



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. 49/2013

Μεταξύ:

Α & Ε ΣΤΥΛΙΑΝΟΥ ΤΕΧΝΟΧΗΜΙΚΗ ΛΤΔ

Αιτητών

v.

ΔΗΜΟΥ ΛΕΜΕΣΟΥ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτητές:

Α & Ε ΣΤΥΛΙΑΝΟΥ ΤΕΧΝΟΧΗΜΙΚΗ ΛΤΔ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Έλενα Κελεπέση, Δικηγόρο
2. Στέλιο Στυλιανού, Διευθυντή αιτούσας εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΔΗΜΟ ΛΕΜΕΣΟΥ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Έλενα Ρήγα, Δικηγόρο
2. Ανδρέα Χρίστου, Δήμαρχο Λεμεσού
3. Χριστίνα Χρίστου, Νομικό Λειτουργό Δήμου Λεμεσού
4. Κοραλλία Μασούρα, Ανώτερο Λειτουργό Τεχνικής Υπηρεσίας

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 15 Απριλίου, 2014

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Η απόφαση μας δεν είναι ομόφωνη. Με αυτή διαφωνούν τα Μέλη της Αρχής Γιώργος Αναστασίου και Σόλων Παπαθεοχάρους οι οποίοι θα δώσουν χωριστή απόφαση.

Αντικείμενο της παρούσας Προσφυγής είναι η νομιμότητα της απόφασης του Δήμου Λεμεσού (η «Αναθέτουσα Αρχή») η οποία κοινοποιήθηκε στους Αιτητές με επιστολή ημερ. 20.11.2013. Με αυτήν ειδοποιήθηκαν οι Αιτητές ότι ο διαγωνισμός για την Παροχή Υπηρεσιών Τοπιοτέχνησης του Έργου «Γραμμικό Πάρκο κατά μήκος της κοίτης του ποταμού Γαρύλλη» κατακυρώθηκε στην εταιρεία Theophilides Gardens Ltd («η επιτυχούσα») για το ποσό του €1.406.614,05 πλέον Φ.Π.Α.

Σύμφωνα με τα γεγονότα, το Συμβούλιο Προσφορών του Δήμου Λεμεσού στις 10.2.2011 αποφάσισε, για σκοπούς ενιαίας εφαρμογής και αυστηρής τήρησης των χρονοδιαγραμμάτων, όπως για όλες τις προσφορές που αφορούν τέσσερα συγχρηματοδοτούμενα από Ευρωπαϊκά Κονδύλια έργα της προγραμματικής περιόδου 2007-2013, μεταξύ των οποίων και το έργο του υπό αμφισβήτηση διαγωνισμού, οριστεί η ίδια τριμελής επιτροπή αξιολόγησης.

Μετά την προκήρυξη από την Αναθέτουσα Αρχή στις 19.7.2013 του εν λόγω διαγωνισμού υποβλήθηκαν εμπρόθεσμα δύο προσφορές, του επιτυχόντα και

των Αιτητών, ενώ αντί προσφοράς υπέβαλαν επιστολή διαμαρτυρίας αριθμός άλλων οικονομικών φορέων.

Στις 9.6.2013 το Γενικό Λογιστήριο, ως η Αρμόδια Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων προς την οποία αποστάληκαν για έγκριση οι όροι και η προκήρυξη του διαγωνισμού, εξέδωσε σχετικό πιστοποιητικό συμβατότητας. Στη συνέχεια η τριμελής επιτροπή αξιολόγησης προχώρησε στον έλεγχο των δικαιολογητικών που υπέβαλαν οι προσφοροδότες και διαπίστωσε, σε σχέση με τους Αιτητές, ότι αυτοί δεν είχαν υποβάλει, ως οι όροι του Διαγωνισμού, Μέρος Α, αποδεικτικά στοιχεία σύστασης του νομικού προσώπου, (όρος 8.3.1.1.2) και δήλωση για τα χαρακτηριστικά του προσφέροντα (όρος 8.3.1.1.5(α)). Ενόψει των πιο πάνω, η Επιτροπή Αξιολόγησης χαρακτήρισε την προσφορά των Αιτητών ως απορριπτέα λόγω μη τήρησης ουσιωδών όρων του διαγωνισμού.

Προσχέδιο της Έκθεσης Αξιολόγησης το οποίο στάληκε από την Επιτροπή Αξιολόγησης στη Γενική Λογίστρια της Δημοκρατίας για απόψεις δεν έτυχε δυσμενών σχολίων. Η Γενική Λογίστρια περιορίστηκε να επισημάνει ότι τόσο οι Αναθέτουσες Αρχές όσο και οι οικονομικοί φορείς πρέπει να συμμορφώνονται πλήρως με τους όρους του διαγωνισμού και ότι οι προσφοροδότες πρέπει να καταθέτουν τα αναγκαία στοιχεία με την προσφορά τους όπως προνοούνται με τους όρους του διαγωνισμού. Ενόψει της απάντησης της Γενικής Λογίστριας η Επιτροπή Αξιολόγησης εισηγήθηκε

στο Συμβούλιο Προσφορών την κατακύρωση της προσφοράς στην επιτυχούσα. Ακολούθως στις 29.10.2013 η νομική λειτουργός της Αναθέτουσας Αρχής με υπηρεσιακό σημείωμα της προς την Επιτροπή Προσφορών και αφού ανέλυσε τις παραλείψεις της προσφοράς των Αιτητών, υπέδειξε ότι η παράλειψη μη προσκόμισης αποδεικτικών στοιχείων σύστασης τους δεν είναι ουσιώδης εφόσον το γεγονός μπορεί να το επιβεβαιώσει η Αναθέτουσα Αρχή με έρευνα της στον Έφορο Εταιρειών. Σε ότι αφορά την παράλειψη προσκόμισης δήλωσης για τα χαρακτηριστικά του προσφέροντα κατέληξε ότι αυτή αποτελεί ουσιώδη παρατυπία επηρεάζουσα την απόφαση για κατακύρωση της προσφοράς εφόσον ο σχετικός όρος είναι ουσιώδης.

Η Επιτροπή Προσφορών ενόψει της νομικής γνωμάτευσης εισηγήθηκε στο Συμβούλιο Προσφορών την κατακύρωση της προσφοράς στην επιτυχούσα, εισήγηση που υιοθετήθηκε.

Η Αναθέτουσα Αρχή πρόβαλε δύο προδικαστικές ενστάσεις με πρώτη την ένσταση για έλλειψη εννόμου συμφέροντος των Αιτητών την οποία όμως κατά το στάδιο της ακρόασης ορθά απέσυρε. Υποστήριξε όμως το βάσιμο της δεύτερης προδικαστικής ένστασης η οποία αφορά στο αλυσιτελές της προσφυγής στη βάση του γεγονότος ότι και σε περίπτωση ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης οι Αιτητές δεν έχουν τίποτε να ωφεληθούν αφού με την προσφυγή τους δεν ζητούν την ακύρωση της απόφασης αποκλεισμού

τους από το διαγωνισμό αλλά την ακύρωση της απόφασης για κατακύρωση του διαγωνισμού στην επιτυχούσα.

Προτού αναφερθούμε στους λόγους ακυρότητας του διαγωνισμού που προβάλλονται θα εξετάσουμε την προδικαστική ένσταση σε σχέση με το αλυσιτελές της Προσφυγής.

Είναι γεγονός ότι στις αιτούμενες θεραπείες με τον αριθμό 1 εκείνο το οποίο ζητείται είναι η ακύρωση της απόφασης για κατακύρωση του συγκεκριμένου διαγωνισμού η οποία κοινοποιήθηκε στους Αιτητές με επιστολή ημερ. 20.11.2013. Στη συνέχεια όμως με αναφορά στο αίτημα για χορήγηση προσωρινών μέτρων με αρίθμηση 2, 3 και 4 οι Αιτητές αναφέρονται με σαφήνεια στην απόρριψη της προσφοράς τους λόγω μη τήρησης των όρων του διαγωνισμού και διατείνονται ότι θα αποδείξουν ότι η προσφορά τους είναι εντός προδιαγραφών. Επίσης, εξέταση των λόγων, νομικών και πραγματικών, επί των οποίων οι Αιτητές στηρίζουν την προσφυγή τους αποκαλύπτει ότι αυτοί με σαφήνεια αναφέρονται στη θεραπεία παραμερισμού της απόφασης για αποκλεισμό τους. Καίτοι θα λέγαμε ότι η διατύπωση των θεραπειών που ζητούνται με την προσφυγή δεν είναι η καλύτερη, αυτή όμως δεν υπολείπεται του αναμενόμενου σε βαθμό που να οδηγεί σε ότι η Δικηγόρος της Αναθέτουσας Αρχής εισηγείται, δηλαδή ότι η Προσφυγή είναι αλυσιτελής. Άλλωστε με το υπ' αρ. 1 αιτητικό ζητείται ακύρωση του περιεχομένου της επιστολής ημερ. 20.11.2013 η οποία

πληροφορεί τους Αιτητές πρώτον για την κατακύρωση του διαγωνισμού και δεύτερο για τον αποκλεισμό τους.

