόνας. Η χρήση της λέξης «*shall*», αναφέρουν, όπως δέχεται και πάλι η νομολογία², συνιστά μόνο ένδειξη ότι ένας όρος ενδεχομένως να είναι ουσιώδης.

Ζητούμενο υποστηρίζουν είναι κατά πόσο η τήρηση του συγκεκριμένου όρου ενέχει ή όχι αποφασιστική σημασία για τη λήψη και το περιεχόμενο της απόφασης για κατακύρωση. Με τη χρήση σε ένα όρο της λέξης «*shall*»³ ο όρος δεν καθίσταται αυτόματα ουσιώδης.

¹ Οργανισμός Συγκοινωνιών Πάφου (Ο.ΣΥ.ΠΑ) Λτδ v. Κυπριακής Δημοκρατίας μέσω Υπουργείου Μεταφορών, Επικοινωνιών και Έργων, Υπόθεση Αρ. 1801/2019, ημερ.11.05.2020

² Next Media Project, SLU v. European Fisheries Control Agency, Υπόθεση T-338/23 R, Απόφαση Γενικού Δικαστηρίου ημερ. 09.08.2023

³ Chanat Ltd v. Πανεπιστημίου Κύπρου, Προσφυγή Αρ. 38/2020, ημερ. 23.04.2021

Περαιτέρω, ισχυρίζονται ότι δεν τίθεται ζήτημα παραβίασης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και μη τήρησης του ενιαίου μέτρου κρίσης, εφόσον η Αναθέτουσα Αρχή, για παρόμοια έλλειψη δεν απέκλεισε τις προσφορές των υπόλοιπων προσφοροδοτών.

Το Διοικητικό Συμβούλιο, αναφέρουν, υπό πλάνη και χωρίς περαιτέρω προβληματισμό είναι που υιοθέτησε τη θέση του νομικού συμβούλου. Όταν υπάρχει ένδειξη, ισχυρίζονται, ότι ένας όρος ενδεχομένως να είναι ουσιώδης, θα πρέπει να υπάρξει σύμφωνα με την νομολογία⁴ προβληματισμός κατά πόσο η τήρηση του όρου ενέχει ή όχι αποφασιστική σημασία για την απόφαση κατακύρωσης.

Υποστηρίζουν, επίσης, οι Αιτητές ότι η προσβαλλόμενη απόφαση στερείται αιτιολογίας. Η απόρριψη της προσφοράς τους, αναφέρουν, με αιτιολογία τη γενική και αυθαίρετη διαπίστωση ότι ο όρος 7.2 του Μέρους Α είναι ουσιώδης, δεν αρκεί. Η μόνη συμπληρωματική αιτιολογία είναι η αναφορά του νομικού συμβούλου προς το Διοικητικό Συμβούλιο ότι από μόνη της η χρήση της λέξης «*shall*», καθιστά αυτόματα τον όρο ουσιώδη. Δεν επιχειρήθηκε η υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης υπόθεσης στις διατυπώσεις του νόμου και της νομολογίας. Το Διοικητικό Συμβούλιο αγνόησε τις συστάσεις των εκθέσεων της Επιτροπής Αξιολόγησης και της Επιτροπής Προσφορών, χωρίς την

⁴ Tamassos Tobacco Suppliers and Co v. Δημοκρατίας (1992) 3 A.A.Δ. 60

παράθεση ειδικής αιτιολογίας που να αντισταθμίζει τις συστάσεις των εκθέσεων⁵ όπως και τα αδιαμφισβήτητα δεδομένα που τέθηκαν ενώπιον του από τους κατ' εξοχή ειδικούς, οι οποίοι κατέληξαν ότι η τήρηση του όρου δεν ενείχε αποφασιστική σημασία για την απόφαση κατακύρωσης.

Οι Αιτητές, στη συνέχεια, αμφισβητούν την κατακύρωση του Διαγωνισμού στον Επιτυχόντα, η προσφορά του οποίου αναφέρουν είναι ψηλότερη της δικής τους, και δεν πληροί ουσιώδεις όρους του Διαγωνισμού.

