



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. 43/2017

Μεταξύ:

ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΚΥΡΙΑΚΟΣ Χ"ΚΥΡΙΑΚΟΣ & ΥΙΟΙ ΛΤΔ

Αιτητών

v.

ΔΗΜΟΥ ΛΕΜΕΣΟΥ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτητές:

ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΚΥΡΙΑΚΟΣ Χ"ΚΥΡΙΑΚΟΣ & ΥΙΟΙ ΛΤΔ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Δήμητρα Νικολάου, Δικηγόρο
2. Κυριάκο Χ"Κυριάκο, Διευθυντή αιτήτριας εταιρείας
3. Παναγιώτα Λοΐζου, Πολιτικό Μηχανικό

Αναθέτουσα Αρχή:

ΔΗΜΟΣ ΛΕΜΕΣΟΥ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Έλενα Ρήγα, Δικηγόρο για Ηλία Νεοκλέους & Σία ΔΕΠΕ
2. Χριστίνα Χρίστου, Νομικό Λειτουργό
3. Κοραλία Μασούρα, Ανώτερο Λειτουργό Τεχνικής Υπηρεσίας
4. Χρίστο Ευσταθιάδη, Λειτουργό Τεχνικής Υπηρεσίας

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 16 Απριλίου, 2018

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Αντικείμενο της παρούσας προσφυγής είναι η απόφαση του Δήμου Λεμεσού («η Αναθέτουσα Αρχή») να απορρίψει την προσφορά της εταιρείας ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΚΥΡΙΑΚΟΣ Χ"ΚΥΡΙΑΚΟΣ & ΥΙΟΙ ΛΤΔ («οι Αιτητές») στο διαγωνισμό με αρ. 40/2017 και τίτλο «Προσφορά για την εκτέλεση του έργου Πράσινος Περίπατος και Ανάπλαση Όψεων (Φάση Α)». Ο διαγωνισμός κατακυρώθηκε στην εταιρεία AN CHRISTOU PROPERTIES AND CONSTRUCTIONS LTD («ο επιτυχών»), αντί του ποσού των €1.999.157,00. Η προσφορά των Αιτητών απορρίφθηκε διότι κρίθηκε ότι δεν πληρούσε την προϋπόθεση για την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ως οι όροι του διαγωνισμού.

Σύμφωνα με τα γεγονότα η Επιτροπή Προσφορών της Αναθέτουσας Αρχής μετά από συνεδρία της στις 8.4.2016 εισηγήθηκε τον διορισμό Τριμελούς Επιτροπής Αξιολόγησης Διαγωνισμών αναφορικά με την υλοποίηση των έργων της προγραμματικής περιόδου 2014-2020. Η εισήγησή της εγκρίθηκε από το Συμβούλιο Προφορών κατά την συνεδρίαση του στις 20.4.2016 και επαναβεβαιώθηκε στις 28.9.2017.

Ο υπό κρίση διαγωνισμός προκηρύχθηκε στις 30.8.2017 με τελευταία ημερομηνία υποβολής προσφορών την 6.10.2017.

Η Επιτροπή Αξιολόγησης στις 8.11.2017 μετά από αξιολόγηση των προσφορών εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς των Αιτητών και την κατακύρωση του διαγωνισμού στον επιτυχόντα, εισήγηση που έγινε δεκτή και υιοθετήθηκε από την Επιτροπή Προφορών στις 13.11.2017. Η απόφαση για κατακύρωση του διαγωνισμού λήφθηκε από το Συμβούλιο Προσφορών στις 30.11.2017.

Οι Αιτητές με την προσφυγή τους αμφισβητούν τη νομιμότητα της απόφασης αποκλεισμού της προσφοράς τους. Συγκεκριμένα αναφέρουν ότι κατά την αξιολόγηση της προσφοράς τους στα πλαίσια διευκρίνισης τούς ζητήθηκε όπως για το δηλωθέν έργο «*Διεύρυνση και Βελτίωση της οδού Αγίας Φυλάξεως στη Λεμεσό*», υποβάλουν πιστοποιητικό καλής εκτέλεσης στο οποίο να τεκμηριώνεται η συμπλήρωση του έργου κατά 80% πριν από τις 6.10.2017 τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Επίσης σ' αυτό να αναγράφεται το ποσό του Συμβολαίου και οι ημερομηνίες έναρξης και ολοκλήρωσης σύμφωνα με το συμβόλαιο. Η Επιτροπή Αξιολόγησης με βάση τα στοιχεία που υπέβαλαν, πιστοποιητικό πληρωμής για εκτελεσθείσες εργασίες και επιστολή του Τμήματος Δημοσίων Έργων, ημερ. 7.11.2017 κατέληξε ότι (α) το ποσοστό χρονικής ολοκλήρωσης του έργου μέχρι 6.10.2017 (τελευταία ημερομηνία υποβολής προσφοράς) βάσει του συμβολαίου είναι 61,54% (40 εβδομάδες/ 65 εβδομάδες) και

ότι (β) το ποσοστό χρηματικής ολοκλήρωσης του έργου είναι 55.84%. Καταλήγει δε σε ποσοστό 70.62% σε σχέση με το ποσό του συμβολαίου €2.525.467,25.

Οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι η πιο πάνω κατάληξη της Επιτροπής Αξιολόγησης είναι λανθασμένη, αντινομική, αυθαίρετη και δεν έχει ληφθεί μετά από δέουσα έρευνα. Ισχυρίζονται ότι τόσο ο τρόπος υπολογισμού της χρονικής ολοκλήρωσης του έργου όσο και ο τρόπος υπολογισμού του ποσοστού χρηματικής ολοκλήρωσης είναι λανθασμένος. Τονίζουν ότι το Πιστοποιητικό ημερομηνίας 31.10.2017 το οποίο υπέβαλαν με την επιστολή τους ημερ. 7.11.2017, αφορά εργασίες που ολοκληρώθηκαν την προηγούμενη περίοδο έκδοσής του, δηλαδή μέχρι και την 30.9.2017. Στην επιστολή τους ημερομηνίας 7.11.2017 υποδεικνύουν ότι μέχρι τότε είχαν ολοκληρωθεί οι 3 από τις 4 φάσεις του έργου, ότι το έργο αναμένεται να τελειώσει 3 μήνες νωρίτερα από την συμβατική ημερομηνία, ότι αυτό βρίσκεται τουλάχιστον έξι εβδομάδες μπροστά από το αρχικό χρονοδιάγραμμα και ότι λόγω τοποθέτησης ασφαλικού τάπητα η αξία της εκτελεσθείσας εργασίας αυξήθηκε περαιτέρω. Τα εν λόγω στοιχεία, ισχυρίζονται, δεν λήφθηκαν καθόλου υπόψη από την Επιτροπή Αξιολόγησης γεγονός που ενισχύεται από την αναφορά της ότι το έργο θα ολοκληρωνόταν βάση συμβολαίου σε 65 εβδομάδες γι' αυτό και ο υπολογισμός του ποσοστού χρονικής ολοκλήρωσης του έργου μέχρι την 6.10.2017 σε 61.54%.

Όσον αφορά το ποσοστό χρηματικής ολοκλήρωσης του έργου, όπως καταγράφεται στο Πιστοποιητικό ημ. 31.10.2017 (σημεία 11 και 12 της δεύτερης στήλης), το ολικό ποσό στο οποίο ανέρχονταν οι εκτελεσθείσες εργασίες για την προηγούμενη περίοδο ήταν €1.738.526,38 και όχι €1.410.172,70 όπως λανθασμένα αναφέρεται από την Αναθέτουσα Αρχή. Επιπλέον, το αιτούμενο προς πληρωμή ποσό στις 31.10.2017 ήταν €2.149.361,63 και όχι €1,783.473,16 με το ποσοστό χρηματικής ολοκλήρωσης να ανέρχεται σε ποσό πέραν του 85,11%.

Οι Αιτητές προβάλλουν ότι μετά την λήψη της επιστολής τους ημερομηνίας 7.11.2017 η Αναθέτουσα Αρχή εάν θεωρούσε ότι υπήρχε ασάφεια είχε το δικαίωμα να ζητήσει σχετική διευκρίνιση και όχι να απορρίψει την προσφορά τους. Το δικαίωμα δε αυτό στην περίπτωση τους μετατράπηκε σε υποχρέωση της Αναθέτουσας Αρχής για λόγους δημοσίου συμφέροντος αφού η προσφορά τους είναι πολύ πιο χαμηλή από την προσφορά του επιτυχόντα (προσφορά Αιτητών €1.785.484,87, προσφορά επιτυχόντα €1.999.157,00). Επιπλέον, η Αναθέτουσα Αρχή θα μπορούσε να αποταθεί στο Τμήμα Δημοσίων Έργων είτε σε οποιοδήποτε άλλο πρόσωπο με σκοπό να εφοδιαστεί με όλα τα απαραίτητα στοιχεία, πληροφορίες και έγγραφα για τη διαμόρφωση της κρίσης της προτού αποφασίσει.

Εάν η Αναθέτουσα Αρχή, τονίζουν, ερευνούσε θα διαπίστωνε ότι στο σημείο 11 του Πιστοποιητικού του Τμήματος Δημοσίων Έργων ημερ. 31.10.2017 δεν

περιλαμβάνονται όλες οι εργασίες που είχαν συμπληρωθεί μέχρι την έκδοσή του, πράγμα που προκύπτει από την επιστολή του Συντονιστή του Γραφείου Επαρχιακού Μηχανικού Δημοσίων Έργων Λεμεσού, ημερομηνίας 15.12.2017 που λήφθηκε από τους Αιτητές και παραδόθηκε μετά τον αποκλεισμό της προσφοράς τους και η οποία θα μπορούσε να εξασφαλισθεί από την ίδια την Αναθέτουσα Αρχή πολύ πριν από τη διαμόρφωση της εισήγησης της για απόρριψη της προσφοράς τους. Περαιτέρω ισχυρίζονται ότι ο όρος 3.3.8.(β)(i) των εγγράφων του διαγωνισμού δεν απαιτεί την προσκόμιση οποιουδήποτε Πιστοποιητικού στο οποίο να καταδεικνύεται ότι το έργο που ανέλαβαν να εκτελέσουν είχε συμπληρωθεί σε ποσοστό πέραν του 80%.

Παραπονούνται επίσης οι Αιτητές ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν τους έδωσε το δικαίωμα να ακουσθούν, νοουμένου ότι η προσφορά τους ήταν η χαμηλότερη. Όπως προκύπτει από την επιστολή του Τμήματος Δημοσίων Έργων ημερ. 7.11.2017 η οποία ήλθε στην κατοχή τους μετά την απόρριψη της προσφοράς τους στις 9.11.2017 ήταν αντικειμενικά αδύνατη η παροχή των στοιχείων που είχαν ζητηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή αφού το εν λόγω τμήμα δεν εκδίδει πιστοποιητικά καλής εκτέλεσης σε εργολάβους.

Άλλος λόγος ακύρωσης που προβάλλουν οι Αιτητές είναι η παράνομη, όπως ισχυρίζονται, σύσταση της Επιτροπής Αξιολόγησης, εφόσον η εν λόγω Επιτροπή δεν αναφέρεται σε κανένα σημείο των όρων της προκήρυξης του διαγωνισμού ούτε

υπάρχει κάποια αναφορά σε σχέση με το ρόλο της και το πλαίσιο μέσα στο οποίο θα ενεργήσει.

