



ΑΝΑΘΕΩΡΗΤΙΚΗ ΑΡΧΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ
TENDERS REVIEW AUTHORITY

Λεωφ. Γρίβα Διγενή 81-83, 2ος όροφος, Τ.Θ. 24820, 1304 Λευκωσία
Τηλ.: 22445100, Φαξ: 22445107, Email: tra@aap.gov.cy, Web: www.tra.gov.cy

Προσφυγή Αρ. 51/2023

Μεταξύ:

HILL INTERNATIONAL N.V. (HILL) – HELLENIC GAS TRANSMISSION SYSTEM
OPERATOR S.A. (DESFA)

Αιτητών

v.

ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ ΦΥΣΙΚΟΥ ΑΕΡΙΟΥ ΛΙΜΙΤΕΔ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών:**

Έφη Παπαδοπούλου, Πρόεδρος
Λοΐζος Κάππας, Μέλος
Γιώργος Αναστασίου, Μέλος
Δήμος Θωμά, Μέλος

Αιτητές:

HILL INTERNATIONAL N.V. (HILL) – HELLENIC GAS
TRANSMISSION SYSTEM OPERATOR S.A. (DESFA)

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Λοΐζο Παπαχαλαμάπους, Δικηγόρο για Κούσιος Κορφιώτης
Παπαχαλαμάπους ΔΕΠΕ
2. Γεωργία Χαραλάμους, Δικηγόρο για Κούσιος Κορφιώτης
Παπαχαλαμάπους ΔΕΠΕ
3. Νικόλαο Λιάπη, HILL-Director

Αναθέτουσα Αρχή:

ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΦΥΣΙΚΟΥ ΑΕΡΙΟΥ ΛΙΜΙΤΕΔ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Νίκη Κλεάνθους, Δικηγόρο για Χρίστος Μ. Τριανταφυλλίδης
ΔΕΠΕ
2. Ανδρέα Γεωργιάδη, Μηχανικό Έργων ΔΕΦΑ
3. Ελένη Τοπούζη, Μηχανικό Έργων ΔΕΦΑ

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 16 Ιανουαρίου 2024

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Η παρούσα Προσφυγή προέκυψε στα πλαίσια επανεξέτασης μετά την ακυρωτική απόφαση στην Προσφυγή 29/2023¹ σε σχέση με το Διαγωνισμό με αρ. DEFA 50/2023 και τίτλο «*Provision of Regulatory, Engineering, Supervision and Operation Services for the Development of the Natural Gas Transmission System in the Republic of Cyprus*».

Στον εν λόγω Διαγωνισμό, ο οποίος προκηρύχθηκε στις 27.01.2023 με τελευταία ημερομηνία υποβολής προσφορών την 14.03.2023, υποβλήθηκαν δύο προσφορές. Των Αιτητών και της κοινοπραξίας KPMG Limited and Asprofos SA («ο Επιτυχών»).

Οι Αιτητές, η προσφορά των οποίων δεν επιλέγηκε λόγω χαμηλότερης βαθμολογίας, με την Προσφυγή τους αρ. 29/2023 έθεταν αριθμό λόγων ακύρωσης οι οποίοι και εξετάστηκαν. Σε σχέση με τρεις από τους λόγους ακύρωσης, κρίθηκε ότι τα ζητήματα που προέκυπταν από τα δηλωθέντα με την προσφορά του Επιτυχόντα δημιουργούσαν ασάφειες οι οποίες δικαιολογούσαν περαιτέρω έρευνα.

Συγκεκριμένα, για τον Key Expert 7, Construction Manager, κο Μπόντη, ο οποίος δηλώθηκε από την Asprofos S.A. ως μόνιμος εργοδοτούμενός της, αλλά στο βιογραφικό του ο ίδιος δήλωνε ότι η εργοδότησή του στην Asprofos S.A.

