



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. 42/2015

Μεταξύ:

NEWCYTECH BUSINESS SOLUTIONS LTD

Αιτητών

v.

ΑΡΧΗΣ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ ΚΥΠΡΟΥ

Αναθέτοντος Φορέα

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

Έφη Παπαδοπούλου, Πρόεδρος
Λοΐζος Κάππας, Μέλος
Γιώργος Αναστασίου, Μέλος
Σόλων Παπαθεοχάρους, Μέλος
Βασίλης Πάλμας, Μέλος

Αιτητές:

NEWCYTECH BUSINESS SOLUTIONS LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Αλέξανδρο Γαβρηλίδη, Δικηγόρο για Σκορδή, Παπαπέτρου & Σία ΔΕΠΕ
2. Γιάννη Νικολάου, Ασκούμενο Δικηγόρο
3. Αδάμο Χριστοδούλου, Εκπρόσωπο αιτούσας εταιρείας

Αναθέτων Φορέας:

ΑΡΧΗ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ ΚΥΠΡΟΥ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Άννα Χρίστου, Δικηγόρο για Ιωαννίδη Δημητρίου ΔΕΠΕ
2. Χρίστο Γεωργίου, Ασκούμενο Δικηγόρο
3. Γιώργο Ασιήκκαλη, Διευθυντή Προμηθειών
4. Φάνο Κολοκοτρώνη, Διευθυντή Πληροφορικής
5. Ανδρέα Σάββα, Μέλος Επιτροπής Αξιολόγησης

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 14 Δεκεμβρίου, 2015

Η απόφαση μας δεν είναι ομόφωνη. Με την απόφαση της πλειοψηφίας συμφωνούν η Πρόεδρος και τα Μέλη της Αρχής κ.κ. Λοΐζος Κάππας, Γιώργος Αναστασίου και Βασίλης Πάλμας. Το Μέλος κος Σόλων Παπαθεοχάρους δίνει διαφορετική απόφαση με την ίδια όμως κατάληξη.

ΑΠΟΦΑΣΗ ΠΛΕΙΟΨΗΦΙΑΣ

Αντικείμενο της παρούσας προσφυγής είναι η νομιμότητα της απόφασης της Αρχής Ηλεκτρισμού Κύπρου (ΑΗΚ) ημερ. 28.7.2015 με την οποία ο κοινοτικός διαγωνισμός με αριθμό 104/2013 και τίτλο «*Oracle Customer care & Billing CC&B Upgrade*» ακυρώθηκε για το λόγο ότι το ποσό της προσφοράς των Αιτητών θεωρήθηκε εξωπραγματικό. Υπερέβαινε την προϋπολογιζόμενη δαπάνη η οποία στηρίχθηκε στις προηγούμενες τιμές και υπολογισμούς της Oracle σε ποσοστό 29,09%. Σημειώνεται εδώ ότι στην προκήρυξη δεν είχε αναφερθεί το ποσό της προϋπολογιζόμενης δαπάνης.

Σύμφωνα με τα γεγονότα ο πιο πάνω διαγωνισμός προκηρύχθηκε στις 20.11.2014 μετά την ακύρωση του προηγούμενου διαγωνισμού λόγω αποκλεισμού και των δύο προσφορών που υποβλήθηκαν, από το στάδιο της τεχνικής αξιολόγησης. Ακολούθησε η ανοικτή διαδικασία με διαπραγμάτευση με βάση όρους του διαγωνισμού. Η ΑΗΚ με σκοπό την προσέλκυση μεγαλύτερου αριθμού προσφοροδοτών επαναπροκήρυξε το διαγωνισμό ενσωματώνοντας πιο ελαστικούς όρους, με τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών, μετά από παράταση, τη 21.1.2015. Τα έγγραφα του διαγωνισμού παραλήφθηκαν από 30 οικονομικούς φορείς, τελικά όμως υποβλήθηκε μόνο μια προσφορά, αυτή των Αιτητών με επιχειρηματικό συνεργάτη την εταιρεία Oracle East Central Europe Services BV, η οποία στον προηγούμενο διαγωνισμό ήταν η μία από τους δύο προσφοροδότες.

Δεύτερη ήσαν οι Αιτητές. Με την ολοκλήρωση από την Επιτροπή Αξιολόγησης της τεχνικής και ποιοτικής αξιολόγησης της προσφοράς των Αιτητών έγινε εισήγηση για άνοιγμα του οικονομικού φακέλου. Η εισήγηση υιοθετήθηκε από την Επιτροπή Προσφορών της οποίας η εισήγηση με την σειρά της υιοθετήθηκε από το Συμβούλιο Προσφορών, δηλαδή το Διοικητικό Συμβούλιο (Δ.Σ.) της ΑΗΚ. Στις 5.3.2015 ανοίχθηκε ο οικονομικός φάκελος και αξιολογήθηκε από την Επιτροπή Αξιολόγησης, η εισήγηση της οποίας ήταν η έναρξη διαπραγματεύσεων με τους Αιτητές.

Ακολούθησε, μετά από επιστολές της Ελεγκτικής Υπηρεσίας, η οποία είχε μεταξύ άλλων την άποψη ότι το ποσό της προσφοράς των Αιτητών ήταν εξωπραγματικό, συμπληρωματική έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης, με εμμονή στη θέση για έναρξη διαπραγματεύσεων με τους Αιτητές.

Ακολούθησαν νέες επιστολές της Ελεγκτικής Υπηρεσίας με τις οποίες επαναλάμβανε τη θέση ότι η διαδικασία του διαγωνισμού δεν έπρεπε να προχωρήσει, έγινε νέα έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης με εισήγηση και πάλι την έναρξη διαπραγματεύσεων με τους Αιτητές.

