



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. 49/2018

Μεταξύ: WTE WASSERTECHNIK GMBH

Αιτητών

v.

ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΕΩΝ ΛΕΜΕΣΟΥ-ΑΜΑΘΟΥΝΤΑΣ

Αναθέτουσας Αρχής

Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών:

Σόλων Παπαθεοχάρους, Προεδρεύων
Λοΐζος Κάππας, Μέλος
Γιώργος Αναστασίου, Μέλος
Δήμος Θωμά, Μέλος

Αιτητές:

WTE WASSERTECHNIK GMBH

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Χριστάκη Θ. Χριστάκη, Δικηγόρο Αιτήτριας Εταιρείας
2. Κωνσταντίνο Βότση, Εκπρόσωπος Αιτήτριας Εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΕΩΝ ΛΕΜΕΣΟΥ-ΑΜΑΘΟΥΝΤΑΣ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Αλεξία Κουντουρή-Παπαευσταθίου, Δικηγόρο για Τάσσοι Παπαδόπουλος και Συνεργάτες ΔΕΠΕ
2. Γιώργο Χατζηγιώργη, Δικηγόρο για Τάσσοι Παπαδόπουλος και Συνεργάτες ΔΕΠΕ
3. Ιάκωβο Παπαϊακώβου, Γενικό Διευθυντή Αναθέτουσας Αρχής

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης.: 10 Ιουλίου, 2019

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Αντικείμενο της παρούσας προσφυγής είναι η απόφαση του Συμβουλίου Αποχετεύσεων Λεμεσού-Αμαθούντας («Αναθέτουσα Αρχή») να κατακυρώσει το διαγωνισμό στην εταιρεία KRUGER-CYBARCO JV («επιτυχούσα») και να απορρίψει την προσφορά της εταιρείας WTE WASSERTECHNIK GMBH («η Αιτήτρια») σε σχέση με τον διαγωνισμό αρ. 4/2014 και τίτλο «*Sewerage and Drainage Project of Limassol-Amathus, Phase B2, Contract E13, Limassol West WWTP*».

Ο Διαγωνισμός δημοσιεύτηκε μέσω του ηλεκτρονικού συστήματος e-procurement στις 20.06.2014 και αφορούσε ανοιχτή διαδικασία. Τελευταία ημερομηνία υποβολής των Προσφορών ορίστηκε η 09.02.2015.

Για τον διαγωνισμό υποβλήθηκαν συνολικά 5 προσφορές μεταξύ αυτών και των Αιτητών.

Στις 03.05.2017 η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσισε την κατακύρωση του διαγωνισμού στην κοινοπραξία AKTOR-AQUALIA JV. Την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής προσέβαλαν ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών με τις Προσφυγές Αρ. 18/2018 και 19/2018 οι εταιρείες KRUGER – CYBARCO J.V. και WTE WASSERTECHNIK GMBH, αντίστοιχα. Η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών με

αποφάσεις της ημερομηνίας 18/09/2018 αποφάσισε την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης.

Στο στάδιο της επανεξέτασης η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσισε την εξέταση του ενδεχόμενου παραβίασης του όρου 3.2.5 του Τόμου 1, Μέρος Α των εγγράφων του διαγωνισμού από την Αιτήτρια. Αιτία της πιο πάνω απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής ήταν επιστολή της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών ημερ. 06/07/2018. Μετά την ολοκλήρωση της επανεξέτασης η Αναθέτουσα Αρχή στις 10/10/2018 αποφάσισε την απόρριψη της προσφοράς της Αιτήτριας και την κατακύρωση του διαγωνισμού στην Κοινοπραξία Kruger Veolia – Cybarco Joint Venture.

Την πιο πάνω απόφαση της η Αναθέτουσα Αρχή κοινοποίησε στους Αιτητές με επιστολή της ημερ. 24/10/2018 στην οποία συγκεκριμένα αναγραφόταν ότι:

«As regards your offer, the Board of SBLA having considered all the facts occurred at the offices the TRA during the inspection procedures of the administrative files for the purpose of the examination of TRA Referral No. 19/2018 and brought to its attention by the TRA with their letters dated 6/7/2018 and 13/7/2018 which have been notified to you with our letter dated 18/9/2018, considered that your Company and / or its Representatives involvement constitute violation of the tender documents and contract terms and conditions and it has been decided that your Tender is excluded from this competition.

In particular, according to paragraph 3.2.5 of Volume 1, Part 1, Instructions to Tenderers of the Tender Documents "Tenderers who have obtained or taken in their possession, without legal authority and at their own initiative, information or documents of a secret nature in connection to the tender procedure, shall be excluded from participation".

Also according to paragraph 7.7 of Volume 1, Part 1, Instructions to Tenderers of the Tender Documents:

7.1.1. The Tender evaluation process up to the award of a contract is confidential.

In view of the above, the Board of SBLA decided to exclude your company from the competition, in addition, SBLA has referred the issue to the Police for investigation».

Οι Αιτητές καταχώρησαν ενώπιον της ΑΑΠ την παρούσα προσφυγή στις 5/11/2018.

Οι Αιτητές υποστήριξαν ότι η απουσία θεσμοθετημένων και/ή νομοθετημένων και/ή κανονιστικών κανόνων αναφορικά με την διαδικασία εφαρμογής του όρου 3.2.5 των εγγράφων του διαγωνισμού και ειδικότερα την ακολουθητέα διαδικασία για την διερεύνηση του παραπτώματος και την καταδίκη των Αιτητών και το γεγονός ότι η Αναθέτουσα Αρχή ακολούθησε διαδικασία δικής της επινόησης και κατασκευής οδηγεί σε ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης.

Άλλος λόγος που εγείρουν οι Αιτητές είναι η έλλειψη δέουσας έρευνας και αιτιολογίας και ύπαρξης πλάνης στην προσβαλλόμενη απόφαση.

Συγκεκριμένα, υποστήριξαν ότι κανένα συστατικό στοιχείο του αδικήματος που αναφέρεται στον όρο 3.2.5 των εγγράφων του διαγωνισμού δεν αποδεικνύεται και/ή δεν ικανοποιείται. Η ερμηνεία του όρου δεν επιτρέπει την λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής.

Κατ' αρχήν, σημείωσαν, η Αναθέτουσα Αρχή δεν προέβη σε σαφή εύρημα περί φωτογράφισης και μάλιστα συγκεκριμένου εγγράφου και κατά συνέπεια δεν τεκμηριώνεται η εξασφάλιση ή λήψη κατοχής πληροφορίας ή εγγράφων μυστικής απόρρητης φύσης. Η Αναθέτουσα Αρχή δεν γνωρίζει, πρόσθεσαν, τίνος προσφοροδότη και ποια έγγραφα δήθεν φωτογράφησαν η αποπειράθηκαν να φωτογραφίσουν ούτε ποιος φωτογράφησε ή αποπειράθηκε να φωτογραφίσει. Έρευνα επί του θέματος δεν υπήρξε, δεν υπάρχει ενυπόγραφη μαρτυρία του υπαλλήλου που δήθεν έπιασε επ' αυτοφώρου τους Αιτητές να φωτογραφίζουν ούτε και προφορική μαρτυρία του ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής. Το μόνο που υπάρχει είναι δύο επιστολές της Προέδρου της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών που αναφέρονται στο θέμα οι οποίες δεν είναι αρκετές για να αποτελέσουν δέουσα έρευνα.

Περαιτέρω, πρόσθεσαν, ο όρος 3.2.5 αναφέρει για κτήση ή λήψη κατοχής από προσφέροντα πληροφοριών ή εγγράφων μυστικής – απόρρητης και όχι εμπιστευτικής φύσεως, χωρίς νομική εξουσία και με δική του πρωτοβουλία. Οι Αιτητές, σημείωσαν, είχαν ενώπιον τους νόμιμα και όχι λαθραία ή παράνομα τα έγγραφα που επιθεωρούσαν. Οι Αιτητές βρήκαν στην αίθουσα επιθεώρησης στα γραφεία της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών τα έγγραφα των προσφορών τόσο της AKTOR-AQUALIA όσο και της KRUGER-CYBARCO. Η προσφυγή τους με αρ. 19/2018 που εκκρεμούσε τότε είχε δύο αιτήματα θεραπείας. Το πρώτο αφορούσε στην AKTOR-AQUALIA και το δεύτερο στην KRUGER-CYBARCO JV και γι' αυτό σωστά υπήρξαν στην διάθεση τους και οι δύο φάκελοι.

Οι Αιτητές υποστήριξαν ότι σύμφωνα με τη νομολογία δεν τίθεται εν προκειμένω θέμα εγγράφων μυστικής/απόρρητης φύσεως διότι τα μεν έγγραφα της διαδικασίας [πρακτικά κ.λ.π.] δεν αποτελούν έγγραφα μυστικής ή απόρρητης φύσεως (secret nature) τα δε έγγραφα που οι προσφοροδότες υπέβαλαν στη διοίκηση ως μέρος της προσφοράς τους σύμφωνα με τους όρους της προκήρυξης, υπεβλήθησαν εν γνώσει τους ότι τα έγγραφα αυτά ενδεχομένως θα μελετηθούν από διάφορους εμπειρογνώμονες και επιτροπές και ότι σε περίπτωση κατακύρωσης της δικής τους προσφοράς είναι επίσης ενδεχόμενο άλλος προσφοροδότης να επιδιώξει δικαστικό έλεγχο της κατακύρωσης, με προσφυγή που έχει συνταγματικό δικαίωμα να καταχωρήσει.

Επομένως όχι μόνον έχει κριθεί νομολογιακά ότι δεν είναι τα έγγραφα αυτά μυστικής/απόρρητης φύσεως αλλά και να ήταν, με την υποβολή τους, εν γνώσει του δεδομένου αποκάλυψης τους κατά τη διαδικασία του δικαστικού ελέγχου που δυνατόν να ακολουθήσει, οποιοδήποτε δικαίωμα ως προς την μυστικότητα ή του απορρήτου των εγγράφων έχει αρθεί και εγκαταλειφθεί.

Ο όρος 3.2.5 των εγγράφων του διαγωνισμού καταγράφει ένα παράπτωμα ενός προσφοροδότη και επαπειλεί σε βάρος του μια βαρύτατη ποινή εναντίον τόσον των οικονομικών του συμφερόντων όσον ακόμη και της ηθικής του υπόστασης.

Συνεπώς η διερεύνηση του συγκεκριμένου παραπτώματος, απαιτεί διαδικασία στη βάση των κανόνων της φυσικής δικαιοσύνης, μέσα από μια ενδελεχή, πλήρη και εμπειριστατωμένη έρευνα, από την οποία θα καταδειχθούν όλες οι πτυχές και όλα τα γεγονότα της υπόθεσης ώστε μετά βεβαιότητας να αποδειχθεί τελικά η τέλεση ή όχι του παραπτώματος σημειώνοντας, ότι οι Αιτητές με επιστολή τους ημερ. 9/7/2018 αρνήθηκαν την φωτογράφιση και έδωσαν εξηγήσεις.

Πρόσθετα, οι Αιτητές υποστήριξαν ότι η Αναθέτουσα Αρχή εσφαλμένα, αναιτιολόγητα, χωρίς δέουσα έρευνα και υπό πλάνη έκρινε αναφορικά με την εφαρμογή του όρου 7.1.7 των εγγράφων του διαγωνισμού. Στην επιστολή της Αναθέτουσας Αρχής ημερ. 18/09/2018 αναφερόταν μόνον ο όρος 3.2.5 και επ' αυτού κάλεσαν τους Αιτητές σε παραστάσεις χωρίς την ελάχιστη αναφορά στον όρο 7.1.7. Ο όρος 7.1.7 με οποιονδήποτε τρόπο και εάν ερμηνευθεί δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής γιατί είναι αντιφατικός και ανεφάρμοστος σε σχέση με τη δυνατότητα των προσφοροδοτών που έχουν υποβάλει προσφυγή ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών κατά της κατακύρωσης του διαγωνισμού σε άλλον προσφοροδότη, να επιθεωρούν τους φακέλους της προσφοράς του επιτυχόντα.

Άλλο σημείο που εγείρουν οι Αιτητές είναι ότι το κατηγορητήριο συντάχθηκε και υπογράφηκε από το Γενικό Διευθυντή ΣΑΛΑ ο οποίος είχε προβεί ο ίδιος στη δήθεν έρευνα του θέματος και στη συνέχεια μετείχε στη σύνθεση της Αναθέτουσας Αρχής

που δίκασαν και καταδίκασαν τους Αιτητές. Επιπλέον ο Γενικός Διευθυντής με την επιστολή του προς την Τράπεζα Αναπτύξεως του Συμβουλίου της Ευρώπης, ημερ. 02/11/2018, γράφει αναλήθειες σε σχέση με τον επίδικο διαγωνισμό και τον αποκλεισμό των Αιτητών.

Οι πιο πάνω ενέργειες και εμπλοκή του Γενικού Διευθυντή παραβιάζουν τις αρχές της φυσικής δικαιοσύνης και της χρηστής διοίκησης.

Οι Αιτητές υπόβαλαν ότι με την επιστολή τους ημερ. 24/09/2018, δήλωσαν ότι αποδέχονται την πρόσκληση της Αναθέτουσας Αρχής να εμφανιστούν ενώπιον της για υποβολή προφορικών παραστάσεων. Παρά το γεγονός, υποστήριξαν, ότι η Αναθέτουσα Αρχή τους απάντησε αυθημερόν ότι το θέμα θα παραπεμφθεί στα αρμόδια όργανα του Συμβουλίου προς εξέταση, εντούτοις, αιφνιδίως με επιστολή που έλαβαν στις 08/10/2018 τους ενημέρωσαν ότι το δικαίωμα ακρόασης διασφαλίζεται με την υποβολή γραπτών παραστάσεων και δεν υπάρχει λόγος για προφορικές παραστάσεις, χωρίς να αναφερθούν στο αίτημα των Αιτητών για μαρτυρία και αντεξέταση του υπαλλήλου που δήθεν συνέλαβε επ' αυτοφώρω τους Αιτητές να φωτογραφίζουν.