¹ Consortium Partners HILL INTERNATIONAL N.V. (HILL) – HELLENIC GAS TRANSMISSION SYSTEM OPERATORS S.A. (DESFA) v. Δημόσιας Επιχείρησης Φυσικού Αερίου Λίμιτεδ. ημερ. 26.10.2023

ήταν μέχρι το Δεκέμβριο του 2022. Για τους Εμπειρογνώμονες 9, 10, 14, 15 και 16 οι οποίοι, ενώ είχαν δηλωθεί ως μόνιμο προσωπικό της Asprofos SA, στο βιογραφικό τους οι ίδιοι δήλωναν ότι εργάζονται σε εταιρεία που δεν είχε δηλωθεί ως υπεργολάβος, προέκυπτε ασάφεια η οποία και πάλι θα έπρεπε να διερευνηθεί. Επίσης, σε σχέση με το υποβληθέν έργο Mediterranean Utility αυτό από τα δηλωθέντα δεν προέκυπτε με σαφήνεια κατά πόσο εκτελέστηκε εντός Ευρωπαϊκής Ένωσης, όπως ο όρος 6.4.2 του Μέρους Α των εγγράφων του Διαγωνισμού απαιτούσε. Οι υπόλοιποι λόγοι ακύρωσης που προέβαλαν οι Αιτητές απορρίφθηκαν.

Η εκ νέου κατακύρωση του Διαγωνισμού στον Επιτυχόντα, για την οποία οι Αιτητές ειδοποιήθηκαν με επιστολή ημερ. 15.12.2023, είχε ως αποτέλεσμα την καταχώριση στις 28.12.2023 της παρούσας Προσφυγής, η οποία με τη σύμφωνη γνώμη των μερών ορίστηκε και ακούστηκε στις 09.01.2024.

Για ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης, οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι η Αναθέτουσα Αρχή έχει ενεργήσει αντίθετα με τους όρους του Διαγωνισμού και τη διαδικασία των δημόσιων συμβάσεων, αφού με τις διευκρινίσεις που ζήτησε, έδωσε στον Επιτυχόντα την ευκαιρία να τροποποιήσει εκ των υστέρων την προσφορά του.

Οι Αιτητές, με αναφορά στις απαντήσεις του Επιτυχόντα για το Βασικό Εμπειρογνώμονα 7, για τον οποίο ο Επιτυχών με τις απαντήσεις του αποδέχτηκε ότι από το τέλος του έτους 2022 αυτός δεν ανήκει στο μόνιμο προσωπικό του,

διατηρεί όμως σύμβαση μαζί του για παροχή υπηρεσιών, και ότι για το έργο του Διαγωνισμού έχει από 13.03.2023 υπογράψει σχετική δήλωση, που δεν υποβλήθηκε γιατί δεν απαιτείτο, και στις απαντήσεις για τους Other Experts για τους οποίους και πάλι δέχθηκε ότι είναι μόνιμο προσωπικό της IACO η οποία όμως έχει υπογράψει γενική συμφωνία-πλαίσιο συνεργασίας με δηλωθέντα υπεργολάβο (ENVECO International Limited), υποστηρίζουν ότι οι εκ των υστέρων υποβληθείσες δηλώσεις για το Βασικό Εμπειρογνώμονα 7 και τους Other Experts είναι ανεπίτρεπτες καθ' ότι οδηγούν σε αλλοίωση της προσφοράς του Επιτυχόντα. Η υποβολή των εν λόγω δηλώσεων οι οποίες απαιτείτο να υποβληθούν με την υποβολή της προσφοράς, στην ουσία αποτελεί αλλαγή των όρων της προκήρυξης και παραβίαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών, της διαφάνειας και της χρηστής διοίκησης.