Η εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης υιοθετήθηκε από την Επιτροπή Προσφορών η οποία εισηγήθηκε στο Διοικητικό Συμβούλιο της ΑΗΚ να αποφασίσει:

- Την ολοκλήρωση της Οικονομικής Αξιολόγησης, καλώντας τους Αιτητές να συμμετάσχουν στη Φάση Διαπραγματεύσεων (Στάδιο Α) καθώς και στην υποβολή Τελικής Προσφοράς (Στάδιο Β), ως ορίζεται από τους όρους 1.20.6 και 1.20.7 των Εγγράφων του Διαγωνισμού.
- Την ενίσχυση της Επιτροπής Αξιολόγησης και Διαπραγμάτευσης με επιπρόσθετα στελέχη της Αρμόδιας Μονάδας.
- Την εξέταση των εκκρεμούντων εισηγήσεων του Γενικού Ελεγκτή με την ολοκλήρωση της Οικονομικής Αξιολόγησης και την υποβολή τελικής έκθεσης αξιολόγησης από την Επιτροπή Αξιολόγησης για εξέταση από την Επιτροπή Προσφορών και στη συνέχεια υποβολή έκθεσης στο Δ.Σ. της ΑΗΚ για λήψη τελικής απόφασης.

Στη συνέχεια το Δ.Σ. της ΑΗΚ σε συνεδρία του ημερ. 16.6.2015 αποφάσισε σε σχέση με τα θέματα που έθετε η Ελεγκτική Υπηρεσία να ζητήσει από το Νομικό της Σύμβουλο γνωμάτευση. Στις 7.7.2015 αφού έλαβε υπόψη τη γνωμάτευση των νομικών του συμβούλων, την έκθεση του Αναπληρωτή Διευθυντή Προμηθειών και την επιστολή της Ελεγκτικής Υπηρεσίας αποφάσισε όπως ετοιμαστεί έκθεση αναφορικά με την απόκλιση του ποσού της προσφοράς των Αιτητών από την προϋπολογισθείσα δαπάνη, και πιθανή εκ των προτέρων συνεννόηση μεταξύ του κυρίως προσφοροδότη και του συνεργάτη του και τέλος, κατά πόσο οι όροι του διαγωνισμού ήταν περιοριστικοί.

Ακολούθως στις 28.7.2015 το Δ.Σ. της ΑΗΚ μετά από μια εκτενή συζήτηση του όλου θέματος και αφού έλαβε υπόψη τα ενώπιον του τεθέντα αποφάσισε την ακύρωση του διαγωνισμού κατ' επίκληση των περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Συμβάσεων Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών στον τομέα της Ενέργειας και για συναφή θέματα (Γενικών) Κανονισμών της ΑΗΚ του 2009, ΚΔΠ 179/2009.

Οι Αιτητές για ακύρωση της εν λόγω απόφασης προβάλλουν διάφορους λόγους με πρώτο ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι αναιτιολόγητη. Με δεδομένο, ανέφεραν, ότι ενώπιον του Δ.Σ. της ΑΗΚ υπήρχαν αντίθετες θέσεις και εισηγήσεις, η μη καταγραφή στα πρακτικά των συγκεκριμένων λόγων που οδήγησαν στη λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης καθιστά τον έλεγχο της νομιμότητας της ανέφικτο. Το Δ.Σ. της ΑΗΚ σε αντίθεση με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 26(1) του περί των Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου, Ν. 158(I)/1999 και της νομολογιακής αρχής ότι *«παραγνώριση συστάσεων συμβουλευτικών οργάνων που δημιουργούνται για την όσο το δυνατό καλύτερη αξιολόγηση των προσφορών χωρίς οποιαδήποτε αιτιολογία μπορεί να καταστήσει την προσβαλλόμενη πράξη αδικαιολόγητη και κατ' επέκταση ακυρωτέα»*, στο πρακτικό του ημερ. 28.7.2015 παρέλειψε να αναφέρει τους λόγους για τους οποίους αποφάσισε την ακύρωση του διαγωνισμού, ενώ υπήρχε εισήγηση από την Επιτροπή Αξιολόγησης και την Επιτροπή Προσφορών για έναρξη διαπραγματεύσεων. Ισχυρίζονται επίσης οι Αιτητές ότι η απόφαση λήφθηκε χωρίς

επαρκή έρευνα σε σχέση με τους λόγους απόκλισης της τιμής της προσφοράς τους από την προϋπολογιζόμενη δαπάνη η οποία μπορεί να οφειλόταν στο ότι η εκτίμηση της δαπάνης ήταν εσφαλμένη.

Με άλλο λόγο ακυρότητας υποστηρίζουν ότι και αν ακόμη ήθελε κριθεί ότι η αιτιολογία της απόφασης συνάγεται από το διοικητικό φάκελο και πάλι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι παράνομη αφού έρχεται σε αντίθεση με την προβλεπόμενη από τα έγγραφα του διαγωνισμού διαδικασία σύμφωνα με την οποία οι Αιτητές, μετά που η προσφορά τους θα αξιολογείτο, θα καλούνταν σε διαπραγμάτευση και στη συνέχεια θα υπέβαλλαν τις δεσμευτικές και τελικές τους προτάσεις. Η ακύρωση, ισχυρίζονται, του διαγωνισμού πριν από την ολοκλήρωση της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης είναι αντίθετη με τον όρο 1.20.6 των εγγράφων του διαγωνισμού. Εφόσον, ισχυρίζονται, η τιμή που υπέβαλαν με την προσφορά τους δεν αποτελούσε την τελική και δεσμευτική πρόταση δεν μπορούσε να κριθεί ως εξωπραγματική, θέση που υποδείχθηκε τόσο από την Επιτροπή Αξιολόγησης με τις συμπληρωματικές της εκθέσεις όσο και από τον Αναπληρωτή Διευθυντή Προμηθειών της ΑΗΚ στη συνεδρία του Δ.Σ. της ΑΗΚ ημερ. 16.6.2015.