Περαιτέρω, οι Αιτητές υποστηρίζουν ότι η επιτυχούσα εταιρεία δεν διαθέτει την απαιτούμενη από τους όρους τεχνική και επαγγελματική εμπειρία και ως εκ τούτου έπρεπε να απορριφθεί. Συγκεκριμένα ισχυρίζονται παράβαση των όρων 3.3.8, 5.6.2f, 3.2.3 και 7.6.2g των εγγράφων του διαγωνισμού.

Τέλος, οι Αιτητές υποστηρίζουν ότι η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής πάσχει λόγω της συμμετοχής του Δικηγορικού Γραφείου Τάσος Παπαδόπουλος και Συνεργάτες Δ.Ε.Π.Ε. στη διαδικασία παραγωγής της προσβαλλόμενης απόφασης.

Συγκεκριμένα, υποστηρίζαν ότι το εν λόγω Δικηγορικό Γραφείο εκπροσωπεί την εταιρεία ΝΕΜΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ (ΝΕΜΕΣΙΣ) η οποία είναι σε αντιδικία με τους Αιτητές, σε άλλες υποθέσεις προσφορών και τούτο προσκρούει σε βασικές δικαιοκτικές αρχές και/ή αρχές που διέπουν τους δημόσιους διαγωνισμούς όπως είναι η αρχή της αμεροληψίας, της σύγκρουσης συμφερόντων και της ισότητας των προσφοροδοτών. Αυτή η διττή εκπροσώπηση με παροχή γνωμάτευσης προς το ΣΑΛΑ κατά την διαδικασία παραγωγής της πράξης δημιουργεί και/ή εμφανίζει και/ή προκαλεί δυσμενές τεκμήριο επηρεασμού της Αναθέτουσας Αρχής κατά των Αιτητών και/ή θίγει και/ή φαίνεται ότι θίγει τα συμφέροντα των Αιτητών προς εξυπηρέτηση των συμφερόντων των αντιδίκων των Αιτητών οι οποίοι, όπως φαίνεται από τον Διοικητικό Φάκελο, μετείχαν στον επίδικο διαγωνισμό.

Αναφέρουν συγκεκριμένα οι Αιτητές ότι η Εταιρεία ΝΕΜΕΣΙΣ συμμετείχε στον επίδικο διαγωνισμό από τον οποίον όμως αποκλείστηκε από την Αναθέτουσα Αρχή λόγω επαγγελματικού παραπτώματος στα γεγονότα του ΣΑΠΑ. Για τη συγκεκριμένη συμπεριφορά οι Αιτητές υπέβαλαν στις 18/4/2018 στην Επιτροπή Αποκλεισμού Οικονομικών Φορέων αίτημα για οριζόντιο αποκλεισμό της ΝΕΜΕΣΙΣ από τις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων.

Σε αυτή την αντιδικία ανάμεσα σε Αιτητές και ΝΕΜΕΣΙΣ, το Δικηγορικό Γραφείο Τάσσοσ Παπαδόπουλος & Συνεργάτες Δ.Ε.Π.Ε. εκπροσωπεί την εταιρεία ΝΕΜΕΣΙΣ. Στον επίδικο διαγωνισμό, συνεχίζουν οι Αιτητές, το εν λόγω δικηγορικό γραφείο γνωμάτευσε στην Αναθέτουσα Αρχή αναφορικά με το θέμα της δήθεν φωτογράφισης από τους Αιτητές εγγράφων από το φάκελο άλλου οικονομικού φορέα.

Σχεδόν αποκλειστικά στη βάση συγκεκριμένων νομικών συμβουλών του συγκεκριμένου δικηγορικού γραφείου το ΣΑΛΑ απέκλεισε τους Αιτητές. Αυτό αποδεικνύεται από το ίδιο το σχετικό πρακτικό της Αναθέτουσας Αρχής.

Καταλήγουν οι Αιτητές ότι υπό το σύνολο των περιστάσεων δημιουργείται σε ένα αντικειμενικό και πληροφορημένο παρατηρητή αμφιβολία ως προς το αμερόληπτο, αδιάβλητο, ανεξάρτητο και ανεπίτρεπτο επηρεασμό της διαδικασίας και της τελικής κρίσης του ΣΑΛΑ από τη γνωμάτευση του εν λόγω δικηγορικού γραφείου πλήττεται καίρια το δικαίωμα των Αιτητών σε δίκαιη δίκη και σε ίση μεταχείριση όσον και η αρχή της αποφυγής δημιουργίας κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων.

Από την πλευρά της η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ορθή, νόμιμη και πλήρως αιτιολογημένη.

Είναι θέση της ότι η απαίτηση των Αιτητών για ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης για τον λόγο ότι δεν υπήρχε νομικό και/ή κανονιστικό πλαίσιο που θα

θεσπίζει και/ή να ρυθμίζει από την αρχή την ακολουθητέα διαδικασία για την διερεύνηση του παραπτώματος και την καταδίκη των Αιτητών, σφάλλει και δεν βρίσκει κανένα έρεισμα στην ισχύουσα νομολογία, νομοθεσία, από κανένα κανόνα δικαίου και από καμιά αρχή δικαίου δεν εκπορεύεται τέτοια απαίτηση.

Είναι φανερό, πρόσθεσαν, ότι οι Αιτητές εξομοιώνουν και/ή επιχειρούν να εξομοιώσουν τον αποκλεισμό τους ένεκα της διαπίστωσης της Αναθέτουσας Αρχής για παράβαση του όρου 3.2.5. του Τόμου 1, Μέρους 1 των Εγγράφων του Διαγωνισμού, με την επιβολή ποινής από ποινικό δικαστήριο ή από ασκούν πειθαρχική δίωξη όργανο.

Οι Αιτητές εισηγούνται την προσέγγιση και την εκτροπή της διαδικασίας που διεξάγει μια αναθέτουσα αρχή στα πλαίσια εξέτασης της συνδρομής και/ή της παράβασης των όρων ενός δημοσίου διαγωνισμού, έξω από τα γνωστά και αποδεκτά σε όλους πλαίσια της, και την κατάταξη της ως κάτι «allium» από αυτό το οποίο πραγματικά είναι και πρέπει να είναι.

Η Αναθέτουσα Αρχή δεν κλήθηκε να εξετάσει «πράπτωμα» ή «αδίκημα» σημείωσαν. Ούτε εξέτασε την συμπεριφορά αυτή ως τέτοια. Η Αναθέτουσα Αρχή, αυτό που κλήθηκε και όφειλε σύμφωνα με την αρχή της νομιμότητας να εξετάσει, ήταν κατά πόσο παραβιάστηκε όρος του Διαγωνισμού.

Δεν διαφωνούμε, πρόσθεσαν, με τους Αιτητές ότι η διαδικασία που ακολούθησε η

Αναθέτουσα Αρχή θα πρέπει να διέπεται από ασφαλιστικές δικλείδες οι οποίες να εγγυώνται μια ορθή κρίση. Τις αξιούμενες από τους Αιτητές ασφαλιστικές αυτές δικλείδες, θέτουν και εγγυώνται οι ήδη πολύ καλά γνωστές και ισχύουσες αρχές του διοικητικού δικαίου, αρχής γενομένης από την υποχρέωση για την διεξαγωγή δέουσας έρευνας καθώς επίσης και την παραχώρηση του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης.

Είναι θέση της ότι οι αρχές αυτές τηρήθηκαν και ουδόλως παραβιάστηκαν από την Αναθέτουσα Αρχή κατά την εξέταση του ζητήματος.

Ενισχυτικά προς τα πιο πάνω, ανέφερε, οι Αιτητές συμμετείχαν στον Διαγωνισμό ανεπιφύλακτα, γνωρίζοντας την ύπαρξη του συγκεκριμένου όρου και γνωρίζοντας την απουσία από τα έγγραφα του Διαγωνισμού ενός «αυστηρού και εκ των προτέρων θεσμοθετημένου πλαισίου κανόνων» που, ως είναι η θέση τους, έπρεπε να υπάρχει έστω στα έγγραφα του Διαγωνισμού. Ούτε διευκρινίσεις είχαν ζητήσει για τον τρόπο ελέγχου της παραβίασης του επίμαχου όρου 3.2.5, ούτε την τροποποίηση ή την διόρθωση του είχαν εισηγηθεί.

Αναφορικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών περί έλλειψης δέουσας έρευνας και αιτιολογίας και ύπαρξης πλάνης στην προσβαλλόμενη απόφαση, η Αναθέτουσα Αρχή, με αναφορά στο Άρθρο 45 του Περί Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμο και Νομολογία, υποστήριξε ότι η έρευνα στην οποία προέβη η Αναθέτουσα Αρχή είναι απολύτως επαρκής και ότι με βάση τα στοιχεία που είχε ενώπιόν της,

μπορούσε εύλογα να καταλήξει σε ασφαλή συμπεράσματα για την παράβαση του συγκεκριμένου όρου 3.2.5 εκ μέρους των Αιτητών, και συνακόλουθα τούτου, να προβεί στην έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης για αποκλεισμό της προσφοράς των Αιτητών.

Η Αναθέτουσα Αρχή, υπέβαλε, είχε ενώπιον της την επιστολή της Αναπληρώτριας Γραμματέας της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών ημερ. 6/7/2018 και της Προέδρου της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών ημερ. 13/7/2018 οι αναφορές των οποίων για το επίμαχο περιστατικό της φωτογράφισης, εκφέρονται κατά τρόπον ώστε το συμβάν θεωρείται ως συντελεσμένο, ως οριστικό, ότι πράγματι έλαβε χώρα και ότι δεν επιδέχεται αμφισβήτησης.

Το ποια ακριβώς έγγραφα εν τέλει φωτογραφήθηκαν, ποιος εκ των τριών εκπροσώπων των Αιτητών στον χώρο προέβη στην συγκεκριμένη πράξη, δεν έχει καμία απολύτως σημασία για την Αναθέτουσα Αρχή για τους σκοπούς εξέτασης της παράβασης του επίμαχου όρου.

Το γεγονός ότι στην επιστολή της ημερομηνίας 09/07/2018, η δικηγόρος της Αναθέτουσας Αρχής αξίωσε να διευκρινιστούν οι ακριβείς συνθήκες κάτω από τις οποίες έγινε η φωτογράφιση των εγγράφων, από ποιο συγκεκριμένο άτομο έγινε η φωτογράφιση και ποια συγκεκριμένα έγγραφα ή έστω από ποιο φάκελο φωτογραφήθηκαν, ουδόλως είναι σε θέση να διαφοροποιήσει το ζήτημα από την ορθή του βάση.

Το γεγονός ότι αξιώθηκαν οι πληροφορίες αυτές ως επιτακτικές, θα πρέπει ορθότερα να αποδοθεί στην μέριμνα και την σπουδή της Αναθέτουσας Αρχής να πληροφορηθεί την αλήθεια για το συγκεκριμένο περιστατικό και να συλλέξει όσες πληροφορίες και στοιχεία ήταν δυνατόν να συλλέξει, για την διαφύλαξη των νόμιμων συμφερόντων της και για σκοπούς υποβολής σχετικής καταγγελίας στις αρμόδιες ανακριτικές αρχές.

Επί τούτου, η Αναθέτουσα Αρχή, σε πλήρη συμμόρφωση με την υποχρέωση της σύμφωνα με τις αρχές της φυσικής δικαιοσύνης και της χρηστής διοίκησης, χορήγησε το δικαίωμα στους Αιτητές να τοποθετηθούν και να εκφράσουν τις θέσεις τους σε σχέση με το συμβάν της φωτογράφισης.

Από την μία, πρόσθεσε, η Αναθέτουσα Αρχή είχε ενώπιον της τις πιο πάνω σαφείς και ρητές αναφορές των λειτουργών και της Προέδρου της Αναθεωρητικής Αρχής, και από την άλλη, τέθηκε ενώπιον της η εκδοχή των Αιτητών.

Το ζήτημα είναι κατά πόσον η Αναθέτουσα Αρχή, έχοντας πλέον και την εκδοχή των Αιτητών ενώπιον της, μπορούσε, με βάση τα ενώπιον της στοιχεία, εύλογα και αιτιολογημένα να διαπιστώσει την παραβίαση του επίμαχου όρου 3.2.5. των Εγγράφων του Διαγωνισμού.

Είναι θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι οι Αιτητές με την συμπεριφορά και δράση

τους παραβίασαν τον όρο 3.2.5 των εγγράφων του διαγωνισμού γιατί έχουν συλληφθεί επ' αυτοφόρω να φωτογραφίζουν έγγραφα που σχετίζονται με την διαδικασία του Διαγωνισμού. Η φωτογράφιση χωρίς άδεια απαγορεύεται ανεξάρτητα από το αν το έγγραφο ή τα έγγραφα τα οποία φωτογραφίζονταν αφορούσαν στην διαδικασία αξιολόγησης του Διαγωνισμού ή σε οποιοδήποτε άλλο έγγραφο οποιασδήποτε εκ των προσφορών που είχαν ενώπιον τους οι Αιτητές.

Η φωτογράφιση εγγράφων, η οποία παρέχει συνακόλουθα και την δυνατότητα περαιτέρω επεξεργασίας και της πιστής αναπαραγωγή τους, σε κάθε περίπτωση που γίνεται χωρίς άδεια, συνιστά απαγορευμένη/παράνομη πράξη οπωσδήποτε, στοιχειοθετεί και την παράβαση του επίμαχου όρου 3.2.5.

