



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. 55/2007

Μεταξύ:

Π. Κ. ΙΩΑΝΝΟΥ & ΥΙΟΙ ΛΤΔ

Αιτούντων

ν.

Τμήματος Κρατικών Αγορών και Προμηθειών

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτούντες:

Π. Κ. ΙΩΑΝΝΟΥ & ΥΙΟΙ ΛΤΔ
Αντιπροσωπεύθηκε από τους:
1. κ. Αλέκο Μαρκίδη, Δικηγόρο
2. κ. Πάνο Παναγιώτου, Δικηγόρο

Αναθέτουσα Αρχή:

Τμήμα Κρατικών Αγορών και Προμηθειών
Αντιπροσωπεύθηκε από τους:
1. κα Μαριλένα Θεοκλήτου, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. κα Κλεανθία Κωνσταντή, Λειτουργό Τμήματος Κρατικών
Αγορών και Προμηθειών
3. κ. Δημήτρη Δημητρίου, Επιθεωρητή Τμήματος Κρατικών
Αγορών και Προμηθειών

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 4 Οκτωβρίου, 2007

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή στρέφεται κατά της απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής, δηλαδή του Τμήματος Κρατικών Αγορών και Προμηθειών που λήφθηκε σαν αποτέλεσμα του διαγωνισμού 2007Τ0010 και αφορούσε την προμήθεια και παράδοση υφασμάτων (χειμερινών, καλοκαιρινών και βαμβακερών) για της ανάγκες της Εθνικής Φρουράς και των διαφόρων Κυβερνητικών Υπηρεσιών.

1. Περιληπτικά τα γεγονότα της υπόθεσης αυτής είναι τα εξής:

(α) Η προκήρυξη του διαγωνισμού έγινε με δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας στις 16 Φεβρουαρίου, 2007

(β) Για το διαγωνισμό αυτό υποβλήθηκαν έξι (6) προσφορές μεταξύ των οποίων και εκείνη των Αιτητών.

(γ) Η Επιτροπή Αξιολόγησης που συστάθηκε για αξιολόγηση των προσφορών κατά τη συνεδρία της ημερ. 29 Ιουνίου, 2007, αποφάσισε να εισηγηθεί στο Συμβούλιο Προσφορών του Υπουργείου Οικονομικών τα εξής:

(i) Ανάθεση της σύμβασης για την κατηγορία 1 (είδη 1-4) και την κατηγορία 2 (είδη 5-8) στον οικονομικό φορέα εταιρεία Latimer Trading Ltd του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και έχει προσφέρει τη χαμηλότερη τιμή σύγκρισης.

(ii) Τρεις οικονομικοί φορείς και συγκεκριμένα:
P.C. Ioannou & Sons Ltd (Αιτητές) (κατηγορίες 1, 2 και 7)
Amelco Industries Ltd (κατηγορίες 1, 2 και 7)
Peratica Trading Co. Ltd (κατηγορίες 1, 2, 3, 4 και 7)

να αποκλειστούν καθότι εμπίπτουν στους λόγους αποκλεισμού και συγκεκριμένα στον όρο 6.1(i) των εγγράφων του διαγωνισμού γιατί απέτυχαν να εκπληρώσουν τις συμβατικές τους υποχρεώσεις με

αποτέλεσμα να τους κατασχεθεί η εγγύηση πιστής εκτέλεσης των συμβολαίων τους για προηγούμενους διαγωνισμούς.

(iii) Για τις κατηγορίες 5 και 6 δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά.

(iv) Για την κατηγορία 7 η προδιαγραφή παρουσιάζει πρόβλημα και παρίσταται ως εκ τούτου ανάγκη τροποποίησής της χωρίς να διενεργηθεί νέος διαγωνισμός.