Σ' ότι αφορά τη θέση του εκπροσώπου της Ελεγκτικής Υπηρεσίας ότι δηλαδή «σε ανοιχτό διαγωνισμό μείωση της τιμής κατά 30% είναι αδύνατο να γίνει χωρίς να αλλάξει οτιδήποτε στην προσφορά θέση εκ διαμέτρου αντίθετη με τη θέση της Επιτροπής Αξιολόγησης και της Επιτροπής Προσφορών» υποστήριξαν ότι αυτή δεν

δικαιολογεί την ακύρωση του διαγωνισμού προτού οι Αιτητές κληθούν να υποβάλουν την τελική και δεσμευτική τους πρόταση. Από την έκθεση άλλωστε ανέφεραν του Διευθυντή Προμηθειών της ΑΗΚ ημερ. 23.7.2015 όπου συνοψίζονται οι λόγοι της απόκλισης της τιμής της προσφοράς τους από την προϋπολογισθείσα δαπάνη στους οποίους κατέληξε η έρευνα του Διευθυντή Πληροφορικής της ΑΗΚ, προκύπτει ότι υπήρχε στα πλαίσια διαπραγμάτευσης περιθώριο μείωσης της σχετικής απόκλισης. Στην ουσία, υπέδειξαν οι Αιτητές, η ΑΗΚ με την προσβαλλόμενη απόφαση έχει προκαταβάλει το αποτέλεσμα της διαπραγμάτευσης σε αντίθεση με τους όρους του διαγωνισμού που προνοούσαν ότι η δεσμευτική και τελική πρόταση που θα υπέβαλλαν οι Αιτητές μετά την ολοκλήρωση της διαπραγμάτευσης θα τύγχανε αξιολόγησης και είναι τότε που η ΑΗΚ είχε τη δυνατότητα να ακυρώσει το διαγωνισμό, εάν έκρινε ότι η τελική τιμή ήταν εξωπραγματική. Άλλωστε ανέφεραν το ζήτημα της τιμής όπως αναφέρθηκε από τον εκπρόσωπο της Ελεγκτικής Υπηρεσίας στη συνεδρία του Δ.Σ. ημερ. 14.7.2015 ήταν δευτερεύον.

Τέλος, οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι στο βαθμό που η προσβαλλόμενη απόφαση στηρίζεται στην κατάληξη ότι από το ιστορικό του διαγωνισμού προκύπτει ένδειξη πιθανολογούμενης προσυνεννόησης, αυτή είναι έκδηλα παράνομη ως προϊόν πλάνης περί τα πράγματα και το νόμο και υπολείπεται αιτιολογίας. Καίτοι υποστήριξαν το πιο πάνω ζήτημα διερευνήθηκε και ο Διευθυντής Πληροφορικής της ΑΗΚ ρητά ανέφερε σε έκθεση του ότι «δεν κατέστη δυνατή η διερεύνηση

πιθανής εκ των προτέρων συνεννόησης λόγω μη ύπαρξης σχετικών στοιχείων», η ΑΗΚ ακύρωσε το διαγωνισμό και γι' αυτό το λόγο. Εν πάση περιπτώσει, καταλήγουν, θέμα προσυεννόησης των προσφοροδοτών δεν τίθεται αφού ένας μόνο προσφοροδότης υπήρχε. Ούτε και μπορεί να υποστηριχθεί ότι υπάρχει πιθανότητα προσυεννόησης στη βάση του ότι στον προηγούμενο διαγωνισμό οι Αιτητές και η εταιρεία Oracle East, επιχειρηματικός συνεργάτης τους, υπέβαλαν προσφορά ανεξάρτητα και αποκλείστηκαν στο στάδιο της τεχνικής αξιολόγησης.

Η ΑΗΚ όλους τους ισχυρισμούς των Αιτητών τους απορρίπτει με αναφορά στο διοικητικό φάκελο και ειδικότερα στις επιστολές του Διευθυντή Πληροφορικής, του Διευθυντή Προμηθειών, καθώς και στα πρακτικά των συνεδριάσεων του Δ.Σ.. Η αιτιολογία, ανέφερε, για την απόκλιση από τις εισηγήσεις της Επιτροπής Αξιολόγησης και της Επιτροπής Προσφορών βρίσκεται στο σώμα της προσβαλλόμενης απόφασης που λήφθηκε από το Δ.Σ., το κατά νόμο αρμόδιο όργανο για τη λήψη της απόφασης. Με αναφορά στο πρακτικό του Δ.Σ. ημερ. 28.7.2015 υποστήριξε ότι αυτό, αφού έλαβε υπόψη του όλες τις θέσεις που είχαν εκφραστεί, αποφάσισε την ακύρωση του διαγωνισμού.

Προτού προχωρήσουμε στην εξέταση των λόγων ακυρότητας που προβάλλονται θεωρούμε χρήσιμο να παραθέσουμε, για ότι εδώ ενδιαφέρει, απόσπασμα από την επιστολή γνωστοποίησης των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού στους Αιτητές.

«...and to inform you that your tender has not been successful, for the reasons given below, as EAC has decided to cancel the tender in accordance with the provisions of Regulation ΚΑΠ179/2009 article 26(2) (γ) and (δ).

The reasons for the cancellation of the Tender are the following:

The tendered amount exceeds the budgeted amount, which was based on the previous Oracle prices and estimates, by a percentage of 29,09% and was thus determined to be unrealistic.

Additionally and independently of the above reason the history of this procurement indicates the possibility of predetermination between tenderers which has resulted in the undermining of healthy competition».

Όπως είναι καλά γνωστό η ακύρωση διαγωνισμού επαφίεται στην διακριτική εξουσία της διοίκησης, η οποία είναι μεν ευρεία, διέπεται όμως, όπως αναφέρεται στην *Τουμαζής ν. Δημοκρατίας (1997) 3 ΑΑΔ 408*, από το Σύνταγμα και γενικά την έννομη τάξη στο σύνολο της και έχουν διατυπωθεί από την επιστήμη και τη νομολογία. Η διάπλαση των κανόνων αυτών, εξηγείται στην πιο πάνω απόφαση, αποτελεί «*μια σύνθεση των εξής κυρίως αρχών, που στη συγκεκριμένη εφαρμογή τους μπορεί να έρχονται σε σύγκρουση:*

(α) Της αρχής της νομιμότητας που επιβάλλει στη διοίκηση την ανάκληση κάθε παράνομης πράξης.

(β) Της αρχής της καλής πίστης και ιδιαίτερα της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του ιδιώτη έναντι των διοικητικών πράξεων που επιβάλλει τη διατήρηση των ευμενών από αυτές.