Συγκεκριμένα αναφέρουν ότι το Portable identification device type KSG200, δεν πληροί τις προδιαγραφές IEC61010, κατά παράβαση του όρου 2 του Annex II.

Τέλος, το όχημα το οποίο προσφέρει ο Επιτυχών, δεν είναι άνετο και ούτε περιλαμβάνει ασφαλή χώρο εργασίας για τους χειριστές του, αφού το εσωτερικό του ύψος είναι μόλις 1519mm, δηλαδή σημαντικά χαμηλότερο από το μέσο ύψος ενός ενήλικα.

Η Αναθέτουσα Αρχή τους ισχυρισμούς των Αιτητών τους απορρίπτει ως αβάσιμους. Υποστηρίζει, με παραπομπή και αυτή σε νομολογία⁶, ότι το ουσιώδες του όρου προκύπτει από την λέξη «*shall*» η οποία και τον καθιστά επιτακτικό.

⁵ Δρ. Κώστας Παρασκευά (2017). Κυπριακό Διοικητικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος

⁶ Tamassos Tobacco Suppliers and Co v. Δημοκρατίας (1992) 3 Α.Α.Δ. 60, Σ. & Γ. Κολοκασίδης Λτδ v. Αρχής Τηλεπικοινωνιών Κύπρου (2001) 4 ΑΑΔ 792

Οποιαδήποτε απόκλιση από αυτόν αναφέρει σύμφωνα με τη νομολογία⁷ είναι επίσης ουσιώδης. Συνεπώς, ορθά το Διοικητικό Συμβούλιο διαφώνησε με τις εισηγήσεις της Επιτροπής Αξιολόγησης και της Επιτροπής Προσφορών.

Σε ό,τι αφορά την αιτιολογία της παρέκκλισης από την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης, αυτή καταγράφεται στα πρακτικά του Διοικητικού Συμβουλίου το οποίο είναι και το αποφασίζον όργανο, ενώ οι εισηγήσεις των Επιτροπών είναι συμβουλευτικές και όχι δεσμευτικές⁸.

Η προσφορά των Αιτητών, αναφέρει, όπως και οι Αιτητές δέχονται, δεν πληρούσε ουσιώδη όρο του διαγωνισμού. Συνεπώς, το αποφασίζον όργανο με τα στοιχεία που είχε ενώπιον του εύλογα αποφάσισε. Εάν αποφάσιζε διαφορετικά θα παραβίαζε τους όρους των εγγράφων του Διαγωνισμού, αλλά και την αρχή της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών.

Η αναφορά των Αιτητών ότι ο υπολογισμός του μέγιστου ύψους ήταν αποτέλεσμα δικού τους λάθους δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη, ως εκ των υστέρων υποβολή στοιχείων, που δεν είναι επιτρεπτή⁹.

⁷ Κυπριακή Δημοκρατία v. C.H. Heat-Flow Mechanical Contractors Ltd (2005) 3 ΑΑΔ 363

⁸ Getian General Services Limited v. Κυπριακής Δημοκρατίας μέσω Συμβουλίου Μελέτης Παρεκκλίσεων κ.α, Υπόθεση Αρ. 1425/2008, ημερ. 29.09.2010

⁹ Αρχή Ηλεκτρισμού Κύπρου v. Hydrotech Water and Enviromental Engineering Ltd (1999) 3 ΑΑΔ 333

Καταληκτικά, η Αναθέτουσα Αρχή αναφέρει ότι σύμφωνα με πάγια νομολογία, οι όροι των δημοσίων προσφορών εφόσον είναι ουσιώδεις, εφαρμόζονται αυστηρά ως θέμα ευρύτερης δημόσιας τάξης και συνέπειας¹⁰.

