



**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. 11/2008**

Μεταξύ:

CONSORTIUM OF J & P - AVAX S.A./HITACH POWER EUROPE

Αιτητών

v.

ΑΡΧΗΣ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ ΚΥΠΡΟΥ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή  
Προσφορών**

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

**Αιτούντες:**

CONSORTIUM OF J & P - AVAX S.A./HITACH  
POWER EUROPE

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. κο Αλέκο Μαρκίδη, Δικηγόρο
2. κο Πάνο Παναγιώτου, Δικηγόρο
3. κο Θεόδωρο Αρσενίου, Εκπρόσωπο  
αιτούσας Κοινοπραξίας

**Αναθέτουσα Αρχή:**

ΑΡΧΗ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ ΚΥΠΡΟΥ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. κο Ανδρέα Δημητρίου, Δικηγόρο
2. κα Ριάνα Πασιουρτίδη, Δικηγόρο
3. κο Στέλιο Στυλιανού Διευθυντή  
Ανάπτυξης Παραγωγής Α.Η.Κ.
4. κο Ευύχιο Ευτυχίου, Ανώτερο Μηχανικό  
Παραγωγής Α.Η.Κ.
5. κο Δημήτρη Ναθαναήλ, Ηλεκτρολόγο  
Μηχανικό Α.Η.Κ.

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 21 Μαΐου, 2008

## **Α Π Ο Φ Α Σ Η**

**A.** Με την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή οι Αιτητές προσβάλλουν την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής (Αρχής Ηλεκτρισμού Κύπρου), στο εξής «ΑΗΚ» να επιλέξει την εταιρεία ΜΕΤΚΑ S.A. κατόπιν Διαγωνισμού προεπιλογής Αρ. 78/2007 για το σχεδιασμό, την προμήθεια, την κατασκευή, την επιθεώρηση, την εγκατάσταση και ενεργοποίηση μίας μονάδας συνδυασμένου κύκλου δυναμικότητας 170-22MW (μονάδα αρ. 5) στον Ηλεκτροπαραγωγό Σταθμό Βασιλικού, για να συμμετάσχει στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας.

**B.** Τα γεγονότα της υπόθεσης σε συντομία είναι τα ακόλουθα:

- (1) Στις **20.7.2007** δημοσιεύτηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας προκήρυξη Διαγωνισμού Προεπιλογής με κλειστή διαδικασία, υπ' αρ. 78/2007, Ηλεκτροπαραγωγός Σταθμός Βασιλικού – Φάση IV, Μονάδα Συνδυασμένου Κύκλου αρ. 5. Η προκήρυξη δημοσιεύτηκε και στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις **14.7.2007**. Τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η **26.9.2007** η οποία μετά από παρατάσεις μετατέθηκε για την **22.10.2007**.
- (2) Υπέβαλαν προσφορά έξι (6) οικονομικοί φορείς μεταξύ των οποίων και οι Αιτητές. Πριν την τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών (22.10.2007) απεστάλησαν στους μελλοντικούς προσφοροδότες (5) τροποποιήσεις (Amendments) και (2) διευκρινίσεις (Clarifications).
- (3) Η επταμελής (7) **Επιτροπή Αξιολόγησης** της «ΑΗΚ» ετοίμασε στις **12.12.2008** την Έκθεση Αξιολόγησης της. Σ' αυτήν, μετά από λεπτομερή αξιολόγηση σε δύο στάδια (**Mandatory Requirements**) –(**Point – Score Evaluation**) κατέληξε ότι (3) από (6) συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς ικανοποιούν τα έγγραφα

προεπιλογής του διαγωνισμού και εισηγήθηκε να προσκληθούν να λάβουν μέρος στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας. Οι **(3)** οικονομικοί φορείς είναι:

- **Duro Felquera S.A. Energia (Ισπανία)**
- **Κοινοπραξία J & P Avax/Hitach Power Europe (Ελλάδα/Γερμανία)**
- **Metka S.A. (Ελλάδα).**

Τα ευρήματα και οι εισηγήσεις της Επιτροπής Αξιολόγησης συμφωνούν με τα αντίστοιχα της έκθεσης αξιολόγησης των ιδιωτών **Συμβούλων Μηχανικών Lahmeyer International GmbH.**

- (4)** Η τετραμελής **(4) Επιτροπή Προσφορών** της «ΑΗΚ» αφού μελέτησε την έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης ημερ. 12.12.2007 αποφάσισε στις **20.12.2007** να υιοθετήσει την εισήγηση της και με τη σειρά της εισηγήθηκε προς το Διοικητικό Συμβούλιο της «ΑΗΚ», όπως προσκληθούν να συμμετάσχουν στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας οι τρεις **(3)** πιο πάνω αναφερθέντες οικονομικοί φορείς.
- (5)** Στις **8.1.2008** το Διοικητικό Συμβούλιο της «ΑΗΚ», ομόφωνα υιοθέτησε την εισήγηση της Επιτροπής Προσφορών, αφού έγινε συζήτηση και δόθηκαν οι αναγκαίες εξηγήσεις από τα μέλη της Επιτροπής Προσφορών, από μέλη της Επιτροπής Αξιολόγησης και από το Νομικό Σύμβουλο της «ΑΗΚ».
- (6)** Στις **15.10.2008** η «ΑΗΚ» με επιστολή της γνωστοποίησε στους Αιτητές ότι, πέρασαν το στάδιο της προεπιλογής μαζί με δύο άλλες εταιρείες, την Duro Felquer S.A. Energia και την METKA S.A. και ότι θα προσκληθούν στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας.