(γ) Της αρχής της υπεροχής του δημοσίου συμφέροντος κατά την άσκηση διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης σχετικά με την ανάκληση των πράξεων της που μπορεί να επιβάλλει άλλοτε τη διατήρηση και άλλοτε την ανάκληση (Σχετικά με τα πιο πάνω βλ. εκτενέστερα Π.Δ. Δαγτόγλου - Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Γ' έκδοση σ.σ.303 και επ.)».

Αποτελεί νομική επιταγή, η οποία εκπηγάζει τόσο από το άρθρο 26 του Ν. 158(I)/1999, όσο και από την αρχή της νομιμότητας, ότι οι πράξεις της διοίκησης και ειδικότερα οι πράξεις διοικητικής εξουσίας πρέπει να είναι επαρκώς και δεόντως αιτιολογημένες. Το τι βέβαια συνιστά έλλειψη αιτιολογίας είναι ζήτημα βαθμού και εξαρτάται από τη φύση της υπόθεσης. Η επάρκεια της αιτιολογίας δεν εξαρτάται πάντοτε από την έκταση του λεκτικού της αλλά από την ουσία του περιεχομένου της και μπορεί να είναι σαφής έστω και αν είναι περιληπτική, εφόσον τα επιμέρους στοιχεία υπάρχουν αναλυτικά στο φάκελο. Η αιτιολογία των διοικητικών πράξεων είναι επιβεβλημένη για να διαπιστώνεται σε κάθε περίπτωση η ορθή εφαρμογή του νόμου και να είναι εφικτός ο έλεγχος των πράξεων της διοίκησης. (Βλ. σχετικά *Athos Georghiades v. Republic* (1967) 3 CLR 653, *Andreas Papageorghiou v. Republic* (1984) 3 CLR 1348, *Στυλιανού κ.ά. v. Δημοκρατίας* (2011) 3 ΑΑΔ σελ. 493).

Επίσης το άρθρο 28 του Ν. 158(I)/1999, προβλέπει ότι:

«Η αιτιολογία μιας διοικητικής πράξης πρέπει να είναι σαφής, ώστε να μην αφήνει αμφιβολίες ως προς το ποιος ήταν ο πραγματικός λόγος που οδήγησε το διοικητικό όργανο στη λήψη της απόφασης».

Περαιτέρω το άρθρο 29 του ίδιου Νόμου, ορίζει ότι *«Ανεξάρτητα από οποιαδήποτε διάταξη οποιουδήποτε νόμου, η αιτιολογία μιας πράξης μπορεί να συμπληρωθεί ή να αναπληρωθεί από τα στοιχεία του διοικητικού φακέλου όπως και από το σύνολο της όλης διοικητικής ενέργειας».*

Το ερώτημα που εδώ πρέπει να απαντηθεί είναι κατά πόσο μέσα από το πρακτικό ημερ. 28.7.2015 προκύπτουν οι λόγοι ακύρωσης του διαγωνισμού.

Εξετάζοντας το πρακτικό ημερ. 28.7.2015 και συγκεκριμένα την κατάληξη του Δ.Σ. διαπιστώνουμε ότι γι' αυτήν λήφθηκε υπόψη η επιστολή ημερ. 23.7.2015 του Διευθυντή Προμηθειών, στην οποία, αφού παρατίθενται οι θέσεις των εμπλεκομένων και επισυνάπτονται τα σχετικά έγγραφα, συνοψίζονται τα Γενικά Συμπεράσματα της έρευνας του Διευθυντή Πληροφορικής στα οποία οφείλεται η απόκλιση και τα οποία συμπερασματικά έχουν ως εξής:

«*ι. Με βάση τα πιο πάνω η προσφερόμενη δαπάνη του Διαγωνισμού 102/2014 υπερβαίνει την προϋπολογισθείσα δαπάνη. Η απόκλιση οφείλεται κυρίως:*

- *Στις διαφορετικές και σε συγκεκριμένες περιπτώσεις πολύ ψηλές προσφερόμενες ωριαίες τιμές Συμβούλων σε σχέση με τις ωριαίες τιμές που χρησιμοποιήθηκαν με βάση το τότε τρέχον Συμβόλαιο υποστήριξης του CC&B.*
- *Στο ότι το σύνολο των ανθρωποημερών (όπως εμφανίζεται στην προσφορά) για εκτέλεση της αναβάθμισης στην έκδοση CC&B 2.4 είναι **μεγαλύτερο κατά 23,76% από το σύνολο των ανθρωποημερών** που λήφθηκαν υπόψη με βάση το χρονοδιάγραμμα του 2011.*
- *Στη συμμετοχή επιπρόσθετων ειδικοτήτων (Συμβούλων), που σύμφωνα με την Προσφορά θα λάβουν μέρος στην αναβάθμιση του CC&B, και δεν εμφανίζονται στο χρονοδιάγραμμα του 2011. Η έκδοση 2.4 του CC&B περιέχει περισσότερη λειτουργικότητα από την έκδοση 2.3.1 και κατά επέκταση πιθανό να απαιτούνται περισσότερες ανθρωποημέρες και περισσότερες ειδικότητες.*