Πρόσθετα και ανεξάρτητα από τα πιο πάνω, η ένσταση της Αναθέτουσας Αρχής δεν ευσταθεί και για τον λόγο ότι μετά την έκδοση της τελικής πράξης της κατακύρωσης, η ενδιάμεση πράξη του αποκλεισμού των Αιτητών η οποία ενσωματώθηκε στην τελική, έχασε την αυτοτέλεια της και ταυτόχρονα την εκτελεσιμότητά της. Συνεπώς ορθά προσβάλλεται η απόφαση κατακύρωσης του διαγωνισμού και ζητείται η ακύρωσή της. Με την προσβολή της τελικής πράξης, δηλαδή της πράξης κατακύρωσης, συμπροσβάλλονται και όλες οι επί μέρους πράξεις εφόσον αυτές απορροφήθηκαν από την τελική (βλ. *SECO LTD ν Συμβουλίου Αποχετεύσεων Λευκωσία (1996) 4 ΑΑΔ 2375*).

Με την απόρριψη της προδικαστικής ένστασης προχωρούμε να εξετάσουμε την ουσία της Προσφυγής η οποία είναι και το σημαντικό στις περιπτώσεις διαγωνισμών για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων.

Οι Αιτητές κατ' επίκληση του όρου 8.3.1.1, Δικαιολογητικά Συμμετοχής στη βάση του οποίου αποκλείστηκαν, προβάλλουν ότι στην απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής έχει εμφιλοχωρήσει πλάνη ως προς τα πραγματικά γεγονότα, αποτέλεσμα έλλειψης δέουσας έρευνας. Συνακόλουθα ισχυρίζονται ότι η απόφαση για αποκλεισμό τους και η κατακύρωση της προσφοράς στην επιτυχούσα είναι ανατιολόγητη.

Η Αναθέτουσα Αρχή καίτοι προέβη σε ρητή παραδοχή ότι ο όρος 8.3.1.1.2 του διαγωνισμού για προσκόμιση αποδεικτικών στοιχείων σύστασης της εταιρείας δεν ήταν ουσιώδης και τόνισε ότι δεν αποτέλεσε λόγο αποκλεισμού των Αιτητών, οι Αιτητές επιχειρηματολόγησαν σε σχέση με το επουσιώδες του εν λόγω όρου για να καταλήξουν ότι εφόσον το πιστοποιητικό σύστασης της εταιρείας και η δήλωση για τα χαρακτηριστικά του προσφέροντα βρίσκονται κάτω από τον ίδιο όρο (8.3.1), υπό τον τίτλο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής και Τεχνική Προσφορά» και αφορούν και τα δύο νομιμοποιητικά στοιχεία που πιστοποιούν το πρώτον το δικαίωμα συμμετοχής (όρος 6.1) και το δεύτερο τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες του προσφέροντα (όρο 6.2.3) ο όρος 8.3.1.5(α) δεν μπορεί να είναι ουσιώδης.

Δεδομένου, υπέβαλαν, ότι η εκπλήρωση των υποχρεώσεων του όρου 6.2.3 που αφορούν τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες ικανοποιούνται η σημασία της δήλωσης την οποία όντως δεν προσκόμισαν είναι χωρίς σημασία. Μέσω του Εντύπου 4, το οποίο προβλέπεται από τον όρο 6.2.3 και το οποίο συμπλήρωσαν οι Αιτητές, προκύπτει επαρκής τεκμηρίωση της τεχνογνωσίας και εμπειρίας που διαθέτουν για την υλοποίηση τέτοιων συμβάσεων.

Ισχυρίζονται ότι η θέση τους επιβεβαιώνεται και από το γεγονός ότι τα τρία από τα τέσσερα ζητούμενα με τη δήλωση για τα χαρακτηριστικά του προσφέροντα εμπεριέχονται στο Έντυπο 4. Επίσης, εκτός από το Έντυπο 4

όπου τεκμηριώνονται οι τομείς δραστηριότητας και οι παρεχόμενες υπηρεσίες αυτές πιστοποιούνται και από το πιστοποιητικό ΕΛΟΤ EN ISO 9001:2008 το οποίο είχε κατατεθεί με την προσφορά τους και στο πεδίο εφαρμογής του οποίου συγκαταλέγονται, μεταξύ άλλων, η εγκατάσταση συστημάτων άρδευσης, η κατασκευή και συντήρηση γηπέδων και χώρων πρασίνου και η προμήθεια και η τοποθέτηση γεωσυνθετικών υλικών.

Ως προς την επιχειρηματική δομή του προσφέροντα που επίσης ζητείται με τη δήλωση κι' αυτή ισχυρίζονται προκύπτει από το Έντυπο 4 όπου υπό μορφή πίνακα δηλώθηκαν όχι μόνο τα στοιχεία του προσωπικού αλλά και η θέση του καθ' ενός εργοδοτούμενου στην εταιρεία, δηλαδή η επιχειρηματική δομή της. Εάν, ισχυρίζονται οι Αιτητές, η προβλεπόμενη δήλωση ήταν ουσιώδης οι συντάξαντες τους όρους του διαγωνισμού δεν θα περιορίζονταν σε δήλωση που να περιέχει γενικές πληροφορίες αφήνοντας την ερμηνευτική και επεξηγηματική προσέγγιση του όρου στον κάθε προσφέροντα.

Περαιτέρω, ισχυρίζονται ότι η Αναθέτουσα Αρχή, καίτοι στο σημείωμα της ημερ. 10.10.2013 αναφέρει ότι προχώρησε μόνο σε έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, από τον επισυνημμένο σ' αυτό πίνακα προκύπτει ότι προχώρησε σε αξιολόγηση των προσφορών τόσο στο τεχνικό όσο και στο οικονομικό μέρος, θεώρησε δηλαδή και η ίδια τον όρο επουσιώδη. Σύμφωνα με τους Αιτητές ο όρος 9.1.4 δεν επέτρεπε στην Επιτροπή Αξιολόγησης να προχωρήσει σε έλεγχο κατά πόσον υπήρχαν τα

Έντυπα 7 και 9 στα οποία ήταν προσαρτημένες οι τεχνικές προδιαγραφές και η οικονομική ανάλυση. Το μόνο που μπορούσε να κάμει ήταν να διαπιστώσει κατά πόσο οι όροι 8.3.1.1.4 και 8.3.1.1.5 εμπίπτουν στα δικαιολογητικά συμμετοχής.

Εκ διαμέτρου αντίθετη είναι η θέση της Αναθέτουσας Αρχής η οποία υποστηρίζει το νομότυπο της όλης διαδικασίας. Επικαλούμενη την από την Αρμόδια Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων, εξασφαλισθείσα έγκριση κάθε σταδίου του διαγωνισμού από την προκήρυξη μέχρι και την κατακύρωση υποστηρίζει ότι δεν νοείται ακύρωση της απόφασης για λόγους που σχετίζονται με τη διαδικασία.

Σ' ότι αφορά την παράλειψη των Αιτητών να υποβάλουν τη δήλωση για τα χαρακτηριστικά του προσφέροντα με αναφορά στον όρο 8.3.1.1.5(α) υποστηρίζουν ότι εξ ορισμού ο όρος δεν μπορεί να είναι επουσιώδης. Με αυτό ζητούνται σημαντικές πληροφορίες που θα πείσουν ότι ο συγκεκριμένος προσφοροδότης μπορεί και έχει τις δυνατότητες να εκτελέσει το έργο. Το γεγονός, αναφέρουν, ότι ονομάζεται «δήλωση» ή αναφέρεται σε «γενικές πληροφορίες», δεν αφαιρεί από τη σημασία της. Η δήλωση εμπίπτει στην κατηγορία των νομιμοποιητικών στοιχείων τα οποία πιστοποιούν το δικαίωμα του προσφέροντα να υποβάλει προσφορά και παραπέμπουν στον όρο 9.2.2 ο οποίος προβλέπει ότι:

«Σε περίπτωση που κατά τη διαδικασία του ελέγχου διαπιστωθούν Προσφορές που δεν καλύπτουν τις απαιτούμενες από τα έγγραφα του διαγωνισμού προϋποθέσεις συμμετοχής η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτει τις προσφορές αυτές δια του Αρμοδίου Οργάνου».