- (7) Οι Αιτητές διαφώνησαν με την πιο πάνω απόφαση, γιατί κατά την άποψή τους η εταιρεία METKA S.A. δεν έπρεπε να προεπιλεγεί για διάφορους λόγους που αναφέρονται στην επιστολή του δικηγόρου τους ημερ. **18.1.2008** και εξέφρασαν την πρόθεσή τους να καταχωρήσουν Ιεραρχική Προσφυγή στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών.
- (8) Η «ΑΗΚ» με απαντητική επιστολή της ημερ. **24.1.2008**, απέρριψε όλες τις αιτιάσεις των Αιτητών.
- (9) Οι Αιτητές δεν ικανοποιήθηκαν από τις απαντήσεις της «ΑΗΚ» και γι' αυτό στις **31.1.2008** καταχώρησαν την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή.
- Γ. Οι λόγοι που βασίζουν οι Αιτητές την προσφυγή τους και ζητούν την ακύρωση της προεπιλογής του προσφοροδότη **METKA S.A.** είναι οι πιο κάτω:
- (1) Είναι παράνομη καθότι αντίκειται στα άρθρα 55(5) και 56(6) του Νόμου 11(Ι)/2006 περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Συμβάσεων Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών στους Τομείς του Ύδατος, της Ενέργειας, των Μεταφορών και των Ταχυδρομικών Υπηρεσιών και για Συναφή Θέματα.

Πιο συγκεκριμένα ο Δικηγόρος των Αιτητών στην επιχειρηματολογία του υποστήριξε ότι, ενώ η METKA επικαλούμενη τις πρόνοιες της Κοινοτικής Οδηγίας 2004/17/ΕΚ **άρθρο 54(6)** που είναι αντίστοιχο του **άρθρου 56(6) του Ν. 11(Ι)/2006**, θα κάμει χρήση της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας άλλου οικονομικού φορέα, (**εταιρεία Ansaldo Energia S.p.A.**) γιατί η ίδια δεν πληρούσε συγκεκριμένες απαιτήσεις των εγγράφων του διαγωνισμού προεπιλογής, δεν έχει παρουσιάσει στον Αναθέτοντα Φορέα «ΑΗΚ» τις απαραίτητες εγγυήσεις που να αποδεικνύουν ότι η «Ansaldo» θα της διαθέσει τα απαραίτητα μέσα για την περίοδο

της προεπιλογής αλλά και για την εκτέλεση της σύμβασης εάν τυχόν της κατακυρωθεί.

Πέραν της μη συμμόρφωσης της ΜΕΤΚΑ με τις πρόνοιες της κοινοτικής οδηγίας και των άρθρων 55(5) και 56(6) του Ν. 11(Ι)/2006 αυτή δεν συμμορφώθηκε ούτε σε αίτημα της Αναθέτουσας Αρχής που έγινε με επιστολή ημερ. 6.11.2007 να προσκομίσει επιστολή από την «Ansaldo» στην οποία να συγκεκριμενοποιείται η βοήθεια που θα παράσχει αυτή προς την ΜΕΤΚΑ:

*«.....You are kindly requested to submit a letter or a fax from Ansaldo Energia specifying the exact extent of manpower, equipment and resources which shall be made available by Ansaldo Energia to yourselves.....».*

Το πιο πάνω αίτημα της «ΑΗΚ» προς την ΜΕΤΚΑ είναι σύμφωνο με τις διευκρινίσεις **clarification No. 2** που δόθηκαν σε σχετική ερώτηση προς όλους τους υποψήφιους προσφοροδότες στις 11.10.2007 και προνοούσε τα εξής:

*«It is hereby clarified that the entity or entities which the Applicant may rely for its technical and/or professional abilities, shall declare clearly the scope of works that such entity or entities will be carrying out in order to complement the Applicant's technical and/or professional abilities. In case where the Applicant does not have the minimum experience stated in the PQ documents then the entity must be shown as being and shall be involved in all stages of the project in order to make the Applicant compliant with the minimum requirements. The scope of works shall be submitted with the Application and confirmed in the letter of undertaking as issued with Amendment No. 4.»*

Η ΜΕΤΚΑ αρνούμενη να συμμορφωθεί με την πιο πάνω υπόδειξη της «ΑΗΚ» απάντησε μεταξύ άλλων ότι: *«the request is against the EU Directive and would reduce the scope and effectivity of the support»*.

Παρόλη την άρνηση της ΜΕΤΚΑ να συμμορφωθεί προς τις υποδείξεις της «ΑΗΚ» η Επιτροπή Αξιολόγησης δέχτηκε τον εν λόγω ισχυρισμό όπως φαίνεται στην έκθεσή της. Εφόσον λοιπόν η ΜΕΤΚΑ αρνήθηκε να παράσχει τις διευκρινίσεις που της ζητήθηκαν και δεν απέδειξε ότι διαθέτει τα απαραίτητα μέσα και τις αναγκαίες εγγυήσεις για την εκτέλεση της σύμβασης έπρεπε να αποκλεισθεί καθότι δεν πληρούσε το υποχρεωτικό κριτήριο (Mandatory Criteria) της εμπειρίας.

- (2) Ο Δικηγόρος των Αιτητών αναφέρθηκε και στο άρθρο 51 της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ με βάση την πρόνοια της οποίας η Αναθέτουσα Αρχή είχε τη δυνατότητα να απαιτήσει όπως η Ansaldo ευθύνεται αλληλεγγύως και εις ολόκληρον. Η Αναθέτουσα Αρχή όμως δεν έπραξε κάτι τέτοιο.

Επιπροσθέτως και με βάση την πρόνοια της Οδηγίας (άρθρο 51) η Αναθέτουσα Αρχή είχε το δικαίωμα το οποίο άσκησε να «προσδιορίσει το επίπεδο των απαιτήσεων που πρέπει να πληρούνται». Η «ΑΗΚ» άσκησε αυτό το δικαίωμα με την επιστολή ημερ. 6.11.2007 που απέστειλε στην ΜΕΤΚΑ. Αφ' ης άσκησε το δικαίωμα αυτό δεν είχε πλέον εξουσία να μη επιμένει και μάλιστα χωρίς αιτιολογία προς τούτο. Η απάντηση της ΜΕΤΚΑ, ότι τυχόν απόρριψη θα ήταν αντίθετη με την Κοινοτική Οδηγία προδήλως δεν ευσταθεί, αφού δεν ανέφερε σε ποιο άρθρο ή μέρος της Οδηγίας αντίκειται.