Περαιτέρω, υποστηρίζουν ότι η ενέργεια της Αναθέτουσας Αρχής, μετά την παράλειψη του Επιτυχόντα να υποβάλει τις σχετικές δηλώσεις όταν του ζητήθηκαν με την πρώτη επιστολή της Αναθέτουσας Αρχής ημερ. 28.11.2023 για τις οποίες δήλωσε ότι δεν χρειάζονταν, να τις ζητήσει εκ νέου υπογεγραμμένες είναι ανεπίτρεπτη. Συνιστά παράβαση του όρου 9.5 του Μέρους Α. Η μη υποβολή τους, αναφέρουν, ήταν συνειδητή επιλογή του Επιτυχόντα και όχι εξ αβλεψίας παρατυπία ώστε να τίθεται ζήτημα υποβολής τους. Σ' ό,τι αφορά τους Other

Experts, με παραπομπή σε νομολογία², υποστηρίζουν ότι η χρήση της φράσης «*should*» καθιστά την υποβολή των δηλώσεων επιτακτική και τον όρο ουσιώδη.

Ανεξάρτητα από τα πιο πάνω, οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι ούτε οι δηλώσεις που εκ των υστέρων υποβλήθηκαν είναι σύμφωνες με τον όρο 8.3.2.5(δ) ώστε να μπορούν να γίνουν αποδεκτές. Κι αν ακόμη, όμως, αναφέρουν, ήθελε θεωρηθεί ότι μπορούσαν να γίνουν αποδεκτές κα πάλι δεν υπάρχει συμμόρφωση με τον όρο 9.5 του Μέρους Α ο οποίος προβλέπει ότι «...*Economic operators in this case are obliged, under penalty of disqualification, to supply such missing information within five (5) working days from the day on which they are requested to do so.*».

Σε ό,τι αφορά το υποβληθέν έργο Mediterranean Utility, οι Αιτητές υποστηρίζουν ότι από τα στοιχεία που υποβλήθηκαν στα πλαίσια των διευκρινίσεων και, ανεξάρτητα από τη θέση τους, ότι στο στάδιο που ζητήθηκαν δεν παρείχετο τέτοια δυνατότητα και πάλι με όσα δηλώθηκαν δεν προκύπτει συμμόρφωση με τον όρο 8.3.1.4(c) και τούτο γιατί δεν έχει υποβληθεί δήλωση από την FTI Consulting, η οποία κατ' ισχυρισμό του Επιτυχόντα έχει εκτελέσει το έργο της ΔΕΣΦΑ στην Ελλάδα. Επίσης, με αναφορά σε αλληλογραφία την οποία επισυνάπτουν στη γραπτή τους αγόρευση, υποστηρίζουν ότι ούτε ο όρος 6.4.2 του Μέρους Α πληρούται, αφού ο Επιτυχών δεν έχει εκτελέσει τουλάχιστον 2

² PAG CONSTRUCTION LTD v. Αρχής Ηλεκτρισμού Κύπρου, Υπόθεση Αρ. 224/2011, ημερ. 30.01.2014, GCC Computers Ltd vs Τμήματος Οδικών Μεταφορών, Προσφυγή Αρ. 6/2014, ημερ. 26.06.2014

έργα με αντικείμενο την παροχή ρυθμιστικών υπηρεσιών σε National Gas Transmission System αξίας τουλάχιστον 500.000 ευρώ έκαστο εντός Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Εκ διαμέτρου αντίθετη είναι η θέση της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία υποστηρίζει το καθ' όλα νόμιμο της προσβαλλόμενης απόφασης.

Για σκοπούς συμμόρφωσης με τις διαπιστώσεις της ακυρωτικής απόφασης της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών, αναφέρει, προχώρησε σε επανεξέταση υπό το πραγματικό και νομικό καθεστώς που ίσχυε κατά το χρόνο υποβολής των προσφορών. Ασκώντας το δικαίωμα που της παρέχεται από τον όρο 9.5 του Μέρους Α των εγγράφων του Διαγωνισμού, ζήτησε τόσο από τον Επιτυχόντα όσο και από τους Αιτητές συγκεκριμένες διευκρινίσεις. Από τον Επιτυχόντα ζήτησε όπως αυτός διευκρινίσει τις ασάφειες οι οποίες διαπιστώθηκαν στα πλαίσια της Προσφυγής 29/2023.