Απορρίπτουν κατηγορηματικά τη θέση των Αιτητών ότι προχώρησαν σε τεχνική αξιολόγηση και αξιολόγηση του οικονομικού μέρους. Εφόσον, ανέφεραν, ο διαγωνισμός αφορά διαδικασία ενιαίου φακέλου (όρος 8.2.4), ότι έπραξαν ήταν κοινή διαπίστωση κατά πόσο οι όροι 8.3.1.1.4 και 8.3.1.1.5, οι οποίοι αφορούν την οικονομική και τεχνική ικανότητα, αλλά εμπίπτουν στα δικαιολογητικά συμμετοχής, έχουν ικανοποιηθεί. Ο όρος 8.3.1.1 ο οποίος αναφέρεται στα δικαιολογητικά συμμετοχής περιλαμβάνει έγγραφα που σχετίζονται τόσο με τη χρηματοοικονομική επάρκεια ενός προσφοροδότη όσο και με τις τεχνικές και επαγγελματικές του ικανότητες.

Ως προς το ζήτημα που έθεσε η δικηγόρος της Αναθέτουσας Αρχής ότι ενόψει της έγκρισης της διαδικασίας από το Γενικό Λογιστήριο δεν νοείται ακύρωση για λόγους που σχετίζονται με τη διαδικασία αξιολόγησης, με κάθε εκτίμηση δεν συμφωνούμε. Όπως ορθά και η ίδια υπέδειξε οι εξουσίες του Γενικού Λογιστηρίου ως Αρμόδιας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων καθορίζονται στο άρθρο 88, των περί Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών και για Συναφή Θέματα Νόμων του 2006 (Ν.12(Ι)/2006 όπως τροποποιήθηκε), το

οποίο για ότι εδώ ενδιαφέρει, προβλέπει ότι το Γενικό Λογιστήριο έχει εξουσία να διενεργεί ελέγχους στις Αναθέτουσες Αρχές με σκοπό τη διασφάλιση της τήρησης των διατάξεων του Ν.12(Ι)/2006 και των Κανονισμών που εκδίδονται δυνάμει αυτού και να εκδίδει εγκυκλίους για την καλύτερη εφαρμογή του πιο πάνω Νόμου.

Είναι φανερό από τα πιο πάνω ότι οι εξουσίες του Γενικού Λογιστηρίου είναι διαφορετικές από αυτές της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών. Το Γενικό Λογιστήριο δεν έχει εξουσία ακύρωσης απόφασης κατακύρωσης ενός διαγωνισμού. Ως Αρμόδια Αρχή απλά μπορεί να μη δώσει τη συγκατάθεσή της οπότε η Αναθέτουσα Αρχή δεν μπορεί να προχωρήσει στην ολοκλήρωση της διαδικασίας ενός διαγωνισμού. Ούτε το γεγονός ότι το Γενικό Λογιστήριο ως Αρμόδια Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων πιστοποιεί τη συμβατότητα της διαδικασίας ενός διαγωνισμού αφαιρεί από τις εξουσίες της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών για έλεγχο της νομιμότητας της διαδικασίας ενός διαγωνισμού.

Ενόψει του αβάσιμου του πιο πάνω ισχυρισμού της Αναθέτουσας Αρχής προχωρούμε να εξετάσουμε το ουσιώδες ή μη του όρου ο οποίος προβλέπει για την προσκόμιση δήλωσης για τα χαρακτηριστικά του προσφέροντα.

Για να γίνουν αντιληπτά όσα στη συνέχεια θα αναφέρουμε θεωρούμε χρήσιμο να παραθέσουμε τους όρους του διαγωνισμού οι οποίοι αφορούν στο εν λόγω ζήτημα -

«8.3. Περιεχόμενα φακέλου

8.3.1 Δικαιολογητικά Συμμετοχής και Τεχνική Προσφορά

«ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ ΚΑΙ ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» περιλαμβάνει τα Δικαιολογητικά Συμμετοχής και την Τεχνική Προσφορά

8.3.1.1 Δικαιολογητικά Συμμετοχής

Τα Δικαιολογητικά Συμμετοχής αφορούν στα νομιμοποιητικά στοιχεία που πιστοποιούν το δικαίωμα του Ενδιαφερόμενου Οικονομικού Φορέα να υποβάλει Προσφορά σύμφωνα με το άρθρο 6 του παρόντος Μέρους Α των Εγγράφων του Διαγωνισμού και συγκεκριμένα απαρτίζονται από:

.....

2. Για την πιστοποίηση του δικαιώματος συμμετοχής της παραγράφου 6.1, από τα ακόλουθα στοιχεία:

α. Εφόσον ο Προσφέρων είναι νομικό πρόσωπο, αποδεικτικά στοιχεία σύστασης του.

.....

5. Για την πιστοποίηση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων του Προσφέροντα, της παραγράφου 6.2.3, τα ακόλουθα στοιχεία:

- α. Δήλωση η οποία να παρέχει γενικές πληροφορίες για τα κάτωθι τουλάχιστον χαρακτηριστικά του Προσφέροντα:
- επιχειρηματική δομή
 - τομείς δραστηριότητας
 - παρεχόμενες υπηρεσίες
 - εγκαταστάσεις και εξοπλισμός».
- β. Κατάσταση του απασχολούμενου με μόνιμη σχέση εργασίας προσωπικού του Προσφέροντα για την κάλυψη της προϋπόθεσης συμμετοχής που ορίζεται στο εδάφιο (1) της παραγράφου 6.2.3, που θα είναι σύμφωνη με το υπόδειγμα (Έντυπο 4) το οποίο περιλαμβάνεται στο Προσάρτημα των Εγγράφων Διαγωνισμού.
- γ. Κατάλογο δέκα (10) το πολύ συμβάσεων, για την κάλυψη των προϋποθέσεων συμμετοχής που ορίζονται στα εδάφια (2) και (3) της παραγράφου 6.2.3, ο οποίος θα είναι σύμφωνος με το υπόδειγμα (Έντυπο 4) το οποίο περιλαμβάνεται στο Προσάρτημα των Εγγράφων Διαγωνισμού. [...]»

«6.2.3 Τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες

Για τη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό, οι Ενδιαφερόμενοι Οικονομικοί Φορείς πρέπει να πληρούν υποχρεωτικά τις παρακάτω προϋποθέσεις που αφορούν τις τεχνικές και επαγγελματικές τους ικανότητες:

1. ο αριθμός των μονίμων εργοδοτούμενων από τον Ενδιαφερόμενο Οικονομικό Φορέα φυσικών προσώπων, κατά μέσο όρο την τελευταία τριετία, δεν πρέπει να είναι μικρότερος από δέκα (10).

2. να διαθέτει τεχνογνωσία και εμπειρία στην υλοποίηση συμβάσεων συναφών με την προκηρυσσόμενη, την οποία να μπορεί να τεκμηριώσει επαρκώς και ειδικότερα να διαθέτει εμπειρία στην παροχή υπηρεσιών:

- Φύτευση πλατειών ή άλλων χώρων πρασίνου
- Εγκατάσταση και συντήρηση αρδευτικών συστημάτων
- Συντήρηση πλατειών ή άλλων χώρων πρασίνου
- Κλαδέματα δέντρων και φυτών

3. να έχει ολοκληρώσει επιτυχώς κατά τα τελευταία τρία (3) έτη, τουλάχιστον μια σύμβαση, προϋπολογισμού δαπάνης που ανέρχεται τουλάχιστον στο ποσό των διακόσιων χιλιάδων (€200.000) Ευρώ, με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών της κατηγορίας φύτευση πλατειών ή άλλων χώρων πρασίνου και εγκατάσταση αρδευτικών συστημάτων και με ποσοστό συμμετοχής τουλάχιστον πενήντα ποσοστό επί τοις εκατό. Η έννοια του όρου «ολοκληρώσει» σημαίνει κατά ποσοστό υλοποίησης της σύμβασης τουλάχιστον 80%.[...]»

Αυτό που καλούμαστε να αποφασίσουμε είναι εάν ο πιο πάνω όρος 8.3.1.1.5(α) αποτελεί ουσιώδη όρο του διαγωνισμού, αφού σε μια τέτοια περίπτωση η παράλειψη των Αιτητών να συμμορφωθούν με αυτόν, τους θέτει εκτός προδιαγραφών ως η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής.