(δ) Το Συμβούλιο Προσφορών του Υπουργείου Οικονομικών στη συνεδρία του ημερομηνίας 4 Ιουλίου, 2007 αποφάσισε τα πιο κάτω:

(i) Την ανάθεση της σύμβασης για την κατηγορία 1 (είδη 1-4) και την κατηγορία 2 (είδη 5-8) στον οικονομικό φορέα Latimer Trading Ltd (3^ο φθηνό). Ο 1^{ος} φθηνός προσφέρων (Amelco Industries Ltd) και ο 2^{ος} φθηνός προσφέρων (P.C. Ioannou & Sons Ltd) εμπίπτουν στους λόγους αποκλεισμού που ορίζονται στον όρο 6.1(i) των εγγράφων του διαγωνισμού γιατί απέτυχαν να εκπληρώσουν τις συμβατικές τους υποχρεώσεις με αποτέλεσμα να τους κατασχεθεί η εγγύηση πιστής εκτέλεσης του συμβολαίου τους για τους πιο κάτω διαγωνισμούς:

Π4: Amelco Industries Ltd (1^{ος} φθηνός)

- i) Αρ. διαγωνισμού 2003T1056 (ημερ. κατάσχεσης 22/9/2005)
- ii) Αρ. διαγωνισμού 2004T0003 (ημερ. κατάσχεσης 3/11/2005)
- iii) Αρ. διαγωνισμού 2005T0010 (ημερ. κατάσχεσης 14/2/2006)

Π2: P.C. Ioannou & Sons Ltd (2^{ος} φθηνός)

- i) Αρ. διαγωνισμού 2005T0062 (ημερ. κατάσχεσης 30/5/2007)
- ii) Αρ. διαγωνισμού 2004T0047 (ημερ. κατάσχεσης 6/7/2005)

(ii) την ακύρωση της διαδικασίας του διαγωνισμού για τις πιο κάτω κατηγορίες:

(α) Κατηγορία 3 (είδος 9), κατηγορία 4 (είδος 10) και κατηγορία 7 (είδος 15), σύμφωνα με τον Καν. 34(5)(β)-Κ.Δ.Π. 201/2007 γιατί οι προσφέροντες για τις πιο πάνω κατηγορίες των ειδών δεν έχουν συμμορφωθεί προς το σύνολο των υποχρεωτικών απαιτήσεων των σχετικών όρων των εγγράφων του διαγωνισμού.

(β) Κατηγορία 5 (είδη 11-13) και κατηγορία 6 (είδος 14), σύμφωνα με τον Καν. 34(5)(α)-Κ.Δ.Π. 201/2007, γιατί δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά για τις κατηγορίες αυτές.

(ε) Η Αναθέτουσα Αρχή με επιστολή του Διευθυντή του Τμήματος Κρατικών Αγορών και Προμηθειών προς τους Αιτητές ημερομ. 9 Ιουλίου, 2007, τους γνωστοποίησε την πιο πάνω απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών του Υπουργείου Οικονομικών αναφέροντάς τους ότι ο βασικός λόγος επί του οποίου βασίστηκε η πιο πάνω απόφαση του αποφασίζοντος οργάνου ήταν γιατί, «η εταιρεία σας εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού που ορίζονται στον όρο 6.1 των εγγράφων του εν λόγω διαγωνισμού, και ειδικά της υποπαραγράφου 6.1(i) του όρου αυτού και απέτυχε να εκπληρώσει τις συμβατικές της υποχρεώσεις με αποτέλεσμα να της κατασχεθούν οι εγγυήσεις πιστής εκτέλεσης των συμβολαίων για τους διαγωνισμούς, 2005T0062 και 2004T0047 με ημερομηνίες κατασχέσεων 30/5/2007 και 6/7/2005, αντίστοιχα.»