Ο Επιτυχών με επιστολή του ημερ. 21.11.2023 διευκρίνισε ότι ο κος Μπόντης εργαζόταν στην Asprofos S.A. την περίοδο που αναφέρεται στο Έντυπο 5 (Ιανουάριος 2022 – Δεκέμβριος 2022) και ακολούθως από 02.01.2023 συνεχίζει να παρέχει τις υπηρεσίες του στην Asprofos S.A. στη βάση υπογεγραμμένης σύμβασης παροχής ανεξάρτητων υπηρεσιών. Ο λόγος που στο Έντυπο 4 δηλώθηκε ως μόνιμο προσωπικό της Asprofos ήταν λόγω της συνεχιζόμενης συνεργασίας που είχαν και ότι υποβλήθηκε και ανυπόγραφη δήλωση, εφόσον ο όρος 8.3.1.5 του Μέρους Α δεν προέβλεπε η δήλωση να είναι υπογεγραμμένη. Η

ανυπόγραφη δήλωση υποβλήθηκε σε περίπτωση που η Αναθέτουσα Αρχή δεν αποδεχόταν τον κ. Μπόντη ως μόνιμο εργοδοτούμενο της Asprofos. Σε κάθε περίπτωση όμως υπάρχει υπογεγραμμένη δήλωση από 12.03.2023 η οποία και μπορεί να υποβληθεί. Ακολούθως, η Αναθέτουσα Αρχή ζήτησε την υποβολή της δήλωσης η οποία και υποβλήθηκε.

Η Αναθέτουσα Αρχή με αναφορά στην C-324/14, *Partner Apelski Dariusz* ημερ. 07.04.2016, υποστηρίζει ότι η αναζήτηση της ενυπόγραφης δήλωσης από το Βασικό Εμπειρογνώμονα 7 σε καμία περίπτωση δεν συμπληρώνει την προσφορά του Επιτυχόντα, εφόσον η μη υποβολή της με την προσφορά του οφείλεται σε εκ παραδρομής σφάλμα. Τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι η εκ των υστέρων υποβολή της δήλωσης δεν συμπληρώνει την προσφορά του Επιτυχόντα τον απορρίπτει ως αβάσιμο. Όπως ο Επιτυχών ανέφερε με την επιστολή του, η ανυπόγραφη δήλωση υποβλήθηκε σε περίπτωση που η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε ότι ο κος Μπόντης δεν ήταν μόνιμος εργοδοτούμενος της Asprofos S.A..

Σε ό,τι αφορά τους Other Experts για τους οποίους ο Επιτυχών απάντησε ότι αυτοί είναι εργοδοτούμενοι της IACO η οποία έχει υπογράψει πλαίσιο συνεργασίας με την εταιρεία Enveco που έχει δηλωθεί υπεργολάβος του Επιτυχόντα, μετά από νομική γνωμάτευση ότι αυτοί δεν μπορούν να θεωρηθούν μόνιμοι εργοδοτούμενοι του υπεργολάβου, ζήτησε όπως υποβληθούν οι σχετικές δηλώσεις οι οποίες και υποβλήθηκαν με ημερομηνία 10.03.2023. Υποστηρίζει ότι εφόσον σύμφωνα με τον όρο 6.4.3 του Μέρους Α η ένταξη Other Experts