Είναι καλά γνωστό ότι οι όροι διαγωνισμού υπέχουν θέση πράξεων κανονιστικού περιεχομένου η παράβαση των οποίων επιφέρει ακυρότητα (*Δημοκρατία v. S. Kyriakos Euromarket Ltd, (2000) 3 AAD 692*). Παρά το γεγονός ότι οι όροι διαγωνισμού θεωρούνται ουσιώδεις, οι επί μέρους όροι

διακρίνονται σε ουσιώδεις ή επουσιώδεις ανάλογα με τη σημασία που κρίνεται ότι έχουν στην όλη διαδικασία του διαγωνισμού (*Tamassos Tobacco Suppliers and Co. v. Δημοκρατίας* (1992) 3 AAD 60). Η κρίση κατά πόσο όρος είναι ή όχι ουσιώδης κρίνεται από το Δικαστήριο στη βάση αντικειμενικών κριτηρίων που σχετίζονται με τη σημασία που έχει ο όρος για την κατακύρωση της προσφοράς, έχοντας υπόψη ταυτόχρονα ότι ένας δημόσιος διαγωνισμός αποσκοπεί στην εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος με την παραγωγή έργων κοινής ωφελείας (*Κοινοπραξία Tasni Enviro Ltd, E. Φιλίππου Ατδ v. Δημοκρατίας* (2004) 3 AAD 389)

Σύμφωνα με τον όρο 8.2 των εγγράφων του διαγωνισμού - Τρόπος Σύνταξης των Προσφορών - οι προσφορές υποβάλλονται μέσα σε ενιαίο φάκελο με όλα τα σχετικά στοιχεία της προσφοράς τα οποία περιέχουν τα νομιμοποιητικά στοιχεία και όλα τα απαραίτητα δικαιολογητικά συμμετοχής στο διαγωνισμό. Στα νομιμοποιητικά αυτά στοιχεία περιέχονται και τα προβλεπόμενα στον όρο 8.3.1.1.5(α) τα οποία αφορούν την πιστοποίηση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων των προσφοροδοτών του όρου 6.2.3.

Έχοντας υπόψη τα πιο πάνω θεωρούμε ότι η εκτίμηση του ουσιώδους ή μη του όρου 8.3.1.1.5(α) δεν προσδιορίζεται όπως είναι η εισήγηση των Αιτητών από το γεγονός ότι με τη Δήλωση για τα χαρακτηριστικά του προσφέροντα ζητείται να δοθούν γενικές πληροφορίες αλλά από τη σημασία που οι γενικές αυτές πληροφορίες έχουν για την απόφαση κατακύρωσης του διαγωνισμού.

Εξετάζοντας τις προϋποθέσεις που υποχρεωτικά πρέπει να πληρούνται όπως αυτές προσδιορίζονται στον όρο 6.2.3 του διαγωνισμού και τα ελάχιστα χαρακτηριστικά του προσφέροντα που πρέπει να περιλαμβάνονται στη δήλωση του όρου 8.3.1.1.5(α) κρίνουμε ότι ο εν λόγω όρος είναι ουσιώδης. Με τη δήλωση ζητούνται στοιχεία επιβεβαιωτικά των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων των προσφοροδοτών.

Το γεγονός ότι για την πιστοποίηση των προϋποθέσεων των όρων 6.2.3.1, 6.2.3.2 και 6.2.3.3 καθορίστηκε έντυπο, το Έντυπο 4, το οποίο συμπλήρωσαν οι Αιτητές δίδοντας τον αριθμό του απασχολούμενου σε αυτούς προσωπικού και την ιδιότητα του κάθε ενός, τον αριθμό των έργων που εκτέλεσαν τα τελευταία τρία χρόνια, τεκμηρίωση της τεχνογνωσίας και εμπειρίας τους στους τομείς όπως εξειδικεύονται στον όρο 6.2.3.2, την ολοκλήρωση σύμβασης με το προβλεπόμενο αντικείμενο και δαπάνη δεν αφαιρεί από τη σημασία του υπό συζήτηση όρου. Ούτε ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι, επειδή η Αναθέτουσα Αρχή σε αντίθεση με την πρόβλεψη εντύπου για την πιστοποίηση των προϋποθέσεων των όρων 6.2.3.1, 6.2.3.2 και 6.2.3.3 δεν καθόρισε για τον όρο 8.3.1.1.5(α) τύπο, οδηγεί στο συμπέρασμα ότι δεν θεώρησε ουσιώδη. Η μη πρόβλεψη εντύπου από μόνη της δεν οδηγεί στο ότι η πλευρά των Αιτητών εισηγείται. Η σημασία ενός όρου δεν εξαρτάται από το τύπο του αλλά από την σημασία του για την απόφαση κατακύρωσης του διαγωνισμού. Στη παρούσα περίπτωση φαίνεται ότι η Αναθέτουσα Αρχή για

την πιστοποίηση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων των προσφοροδοτών επέλεξε για άλλα συγκεκριμένο τύπο και για άλλα απλές δηλώσεις. Οι γενικές πληροφορίες που ζητούνται με τον όρο 8.3.1.1.5(α) δεν είναι ασύνδετες και ανεξάρτητες της δυνατότητας ενός προσφοροδότη να εκτελέσει το έργο, ούτε καλύπτονται στην ολότητα τους από το Έντυπο 4 ως η εισήγηση των Αιτητών.

Και αν ακόμη ήθελε γίνει δεκτό ότι οι τομείς δραστηριότητας και οι παρεχόμενες υπηρεσίες καλύπτονται και πιστοποιούνται από το Έντυπο 4 που δεν είναι τέτοια η κατάληξη μας αφού ένας προσφοροδότης μπορεί να δραστηριοποιείται σε περισσότερους του ενός τομείς και να παρέχει και άλλες υπηρεσίες από τις προβλεπόμενες στον όρο 6.2.3.2, η επιχειρηματική δομή σημαντικό στοιχείο του τρόπου λειτουργίας και αποδοτικότητας μιας εταιρείας δεν εξαντλείται στην παράθεση του αριθμού των εργοδοτουμένων και της θέσης που έκαστος κατέχει ώστε να ευσταθεί ο ισχυρισμός ότι καλύπτεται από το Έντυπο 4.

Ούτε οι εγκαταστάσεις και ο εξοπλισμός είναι χωρίς σημασία για την απόφαση κατακύρωσης αφού και αυτά έχουν να διαδραματίσουν ουσιαστικό ρόλο για την εκτέλεση του έργου του διαγωνισμού.

Με κάθε εκτίμηση προς τη δικηγόρο των Αιτητών η απόφαση στην ***Κοινοπραξία First Elements Euroconsultans Ltd, KPMG Ltd, Αναπτυξιακή***

*Εταιρεία Λάρνακας, Μεσογειακό Συμβουλευτικό Σύστημα
Επαγγελματικής Κατάρτισης ΑΕ, ν. Κυπριακής Δημοκρατίας, μέσω
Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών, Προσφυγή αρ. 1242/2011, ημερ.
28.6.2013, δεν είναι άμεσα σχετική με το ζήτημα που εξετάζουμε. Εκεί
κρίθηκε ότι εφόσον ο τομέας της γνώσης (εκπαίδευσης/κατάρτισης ή
επαγγελματικής ψυχολογίας ή οργανωτικής συμπεριφοράς) δεν ήταν
περιορισμένος η Αναθέτουσα Αρχή ευλόγως κατέληξε όταν αποδέχεται ότι ο
μεταπτυχιακός τίτλος της Μ. Περδικογιάννη στη Εφαρμοσμένη
Εκπαιδευτική Ψυχολογία ικανοποιεί το σχετικό κριτήριο.*

Η πλευρά των Αιτητών προς ενίσχυση της θέσης της μας κάλεσε να
εξετάσουμε τη δήλωση την οποία υπέβαλε η επιτυχούσα υποδεικνύοντας ότι
αυτή ουσιαστικά επαναλαμβάνει όσα αναφέρονται στο Έντυπο 4.