2. Οι Αιτητές καταχώρησαν στις 26 Ιουλίου, 2007 την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή την οποία στηρίζουν βασικά στους πιο κάτω λόγους:

Η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής να κατακυρώσει τις κατηγορίες 1 και 2 της σχετικής σύμβασης στον προσφοροδότη Latimer Trading Ltd, να ακυρώσει την προσφορά σε σχέση με τις κατηγορίες 3-7 και παράλληλα να αποκλείσει την Αιτήτρια είναι άκυρη και/ή πρέπει να ανατραπεί για τους ακόλουθους και/ή για οποιονδήποτε από τους ακόλουθους λόγους:

(α) Είναι παράνομη καθότι οι όροι του διαγωνισμού όπως είναι διατυπωμένοι δεν καθιστούν υποχρεωτικό τον αποκλεισμό προσφοροδότη, ο οποίος έχει παραβιάσει ή δεν έχει εκτελέσει πιστά άλλες συμβάσεις που του έχουν ανατεθεί

σε βαθμό που να του έχει κατασχεθεί η εγγύηση πιστής εκτέλεσης κατά την περίοδο που αρχίζει δυο χρόνια πριν την τελευταία προθεσμία υποβολής των προσφορών, και κατά συνέπεια μια τέτοια απόφαση πρέπει να συνοδεύεται από δέουσα αιτιολογία, κάτι που δεν συνέβη στην υπό κρίση περίπτωση.

(β) Η κατάσχεση εγγύησης δεν εξυπακούει και παράβαση εκ μέρους της Αιτήτριας.

(γ) Αντίκειται στον Περί της Σύναψης Συμβάσεων (Προμήθειες, Έργα και Υπηρεσίες) Νόμο του 2003, Ν.101(Ι)/2003, όπως τροποποιήθηκε με το Νόμο 12(Ι)/2006, και/ή στους δυνάμει αυτού θεσπισθέντες Κανονισμούς.

(δ) Είναι παράνομη καθότι δεν είναι επαρκώς και/ή δεόντως αιτιολογημένη και δεν διεξήχθη η δέουσα έρευνα προ της εκδόσεώς της.

(ε) Αντίκειται στον Περί των Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμο του 1999 (Ν.158(Ι)/1999) και/ή τις Γενικές Αρχές του Διοικητικού Δικαίου.

(στ) Λήφθηκε καθ' υπέρβαση και/ή κατάχρηση εξουσίας και/ή κατά παράβαση των Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου, ιδία γιατί δεν λήφθηκαν υπόψη γεγονότα, που έπρεπε να είχαν ληφθεί υπόψη και/ή λήφθηκαν υπόψη γεγονότα, που δεν έπρεπε να είχαν ληφθεί υπόψη και/ή γιατί δεν προηγήθηκε η δέουσα έρευνα και/ή γιατί δεν είναι δεόντως αιτιολογημένη και/ή γιατί η Αναθέτουσα Αρχή ενήργησε υπό πλάνη περί τα πράγματα και/ή το νόμο.

(ζ) Συνιστά διασπάθιση δημόσιου χρήματος καθότι η προσφορά της Αιτήτριας ήταν περίπου κατά 10% φθηνότερη από την προσφορά του προσφοροδότη στον οποίο κατακυρώθηκε ο διαγωνισμός.

(η) Η απόφαση για ακύρωση του διαγωνισμού σε σχέση με τις κατηγορίες 3-7 της προσφοράς είναι παράνομη καθότι για την εν λόγω ακύρωση δεν δόθηκε οποιαδήποτε αιτιολογία.

3. Σχετικά με τους πιο πάνω λόγους ο δικηγόρος των Αιτητών κατά την ενώπιόν μας διαδικασία ισχυρίστηκε τα εξής:

(α) Η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής να κατακυρώσει την προσφορά στον προσφοροδότη Latimer Trading Ltd και να αποκλείσει την Αιτήτρια από το διαγωνισμό είναι άκυρη και/ή πρέπει να ανατραπεί γιατί είναι παράνομη καθ' ότι οι όροι του διαγωνισμού όπως είναι διατυπωμένοι δεν καθιστούν υποχρεωτικό τον αποκλεισμό προσφοροδότη, ο οποίος έχει παραβιάσει ή δεν έχει εκτελέσει πιστά άλλες συμβάσεις που του έχουν ανατεθεί σε βαθμό που να του έχει κατασχεθεί η εγγύηση πιστής εκτέλεσης κατά την περίοδο που αρχίζει δυο χρόνια πριν την τελευταία προθεσμία υποβολής των προσφορών.