στην ομάδα των Key Experts αποτελεί δικαίωμα του προσφέροντα, ο όρος 8.3.2. Section B(d) δεν είναι ουσιώδης με αποτέλεσμα η μη υποβολή τους να είναι επουσιώδης/άνευ σημασίας για τη λήψη της απόφασης κατακύρωσης. Άλλωστε, σύμφωνα με τον όρο 3.2.3 του Μέρους Α, «μικρές αποκλίσεις» θεωρούνται αποκλίσεις που δεν επηρεάζουν την έκταση του αντικειμένου της σύμβασης και την ποιότητα της εκτέλεσής του. Επίσης, σημειώνει ότι ο όρος δεν προβλέπει ποινή αποκλεισμού σε περίπτωση παράλειψης υποβολής των δηλώσεων. Σε κάθε περίπτωση, καταλήγει, ο όρος θα πρέπει να θεωρηθεί επουσιώδης και λόγω του πολύ μικρού ποσοστού συνεισφοράς στο όλο έργο των εν λόγω Experts. Σύνολο αξίας εργασίας 180.000 ευρώ για τους εν λόγω Other Experts στα 15 εκατομμύρια ευρώ και παραπέμπει σχετικά στην *Cybarco Ltd v. Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών*, Προσφυγή 1584/2014, ημερ. 26.03.2015. Η εκ των υστέρων υποβολή των δηλώσεων, καθώς προκύπτει από τις απαντήσεις του Επιτυχόντα και τις ίδιες τις δηλώσεις, είχαν συνταχθεί και υπογραφεί κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς και ο λόγος που δεν υποβλήθηκαν ήταν επειδή οι Αιτητές θεώρησαν ότι εν όψει της συνεργασίας της IACO με την Enveco ήταν μόνιμο προσωπικό της τελευταίας. Η χρήση της φράσης «*should*» δεν καθιστά τον όρο ουσιώδη. Ουσιώδης είναι ο όρος ο οποίος απαιτεί όπως στην προτεινόμενη ομάδα να ενταχθούν 7 Key Experts με συγκεκριμένα προσόντα.

Η Αναθέτουσα Αρχή προς υποστήριξη της θέσης της ότι με τις διευκρινίσεις που ζήτησε από τον Επιτυχόντα δεν υπήρξε παραβίαση της αρχής της ίσης

μεταχείρισης, αναφέρεται και σχολιάζει και τις διευκρινίσεις που στα πλαίσια της επανεξέτασης ζητήθηκαν από τους Αιτητές.

Τέλος, σε ό,τι αφορά το έργο Mediterranean Utility για το οποίο, κατ' ισχυρισμό του Επιτυχόντα στα πλαίσια των διευκρινίσεων, δεν έχει προσκομισθεί δήλωση από την FTI Consulting ότι έχει υλοποιήσει το έργο για τη ΔΕΣΦΑ Ελλάδος, και ότι σύμφωνα με την επιστολή της ΔΕΣΦΑ την οποία επισύναψαν οι Αιτητές στη γραπτή τους αγόρευση τέτοιο έργο δεν υφίσταται, η Αναθέτουσα Αρχή, με παραπομπή στο περιεχόμενο της ιστοσελίδας της ΔΕΣΦΑ όπου το έργο περιγράφεται ότι εκτελέστηκε, απορρίπτει τον ισχυρισμό των Αιτητών ως αβάσιμο. Η περιγραφή του έργου, αναφέρει, όπως δίδεται στην ιστοσελίδα της ΔΕΣΦΑ είναι η ίδια με την περιγραφή όπως αυτή κατατέθηκε στην προσφορά του Επιτυχόντα. Σε κάθε περίπτωση, καταλήγει, ο Επιτυχών με την προσφορά του έχει δηλώσει 5 έργα τα οποία πληρούν τον όρο 8.3.1.4 (c), ενώ 2 μόνο απαιτούνται και το θέμα έχει ήδη κριθεί στα πλαίσια της Προσφυγής 29/2023.

Έχουμε εξετάσει με προσοχή τις θέσεις των μερών υπό το φως του περιεχομένου του διοικητικού φακέλου.

Το πρώτο ζήτημα που πρέπει να εξεταστεί είναι το ζήτημα του Βασικού Εμπειρογνώμονα 7 για τον οποίο σχετικός είναι ο όρος 8.3.1. «Contents of “Eligibility Criteria” Sub-folder», ο οποίος, για ό,τι εδώ ενδιαφέρει προβλέπει τα εξής:

«8.3.1 Contents of “Eligibility Criteria” Sub-folder

[...]

4. For certifying the technical and professional ability of the Tenderer, the following:

a. A list of the personnel employed by the Tenderer under a permanent employment relationship, using Form 4.

b. [...]

c. [...]

d. [...]

