



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

Ιεραρχική Προσφυγή Αρ. 33/2008

Μεταξύ:

MATELEC S.A.L.

Αιτούσας Εταιρείας

v.

ΑΡΧΗΣ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ ΚΥΠΡΟΥ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

κ. Ιωάννης Π. Πογιατζής, Πρόεδρος
κ. Άγγελος Αγγελίδης, Μέλος
κ. Χριστόφορος Χριστοφίδης, Μέλος

Αιτούντες:

MATELEC S.A.L.

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. κ. Ιωνά Νικολάου, Δικηγόρο
2. κα Σούλα Κουσπλή, Δικηγόρο
3. κ. Δημήτρη Κακογιάννη, Εκπρόσωπο αιτούσας εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΑΡΧΗ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ ΚΥΠΡΟΥ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. κα Έλενα Μιχαήλ, Δικηγόρο
2. κ. Γιάγκο Φραγκουλλίδη, Βοηθό Διευθυντή Αγορών Α.Η.Κ.

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 25 Αυγούστου, 2008

ΑΠΟΦΑΣΗ

A. Η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή στρέφεται κατά της απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής, δηλαδή της Αρχής Ηλεκτρισμού Κύπρου να κατακυρώσει το Διαγωνισμό Αρ. 166/2007 *«Διαγωνισμός για το Σχεδιασμό, Κατασκευή, Έλεγχο και Επιθεώρηση, τη Συσκευασία για Εξαγωγή, τη Μεταφορά και Παράδοση CFR σε λιμάνι της Κύπρου, Επίγειων Μετασχηματιστών Διανομής»* σε άλλο προσφοροδότη.

B. Ο Διαγωνισμός προκηρύχθηκε στις 7 Νοεμβρίου, 2007 με ανακοίνωση δημοσίευσης στην Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης και με δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας στις 16.11.2007. Η διαδικασία ήταν ανοικτή. Η προθεσμία υποβολής προσφορών έληγε στις 25 Ιανουαρίου, 2007. Κατά την τελευταία ημερομηνία υποβολής προσφορών υποβλήθηκαν 12 προσφορές συμπεριλαμβανομένης και της προσφοράς της Αιτούσας Εταιρείας.

Γ. Η κατακύρωση, σύμφωνα με τους όρους των Εγγράφων του Διαγωνισμού θα γινόταν στον Προσφοροδότη με τη «χαμηλότερη τιμή» ο οποίος θα πληρούσε του όρους των Εγγράφων του Διαγωνισμού.

Δ. Οι προσφορές που υποβλήθηκαν τέθηκαν ενώπιον της Επιτροπής Αξιολόγησης, που συστάθηκε για το σκοπό αυτό, για μελέτη και ετοιμασία σχετικής έκθεσης αξιολόγησης. Στις 7 Μαρτίου, 2008 η Επιτροπή Αξιολόγησης με ομόφωνη απόφασή της εισηγήθηκε την κατακύρωση του Διαγωνισμού στην Εταιρεία Schneider Electric A.E. ως του χαμηλότερου προσφοροδότη που πληρούσε τους όρους του Διαγωνισμού.

Ε. Η Επιτροπή Προσφορών στη Συνεδρία της την 7^η Απριλίου, 2008 αποφάσισε να υιοθετήσει την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης για κατακύρωση του Διαγωνισμού στην εταιρεία Schneider Electric A.E..

ΣΤ. Με απόφαση του ημερομηνίας 15 Απριλίου, 2008 το Διοικητικό Συμβούλιο της ΑΗΚ αποφάσισε την κατακύρωση του Διαγωνισμού στην εταιρεία Schneider Electric A.E..

Ζ. Σε επανεξέταση των προσφορών που διενεργήθηκε από την Επιτροπή Αξιολόγησης διαπιστώθηκε ότι υπήρχαν λάθη στην αρχική αξιολόγηση και με βάση την αναθεωρημένη έκθεση αξιολόγησης έγινε εισήγηση κατακύρωσης στην εταιρεία, KONCAR – D&ST Κροατίας, ως τη χαμηλότερη έγκυρη προσφορά.

Η. Με απόφαση του ημερομηνίας 6 Μαΐου, 2008 το Διοικητικό Συμβούλιο της ΑΗΚ αποφάσισε την ανάκληση της προηγούμενης του απόφασης για κατακύρωση στην εταιρεία Schneider Electric A.E. και την κατακύρωση του Διαγωνισμού στην εταιρεία KONCAR-D&ST Κροατίας.