Σε σχέση με τους ισχυρισμούς των Αιτητών ότι η προσφορά του Επιτυχόντα δεν πληροί ουσιώδεις όρους, αυτοί όχι μόνο δεν ευσταθούν αλλά αναφέρονται και σε τεχνικά ζητήματα τα οποία είναι ανέλεγκτα.

Το προσφερθέν μοντέλο Portable identification device είναι το KSG200T (Schedule C), και όχι το KSG200 όπως αναφέρουν οι Αιτητές. Το προσφερθέν, όπως αναγράφεται στο εγχειρίδιο που υπέβαλε ο Επιτυχών, από πλευράς ασφάλειας για το χειριστή έναντι ηλεκτροπληξίας είναι κατηγορίας CAT IV. Το συγκεκριμένο όργανο κρίθηκε από την Επιτροπή Αξιολόγησης ότι πληροί πλήρως τις απαιτήσεις του προτύπου CYS EN 61010.

Σε ό,τι αφορά τον ισχυρισμό ότι το προσφερθέν από τον Επιτυχόντα όχημα δεν είναι άνετο, ούτε περιλαμβάνει ασφαλή χώρο εργασίας, ούτε αυτός ευσταθεί εφόσον οι Αιτητές δεν επικαλούνται οποιαδήποτε παράβαση με παραπομπή σε όρο των εγγράφων του Διαγωνισμού. Με αναφορά στους όρους της τεχνικής προδιαγραφής, αλλά και σύμφωνα με το Schedule Schedule "A" της σχετικής

¹⁰ Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ν. Εταιρείας EL.NI.A. Kokkinos Ltd (2017) 3 ΑΑΔ 73

προδιαγραφής EAC SPEC 11-031, το ύψος του χώρου εργασίας για το χειριστή δεν είναι σχετικό.

Έχοντας εξετάσει τις θέσεις των δύο πλευρών προχωρούμε να απαντήσουμε τα ζητήματα που τίθενται.

Για να απαντηθεί το ερώτημα κατά πόσο η απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών για αποκλεισμό της προσφοράς των Αιτητών είναι εύλογη, αποτέλεσμα ορθής στάθμισης των ενόπιων του δεδομένων και αιτιολογημένη, παραθέτουμε το σχετικό όρο, αποσπάσματα από την Έκθεση Αξιολόγησης και το πρακτικό του Διοικητικού Συμβουλίου ημερ. 29.08.2023:

Όρος 7.2 Annex II «Technical Specification (EAC Spec 11-031)»

«7.2 Vehicle Structure Dimensions and Loading Capacity

The vehicle shall be Right-Hand steering.

The vehicle shall be structured with a hard top cover for the driver and co-drivers' area and the loading compartment, one twin rear door for access to the loading platform and one sliding door on the left side of the vehicle for access to the high voltage area and the operator's compartment, respectively. A footboard shall be fitted at both rear door and left sliding door.

The offered vehicle shall have the following dimensions / capabilities:

- (i) The maximum vehicle's overall external length shall be 6100mm.*
- (ii) The maximum vehicle's overall external height, including the installation of A/C external unit and strobe lights (Specified in paragraphs 7.12 & 7.13), shall be 2900mm when unloaded.*
- (iii) The vehicle shall be able to carry, in addition to the driver and two co-drivers, a payload of at least 500 kg, after the installation of all storage compartments, the operator's equipment, the high*

voltage equipment, any other accessories mentioned in the present documents (e.g., strobe light, AC, etc). The driver's and two co-drivers' weights to be rated at 80g each.»

Έκθεση Αξιολόγησης ημερ. 29.08.2023

«Ο Προσφοροδότης απέστειλε όλα τα στοιχεία που του ζητήθηκαν τα οποία είναι ικανοποιητικά, με την επιτροπή να σημειώνει τα πιο κάτω:

[...]