5. If the Project Team includes key experts who are not in the permanent employment of the Tenderer, declarations by these persons, stating that a relevant cooperation agreement with the Tenderer exists and that they accept the terms of the tender procedure.

[...]».

Ότι ο όρος σε σχέση με τους Key Experts είναι ουσιώδης έχει γίνει δεκτό και από την Αναθέτουσα Αρχή και ορθά, αφού αυτός εντάσσεται στα κριτήρια επιλογής «“Eligibility Criteria” Sub-folder». Καθώς δε προκύπτει από το σύνολο του όρου 6.4 Technical and Professional ability, οι Key Experts είναι τα πρόσωπα τα οποία στην ουσία θα εκτελέσουν το έργο, κύριο στοιχείο για την απόφαση κατακύρωσης του διαγωνισμού.

Στην **PAIR QUALITYLINK LTD ν. Κυπριακής Δημοκρατίας, μέσω Υπηρεσιών Κοινωνικής Ενημερίας, Προσφυγή Αρ. 136/2012 ημερ. 28.06.2013**, σε σχέση με τους όρους διαγωνισμού αναφέρονται τα εξής:

«[...] Παρά το ότι γενικώς οι όροι διαγωνισμού θεωρούνται ουσιώδεις, οι επί μέρους όροι δυνατόν να διακρίνονται σε ουσιώδεις ή επουσιώδεις, ανάλογα με τη σημασία που κρίνονται ότι έχουν στην όλη συμμετοχή και διαδικασία του διαγωνισμού, (**Tamassos Tobacco Suppliers Ltd ν.**

Δημοκρατίας (1992) 3 Α.Α.Δ. 60). Η κρίση κατά πόσον όρος είναι ή όχι ουσιώδης ανήκει στο Δικαστήριο στη βάση αντικειμενικών κριτηρίων που προδήλως σχετίζονται με τη σημασία που έχει ο όρος για την κατακύρωση της προσφοράς, έχοντας υπόψη ταυτόχρονα ότι ένας δημόσιος διαγωνισμός αποσκοπεί στην εξυπηρέτηση του ευρύτερου δημόσιου συμφέροντος με την παραγωγή έργων κοινής ωφελείας, (Ε. Φιλίππου Ατδ ν. Δημοκρατίας (2004) 3 Α.Α.Δ. 389 και Κοινοπραξία Tasni Enviro Ltd και Telmen Ltd ν. Δημοκρατίας, υπόθ. αρ. 862/2005, ημερ. 4.3.2010).

Η νομολογία επίσης έχει εδραιώσει ότι από τη στιγμή που ένας όρος θεωρείται ουσιώδης και κρίνεται ως τέτοιος από το αναθεωρητικό Δικαστήριο, δεν χωρεί οποιαδήποτε διαφοροποίηση μεταξύ ουσιώδους ή επουσιώδους απόκλισης από τον όρο αυτό, (Αρχή Ηλεκτρισμού Κύπρου ν. Bulk Oil A.G. (1997) 3 Α.Α.Δ. 182 και KB Impuls System Grubh ν. Υπουργείου Δικαιοσύνης, υπόθ. αρ. 681/09, ημερ. 30.11.2010). Και όπως λέχθηκε και στην Multi Klima Maliotis Engineering Ltd ν. Δημοκρατίας (2002) 3 Α.Α.Δ. 401, «Η τελική κρίση για το ουσιώδες όρου μειοδοτικού διαγωνισμού ανήκει στο Δικαστήριο.».

Επίσης, όπως είναι καλά νομολογημένο, οι όροι διαγωνισμού κατά πάγια νομολογία υπέχουν θέση πράξεων κανονιστικού περιεχομένου, η παραβίαση των οποίων οδηγεί σε ακυρότητα (βλ. *Κυπριακή Δημοκρατία ν. S. Kyriakou Euromarket Ltd (2000) 3 ΑΑΔ 692*).