Θ. Με επιστολή ημερομηνίας 8 Μαΐου, 2008 η Αναθέτουσα Αρχή πληροφόρησε την Αιτούσα Εταιρεία ότι ο Διαγωνισμός κατακυρώθηκε στην εταιρεία KONCAR – D & ST Κροατίας και ότι η αρχική κατακύρωση στην εταιρεία Schneider Electric A.E. ανακλήθηκε. Περαιτέρω πληροφόρησε την αιτούσα εταιρεία ότι η προσφορά της δεν επιλέχθηκε για τους λόγους που αναφέρονται στην επιστολή ημερ. 22.4.2008. Οι λόγοι αυτοί ήταν ότι:

- 1) *η προσφορά της ήταν υψηλότερη από την προσφορά της Επιτυχούσας Εταιρείας, και*
- 2) *η Τραπεζική Εγγύηση που κατάθεσε μαζί με την προσφορά της δεν ανταποκρίνεται στους όρους που τίθενται με την πρόνοια 1.11 του Διαγωνισμού».*

Συγκεκριμένα η Αναθέτουσα Αρχή θεώρησε ότι η προσφορά της Αιτούσας Εταιρείας δεν ικανοποιούσε ουσιώδη όρο του Διαγωνισμού και συγκεκριμένα τους όρους 1.11.3 και 1.11.4 του Μέρους 1 των όρων οι οποίοι προνοούν ότι:

«1.11.3 The Tender Security shall be denominated in Euro, and shall be an irrevocable Bank Guarantee issued by any bank carrying out full Banking operations in Cyprus or in any other member state of the European Union (EU) or country of the European Economic Area (EEA) or in third countries who have signed and ratified the Government Procurement Agreement (GPA) or in other countries who have signed and ratified association agreements or bilateral agreements with the EU or with the Republic of Cyprus, and having the right to issue such guarantees in accordance with the legislation of these countries. A sample form of the Tender Security is provided in the Tender Document.

1.11.4 The Tender Security should be issued by a bank with minimum Long-Term Credit Rating Baa2 as rated by the prime rating agency Moody's or its equivalent as issued by Standard & Poors or Fitch i.e. BBB».

Οι Αιτητές υπέβαλαν την τραπεζική εγγύησή τους αρχικά στις 25.1.2008 μαζί με την προσφορά τους και στις 28.1.2008 μέσω της Κεντρικής Τράπεζας της Κύπρου με «Authenticated SWIFT Message». Η Τραπεζική εγγύηση εκδόθηκε από την BANK OF BEIRUT S.R.L. η οποία διεξάγει πλήρεις τραπεζικές εργασίες στην Κύπρο.

Η Κεντρική Τράπεζα της Κύπρου πληροφόρησε την Α.Η.Κ. με επιστολή της ημερομηνίας 29.1.2008 ότι η μακροπρόθεσμη πιστοληπτική διαβάθμιση της Bank of Beirut s.r.l. είναι σύμφωνα με τον οίκο Moody's Ba3 δηλαδή διαβάθμιση χαμηλότερη από αυτήν που απαιτεί ο Όρος 1.11.4 του Διαγωνισμού που είναι Baa2.

Στις 3.3.2008 μέσω της Κεντρικής Τράπεζας της Κύπρου οι Αιτητές χωρίς να τους ζητηθεί υπέβαλαν νέα εγγυητική που εκδόθηκε από την Marfin Popular Bank Public Co. Ltd, η οποία έχει πιστοληπτική διαβάθμιση A3 αξιολογημένη

από τον οίκο Moody's και η οποία πληρούσε τον όρο 1.11.4 του διαγωνισμού. Η εν λόγω εγγυητική δεν λήφθηκε υπόψη από την Α.Η.Κ. καθότι λήφθηκε μετά την τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών που ήταν η 25.1.2008.

I. Την 12^η Μαΐου, 2008 η Αιτούσα Εταιρεία ενημέρωσε την Αναθέτουσα Αρχή για την πρόθεση της να προσφύγει στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών. Την 27^η Μαΐου, 2008 η Αιτούσα Εταιρεία εξάσκησε το δικαίωμα της και κατάθεσε την παρούσα Προσφυγή.