Στους ισχυρισμούς της Αναθέτουσας Αρχής για έλλειψη εννόμου συμφέροντος των Αιτητών και αλυσιτέλειας της προσφυγής οι Αιτητές απαντούν ότι αυτοί εγείρονται με καθυστέρηση και δεν πρέπει να εξεταστούν. Η ίδια η Αναθέτουσα Αρχή ενώ διαπίστωσε ότι το υποβληθέν έργο δεν εμπίπτει εντός της περιόδου 2010-2016 προχώρησε στην αναζήτηση διευκρινίσεων, και περαιτέρω αξιολόγησή του στη βάση των απαντήσεων που αυτοί έδωσαν. Στην ουσία η Αναθέτουσα Αρχή εγκατέλειψε τη θέση ότι οι προσφοροδότες έπρεπε να παρουσιάσουν έργα μέχρι 31.12.2016. Εν πάση περιπτώσει, καταλήγουν, ο όρος 3.3.8.β.ι. έρχεται σε αντίθεση με το Παράρτημα 6 στο οποίο δε γίνεται αναφορά στη συμπλήρωση κατά 80% του έργου.

Η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτει όλους τους ισχυρισμούς των Αιτητών και θέτει προδικαστικά διάφορα ζητήματα. Με αναφορά στο δικόγραφο της προσφυγής, ισχυρίζεται ότι αυτό είναι ανεπαρκές αφού δεν προσδιορίζει με σαφήνεια τις αιτούμενες θεραπείες, τους νομικούς και πραγματικούς λόγους επί των οποίων βασίζεται η προσφυγή. (Άρθρο 20(1) του Νόμου 104(I)/2010). Ισχυρίζεται επίσης, ότι οι Αιτητές στερούνται του απαραίτητου εννόμου συμφέροντος καταχώρισης και προώθησης της παρούσας προσφυγής, για το λόγο ότι η προσφορά τους δεν πληροί

τους όρους του διαγωνισμού και/ή και τις ελάχιστες απαραίτητες προϋποθέσεις για κατακύρωση του διαγωνισμού σε αυτούς και/ή τις τεχνικές προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την Αναθέτουσα Αρχή.

Από τον όρο 3.3.8(β)(i) του όρου 5.6.1 (η) και το Παράρτημα 6 των εγγράφων του Διαγωνισμού, υπέδειξε, είναι σαφές ότι απαραίτητη προϋπόθεση προς τεκμηρίωση της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των προσφοροδοτών, είναι όπως αυτοί κατά τα τελευταία επτά (7) χρόνια, δηλαδή την περίοδο μεταξύ 2010 - 2016 να έχουν συμπληρώσει τουλάχιστον ένα (1) έργο ίδιας Κατηγορίας με το έργο του διαγωνισμού, αξίας τουλάχιστον Δύο Εκατομμυρίων (€ 2.000.000,00) Ευρώ ή δύο (2) έργα ίδιας Κατηγορίας με το παρόν Έργο, αξίας τουλάχιστον Ένα Εκατομμύριο (€ 1.000.000,00) Ευρώ έκαστο και με ποσοστό συμμετοχής τουλάχιστον ογδόντα (80%) τοις εκατό.

Οι Αιτητές προς τεκμηρίωση πλήρωσης του εν λόγω όρου υπέδειξαν το έργο «*Διεύρυνση και Βελτίωση της οδού Αγ. Φυλάξεως*», το οποίο άρχισε στις 2.1.2017 έργο δηλαδή που δεν ενέπιπτε εντός της προβλεπόμενης χρονικής περιόδου. Λαμβάνοντας υπόψη την ημερομηνία προκήρυξης του διαγωνισμού 30.8.2017, η τελευταία επταετία, δεν μπορεί να είναι άλλη από την επταετία των 2010 – 2016.

Σ' ό,τι αφορά την ενέργεια της, αναφέρει, να ζητήσει διευκρινίσεις από τους Αιτητές αυτή, εκ των υστέρων, κρίνεται ως περιττή και οφειλόμενη καθαρά σε αβλεψία και παραδρομή. Ακόμη όμως και αν ήθελε κριθεί ότι η Αναθέτουσα Αρχή, κατά την αναζήτηση διευκρινίσεων τελούσε υπό πλάνη, αυτή δεν έχει επιδράσει στην τελική απόφαση με την οποία απέρριψε τελικώς την προσφορά των Αιτητών, ως όφειλε να πράξει από την αρχή δεδομένου ότι δεν υπήρξε τροποποίηση του Παραρτήματος 6 όπως προβλέπεται από τον όρο 4.1 του Τόμου Α των εγγράφων του διαγωνισμού. Προσθέτει δε ότι ακόμα και σε περίπτωση που ήθελε κριθεί ότι η συγκεκριμένη πρόνοια έχει τροποποιηθεί εκ των υστέρων μέσα από τις ενέργειες της να ζητήσει διευκρινίσεις και ακολούθως να εξετάσει το υποβληθέν έργο, αυτό θα είχε ως επακόλουθο την ακύρωση του διαγωνισμού στο σύνολό του. Τυχόν αλλαγή του όρου συνιστά αλλαγή ουσιώδους όρου της διακήρυξης, και ως τέτοια, ενόψει των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, πρέπει να περιβάλλεται όλων των διατυπώσεων δημοσιότητας. Κι εάν ακόμη, ισχυρίζεται, η προσφυγή επιτύχει οι Αιτητές δεν έχουν οτιδήποτε να ωφεληθούν εφόσον η απόκλιση από τον ουσιώδη όρο του Διαγωνισμού τους θέτει αυτόματα εκτός προδιαγραφών. Αλυσιτελές, τονίζει η Αναθέτουσα Αρχή είναι τόσο το ένδικο βοήθημα όσο και οι λόγοι ακύρωσης για το λόγο ότι και σε περίπτωση αποδοχής τους δεν μπορεί να ικανοποιηθεί το συμφέρον το οποίο ισχυρίζεται ο προσφεύγων και παρέπεμψε σχετικά στην *Κ. Εμμανουήλ Σταματίου Ατδ ν. Δήμου Μ. Γειτονιάς Λεμεσού (1992) 4 ΑΑΔ 4194*.