Ο όρος 6.1(i) των εγγράφων του διαγωνισμού αναφέρει τα ακόλουθα:

*«Κάθε οικονομικός φορέας **δύναται** (η έμφαση δική μας) να αποκλείεται από τη συμμετοχή στη σύμβαση ότανέχει παραβιάσει ή δεν έχει εκτελέσει πιστά άλλες συμβάσεις που έχουν ανατεθεί σ' αυτόν σε βαθμό που να του έχει κατασχεθεί η εγγύηση πιστής εκτέλεσης κατά την περίοδο που αρχίζει δυο χρόνια πριν την τελευταία προθεσμία υποβολής των προσφορών.»*

Ο εν λόγω όρος είναι σαφέστατος και δεν επιδέχεται οποιασδήποτε αμφισβήτησης ή παρερμηνείας. Εφόσον συμβαίνουν τα όσα αναφέρονται ανωτέρω, σε σχέση με την πιστή εκτέλεση άλλων συμβάσεων από ένα προσφοροδότη, η Αναθέτουσα Αρχή δεν υποχρεούται αλλά έχει τη δυνατότητα να τον αποκλείσει. Δηλαδή δεν πρόκειται για άσκηση δέσμιας αρμοδιότητας αλλά για άσκηση διακριτικής ευχέρειας.

Επί του προκειμένου ο δικηγόρος των Αιτητών ανέφερε ότι από την Έκθεση της Αναθέτουσας Αρχής προκύπτει ότι πράγματι η ίδια ερμήνευσε τον όρο ως επιβάλλοντα υποχρεωτικά τον αποκλεισμό της προσφοράς. Τα επιχειρήματα που προβάλλει για στήριξη της θέσης αυτής είναι δυσνόητα, στο στάδιο όμως αυτό αρκεί να λεχθεί ότι η Αρχή προσπαθεί να μετατρέψει το «δύναται να αποκλεισθεί» σε «αποκλείεται».

Η πιο πάνω θέση περί υποχρεωτικού κατά τους ίδιους ισχυρισμούς αποτελεί, ως προκύπτει από το πρακτικό της επιτροπής, «νέα ερμηνεία». Προφανώς η Αναθέτουσα Αρχή στο παρελθόν δεν αντιμετώπιζε με τον ίδιο τρόπο το θέμα της προηγούμενης κατάσχεσης εγγύησης πιστής εκτέλεσης. Επομένως, κατά τους ισχυρισμούς του δικηγόρου των Αιτητών, εφ' όσον πρόκειται περί νέας ερμηνείας από ποίον λήφθηκε η απόφαση για τη νέα αυτή ερμηνεία. Κατά τους ίδιους ισχυρισμούς η Επιτροπή Αξιολόγησης βρισκόταν κατά τη λήψη της απόφασής της σε προφανή πλάνη σε σχέση με το περιεχόμενο του όρου 6.1(i) των εγγράφων του διαγωνισμού. Ενώ ο εν λόγω όρος αναφέρεται ρητά σε δυνατότητα αποκλεισμού προσφοροδότη, η Επιτροπή Αξιολόγησης εκλαμβάνει τον εν λόγω όρο ως υποχρέωση και θεωρεί ότι πρέπει να αποκλείσει τον όποιο προσφοροδότη εμπίπτει στον όρο αυτό. Επομένως, όπως ισχυρίστηκε ο δικηγόρος των Αιτητών, η επίδικη πράξη θα πρέπει να ακυρωθεί ένεκα της πασιφανούς πλάνης και της λανθασμένης ερμηνείας από την Επιτροπή Αξιολόγησης του όρου 6.1(i) των εγγράφων του διαγωνισμού.