- *«Σημειώνεται ότι σε ότι αφορά το συνολικό ύψος του οχήματος μαζί με το κλιματιστικό στην οροφή χωρίς επιπλέον φορτίο, ο προσφοροδότης δήλωσε ότι αυτό είναι 2930mm. Οι όροι του Διαγωνισμού απαιτούν όπως το ύψος του οχήματος να μην ξεπερνά τα 2900mm. Η διαφορά των 30mm κρίνεται επουσιώδης.»*

Πρακτικά Συνεδρίας Διοικητικού Συμβουλίου ημερ. 29.08.2023

«Σε σχέση με την προσφορά αρ.2 της εταιρείας MEGGER Germany GmbH, ο κ. Νικολάου ανέφερε ότι πληροί τις απαιτήσεις του Διαγωνισμού αναφορικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του κατασκευαστή, τη δεκαετή εμπειρία του κατασκευαστή οχήματος εντοπισμού βλαβών, την πενταετή πείρα του επίσημου αντιπροσώπου του οχήματος στην Κύπρο, την τριετή εγγύηση για το όχημα ή 100.000 km, οποιοδήποτε επέλθει νωρίτερα, τη διετή εγγύηση για όλα τα όργανα δοκιμών/εντοπισμού βλαβών που περιλαμβάνονται στο όχημα, την οικονομική και χρηματοοικονομική κατάσταση προσφοροδότη και το απαιτούμενο και προσφερόμενο πρόγραμμα παράδοσης.

Ως εκ τούτου, η Επιτροπή Αξιολόγησης έκρινε ότι η προσφορά αρ.2 της εταιρείας MEGGER Germany GmbH είναι ικανοποιητική και προκρίθηκε για αξιολόγηση στο επόμενο στάδιο που είναι η Τεχνική Αξιολόγηση. Όσον αφορά την Τεχνική Αξιολόγηση, διαπιστώθηκε ότι η προσφορά της εταιρείας MEGGER Germany GmbH, πληροί τις απαιτήσεις του Διαγωνισμού [...].

[...]

Στο σημείο αυτό ο κ. Νικολάου ανέφερε στο Διοικητικό Συμβούλιο ότι όσο αφορά το συνολικό ύψος του οχήματος μαζί με το κλιματιστικό στην οροφή, χωρίς επιπλέον φορτίο, ο προσφοροδότης δήλωσε ότι αυτό είναι 2930mm. Σύμφωνα με τους όρους του Διαγωνισμού απαιτείται όπως το

ύψος του οχήματος να μην ξεπερνά τα 2900mm. Όπως πρόσθεσε ο κ. Νικολάου, η Επιτροπή Αξιολόγησης κατέληξε ότι η διαφορά των 30mm, κρίνεται επουσιώδης και δεν επηρεάζει τον σκοπό για τον οποίο θα χρησιμοποιηθούν τα test vans που είναι ο εντοπισμός των βλαβών σε υπόγεια καλώδια της ΑΗΚ.

Ενόψει των πιο πάνω, η Επιτροπή Αξιολόγησης, έκρινε την προσφορά της εταιρείας MEGGER Germany GmbH, ικανοποιητική και προκρίθηκε στο επόμενο στάδιο που αφορά την Οικονομική Αξιολόγηση.

[...]

Το Διοικητικό Συμβούλιο, αφού έλαβε σοβαρά υπόψη του όλα τα ενώπιον του έγγραφα, εξέφρασε τη διαφωνία του για την Εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης, να κρίνει ως επουσιώδη τη διαφορά των 30mm στο ύψος του οχήματος, εφόσον όπως παρατήρησε από τα ενώπιον του έγγραφα, στους όρους του Διαγωνισμού, αναφέρεται ξεκάθαρα ότι το ύψος του οχήματος, δεν πρέπει να ξεπερνά τα 2900mm.

[...]