- *Στη μη συμπερίληψη στην προϋπολογισθείσα δαπάνη πρόνοιας για εκπαίδευση, σε αντίθεση με την προσφορά που περιέχει συγκεκριμένη δαπάνη εκπαίδευσης.*
 - *Το σύνολο των προσφερόμενων ανθρωποημερών για την επί τόπου υποστήριξη (Post Going Live on-site support) είναι πολλαπλάσιο του συνόλου ανθρωποημερών που λήφθηκε υπόψη σύμφωνα με το χρονοδιάγραμμα 2011.*
 - *Η δαπάνη στην προσφορά για αεροπορικά εισιτήρια και έξοδα διαμονής των Συμβούλων είναι πολύ μεγαλύτερη από την αντίστοιχη προϋπολογισθείσα δαπάνη.*
- ii. *Παρά το γεγονός ότι στον Διαγωνισμό Αρ. 102/2014 υπήρξε μόνο ένας Προσφοροδότης, δεν κατέστη δυνατή η διερεύνηση πιθανής εκ των προτέρων συνεννόησης μεταξύ των μερών που συνθέτουν την Προσφορά του συγκεκριμένου Διαγωνισμού, λόγω μη ύπαρξης σχετικών στοιχείων.*
- iii. *Το γεγονός ότι, παρά τις χαλαρώσεις των κριτηρίων που έγιναν στο Διαγωνισμό Αρ. 102/2014 ούτως ώστε να επιτευχθεί η ευρύτερη δυνατή συμμετοχή προσφοροδοτών και η επίτευξη ανταγωνιστικών τιμών, αυτό δεν κατέστη δυνατό. Συμπεραίνεται ότι τα κριτήρια συμμετοχής παραμένουν μεν αυστηρά αλλά παράλληλα διασφαλίζουν την συμμετοχή έμπειρων Συμβούλων (π.χ. Oracle East Europe Services Ltd) για την αναβάθμιση του CC&B και κατά επέκταση την ασφαλή και αποτελεσματική επιτυχία του έργου».*

Λήφθηκε επίσης υπόψη η εισήγηση της Επιτροπής Προσφορών ημερ. 11.6.2015 στην οποία αφού υιοθετείται η εισήγηση της συμπληρωματικής έκθεσης της Επιτροπής Αξιολόγησης ημερ. 4.6.2015 με την οποία γίνεται εισήγηση για έναρξη των Διαπραγματεύσεων με τους Αιτητές, και όπως έχουμε προαναφέρει, όπως το Δ.Σ. της Αρχής αποφασίσει την ενίσχυση της Επιτροπής Αξιολόγησης και Διαπραγμάτευσης, και την εξέταση των εισηγήσεων του Γενικού Ελεγκτή μετά την ολοκλήρωση της Οικονομικής Αξιολόγησης και της υποβολής τελικής

έκθεσης αξιολόγησης από την Επιτροπή Αξιολόγησης, για εξέταση από την Επιτροπή Προσφορών και υποβολή έκθεσης στο Δ.Σ. της ΑΗΚ για λήψη τελικής απόφασης.

Έχοντας μελετήσει προσεκτικά τα πιο πάνω, αλλά και το σύνολο του περιεχομένου των διοικητικών φακέλων όπου υπάρχουν αντίθετες θέσεις και εισηγήσεις, δεν συμφωνούμε με τη Δικηγόρο της ΑΗΚ ότι η αιτιολογία συμπληρώνεται από το διοικητικό φάκελο. Ότι η αιτιολογία μιας διοικητικής απόφασης μπορεί να συμπληρώνεται από το περιεχόμενο των φακέλων είναι ορθό αφού όπως λέχθηκε στην **Ηλιόπουλος ν. ΑΗΚ (2000) 3 ΑΑΔ 438** σελ. 441-442

*«Είναι στοιχειώδες πως η αιτιολογία μπορεί, σ' αυτές τις περιπτώσεις, να συμπληρώνεται από το περιεχόμενο των φακέλων. Επίσης πως δεν αναμένεται, κατά την αιτιολόγηση, να μεταφέρεται στο πρακτικό το περιεχόμενο των φακέλων. Αναμένεται όμως να εξάγεται νόημα που να δικαιολογείται να αποδοθεί στο αποφασίζον όργανο. Δεν είναι έργο του Δικαστηρίου η μελέτη των στοιχείων και η διαμόρφωση κρίσης αναφορικά με το τι θα μπορούσε να επενεργήσει υπέρ ή εναντίον της όποιας προσέγγισης. Το Δικαστήριο δεν επιτελεί τέτοιο πρωτογενούς φύσης, έργο. Όπως έχει τονιστεί, είναι νοητή η συμπλήρωση της αιτιολογίας από το περιεχόμενο των φακέλων αν προκύπτει από αυτό, τι ακριβώς είχε υπόψη το αποφασίζον όργανο όταν έπαιρνε την απόφαση. Στην απόφαση της Ολομέλειας στην **Χρυστάλλα Συμεωνίδου κ.ά. ν. Κυπριακής Δημοκρατίας (1997) 3 Α.Α.Δ. 145**, το θέσαμε ως εξής:*

Εν προκειμένω, η παράλειψη εξειδίκευσης αφήνει σοβαρά ερωτηματικά ως προς το τι μέτρησε υπέρ του ενός και τι υπέρ του άλλου. Και πρέπει να τονίσουμε εδώ πως η παραπομπή στα στοιχεία του φακέλου, ως συμπληρωματικών της αιτιολογίας, δεν αποτελεί πανάκεια. Υπάρχει αυτή η δυνατότητα όταν τα στοιχεία αυτά είναι σαφώς και αρρήκτως συνδεδεμένα με τη ληφθείσα απόφαση έτσι που να μπορεί να λεχθεί ότι βρίσκονται αναπόφευκτα πίσω της».

Στην παρούσα περίπτωση όμως δεν τυγχάνουν εφαρμογής τα αποφασισθέντα στην **Ηλιόπουλος ν. ΑΗΚ** (πιο πάνω). Το Διοικητικό Συμβούλιο της ΑΗΚ στην απόφαση του ημερ. 28.7.2015 δεν εξειδικεύει τι τελικά αποδέχεται από τις διαφορετικές θέσεις που υπήρχαν ενώπιον του. Ακύρωσε το διαγωνισμό, καίτοι ο εκπρόσωπος του Γενικού Ελεγκτή στη συνεδρία του Διοικητικού Συμβουλίου της ΑΗΚ ημερ. 14.7.2015 ανέφερε ότι το ζήτημα της τιμής είναι δευτερεύον προσθέτοντας βέβαια ότι ο προβληματισμός της Ελεγκτικής Υπηρεσίας είναι ο τρόπος διεξαγωγής του διαγωνισμού λόγω των περιοριστικών όρων. Συγκεκριμένα, στο πρακτικό ημερ. 14.7.2015 για το ζήτημα αυτό καταγράφονται τα εξής:

«Όπως εξήγησε οι όροι του διαγωνισμού ήταν περιοριστικοί λαμβάνοντας υπόψη ότι δεν μπορούσε να συμμετάσχει άλλος Προσφοροδότης εκτός από ένα. Όπως ανέφερε κατά την προκήρυξη Ανοικτού Διαγωνισμού, η υποβολή ενδιαφέροντος μόνο από ένα Προσφοροδότη, είναι λόγος για ακύρωση του Διαγωνισμού. Σύμφωνα με τους όρους του Διαγωνισμού, απαιτείται η πιστοποίηση της Oracle, προς υποψήφιους προσφοροδότες για συμμετοχή στο Διαγωνισμό. Ανέφερε ότι η Ελεγκτική Υπηρεσία δέχθηκε παράπονο από άλλο ενδεχόμενο υποψήφιο προσφοροδότη ο οποίος δεν κατέστη δυνατό να εξασφαλίσει την κατάλληλη πιστοποίηση από την Oracle και ως εκ τούτου δεν μπόρεσε να συμμετάσχει στο Διαγωνισμό».

Ασφαλώς και συμφωνούμε με την ΑΗΚ ότι το Δ.Σ. είναι το κατά νόμο αρμόδιο όργανο για τη λήψη της απόφασης όχι όμως χωρίς να μπορεί κάποιος μέσα από αυτήν να αντιληφθεί το λόγο για τον οποίο έλαβε την συγκεκριμένη απόφαση.

Περαιτέρω, ότι ο λόγος ακύρωσης είναι η εξωπραγματική τιμή της προσφοράς των Αιτητών η οποία υπερβαίνει κατά 29,09% την εκτιμώμενη δαπάνη, για πρώτη φορά αναφέρεται στην επιστολή γνωστοποίησης των αποτελεσμάτων. Πρόσθετα

βέβαια και ανεξάρτητα από το εξωπραγματικό της τιμής, στην επιστολή ημερ. 7.8.2015 δεν υπάρχει τέτοια αναφορά, ως λόγος ακύρωσης αναφέρεται ότι το ιστορικό του διαγωνισμού είναι ενδεικτικό της πιθανότητας προσυνηννόησης, γεγονός που υποβαθμίζει τον υγιή ανταγωνισμό. Και οι δύο όμως λόγοι, ανεξάρτητα ότι δεν εξειδικεύονται στο πρακτικό ημερ. 28.7.2015 (σ' αυτό δίδεται μεγαλύτερη βαρύτητα σε άλλους λόγους για ακύρωση) φαίνεται να μην συνάδουν ούτε με τη θέση του εκπροσώπου του Γενικού Ελεγκτή, ο οποίος στη συνεδρίαση του Δ.Σ. ημερ. 28.7.2015 αναφορικά με το «ψηλό κόστος» ανέφερε ότι αυτό είναι δευτερεύον θέμα αφού η τιμή θα μπορεί να αποτελέσει και αντικείμενο διαπραγμάτευσης, προσθέτοντας βέβαια ότι πρέπει να προβληματίσει το γεγονός ότι σε ανοιχτό διαγωνισμό μείωση της τιμής κατά 30% είναι αδύνατο να γίνει χωρίς να αλλάξει οτιδήποτε στην προσφορά, ούτε με τις διαπιστώσεις της έρευνας του Διευθυντή Προμηθειών. Έχοντας υπόψη τα πιο πάνω αδυνατούμε να αντιληφθούμε το αιτιολογημένο της απόφασης ακύρωσης.

Σημειώνουμε επίσης ότι στην επιστολή γνωστοποίησης αποτελεσμάτων καταγράφεται ότι η ακύρωση του διαγωνισμού έγινε σύμφωνα με τις πρόνοιες του Κανονισμού 26(2)(γ) και (δ)¹ της ΚΔΠ 179/2009 ενώ στην εξειδίκευση των λόγων γίνεται αναφορά μόνο στον Κανονισμό 26(2)(δ). Στα πρακτικά βέβαια των

¹ 26(2) (α)
 (β)
 (γ) όταν οι προδιαγραφές οδηγούν κατ' αποκλειστικότητα σε συγκεκριμένο ή συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς
 (δ) όταν οι τιμές όλων των προσφορών που πληρούν τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές των εγγράφων προσφορών είναι, κατά την κρίση του Αποφασίζοντος Οργάνου, εξωπραγματικές ή φαίνονται να είναι προϊόν προσυνηννόησης μεταξύ των προσφερόντων, με αποτέλεσμα να καταστρατηγείται η έννοια του υγιούς ανταγωνισμού.

συνεδριών του Δ.Σ. της ΑΗΚ κατ' επανάληψη γίνεται λόγος από τον εκπρόσωπο της Ελεγκτικής Υπηρεσίας ότι ο τρόπος που έγινε ο διαγωνισμός ήταν περιοριστικός και ότι οι όροι του εμπόδιζαν άλλο προσφοροδότη να λάβει μέρος στο διαγωνισμό.

Ανεξάρτητα από την πιο πάνω κατάληξη μας, η οποία σφραγίζει και την τύχη της προσβαλλόμενης απόφασης, θα προχωρήσουμε να εξετάσουμε και το λόγο σε σχέση με το στάδιο ακύρωσης του διαγωνισμού ο οποίος όμως δεν είναι ανεξάρτητος με το ζήτημα της αιτιολογίας όπως θα εξηγήσουμε πιο κάτω. Σύμφωνα με τα έγγραφα του διαγωνισμού (όρος 1.14) οι προσφορές θα υποβάλλοντο σε δύο χωριστούς φακέλους. Ένας για την Τεχνική Πρόταση και ένας για την Οικονομική Πρόταση. Περαιτέρω, οι προσφορές που θα υποβάλλοντο θα αξιολογούντο σε 4 στάδια (όρος 1.20). Τα στάδια Α και Β αφορούν στα προκαθορισμένα κριτήρια του διαγωνισμού και την πλήρωση των υποχρεωτικών απαιτήσεων. Αυτά θα έπρεπε να ολοκληρωθούν πριν από το άνοιγμα του Οικονομικού φακέλου. Στη συνέχεια ακολουθούν τα στάδια C και D που αφορούν την τεχνική αξιολόγηση και βαθμολόγηση προτάσεων (Point-Score Evaluation και Financial Evaluation) και αξιολόγηση οικονομικών προτάσεων (Financial Evaluation). Στη συνέχεια γίνεται μια ολική αξιολόγηση (Overall Evaluation) και ακολουθεί το Α στάδιο των Διαπραγματεύσεων σύμφωνα με τον όρο 1.20.6, ο οποίος προβλέπει τα εξής:

«1.20.6. **Negotiation Phase – Stage A: Negotiation Stage**

The Contracting Entity shall invite for negotiations the Tenderers who have been deemed as being substantially responsive and who have been short-listed as per clause 1.20.5 above.