Σ' ό,τι αφορά τους ισχυρισμούς των Αιτητών σε σχέση με την πλήρωση της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας υποστήριξε ό,τι από τα υποβληθέντα με την προσφορά τους δεν προέκυπτε το ποσοστό συμπλήρωσης του έργου κατά 80% ό,πως δεν προέκυπτε από τα υποβληθέντα με την επιστολή τους ημερομηνίας 7.11.2017. Συγκεκριμένα, στην επιστολή του Τμήματος Δημοσίων Έργων ενώ αναφέρεται ό,τι επισυνάπτεται αντίγραφο της πρώτης σελίδας του Πιστοποιητικού Πληρωμής που ήταν για την περίοδο μέχρι τέλος Σεπτεμβρίου 2017, αυτό οι Αιτητές δεν το απέστειλαν. Απέστειλαν μόνο την πρώτη σελίδα του πιστοποιητικού που οι ίδιοι υπέβαλαν στο Τμήμα Δημοσίων Έργων για πληρωμή για εργασίες μέχρι 31.10.2017 και στο ό,ποιο ρητά καταγράφεται «ολικό ποσόν μέχρι σήμερα» δηλαδή 31.10.2017. Σύμφωνα με την επιστολή των Δημοσίων Έργων ημερομηνίας 7.11.2017, το υπό κρίση συμβόλαιο φέρει:

- (α) ημερομηνία έναρξης 2.1.2017
- (β) ημερομηνία λήξης 2.4.2018 και
- (γ) περίοδο εκτέλεσης του Συμβολαίου 65 εβδομάδες.

Συνεπώς η κατάληξη της Επιτροπής Αξιολόγησης για ποσοστό 61.54% ως ποσοστό χρονικής ολοκλήρωσης του έργου μέχρι 6.10.2017, βάσει του Συμβολαίου συνάδει πλήρως με τα στοιχεία που υπήρχαν ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής. Εν πάση

περιπτώσει καταλήγει, η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών δεν μπορεί να αξιολογήσει του υπολογισμούς της Αναθέτουσας Αρχής εφόσον η κρίση της διοίκησης επί θεμάτων τεχνικής φύσεως ή ειδικών γνώσεων - όπως είναι εδώ η περίπτωση - χαρακτηρίζεται ως ανέλεγκτη, εκτός εάν υπάρχει πλάνη περί τα πράγματα, κακή χρήση διακριτικής εξουσίας ή δεν προκύπτει έλλειψη αιτιολογίας πράγμα που δεν συμβαίνει στην παρούσα περίπτωση.

Η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτει επίσης τους υπολογισμούς των Αιτητών και υποστηρίζει ότι τα ποσά που οι τελευταίοι υποδεικνύουν στα σημεία 11 και 12 του Πιστοποιητικού ημερ. 31.10.2017 δεν καταδεικνύουν την εκτελεσθείσα εργασία εφόσον σ' αυτά περιλαμβάνεται Φ.Π.Α. και ποσά που αφορούν προκαταβολή. Η εκτελεσθείσα εργασία του υποβληθέντος συμβολαίου μέχρι τις 31.9.2017, αναφέρει είναι αυτή που εμφανίζεται στα σημεία 1 και 2 του Πιστοποιητικού τα οποία αθροίζονται στο σημείο 3 και ανέρχονται στο ποσό του €1.410.172,70. Ούτε το ποσό του σημείου 11 (€2.149.631,63) που αφορά αίτημα για πληρωμή για εργασία μέχρι 31.10.17 δεν θα μπορούσε να ληφθεί υπόψη διότι περιλαμβάνει ποσά Φ.Π.Α. (που δεν περιλαμβάνεται στο ολικό ποσό του συμβολαίου) και ποσά που αφορούν προκαταβολή (Σημεία 4 και 5). Η εκτελεσθείσα εργασία του συμβολαίου που υποβλήθηκε μέχρι τις 31.10.2017, ως αυτή λήφθηκε υπόψη κατά την αξιολόγηση είναι αυτή που εμφανίζεται στα σημεία 1 και 2 του Πιστοποιητικού τα οποία αθροίζονται στο σημείο 3 και ανέρχεται στο ποσό των €1.738.526,38.

Σ' ό,τι αφορά την επιστολή ημερομηνίας 15.12.2017 αυτή τέθηκε ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής μετά τη λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης και δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη.

Αναφορικά με την μη ύπαρξη όρου του Διαγωνισμού για την υποβολή πιστοποιητικού εκτέλεσης προηγούμενης σύμβασης η Αναθέτουσα Αρχή παραπέμπει στον όρο 5.6.η(i) του Τόμου Α' των Εγγράφων του Διαγωνισμού ο οποίος προβλέπει ότι η Αναθέτουσα Αρχή διατηρεί το δικαίωμα σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας να ζητήσει τέτοιο πιστοποιητικό και/ή ελέγξει στοιχεία Τεχνικής και Επαγγελματικής Ικανότητας.

Αβάσιμες, υποδεικνύει, είναι και οι θέσεις των Αιτητών ως προς την υποχρέωση της Αναθέτουσας Αρχής να τους παραχωρήσει δικαίωμα ακρόασης και παραπέμπει σχετικά στο άρθρο 43 του Ν. 158(Ι)/1999). Σ' ό,τι αφορά τους ισχυρισμούς των Αιτητών ως προς τη νομιμότητα του επίδικου όρου, αυτοί αναφέρει προσκρούουν στο δόγμα της επιδοκίμασίας και αποδοκίμασίας της διαδικασίας.

Αβάσιμους θεωρεί η Αναθέτουσα Αρχή και τους ισχυρισμούς των Αιτητών για παράνομη σύσταση της Επιτροπής Αξιολόγησης. Με αναφορά στις πρόνοιες των περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων

Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών (Δημοτικών) Κανονισμών του 2012, Κ.Δ.Π. 243/2012 υποστηρίζει ότι νομότυπα η Επιτροπή Προσφορών της Αναθέτουσας Αρχής, σε συνεδρίαση της ημερομηνίας 8.4.2016, εισηγήθηκε τον διορισμό της συγκεκριμένης Επιτροπής Αξιολόγησης (κ.κ. Χαραλάμπους, Καρπασίτου και Μασούρα), εισήγηση την οποία ενέκρινε ομόφωνα το Συμβούλιο Προσφορών κατά την συνεδρίαση του ημερομηνίας 20.4.2016 (ημερομηνία προγενέστερη της υποβολής προσφορών).