Είναι καλά γνωστό ότι προσφοροδότης ο οποίος κρίθηκε εκτός
προδιαγραφών δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει την προσφορά
του επιτυχόντα (βλ. *Tamassos Tobacco Suppliers and Co. ν. Δημοκρατίας
(1992) 3 ΑΑΔ 60, Δημοκρατία ν. Θεοχαρίδης Ατδ (2008) 3 ΑΑΔ*). Συνεπώς
δεν θα εξετάσουμε ούτε θα σχολιάσουμε την Δήλωση του Επιτυχόντα. Οι
Αιτητές τότε μόνο θα μπορούσαν να αναφερθούν στη δήλωση του επιτυχόντα
εάν και εφόσον υπέβαλαν και αυτοί δήλωση οπότε θα προέκυπτε ζήτημα εάν
η αξιολόγηση των δηλώσεων ήταν εύλογη. Οι Αιτητές δεν υπέβαλαν
οποιαδήποτε δήλωση.

Ενόψει των πιο πάνω η κατάληξη μας είναι ότι ο όρος 8.3.1.1.5(α) είναι ουσιώδης όρος του διαγωνισμού και η προσφορά των Αιτητών δεν τον πληρούσε.

Η πιο πάνω κατάληξη μας καθιστά αχρείαστη την ενασχόληση μας με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι η Αναθέτουσα Αρχή προχώρησε σε τεχνική και οικονομική αξιολόγηση των προσφορών.

Ούτε η θέση των Αιτητών ότι ο αποκλεισμός τους έγινε και λόγω μη πιστοποίησης του δικαιώματος συμμετοχής τους ως νομικό πρόσωπο ευσταθεί. Σύμφωνα με όσα η Αναθέτουσα Αρχή ανέφερε και τα οποία βεβαιώνονται από το διοικητικό φάκελο, αφού το Συμβούλιο Προσφορών προτού καταλήξει έλαβε υπόψη του τη γνωμάτευση της Νομικού Συμβούλου της Αναθέτουσας Αρχής σύμφωνα με την οποία η παράλειψη προσκόμισης πιστοποιητικού σύστασης της εταιρείας δεν αποτελούσε παράβαση ουσιώδους όρου. Το γεγονός ότι στην επιστολή ημερ. 20.11.2013 προς τους Αιτητές περιλαμβάνεται και το ζήτημα της παράλειψης προσκόμισης πιστοποιητικού σύστασης της εταιρείας τους δεν διαφοροποιεί τον λόγο αποκλεισμού τους όπως αυτός προκύπτει από τους φακέλους και που δεν είναι άλλος από την παράλειψη προσκόμισης δήλωσης για τα χαρακτηριστικά του προσφέροντα. Εν πάση περιπτώσει εάν είχαμε να κρίνουμε αυτό το ζήτημα θα λέγαμε ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν μπορούσε να αποκλείσει τους Αιτητές για αυτό το λόγο και εξηγούμε γιατί.

Οι Αιτητές υπέβαλαν αντίγραφο του πιστοποιητικού ΕΛΟΤ EN ISO 9001:2008 στο οποίο σαφώς αναφέρετο η εταιρεία τους. Στον όρο 8.3.1.1.1 Δικαιολογητικά Συμμετοχής αριθμηση II αναφέρεται ότι η Αναθέτουσα Αρχή «δύναται να ζητήσει από τους προσφοροδότες τη συμπλήρωση ελλείψεων των κατατεθειμένων δικαιολογητικών πλην της Δέσμευσης μη απόσυρσης προσφοράς [...]». Συνεπώς η Αναθέτουσα Αρχή με την δυνατότητα που είχε να ζητήσει διευκρινίσεις δεν δικαιολογείτο να τους αποκλείσει από το διαγωνισμό. Οι διευκρινίσεις αυτές δεν θα αφορούσαν σε στοιχείο που δεν προέκυπτε από την Προσφορά τους ώστε να μπορεί να υποστηριχθεί ότι με αυτές συμπληρώνονται ουσιώδη κενά της πράγμα ανεπίτρεπτο.

Παρά την κατάληξη μας η οποία οδηγεί σε απόρριψη της προσφυγής κρίνουμε ορθό να αναφερθούμε και σε ένα άλλο ζήτημα το οποίο προέκυψε κατά την ακρόαση της υπόθεσης. Αφορά σε τεχνικά έγγραφα, χαρακτηριστικά μηχανημάτων και τον αριθμό των ψηφιακών δίσκων (CD) που κατατέθηκαν με την προσφορά. Σύμφωνα με τους Αιτητές με την προσφορά τους κατάθεσαν σε έγγραφη μορφή ως μέρος της τεχνικής προσφοράς τους τις ελεγμένες οικονομικές καταστάσεις και τα χαρακτηριστικά των μηχανημάτων τους. Αυτά σύμφωνα με επιστολή των Δικηγόρων τους ημερ. 17.2.2014 προς τη δικηγόρο της Αναθέτουσας Αρχής η οποία κοινοποιήθηκε στην Αναθεωρητική Αρχή, δεν ευρίσκονται στο διοικητικό φάκελο. Οι Αιτητές σε επιστολή τους κατά την υποβολή της

προσφοράς τους ημερ. 10.9.2013 αναφέρουν ότι σ' αυτή περιλαμβάνεται και CD με τις ελεγμένες οικονομικές καταστάσεις χωρίς αναφορά σε έγγραφη μορφή. Τα ίδια αναφέρει και ο δικηγόρος των Αιτητών στην επιστολή του ημερ. 28.11.2013 προς την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών με την καταχώρηση της Προσφυγής, όπου, μεταξύ άλλων, αναφέρει: *«Με την προσφορά παραδόθηκε και ηλεκτρονική δισκέτα της οποίας το περιεχόμενο περιελάμβανε τις ελεγμένες οικονομικές καταστάσεις της Εταιρείας για τα τελευταία 3 έτη. Αντίγραφα των εν λόγω οικονομικών καταστάσεων επισυνάπτονται επίσης».*

Επειδή στο φάκελο της υπόθεσης δεν υπήρχε απάντηση στην επιστολή της δικηγόρου των Αιτητών προς τη Δικηγόρο της Αναθέτουσας Αρχής για την απουσία από τον διοικητικό φάκελο εγγράφων αλλά και της διαπίστωσης από μέρος μας ότι στο διοικητικό φάκελο αντί ενός CD που ανέφεραν οι Αιτητές και ο δικηγόρος τους στις επιστολές τους υπήρχαν δύο CD θεωρήσαμε ορθό να διερευνήσουμε το ζήτημα.

Η θέση τόσο της δικηγόρου των Αιτητών όσο και του διευθυντή τους ήταν αρχικά ότι με την προσφορά τους απέστειλαν ένα CD το οποίο περιείχε τις ελεγμένες οικονομικές καταστάσεις. Σε ερωτήσεις προς τη Δικηγόρο των Αιτητών αναφορικά με την επιστολή που απεστάλη στη δικηγόρο της Αναθέτουσας Αρχής η δικηγόρος επανέλαβε ότι οι ελεγμένες οικονομικές καταστάσεις των Αιτητών και οι τεχνικές προδιαγραφές εξοπλισμός και

εργαλεία υποβλήθηκαν με την προσφορά τους τόσο σε έγγραφη μορφή όσο και σε CD απουσίαζε όμως από το διοικητικό φάκελο η έγγραφη μορφή και ότι η αναφορά στην επιστολή των Αιτητών, ότι το CD περιλαμβάνει μόνο τις ελεγμένες οικονομικές καταστάσεις έγινε εκ παραδρομής. Θέση τους ήταν ότι στο CD υπάρχουν τόσο οι ελεγμένες οικονομικές καταστάσεις όσο και οι τεχνικές προδιαγραφές εξοπλισμός και εργαλεία. Όταν τους αναφέρθηκε ότι στο φάκελο υπάρχουν δύο CD ο διευθυντής των Αιτητών απάντησε ότι στη δική τους προσφορά υπάρχει ένα CD με δύο φαίλς γεγονός που επιβεβαίωσε και η δικηγόρος τους ότι το CD που κατέθεσαν οι Αιτητές με την προσφορά τους ένα είναι. Όταν στην παρουσία τους ανοίχθηκε ο φάκελος, ο οποίος δεν ήταν ούτε σφραγισμένος, ούτε έφερε ημερομηνία παραλαβής και υπήρχαν δύο CD ο διευθυντής των Αιτητών ανέφερε ότι το ένα περιέχει τις ελεγμένες οικονομικές καταστάσεις και το άλλο τις τεχνικές προδιαγραφές γεγονός το οποίο επιβεβαίωσε και η δικηγόρος του, καλώντας μας να θεωρήσουμε την αναφορά των Αιτητών στην επιστολή για υποβολή της προσφοράς τους ως και τις μετέπειτα αναφορές τους σε ένα μόνο CD ως αβλεψία.