The Contracting Entity shall invite Tenderers for negotiations, with a specific pre-determined agenda. The agenda will be set out by the Contracting Entity and will be communicated to the invited Tenderers in advance.

The following items will be subject to negotiation during this stage:

- a) minor/non-substantial deviations stated in Form 6 (Departures from the Tender Requirements)*
- b) costs incurred for rectifying minor/non-substantial deviations*
- c) any other non-monetary minor/non substantial deviations*
- d) any other technical matter deemed important for the Contracting Entity*

In addition to the above, the Tender Price shall be addressed in relation to the firm and final offer to be submitted, as per clause 1.20.7 below.

The following clauses will not be subject to negotiation during this stage:

- a) All other terms and conditions of the Tender Document not specifically declared above*

Upon completion of the negotiations, the minutes of meeting, which shall only include non-monetary minor/non-substantial deviations, shall be agreed and signed by both parties and shall constitute part of the Tenderer's offer».

και μετά το στάδιο Β

«1.20.7 **Negotiation Phase – Stage B: Submission of final offers**

*Upon completion of the negotiations, the short-listed Tenderers shall be asked to submit their firm and final offers on a specific date and time that shall be the same for all short-listed Tenderers. A sample of the document to be submitted by the Tenderers at the end of this stage is included in the Tender Document as **Appendix I**.*

*The Contracting Entity reserves the exclusive right to decide whether or not to undertake a final technical evaluation, as a result of the negotiations meetings. In such case the final technical evaluation will be concluded **prior** to the opening of the revised financial offers.*

The contracting Entity shall then undertake a final financial evaluation of all offers after which an Overall Score will be calculated as per clause 1.20.5 and a final ranking determined.

The Contracting Entity reserves the right to accept or reject the Tenderer's offer.

At any time, the Contracting Entity reserves the right to annul the Tendering process and reject all Tenders, or proceed to the next lowest evaluated Tenderer.

The award of the Tender shall be made in accordance with clause 1.22 below».

Όπως φαίνεται από τα πιο πάνω οι διαπραγματεύσεις γίνονται για συγκεκριμένα θέματα και ακολούθως υποβάλλεται η τελική προσφορά.

Το ερώτημα το οποίο εδώ πρέπει να απαντηθεί δεν είναι το θεωρητικό ερώτημα κατά πόσο επειδή ο διαγωνισμός ήταν διαγωνισμός με διαπραγμάτευση υπήρχε δυνατότητα να ακυρωθεί πριν από την υποβολή της τελικής τιμής της προσφοράς, αλλά κατά πόσο υπό τα δεδομένα της υπόθεσης εάν το Δ.Σ. πριν από τη λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης εξέτασε τους λόγους απόκλισης της τιμής της

προσφοράς των Αιτητών σε σχέση με την προϋπολογισθείσα δαπάνη με σκοπό να ελέγξει την ορθότητα της θέσης του εκπροσώπου του Γενικού Ελεγκτή ότι δεν θα μπορούσε να αναμένεται μείωση της τιμής της τάξης του 30%, η οποία εκ του αποτελέσματος φαίνεται να υιοθετήθηκε. Καθώς προκύπτει από το διοικητικό φάκελο το Δ.Σ. της ΑΗΚ έχοντας την εισήγηση της Επιτροπής Προσφορών για έναρξη των διαπραγματεύσεων και τη θέση της Ελεγκτικής Υπηρεσίας ότι το ποσό της προσφοράς των Αιτητών υπερέβαινε κατά 29,09% της εκτιμώμενης δαπάνης, ζήτησε όπως διερευνηθούν τα ζητήματα που τέθηκαν από τον εκπρόσωπο της Ελεγκτικής Υπηρεσίας σε σχέση με το εξωπραγματικό της τιμής, γι' αυτό και ετοιμάστηκε η έκθεση του Διευθυντή Προμηθειών ημερ. 23.7.2015 στην οποία συνοψίζονται τα συμπεράσματα του Διευθυντή Πληροφορικής σε σχέση με τους λόγους απόκλισης της τιμής της προσφοράς των Αιτητών από την προϋπολογισθείσα δαπάνη.

Το Δ.Σ. της ΑΗΚ κατά την ημερομηνία λήψης της προσβαλλόμενης απόφασης καίτοι είχε ενώπιόν του με την Έκθεση του Διευθυντή Προμηθειών τους λόγους απόκλισης της τιμής της προσφοράς των Αιτητών από την προϋπολογιζόμενη δαπάνη, δεν ασχολήθηκε με το ζήτημα με σκοπό να διαπιστώσει εάν οτιδήποτε από όσα προέκυψαν από την έρευνα για τους λόγους απόκλισης της τιμής της προσφοράς των Αιτητών την επηρέαζε σε βαθμό που να καθιστά την διαπραγμάτευση κενή περιεχομένου ή, με άλλα λόγια, ότι η όποια διαπραγμάτευση δεν επέτρεπε μείωση του ποσού σε ποσοστό 30%, όπως ήταν η

θέση του εκπροσώπου της Ελεγκτικής Υπηρεσίας χωρίς επηρεασμό της ποιότητας του έργου. Παρέλειψε δηλαδή να εξετάσει όσα θα του επέτρεπαν να αξιολογήσει τη θέση της Ελεγκτικής Υπηρεσίας, την οποία φαίνεται να υιοθέτησε, με σκοπό να διαπιστώσει εάν όντως υπό τα δεδομένα δεν edικαιολογείτο να προχωρήσει στο στάδιο της διαπραγμάτευσης.