(β) Η προσβαλλόμενη απόφαση είναι παράνομη ως προσκρούουσα στο Άρθρο 51 του Νόμου 12(I)/2006. Συγκεκριμένα κατά τους ισχυρισμούς του δικηγόρου των Αιτητών το Άρθρο 51 του πιο πάνω Νόμου ρυθμίζει τις περιπτώσεις όπου ένας προσφοροδότης αποκλείεται υποχρεωτικά από ένα διαγωνισμό αλλά και τις περιπτώσεις κατά τις οποίες ο αποκλεισμός είναι δυνητικός κατά τη διακριτική ευχέρεια της Αναθέτουσας Αρχής. Κατά τους ίδιους ισχυρισμούς ο λόγος για τον οποίον αποκλείστηκαν οι Αιτητές στην παρούσα περίπτωση, δεν περιλαμβάνεται στο Άρθρο 51 του εν λόγω Νόμου, ούτε στις περιπτώσεις υποχρεωτικού αποκλεισμού ούτε στις περιπτώσεις δυνητικού αποκλεισμού, αλλά αποτελεί μια αυθαίρετη προσθήκη στους όρους του διαγωνισμού από την Αναθέτουσα Αρχή.

(γ) Η κατάσχεση της εγγύησης των Αιτητών για τη μη εκτέλεση των συμβάσεων που αναφέρεται στην παράγραφο 1(δ)(i) και (ii) πιο πάνω δεν ήταν εξ υπαιτιότητας των Αιτητών αλλά στις λανθασμένες και ανεφάρμοστες προδιαγραφές που είχαν τεθεί από την Αναθέτουσα Αρχή.

(δ) Και πάλιν κατά τους ισχυρισμούς του δικηγόρου των Αιτητών, δεν δόθηκε δέουσα και επαρκής αιτιολογία κατά παράβαση του περί Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμο, Ν.158(Ι)/1999 περί δέουσας και επαρκούς αιτιολογίας των δυσμενών διοικητικών πράξεων.

Κατά τους ίδιους ισχυρισμούς στην παρούσα περίπτωση, δεν υπάρχει αμφιβολία ότι πρόκειται περί δυσμενούς πράξεως, εφόσον με την επίδικη διοικητική πράξη η Αιτήτρια αποκλείστηκε από το διαγωνισμό και απώλεσε σημαντικά έσοδα. Η Αναθέτουσα Αρχή απέτυχε να συμμορφωθεί με την ανάγκη αιτιολογίας των δυσμενών διοικητικών πράξεων εφόσον δεν παρείχε οποιαδήποτε αιτιολογία για τον αποκλεισμό της Αιτήτριας παρά μόνο αναπαρήγαγε τον όρο 6(i) των εγγράφων του διαγωνισμού. Περαιτέρω η Αναθέτουσα Αρχή δεν αιτιολόγησε καθόλου το γεγονός ότι ενώ ο συγκεκριμένος όρος αναφέρεται σε δυνατότητα αποκλεισμού προσφοροδότη, αυτή ερμήνευσε τον εν λόγω όρο ως υποχρέωση αποκλεισμού. Επιπλέον η Αναθέτουσα Αρχή δεν αιτιολόγησε το γεγονός ότι και μετά την κατάσχεση της εγγύησης πιστής εκτέλεσης της Αιτήτριας το 2005, κατακυρώθηκαν από την ίδια Αναθέτουσα Αρχή στην ίδια Αιτήτρια 4-5 προσφορές που αφορούσαν το ίδιο αντικείμενο με την παρούσα προσφορά, χωρίς να γίνει επίκληση του εν λόγω όρου.