Η θέση της Αναθέτουσας Αρχής ήταν ότι στον φάκελο της προσφοράς των Αιτητών υπήρχε ένα μόνο CD το οποίο δεν βρισκόταν καν σε φάκελο χωριστό από το φάκελο που περιείχε όλα τα έγγραφα της προσφοράς, θέση βέβαια την οποία απέρριψε η δικηγόρος των Αιτητών προσθέτοντας ότι όταν επιθεωρούσε για δεύτερη φορά το φάκελο σ' αυτόν υπήρχαν δύο CD όπως

υπήρχαν και κατά την ακρόαση της υπόθεσης. Πρόσθεσε μάλιστα ότι όταν επιθεωρούσε το φάκελο και εντόπισε το CD ζήτησε από το Γραμματέα της Αναθεωρητικής Αρχής να το επιθεωρήσουν με τη χρήση ηλεκτρονικού υπολογιστή επειδή οι πελάτες της επέμεναν ότι είχαν υποβάλει με την προσφορά τους τόσο τους ελεγμένους λογαριασμούς όσο και τα τεχνικά έγγραφα και εξοπλισμό και εργαλεία. Κατά την επιθεώρηση της διαπιστώθηκε ότι στο ένα ήσαν οι τεχνικές προδιαγραφές και στο άλλο οι ελεγμένοι οικονομικοί λογαριασμοί.

Έχουμε δώσει σε συντομία τα όσα αναφέρθηκαν ενώπιόν μας τα οποία οφείλουμε να ομολογήσουμε αναδεικνύουν την ανάγκη διασφάλισης της ασφάλειας και βεβαιότητας του περιεχομένου των φακέλων όταν ανοίγονται οι προσφορές και κατά την επιθεώρησή τους. Δεν προτιθέμεθα να εξάξουμε τελικά συμπεράσματα ως προς τα πιο πάνω θεωρούμε όμως ότι εάν παρίστατο ανάγκη να το πράξουμε ασφαλής βάση γενικά αποδεκτή στο χώρο του διοικητικού δικαίου είναι το τι καταγράφεται σε ανύποπτο χρόνο. Και εδώ οι ίδιοι οι Αιτητές όταν παρέδιδαν την προσφορά τους κατέγραφαν ότι με αυτή παρέδιδαν μόνο ένα CD που περιείχε τις ελεγμένες οικονομικές καταστάσεις χωρίς αναφορά σε ότι πολύ μεταγενέστερα διατείνονταν οι δε δικογόροι τους τα ίδια επαναλάμβαναν όταν καταχώρησαν την προσφυγή προσθέτοντας μάλιστα ότι με την καταχώρηση της επισυνάπτουν και αντίγραφα των οικονομικών καταστάσεων σε έγγραφη μορφή χωρίς αναφορά

ότι αυτά είχαν κατατεθεί με την προσφορά των Αιτητών. Η αλλαγή πορείας στη συνέχεια όταν διεφάνη ότι τα CD ήταν δύο δεν βοηθά τους Αιτητές όπως δεν τους βοηθά η αναφορά της δικηγόρου τους ότι κατά την επιθεώρηση του φακέλου υπήρχαν δύο CD.

Ενόψει της κατάληξης μας σε σχέση με το ουσιώδες του όρου 8.3.1.1.5(α) καταλήγουμε ότι ο αποκλεισμός από το διαγωνισμό των Αιτητών ήταν δικαιολογημένος. Η προσφυγή απορρίπτεται και η προσβαλλόμενη απόφαση επικυρώνεται.

Δεν επιδικάζονται έξοδα.

.....
Έφη Παπαδοπούλου
Πρόεδρος

.....
Λοΐζος Κάππας
Μέλος

.....
Βασίλης Πάλμας
Μέλος

ΑΠΟΦΑΣΗ ΜΕΙΟΨΗΦΙΑΣ

Τα Μέλη της Αρχής Γιώργος Αναστασίου και Σόλων Παπαθεοχάρους διαφοροποιούν την απόφαση τους μόνο ως προς το ουσιώδες ή μη του όρου 8.3.1.1.5(α) για τους λόγους που εξηγούν στη συνέχεια.

Ο όρος 6.2 φέρει τίτλο «Προϋποθέσεις Συμμετοχής». Ο όρος 6.2.3 φέρει τίτλο «Τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες» και προνοεί:

«Για τη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό, οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς πρέπει να πληρούν υποχρεωτικά τις παρακάτω προϋποθέσεις που αφορούν τις τεχνικές και επαγγελματικές τους ικανότητες:

- 1. ο αριθμός των μόνιμων εργοδοτούμενων από τον Ενδιαφερόμενο Οικονομικό Φορέα φυσικών προσώπων, κατά μέσο όρο την τελευταία τριετία, δεν πρέπει να είναι μικρότερος από δέκα (10).*
- 2. να διαθέτει τεχνογνωσία και εμπειρία στην υλοποίηση συμβάσεων συναφών με την προκηρυσσόμενη, την οποία να μπορεί να τεκμηριώσει επαρκώς και ειδικότερα να διαθέτει εμπειρία στην παροχή υπηρεσιών:*
 - Φύτευση πλατειών ή άλλων χώρων πρασίνου*
 - Εγκατάσταση και συντήρηση αρδευτικών συστημάτων*
 - Συντήρηση πλατειών ή άλλων χώρων πρασίνου*

- *Κλαδέματα δέντρων και φυτών*

3. να έχει ολοκληρώσει επιτυχώς κατά τα τελευταία τρία (3) έτη, τουλάχιστον μια σύμβαση προϋπολογισμού δαπάνης που ανέρχεται τουλάχιστον στο ποσό των διακόσιων χιλιάδων (€200.000) Ευρώ, με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών της κατηγορίας φύτευση πλατειών ή άλλων χώρων πρασίνου και εγκατάσταση αρδευτικών συστημάτων και με ποσοστό συμμετοχής τουλάχιστον πενήντα ποσοστό επί τοις εκατό. Η έννοια του όρου «ολοκληρώσει» σημαίνει κατά ποσοστό υλοποίησης της σύμβασης τουλάχιστον 80%.

4. *ΔΕΝ ΕΦΑΡΜΟΖΕΤΑΙ*

5. Νοείται ότι σε περίπτωση που ο Ενδιαφερόμενος Οικονομικός Φορέας είναι Κοινοπραξία προσώπων, οι ανωτέρω προϋποθέσεις αρκεί να πληρούνται αθροιστικά από τα μέλη της κοινοπραξίας.

6. *ΔΕΝ ΕΦΑΡΜΟΖΕΤΑΙ*

7. Ο Ενδιαφερόμενος Οικονομικός Φορέας, σύμφωνα με τις πρόνοιες του άρθρου 54(3) του Ν12(Ι)/2006, δύναται να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλου/ών φορέα/ων ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών με αυτόν/ους. Στην περίπτωση αυτή πρέπει να είναι σε θέση να αποδείξει στην Αναθέτουσα Αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους».

Τα εδάφια (4) και (6) του όρου 6.2.3 δεν εφαρμόζονται. Τα εδάφια (5) και (7) του όρου 6.2.3 αναφέρονται στις περιπτώσεις κοινοπραξιών ή στην δυνατότητα οι οικονομικοί φορείς να στηρίζονται σε άλλο/άλλους φορείς προς ικανοποίηση των υπολοίπων προϋποθέσεων.

Επομένως, από τα εφαρμοζόμενα εδάφια του όρου 6.2.3 (εφόσον τα εδάφια 5 και 7 αφορούν την διαδικασία ή τον τρόπο ικανοποίησης των υπολοίπων εδαφίων) μόνο τα εδάφια 1, 2 και 3 καθόρισε η Αναθέτουσα Αρχή ως προϋποθέσεις που πρέπει υποχρεωτικά να πληρούν οι οικονομικοί φορείς για να είναι δυνατή η συμμετοχή τους στο διαγωνισμό σε ότι αφορά τις τεχνικές και επαγγελματικές τους ικανότητες.

Ο όρος 8.3.1.1 φέρει τίτλο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» και προνοεί:

«Τα Δικαιολογητικά Συμμετοχής αφορούν στα νομιμοποιητικά στοιχεία που πιστοποιούν το δικαίωμα του Ενδιαφερόμενου Οικονομικού Φορέα να υποβάλει Προσφορά σύμφωνα με το άρθρο 6 του παρόντος Μέρους Α των Εγγράφων Διαγωνισμού και συγκεκριμένα απαρτίζονται από:

.....