- (3) Η Αναθέτουσα Αρχή παραβίασε τους όρους των εγγράφων προεπιλογής, όρος 3.4 του Μέρους 2, που αφορά την προθεσμία των 15 ημερών που δικαιούνται οι υποψήφιοι προσφοροδότες να ζητήσουν διευκρινίσεις.

*«The owner will respond in writing to any request for the clarification of the Pre-Qualification Documents which he shall receive not later than fifteen (15) days prior to the deadline for the submission of the Pre-Qualifications».*

Η ΜΕΤΚΑ με επιστολή της ημερ. 26.9.2007 και ενώ η προθεσμία υποβολής των προσφορών έληγε στις 5.10.2007 που αν και παραδέχεται ότι είναι εκτός της προθεσμίας των 15 ημερών, ζήτησε κάποιες διευκρινίσεις από της «ΑΗΚ». Η Αναθέτουσα Αρχή αντί να ακολουθήσει τους όρους του διαγωνισμού και να μην απαντήσει, παρέτεινε την προθεσμία υποβολής των προσφορών μέχρι 15.10.2007 με επιστολή της ημερ. 28.9.2007. Με νέα επιστολή της ημερομηνίας 5.10.2007 η «ΑΗΚ» εξέδωσε το Amendment No. 4. Σύμφωνα με τη νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου, παράβαση ουσιώδους όρου του διαγωνισμού επιβάλλει όπως η προσφορά του προσφοροδότη, η οποία παραβαίνει ουσιώδη όρο του διαγωνισμού να μην λαμβάνεται υπόψη όπως έπρεπε να γίνει στον παρόντα διαγωνισμό με την προσφορά της ΜΕΤΚΑ.

- (4) Σύμφωνα με το Μέρος 3 των εγγράφων του διαγωνισμού οι προσφοροδότες θα έπρεπε να υποβάλουν με την προσφορά τους διάφορα έγγραφα και πιστοποιητικά. Τα απαιτούμενα πιστοποιητικά και έγγραφα υποβλήθηκαν από την ΜΕΤΚΑ.

Είναι η θέση του Δικηγόρου των Αιτητών ότι, τα ίδια πιστοποιητικά και έγγραφα έπρεπε να υποβληθούν και από την Ansaldo, εφόσον υποτίθεται ότι η Ansaldo υπέγραψε απεριορίστη ανάληψη

υποχρεώσεων (undertaking) για παροχή βοήθειας στην ΜΕΤΚΑ για την εκτέλεση του επίδικου διαγωνισμού.

- (5) Το πρόσωπο που υπέγραψε τη δέσμευση (Form of Undertaking) της εταιρείας Ansaldo προς τη ΜΕΤΚΑ δεν ήταν δεόντως εξουσιοδοτημένο να υπογράψει την εν λόγω δέσμευση. Δεν προσκομίστηκε κανένα Power Attorney για τον υπογράφοντα το Undertaking κ. Richard Maali, παρά μόνον όταν ζητήθηκε από την «ΑΗΚ» και μετά τη λήξη της προθεσμίας για υποβολή των προσφορών. Το έγγραφο που προσκομίστηκε ήταν γραμμένο στην Ιταλική γλώσσα με μετάφραση στην Ελληνική γλώσσα. Η επίσημη γλώσσα του διαγωνισμού ήταν η Αγγλική. Η Κινέζικη εταιρεία GNEEC που δεν υπέβαλε τα σχετικά έγγραφα στην Αγγλική γλώσσα αποκλείστηκε από το διαγωνισμό.

Εν πάση περιπτώσει, το κείμενο που υποβλήθηκε στην Ελληνική γλώσσα είναι γενικό και δεν υπάρχει οποιοδήποτε σημείο που να καλύπτει το άτομο που υπέγραψε τη δέσμευση Undertaking προς τη ΜΕΤΚΑ.

- (6) Σε συνέχεια του πιο πάνω επιχειρήματος ο Δικηγόρος των Αιτητών ανέφερε ότι το Power of Attorney που ζητήθηκε από την «ΑΗΚ» στις 6.11.2007 και υποβλήθηκε στις 7.11.2007, υποβλήθηκε 15 μέρες μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών που ήταν 22.10.2007, κάτι το οποίο είναι ανεπίτρεπτο. Παρά το ότι ένα τέτοιο έγγραφο δεν προβλεπόταν από τα έγγραφα του διαγωνισμού, θεωρείται αυτονόητο ότι εφόσον η εταιρεία Ansaldo δεσμεύτηκε να βοηθήσει τη ΜΕΤΚΑ, θα έπρεπε να είχε υποβληθεί και η σχετική εξουσιοδότηση προς το πρόσωπο που υπέγραψε τη δέσμευση (Undertaking) εκ μέρους και για λογαριασμό της εταιρείας Ansaldo.