Για το ζήτημα που έγειραν οι Αιτητές για την μη πρόσκληση τους σε προφορική ακροαματική διαδικασία η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι το δικαίωμα ακρόασης στο διοικητικό δίκαιο ικανοποιείται κατά κανόνα και με γραπτή παράσταση χωρίς την ανάγκη προφορικής ακρόασης. Σημασία έχει η διοικητική αρχή πριν τη λήψη της απόφασης να λαμβάνει τις απόψεις του επηρεαζομένου, να τις εξετάζει και να αποφασίζει αρμοδίως επ' αυτών.

Η Αναθέτουσα Αρχή με αναφορά στην επιστολή των Αιτητών προς την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ημερ. 9/7/2018 για την οποία γίνεται λόγος στην γραπτή αγόρευση των Αιτητών, υποστήριξε ότι η εν λόγω επιστολή δεν τέθηκε ενώπιον της από τους Αιτητές όταν τους είχε δοθεί δύο φορές η ευκαιρία να

αναφέρουν τη θέση τους επί των επίμαχων γεγονότων και ως εκ τούτου δεν είναι δυνατό να υπάρχει ισχυρισμός εκ μέρους τους για πλάνη περί τα πράγματα της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών ως εκ της ισχυριζόμενης αποστολής της συγκεκριμένης επιστολής.

Άλλος λόγος στον οποίο στήριξε την απόφαση της, υποστήριξε η Αναθέτουσα Αρχή, είναι ότι οι Αιτητές απέκτησαν πρόσβαση σε διοικητικούς φακέλους επί των οποίων δεν είχαν δικαίωμα τη δεδομένη στιγμή να έχουν.

Ειδικότερα, πρόσθεσε, οι Αιτητές δεν είχαν κανένα έννομο συμφέρον να έχουν πρόσβαση και να επιθεωρούν τα έγγραφα της προσφοράς της Κοινοπραξίας KRUGER-CYBARCO, που κατά τον ουσιώδη χρόνο είχε καταταγεί δεύτερη και δεν της είχε κατακυρωθεί ο Διαγωνισμός. Το γεγονός και μόνον ότι η Προσφυγή που είχαν καταχωρήσει οι Αιτητές στρεφόταν εσφαλμένα και εναντίον της νομιμότητας της προσφοράς της Κοινοπραξίας KRUGER-CYBARCO, δεν τους νομιμοποιούσε να επιθεωρούν φακέλους στους οποίους την δεδομένη στιγμή δεν έπρεπε να είχαν πρόσβαση.

Με βάση την αρχή της προστασίας των επιχειρηματικών απορρήτων και των εμπιστευτικών πληροφοριών του ενωσιακού δικαίου, και από την στιγμή που την δεδομένη εκείνη χρονική στιγμή δεν ετίθετο ζήτημα ανάγκης εξασφάλισης πρόσβασης στους φακέλους της προσφοράς της Κοινοπραξίας KRUGER-CYBARCO σε διασφάλιση του δικαιώματος αποτελεσματικής δικαστικής

προστασίας, σημείωσαν, οι Αιτητές απέκτησαν κατ' εξακολούθηση, χωρίς να λάβουν προηγουμένως την άδεια της Αναθέτουσας Αρχής, πρόσβαση σε πληροφορίες εμπιστευτικής φύσης, κατά παράβαση του όρου 3.2.5 των Εγγράφων του Διαγωνισμού.

Το γεγονός ότι ο φάκελος της προσφοράς της Κοινοπραξίας KRUGER-CYBARCO περιέχει εμπιστευτικές πληροφορίες, επιβεβαιώνεται και στην επιστολή ημερομηνίας 26/09/2018 που απέστειλαν οι δικηγόροι της επιτυχούσας Κοινοπραξίας προς την Αναθέτουσα Αρχή, διαμαρτυρόμενοι για το γεγονός ότι οι Αιτητές επιθεωρούσαν τα έγγραφα της προσφοράς των πελατών τους.

Η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι δεν έχει καμιά απολύτως σημασία ότι, ως ισχυρίζονται οι Αιτητές, οι φάκελοι τους παραδόθηκαν από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών. Οι Αιτητές δεν εξασφάλισαν την συγκατάθεση της Αναθέτουσας Αρχής, ως της Αρμόδιας Αρχής να παραχωρήσει τέτοια άδεια, για πρόσβαση στους εν λόγω φακέλους. Επιπρόσθετα αρκεί κανείς να λάβει υπόψη του την χρονική διάρκεια της επίμαχης επιθεώρησης των φακέλων, όπου κράτησε πέντε (5) ολόκληρες μέρες, πρόσθεσαν. Κάθε φορά που οι εκπρόσωποι των Αιτητών έφευγαν από τα Γραφεία της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών και επέστρεφαν για να συνεχίσουν την επιθεώρηση που είχαν αφήσει στην μέση, αποκτούσαν ξανά, με δική τους πρωτοβουλία πλέον, πρόσβαση και κατοχή σε φακέλους τους οποίους δεν νομιμοποιούνταν και δεν είχαν δικαίωμα να επιθεωρούν.

Σε σχέση με τον ισχυρισμό των Αιτητών για την εμπλοκή του Γενικού Διευθυντή του ΣΑΛΑ, ότι δηλαδή το κατηγορητήριο συντάχθηκε και υπογράφηκε από αυτόν, η Αναθέτουσα Αρχή ανέφερε ότι ο Γενικός Διευθυντής απευθύνθηκε στους Αιτητές, στα πλαίσια διερεύνησης παράβασης του επίμαχου όρου 3.2.5 από τους Αιτητές, δεόντως εξουσιοδοτημένος προς τον σκοπό αυτό από την ολομέλεια του Συμβουλίου. Ο Γενικός Διευθυντής δεν εκτελούσε χρέη, ούτε κατηγορού ούτε και συνακόλουθα μετά, κριτή. Άλλωστε καταλήγει η Αναθέτουσα Αρχή δεν έχει ούτε δικαίωμα ψήφου στη διαδικασία λήψης απόφασης.

Αναφορικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών περί παράβασης των Αρχών της φυσικής δικαιοσύνης η Αναθέτουσα Αρχή τον απορρίπτει ως εντελώς αβάσιμο. Στηρίζεται, ανέφερε, σε αναφορές του Γενικού Διευθυντή που περιέχονται σε επιστολή που στάληκε μετά τον ουσιώδη χρόνο λήψης της προσβαλλόμενης απόφασης, 10/10/2018, ενώ η επιστολή στάληκε στις 02/11/2018. Επιπλέον η επιστολή αυτή ούτε συμπληρώνει ούτε υποκαθιστά την προσβαλλόμενη απόφαση.

Αναφορικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής πάσχει λόγω συμμετοχής, στη διαδικασία λήψης της, του Δικηγορικού Γραφείου Τάσος Παπαδόπουλος και Συνεργάτες Δ.Ε.Π.Ε., η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι επίδικο θέμα στην παρούσα προσφυγή αποτελεί ο διαγωνισμός αρ. 4/2014. Για αυτόν τον διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά πέντε προσφοροδότες, μεταξύ των οποίων και η εταιρεία Cyfield Engineering and

Contracting Public Ltd (πρώην Νέμεσις Εργοληπτική Δημόσια Εταιρεία Λτδ), η οποία αποκλείστηκε. Το εν λόγω Δικηγορικό Γραφείο ουδέποτε και σε κανένα στάδιο της διαδικασίας ενήργησε για την εν λόγω εταιρεία σε σχέση με τον επίδικο διαγωνισμό, ούτε και η εν λόγω εταιρεία αμφισβήτησε την απόφαση αποκλεισμού της ή τις συνακόλουθες αποφάσεις κατακύρωσης του επίδικου διαγωνισμού σε άλλο προσφοροδότη. Δεν υπήρξε δηλαδή αντιδικία μεταξύ της εν λόγω εταιρείας και της Αναθέτουσας Αρχής σε σχέση με τον επίδικο διαγωνισμό.

Ως ανέφερε, αρχικώς η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσισε την κατακύρωση του Διαγωνισμού στην Κοινοπραξία AKTOR-AQUALIA, απόφαση την οποία αμφισβήτησαν η Κοινοπραξία KRUGER CYBARCO JV και η εταιρεία WTE WASSERTECHNIK GMBH με τις προσφυγές αρ. 18/2018 και 19/2018 αντίστοιχα στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών. Τις προσφυγές αυτές χειρίστηκε το εν λόγω γραφείο, μετά που έλαβε σχετικές οδηγίες από την Αναθέτουσα Αρχή.

Μετά την ακυρωτική απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών επί των Προσφυγών Αρ. 18/2018 και 19/2018 και κατά την επανεξέταση της υπόθεσης, το Συμβούλιο αποφάσισε να επιληφθεί του θέματος απευθείας η Ολομέλεια, ως το αποφασίζον όργανο, και η Ολομέλεια του Συμβουλίου έλαβε απόφαση για τον αποκλεισμό των Αιτητών από τον Διαγωνισμό, καθ' ότι κρίθηκε ότι παραβίασαν τον όρο 3.2.5. των εγγράφων του Διαγωνισμού.

Παράλληλα, κατά τον χρόνο εξέτασης των προσφυγών αρ. 18/2018 και 19/2018 βρισκόταν σε εξέλιξη και η προσφυγή αρ. 33/2018 που καταχώρησαν οι Αιτητές σε σχέση με άλλο διαγωνισμό της ίδιας Αναθέτουσας Αρχής, το διαγωνισμό αρ. 2/2018.

Κατά την επανεξέταση του διαγωνισμού αρ. 2/2018 το ΣΑΛΑ ζήτησε γνωμοδότηση από άλλο δικηγορικό γραφείο (το γραφείο Κ. Τσιρίδη ΔΕΠΕ) για το ερώτημα κατά πόσο θα έπρεπε να αποκλείσει τους Αιτητές λόγω σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, ως εκ των ενεργειών τους κατά την επιθεώρηση και φωτογράφιση των φακέλων στον επίδικο διαγωνισμό. Το Γραφείο Τάσσος Παπαδόπουλος και Συνεργάτες Δ.Ε.Π.Ε. δεν γνωμοδότησε σε σχέση με αυτό το θέμα.

Η Αναθέτουσα Αρχή, υπέβαλε, δεν κατανοεί πως η παροχή νομικών συμβουλών εκ μέρους του Δικηγορικού Γραφείου Τάσσος Παπαδόπουλος & Συνεργάτες Δ.Ε.Π.Ε. προς την Αναθέτουσα Αρχή πλήττει τις αρχές που διατείνονται οι Αιτητές ότι πλήττονται, λόγω της εκπροσώπησης της εταιρείας Cyfield Engineering and Contracting Public Ltd σε άλλες διαδικασίες, άσχετες και ανεξάρτητες με τον παρόντα Διαγωνισμό. Σε κάθε περίπτωση, τονίζει, οι Νομικοί Σύμβουλοι ενεργούν κατ' εντολήν των πελατών τους και εάν και εφόσον τους ζητηθεί παρέχουν τη νομική τους άποψη και εκτίμηση ως προς συγκεκριμένα ερωτήματα. Οι αποφάσεις λαμβάνονται όχι από τους Νομικούς Συμβούλους, αλλά από τους πελάτες, είτε αυτοί είναι ιδιώτες, είτε είναι νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου.

Η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι οι αυθεντίες και οι νομικές αρχές στις οποίες στηρίζουν τις θέσεις τους οι Αιτητές αναφέρονται μόνο στα πρόσωπα που συμμετέχουν στην παραγωγή της διοικητικής πράξης, μέλη του διοικητικού οργάνου, αποφασίζοντας ή γνωμοδοτικού, καθώς επίσης στους ιδιώτες πάροχους υπηρεσιών διαδικασιών σύναψης συμβάσεων οι οποίοι συνεπικουρούν τις αναθέτουσες αρχές στην αξιολόγηση των προσφορών. Ο νομοθέτης και ο αναθεωρητικός δικαστής, κατά την διατύπωση των αρχών της αμεροληψίας και της αποφυγής καταστάσεων σύγκρουσης συμφερόντων, ώστε να μη νοθεύεται η ορθή και γνήσια κρίση του διοικητικού οργάνου, δεν είχαν σκοπό να επεκτείνουν την εφαρμογή των αρχών και στους ιδιώτες νομικούς συμβούλους, οι οποίοι καλούνται ορισμένες φορές να παράσχουν την νομική τους καθοδήγηση για τα εκάστοτε θέματα που αντιμετωπίζουν οι διοικητικές αρχές. Η απαγόρευση καλύπτει μόνο πρόσωπα μέλη του προσωπικού της αναθέτουσας αρχής ή του παρόχου υπηρεσιών διαδικασιών σύναψης συμβάσεων, ενεργούντα στο όνομα της αναθέτουσας αρχής.

Σε σχέση με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι η προσφορά της επιτυχούσας κοινοπραξίας παραβιάζει τους όρους 3.3.8, 5.6.2.f, 3.2.3 και 7.6.2.g η Αναθέτουσα Αρχή αναφέρει ότι οι Αιτητές δεν έχουν έννομο συμφέρον να προσβάλλουν την εγκυρότητα της προσφοράς της επιτυχούσας κοινοπραξίας αφού η προσφορά τους κρίθηκε ότι παραβιάζει ουσιώδεις όρους του διαγωνισμού και συνεπώς νομιμοποιείται να προσβάλει μόνο το δικό τους αποκλεισμό. Ανεξάρτητα τούτου η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτει τους ισχυρισμούς των Αιτητών.

Έχουμε μελετήσει τις θέσεις των δύο πλευρών όπως αυτές διατυπώθηκαν στα γραπτά περιγράμματα τους και στην ενώπιον μας ακροαματική διαδικασία.