4. Στους πιο πάνω ισχυρισμούς των Αιτητών, η Αναθέτουσα Αρχή απάντησε όπως πιο κάτω:

(α) Οι λόγοι που οι Αιτητές επικαλούνται στην προσφυγή τους και που αναφέρονται στις παραγράφους 2(α)-2(η) πιο πάνω είναι αόριστοι, παντελώς ανυπόστατοι, ανυποστήριχτοι και ανεδαφικοί καθ' ότι τα αρμόδια όργανα εφάρμοσαν ορθά όλες τις πρόνοιες της Νομοθεσίας. Περαιτέρω, κατά τους ίδιους ισχυρισμούς τα αρμόδια όργανα ενήργησαν καθ' όλη τη διαδικασία και έλαβαν υπ' όψη τους κατά τη λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης τις πρόνοιες των εγγράφων του διαγωνισμού, τις οποίες εφάρμοσαν ομοιόμορφα και με πλήρη διαφάνεια για όλους τους διαγωνιζόμενους και επομένως ουδεμία δυσμενή διάκριση έτυχαν οι Αιτητές.

(β) Το Συμβούλιο Προσφορών του Υπουργείου Οικονομικών κατά τη λήψη της απόφασής του στις 4 Ιουλίου, 2007, έλαβε υπ' όψη του ότι οι Αιτητές εμπίπτουν στους λόγους αποκλεισμού που ορίζονται στον όρο 6.1(i) των εγγράφων του διαγωνισμού γιατί απέτυχαν να εκπληρώσουν τις συμβατικές τους υποχρεώσεις με αποτέλεσμα να τους κατασχεθούν οι εγγυήσεις πιστής εκτέλεσης των συμβολαίων για τους διαγωνισμούς (i) 2005T0062 (ημερ. κατάσχεσης 30/5/2005) και (ii) 2004T0047 (ημερ. κατάσχεσης 6/7/2005).

Τούτο, κατά τους ισχυρισμούς της Αναθέτουσας Αρχής, δεν αμφισβητείται από τους Αιτητές, παρά τους ισχυρισμούς τους ότι κατασχέσεις έγιναν για άλλες προσφορές που δεν είχαν το ίδιο αντικείμενο με την παρούσα προσφορά.

Ο όρος 6, όπως και όλοι οι άλλοι όροι των εγγράφων κάθε διαγωνισμού πρέπει κατά τους ίδιους ισχυρισμούς να αναγιγνώσκονται στο πλαίσιο του συνόλου των όρων των εγγράφων του διαγωνισμού για να καταλήξει κάποιος σε σωστή ερμηνεία. Κατά την άποψή μας, τόνισαν, δεν υπάρχει καμία αμφιβολία ότι είναι απόλυτοι και από την ώρα που η Αναθέτουσα Αρχή επέλεξε να τους περιλάβει μέσα στα έγγραφά της, «και σημειώστε ότι αυτοί οι λόγοι αποκλεισμού περιλαμβάνονται στην οδηγία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, και από την ώρα που επιλέγω να τους περιλάβω στα έγγραφα, καθίστανται δεσμευτικοί, είναι δεσμευτικοί ανεξάρτητα από τη λέξη «δύναται» που γράφει εκεί».

Ο όρος 6 πρέπει να διαβαστεί σε συνδυασμό με τον όρο 5.1.1 των εγγράφων του διαγωνισμού, στον οποίο αναφέρεται ρητά και σαφώς ότι δικαίωμα συμμετοχής έχουν αυτοί: *« ... που έχουν καταβάλει το αντίτιμο για την αγορά των εγγράφων προσφορών και οι οποίοι μπορούν να αποδείξουν ότι ικανοποιούν τις απαραίτητες νομικές, οικονομικές και τεχνικές προϋποθέσεις για την προσήκουσα και έγκαιρη εκτέλεση της σύμβασης, νοουμένου ότι δεν εμπίπτουν στους λόγους αποκλεισμού που καθορίζονται στα εν λόγω έγγραφα.»*

Στον όρο 6, στο τέλος (6.2) λει: *«Επιπρόσθετα, αποκλείεται από τη συμμετοχή στη σύμβαση ο προσφέρων: ii δεν πληροί τις προϋποθέσεις της παραγράφου 5.1 πιο πάνω.»* Δηλαδή εμπίπτει στους λόγους αποκλεισμού.