Προτού εξετασθεί η νομιμότητα της απόφασης για απόρριψη της προσφοράς των Αιτητών κρίνουμε σκόπιμο να εξετάσουμε κατά πόσο είναι νόμιμη η σύσταση της Επιτροπής Αξιολόγησης.

Όπως ορθά υποδεικνύει η Αναθέτουσα Αρχή σύμφωνα με τον περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών (Δημοτικών) Κανονισμών του 2012, Κ.Δ.Π. 243/2012, Κανονισμός 14(1):

«η μελέτη και αξιολόγηση των προσφορών ανατίθεται σε τριμελή τουλάχιστον μόνιμη ή προσωρινή για συγκεκριμένο διαγωνισμό, Επιτροπή Αξιολόγησης που διορίζεται πριν την υποβολή των προσφορών, από το Συμβούλιο Προσφορών ή την Επιτροπή Προσφορών ανάλογα με την περίπτωση».

Στην παρούσα υπόθεση, η Επιτροπή Προσφορών της Αναθέτουσας Αρχής, σε συνεδρίαση της ημερομηνίας 8.4.2016, εισηγήθηκε τον διορισμό της συγκεκριμένης Επιτροπής Αξιολόγησης, εισήγηση που εγκρίθηκε ομόφωνα από το Συμβούλιο Προσφορών πριν την υποβολή προσφορών στον παρόντα Διαγωνισμό κατά την συνεδρίαση του ημερομηνίας 20.4.2016 και επαναβεβαιώθηκε στην συνεδρίαση του ημερομηνίας 28.9.2017 ήτοι μετά την προκήρυξη του Διαγωνισμού ημερομηνίας 30.8.2017 και πριν την τελευταία ημερομηνία υποβολής προσφορών ημερομηνίας 6.10.2017.

Ο ρόλος και η έκταση των αρμοδιοτήτων της Επιτροπής Αξιολόγησης καθορίζεται ρητά στον Κανονισμό 14(2) δυνάμει του οποίου:

«Η Επιτροπή Αξιολόγησης ευθύνεται για την αξιολόγηση των προσφορών ή/και των αιτήσεων συμμετοχής που λήφθηκαν σύμφωνα με την υφιστάμενη νομοθεσία και τα έγγραφα του διαγωνισμού και για την ετοιμασία εμπειριστατωμένης έκθεσης αξιολόγησης που αποστέλλεται στην Επιτροπή Προσφορών».

Η σύνθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης και αυτή ρητά καθορίζεται στον Κανονισμό 15 ο οποίος προβλέπει ότι:

«Τα μέλη κάθε Επιτροπής Αξιολόγησης είναι δημοτικοί υπάλληλοι που κατέχουν την τεχνική ή/και επαγγελματική κατάρτιση επί του εξεταζόμενου θέματος. Ένα, εκ των μελών της Επιτροπής Αξιολόγησης, εκτελεί χρέη συντονιστή για σκοπούς οργάνωσης των εργασιών της Επιτροπής. (...)»

Στον Κανονισμό 31 με τίτλο «Αξιολόγηση Προσφορών» προνοείται ότι:

«1. [...] η μελέτη και αξιολόγηση των προσφορών και/ή των αιτήσεων συμμετοχής από την Επιτροπή Αξιολόγησης αρχίζει αμέσως μετά το άνοιγμα των προσφορών ή των προτάσεων [...] και ολοκληρώνεται το συντομότερο δυνατόν με την ετοιμασία έκθεσης αξιολόγησης.

2. Η Επιτροπή Αξιολόγησης αφού μελετήσει της προσφορές που υποβλήθηκαν και τα έγγραφα του διαγωνισμού προβαίνει στη σύνταξη γραπτής έκθεσης αξιολόγησης, η οποία υπογράφεται από όλα τα μέλη της και στην οποία καταγράφονται τυχόν διαφωνίες ή διχογνωμίες των μελών της. Η έκθεση αξιολόγησης υποβάλλεται έγκαιρα και σε κάθε περίπτωση πριν από την ημερομηνία λήξης της ισχύος των προσφορών, στην Επιτροπή Προσφορών».

Με βάση τους πιο πάνω Κανονισμούς οι σχετικοί ισχυρισμοί των Αιτητών κρίνονται αβάσιμοι και απορρίπτονται.

Οι ισχυρισμοί της Αναθέτουσας Αρχής αναφορικά με την επάρκεια του δικόγραφου της προσφυγής απορρίπτονται ως παντελώς αβάσιμοι όπως και ο ισχυρισμός σε σχέση με την έλλειψη εννόμου συμφέροντος των Αιτητών για το λόγο ότι η προσφορά τους δεν πληροί ουσιώδεις όρους του διαγωνισμού.

Μελέτη του δικόγραφου της προσφυγής μεταξύ άλλων φανερώνει ότι οι Αιτητές ως λόγους ακύρωσης επικαλούνται την απουσία δέουσας έρευνας και της πλάνης ως προς τα πραγματικά γεγονότα. Περαιτέρω ισχυρίζονται ότι η απόφαση για τον αποκλεισμό της προσφοράς τους στερείται αιτιολογίας.

Σε σχέση με τον ισχυρισμό για έλλειψη εννόμου συμφέροντος παραπέμπουμε στο άρθρο 19(1) του Ν. 104(I)/2010. Οι Αιτητές με τον αποκλεισμό της προσφοράς

τους εφόσον ενδέχεται να υποστούν ζημιά έχουν έννομο συμφέρον να αμφισβητήσουν τον αποκλεισμό τους.