Δ. Η Αναθέτουσα Αρχή για του Δικηγόρου της απέρριψε τα πιο πάνω επιχειρήματα και ισχυρισμούς των Αιτητών και ανέφερε τα ακόλουθα:

- (1) Αναφορικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι, η προσβαλλόμενη απόφαση αντίκειται στο Νόμο 11(Ι)/2006 και ειδικότερα στο άρθρο 56(6), αφού η ΜΕΤΚΑ δεν έχει παρουσιάσει στον Αναθέτοντα Φορέα «ΑΗΚ», τις απαραίτητες εγγυήσεις που να αποδεικνύουν ότι η Ansaldo θα της διαθέσει τα απαραίτητα μέσα για την εκτέλεση της σύμβασης, ο Δικηγόρος της «ΑΗΚ» ανέφερε ότι οι Αιτητές παραγνωρίζουν την υπ' αριθμόν 4 τροποποίηση **Amendment No. 4** των όρων του διαγωνισμού ημερομηνίας **5.10.2007**, **Σημείωση αρ. 6** η οποία προνοεί τα ακόλουθα:

«4) Part 3: Forms, Page I: Evaluation Methodology

*After Note 5 please include:*

*“**Note 6:** In order to meet the above mandatory criteria, an Applicant may make use of other economic operator(s) capabilities irrespective of the legal nature of the existing relationship between the Applicant and such economic operator(s). In such a case the Applicant in order to prove to EAC that it possesses the necessary qualifications for the execution of the Contract shall include in its response to this Pre-Qualification documents an undertaking in the form set out in Part 4 without amendment or alteration other than as expressly provided for in this form.*

*Applicants are made aware in case of Pre-Qualification that EAC reserves the right to oblige Tenderers to include in their Tenders binding undertakings to EAC from both the Applicant and any economic operator(s) relied upon by the Applicant in pursuance of this provision that such economic operator(s) shall participate in the Contract to the full extent that is indicated by the Applicant in the Pre-Qualification Document. In case the Applicant is a joint venture, EAC reserves the right to request the provision of the above binding undertakings from each member of the joint venture*

*to the other member(s) of the joint venture and to EAC in addition to the binding undertaking required from any economic operator(s) as described above.*

*Applicants should note that the minimum requirements stated in notes 1 & 2 also applicable to the economic operator(s).”»*

Προκύπτει από το λεκτικό του πιο πάνω όρου, συνεχίζει ο Δικηγόρος της «ΑΗΚ», ότι σύμφωνα με τις πρόνοιες του διαγωνισμού δεν απαιτείτο προσκόμιση εγγυήσεων όπως οι Αιτητές ισχυρίζοντο, αλλά απαιτείτο δέσμευση, undertaking. Με τον όρο αυτό συμμορφώθηκε η εταιρεία ΜΕΤΚΑ, αφού προσκόμισε την απαραίτητη από τους όρους του Διαγωνισμού διαβεβαίωση “FORM OF UNDERTAKING” από τον οικονομικό φορέα των ικανοτήτων του οποίου προτίθεται να κάνει χρήση, δηλαδή της εταιρείας Ansaldo Energia S.p.A.

Στην υπό εξέταση περίπτωση, αναφέρει περαιτέρω ο Δικηγόρος της «ΑΗΚ», το Αγγλικό κείμενο της Οδηγίας προνοεί για “undertaking” με το οποίο συμβαδίζει απόλυτα και ο όρος του Διαγωνισμού που ενσωμάτωσε την ίδια απαίτηση με το κείμενο της Οδηγίας. Ειδικότερα το άρθρο **54(6)** της **Οδηγίας 2004/17/ΕΚ** προβλέπει τα ακόλουθα:

*“Where the criteria referred to in paragraphs 1 and 2 include requirements relating to the technical and/or professional abilities of the economic operator, the latter may where necessary and for a particular contract rely on the abilities of other entities, whatever the legal nature of the link between itself and those entities. In this case the economic operator must prove to the contracting entity that for the performance of the contract those resources will be available to it for example by delivering **an undertaking** by those entities to*

*make the necessary resources available to the economic operator.”*

Επομένως ο εν λόγω όρος ήταν καθόλα σύμφωνος με την Οδηγία. Συνεπώς και η ερμηνεία του σύμφωνα με την Οδηγία δεν είναι άσχετη ή λανθασμένη.

Σε ότι αφορά τον ισχυρισμό, ότι η εταιρεία ΜΕΤΚΑ δεν προσκόμισε στην Αναθέτουσα Αρχή επιστολή της Ansaldo, που να προσδιορίζει επακριβώς τη βοήθεια που θα παρείχε στην ΜΕΤΚΑ ο Δικηγόρος της «ΑΗΚ» ανέφερε ότι, τόσο η επιστολή της Ansaldo ημερομηνίας 18.10.2007 όσο και η διευκρινιστική επιστολή της ΜΕΤΚΑ ημερ. 7.11.2007 καταδεικνύουν ότι η ΜΕΤΚΑ παρείχε στην Αναθέτουσα Αρχή όλες τις αναγκαίες πληροφορίες.

Η αξιολόγηση των διευκρινίσεων, εάν ήταν ικανοποιητικές ή όχι εμπίπτει στη διακριτική ευχέρεια της Αναθέτουσας Αρχής. Η εκτίμηση βεβαιώσεων και εγγράφων εμπίπτει σύμφωνα με πάγια νομολογία στη διακριτική ευχέρεια της Αναθέτουσας Αρχής. Το Δικαστήριο επεμβαίνει μόνο όπου προκύπτει ότι, η ενέργεια της δεν ήταν εύλογα επιτρεπτή, δηλαδή αν η Αρχή έλαβε την απόφαση της υπό πλάνη περί τα πράγματα ή υπερέβη τα όρια της διακριτικής της ευχέρειας.

Ειδικότερα από τη στιγμή που παρέχεται από την Ansaldo πλήρης και ανεπιφύλακτη πρόσβαση προς την ΜΕΤΚΑ, ήταν εύλογα επιτρεπτό για την Αναθέτουσα Αρχή να ικανοποιηθεί από τη διαβεβαίωσή της.

Παρέχεται το μείζον (απεριόριστη πρόσβαση) αποτελεί επομένως λογικό συμπέρασμα ότι παρέχεται και το ελάχιστον (συγκεκριμένη πρόσβαση).