Εκείνο το οποίο κρίνουμε ότι θα πρέπει να εξετάσουμε πρώτο, είναι το έννομο συμφέρον των Αιτητών να αμφισβητούν, εκτός από τον αποκλεισμό της προσφοράς τους, την κατακύρωση του διαγωνισμού στον επιτυχόντα.

Αποτελεί πάγια νομολογιακή αρχή ότι προσφοροδότης ο οποίος δεν τηρεί με ακρίβεια τους όρους του διαγωνισμού αποκλείεται και δεν έχει έννομο συμφέρον ούτε να διεκδικήσει τον διαγωνισμό, ούτε να αμφισβητήσει την κατακύρωση σε άλλο προσφοροδότη (βλ. Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών V EL.NI.A KOKKINOS LTD, Αναθεωρητική Έφεση αρ. 105/2011, 3/2/2017).

Συνεπώς τα όσα προβάλλονται από τους Αιτητές και αφορούν τον επιτυχόντα δεν εξετάζονται λόγω έλλειψης έννομου συμφέροντος.

Επόμενο θέμα που θα εξετάσουμε είναι ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πάσχει λόγω συμμετοχής του Δικηγορικού Γραφείου Τάσος Παπαδόπουλος και Συνεργάτες Δ.Ε.Π.Ε. στη διαδικασία παραγωγής της προσβαλλόμενης απόφασης.

Από τους διοικητικούς φακέλους προκύπτει ότι για τον υπό κρίση διαγωνισμό το εν λόγω Δικηγορικό Γραφείο δεν εκπροσώπησε σε κανένα στάδιο οποιονδήποτε προσφοροδότη, ούτε βεβαίως οι Αιτητές προέβαλαν τέτοιο ισχυρισμό. Ο ισχυρισμός

των Αιτητών βασίζεται στο ότι το Γραφείο Τάσος Παπαδόπουλος και Συνεργάτες Δ.Ε.Π.Ε. εκπροσώπησε ή/και εκπροσωπεί, σε διάφορες άλλες διαδικασίες Οικονομικό Φορέα, ανταγωνιστή τους, ο οποίος βρίσκεται, ή/και βρισκόταν για κάποιες από αυτές, σε αντιδικία με τους Αιτητές. Το όλο θέμα το εντάσσουν στη σφαίρα της φαινομενικής αμεροληψίας. Με τα όσα κατατέθηκαν ή λέχθηκαν ενώπιον μας από τους Αιτητές δεν προκύπτει ισχυρισμός εκ μέρους τους ότι είναι ή/και ήταν σε απευθείας αντιδικία με το συγκεκριμένο Δικηγορικό Γραφείο.

Το Άρθρο 42 του Ν.158(Ι)/99 προνοεί τα ακόλουθα:

«Αρχή της αμεροληψίας

42.- (1) Κάθε διοικητικό όργανο που μετέχει στην παραγωγή διοικητικής πράξης πρέπει να παρέχει τα εχέγγυα της αμερόληπτης κρίσης.

(2) Δε μετέχει στην παραγωγή διοικητικής πράξης πρόσωπο που έχει ιδιάζουσα σχέση ή συγγενικό δεσμό εξ αίματος ή εξ αγχιστείας μέχρι και του τέταρτου βαθμού ή βρίσκεται σε οξεία έχθρα με το άτομο που αφορά η εξεταζόμενη υπόθεση ή που έχει συμφέρον για την έκβασή της.»

Περαιτέρω, το Άρθρο 6(1) του Ν.73(Ι)/2016 προνοεί τα ακόλουθα:

«6. – (1) Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα για την αποτελεσματική πρόληψη, τον εντοπισμό και την επανόρθωση συγκρούσεων συμφερόντων που προκύπτουν κατά τη διεξαγωγή διαδικασιών σύναψης σύμβασης, ούτως ώστε να αποφεύγονται τυχόν στρεβλώσεις του ανταγωνισμού και να διασφαλίζεται η ίση μεταχείριση όλων των οικονομικών φορέων:

Νοείται ότι, η έννοια της σύγκρουσης συμφερόντων καλύπτει, τουλάχιστον, οποιαδήποτε κατάσταση κατά την οποία μέλη του προσωπικού της αναθέτουσας αρχής ή του παρόχου υπηρεσιών διαδικασιών σύναψης συμβάσεων, ενεργούντος εξ ονόματος της αναθέτουσας αρχής, τα οποία συμμετέχουν στη διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης σύμβασης ή δύναται να επηρεάσουν την έκβασή της έχουν,

άμεσα ή έμμεσα, χρηματοοικονομικό, οικονομικό ή άλλο προσωπικό συμφέρον, που θα μπορούσε να εκληφθεί ως στοιχείο που θίγει την αμεροληψία και την ανεξαρτησία τους, στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης σύμβασης.»

Το, κοινά αποδεκτό γεγονός, ότι το Δικηγορικό Γραφείο Τάσος Παπαδόπουλος & Συνεργάτες Δ.Ε.Π.Ε. εκπροσώπησε ή και εκπροσωπεί σε άλλες διαδικασίες συγκεκριμένο οικονομικό φορέα που ενδεχομένως να είναι ανταγωνιστής των Αιτητών ή να βρίσκεται σε αντιδικία με τους Αιτητές δεν βρίσκουμε να πλήττει τις αρχές της αμεροληψίας και της ίσης μεταχείρισης. Με δεδομένο ότι το εν λόγω Δικηγορικό Γραφείο στον υπό κρίση διαγωνισμό δεν εκπροσώπησε με οποιοδήποτε τρόπο άλλον οικονομικό φορέα δεν αντιλαμβανόμαστε πώς πλήττεται το κύρος της προσβαλλόμενης απόφασης. Δεν μας έχει υποδειχθεί ότι το συγκεκριμένο γραφείο έχει χρηματοοικονομικό συμφέρον ούτε ότι βρίσκεται σε έχθρα με τους Αιτητές έστω και αν σε άλλες διαδικασίες εκπροσώπησε ως Δικηγόρος ή/και Νομικός Σύμβουλος Οικονομικό Φορέα, ανταγωνιστή των Αιτητών, ούτε βεβαίως και η σχέση Δικηγόρου – Πελάτη σε κάποιες υποθέσεις δημιουργεί ιδιαίζουσα σχέση τέτοιας μορφής που να ικανοποιεί το αντικειμενικό κριτήριο της εντύπωσης που θα δημιουργείτο στο μέσο εχέφρονα πολίτη για το αν, υπό τις περιστάσεις, υπήρχε πιθανότητα προκατάληψης. Συνεπώς, απορρίπτεται αυτός ο ισχυρισμός των Αιτητών.

Άλλο θέμα που εγείρουν οι Αιτητές υποστηρίζοντας ότι οδηγεί σε ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης είναι η απουσία θεσμοθετημένων διαδικασιών εφαρμογής του όρου 3.2.5 του Τόμου 1 Μέρους 1 των εγγράφων του διαγωνισμού και

ειδικότερα την ακολουθητέα διαδικασία διερεύνησης του «παραπτώματος», όπως το αναφέρουν οι Αιτητές.

Ο όρος 3.2.5 του Τόμου 1, Μέρος 1 των εγγράφων του διαγωνισμού προβλέπει ότι:

«Tenderers who have obtained or taken in their possession, without legal authority and at their own initiative, information or documents of a secret nature in connection to the tender procedure, shall be excluded from participation».

Ως γενικό σχόλιο, σε συμφωνία με την Αναθέτουσα Αρχή, η όποια προσπάθεια των Αιτητών να εξομοιώσουν τον αποκλεισμό τους ένεκα της διαπίστωσης της Αναθέτουσας Αρχής για παράβαση του όρου 3.2.5 του Τόμου 1, Μέρος 1 των εγγράφων του διαγωνισμού με την επιβολή ποινής από ποινικό δικαστήριο ή πειθαρχικό σώμα είναι ατυχής. Ως εκ τούτου η όποια προσπάθεια των Αιτητών να πείσουν ότι η Αναθέτουσα Αρχή έπρεπε να εφαρμόσει τις διαδικασίες και τις Αρχές που διέπουν τη διεξαγωγή ποινικής και/ή πειθαρχικής δίκης είναι απορριπτέες.

Το Άρθρο 45 του Ν.158(Ι)/1999 έχει ως ακολούθως:

«Επαρκής έρευνα

45. – (1) *Η διοίκηση, κατά την άσκηση της διακριτικής της εξουσίας, οφείλει να προβαίνει σε επαρκή έρευνα όλων των σχετικών με την υπόθεση γεγονότων.*

(2) *Η έκταση της έρευνας εξαρτάται από τα περιστατικά κάθε υπόθεσης. Στο αρμόδιο διοικητικό όργανο εναπόκειται να επιλέξει τον ενδεδειγμένο τρόπο διεξαγωγής της έρευνας. Η έρευνα μπορεί να διεξαχθεί είτε από το αρμόδιο διοικητικό όργανο είτε δια μέσου άλλου οργάνου ή προσώπου.»*

Η Αναθέτουσα Αρχή στα πλαίσια αξιολόγησης προσφορών έχει υποχρέωση να διεξάγει δέουσα και επαρκή έρευνα. Η έκταση και η μορφή της έρευνας είναι συνυφασμένη με τα περιστατικά κάθε υπόθεσης. Το κριτήριο για την επάρκεια και πληρότητα της έρευνας έγκειται στη συλλογή και διερεύνηση του συνόλου των ουσιωδών στοιχείων, τα οποία παρέχουν βάση για ασφαλή συμπεράσματα [βλ. Χωματένος Χαράλαμπος V Κυπριακής Δημοκρατίας και άλλου, (2013) 3Α.Α.Δ. 120]. Η μορφή της έρευνας είναι επίσης ανάλογη με τα περιστατικά της υπόθεσης, η δε έκταση, ο τρόπος και η διαδικασία που θα ακολουθηθεί ποικίλει αναλόγως του υπό εξέταση θέματος [Δημοκρατία V Κοινότητας Πυργών (1996) 3 Α.Α.Δ. 503].

Συνεπώς, ούτε αυτός ο λόγος ακυρότητας της προσβαλλόμενης απόφασης που εγείρουν οι Αιτητές ευσταθεί.

Ούτε ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής πάσχει γιατί δεν τους δόθηκε το δικαίωμα προφορικής ακροαματικής διαδικασίας, βρίσκουμε να ευσταθεί. Η Αναθέτουσα Αρχή στα πλαίσια της έρευνας και των κανόνων της φυσικής δικαιοσύνης έδωσε το δικαίωμα στους Αιτητές να παραθέσουν τις θέσεις τους. Το γεγονός ότι δεν τους δόθηκε η δυνατότητα να τις παραθέσουν προφορικά παρά μόνο γραπτώς δεν επιδρά στην εγκυρότητα της προσβαλλόμενης απόφασης. Το δικαίωμα ακρόασης στο διοικητικό δίκαιο ικανοποιείται κατά κανόνα και με γραπτή παράσταση χωρίς την ανάγκη προφορικής ακρόασης. Σημασία έχει η διοικητική αρχή πριν τη λήψη της απόφασης να λαμβάνει

τις απόψεις του επηρεαζομένου, να τις εξετάζει και να αποφασίζει αρμοδίως επ' αυτών [βλ. *Μελέτης ν. Δημοκρατίας (1989) 3Α.Α.Δ.347*].

Το γεγονός ότι η Αναθέτουσα Αρχή αρχικώς άφησε να νοηθεί στους Αιτητές ότι θα τους καλούσαν σε προφορική ακροαματική διαδικασία ενώ στη συνέχεια τους κάλεσε να παραθέσουν τις θέσεις τους γραπτώς δεν αναιρεί το γεγονός ότι η Αναθέτουσα Αρχή, ως όφειλε, έδωσε το δικαίωμα ακρόασης στους Αιτητές οι οποίοι είχαν τη δυνατότητα να αναπτύξουν, ως οι ίδιοι έκριναν σωστό, τις απόψεις τους.

Άλλο λόγο που εγείρουν οι Αιτητές είναι, στην ουσία, ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν διερεύνησε επαρκώς αν είναι αληθή ή όχι τα όσα καταγράφονται στις επιστολές της Αναπληρώτριας Γραμματέα της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών ημερ. 6/7/2018 και της Προέδρου της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών ημερ. 13/7/2018 περί φωτογράφισης εγγράφων από εκπρόσωπο των Αιτητών κατά την επιθεώρηση των διοικητικών φακέλων στα γραφεία της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών.

Η Αναθέτουσα Αρχή στα πλαίσια της οφειλόμενης επαναξιολόγησης του διαγωνισμού μετά τις ακυρωτικές αποφάσεις της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών επί των Προσφυγών 18/2018 και 19/2018 ημερ. 18/9/2018 είχε ενώπιον της δύο επιστολές. Την επιστολή της Αναπληρώτριας Γραμματέα της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών ημερ. 6/7/2018 στην οποία σημειώνονται τα εξής:

«Έχω οδηγίες να σας αναφέρω ότι μετά το χθεσινό περιστατικό κατά το οποίο διαπιστώθηκε ότι γινόταν φωτογράφιση εγγράφων από τους διοικητικούς

φακέλους της πιο πάνω προσφυγής, παρά τη γραπτή βεβαίωση σας περί του αντιθέτου και την πάγια πρακτική που ακολουθείται, η κατ' εξαίρεση επιθεώρηση των φακέλων στα γραφεία μας τερματίζεται.

Συνεπώς παρακαλείστε η οποιαδήποτε περαιτέρω επιθεώρηση να γίνεται στα γραφεία της Αναθέτουσας Αρχής».