Είναι καλά νομολογημένο ότι οι όροι διαγωνισμού υπέχουν θέση πράξεων κανονιστικού περιεχομένου, η παράβαση των οποίων επιφέρει ακυρότητα, (Δημοκρατία ν. S. Kyriakos Euromarket Ltd (2000) 3 A.A.Δ 692). Παρά το ότι γενικώς οι όροι διαγωνισμού θεωρούνται ουσιώδεις, οι επί μέρους όροι δυνατόν να διακρίνονται σε ουσιώδεις ή επουσιώδεις, ανάλογα με τη σημασία που κρίνονται ότι έχουν στην όλη συμμετοχή και διαδικασία του διαγωνισμού, (Tamassos Tobacco Suppliers Ltd ν. Δημοκρατίας (1992) 3 A.A.Δ. 60). Η κρίση κατά πόσον όρος είναι ή όχι ουσιώδης ανήκει στο Δικαστήριο στη βάση αντικειμενικών κριτηρίων που προδήλως σχετίζονται με τη σημασία που έχει ο όρος για την κατακύρωση της προσφοράς, έχοντας υπόψη ταυτόχρονα ότι ένας δημόσιος διαγωνισμός αποσκοπεί στην εξυπηρέτηση του ευρύτερου δημόσιου συμφέροντος με την παραγωγή έργων κοινής ωφελείας, (Ε. Φιλίππου Λτδ ν. Δημοκρατίας (2004) 3 A.A.Δ. 389 και Κοινοπραξία Tasni Enviro Ltd και Telmen Ltd ν. Δημοκρατίας, υποθ. Αρ. 862/2005, ημερ. 4.3.2010).

Όπως έχουμε ήδη αναφέρει η προσφορά των Αιτητών κρίθηκε ότι παραβιάζει τον όρο 3.3.8(β)(i) του Μέρους Α΄ των Εγγράφων του Διαγωνισμού και για αυτό αποκλείστηκε. Ο σχετικός όρος ο οποίος σε συμφωνία με την Αναθέτουσα Αρχή

κρίνουμε ότι είναι ουσιώδης αφού αφορά στη τεχνική επάρκεια των προσφοροδοτών μεταξύ άλλων προνοεί:

33 Δικαίωμα και προϋποθέσεις συμμετοχής

«3.3.8. Επιπρόσθετα, οι Οικονομικοί Φορείς θα πρέπει να πληρούν τις παρακάτω προϋποθέσεις:

[...]

(β) Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

*ι. κατά τα τελευταία επτά (7) χρόνια να έχει συμπληρώσει τουλάχιστον ένα (1) έργο ίδιας Κατηγορίας με το παρόν Έργο, αξίας τουλάχιστον **Δύο Εκατομμυρίων (€ 2.000.000,00) Ευρώ** ή δύο (2) έργα ίδιας Κατηγορίας με το παρόν Έργο, αξίας τουλάχιστον **Ένα Εκατομμύριο (€ 1.000.000,00) Ευρώ έκαστο** και με ποσοστό συμμετοχής τουλάχιστον **ογδόντα (80%) επί τοις εκατό**. Η έννοια «συμπλήρωση» σημαίνει κατά 80%».*

Ο πιο πάνω όρος είναι άρρηκτα συνδεδεμένος με τον όρο 5.6.1(η) ο οποίος παραπέμπει στο Παράρτημα 6 των Εγγράφων του Διαγωνισμού.

Όρος 5.6.1(η)

«Για την πιστοποίηση της Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής επάρκειας και της τεχνικής και Επαγγελματικής ικανότητας του Προσφέροντα, σύμφωνα με την παράγραφο 3.3.8. δεόντως συμπληρωμένο και υπογραμμένο το Έντυπο Χρηματοοικονομικής και Τεχνικής Ικανότητας υπόδειγμα του οποίου επισυνάπτεται ως παράρτημα (Παράρτημα 6) στον Τόμο Α.»

Παράρτημα 6

Έντυπο Χρηματοοικονομικής και Τεχνικής Ικανότητας

A. Χρηματοοικονομική Ικανότητα – ΔΕΝ ΕΦΑΡΜΟΖΕΤΑΙ

B. Τεχνική Ικανότητα

1. Στοιχεία Έργου σε EUR ή στο εθνικό νόμισμα

<i>Τίτλος Έργου:</i>	
<i>Όνομα Πελάτη:</i>	
<i>Ποσό Συμβολαίου:</i>	
<i>Ποσοστό ευθύνης σε περίπτωση Κοινοπραξίας:</i>	
<i>Χρόνος Συμβολαίου:</i>	
<i>Ημερομηνία Έναρξης:</i>	<i>Ημερομηνία</i>
<i>Συμπλήρωσης:</i>	
<i>Αξία εργασιών που εκτελέστηκαν από τον Προσφέροντα τα τελευταία 7 χρόνια,</i>	
<i>Δηλ. την περίοδο 2010 – 2016:</i>	
<i>Τοποθεσία Έργου, Χώρα:</i>	
<i>Περίληπτική Περιγραφή Έργου:</i>	

Είναι ξεκάθαρο ότι αυτό που απαιτείται από τον όρο 3.3.8. πιο πάνω είναι όπως οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς κατά τα τελευταία επτά (7) χρόνια να έχουν συμπληρώσει, ένα έργο ίδιας κατηγορίας και παρόμοιας φύσης με το έργο του Διαγωνισμού τουλάχιστον κατά ογδόντα τοις εκατό (80%) και αξίας τουλάχιστον Δύο Εκατομμυρίων (€2.000.000,00) Ευρώ, ή δύο έργα, αξίας τουλάχιστον Ένα Εκατομμύριο (€1.000.000,00) Ευρώ έκαστο με ποσοστό συμμετοχής σ' αυτά τουλάχιστον ογδόντα τοις εκατό (80%).

Το ερώτημα εδώ που πρέπει πρώτα να απαντηθεί είναι κατά πόσο η Αναθέτουσα Αρχή όταν αρχικά προχώρησε στην αναζήτηση διευκρινίσεων από τους Αιτητές ερμήνευε ορθά το Παράρτημα 6 σε σχέση με τη περίοδο των τελευταίων 7 χρόνων.