Αφ' ης στιγμής η εταιρεία Ansaldo αναλαμβάνει υποχρέωση και δέσμευση, έχοντα απόλυτη επίγνωση των όρων του Διαγωνισμού περιλαμβανομένης και της πρόθεσης της Αρχής να ζητήσει σταθερές δεσμεύσεις (firm undertakings), να παρέχει απεριόριστη πρόσβαση και συνδρομή στη ΜΕΤΚΑ σε όλα τα απαραίτητα σε αυτήν μέσα, θα αποτελούσε ανεπίτρεπτη παράβαση των όρων του Διαγωνισμού ο αποκλεισμός της με μόνη αιτιολογία τη μη συγκεκριμενοποίηση της έκτασης των μέσων που θα της παρέχονταν ή διότι δεν δίνει σ' αυτό το στάδιο, της προεπιλογής, και χωρίς να υπάρχουν σχέδια ή προδιαγραφές του απαιτούμενου εξοπλισμού οποιαδήποτε εγγύηση για τη συγκεκριμένη πρόσβαση και συνδρομή που πρόκειται να παράσχει στη ΜΕΤΚΑ.

Επιπρόσθετα είναι φανερό, συνεχίζει ο Δικηγόρος της «ΑΗΚ», ότι μια τέτοια ενέργεια θα ήταν άνευ οποιουδήποτε λογικού ή νομικού ερείσματος και θα αποτελούσε αθέμιτη παρέμβαση στην προσφορά της ΜΕΤΚΑ, αφού θα την αποδυνάμωνε, στερώντας της, την πλήρη υποστήριξη της Ansaldo.

Ο Δικηγόρος της «ΑΗΚ» αναφέρθηκε περαιτέρω σε αποσπάσματα από την Έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης ημερ. 12.12.2007 για να καταδείξει ότι η «ΑΗΚ» προέβηκε σε δέουσα έρευνα προκειμένου να διαπιστώσει κατά πόσον η ΜΕΤΚΑ πληρούσε τους όρους του διαγωνισμού.

Ειδικότερα στην έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης ημερ. 12.12.2007 αναφέρονται τα ακόλουθα:

*«The Evaluation Committee requested METKA to submit a letter from Ansaldo specifying the extent of manpower, equipment and resources which shall be made available by Ansaldo to METKA to enable METKA to fully complete the*

*engineering, procurement and construction of the contract. METKA, in their response did not provide any further information and stated that EAC's request for a letter from Ansaldo "would limit the unlimited access to all necessary resources as per relevant provisions of the Ansaldo Form of Undertaking to a specific and exact or resources is against the EU Directive and would reduce the scope and effectivity of the support". METKA also reminded EAC of the fact that Ansaldo, in its Form of Undertaking, clearly stated that they "shall participate in the execution of the contract to the full extent .... and that they are ready to provide, if requested, a binding undertaking to EAC to be included in the Tender (if qualified) and finally in the contract (if awarded the project).*

*Despite the fact that METKA has not provided the requested additional information, the Evaluation Committee considers that the reliance of METKA on Ansaldo's (the entity) technical and/or professional abilities is allowable by the relevant article of the EU Directive and the relevant Cyprus Law. At the tender stage, all Tenderers will be required to state clearly the scope of works that is to be carried out by the Consortium members or supporting entities. At the stage, all Tenderers will be in a position to know the exact extent of the works from the technical specification included in the tender documents. The issue of the actual participation of the entity shall be addressed during the tendering stage in an effort to clarify the allocation of works and resources that the entity shall make available to METKA".*

και καταλήγει ο Δικηγόρος της «ΑΗΚ».

Τα όσα αναγράφονται στην πιο πάνω έκθεση καθιστούν αβάσιμους τους οποιουσδήποτε ισχυρισμούς των Αιτητών σε σχέση με την απαιτούμενη εκ των όρων του Διαγωνισμού συγκεκριμένη δέσμευση και καταδεικνύουν με τον πιο σαφή τρόπο, τόσο τη διαφορά μεταξύ του σταδίου της προεπιλογής και της τελικής προσφοράς, καθώς και τις θέσεις που λαμβάνει και που σκοπεύει να λάβει στο κάθε στάδιο έναντι αυτού του σημείου η Αναθέτουσα Αρχή.

- (2) Στον ισχυρισμό των Αιτητών ότι η προσβαλλόμενη απόφαση αντίκειται στο προοίμιο της Οδηγίας 2004/17/EK άρθρο 51, ο Δικηγόρος της «ΑΗΚ», απάντησε ότι, στο άρθρο 51 του προοιμίου της Οδηγίας παρέχεται δικαίωμα στον αναθέτοντα φορέα και όχι υποχρέωση να απαιτήσει να ευθύνεται αλληλεγγύως και εις ολόκληρον ο οικονομικός φορέας του οποίου ζητείται η συνδρομή στη χρηματοοικονομική κατάσταση του συμμετέχοντος στην προεπιλογή οικονομικού φορέα. Πέραν τούτου στον παρόντα διαγωνισμό η συνδρομή του άλλου οικονομικού φορέα ουδόλως σχετίζεται με την χρηματοοικονομική κατάσταση του προσφοροδότη.

Επίσης δεν γίνεται δεκτός ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι, αφ' ης στιγμής η Αναθέτουσα Αρχή άσκησε το δικαίωμα της και ζήτησε διευκρινίσεις, δεν είχε πλέον εξουσία να μην επιμένει και μάλιστα χωρίς αιτιολογία.

Η διακριτική ευχέρεια αξιολόγησης και εκτίμησης των απαντήσεων που λαμβάνονται εμπίπτει αποκλειστικά στην Αναθέτουσα Αρχή όπως αναφέρθηκε και πιο πάνω. Τα έγγραφα που περιλαμβάνονται στο διοικητικό φάκελο συμπληρώνουν επαρκώς την αιτιολογία που παρασχέθηκε και καθιστούν την απόφαση της «ΑΗΚ» εύλογα επιτρεπτή.