Και την επιστολή της Προέδρου της ΑΑΠ ημερ.13/7/2018 στην οποία σημειώνονται

τα εξής:

«Αναφέρομαι στο θέμα που προέκυψε σε σχέση με την πιο πάνω προσφυγή όπως αυτό διατυπώνεται στην επιστολή σας ημερ. 9/7/2018 και αναφέρω τα εξής:

Είναι γεγονός ότι η πρακτική που ακολουθείτο για επιθεώρηση των διοικητικών φακέλων των προσφυγών που καταχωρούνται εναντίον αποφάσεων Αναθετουσών Αρχών στα γραφεία της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών έπαυσε να εφαρμόζεται από τον Απρίλιο του 2014 λόγω έλλειψης χώρου στα γραφεία της Αρχής. Υπήρξαν όμως περιπτώσεις που επιτράπη η επιθεώρηση να γίνει στα γραφεία της Αρχής και αυτό προς διευκόλυνση των οικονομικών φορέων και των δικηγόρων τους όταν είχαν να ταξιδέψουν εκτός Λευκωσίας και ο χρόνος μέχρι την ακρόαση της υπόθεσης ήταν περιορισμένος. Μια από αυτές τις περιπτώσεις είναι και η περίπτωση του διαγωνισμού στον οποίο αφορά η πιο πάνω Προσφυγή και η Προσφυγή 18/2018 η οποία καταχωρήθηκε από τον οικονομικό φορέα Kruger – Cybarco JV οι οποίες ορίστηκαν σε σύντομο χρόνο.

Αντίγραφα των διοικητικών φακέλων οι οποίοι αφορούν στις εν λόγω υποθέσεις ως και αντίγραφα των προσφορών των Αιτητών και στις δύο Προσφυγές απεστάλησαν στα γραφεία μας μέσα σε έξι κιβώτια μαζί με κατάλογο ως προς το περιεχόμενο των κιβωτίων και χωρίς να καταγράφεται τι το κάθε κιβώτιο περιέχει ή τι δεν θα πρέπει να επιθεωρηθεί και από ποιόν. Απλά σε ένα από τα κιβώτια αναγράφεται ο αριθμός των δύο Προσφυγών.

Είναι γεγονός ότι η Αναθέτουσα Αρχή και αυτό προφανώς εκ παραδρομής δεν ειδοποιήθηκε ότι η επιθεώρηση θα γινόταν στα γραφεία μας. Είναι όμως ταυτόχρονα παράδοξο και περίεργο γιατί μεταξύ των διοικητικών φακέλων που απεστάλησαν απεστάλη και η προσφορά των Kruger – Cybarco JV από τη στιγμή που αυτοί δεν ήσαν οι επιτυχόντες αλλά ούτε και η Προσφυγή 19/2018 στρεφόταν κατ' οιονδήποτε τρόπο εναντίον τους. Η προσφορά των Αιτητών στην Προσφυγή 18/2018 είχε ήδη αποσταλεί από τους Αιτητές με την

καταχώρηση της Προσφυγής και υπήρχε στο φάκελο της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών σε ηλεκτρονική μορφή (usb).

Σε σχέση με το περιστατικό της φωτογράφισης εγγράφων σημειώνω τα εξής. Εξ' όσων με έχουν πληροφορήσει λειτουργοί της Αρχής πρώτοι προσήλθαν για επιθεώρηση τω διοικητικών φακέλων οι Αιτητές στην Προσφυγή 19/2018 στους οποίους και διατέθηκαν οι διοικητικοί φακέλοι. Η επιθεώρηση έλαβε χώρα στις 28.6.2018, 29.6.2018, 2.7.2018, 3.7.2018 και 5.7.2018. Το περιστατικό έγινε αντιληπτό από λειτουργούς της Αρχής στις 5.7.2018 λίγο πριν τελειώσει ο εργάσιμος χρόνος.

Όταν λειτουργοί αντιλήφθηκαν ότι γινόταν φωτογράφιση στην αίθουσα βρίσκονταν οι αντιπρόσωποι των Αιτητών κ.κ. Κ.Β., Ε.Ν. και Σ.Γ. Ποια έγγραφα φωτογραφήθηκαν δεν γνωρίζουν καθότι με την διαπίστωση του συμβάντος οι εκπρόσωποι των Αιτητών θορυβήθηκαν, προσπάθησαν να δικαιολογηθούν και δεν συνέχισαν την επιθεώρηση.»

Στην υπόθεση **ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΕΩΝ ΛΕΥΚΩΣΙΑΣ** ν.

ΑΝΑΘΕΩΡΗΤΙΚΗΣ ΑΡΧΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ (2007) 3 Α.Α.Δ. 568 λέχθηκαν τα πιο

κάτω:

«...που αποτέλεσε το αντικείμενο της ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών ιεραρχικής προσφυγής. Ο νομοθέτης ανέθεσε σε εκείνη να κρίνει στα πλαίσια των αρμοδιοτήτων της, ως δευτεροβάθμιο και έτσι ανώτερο διοικητικό όργανο, τη νομιμότητα της διοικητικής απόφασης του αιτητή, με σκοπό την κατάληψη της σύνθετης διοικητικής διεργασίας του διαγωνισμού. Αιτητής και Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών λοιπόν ήσαν, για σκοπούς της εν λόγω διεργασίας, μέρη του ίδιου διοικητικού μηχανισμού.»

Με βάση τα πιο πάνω λεχθέντα και τα δεδομένα της παρούσης προκύπτει ότι Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών και Αναθέτουσα Αρχή είναι μέρη του ίδιου Διοικητικού Μηχανισμού. Θέση των Αιτητών είναι ότι η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε να διερευνήσει αν όσα καταγράφονται στις επιστολές της Προέδρου και της

Αναπληρώτριας Γραμματέα της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών είναι αληθή ή όχι.

Τα όσα καταγράφονται στις επιστολές της Προέδρου και της Αναπληρώτριας Γραμματέα της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών δεν έχουν τα χαρακτηριστικά της Διοικητικής Πράξης. Επομένως δεν τυγχάνει εφαρμογής το Άρθρο 12 του Ν.158(Ι)/99.¹ Αντιθέτως με βάση τα γεγονότα της παρούσης τυγχάνει εφαρμογής το Άρθρο 43(2) του Ν.158(Ι)99 όπου αναφέρει:

«Διοικητικό όργανο που προτίθεται να στηρίξει την απόφασή του σε ισχυρισμούς εναντίον ενός προσώπου οφείλει να παράσχει την ευκαιρία στο πρόσωπο αυτό να υποβάλει τις απόψεις του για τους ισχυρισμούς αυτούς.»

Η υποχρέωση της Αναθέτουσας Αρχής να παράσχει στο Διοικούμενο το δικαίωμα ακρόασης, ταυτόχρονα, δημιουργεί υποχρέωση σε αυτή, στην απόφαση της να λάβει υπόψη και τις θέσεις του Διοικούμενου.

Η Αναθέτουσα Αρχή μετά την έρευνα της, την οποία κρίνουμε επαρκή, κατέληξε στην απόφαση της ημερ. 10/10/2018 στην οποία, μεταξύ άλλων, σημειώνει ότι:

*«Ο Γενικός Διευθυντής ενημέρωσε επίσης τα μέλη ότι λίγο πριν την έναρξη της συνεδρίας παρελήφθη στα γραφεία του Συμβουλίου σχετική επιστολή του Δικηγόρου της εταιρείας WTE Wassertechnik GMBH με ημερομηνία 10/10/2018, αντίγραφο της οποίας επισυνάπτεται στο **ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 7**, με την οποία εκφράζουν την διαφωνία και τα παράπονα των πελατών τους για την*

¹ 12. Ένα διοικητικό όργανο κατά την άσκηση της αρμοδιότητάς του αναγνωρίζει ως ισχυρές και εφαρμόζει τις πράξεις άλλων διοικητικών οργάνων, εφόσον αυτές έχουν εξωτερικά τα γνωρίσματα έγκυρων πράξεων.

απόφαση του Συμβουλίου, να μην αποδεχθεί το αίτημα τους για προφορική ακρόαση ενώπιον της Ολομέλειας.

Επίσης, ανέφερε ότι μετά από συνεννόηση με τους Δικηγόρους του Συμβουλίου, ετοιμάστηκε σχετική απάντηση στους Δικηγόρους της εταιρείας, με σχετική επιστολή με αρ. φακ. ΡΥ.2.4Β/2014, ημερομηνίας 10/10/2018, αντίγραφο της οποίας επισυνάπτεται στο **ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 8**, με την οποία ενημερώνονται ότι το θέμα θα τεθεί ενώπιον της Ολομέλειας του Συμβουλίου κατά τη σημερινή συνεδρία για λήψη απόφασης επί του θέματος.

Στη συνέχεια ο Γενικός Διευθυντής παρέπεμψε επίσης τα μέλη στην επιστολή του δικηγόρου της εταιρείας WTE Wassertechnik GMBH ημερομηνίας 24/9/2018, αντίγραφο της οποίας επισυνάπτεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 7 της Ημερήσιας Διάταξης.

Τα μέλη, αφού μελέτησαν την επιστολή του Δικηγόρου της εταιρείας WTE Wassertechnik GMBH ημερομηνίας 10/10/2018, συμφώνησαν και έκριναν ότι δεν κρίνεται αναγκαία η παρουσία των εκπροσώπων της εταιρείας, δεδομένου ότι το περιεχόμενο και τα στοιχεία που υποβλήθηκαν με την εν λόγω επιστολή δεν δικαιολογούν κάτι τέτοιο. Σημείωσαν δε ότι η εταιρεία δεν εκφράζει με την πιο πάνω επιστολή του Δικηγόρου της, την επιθυμία να προσθέσει οτιδήποτε νεότερο στους δικούς της ισχυρισμούς και θέσεις, απλώς επιδίδεται σε παράπονα και ισχυρισμούς για κατ' ισχυρισμό παραβίαση των δικαιωμάτων των πελατών του, χωρίς να τεκμηριώνουν ή να επεξηγούν συγκεκριμένα, τι περαιτέρω έχουν να προσθέσουν και να επεξηγήσουν, από όσα καταγράφονται στην προηγούμενη επιστολή τους.

Στην προηγούμενη επιστολή τους ημερομηνίας 24/09/2018, οι Δικηγόροι της εταιρείας, επικαλέστηκαν την προσαγωγή των κατηγορών της εταιρείας ενώπιον του Συμβουλίου έτσι ώστε να αυτοί να τύχουν αντεξέτασης και αμφισβήτησης από τον ίδιο. Σύμφωνα όμως με την άποψη των νομικών συμβούλων του Συμβουλίου «ΤΑΣΣΟΣ ΠΑΠΑΔΟΠΟΥΛΟΣ & ΣΥΝΕΡΓΑΤΕΣ Δ.Ε.Π.Ε.», το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης ικανοποιείται και με την παροχή δικαιώματος υποβολής γραπτών παραστάσεων, το οποίο δόθηκε στον συγκεκριμένο προσφοροδότη. Παράλληλα, οι νομικοί σύμβουλοι του Συμβουλίου επισήμαναν ότι ο τρόπος άσκησης του δικαιώματος ακρόασης τελεί υπό την επιφύλαξη και των χρονικών περιθωρίων που η εκάστοτε περίπτωση επιβάλλει.

Το Συμβούλιο σε συμφωνία με τους Νομικούς του Συμβούλους, κατέληξε ότι δεν θεωρεί ότι έχει την υποχρέωση να στήσει δικαστική διαδικασία ενώπιον του και να διεξαχθεί παρουσίαση και αντεξέταση μαρτύρων, όπως αιτήθηκε ο δικηγόρος

της WTE Wassertechnik GMBH . Το Συμβούλιο συμφώνησε ότι οφείλει να διεξάγει την δέουσα έρευνα στην βάση των γεγονότων που έχει ενώπιον του, όχι όμως να προχωρήσει σε δικαστική διαδικασία.

Τα μέλη σημείωσαν ότι η έρευνα αυτή έχει υλοποιηθεί καθ' ότι διαθέτουν την επίσημη θέση της ΑΑΠ για τα γεγονότα, η οποία μάλιστα τέθηκε γραπτώς ανεπιφύλακτα, και εξ όσων φαίνεται από τα στοιχεία που έχει ενώπιον του το Συμβούλιο, δεν αμφισβητήθηκε σε άμεσο χρόνο από την εταιρεία WTE Wassertechnik GMBH, γεγονός που κλονίζει την αξιοπιστία των όσων προσάγονται εκ των υστέρων και καθυστερημένα ως δικαιολογίες και επεξηγήσεις στην επιστολή του δικηγόρου της ημερομηνίας 24/09/2018. Με την τελευταία αυτή επιστολή του Δικηγόρου της εταιρείας, το Συμβούλιο διαθέτει την επίσημη καταγεγραμμένη θέση της τελευταίας. Το αίτημα του δικηγόρου της εταιρείας WTE Wassertechnik GMBH να κληθεί ενώπιον του Συμβουλίου ο καταγγέλλων υπάλληλος της ΑΑΠ και να τύχει αντεξέτασης από τους δικηγόρους, είναι έξω από τα θεσμοθετημένα πλαίσια της λειτουργίας του Συμβουλίου και των εξουσιών και των καθηκόντων που έχει ως Αναθέτουσα Αρχή.

Ο Γενικός Διευθυντής ανέφερε στην συνέχεια, ότι ήταν η συμβουλή των νομικών συμβούλων του Συμβουλίου, ότι ούτε ο συγκεκριμένος υπάλληλος, ούτε άλλο πρόσωπο ή εκπρόσωπος της ΑΑΠ μπορεί ή θα πρέπει να εξαναγκαστεί να παρίσταται ενώπιον της, και ούτε είναι έργο του Συμβουλίου να αντιδικήσει με την ΑΑΠ. Από την άλλη, η ΑΑΠ κατέγραψε τις θέσεις της, στις επιστολές που αντάλλαξε με τους δικηγόρους του Συμβουλίου, και το κύρος που την περιβάλλει ως Θεσμό και ως Όργανο, δεν αφήνουν περιθώρια ψευδών και αβάσιμων αναφορών.