Σε σχέση με την ερμηνεία νόμου στη *Southfields Industries Ltd v. Δήμου Λευκωσίας* 1995 3ΑΑΔ 59 λέχθηκαν τα εξής (σελ 64):

«Σκοπός της ερμηνείας του νόμου είναι η ανεύρεση της πρόθεσης του νομοθέτη. Όπου το λεκτικό της διάταξης είναι σαφές, το Δικαστήριο την ερμηνεύει με βάση τη φυσική και συνήθη έννοια των λέξεων. Οι λέξεις σ' ένα νομοθέτημα γενικά ερμηνεύονται με τη συνήθη τους σημασία, αλλά και με βάση τα συμφραζόμενα, έχοντας δε υπόψη το αντικείμενο και το σκοπό του νόμου.»

Καίτοι το Παράρτημα 6 φέρει τίτλο Έντυπο Χρηματοοικονομικής και Τεχνικής Ικανότητας, η Χρηματοοικονομική Ικανότητα σημειώνεται ότι δεν εφαρμόζεται. Συνεπώς, το έντυπο αφορά μόνο στην Τεχνική Ικανότητα. Ανάγνωση όμως του εντύπου φανερώνει ότι ζητείται από τους προσφέροντες να δώσουν αξία των εργασιών που εκτελέστηκαν τα τελευταία 7 χρόνια τα οποία και καθορίζει σε 2010-2016. Παρά το γεγονός ότι θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι η περίοδος 2010-2016 αφορά στο υποβαλλόμενο ή υποβαλλόμενα έργα, κάτι τέτοιο ούτε από το γράμμα του εντύπου συνάγεται ξεκάθαρα, αναφέρεται σε αξίες εργασιών, κατά τρόπο γενικό και όχι αξία εργασιών του έργου ή των έργων αλλά ούτε και μπορεί να ήταν αυτή η πρόθεση του συντάξαντος τους όρους του διαγωνισμού αφού σύμφωνα πάντοτε και με τη Ευρωπαϊκή Οδηγία 2014/24/ΕΕ (74), οι τεχνικές προδιαγραφές που καθορίζονται από τους αγοραστές του Δημοσίου πρέπει να επιτρέπουν το άνοιγμα των δημόσιων προμηθειών στον ανταγωνισμό. Θεωρούμε ότι ορθά ερμηνευόμενοι οι όροι 3.3.8 και 5.6.1(η) δεν αποκλείουν προσφορές που πληρούν τις προϋποθέσεις

κατά το χρόνο υποβολής τους. Ο προσδιορισμός της περιόδου 2010-2016 δεν μπορεί να λειτουργεί κατά τρόπο που να οδηγεί στον αποκλεισμό προσφερόντων που ολοκλήρωσαν έργο ή έργα όπως προβλέπεται στον όρο 3.3.8 μέχρι 6.10.2017 τελευταία ημέρα υποβολής των προσφορών ή ακόμα έργου ή έργων ενδεχόμενα πολύ μεγαλύτερης αξίας από αυτό του διαγωνισμού.

Ενόψει των πιο πάνω θεωρούμε ότι η Αναθέτουσα Αρχή ορθά ζήτησε από τους Αιτητές διευκρινίσεις. Οι ενώπιον μας εκ των υστέρων θέσεις της κρίνουμε ότι δεν επιδρούν στην αρχική καθ' όλα ορθή αντίκρουση της προσφοράς των Αιτητών.

Ενόψει των πιο πάνω προχωρούμε να εξετάσουμε κατά πόσο ορθά η προσφορά των Αιτητών αποκλείστηκε.

Η Επιτροπή Αξιολόγησης σύμφωνα με το πρακτικό ημερ. 8.11.2017 κατέληξε ότι από τα υποβληθέντα από τους Αιτητές με την προσφορά και την επιστολή τους ημερ. 7.11.2017. προέκυπταν τα εξής:

«- Ποσοστό χρονικής ολοκλήρωσης του έργου μέχρι 6/10/2017 βάσει του Συμβολαίου **61.54%** (40 εβδομάδες/65 εβδομάδες)

- Ποσοστό χρηματικής ολοκλήρωσης του Έργου μέχρι 6/10/2017

• Από το Πιστοποιητικό 11 το οποίο υποβλήθηκε για πληρωμή διαφαίνεται ότι μέχρι τις 31/9/2017 (προηγούμενη περίοδος) είχε πιστοποιηθεί εργασία ποσού €1.410.172,70 συμπεριλαμβανομένων αυξομειώσεων τιμών.

Εν σχέση με το ποσόν συμβολαίου €2.525.467,25 (αφαιρουμένων των ποσών προνοίας και των εργασιών επί απολογισμό) το ποσοστό χρηματικής ολοκλήρωσης είναι 55.84%

- Από το Πιστοποιητικό 11 το οποίο υποβλήθηκε για πληρωμή ο Προσφέρων αιτείται πληρωμής €1.783.473,16 συμπεριλαμβανομένων αυξομειώσεων τιμών για εργασία.
Εν σχέση με το ποσόν συμβολαίου €2.525.467,25 (αφαιρουμένων των ποσών προνοίας και των εργασιών επί απολογισμό) το ποσοστό χρηματικής ολοκλήρωσης είναι 70.62%».

Σε σχέση με τους πιο πάνω υπολογισμούς της Αναθέτουσας Αρχής συμφωνούμε με τη θέση της ότι η κρίση της επί τεχνικών θεμάτων και ειδικών γνώσεων είναι ανέλεγκτη εφ' όσον η διοίκηση με τους ειδικούς που διαθέτει βρίσκεται σε καλύτερη θέση να αξιολογήσει τα διάφορα στοιχεία που τίθενται ενώπιον της. Στην παρούσα περίπτωση όμως το ζήτημα όπως προκύπτει από τα ενώπιον μας τεθέντα και ειδικότερα το πρακτικό της Επιτροπής Αξιολόγησης εμπίπτει στις περιπτώσεις που παρέχεται δυνατότητα ελέγχου.