Με βάση όλα τα πιο πάνω αποφασίζουμε ότι η παρούσα Προσφυγή επιτυγχάνει και η προσβαλλόμενη απόφαση της Α.Η.Κ ακυρώνεται.

.....
Έφη Παπαδοπούλου
Πρόεδρος

.....
Λοΐζος Κάππας
Μέλος

.....
Γιώργος Αναστασίου
Μέλος

.....
Βασίλης Πάλμας
Μέλος

Α Π Ο Φ Α Σ Η Μ Ε Ι Ο Ψ Η Φ Ι Α Σ

Συμφωνώ με τα γεγονότα και τις θέσεις των μερών όπως αυτά εκτίθενται στην απόφαση της πλειοψηφίας. Ανεξάρτητα όμως με το ζήτημα της αιτιολογίας για το οποίο επίσης συμφωνώ με την απόφαση της πλειοψηφίας, θα εξετάσω και το λόγο σε σχέση με το στάδιο ακύρωσης του διαγωνισμού, ο οποίος συνδέεται άμεσα με το ζήτημα της αιτιολογίας.

Κατά την άποψη μου, το ερώτημα που πρέπει να απαντηθεί είναι αν σε διαγωνισμούς με διαπραγμάτευση, η Αναθέτουσα Αρχή έχει την δυνατότητα ακύρωσης του διαγωνισμού στη φάση που προηγείται της διαπραγμάτευσης επικαλούμενη λόγους που άπτονται της αρχικής τιμής τους, όταν οι όροι του διαγωνισμού δίνουν την δυνατότητα στους επιλεγέντες για διαπραγμάτευση Οικονομικούς Φορείς να υποβάλουν διαφοροποιημένη τελική οικονομική πρόταση στην Β' φάση, ήτοι τη φάση διαπραγμάτευσης.

Έχω την άποψη ότι κάτι τέτοιο είναι ανεπίτρεπτο. Οι όροι του διαγωνισμού προβλέπουν δύο φάσεις πριν την λήψη απόφασης κατακύρωσης ή ακύρωσης του. Την Α' φάση που είναι η προκαταρκτική κατάταξη ως αποτέλεσμα της οποίας επιλέγονται οι τρεις πρώτοι που θα κληθούν στην Β' φάση, ήτοι στη φάση της διαπραγμάτευσης και τελικής κατάταξης. Η Α' φάση της διαδικασίας περιλαμβάνει τέσσερα στάδια. Τα στάδια Α και Β αφορούν την πλήρωση

προκαθορισμένων κριτηρίων και υποχρεωτικών απαιτήσεων. Τα στάδια C και D αφορούν την τεχνική αξιολόγηση και βαθμολόγηση και την αξιολόγηση και βαθμολόγηση των αρχικών οικονομικών προτάσεων. Στη συνέχεια, στη βάση της συνολικής βαθμολόγησης (overall evaluation) γίνεται η κατάταξη των προσφοροδοτών και η επιλογή αυτών που θα συνεχίσουν στη δεύτερη φάση, ήτοι τη φάση των διαπραγματεύσεων και τελικής κατάταξης τους.

Η φάση της διαπραγμάτευσης περιλαμβάνει τα πιο κάτω στάδια. Το στάδιο που αφορά τεχνικά θέματα, τα οποία ενδεχομένως να επηρεάσουν την τελική τιμή των προσφοροδοτών και μετά ακολουθεί το στάδιο όπου οι Οικονομικοί Φορείς που συμμετέχουν στη φάση της διαπραγμάτευσης κληθούν να υποβάλουν την τελική τους τεχνική και οικονομική προσφορά.

Αφού η Αναθέτουσα Αρχή παραλάβει τις τελικές προσφορές των Οικονομικών Φορέων προβαίνει σε αξιολόγηση και βαθμολόγηση των τεχνικών προτάσεων και για όσες προσφορές γίνουν αποδεκτές από τεχνικής άποψης, ανοίγονται οι τελικές αναθεωρημένες οικονομικές προτάσεις τους οι οποίες και πάλι βαθμολογούνται. Ακολουθεί η τελική κατάταξη των προσφοροδοτών στη βάση της τελικής τους βαθμολογίας.

Συνεπώς, οι αρχικές οικονομικές προτάσεις των οικονομικών φορέων ενέχουν σημασία μόνο στη Α' φάση της διαδικασίας. Για σκοπούς τελικής βαθμολόγησης

και κατάταξης, όπως επίσης και για σκοπούς κρίσης τυχόν υπερβολικά ψηλής ή ασυνήθιστα χαμηλής τιμής, μόνο η τελική οικονομική προσφορά μπορεί να ληφθεί υπόψη, αφού μόνο σε εκείνο το στάδιο μπορεί η Αναθέτουσα Αρχή να γνωρίζει την τελική τους τιμή, η οποία δεν δύναται να τροποποιηθεί αποκλειστικά και μόνο στη βάση των όποιων τεχνικών αλλαγών τυχόν γίνουν στο στάδιο της διαπραγμάτευσης και για τα οποία ενδεχομένως να μην έχουν το ίδιο κόστος σε όλους τους προσφοροδότες, αλλά και σε άλλα κριτήρια τα οποία θα λάβει υπόψη του ο Οικονομικός Φορέας και τα οποία είναι άγνωστα στην Αναθέτουσα Αρχή, ιδιαίτερα στην Α' φάση της διαδικασίας.

Ούτε μπορεί με την ολοκλήρωση της Α' φάσης της διαδικασίας να διασυνδεθεί η όποια ενδεχόμενη διαφοροποίηση της τελικής οικονομικής πρότασης με την ποιότητα της τελικής προσφοράς σε ότι αφορά τα τεχνικά χαρακτηριστικά, αφού προϋπόθεση ανοίγματος της τελικής οικονομικής προσφοράς είναι να γίνει αποδεκτή, από την Αναθέτουσα Αρχή, η τελική τεχνική πρόταση τους.

.....
Σόλων Παπαθεοχάρους
Μέλος