Παίρνοντας τον λόγο ο εξωτερικός Νομικός Σύμβουλος κ. Δημητρίου, επεσήμανε ότι τόσο η Έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης όσο και η Εισήγηση της Επιτροπής Προσφορών, είναι ενάντια στην αρχή της νομιμότητας κα της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών. Πρόσθεσε μάλιστα ότι υπάρχει και σχετική νομολογία ότι το “shall be” είναι επιτακτικό και θεωρείται ουσιώδης όρο και δεν αφήνει περιθώριο διακριτικής ευχέρειας στην Επιτροπή Αξιολόγησης.

[...]

Σε ερώτηση του Μέλους κ. Λεμονάρη, για ποιο λόγο γράφτηκε με αυτό τον τρόπο ο όρος του Διαγωνισμού και δεν γράφτηκε “να μην είναι περισσότερο από” ή “κάτω από”, ο κ. Ναθαναήλ απάντησε ότι με αυτό το λεκτικό, πιθανό να άλλαζε η κατηγορία του αυτοκινήτου.

Ο κ. Κυπριανού ανέφερε ότι οι δοκοί στα υπόγεια των πολυκατοικιών είναι πιο χαμηλοί από 2900μμ και δεν είναι ανάγκη το όχημα να μπει στα υπόγεια των κτιρίων, για να προσεγγίσει τους Υποσταθμούς, διότι στις προδιαγραφές, ζητείται να έχουν μεγάλου μήκους καλώδια. Επίσης τέθηκε ο συγκεκριμένος όρος για να αποφευχθούν προσφορές που να προτείνουν πολύ ψηλά οχήματα.

[...]

Όπως παρατήρησε το Διοικητικό Συμβούλιο, στην προσφορά της, η εταιρεία MEGGER Germany GmbH, δήλωσε ότι το συνολικό ύψος του οχήματος που προσφέρει, μαζί με το κλιματιστικό στην οροφή, χωρίς επιπλέον φορτίο, είναι 2930mm.

Ενόψει της πιο πάνω διαπίστωσης, το Διοικητικό Συμβούλιο αποφάσισε ομόφωνα να μην υιοθετήσει την Εισήγηση της Επιτροπής Προσφορών, υπέρ της προαναφερθείσας εταιρείας, αλλά να κατακυρώσει τον πιο πάνω Διαγωνισμό, στην εταιρεία BAUR GmbH, που είναι η προσφορά αρ. 1.

Αιτιολογώντας την πιο πάνω απόφασή του, να παρεκκλίνει από την Εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης και από την Εισήγηση της Επιτροπής Προσφορών, το Διοικητικό Συμβούλιο, επεσήμανε τα εξής:

Δεν παραγνωρίζει το γεγονός ότι η συνολική αξιολογημένη τιμή της εταιρείας MEGGER Germany GmbH που είναι η προσφορά αρ. 2, είναι χαμηλότερη από τη συνολική αξιολογημένη τιμή της εταιρείας BAUR GmbH που είναι η προσφορά αρ. 1, εντούτοις όμως, δεν μπορεί να παραβλέψει το γεγονός ότι με την υποβληθείσα προσφορά της, η εταιρεία MEGGER Germany GmbH, δεν πληροί ουσιώδη όρο του Διαγωνισμού, και συγκεκριμένα τον όρο 7.2 (ii), εφόσον δήλωσε ότι το συνολικό ύψος του οχήματος που προσφέρει μαζί με το κλιματιστικό στην οροφή χωρίς επιπλέον φορτίο, είναι 2930mm.

Με βάση τον προαναφερθέντα ουσιώδη όρο του Διαγωνισμού, το ύψος του οχήματος δεν πρέπει να ξεπερνά τα 2900mm. Ως εκ τούτου, το Διοικητικό Συμβούλιο, έκρινε ότι η εταιρεία MEGGER Germany GmbH, δεν πληροί τον ουσιώδη όρο 7.2(ii) του Διαγωνισμού και ως εκ τούτου, η προσφορά της δεν μπορεί να γίνει αποδεκτή.

Ενόψει των πιο πάνω το Διοικητικό Συμβούλιο αποφάσισε να κατακυρώσει τον κρινόμενο Διαγωνισμό στην εταιρεία BAUR GmbH που είναι η προσφορά αρ. 1. [...]».