Ότι η Αναθέτουσα Αρχή, τόσο στη βάση του όρου 9.5³ όσο και στη βάση της νομολογίας⁴, έχει τη δυνατότητα αναζήτησης διευκρινίσεων δεν έχει αμφισβητηθεί από τους Αιτητές και ορθά. Εκείνο που έχει αμφισβητηθεί και θα πρέπει να εξεταστεί είναι κατά πόσο με τις διευκρινίσεις που ζητήθηκαν υπήρξε συμπλήρωση της προσφοράς κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης. Εδώ θα πρέπει να σημειώσουμε ότι η θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι δεν υπήρξε παραβίαση της εν λόγω αρχής επειδή ζητήθηκαν και από τους Αιτητές ανάλογες διευκρινίσεις είναι χωρίς σημασία, αφού στο παρόν στάδιο δεν εξετάζεται η νομιμότητα της απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής σ' ό,τι αφορά την προσφορά των Αιτητών, αλλά μόνο του Επιτυχόντα.

Σε σχέση με το ζήτημα των διευκρινίσεων στο σύγγραμμα **Δημήτρης Γ. Ραΐκος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων**, υπό τον τίτλο «Διευκρινήσεις και συμπλήρωση των προσφορών», μεταξύ άλλων αναφέρονται τα πιο κάτω:

«Ο κανόνας που θέτει η νομολογία του Δικαστηρίου, συνιστάται στην απαγόρευση τροποποίησης (λ.χ. βελτίωσης) της προσφοράς ή διόρθωσης των λαθών της. Ειδικότερα, εφόσον έχουν υποβληθεί οι σχετικές προσφορές, αυτές, καταρχήν, δεν μπορούν πλέον να τροποποιηθούν ούτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής ούτε κατόπιν πρωτοβουλίας του υποψηφίου.

³ «9.5 Clarifications on the Tenders

1. The Contracting Entity may, request a Tender to provide clarifications regarding the contents of its Tender, throughout the evaluation procedure. In such a case, the provision of clarifications is mandatory for the Tenderer and is not considered to be a counter-offer.
2. Where information or documentation to be submitted by economic operators is or appears to be incomplete or erroneous or where specific documents are missing, the Contracting Authorities may request the economic operators concerned to submit, supplement, clarify or complete the relevant information of documentation within an appropriate time limit provided that such requests are made in full compliance with the principles of equal treatment and transparency. Economic operators in this case are obliged, under penalty of disqualification, to supply such missing information within **five (5)** working days from the day on which they are requested to do so.
3. From the clarifications supplied by Tenderers in accordance with the above, only those concerning the issues for which they were requested shall be considered. »

⁴ CV Philippou Ltd v Δημοκρατίας, Υπόθεση αρ. 387/2005, ημερ. 24.01.2007

[...]

Περαιτέρω το Δικαστήριο στην ίδια απόφαση κατέστησε σαφές ότι, δεν αντιβαίνει στο ενωσιακό δίκαιο (στην κριθείσα υπόθεση προς το εν λόγω άρθρο 2 της οδηγίας 2004/18), ειδικότερα, η κατεξάιρεση διόρθωση ή κατά περίπτωση συμπλήρωση των δεδομένων της προσφοράς, μεταξύ άλλων, επειδή απαιτείται προφανώς η απλή διευκρίνησή τους ή η διόρθωση πρόδηλων εκ παραδρομής λαθών, υπό τον όρο ότι η τροποποίηση αυτή δεν συνεπάγεται στην πράξη την υποβολή νέας προσφοράς.

Η δυνατότητα αυτή υπηρετεί και την ανάπτυξη επαρκούς ανταγωνισμού μεταξύ των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων και διασφαλίζει ότι προσφορές των υποψηφίων δεν θα απορρίπτονται για ήσσονος σημασίας πλημμέλειες.

[...]