Έτσι, τα μέλη έκριναν ότι έχουν μία πλήρη και σαφή εικόνα των γεγονότων και της όλης κατάστασης που έχει δημιουργηθεί, και είναι σε θέση να αποφασίσουν, χωρίς να καθίσταται αναγκαία οποιαδήποτε άλλη ενέργεια, η οποία θα καθυστερήσει ακόμα περισσότερο την διαδικασία ολοκλήρωσης του διαγωνισμού και θα επιβαρύνει και άλλο τους κινδύνους και τις συνέπειες αυτής της πρόσθετης καθυστέρησης για το αποχετευτικό σύστημα της Μείζονος Λεμεσού. Στην βάση των όσων τέθηκαν ήδη ενώπιον του Συμβουλίου με την επιστολή του Δικηγόρου της εταιρείας ημερομηνίας 24/9/2018, η αυτοπρόσωπη πρόσκληση των εκπροσώπων της εταιρείας WTE Wassertechnik GMBH δεν αναμένεται να προσθέσει οτιδήποτε νέο στα στοιχεία που έχει το Συμβούλιο ενώπιον του, πέραν από το να στήσει ένα σκηνικό «δίκης» που κάθε άλλο παρά συνάδει με την φύση της διαδικασίας ανάθεσης ενός διαγωνισμού και επομένως, δεν εξυπηρετείται πλέον οποιοσδήποτε σκοπός για προσωπική παρουσία εκπροσώπων της εταιρείας ενώπιον του Συμβουλίου. Τα μέλη σημείωσαν επίσης

ότι σε περίπτωση που θα κρινόταν σκόπιμο με βάση τις διευκρινίσεις που δόθηκαν με την πιο πάνω αναφερόμενη επιστολής της εταιρείας, το Συμβούλιο θα μπορούσε να προσκαλέσει τους εκπροσώπους της σε προσωπική παρουσία στα γραφεία του Συμβουλίου, αλλά αυτό δεν φαίνεται τώρα ότι εξυπηρετεί οποιοδήποτε ουσιαστικό λόγο.

Απαντώντας σε σχετική ενημέρωση των μελών όσον αφορά την διάρκεια της επιθεώρησης/εξέτασης των διοικητικών φακέλων, ο Γενικός Διευθυντής παρέπεμψε στην επιστολή του Δικηγόρου του Αιτητή κου Χ. Θ. Χ. ημερομηνίας 24/9/2018 όπου υπάρχει αναφορά ότι η επιθεώρηση έγινε στα γραφεία της ΑΑΠ κατά τις ημερομηνίες 28/6/2018, 29/6/2018, 2/7/2018, 3/7/2018 και 5/7/2018 δηλαδή για πέντε ημέρες. Πρόσθεσε δε ότι μετά την ανάκληση της άδειας από την ΑΑΠ για επιθεώρηση των φακέλων στα γραφεία της ΑΑΠ, η επιθεώρηση συνεχίστηκε στα γραφεία του Συμβουλίου κατά τις ημερομηνίες 13/7/2018 και 17/7/2018, δηλαδή για άλλες δύο μέρες. Συμπλήρωσε δε ότι η επιθεώρηση των φακέλων στο γραφείο του ΣΑΛΑ έγινε κάτω από αυστηρή και συνεχή επιτήρηση από λειτουργό του ΣΑΛΑ, αφού προηγουμένως υπόγραψαν σχετική δήλωση.

Στο σημείο αυτό, ο Γενικός Διευθυντής ενημέρωσε τα μέλη ότι με βάση την απόφαση της Ολομέλειας με αρ. Β10/18/04, ημερομηνίας 3/10/2018, έγινε ήδη σχετική καταγγελία στην Αστυνομική Διεύθυνση Λεμεσού με σχετική επιστολή με αρ. φακ. ΡΥ.2.4Β/2014 ημερομηνίας 9/10/2018, αντίγραφο της οποίας επισυνάπτεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 9 της Ημερήσιας Διάταξης και στο οποίο επισυνάπτονται όλα τα σχετικά στοιχεία.

Σύμφωνα δε με την καθοδήγηση που έγινε από τους Νομικούς Συμβούλους του Οργανισμού, το Συμβούλιο όμως από πλευράς του, ανεξάρτητα από την τροπή, τον χρόνο και την έκβαση των αστυνομικών ερευνών, θα πρέπει να εξετάσει και το ίδιο το θέμα ως Αναθέτουσα Αρχή του διαγωνισμού, στη βάση των όρων της Προσφοράς, λαμβάνοντας υπόψη οποιαδήποτε στοιχεία και εξελίξεις που ενδεχομένως να προέκυψαν μετά την ημερομηνία της πρώτης απόφασης κατακύρωσης της προσφοράς, η οποία και ακυρώνεται μετά την απόφαση της ΑΑΠ.

Στη συνέχεια τα μέλη μελέτησαν με προσοχή το περιεχόμενο της επιστολής του δικηγόρου της εταιρείας WTE Wassertechnik GMBH ημερομηνίας 24/9/2018, αντίγραφο της οποίας επισυνάπτεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 7 της Ημερήσιας Διάταξης. Ο Γενικός Διευθυντής κληθείς από το Συμβούλιο, ανέγνωσε ενώπιον της Ολομέλειας το σύνολο του περιεχομένου της επιστολής του δικηγόρου της WTE Wassertechnik GMBH και τα μέλη, συζήτησαν σε λεπτομέρεια τις εξηγήσεις που δόθηκαν από τον συγκεκριμένο οικονομικό φορέα μέσω του δικηγόρου τους, κου Χ. Θ. Χ.

Ακολούθησε λεπτομερής συζήτηση των εξηγήσεων και των ισχυρισμών της WTE Wassertechnik GMBH κατά την οποία τα μέλη εξέφρασαν διάφορες απόψεις. Ειδικότερα τα μέλη έκαναν εκτενή αναφορά και συζήτησαν σε λεπτομέρεια τις ακόλουθες αναφορές ή παραγράφους της επιστολής της WTE Wassertechnik:

Στην πρώτη παράγραφο της επιστολής αναφέρεται η ακόλουθη δήλωση:

«... αναφορικά με ισχυριζόμενη φωτογράφιση εγγράφων που ήταν διαθέσιμα προς επιθεώρηση στα γραφεία της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών (ΑΑΠ) κατά τις ημερομηνίες 28/6, 29/6, 2/7, 3/7 και 5/7/2018....»

Τα μέλη σημείωσαν ότι είναι παραδεκτό ότι τα έγγραφα επιθεωρούντο επί καθημερινής βάσης στα γραφεία της ΑΑΠ για πέντε μέρες, χωρίς επιτήρηση αλλά και χωρίς να γίνει εκ των προτέρων ενημέρωση του ΣΑΛΑ ή εξασφάλιση σχετικής άδειας.

Στη συνέχεια της συζήτησης, τα μέλη συζήτησαν και εξέτασαν σε λεπτομέρεια και τις ακόλουθες παραγράφους της επιστολής του Δικηγόρου, έχοντας υπόψη τους το περιεχόμενο και των υπόλοιπων παραγράφων της επιστολής.

.....

Επίσης τα μέλη εξετάζοντας την επιστολή του δικηγόρου της Κοινοπραξίας Kruger – Cybarco που επισυνάπτεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 8 της Ημερήσιας Διάταξης, κάλεσαν τον Γενικό Διευθυντή να αναγνώσει την εν λόγω επιστολή ενώπιον της Ολομέλειας, ο οποίος ανέγνωσε την εν λόγω επιστολή, καθώς επίσης και τις παραγράφους που αναφέρονται στον όρο 3.2.5 «Tenderers who have obtained or taken in their possession, without legal authority and at their own initiative information or documents of a secret nature in connection to the tender procedure, shall be excluded from participation» καθώς επίσης και τους όρους 7.1.1, 7.1.2 και 7.1.3.

Μετά την ολοκλήρωση της εξέτασης του θέματος και των εξηγήσεων που δόθηκαν από την WTE Wassertechnik GMBH, τα μέλη σημείωσαν ότι οι εξηγήσεις που δόθηκαν είναι γενικές, χωρίς να εξειδικεύεται ποιο ακριβώς έγγραφο δήθεν αντιπαραβαλλόταν με τα επίσημα έγγραφα της προσφοράς και γιατί απαιτείτο την δεδομένη χρονική στιγμή η αντιπαραβολή τους, και κατά κύριο λόγο, αντίθετες με τα όσα η ΑΑΠ διά της Προέδρου της βεβαιώνει σε επιστολή της προς την νομική σύμβουλο του Συμβουλίου, χωρίς να τηρεί καμία επιφύλαξη, για τα γεγονότα που είχαν λάβει χώρα και ειδικότερα, για την διαπίστωση του γεγονότος της φωτογράφισης. Γενικότερα, οι εξηγήσεις της εταιρείας δεν κρίνονται ικανοποιητικές, σε σχέση με το ότι αναφέρεται στις

επιστολές της ΑΑΠ ημερομηνίας 6/7/2018 και 13/7/2018 ή στις επιστολές των Νομικών Συμβούλων του Οργανισμού Τάσος Παπαδόπουλος & Συνεργάτες ΔΕΠΕ ημερομηνίας 9/7/2018 και 18/7/2018 αντίστοιχα.

.....

Αναφορικά με τη θέση των αιτητών στην παράγραφο 1, 2 και 3 της επιστολής τους ημερομηνίας 24/9/2018, τα μέλη του Συμβουλίου δήλωσαν ότι οι ισχυρισμοί των αιτητών παρέμειναν γενικοί και εν πολλοίς μη πειστικοί. Οι ισχυρισμοί αυτοί μάλιστα, βρίσκονται σε αντίφαση με τις θέσεις και τα στοιχεία που παρατίθενται από την ΑΑΠ στις δύο επιστολές της ημερομηνίας 6/7/2018 και 13/7/2018.

Είναι δε φανερό από τις αναφορές τόσο των αιτητών στην πιο πάνω αναφερόμενη επιστολή τους ημερομηνίας 24/9/2018 (παράγραφος 8, 9 και 10), αλλά κυρίως από την μαρτυρία της Διευθύντριας Οικονομικών Υπηρεσιών του Συμβουλίου με την οποία ο εκπρόσωπος της Κοινοπραξίας ζήτησε από αυτήν να του στείλει στο φάξ το σχετικό έντυπο «Template B4(A) από το VOLUME 1 PART 2 – ANNEXES» με στοιχεία που αφορούν την προσφορά της KRUGER CYBARCO, αναφέροντας μάλιστα ότι τα εν λόγω έγγραφα δεν μπορούν να εντοπιστούν στον φάκελο της προσφοράς της KRUGER-CYBARCO που τέθηκε ενώπιον του για επιθεώρηση (Βλέπε παραγράφους 3,4 και 5 της επιστολής των Νομικών Συμβούλων του Συμβουλίου με αρ. αναφ. 10/2489/54 ημερομηνίας 9/7/2018 αντίγραφο της οποίας επισυνάπτεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 6 της Ημερήσιας Διάταξης). Αντίγραφο του εντύπου που ζητήθηκε από την Διευθύντρια Οικονομικών Υπηρεσιών επισυνάπτεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 9 για σκοπούς πληρέστερης ενημέρωσης των μελών.

Ενόψει όλων των πιο πάνω στοιχείων και των εξηγήσεων που δόθηκαν από το δικηγόρο της εταιρείας WTE Wassertechnik GMBH, τα μέλη του Συμβουλίου, συμφώνησαν ότι οι εξηγήσεις που δόθηκαν δεν διαφοροποιούν την ουσία ή την σοβαρότητα του ζητήματος και συνεπώς δεν απαλλάσσουν την εταιρεία από το σοβαρό αυτό ολίσθημα/παράπτωμα, το οποίο βρίσκεται σε κατάφορη αντίθεση με τους όρους της προσφοράς, και συγκεκριμένα με τον όρο 3.2.5 και 7.1.1 των όρων της Προσφοράς. Κατά συνέπεια θα πρέπει να εφαρμοστούν οι πρόνοιες των όρων της εν λόγω προσφοράς. Επίσης τα μέλη δήλωσαν ότι δεν συμφωνούν με τις αναφορές στις παραγράφους 8 και 9 της επιστολής των αιτητών. Αντιθέτως το ζήτημα δεν αφορά την μυστικότητα της διαδικασίας, αλλά κατά κύριο λόγο, σύμφωνα με την συμβουλή των νομικών συμβούλων του Συμβουλίου, την εξασφάλιση κατοχής και επιθεώρησης εμπιστευτικών ή επαγγελματικών ή εμπορικών δεδομένων και πληροφοριών ή τεχνογνωσίας ή επιχειρηματικών απορρήτων, άλλου οικονομικού φορέα/ανταγωνιστή της WTE

Wassertechnik GMBH, χωρίς άδεια και χωρίς κανένα δικαίωμα, και χωρίς εν πάση περιπτώσει να τους ήταν αναγκαία την δεδομένη χρονική στιγμή τα συγκεκριμένα έγγραφα, για να προωθήσουν την προσφυγή τους αρ. 19/2018 εναντίον της απόφασης για κατακύρωση του διαγωνισμού στην Κοινοπραξία AKTOR-AQUALIA.

Στο σημείο αυτό ο Γενικός Διευθυντής απαντώντας σε σχετική ερώτηση, ανέφερε ότι η συγκεκριμένη προσφορά αφορά κατασκευαστικό έργο με την μέθοδο του σχεδιασμού/κατασκευή και λειτουργία ενός έργου, (Design/Build/Operate) και οι λύσεις που προσφέρει ο κάθε οικονομικός φορέας είναι δικής του επινοήσεως και σχεδιασμού και λεπτομερούς μελέτης, υπό την προϋπόθεση φυσικά ότι η λύση που προσφέρει, συνάδει και ικανοποιεί τις προκαθορισμένες απαιτήσεις όπως αυτές καθορίζονται στους όρους της προσφοράς (Employer Requirement).