Εν πάση περιπτώσει, ισχυρίστηκαν, «και αν ακόμα θεωρηθεί ότι δεν είναι απόλυτοι και κατά συνέπεια δεσμευτικοί και μπορούν να ερμηνευθούν κατά διακριτική ευχέρεια, το ερώτημα που τίθεται είναι κατά πόσον ενόψει της λειτουργίας αυτών των λόγων και τους σκοπούς τους οποίους αποσκοπούν να εξυπηρετήσουν, που είναι η διασφάλιση της κατάλληλης εκτέλεσης σύμβασης είναι ή όχι ουσιώδεις. Κατά την άποψή μας δεν υπάρχει αμφιβολία ότι είναι ουσιώδεις.»

Κατά τους ισχυρισμούς της Αναθέτουσας Αρχής, με όσα αναφέρονται πιο πάνω, ο όρος 6.1(i) των εγγράφων του διαγωνισμού είναι ουσιώδης και από τη στιγμή που ο όρος αυτός είναι ουσιώδης η προσφορά που παρέβηκε ουσιώδη όρο του διαγωνισμού απορρίπτεται χωρίς άλλο λόγο και δεν χρειάζεται καμία περαιτέρω αιτιολόγηση.

(γ) Τέλος, η Αναθέτουσα Αρχή σχετικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι η απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών και του Υπουργείου Οικονομικών είναι ανατιολόγητη, ισχυρίστηκε ότι πλήρης αιτιολογία παρατίθεται στο κείμενο της επιστολής του Τμήματος Κρατικών Αγορών και Προμηθειών προς τους Αιτητές ημερ. 9 Ιουλίου, 2007 και στο διοικητικό φάκελο.

(δ) Όσον αφορά τους ισχυρισμούς των Αιτητών ότι μετά την κατάσχεση της εγγύησης τους κατακυρώθηκαν σ' αυτούς διάφορες προσφορές, η Αναθέτουσα Αρχή παραδέχθηκε ότι τούτο είναι αληθές αλλά οφείλετο στο γεγονός ότι η Αναθέτουσα Αρχή ακολουθούσε την πρακτική να αποκλείει προσφοροδότες λόγω κατάσχεσης της εγγύησης, λόγω μη πιστής εκτέλεσης της σύμβασης όταν επρόκειτο για συμβάσεις παρομοίου είδους. Κατά τους ίδιους ισχυρισμούς η πρακτική αυτή άλλαξε μετά την πιο πάνω αναφερόμενη γνωμάτευση της εκπροσώπου της Γενικής Εισαγγελίας.

5. Από τα ενώπιόν μας στοιχεία και τα γεγονότα όπως εκτίθενται πιο πάνω και φαίνονται στους σχετικούς φακέλους, και τα επιχειρήματα που έχουν εκτεθεί

τόσο γραπτά όσο και προφορικά κατά την ενώπιόν μας διαδικασία, καταλήγουμε στα ακόλουθα:

Έχουμε την άποψη ότι το βασικό θέμα στην παρούσα υπόθεση είναι αν η αρμοδιότητα που παρέχεται στο αποφασίζον όργανο είναι δέσμια ή αν το αποφασίζον όργανο έχει διακριτική ευχέρεια. Όπως έχει νομολογηθεί από το Ανώτατο Δικαστήριο στην απόφαση (ημερομηνίας 3/6/1997 στην υπόθεση Α/φοι Α & Α Κων/νου Λτδ εναντίον 1. Δήμου Γεροσκήπου, 2. Δημοτικού Συμβουλίου Γεροσκήπου), «δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει όταν με τη διαπίστωση από το όργανο ότι συντρέχουν οι πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις εφαρμογής ορισμένων κανόνων Δικαίου, το όργανο έχει υποχρέωση όπως εκδώσει τη σχετική διοικητική πράξη που προβλέπεται από τους εν λόγω κανόνες Δικαίου. Η δέσμια αρμοδιότητα του οργάνου, υποδηλούται ή υπογραμμίζεται με διατυπώσεις όπως «Το Διοικητικό Όργανο υποχρεούται ή οφείλει να εκδώσει» τη συγκεκριμένη διοικητική πράξη ύστερα από διαπίστωση των πραγματικών και νομικών γεγονότων. Αντίθετα, διοικητική ευχέρεια είναι η δυνατότητα του Διοικητικού Οργάνου να επιλέξει μεταξύ πλειόνων ρυθμίσεων την ευστοχότερη για το δημόσιο συμφέρον. Είναι γνωστή η αρχή όταν στη διοίκηση παρέχεται από το Νόμο εξουσία ενέργειας κατά διακριτική ευχέρεια, η διοίκηση υποχρεούται όταν αποφασίζει να ενεργήσει να κάμει χρήση της ευχέρειας αυτής. Έτσι πράξη που εκδόθηκε ως υποχρεωτική από Αρχή που εξέλαβε πεπλανημένα δέσμια την προς τούτο αρμοδιότητά της, ενώ προς έκδοση της πράξης είχε διακριτική ευχέρεια, είναι παράνομη».

Είναι επίσης καλά νομολογημένο ότι η άσκηση διακριτικής ευχέρειας θα πρέπει να στηρίζεται στη στάθμιση των παραγόντων που ο Νόμος καθόρισε στην Αρχή να σταθμίσει.

Είναι κατά την άποψή μας φανερό ότι το αποφασίζον όργανο, θεώρησε σαν δέσμια την αρμοδιότητά του επικαλούμενο το ουσιώδες του όρου 6.1 και την ανάγκη ομοιόμορφης εφαρμογής του. Δεν συμφωνούμε με την άποψη αυτή και θεωρούμε ότι το Άρθρο 6.1 των όρων του διαγωνισμού καθορίζει διακριτική ευχέρεια στο αποφασίζον όργανο το οποίο θα έπρεπε να την ασκήσει με τη

διερεύνηση όλων των περιστάσεων και των παραμέτρων της υπόθεσης και πως θα έπρεπε να αιτιολογήσει την απόφασή του, κάτι που φανερά δεν έκαμε.

Πέραν των πιο πάνω έχουμε να παρατηρήσουμε ότι και αν ακόμη επί χρόνια η Αναθέτουσα Αρχή ερμήνευε διαφορετικά τον όρο 6.1 των εγγράφων των προσφορών, θα μπορούσε να προβεί σε διόρθωσή του αν έκρινε την εφαρμογή του λανθασμένη, με τη σαφή διατύπωση στους όρους των προσφορών και ειδικότερα στον όρο 6.1.

Έχουμε την άποψη ότι με τον τρόπο που ενήργησε η Αναθέτουσα Αρχή παραβιάζονται οι πρόνοιες των Άρθρων 50 και 51 του Νόμου 158(Ι)/1999.

Παρότι δεν έχει αναφερθεί το ύψος της Σύμβασης για την οποία έγινε κατάσχεση της εγγύησης, είναι ενδεχόμενο εάν η Σύμβαση αυτή ήταν πέραν των £100.000 θα έπρεπε να τηρηθούν οι διατάξεις των Κανονισμών 24, 25 και 26 της Κ.Δ.Π. 115/2004. Τούτο αναφέρεται σαν απλή παρατήρηση.

Σαν αποτέλεσμα των πιο πάνω κρίνουμε ότι η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής παραβιάζει το ισχύον δίκαιο και ως εκ τούτου η προσβαλλόμενη απόφαση ακυρώνεται.