5. Για την πιστοποίηση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων του Προσφέροντα, της παραγράφου 6.2.3, τα ακόλουθα στοιχεία:

α. Δήλωση η οποία να παρέχει γενικές πληροφορίες για τα κάτωθι τουλάχιστον χαρακτηριστικά του Προσφέροντα:

- *Επιχειρηματική δομή*
 - *Τομείς δραστηριότητας*
 - *Παρεχόμενες υπηρεσίες*
 - *Εγκαταστάσεις και εξοπλισμός*
- β. *Κατάσταση του απασχολούμενου με μόνιμη σχέση εργασίας προσωπικού του Προσφέροντα, για την κάλυψη της προϋπόθεσης συμμετοχής που ορίζεται στο εδάφιο (1) της παραγράφου 6.2.3, που θα είναι σύμφωνη με το υπόδειγμα (Έντυπο 4) το οποίο περιλαμβάνεται στο Προσάρτημα των Εγγράφων Διαγωνισμού.*
- γ. *Κατάλογο δέκα (10) το πολύ συμβάσεων, για την κάλυψη προϋποθέσεων συμμετοχής που ορίζονται στα εδάφια (2) και (3) της παραγράφου 6.2.3, ο οποίος θα είναι σύμφωνος με το υπόδειγμα (Έντυπο 4) το οποίο περιλαμβάνεται στο Προσάρτημα των Εγγράφων Διαγωνισμού.*
- δ. *Στοιχεία τεκμηρίωσης της επιτυχούς υλοποίησης των συμβάσεων του εδαφίου (3) της παραγράφου 6.2.3, ως εξής:*
- *Εάν ο αντισυμβαλλόμενος είναι Δημόσιος Φορέας, σχετικό πιστοποιητικό, που έχει εκδοθεί από την Αρμόδια Δημόσια Αρχή,*
 - *Εάν ο Αντισυμβαλλόμενος είναι ιδιώτης, βεβαίωση του ιδιώτη, ή εάν τούτο δεν είναι δυνατόν απλή δήλωση του Προσφέροντα στην οποία θα αναφέρονται υποχρεωτικά τα στοιχεία επικοινωνίας του υπευθύνου στο Φορέα που εκτελέστηκε η σύμβαση.*
- ε. *ΔΕΝ ΕΦΑΡΜΟΖΕΤΑΙ*
- στ. *ΔΕΝ ΕΦΑΡΜΟΖΕΤΑΙ».*

Τα εδάφια β, γ και δ του όρου 8.3.1.1.(5) κάνουν συγκεκριμένη αναφορά ποια εδάφια του άρθρου 6.2.3 θα «καλύψουν», με συγκεκριμένες απαιτήσεις και έντυπα που περιλαμβάνονται στο προσάρτημα των εγγράφων του Διαγωνισμού. Όλες οι υποχρεωτικές προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούν οι οικονομικοί φορείς σε σχέση με τις τεχνικές και επαγγελματικές τους ικανότητες, ήτοι τα εδάφια 1, 2 και 3 του όρου 6.2.3 καλύπτονται από τα εδάφια β, γ και δ του όρου 8.3.1.1.(5). Φαίνεται από τα εδάφια β, γ και δ ότι το Έντυπο 4 είναι το καθοριστικό, για την αξιολόγηση των προσφορών σε ότι αφορά τις τεχνικές και επαγγελματικές τους ικανότητες. Αυτό ενισχύεται και από τον ίδιο το τίτλο που φέρει το Έντυπο 4 ήτοι «ΤΕΚΜΗΡΙΩΣΗ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΚΑΙ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΩΝ ΙΚΑΝΟΤΗΤΩΝ ΠΡΟΣΦΕΡΟΝΤΟΣ».

Το εδάφιο (α) του όρου 8.3.1.1.(5), που είναι ο επίδικος όρος προνοεί:

«(α) Δήλωση η οποία να παρέχει γενικές πληροφορίες για τα κάτωθι τουλάχιστον χαρακτηριστικά του προσφέροντα:

- *Επιχειρηματική δομή*
- *Τομείς δραστηριότητας*
- *Παρεχόμενες υπηρεσίες*
- *Εγκατάσταση και εξοπλισμός».*

Σε όσα η Αναθέτουσα Αρχή καθόρισε στον όρο 6.2.3 ότι οι οικονομικοί φορείς πρέπει να πληρούν υποχρεωτικά ως προϋπόθεση συμμετοχής με βάση τις τεχνικές και επαγγελματικές τους ικανότητες δεν περιλαμβάνονται τα στοιχεία που περιέχονται στην εν λόγω δήλωση. Ούτε αναφέρεται πιο εδάφιο των υποχρεωτικών προϋποθέσεων της παραγράφου 6.2.3 θα «καλύψει». Αντιθέτως, οι απαιτήσεις των εδαφίων 1, 2 και 3 της παραγράφου 6.2.3 «καλύπτονται» με συγκεκριμένο έντυπο όπως καθορίζεται στα εδάφια β, γ και δ του όρου 8.3.1.1.(5), δηλαδή το Έντυπο 4.

Σχετική είναι η απόφαση στην υπόθεση ***Κοινοπραξία First Elements Euroconsultants Ltd κ.α ν. Δημοκρατίας, μέσω Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών, Προσφυγή αρ. 1242/2011, ημερομ. 28.6.13***, διατυπώνονται τα εξής:

«Δεν αμφισβητείται από τους αιτητές, ότι η προϋπόθεση αυτή, η οποία εντάσσεται στις «Τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες» πληρείται, έτσι ώστε, εν πάση περιπτώσει, να μην αποκτά σημασία ή τουλάχιστον ιδιαίτερη σημασία επί ποινή ακυρότητας, όπως το θέτει η Αναθεωρητική Αρχή, η μη συμπερίληψη και του ονόματος της Μ. Περδικογιάννη στο μόνιμο προσωπικό. Δεν ενέχει, με άλλα λόγια, σημασία κατά πόσο το εν λόγω πρόσωπο ήταν ή όχι στο μόνιμο προσωπικό, ή ήταν σε σχέση συνεργασίας ή συμβασιούχος ή άλλως πως, εφόσον η προϋπόθεση του

όρου 6.2.3 (1), κατά τα άλλα, πληρούτο. Σε κάθε περίπτωση, τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής εξασφαλιζόνταν».

Επομένως,

Μόνο ως πληροφοριακού χαρακτήρα μπορεί να θεωρηθεί η δήλωση του εδαφίου (α) του όρου 8.3.1.1.(5) και επομένως ως επουσιώδης όρος.

Δεν γίνεται δεκτή η θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι «κάθε όρος στα έγγραφα ενός έχει την σημασία και τον σκοπό του και δεν είναι επιτρεπτό να αποφασίζει ο κάθε προσφοροδότης ποιος όρος ή ποιο έγγραφο ή έντυπο είναι σημαντικό για να το τηρήσει και ποιο όχι».

Είναι πάγια νομολογημένο ότι η μη συμμόρφωση με μη ουσιώδη όρο που δεν επηρεάζει την ουσία της προσφοράς δεν επιφέρει λόγο αποκλεισμού.

Απόφαση *Ε. Φιλίππου Ατδ ν. Δημοκρατίας* (2004) 3 ΑΑΔ 389).