K. Η Αιτούσα Εταιρεία στηρίζει την Προσφυγή της, μεταξύ άλλων, στους πιο κάτω νομικούς και πραγματικούς λόγους:

- α) Η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής να κατακυρώσει το Διαγωνισμό στην Επιτυχούσα Εταιρεία είναι παράνομη και/ή προϊόν πλάνης καθότι η προσφορά της Αιτούσας Εταιρείας είναι χαμηλότερη και πιο οικονομικά συμφέρουσα από την προσφορά της Επιτυχούσας Εταιρείας.
- β) Η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής είναι παράνομη και /ή προϊόν πλάνης περί τα πράγματα και/ή το νόμο καθότι πεπλανημένα έκρινε ότι η προσφορά της αιτούσας Εταιρείας δεν ήταν η χαμηλότερη προσφορά και/ή πιο συμφέρουσα από την προσφορά της εταιρείας KONCAR D&St Κροατίας.
- γ) Η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής είναι προϊόν πλάνης περί τα πράγματα και/ή το νόμο -
 - ι) καθότι λανθασμένα κρίθηκε ότι η Τραπεζική Εγγύηση της Bank of Beirut s.r.l., που κατάθεσε η Αιτούσα Εταιρεία δεν πληρούσε και/ή δεν ανταποκρινόταν στους όρους και τις

προδιαγραφές της προκήρυξης του Διαγωνισμού και συγκεκριμένα ότι η πιο πάνω Τραπεζική Εγγύηση δεν πληρούσε ή δεν ανταποκρινόταν ή δεν συνάδει με τον όρο 1.11 της προκήρυξης.

- ii) καθόσον ο όρος της προκήρυξης με αριθμό 1.11.3 συγκρούεται με τον όρο 1.11.4 γιατί ενώ στην παράγραφο 1.11.3 καθορίζονται οι προϋποθέσεις με βάση τις οποίες μπορεί να γίνει αποδεκτή τραπεζική εγγύηση, εν τούτοις στην παράγραφο 1.11.4 οι προϋποθέσεις αυτές περιορίζονται κατά τρόπο παράνομο και/ή αντιφατικό και/ή καταχρηστικό, ανατρέποντας στην ουσία τις πρόνοιες της παραγράφου 1.11.3.
- iii) καθότι λανθασμένα και/ή καταχρηστικά και/ή παράνομα κρίθηκε ότι η Τραπεζική Εγγύηση θα έπρεπε να ικανοποιεί εκτός από τις απαιτήσεις και/ή προϋποθέσεις του όρου 1.11.3. και αυτές του όρου 1.11.4. όταν ο όρος αυτός αναιρεί το όρο 1.11.3
- iv) λανθασμένα και/ή καταχρηστικά και/ή παράνομα δεν αποδέκτηκαν την εγγυητική της Αιτούσας Εταιρείας αφού ουδέποτε και σε κανένα στάδιο της διαδικασίας μέχρι την λήψη της τελικής απόφασης αμφισβητήθηκε η εγκυρότητα της εγγυητικής.

Επιπρόσθετα η Αιτούσα Εταιρεία θεωρεί ότι η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής

- i) λήφθηκε χωρίς να διεξαχθεί προηγουμένως η δέουσα ή επαρκής έρευνα,
- ii) λήφθηκε κατά παράβαση του τύπου και / ή της διαδικασίας,

- iii) δεν είναι δεόντως και επαρκώς αιτιολογημένη και ή αιτιολογημένη κατά τόπο που να ικανοποιεί τις διοικητικές και νομολογικές αρχές,
- iv) είναι προϊόν πλάνης περί τα πράγματα,
- v) αντιβαίνει τις αρχές της ισότητας, καλής πίστης, της χριστής διοίκησης, και /ή τις Γενιές Αρχές Διοικητικού δικαίου.

Λ. Κατά την ενώπιον μας διαδικασία ο δικηγόρος της Αιτούσας Εταιρείας ανέφερε ότι η Τραπεζική Εγγύηση που υπέβαλε η Αιτούσα Εταιρεία άνκαι δεν ικανοποιεί τον όρο 1.11.4 των όρων του Διαγωνισμού εντούτοις αυτό είναι επουσιώδους σημασίας αφού η Εγγυητική ικανοποιεί τον όρο 1.11.3. Ο δικηγόρος της Αιτούσας Εταιρείας ισχυρίστηκε ότι ο όρος 1.11.3 που προνοεί ότι:

«Η Τραπεζική Εγγύηση θα πρέπει να εκδοθεί από τράπεζα η οποία διεξάγει πλήρεις τραπεζικές εργασίες στην Κύπρο»

είναι ουσιώδους σημασίας και κατέθεσε διάφορα έγγραφα που αποδεικνύουν ότι το κατάστημα της Bank of Beirut s.r.l. διεξάγει πλήρεις τραπεζικές εργασίες στην Κύπρο με άδεια της Κεντρικής Τράπεζας της Κύπρου.