Τα μέλη σημείωσαν ότι αυτό δεν αποτελεί έργο που προσφοροδοτήθηκε με βάση λεπτομερή κατασκευαστικά σχέδια που θα αποτελούσαν μέρος των εγγράφων προσφοράς, αλλά με καθορισμό των απαιτήσεων του Εργοδότη και ο κάθε Εργολάβος οφείλει να υποβάλει τη δική του προτεινόμενη λύση και λεπτομερή σχέδια/μελέτη, για επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού.

Ενόψει των πιο πάνω ζητημάτων και της φύσης του έργου, τα μέλη του Συμβουλίου συμφώνησαν ότι η προσφορά που υπέβαλε ο κάθε προσφέροντας είναι μοναδική, και δικής του τεχνογνωσίας, καλύπτεται από το επιχειρηματικό απόρρητο και επομένως περιέχει σε μεγάλο βαθμό τα χαρακτηριστικά στοιχεία πνευματικής ιδιοκτησίας και κατά συνέπεια, τόσο η επιθεώρηση των εγγράφων αυτών χωρίς άδεια και έννομο συμφέρον, όσο και η φωτογράφιση της πρότασης ενός προσφοροδότη χωρίς άδεια (στην περίπτωση που η φωτογράφιση αφορούσε τέτοιο έγγραφο), αποτελεί εξασφάλιση επαγγελματικών πληροφοριών/δεδομένων χωρίς άδεια, κάτι που δεν έχει σχέση με τα θέματα διαφάνειας που αναφέρονται στην Περί Δημοσίων Συμβάσεων Νομοθεσία, όπως υπάρχει ισχυρισμός, αλλά αποτελεί κλασσικό παράδειγμα εξασφάλισης επαγγελματικών πληροφοριών και παραβίασης του όρου 3.2.5.

Όσον αφορά τον ισχυρισμό ότι η προσφυγή του αιτητή αποτελείται από δύο σκέλη, με δεύτερο σκέλος την απόφαση κατάταξης, τα μέλη δεν κρίνουν ότι αυτός ο ισχυρισμός ευσταθεί, λαμβάνοντας υπόψη και την άποψη των νομικών συμβούλων του Συμβουλίου. Άλλωστε, και η ίδια η ΑΑΠ στο προοίμιο της απόφασης της, αναφέρει επί λέξει ότι: «Αντικείμενο της παρούσας προσφυγής είναι η απόφαση του Συμβουλίου Αποχετεύσεων Λεμεσού – Αμαθούντας («η Αναθέτουσα Αρχή») να κατακυρώσει τον Διαγωνισμό αρ. 4/2014 με τίτλο «Φάση Β2 του αποχετευτικού έργου λυμάτων και ομβρίων της Μείζονος

Λεμεσού για την κατασκευή του Σταθμού Επεξεργασίας Λυμάτων στη δυτική περιοχή Λεμεσού – Συμβόλαιο E13» στην κοινοπραξία AKTOR – AQUALIA.....» και όχι η βαθμολογική κατάταξη του Οικονομικού Φορέα.

Εξάλλου, τα μέλη του Συμβουλίου, σημείωσαν ότι η επιχειρηματολογία στην οποία επιδίδεται ο δικηγόρος της εταιρείας WTE Wassertechnik GMBH στην επιστολή του ημερομηνίας 24/09/2018 ότι τα έγγραφα παύουν να είναι εμπιστευτικής φύσης με την υποβολή της προσφοράς τους, καθ' ότι είναι πάντοτε υπαρκτό το ενδεχόμενο να τύχουν επιθεώρησης στα πλαίσια εκδίκασης προσφυγών, δεν αναιρεί το γεγονός ότι κατά τον ουσιώδη χρόνο ο επιτυχών προσφοροδότης ήταν η Κοινοπραξία AKTOR-AQUALIA, και συνεπώς, η εν λόγω εταιρεία, όπως είναι πολύ καλά γνωστό δεν είχε κανένα έννομο συμφέρον και κανένα δικαίωμα να επιθεωρεί τα συγκεκριμένα έγγραφα. Τα μέλη του Συμβουλίου σημείωσαν επίσης ότι εξ όσων συμβούλευσαν το Συμβούλιο οι νομικοί του σύμβουλοι, το γεγονός αυτό δεν αλλάζει από το ότι στην Προσφυγή της αρ. 19/2018 η WTE Wassertechnik GMBH, εσφαλμένα και ως εκ του περισσού ήγειρε και ζητήματα εναντίον της προσφοράς της Κοινοπραξίας KRUGER-CYBARCO.

Σε κάθε περίπτωση, τονίστηκε ότι οι εκπρόσωποι της εταιρείας, όφειλαν να γνωρίζουν ότι την δεδομένη χρονική στιγμή, δεν είχαν κανένα δικαίωμα πρόσβασης και επιθεώρησης των φακέλων της Κοινοπραξίας KRUGER-CYBARCO, και όφειλαν να απέχουν από οποιαδήποτε επιθεώρηση των εγγράφων της προσφοράς της εν λόγω Κοινοπραξίας στο συγκεκριμένο στάδιο. Οι ίδιοι δεν αρνούνται την συγκεκριμένη επιθεώρηση, η οποία ούτως ή άλλως προκύπτει και από το γεγονός ότι στην Γραπτή Αγόρευση της εταιρείας WTE Wassertechnik GMBH στα πλαίσια της Προσφυγής αρ. 19/2018, είχαν συμπεριληφθεί και ισχυρισμοί εναντίον της νομιμότητας της προσφοράς της KRUGER-CYBARCO.

Παράλληλα, τα μέλη υπογράμμισαν ότι το ζήτημα δεν εξαντλείται μόνο στο γεγονός ότι οι εκπρόσωποι της Κοινοπραξίας ζήτησαν συγκεκριμένα έγγραφα από την προσφορά και/ή έλαβαν κατοχή των φακέλων της προσφοράς της KRUGER-CYBARCO, αλλά και στο ότι υπάρχει μαρτυρία υπαλλήλου της ΑΑΠ ότι συνέλαβε επ' αυτοφόρω έναν εκ των εκπροσώπων της εταιρείας να φωτογραφίζει έγγραφα των διοικητικών φακέλων. Σημείωσαν δε ότι σύμφωνα με τους νομικούς συμβούλους του Οργανισμού, η φωτογράφιση των εγγράφων του Διαγωνισμού σαφώς και απαγορεύεται, λαμβανομένων μεταξύ και άλλων υπόψη ότι, πέραν των πνευματικών δικαιωμάτων και του επαγγελματικού απορρήτου από τα οποία προστατεύονται, τα έγγραφα των προσφορών σύμφωνα με τους όρους του διαγωνισμού, κατέστησαν ιδιοκτησία της Αναθέτουσας Αρχής και τέτοια άδεια δεν έδωσε η Αναθέτουσα Αρχή. Η φωτογράφιση ενός εγγράφου,

όποιο και αν είναι αυτό, είναι πολύ σοβαρό ατόπημα, καθ' ότι εξυπακούει αναπαραγωγή του εγγράφου και αποθήκευση του στην μνήμη ενός κινητού τηλεφώνου, με υπαρκτό τον κίνδυνο, ανά πάσα στιγμή, περαιτέρω αναπαραγωγής και επεξεργασίας του, με ό,τι συνέπειες, (ποινικές και άλλες) μπορεί αυτό να συνεπάγεται.

Τα μέλη του Συμβουλίου σημείωσαν επίσης το γεγονός ότι οι δικηγόροι της WTE Wassertechnik GMBH, αρνήθηκαν μεν το γεγονός της φωτογράφισης, προβάλλοντας την δική τους εκδοχή ως προς τα γεγονότα και σχολίασαν παράλληλα, ότι οι εξηγήσεις αυτές ήταν γενικές, και αντικειμενικά κρινόμενες, δεν είναι σε θέση να κλονίσουν το γεγονός ότι η ΑΑΠ διά της Προέδρου της και κάποιος συγκεκριμένος λειτουργός της, σημειώνουν κατά τρόπο οριστικό και βέβαιο το γεγονός της φωτογράφισης, χωρίς να προκύπτει κανένα όφελος και κανένα συμφέρον και κανένας λόγος στο πρόσωπο της ΑΑΠ και του συγκεκριμένου λειτουργού της να μαρτυρήσουν εσφαλμένα για το επίμαχο συμβάν. Σημείωσαν ακόμα ότι στις επιστολές της η ΑΑΠ δεν τηρεί καμία απολύτως επιφύλαξη σε σχέση με το κατά πόσον έλαβε χώρα φωτογράφιση των εγγράφων του Διαγωνισμού, και οι αναφορές της γι' αυτήν αποκαλύπτουν ένα βέβαιο γεγονός που δε επιδέχεται αμφιβολιών.

Πέραν τούτου, τα μέλη στάθηκαν ιδιαίτερα στο γεγονός ότι πριν την αποστολή της επιστολής του δικηγόρου της εταιρείας WTE Wassertechnik GMBH ημερομηνίας 24/09/2018, εξ όσων είναι σε γνώση του Συμβουλίου, δεν υπήρξε οποιαδήποτε προηγούμενη αντίδραση στα όσα της καταλόγιζε χωρίς ενδοιασμούς και επιφυλάξεις η ΑΑΠ, παρά το γεγονός ότι η επιστολή της κυρίας Α.Κ. ημερομηνίας 18/07/2018 είχε κοινοποιηθεί στον δικηγόρο των Αιτητών. Ούτε άλλωστε ο δικηγόρος της εταιρείας WTE Wassertechnik GMBH, αναφέρει στην επιστολή του οποιαδήποτε προηγούμενη επίσημη αντίδραση της εταιρείας, στα όσα η ΑΑΠ κατέγραφε στην επιστολή της προς τον Δικηγόρο της εταιρείας ημερομηνίας 06/07/2018, η οποία έκανε ρητή αναφορά «ότι διαπιστώθηκε ότι γινόταν φωτογράφιση». Φαίνεται δηλαδή ότι η εταιρεία WTE Wassertechnik GMBH τοποθετήθηκε εκ των υστέρων, όταν της κοινοποιήθηκε από το Συμβούλιο ότι μελετάται το ενδεχόμενο αποκλεισμού της, και τώρα με την επιστολή της ημερομηνίας 24/9/2018, απειλεί την ΑΑΠ με την λήψη νομικών μέτρων.

Κατά τη συζήτηση του θέματος τα μέλη τόνισαν επίσης ότι το Συμβούλιο οφείλει όπως πέραν από την πιστή εφαρμογή των όρων της Σύμβασης, να λάβει υπόψη εκτός από την τήρηση των όρων του διαγωνισμού, και την υποχρέωση του για ίση μεταχείριση των οικονομικών φορέων και κατά συνέπεια έλαβε υπόψη την καταγγελία της επηρεαζόμενης κοινοπραξίας Kruger-Cybarco η οποία με την επιστολή των δικηγόρων της με αρ. φακ 2507Ε/ΜΠ/ΡΦ/92/18/ΑC ημερομηνίας

26/9/2018, αντίγραφο της οποίας επισυνάπτεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 8 της Ημερήσιας Διάταξης καλεί το Συμβούλιο να λάβει τα δέοντα μέτρα.

Ενόψει των πιο πάνω τα μέλη του Συμβουλίου συμφώνησαν και αποφάσισαν τον αποκλεισμό της προσφοράς της WTE Wassertechnik GMBH από τη διαδικασία ανάθεσης της Σύμβασης

.....

ΑΠΟΦΑΣΗ ΑΡ.Β11/18/02

(γ) Με βάση τα ενόπιον της στοιχεία και δεδομένα, λαμβάνοντας υπόψη όλα τα στοιχεία που περιλαμβάνονται στις επιστολές της ΑΑΠ, των δικηγόρων του Συμβουλίου Τάσσος Παπαδόπουλος & Συνεργάτες Δ.Ε.Π.Ε., τις επιστολές του δικηγόρου της WTE Wassertechnik GMBH, την επιστολή των δικηγόρων της KRUGER – CYBARCO, αντίγραφο των οποίων επισυνάπτεται στην Ημερήσια Διάταξη και/ή στα παρόντα πρακτικά, καθώς επίσης και όλων όσων λέχθηκαν και συζητήθηκαν κατά την διάρκεια της παρούσας συνεδρίας και καταγράφονται πιο πάνω, η Ολομέλεια του Συμβουλίου, έκρινε και αποφάσισε ότι ο Οικονομικός Φορέας WTE Wassertechnik GMBH αποκλείεται από τη διαδικασία ανάθεσης της προσφοράς, καθ' ότι τα στοιχεία αυτά συνηγορούν και υποβάλλουν, κατ' εύλογη και αντικειμενική κρίση, την διαπίστωση ότι η WTE Wassertechnik GMBH απέκτησε πρόσβαση και κατοχή σε έγγραφα και πληροφορίες εμπιστευτικής φύσης, πλείστα εκ των οποίων καλύπτονται και από το επιχειρηματικό απόρρητο και εν πάση περιπτώσει, έγγραφα για τα οποία δεν είχε κανένα δικαίωμα και κανένα συμφέρον να επιθεωρεί και να ελέγξει, φωτογραφίζοντας ή αποπειρώμενοι να φωτογραφίσουν ένα ή περισσότερα των εγγράφων αυτών. Ως εκ τούτου, η WTE Wassertechnik GMBH έχει παραβιάσει ουσιώδους όρους του διαγωνισμού, και ειδικότερα τον όρο 3.2.5. του Τόμου 1, Μέρος Α' «Οδηγίες για Οικονομικούς Φορείς» των εγγράφων του διαγωνισμού, γεγονός που υποχρεώνει το Συμβούλιο, τηρώντας τους όρους του διαγωνισμού, υπό το φως και των υποχρεώσεων του ως Αναθέτουσα Αρχή για τήρηση των αρχών της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της νομιμότητας, να λάβει την εν λόγω απόφαση για αποκλεισμό της εταιρείας.»