Στην *Tamassos Tobacco Suppliers And Co. v. Δημοκρατίας* (1992) 3 AAD 60 σε

σχέση με όρους προσφοράς αναφέρονται μεταξύ άλλων τα εξής:

«Είναι θεμελιωμένο ότι όρος της προσφοράς συνιστά, ανάλογα με τη σημασία του, ουσιώδη ή επουσιώδη προδιαγραφή για συμμετοχή στο διαγωνισμό. Προσφορά η οποία δεν πληροί και δεν ανταποκρίνεται σε

ουσιώδη όρο του διαγωνισμού, είναι άκυρη και κατ' επέκταση, δε μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο εξέτασης. Συμμόρφωση με τις ουσιώδεις πρόνοιες του πλειοδοτικού διαγωνισμού αποτελεί προϋπόθεση για συμμετοχή σε αυτόν. Η παράλειψη προσδιορισμού των συνεπειών μη συμμόρφωσης με όρο του διαγωνισμού, δεν καθιστά αφεαυτής τον όρο επουσιώδη. Το κριτήριο για τον προσδιορισμό της σημασίας και υπόστασης συγκεκριμένου όρου του διαγωνισμού, είναι αντικειμενικό, όπως επισημαίνεται στο *P. STEFF & CO. v. Δημοκρατίας*. Παρόλο που δεν προδιαγράφονται οι συνέπειες παρέκκλισης από τις πρόνοιες του όρου 8.2 εν προκειμένω, η υποχρέωση για συμμόρφωση διατυπώνεται επιτακτικά με τη χρήση του όρου "shall".

[...]

Η κρίση κατά πόσο τύπος ο οποίος παραβιάζεται αποτελεί ουσιώδη ή επουσιώδη πρόνοια, ανήκει στο δικαστή (βλ. Σπηλιωτόπουλος *ΕΓΧΕΙΡΙΔΙΟΝ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ*, Έκδοση 1977, σσ. 404-405). Η νομολογία βεβαιώνει ότι το κριτήριο για τον καθορισμό της σημασίας και υπόστασης όρου πλειοδοτικού διαγωνισμού, είναι η σημασία που ενέχει η τήρησή του για την απόφαση για κατακύρωση της προσφοράς. Ουσιώδης είναι ο όρος η τήρηση του οποίου είναι αποφασιστικής σημασίας για τη λήψη και το περιεχόμενο της απόφασης για την κατακύρωση της προσφοράς (βλ. μεταξύ άλλων, *Medcon Construction and Others v. Republic* [1968] 3 C.L.R.535; *Kounnas and Sons v. Republic* [1972] 3 C.L.R. 542; *Papadopoulos v. Republic* [1985] 3 C.L.R. 154; *Vouniotis v. Republic* [1985] 3 C.L.R. 2355; *K. & M.Transport Co. Ltd. v. Eteria Fortigon Aftokiniton [EFA] and Others* [1987] 3 C.L.R. 1939; *Μανουράκο Ατδ. v. Δημοκρατίας (ανωτέρω)· Θεοφάνους v. Δημοκρατίας- Υπόθεση 1010/87, η απόφαση εκδόθηκε στις 24/3/90 και θα δημοσιευθεί στο [1990] 3 Α.Α.Δ.· P. Steff & Co. v. Δημοκρατίας -Υπόθεση 891/88, η απόφαση εκδόθηκε στις 11/10/90 και θα δημοσιευθεί στο [1990] 3 Α.Α.Δ.· και K. Π.Ιωάννου Ατδ. v. Δημοκρατίας-Υπόθεση 833/89, η απόφαση εκδόθηκε στις 20/5/91 και θα δημοσιευθεί στο [1991] 4 Α.Α.Δ.).».*