Σύμφωνα με τον δικηγόρο της Αιτούσας Εταιρείας ο όρος 1.11.4 που προνοεί ότι:

«Η Τραπεζική Εγγύηση θα πρέπει να εκδοθεί από τράπεζα που είναι με Long – Term Credit Rating Baa2..»

είναι επουσιώδης όρος αφού αναφέρεται σε προσόντα όχι του προσφέροντος, αλλά τρίτου προσώπου. Ανέφερε επίσης ότι ο όρος 1.11.4 είναι αντιφατικός και περιορίζει τον όρο 1.11.3.

Επιπρόσθετα ο δικηγόρος της Αιτούσας Εταιρείας ισχυρίστηκε ότι η Αναθέτουσα Αρχή είχε υποχρέωση να αποδεχθεί την επιπρόσθετη Τραπεζική Εγγύηση από την Marfin Popular Bank Public Co Limited που υποβλήθηκε από τους Αιτητές, χωρίς να αποσυρθεί η προηγούμενη Τραπεζική Εγγύηση της Bank of Beirut s.r.l. αφού η νέα εγγυητική ικανοποιούσε και τον επουσιώδη όρο 1.11.4..

M. Η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτοντας τους ισχυρισμούς της Αιτούσας Εταιρείας επέμενε ότι η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής

- 1) λήφθηκε μετά από δέουσα και επαρκή έρευνα,
- 2) είναι δεόντως και επαρκώς αιτιολογημένη κατά τρόπο που να ικανοποιεί τις διοικητικές και νομολογικές αρχές,
- 3) λήφθηκε σύμφωνα με τις αρχές της ισότητας, καλής πίστης, της χρηστής διοίκησης, και τις Γενιές Αρχές Διοικητικού δικαίου.

Επιπρόσθετα, η Αναθέτουσα Αρχή ισχυρίστηκε ότι η προσφορά της Επιτυχούσας Εταιρείας ικανοποιούσε τους όρους και προδιαγραφές των εγγράφων του Διαγωνισμού και ήταν η χαμηλότερη προσφορά εντός προδιαγραφών. Η Αναθέτουσα Αρχή θεώρησε την προσφορά της Αιτούσας Εταιρείας εκτός προδιαγραφών αφού δεν ικανοποιούσε τον όρο 1.11.4 των όρων του Διαγωνισμού. Συγκεκριμένα, η Τραπεζική Εγγύηση που υπέβαλε η Αιτούσα Εταιρεία σύμφωνα με επιστολή της Κεντρικής Τράπεζας της Κύπρου δεν ικανοποιούσε τα συγκεκριμένα κριτήρια του όρου 1.11.4, δηλαδή η μακροπρόθεσμη πιστοληπτική διαβάθμιση της Bank of Beirut s.r.l. είναι σύμφωνα με τον οίκο Moody's Ba3, δηλαδή διαβάθμιση χαμηλότερη από αυτήν που απαιτεί όρος 1.11.4 του Διαγωνισμού που είναι Βαα2.

Όσον αφορά την Τραπεζική Εγγύηση της Marfin Popular Bank Public Co Limited η Αναθέτουσα Αρχή ισχυρίστηκε ότι αυτή δεν μπορούσε να γίνει αποδεκτή αφού υποβλήθηκε μετά από την τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών γι' αυτό δεν εξετάστηκε από τα αρμόδια όργανα αξιολόγησης του διαγωνισμού.

N. Από τα ενώπιόν μας στοιχεία και γεγονότα όπως εκτίθενται πιο πάνω και φαίνονται στους σχετικούς φακέλους και τα επιχειρήματα που έχουν εκτεθεί τόσο γραπτά όσο και προφορικά, κατά την ενώπιόν μας διαδικασία, καταλήγουμε στα εξής:

Ο μόνος λόγος απόρριψης της προσφοράς των Αιτητών, όπως διαπιστώθηκε κατά την ακροαματική διαδικασία, ήταν η μη συμμόρφωση της προσφοράς τους στον όρο 1.11.4 των εγγράφων του διαγωνισμού που προνοούσε ότι:

«The Tender Security should be issued by a bank with minimum Long-Term Credit Rating Baa2 as rated by the prime rating agency Moody's or its equivalent as issued by Standard & Poors or Fitch i.e. BBB».

Είναι παραδεκτό από τους Αιτητές ότι η υποβληθείσα εγγυητική από την τράπεζα «BANK OF BEIRUT, S.R.L.» δεν πληρούσε τον όρο αυτό.