Από τα πιο πάνω προκύπτει ότι η Αναθέτουσα Αρχή εξέτασε εκτενώς με προσοχή, από τη μία τις επιστολές της Αναπληρώτριας Γραμματέα και της Προέδρου της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών και από την άλλη την επιστολή με τις θέσεις της

Αιτήτριας. Διαβάζοντας κάποιος τις προαναφερθείσες επιστολές εύκολα καταλήγει στο συμπέρασμα ότι από τις επιστολές της Αναπληρώτριας Γραμματέα και της Προέδρου της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών υπάρχει σαφής θέση ότι εκπρόσωπος των Αιτητών φωτογράφιζε έγγραφα κατά την επιθεώρηση των διοικητικών φακέλων. Η θέση των Αιτητών είναι αντίθετη. Καμία φωτογράφιση, υποστηρίζουν, έλαβε χώρα. Η Αναθέτουσα Αρχή έχοντας ενώπιον της τις δύο διαμετρικά αντίθετες θέσεις κατέληξε στη δική της εύλογη κρίση και απόφαση ότι εκπρόσωπος των Αιτητών, κατά την επιθεώρηση των φακέλων, προέβη στη φωτογράφιση εγγράφων.

Εξάλλου, θεωρούμε ότι θα ήταν παράδοξο ένα τμήμα της Διοίκησης να κρίνει ως αναληθή ή να αμφισβητεί ένα συμβάν που με σαφήνεια καταγράφεται από άλλο τμήμα της Διοίκησης ότι συνέβηκε στα γραφεία του δεύτερου όταν δεν υπάρχουν ασφαλείς ενδείξεις περί του αντιθέτου.

Τα όσα οι Αιτητές υποστηρίζουν περί υποχρέωσης της Αναθέτουσας Αρχής να καλέσει σε προφορική ακρόαση το προσωπικό ΑΑΠ ώστε να διερευνήσει και να σχηματίσει ιδίαν άποψιν αν έγινε φωτογράφιση, από ποιόν έγινε και ποια έγγραφα αφορούσε παραπέμπει σε διαδικασίες και αρχές που διέπουν τη διεξαγωγή ποινικής και/ή πειθαρχικής δίκης και δεν βρίσκουν έρεισμα στις διαδικασίες ανάθεσης Δημόσιων Συμβάσεων. Το μέτρο της εύλογης κρίσης της Αναθέτουσας Αρχής συνίσταται στο κατά πόσον από τα στοιχεία που είχε ενώπιον της μπορούσε να

καταλήξει σε ασφαλή συμπεράσματα.

Δεν συμφωνούμε με τη θέση των Αιτητών για παράβαση των Αρχών Φυσικής Δικαιοσύνης γιατί η Αναθέτουσα Αρχή στην επιστολή της ημερ. 18/9/2018 δεν συμπεριέλαβε τον όρο 7.7.1 του Τόμου 1, Μέρος 1 των εγγράφων του διαγωνισμού, ενώ τις περιέλαβε στο πρακτικό της ημερ. 10/10/2018 και στην απόφαση της ημερ. 24/10/2018.

Η Αναθέτουσα Αρχή είχε ενώπιον της δύο επιστολές από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών οι οποίες αναφέρονταν σε φωτογράφιση εγγράφων από αντιπρόσωπο των Αιτητών κατά τη διαδικασία επιθεώρησης των φακέλων. Στα πλαίσια της οφειλόμενης έρευνας της, είχε υποχρέωση να ζητήσει τις θέσεις των Αιτητών για το συγκεκριμένο συμβάν. Για το αν η συγκεκριμένη ενέργεια θα επέφερε αποκλεισμό και αν ναι υπό ποιών όρων του διαγωνισμού, θα έπρεπε, ως έγινε, να είναι αποτέλεσμα της συνολικής αξιολόγησης όλων όσων είχε ενώπιον της. Τα όσα οι Αιτητές αναφέρουν περί «κατηγορητηρίου» και «καταδίκης» δεν βρίσκουν έρεισμα στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων.

Λεχθέντων των πιο πάνω, ούτε με τα όσα οι Αιτητές αναφέρουν σε ότι αφορά την επιστολή της Κοινοπραξίας KRUGER – CYBARCO συμφωνούμε. Από την εν λόγω επιστολή δεν προέκυπτε κάτι νέο που δεν γνώριζαν οι Αιτητές ώστε να παρείχετο ανάγκη να απαντήσουν.

Αβάσιμους βρίσκουμε και τους ισχυρισμούς των Αιτητών ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πάσχει λόγω της όλης εμπλοκής του Γενικού Διευθυντή της Αναθέτουσας Αρχής. Η ολομέλεια του Συμβουλίου του ΣΑΛΑ στη συνεδρία του ημερομηνίας 12/09/2018 εξουσιοδότησε τον Γενικό Διευθυντή του Συμβουλίου όπως ζητήσει από τους Αιτητές γραπτώς τις θέσεις τους σχετικά με όσα συνέβησαν στα γραφεία της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών κατά τη διάρκεια επιθεώρησης των φακέλων, κάτι που καθυκόντως έπραξε, όπως καθυκόντως μετείχε στη συζήτηση του θέματος στις συνεδρίες του Συμβουλίου χωρίς, βεβαίως, δικαίωμα ψήφου. Ούτε η επιστολή που απέστειλε ο Γενικός Διευθυντής στις 2/11/2018 τρεις περίπου βδομάδες μετά τη λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης στοιχειοθετεί ελάττωμα στην προσβαλλόμενη απόφαση.

Όπως φαίνεται από το απόσπασμα των πρακτικών του Συμβουλίου ημερ. 10/10/2018 όπου λήφθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση αλλά και από την επιστολή ημερ. 24/10/2018 που κοινοποιήθηκε στους Αιτητές, οι Αιτητές αποκλείστηκαν στη βάση των όρων 3.2.5 και 7.7.1, Τόμος 1, Μέρος 1 των εγγράφων του διαγωνισμού για δύο λόγους. Ότι στα πλαίσια της Προσφυγής τους ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών αρ. 19/2018 εξασφάλισαν κατοχή και επιθεώρηση εμπιστευτικών ή επαγγελματικών ή εμπορικών δεδομένων και πληροφοριών ή τεχνογνωσίας ή επιχειρηματικών απορρήτων του Οικονομικού Φορέα KRUGER-CYBARCO χωρίς άδεια και χωρίς δικαίωμα, και δεύτερο, ότι προέβησαν σε φωτογράφιση της πρότασης άλλου προσφοροδότη χωρίς άδεια. Θα προχωρήσουμε στην εξέταση των

πιο πάνω λόγων αποκλεισμού των Αιτητών.

Οι όροι 3.2.5 και 7.7.1, Τόμος 1, Μέρος 1 των εγγράφων του διαγωνισμού προνοούν τα πιο κάτω:

«3.2.5 Tenderers who have obtained or taken in their possession, without legal authority and at their own initiative, information or documents of a secret nature in connection to the tender procedure, shall be excluded from participation.

[...]

7.7.1 The tender evaluation process up to the award of a contract is confidential.»

Στην επιστολή της Προέδρου της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών ημερ. 13/7/2018 με αποδέκτη την Αναθέτουσα Αρχή μεταξύ άλλων αναφερόταν ότι:

« Υπήρξαν όμως περιπτώσεις που επιτράπη η επιθεώρηση να γίνει στα γραφεία της Αρχής Μια από αυτές τις περιπτώσεις είναι και η περίπτωση του διαγωνισμού στον οποίο αφορά η πιο πάνω Προσφυγή και η Προσφυγή 18/2018 η οποία καταχωρήθηκε από τον οικονομικό φορέα Kruger-Cybarco JV οι οποίες ορίστηκαν σε σύντομο χρόνο.

Είναι γεγονός ότι η Αναθέτουσα Αρχή και αυτό προφανώς εκ παραδρομής δεν ειδοποιήθηκε ότι η επιθεώρηση θα γινόταν στα γραφεία μας».

Από τα πιο πάνω και από όσα στοιχεία τέθηκαν ενώπιον μας προκύπτει ότι η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών επέτρεψε στους Αιτητές όπως, στα πλαίσια της Προσφυγής τους αρ. 19/2018, επιθεωρήσουν τους φακέλους της υπόθεσης στα γραφεία της.

Εκ παραδρομής, όπως σημειώνει η Πρόεδρος της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών στην επιστολή της, δεν ενημερώθηκε γι' αυτό η Αναθέτουσα Αρχή. Εκείνο που δεν φαίνεται από το σύνολο των διοικητικών φακέλων να προκύπτει, με οποιονδήποτε τρόπο, είναι περιορισμός εκ μέρους της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών για το ποια έγγραφα θα επιθεωρούσαν. Συνεπώς, τα έγγραφα της προσφοράς του Οικονομικού Φορέα KRUGER-CYBARCO δεν περιήλθαν στην κατοχή των Αιτητών χωρίς άδεια ή/και με δική τους πρωτοβουλία. Όπως έχουμε ήδη προαναφέρει η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών και η Αναθέτουσα Αρχή είναι μέρη του ίδιου Διοικητικού Μηχανισμού και δεν μπορεί οι πράξεις ή/και ενέργειες ή/και παραλείψεις ενός τμήματος της Διοίκησης να δημιουργούν τέτοιες προϋποθέσεις ώστε να επιφέρουν αρνητικά αποτελέσματα στον Διοικούμενο.

Λαμβάνοντας υπόψη ότι οι Αιτητές στο Αιτητικό της προσφυγής τους αρ. 19/2018 έβαλαν και κατά της εγκυρότητας της προσφοράς της Κοινοπραξίας KRUGER – CYBARCO, τα όσα η Αναθέτουσα Αρχή αναφέρει επικαλούμενη την έλλειψη έννομου συμφέροντος εκ μέρους των Αιτητών για επιθεώρηση της προσφοράς της Κοινοπραξίας KRUGER – CYBARCO, δεν τυγχάνουν εφαρμογής στην παρούσα. Είναι καλά γνωστό ότι στις διαδικασίες Ιεραρχικών Προσφυγών σε Δημόσιους Διαγωνισμούς η Διοίκηση παραχωρεί στους Αιτητές το σύνολο των Διοικητικών φακέλων εκτός σε κάποιες περιπτώσεις όπου για συγκεκριμένους λόγους η ίδια κρίνει ότι δεν πρέπει να τους παραχωρήσει. Τέτοιοι λόγοι μπορεί να είναι η έλλειψη έννομου συμφέροντος από τους Αιτητές και η εμπιστευτικότητα των εγγράφων. Σε

αυτές τις περιπτώσεις, αν ο Αιτητής έχει διαφορετική άποψη τότε το θέμα παραπέμπεται στα αρμόδια σώματα για λήψη οριστικής απόφασης. Στην παρούσα, τέτοια διαδικασία δεν ακολουθήθηκε.

Συνεπώς, κρίνουμε ότι ο πρώτος λόγος απόρριψης της προσφοράς των Αιτητών αντίκειται της κείμενης Νομοθεσίας και των όρων του διαγωνισμού.

Σε ότι αφορά το δεύτερο λόγο αποκλεισμού των Αιτητών ήτοι της φωτογράφισης δεν βρίσκουμε να μπορεί να υπαχθεί υπό των όρων 3.2.5 και 7.7.1 του Μέρους 1, Τμήμα 1 των εγγράφων του διαγωνισμού. Η προσπάθεια της Αναθέτουσας Αρχής να διασυνδέσει τη φωτογράφιση εγγράφων του Διαγωνισμού με τους υπό αναφορά όρους οι οποίοι προνοούν «*Tenderers who have obtained or taken in their possession, without legal authority and at their own initiative, information or documents of a secret nature in connection to the tender procedure, shall be excluded from participation*» και «*The Tender evaluation process up to the award of a contract is confidential*» δεν μας βρίσκει σύμφωνους.

Η όποια πράξη φωτογράφισης εγγράφων ενός διαγωνισμού από έναν Οικονομικό Φορέα είναι ασύνδετη με τα όσα οι πιο πάνω όροι προνοούν. Ο όρος 3.2.5 αναφέρεται σε απόκτηση ή κατοχή απόρρητων πληροφοριών ή εγγράφων χωρίς νόμιμη άδεια ενώ ο όρος 7.7.1 αναφέρεται στην εμπιστευτικότητα της διαδικασίας αξιολόγησης.

Τυχόν φωτογράφιση εγγράφων κατά το στάδιο της επιθεώρησης των φακέλων ενός διαγωνισμού από έναν Οικονομικό Φορέα, δεν έχει σχέση με την άδεια επιθεώρησης των φακέλων ή τη διαβάθμισή τους ή την εμπιστευτικότητα της διαδικασίας αξιολόγησης, όπως προνοείται στους όρους 3.2.5 και 7.7.1 του Τόμου 1, Μέρος 1 των εγγράφων του διαγωνισμού.

Συνεπώς, κρίνουμε ότι και ο δεύτερος λόγος αποκλεισμού των Αιτητών αντίκειται της κείμενης Νομοθεσίας και των όρων του διαγωνισμού.

Με βάση όλα τα πιο πάνω αποφασίζουμε ότι η προσφυγή επιτυγχάνει και η προσβαλλόμενη απόφαση ακυρώνεται.

Δεν επιδικάζονται έξοδα.