Σχετικά με τον ισχυρισμό για έλλειψη αιτιολογίας στο άρθρο 26(1) του Περί των Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου του 1999 (Ν. 158(I)/99) προβλέπεται ότι οι διοικητικές πράξεις οι οποίες εκδίδονται έπειτα από άσκηση διακριτικής εξουσίας πρέπει να είναι επαρκώς και δεόντως αιτιολογημένες, ιδίως

όταν πρόκειται για πράξεις οι οποίες, ανάμεσα σ' άλλα, «είναι αντίθετες ως προς το περιεχόμενο τους με προηγηθείσα γνωμοδότηση, πρόταση, εισήγηση ή έκθεση αρμοδίου οργάνου ή με τα στοιχεία του διοικητικού φακέλου».

Σύμφωνα με τα Πορίσματα Νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας 1929-59, σελ. 188:

«Ελλείπουσα αιτιολογία δεν δύναται να συμπληρωθεί εκ συγκρουόμενων προς άλλα στοιχεία του φακέλου: 377, 464(45), 295(54), διότι εν τη περιπτώσει ταύτη, η αναπλήρωσις της αιτιολογίας υπό του ακυρωτικού ενέχει ουσιαστικήν στάθμισιν μη επιτρεπτήν: 267(45). Ούτω π.χ. αναιτιολόγητος τυγχάνει απόφασις εκδοθείσα εν όψει δύο αντιθέτων γνωμοδοτήσεων αρμοδίως συνταχθεισών, μη μνημονεύουσα τον λόγον της απορρίψεως της μιας εκ τούτων: 1391(48)». Βλ. επίσης Δαγτόγλου «Γενικό Διοικητικό Δίκαιο», 3η έκδοση, παράγ. 642: «Εκ της φύσεώς τους αιτιολογητέες είναι όλες οι πράξεις, των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριζαν. Το Συμβούλιο της Επικρατείας αναφέρει στη νομολογία του διάφορες (εν μέρει αλληλοκαλυπτόμενες) κατηγορίες διοικητικών πράξεων που είναι αιτιολογητέες εκ φύσεως. δ) Πράξεις που αποκλίνουν από προηγούμενες γνώμες συμβουλευτικών οργάνων ή μη υποχρεωτικά πορίσματα ανακριτικών επιτροπών». Βλ. και Σαρμά "Η Συνταγματική και Διοικητική Νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας", Β' έκδοση, σελ. 132: "Κατά την παγία νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας (ΣτΕ 482/1996, 369/1978, 1704/1981) επί απλής γνωμοδοτήσεως το αποφασίζον όργανον δεν οφείλει μεν να συμμορφωθεί προς την γνωμοδότησιν ή επί πλειόνων γνωμοδοτήσεων προς ωρισμένην εκ τούτων, πλην υποχρεούται να αιτιολογήση την απόκλισιν του από της ληφθείσης γνώμης και δη εφ' όσον η γνώμη αυτή προέρχεται εξ οργάνου συντεθειμένου εκ προσώπων, κекτημένων ειδικάς γνώσεις και εμπειρίαν".

Η αιτιολογία πρέπει να παρέχει στο Δικαστή όλα τα στοιχεία τα απαραίτητα για τη διακρίβωση της νομιμότητας της πράξεως. Πρέπει δε να είναι σαφής, ειδική

και συγκεκριμένη «κατά την πραγματική της βάση» (βλ. Πορίσματα Νομολογίας, πιο πάνω, σελ. 183).