Είναι σαφές από το πιστοποιητικό αρ. 11 και την επιστολή του Τμήματος Δημοσίων Έργων ημερ. 7.11.2017 ότι η Αναθέτουσα Αρχή για την κατάληξη της σε ποσοστό χρηματικής ολοκλήρωσης 70.62% θεώρησε ότι το πιστοποιητικό αρ. 11 αφορά σε εργασίες μέχρι 31.10.2017 πράγμα όμως που δεν υποστηρίζεται από την επιστολή του Τμήματος Δημοσίων Έργων ημερ. 7.11.2017 στην οποία γίνεται λόγος για πιστοποιητικό πληρωμής για την περίοδο μέχρι τέλος Σεπτεμβρίου 2017. Ο ισχυρισμός της Αναθέτουσας Αρχής ότι οι Αιτητές παρέλειψαν να επισυνάψουν την πρώτη σελίδα του τελευταίου πιστοποιητικού πληρωμής για την περίοδο μέχρι τέλος Σεπτεμβρίου 2017 και για την οποία γίνεται αναφορά στην επιστολή του

Τμήματος Δημοσίων Έργων δεν την βοηθά εφόσον εάν θεωρούσε ότι το υποβληθέν από τους Αιτητές ήταν διαφορετικό από το πιστοποιητικό για το οποίο γίνεται λόγος στην επιστολή του Τμήματος Δημοσίων Έργων παρείχετο δυνατότητα περαιτέρω διερεύνησης. Πρόκειται για καθαρά ιστορικά στοιχεία και μπορούσε να ζητηθούν. Επίσης από το πρακτικό ημερ. 8.11.2017 δεν προκύπτει εάν καθ' οιονδήποτε τρόπο λήφθηκε υπόψη και πως αξιολογήθηκε η αναφορά στην επιστολή του Τμήματος Δημοσίων Έργων ημερ. 7.11.2017 ότι το *«έργο βρίσκεται τουλάχιστον 6 εβδομάδες μπροστά από το αρχικό χρονοδιάγραμμα»* και ότι κατά το μήνα Οκτώβριο 2017 εκτελέστηκαν εργασίες και αναμένεται να αυξηθεί η αξία της εκτελεσθείσας εργασίας. Το ποιες εργασίες και ποιας αξίας ήσαν οι εργασίες που εκτελέστηκαν μέχρι 6.10.2017 παρέχεται δυνατότητα για αναζήτηση διευκρινίσεων, εφόσον από τα υποβληθέντα με την επιστολή των Αιτητών δεν προκύπτουν με σαφήνεια. Για τα πιο πάνω αλλά και άλλες ασάφειες που η Αναθέτουσα Αρχή θεώρησε ότι προέκυπταν είχε τη δυνατότητα να ζητήσει από τους Αιτητές να τα παρουσιάσουν ώστε οι υπολογισμοί της να έχουν ως τελική ημερομηνία την 6.10.2017. Σε σχέση με το κατά πόσο στην αξία της εκτελεσθείσας εργασίας πρέπει να λαμβάνεται υπόψη και ο φόρος προστιθέμενης αξίας (ΦΠΑ) θα συμφωνούσαμε με την Αναθέτουσα Αρχή ότι αυτό δεν λαμβάνεται υπόψη τόσο γιατί στην αρχική αξία του συμβολαίου δεν υπολογίζεται όσο και γιατί το ποσό αυτό αποτελεί φορολογία.

Η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής για αποκλεισμό των Αιτητών ενόψει των πιο πάνω κρίνουμε ότι λήφθηκε χωρίς επαρκή έρευνα και συνακόλουθα στερείται αιτιολογίας.

Σ' ότι αφορά τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι η Αναθέτουσα Αρχή τους στέρησε το δικαίωμα να ακουστούν παρόλον ότι επηρεάζοντο τα οικονομικά τους συμφέροντα αυτός δεν ευσταθεί. Όπως έχει νομολογηθεί σε σειρά αποφάσεων, οι αρχές της φυσικής δικαιοσύνης δεν έχουν εφαρμογή σε καθαρά διοικητικές διαδικασίες (Βλ. μεταξύ άλλων, *Kyriakides v. The Council for Registration of Architects & Civil Engineers* (1965) 3 C.L.R. 159, *Hadjilouca v. Republic* (1969) 3 C.L.R 570, και *Kontemeniotis v. CB.C* (1982) 3 C.L.R. 1027, στις σελ. 1033 και 1034).

Αβάσιμος είναι επίσης ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι η Αναθέτουσα Αρχή θα έπρεπε στα πλαίσια έρευνας να αποταθεί η ίδια στο Τμήμα Δημοσίων Έργων για να διαπιστώσει το ποσοστό εκτέλεσης του υποβληθέντος έργου. Η συμμετοχή σε δημόσιο διαγωνισμό δεν συνιστά «*διεκπεραίωση υπόθεσης πολίτη*» ώστε να υποχρεούται η Αναθέτουσα Αρχή να αναζητά αυτεπάγγελτα τα σχετικά πιστοποιητικά τα οποία ο διαγωνιζόμενος παραλείπει να καταθέσει με την προσφορά του ή όταν του ζητηθούν.

Ούτε η αναφορά των Αιτητών για μη ύπαρξη όρου για υποβολή πιστοποιητικού εκτέλεσης του έργου ευσταθεί. Μελέτη της επιστολής ημερ. 2.11.2017 φανερώνει ότι εκείνο που ζητείται και ορθά από την Αναθέτουσα Αρχή είναι η τεκμηρίωση της συμπλήρωσης του υποβληθέντος έργου τουλάχιστον κατά 80%. Η αναφορά σε πιστοποιητικό καλής εκτέλεσης είναι πρόδηλο από τα όσα ακολουθούν ότι είναι ατυχής διατύπωση.

Με βάση όλα τα πιο πάνω αποφασίζουμε ομόφωνα ότι η παρούσα Προσφυγή επιτυγχάνει και η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής ακυρώνεται.

Δεν επιδικάζονται έξοδα.