- (3) Στον ισχυρισμό του Δικηγόρου των Αιτητών ότι, η διαδικασία που ακολουθήθηκε στο θέμα της υποβολής διευκρινιστικών ερωτήσεων παραβιάζει τους όρους των εγγράφων προεπιλογής και συγκεκριμένα τον όρο 3.4 του Μέρους 2 ο Δικηγόρος της «ΑΗΚ» απάντησε ότι, πράγματι ο όρος των εγγράφων προβλέπει ότι οι διευκρινιστικές ερωτήσεις πρέπει να λαμβάνονται 15 ημέρες πριν από τη λήψη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών.

Ο όρος ωστόσο δεν απαγορεύει την υποβολή ερωτήσεων μετά την παρέλευση των 15 ημερών πριν τη λήξη της προθεσμίας, απλώς δεν υποχρεώνει την Αναθέτουσα Αρχή να απαντήσει και συνεχίζει:

Αφ' ης στιγμής η προθεσμία υποβολής των προσφορών παρατάθηκε με επιστολή της Αναθέτουσας Αρχής ημερ. 28.9.2007 μέχρι την 15.10.2007, η διευκρινιστική ερώτηση της ΜΕΤΚΑ κατέστη εμπρόθεσμη και η Αναθέτουσα Αρχή ήταν υποχρεωμένη να απαντήσει. Επομένως νόμιμα και σύμφωνα με τους όρους του Διαγωνισμού η Αναθέτουσα Αρχή με επιστολή της προς όλους τους πιθανούς προσφοροδότες εξέδωσε το Amendment No.4 στις 5.10.2007.

Διαφορετική θα ήταν η περίπτωση αν η Αναθέτουσα Αρχή απαντούσε στη διευκρινιστική ερώτηση πριν τις 28.9.2007 δηλαδή προτού αποφασιστεί η παράταση του χρόνου υποβολής των προσφορών.

- (4) Στον ισχυρισμό των Αιτητών ότι, τα απαιτούμενα από το Μέρος 3 των εγγράφων του Διαγωνισμού έγγραφα και πιστοποιητικά, έπρεπε να υποβληθούν όχι μόνο από τη ΜΕΤΚΑ, αλλά και από την Ansaldo η οποία αποτελούσε τον οικονομικό φορέα τις ικανότητες του οποίου προτίθετο να χρησιμοποιήσει η ΜΕΤΚΑ ο Δικηγόρος της «ΑΗΚ» απάντησε ότι, η χρήση από ένα προσφοροδότη των

ικανοτήτων άλλου οικονομικού φορέα ρυθμίστηκε με την τροποποίηση των όρων του διαγωνισμού με το Amendment No. 4, ημερ. 5.10.2007 και το Amendment No. 5, ημερ. 11.10.2007, τα οποία αποτελούν αναπόσπαστο μέρος των όρων του διαγωνισμού.

Η πιο πάνω ρύθμιση δεν απαιτεί την προσκόμιση των εγγράφων του Μέρους 3 και από τον οικονομικό φορέα των ικανοτήτων του οποίου ο προσφοροδότης προτίθεται να κάνει χρήση. Περαιτέρω το Μέρος 3 των εγγράφων του Διαγωνισμού απαιτεί την προσκόμιση των εγγράφων και πιστοποιητικών που αναφέρει μόνο σε σχέση με τον προσφοροδότη και όχι σε σχέση με άλλους οικονομικούς φορείς.

- (5) Αναφορικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι, το πρόσωπο που υπέγραψε τη δέσμευση, Form of Undertaking της εταιρείας Ansaldo προς τη ΜΕΤΚΑ δεν ήταν δεόντως εξουσιοδοτημένο να υπογράψει, ο Δικηγόρος της «ΑΗΚ», αναφέρθηκε στο περιεχόμενο των πρακτικών του Διοικητικού Συμβουλίου της εταιρείας Ansaldo Energia S.p.A. και ιδιαίτερα στην παράγραφο 5 και 26 όπου παραχωρούνται στον υπογράψαντα το **Form of Undertaking κ. Maali Richard** διάφορες εξουσίες τις οποίες μπορεί να ασκεί με απλή υπογραφή, όπως:

*«5. Υπογραφή επιστολών πληροφόρησης, διαλόγου, αίτησης και προώθησης.*

*26. Να προβαίνει για λογαριασμό και επ' ονόματι της εταιρείας με όλους τους απαραίτητους όρους συμπεριλαμβανομένου και όρου του διοικητικού συμβιβασμού, σε συμβάσεις πώλησης και προμήθειας προϊόντων όπως και επίσης και στην ανάληψη προμήθειας προϊόντων όπως και επίσης και στην ανάληψη συμβάσεων διαγωνισμών, έχοντας ως*



*αντικείμενο έργα, προϊόντα και υπηρεσίες που παρέχονται από την εταιρεία, ακόμα και στο πλαίσιο διαγωνισμών, δημοπρασιών και δημοσίων και ιδιωτικών διαδικασιών να προχωράει στην εκτέλεση, τροποποίηση και λύση των ιδίων συμβολαίων και λύνει αντιπαραθέσεις που αφορούν την εταιρεία διορίζοντας όπου χρειαστεί ειδικούς πληρεξουσίους για συμμετοχή στους σχετικούς διαγωνισμούς, δημοπρασίες και διαδικασίες».*

Συνεπώς καταλήγει ο Δικηγόρος της «ΑΗΚ» από τα ανωτέρω προκύπτει ότι ο κ. Maali Richard ήταν εξουσιοδοτημένος από την εταιρεία Ansaldo να υπογράψει τη σχετική βεβαίωση.

Αναφορικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι, το έγγραφο που προσκομίστηκε για την εξουσιοδότηση του κ. Maali Richard, ήταν γραμμένο στην Ιταλική γλώσσα με μετάφραση στην Ελληνική, ενώ η επίσημη γλώσσα του διαγωνισμού ήταν η Αγγλική, ο Δικηγόρος της «ΑΗΚ» απάντησε ότι η πρόνοια των όρων για την Αγγλική γλώσσα αφορά την υποβολή της προσφοράς και ουδόλως δεσμεύει σε σχέση με την υποβολή συμπληρωματικών εγγράφων και μάλιστα μη απαιτούμενα από τους όρους του Διαγωνισμού.

Τα απαιτούμενα από τους όρους του Διαγωνισμού έγγραφα υποβλήθηκαν από την ΜΕΤΚΑ στην Αγγλική γλώσσα. Το πληρεξούσιο έγγραφο δεν αποτελούσε μέρος των εγγράφων της προσφοράς αλλά υποβλήθηκε μετά από διευκρινιστική ερώτηση. Το έγγραφο υποβλήθηκε στην Ιταλική με μετάφραση στην Ελληνική, γλώσσα κατανοητή στους αξιολογητές. Αλλά και εάν ακόμη γινόταν αποδεκτό ότι, το συγκεκριμένο έγγραφο έπρεπε να υποβληθεί στην Αγγλική γλώσσα, μια τέτοια παραβίαση αποτελεί επουσιώδη παράβαση όρου και δεν μπορεί να επισύρει ακύρωση της συμμετοχής της ΜΕΤΚΑ.

Αναφορικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι, το “Power of Attorney” προσκομίστηκε μετά που ζητήθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή και μετά τη λήξη της προθεσμίας για υποβολή των προσφορών ο Δικηγόρος της «ΑΗΚ» απάντησε ότι, το «Power of Attorney» από τον τρίτο οικονομικό φορέα δεν αποτελούσε μέρος των απαιτούμενων εγγράφων του διαγωνισμού που έπρεπε να προσκομιστούν και επομένως καθόλα νόμιμα προσκομίστηκε κατόπιν διευκρινιστικής ερώτησης της Αναθέτουσας Αρχής. Κανένας όρος άλλωστε του Διαγωνισμού δεν απαιτούσε την προσκόμιση αυτού του εγγράφου, ώστε η μη προσκόμισή του να θίγει το κύρος της προσφοράς της ΜΕΤΚΑ.

**Ε.** Αφού ακούσαμε και μελετήσαμε προσεκτικά τα επιχειρήματα και τους ισχυρισμούς των δύο πλευρών όπως εκτίθενται στις γραπτές αγορεύσεις τους, αλλά και με τα όσα ανέφεραν κατά την ακροαματική διαδικασία καταλήγουμε στα ακόλουθα:

- (1) Οι Αιτητές δεν αμφισβητούν το δικαίωμα της **ΜΕΤΚΑ S.A.** να κάνει χρήση της ικανότητας άλλου οικονομικού φορέα σε θέματα τεχνικά και επαγγελματικά αφού αυτό εξάλλου είναι πλήρως κατοχυρωμένο στο **άρθρο 55(5) και 56(6) του Νόμου 11(Ι) του 2006** και στην Οδηγία **2004/17/ΕΚ, άρθρο 54(6)** που είναι πανομοιότυπο με το άρθρο **56(6)** του δικού μας Νόμου. Οι Αιτητές θεωρούν ότι η ΜΕΤΚΑ δεν έχει παρουσιάσει στον Αναθέτοντα Φορέα «ΑΗΚ» τις απαραίτητες εγγυήσεις που να αποδεικνύουν ότι η «Ansaldo» θα της διαθέσει τα απαραίτητα μέσα για την περίοδο της προεπιλογής αλλά και για την εκτέλεση της σύμβασης εάν τυχόν της κατακυρωθεί στο μέλλον η προσφορά.

Δεν συμφωνούμε με αυτή τη θέση των Αιτητών. Μπορεί ο Νόμος, άρθρο **56(6)** να μιλά για παρουσίαση εγγυήσεων αλλά δεν καθορίζει τη μορφή των εγγυήσεων. Ταυτόχρονα οι όροι των εγγράφων του διαγωνισμού με την τροποποίηση που έγινε στις **5.10.2007** με το

**Amendment No. 4, Note 6** καθορίζουν το είδος των εγγυήσεων και τον τρόπο που θα παρασχεθούν από τους οικονομικούς φορείς, των οποίων τις ικανότητες θα χρησιμοποιήσουν οι πιθανοί προσφοροδότες.

Στο «**Note 6**» γίνεται αναφορά σε **Undertaking in the form set out in Part 4**. Με τον όρο αυτό του διαγωνισμού συμμορφώθηκε πλήρως η εταιρεία METKA, αφού προσκόμισε την απαραίτητη από τους όρους του διαγωνισμού δέσμευση της Ansaldo, **στον τύπο και το περιεχόμενο που τα έγγραφα του διαγωνισμού απαιτούσαν, «FORM OF UNDERTAKING»**.

Πέραν τούτου, δεν θεωρούμε ότι το **undertaking** έρχεται σε σύγκρουση με τη λέξη εγγύηση, αφού η λέξη εγγύηση σύμφωνα με το Λεξικό του **Μπαμπινιώτη**, ερμηνεύεται και σαν **επίσημη διαβεβαίωση, δέσμευση**. Επίσης δεν θεωρούμε, ότι η «ΑΗΚ» ενήργησε παράνομα ή παράτυπα χρησιμοποιώντας τον όρο **undertaking**, στο **Amendment No. 4, Note 6**, αφού στο Αγγλικό κείμενο της οδηγίας και ειδικότερα στο **άρθρο 54(6)** χρησιμοποιείται ο όρος **“by delivering an undertaking”**.