Σύμφωνα με όσα καταγράφονται στο πρακτικό του Διοικητικού Συμβουλίου, η απόφαση του ουσιαστικά στηρίχθηκε στο ότι δεν υπήρχε πλήρης συμμόρφωση με τον όρο 7.2.ii των εγγράφων του Διαγωνισμού. Το Διοικητικό Συμβούλιο παρά την ομόφωνη εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης ότι η διαφορά των 30mm στο συνολικό ύψος του προσφερόμενου από τους Αιτητές οχήματος δεν ήταν αποφασιστικής σημασίας για την απόφαση κατακύρωσης δεν ασχολήθηκε με το ζήτημα αυτό. Στηρίχθηκε αποκλειστικά στην φράση «*shall*», χωρίς να στρέψει την προσοχή του στην ουσία του ζητήματος, δηλαδή κατά πόσο η διαφορά των 30mm είναι αποφασιστικής σημασίας για την απόφαση κατακύρωσης. Η απλή αναφορά ότι έλαβε υπόψη όλα τα ενώπιον του στοιχεία και λεχθέντα δεδομένης της εισήγησης των ειδικών δεν ανταποκρίνεται στην απαιτούμενη αιτιολογία.

Χωρίς να παραβλέπουμε ότι η λέξη «*shall*» έχει επιτακτικό χαρακτήρα, σε συμφωνία με τους Αιτητές κρίνουμε ότι εν προκειμένω από μόνη της και ανεξάρτητα από οτιδήποτε άλλο, όπως εδώ είναι οι γνώμες των ειδικών, η φράση «*shall*» δεν καθιστά τον όρο ουσιώδη ώστε να οδηγεί σε απόρριψη της προσφορά των Αιτητών. Όπως δήλωσαν ενώπιον του Διοικητικού Συμβουλίου οι κατ' εξοχήν ειδικοί, ο λόγος που τέθηκε ο συγκεκριμένος όρος ήταν για να μην υποβληθούν προσφορές με πολύ ψηλά οχήματα ή οχήματα άλλης κατηγορίας

χωρίς να δηλώνεται ότι η διαφορά ύψους κατά 30 mm εντάσσει τα οχήματα σε άλλη κατηγορία. Στην ουσία με τις δηλώσεις τους οι ειδικοί στην υπό κρίση υπόθεση προσέδωσαν στην λέξη «shall» μια άλλη διάσταση, με την οποία το Διοικητικό Συμβούλιο δεν ασχολήθηκε. Περιορίστηκε σε τυπολατρική θα λέγαμε και χωρίς ειδική αιτιολογία απόφαση, από την στιγμή που δεν ασχολήθηκε με τα λεχθέντα από τους ειδικούς.

Σε ό,τι αφορά τη θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι η προσφορά τους πληροί τον όρο 7.2.ii των εγγράφων του Διαγωνισμού και ότι στην απάντησή τους στα πλαίσια των διευκρινίσεων έκαναν λάθος υπολογισμούς, δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη, δεν συμφωνούμε. Υπό την προϋπόθεση ότι τα σχέδια του κατασκευαστή και οι προδιαγραφές των προτεινόμενων εξωτερικών A/C υποβλήθηκαν με την προσφορά τους και είναι ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής, παρέχεται έδαφος να ερευνηθούν καθ' όσον αφορά σε ιστορικά στοιχεία. Αυτό όμως δεν είναι έργο δικό μας, είναι έργο της Επιτροπής Αξιολόγησης.

Εν όψει της κατάληξής μας πιο πάνω, είναι χωρίς σημασία η εξέταση του ισχυρισμού της Αναθέτουσας Αρχής ότι σε περίπτωση κατακύρωσης του Διαγωνισμού στους Αιτητές θα υπήρχε παραβίαση της Αρχής της ίσης μεταχείρισης.

Σε ό,τι αφορά τους ισχυρισμούς των Αιτητών σε σχέση με την προσφορά του Επιτυχόντα, αυτοί καθώς προκύπτει από τα ενώπιον μας τεθέντα, αφορούν σε τεχνικά ζητήματα τα οποία ως είναι καλά νομολογημένο¹¹ είναι ανέλεγκτα.

Εν όψει όλων των πιο πάνω, η Προσφυγή επιτυγχάνει, η προσβαλλόμενη απόφαση ακυρώνεται χωρίς άλλη διαταγή.

¹¹ Podium Engineering Ltd v. Κυπριακής Δημοκρατίας (2008) 3 ΑΑΔ 430