γ. Προσφορά η οποία δεν πληροί και/ή δεν ανταποκρίνεται προς ουσιώδη όρο του διαγωνισμού είναι εξ υπαρχής άκυρη και δεν μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο εξέτασης. Βλ. *Βασίλης Χαράκης και Υιοί Ατδ ν. Δημοκρατίας (Αρ. 1)* (1994) 3 ΑΑΔ 10, *KEM Transport v. EFA and Others* (1987) 3 CLR 1939. Αντίθετα, η συμμόρφωση με τους ουσιώδεις όρους του διαγωνισμού αποτελεί προϋπόθεση για συμμετοχή στο διαγωνισμό. Βλ. *Tamassos Tobacco Suppliers and Co*

v. Δημοκρατίας (1992) 3 AAD 60. Η κρίση κατά πόσο συγκεκριμένες όρος είναι ουσιώδης ανήκει στο Δικαστήριο, το δε κριτήριο με βάση το οποίο καθορίζεται η σημασία συγκεκριμένου όρου είναι αντικειμενικό και συνίσταται στην αποτίμηση κατακύρωση της προσφοράς. Ακολουθεί πως ουσιώδης όρος είναι ο όρος η τήρηση του οποίου είναι αποφασιστικής σημασίας για τη λήψη και το περιεχόμενο της απόφασης για την κατακύρωση της προσφοράς. Βλ. *Medcon Construction and Others v. Republic (1968) 3 CLR 353, Kounnas & Sons Ltd v. Republic (1972) 3 CLR 542 και Vouniotis & Sons v. Republic (1985) 3 CLR 2355.*

Στη δήλωση του εδαφίου (α) του όρου 8.3.1.1.(5) ζητείται επιχειρηματική δομή αλλά δεν καθορίζεται ποια επιχειρηματική δομή μπορεί να γίνει αποδεκτή από την Αναθέτουσα Αρχή και ποια όχι. Ζητούνται τομείς δραστηριότητας και παρεχόμενες υπηρεσίες χωρίς να καθορίζονται συγκεκριμένες προϋποθέσεις και ζητούνται πληροφορίες για εγκαταστάσεις και εξοπλισμό χωρίς να αναφέρονται οι ελάχιστες αποδεκτές. Χωρίς να μηδενίζεται η σημασία του περιεχομένου της εν λόγω δήλωσης, ήτοι η επιχειρηματική δομή, οι εγκαταστάσεις και εξοπλισμός, οι τομείς δραστηριότητας και οι παρεχόμενες υπηρεσίες, για την ικανοποίηση της Αναθέτουσας Αρχής ότι έκαστος προσφοροδότης είναι σε θέση τεχνικά και επαγγελματικά να αναλάβει επιτυχώς τη διεκπεραίωση της σύμβασης,

ιδιαίτερα σε επαγγελματικές κατηγορίες που δεν είναι κατοχυρωμένες και θεσμοθετημένες κατατάσσοντας τους οικονομικούς φορείς σε κατηγορίες αναλόγως νομοθετημένων κριτηρίων, εντούτοις η απουσία οποιωνδήποτε κριτηρίων του περιεχομένου της εν λόγω δήλωσης που να καθορίζουν τις παραμέτρους μέσα στις οποίες μπορεί να κινηθεί η Αναθέτουσα Αρχή για την απόρριψη ή μη των οικονομικών φορέων, καθιστούν την δήλωση κενού περιεχομένου και συνεπακόλουθα τον όρο 8.3.1.1.5(α) ως επουσιώδη. Σε διαφορετική περίπτωση που ο όρος κριθεί ουσιώδης τα όρια της διακριτικής ευχέρειας της Διοίκησης θα ήταν απεριόριστα.

Σχετική είναι η απόφαση του Ανωτάτου Δικαστηρίου στην υπόθεση 861/2001 *Atlas Pantou Co Ltd v Κυπριακής Δημοκρατίας*, μέσω 1. Γενικού Λογιστή της Δημοκρατίας υπό την ιδιότητα του ως Προέδρου του Κεντρικού Συμβουλίου Προσφορών, 2. Υπουργού Συγκοινωνιών και Έργων που επικυρώθηκε από την ολομέλεια με αρ. 3670 *Atlas Pantou Co Ltd v Κυπριακής Δημοκρατίας*, μέσω 1. Γενικού Λογιστή της Δημοκρατίας υπό την ιδιότητα του ως Προέδρου του Κεντρικού Συμβουλίου Προσφορών, 2. Υπουργού Συγκοινωνιών και Έργων.

Στην εν λόγω απόφαση, η Ολομέλεια του Ανωτάτου Δικαστηρίου κατέληξε στο συμπέρασμα ότι ο όρος περί υποβολής της μεθόδου και τρόπου ανέγερσης της μεταλλικής στέγης μαζί με την προσφορά, συνιστούσε

ουσιαστικά επουσιώδη όρο, εφόσον δεν υπήρχαν προδιαγραφές και κριτήρια στη βάση των οποίων να μπορεί να γίνει η όποια αξιολόγηση.

Ενδεικτικό είναι το απόσπασμα της απόφασης της Ολομέλειας που ακολουθεί:

«Ο συνάδελφος ο οποίος εξέτασε πρωτόδικα την υπόθεση διαπίστωσε ότι δεν υπήρχαν προδιαγραφές και κριτήρια με βάση τα οποία η Επιτροπής Αξιολόγησης να μπορούσε να αξιολογήσει οποιαδήποτε πρόταση σε σχέση με την ανέγερση της μεταλλικής στέγης και επομένως απέρριψε την προσφυγή αφού κατέληξε ότι:

Ο όρος περί υποβολής της μεθόδου και τρόπου ανέγερσης της μεταλλικής στέγης μαζί με την προσφορά, απολήγει στο να αποτελεί γράμμα κενό χωρίς ωστόσο να επηρεάζεται το κύρος ή η υπόσταση του διαγωνισμού. Πρόκειται για επουσιώδη όρο και η παράλειψη του ενδιαφερόμενου μέρους να συμμορφωθεί με το συγκεκριμένο όρο δεν ενέχει οποιαδήποτε κρίσιμη σημασία ούτε και επηρεάζει το κύρος της προσφοράς ή τη νομιμότητα της προσβαλλόμενης απόφασης».

Περαιτέρω, στην υπόθεση **Εταιρεία EL.NI.A. KOKKINOS LTD ν. Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών, Αρ. Υπόθεσης 75/2010**, αναφέρθηκαν από τον Δικαστή τα εξής:

«Κρίνοντας με αντικειμενικά κριτήρια, όπως επιτάσσει η νομολογία, δεν έχω ικανοποιηθεί ότι η τήρηση του όρου ήταν αποφασιστικής σημασίας στη λήψη της απόφασης. Όπως ορθά αναφέρει ο δικηγόρος των Αιτητών στην αγόρευσή του, οι όροι του Διαγωνισμού, σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου, συνιστούν κανονιστικές πράξεις, οι οποίες θεωρούνται ότι δεσμεύουν τόσο τους προσφοροδότες όσο και την Αρχή (βλ. *Paraetis Medical Co Ltd v. Δημοκρατίας* (1998) 3 ΑΑΔ 97). Παράβαση ουσιαστικών όρων οδηγεί σε ακυρότητα. Συμφωνώ με το δικηγόρο των Αιτητών ότι οι όροι του Διαγωνισμού στην ουσία είναι δεσμευτικοί, ανεξάρτητα αν στην προκειμένη περίπτωση δεν έχουν περιληφθεί όλα τα έγγραφα που προβλέπονται στον «Τόμο Α». Από τη στιγμή που οι όροι ως πράξεις κανονιστικού περιεχομένου, είναι ούτως ή άλλως δεσμευτικές, δεν μπορώ να αντιληφθώ πως μπορεί να παραβλαφθεί το δημόσιο συμφέρον. Δεν συμφωνώ με την Αναθεωρητική Αρχή ότι ο συγκεκριμένος όρος, που αφορά στον τρόπο συμπλήρωσης του «Τόμου Α», σχετίζεται με την αξιοπιστία και δέσμευση των προσφοροδοτών, τόσο ως προς την τήρηση των όρων και της διαδικασίας, όσο και ως προς την καλή εκτέλεση του έργου. Πρόκειται για γενικόλογες τοποθετήσεις οι οποίες στην ουσία δεν απαντούν στο ζητούμενο. Εάν τα πράγματα ήταν τόσο απόλυτα, όσο προβάλλει η δικηγόρος της Αναθεωρητικής Αρχής, τότε ακόμα και η αθώα παράλειψη συμπερίληψης στον «Τόμο Α» μιας σελίδας ή μερικών

σελίδων από το Έντυπο Προσφοράς, από μόνη της και ανεξάρτητα περιεχομένου, θα οδηγούσε χωρίς άλλο σε αποκλεισμό του προσφοροδότη. Όμως ο αποκλεισμός ενός προσφοροδότη για ένα τέτοιο λόγο, δεν είναι προς το δημόσιο συμφέρον, ιδιαίτερα όταν η προσφορά του τυγχάνει, όπως στην προκειμένη περίπτωση, να είναι και χαμηλότερη. Σε τέτοιες περιπτώσεις, όπως απαιτείται αυστηρή ερμηνεία των όρων ενός διαγωνισμού απαιτείται και αυστηρή ερμηνεία κατά πόσον ένας όρος είναι πράγματι ουσιώδης ή όχι. Με εφόδιο τη λογική και χρησιμοποιώντας αντικειμενικά κριτήρια, το δικαστήριο συνήθως δεν δυσκολεύεται να κρίνει».

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

.....
Γιώργος Αναστασίου
Μέλος

.....
Σόλων Παπαθεοχάρους
Μέλος