- (2) Αναφορικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι, η “METKA” αρνήθηκε να προσκομίσει επιστολή από την Ansaldo στην οποία να προσδιορίζεται επακριβώς η βοήθεια που θα της παρείχετο, κρίνουμε ότι, το περιεχόμενο της επιστολής **“Form of Undertaking” ημερ. 18.10.2007 της “Ansaldo”** καλύπτει επαρκώς το σημείο αυτό **«.....then our company shall make available and provide you with all necessary manpower, equipment, and recourse so as to fully complete the engineering, procurement and construction of the above project”**, αφού δίδει απεριόριστη υποστήριξη σε θέματα **engineering, procurement and construction** για την εκτέλεση του έργου και θεωρούμε ορθή την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής να μην επιμείνει στην παροχή των συγκεκριμένων διευκρινίσεων μετά την απάντηση της «METKA».

- (3) Δεν συμφωνούμε με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι, η προσβαλλόμενη απόφαση αντίκειται στο **προοίμιο της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ άρθρο 51**. Το λεκτικό του εν λόγω άρθρου δίδει το **δικαίωμα αλλά δεν είναι υποχρέωση του Αναθέτοντα Φορέα**, να ζητήσει να ευθύνεται αλληλεγγύως και εις ολόκληρον, ο οικονομικός φορέας του οποίου ζητείται η συνδρομή, **ιδίως** όταν ο οικονομικός φορέας επικαλείται την χρηματοοικονομική κατάσταση άλλου φορέα. Πέραν του ότι είναι δικαίωμα και όχι υποχρέωση του Αναθέτοντα Φορέα να ζητήσει τέτοια δέσμευση η παρούσα περίπτωση δεν αφορά χρηματοοικονομική βοήθεια προς την ΜΕΤΚΑ.
- (4) Δεν συμφωνούμε με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι η διαδικασία που ακολουθήθηκε στο θέμα των διευκρινιστικών ερωτήσεων παραβιάζει τους όρους των εγγράφων προεπιλογής και συγκεκριμένα τον όρο 3.4 του Μέρους 2 καθότι η απάντηση της «ΑΗΚ» δόθηκε μετά την παράταση της ημερομηνίας υποβολής των προσφορών, όταν η διευκρινιστική ερώτηση ήταν πλέον εμπρόθεσμη.
- (5) Δεν συμφωνούμε επίσης, με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι, τα απαιτούμενα πιστοποιητικά του Μέρους 3 των εγγράφων του διαγωνισμού έπρεπε να υποβληθούν και από την “Ansaldo”, αφού κάτι τέτοιο δεν προβλέπεται στους όρους του διαγωνισμού, για τους οικονομικούς φορείς που προσφέρουν στους προσφοροδότες τις τεχνικές και άλλες ικανότητες τους. Διαφορετική θα ήταν η περίπτωση εάν η «ΜΕΤΚΑ» και η «Ansaldo» αποτελούσαν κοινοπραξία ή εάν οι όροι ρητά προέβλεπαν κάτι τέτοιο.
- (6) Όσον αφορά τον τελευταίο ισχυρισμό των Αιτητών που αφορά το πληρεξούσιο **«Power of Attorney»**, που δόθηκε από την Ansaldo στον κ. **Maali Richard** που υπόγραψε το **undertaking** δεν αποδεχόμαστε τους ισχυρισμούς των Αιτητών, όσον αφορά δηλαδή τη γλώσσα του Πληρεξουσίου, τη γενικότητα και το εκπρόθεσμο υποβολής του και έχουμε να παρατηρήσουμε τα ακόλουθα:

- (α) Όσον αφορά τη γλώσσα συμφωνούμε με τη θέση της «ΑΗΚ» ότι η Αγγλική γλώσσα αφορούσε την υποβολή των εγγράφων της προσφοράς. Το πληρεξούσιο δεν περιλαμβάνετο στα έγγραφα της προσφοράς και εν πάση περιπτώσει θεωρούμε ότι εάν υπάρχει παράβαση αυτή είναι επουσιώδης και η οποία δεν μπορεί να οδηγήσει σε ακύρωση της προσφοράς της ΜΕΤΚΑ.
- (β) Όσον αφορά τον ισχυρισμό ότι, το πληρεξούσιο ήταν γενικό και δεν κάλυπτε τον κ. Maali Richard κρίνουμε ότι, ο ισχυρισμός είναι αβάσιμος, αφού από το περιεχόμενο των πρακτικών της Ansaldo προκύπτει σαφώς ότι παρείχετο η εξουσία στον κ. Maal Richard να υπογράψει τέτοιου είδους έγγραφα. Συγκεκριμένα στο εν λόγω πληρεξούσιο αναφέρεται ρητά ότι μεταξύ άλλων μπορεί να υπογράψει σε σχέση με **«... όπως επίσης στην ανάληψη συμβάσεων διαγωνισμών, έχοντας ως αντικείμενο έργα, προϊόντα και υπηρεσίες που παρέχονται από την εταιρεία, ακόμα και στο πλαίσιο διαγωνισμού, δημοπρασιών και δημοσίων και ιδιωτικών διαδικασιών».**
- (γ) Αναφορικά με την κατά τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι η υποβολή του Πληρεξουσίου έγινε εκπρόθεσμα είναι η θέση μας ότι, εφόσον το εν λόγω πληρεξούσιο δεν απαιτείτο να προσκομιστεί κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς και εν πάση περιπτώσει αφού ζητήθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή υπό μορφή διευκρίνισης μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, δεν βλέπουμε οποιαδήποτε παράβαση των όρων του διαγωνισμού.

Βάσει όλων των πιο πάνω ευρημάτων μας κρίνουμε ότι, δεν υπάρχει οποιαδήποτε παράβαση του ισχύοντος δικαίου και ως εκ τούτου αποφασίζουμε, ότι η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή δεν γίνεται αποδεκτή και η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής επικυρώνεται.