Το επιχείρημα των Αιτητών ότι ο όρος αυτός είναι επουσιώδης, επειδή αναφέρεται στα προσόντα τρίτου προσώπου και όχι του προσφέροντος, δεν μας βρίσκει σύμφωνους, αφού η ζητούμενη Τραπεζική Εγγύηση στους διαγωνισμούς προσφορών εκδίδεται πάντα από τρίτο πρόσωπο, την τράπεζα.

Δεν μας βρίσκει επίσης σύμφωνους το επιχείρημα των Αιτητών ότι, ο όρος **1.11.4** συγκρούεται ή είναι αντιφατικός με τον όρο **1.11.3** και ότι ταυτόχρονα περιορίζει τον ανταγωνισμό.

Ο όρος 1.11.3 αφορά τις χώρες από τις οποίες θα προέρχεται η τράπεζα που θα εκδώσει την εγγυητική, ενώ ο όρος **1.11.4** αφορά την μακροπρόθεσμη πιστοληπτική διαβάθμιση της τράπεζας που θα εκδώσει την εγγυητική.

Οι δύο όροι δεν συγκρούονται μεταξύ τους αλλά συμπληρώνουν ο ένας τον άλλο στο θέμα της εγγυητικής. Επίσης δεν έχουμε διαπιστώσει περιορισμό στον ανταγωνισμό λόγω του όρου **1.11.4**, αφού στον παρόντα διαγωνισμό υποβλήθηκαν δώδεκα (12) συνολικά προσφορές.

Πέραν τούτου, οι Αιτητές μπορούσαν να ζητήσουν διευκρινίσεις ή να εκφράσουν την επιφύλαξη τους ή να προσβάλουν τον όρο **1.11.4** ή οποιοδήποτε άλλο όρο, που έκριναν ότι τους εμποδίζει να υποβάλουν προσφορά, πριν την υποβολή της προσφοράς τους, πράγμα που δεν έπραξαν.

Δεν συμφωνούμε επίσης με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι, έπρεπε η δεύτερη υποβληθείσα εγγυητική να γίνει αποδεκτή από την Αναθέτουσα Αρχή.

Κατ' αρχάς δεν ζητήθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή υποβολή δεύτερης ή συμπληρωματικής εγγυητικής. Δεύτερον, η 2^η εγγυητική υποβλήθηκε στις **3.3.2008**, δηλαδή μετά την τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών που ήταν η **25.1.2008**.

Είναι πάγια νομολογημένη αρχή ότι, ο κρίσιμος χρόνος για τη διαπίστωση της ύπαρξης των προϋποθέσεων για συμμετοχή στους διαγωνισμούς δημοσίων προσφορών και τήρηση των όρων αυτών είναι η τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών (**TAMASSOS**).

Είναι η θέση μας ότι, κατά την ημερομηνία αυτή οι Αιτητές δεν υπέβαλαν σύμφωνα με τους όρους του διαγωνισμού έγκυρη εγγυητική αφού δεν εκδόθηκε από τράπεζα με πιστοληπτική διαβάθμιση κατ' ελάχιστον Baa2. Το ουσιώδες του όρου φαίνεται και από την επιτακτική διατύπωση του: «*The Tender Security **should** be issued by a bank with minimum Long-Term Credit Rating Baa2*»

Είναι πάγια νομολογημένη αρχή ότι οι όροι των προσφορών ερμηνεύονται στενά και αυστηρά. Είναι επίσης πάγια νομολογημένη αρχή ότι, προσφορά που δεν πληροί και δεν ανταποκρίνεται σε ουσιώδη όρο του διαγωνισμού είναι άκυρη και δεν μπορεί να εξετασθεί (**A.E. Αρ. 903, TAMASSOS TABACCO SUPPLIERS AND CO. v. Δημοκρατίας (1992) 3 A.A.Δ. 60**).

Δεν έχουμε διαπιστώσει ή πεισθεί ότι, η Αναθέτουσα Αρχή έχει παραβιάσει τις αρχές της ισότητας, καλής πίστης, χρηστής διοίκησης ή τις Γενικές αρχές του Διοικητικού Δικαίου, ή ότι η απόφαση της είναι προϊόν πλάνης περί τα πράγματα ή το νόμο, ή ότι είναι προϊόν μη δέουσας έρευνας ή ότι είναι αναιτιολόγητη.

Ενόψει όλων των πιο πάνω κρίνουμε ότι δεν υπάρχει οποιαδήποτε παράβαση του ισχύοντος δικαίου από την Αναθέτουσα Αρχή και ως εκ τούτου αποφασίζουμε ότι η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή δεν γίνεται αποδεκτή και η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής επικυρώνεται.