Ωστόσο, δεν αποκλείεται υπό την συνδρομή συγκεκριμένων προϋποθέσεων, να ιδρύεται υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να δεχθεί διόρθωση της προσφοράς, όταν τούτο επιβάλλεται από τις αρχές της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης (λ.χ. λανθασμένης προσφοράς εξαιτίας σφάλματος της αναθέτουσας αρχής), ή την αρχή της αναλογικότητας, από την οποία ενδέχεται να προκύπτει δικαίωμα του προσφέροντος να διορθώσει την προσφορά του ή να άρει την ασάφεια αυτής.

Περαιτέρω το Δικαστήριο με την απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013 (C-336/12) Μανονα, υπογράμμισε ότι «... η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα δεδομένα που περιλαμβάνονται σε έναν τέτοιο φάκελο, αρκεί η αίτηση αυτή να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, όπως ο δημοσιευμένος ισολογισμός, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας. Παρά ταύτα, πρέπει να διευκρινιστεί ότι τα πράγματα θα ήσαν διαφορετικά αν τα έγγραφα της δημόσιας συμβάσεως επέβαλλαν επί ποινή αποκλεισμού από την διαδικασία την κοινοποίηση του εγγράφου ή της πληροφορίας που λείπει. Πράγματι, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρώς αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει...».

[...]

Το Δικαστήριο στην απόφαση C-336/12, δεν υποδεικνύει τη μοναδική δυνατότητα συμπλήρωσης εγγράφων, αλλά αφορά μόνο μια εκ των δυνατοτήτων, ενώ η συμπλήρωση των εγγράφων πρέπει να επιτρέπεται και σε άλλες περιπτώσεις, κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής, υπό την

προϋπόθεση ότι αφενός δεν περιαγάγει αδικαιολόγητα σε ευμενή ή δυσμενή θέση τον υποψήφιο ή τους υποψηφίους στους οποίους ζητήθηκε ή επιτράπη η συμπλήρωση των εγγράφων, και αφετέρου τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια η αναθέτουσα αρχή έχει καθορίσει. Επομένως, μπορεί να επιτρέπεται η συμπλήρωση των εγγράφων τα οποία, αν και δεν υφίσταντο κατά την λήξη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, εντούτοις βεβαιώνουν τη συνδρομή των προγενέστερων πραγματικών περιστατικών που ανάγονται στον κρίσιμο εκείνο χρόνο.

[...]

Επιπρόσθετα, η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση αυτή, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. Ενώ, δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης (παρ. 2 και 3 άρθρου 102 ν. 4412/2016).

Ανάλογα αναφέρονται και στην *Αρχή Ηλεκτρισμού Κύπρου ν. Hydrotech Water And Enviromental Engineering Ltd* (1999) 3 ΑΔΔ 333:

«Έχει νομολογιακά καθιερωθεί ότι η εκ των υστέρων υποβολή στοιχείων τα οποία είναι ουσιώδη κατά την αξιολόγηση μιας προσφοράς είναι ανεπίτρεπτη, γιατί παραβιάζει τις αρχές της χρηστής διοίκησης και ίσης μεταχείρισής των προσφοροδοτών. (Ιδε **Medcon Construction and Others v. The Republic** [1968]3 C.L.R.535). Η Διοίκηση δεν μπορεί να επεμβαίνει για να διορθώνει τα λάθη ή τις παραλείψεις ενός προσφοροδότη όταν μια τέτοια ενέργεια δεν δικαιολογείται από τους όρους της προσφοράς. Στην παρούσα περίπτωση δεν έχουμε καμία αμφιβολία ότι η εφεσίβλητη δεν μπορεί να επικαλεστεί τις πρόνοιες των όρων της προσφοράς και ιδιαίτερα τις πρόνοιες του όρου 17(1) για να δικαιολογήσει την διαφοροποίηση της προσφοράς του ενδιαφερόμενου μέρους. Ο προσφοροδότης πρέπει να βεβαιώνεται προτού υποβάλει την προσφορά του ότι αυτή συνάδει με τους όρους της προσφοράς. Έπεται ότι ο προσφοροδότης του οποίου η προσφορά περιέχει λάθη ή παραλείψεις, δεν μπορεί να επικαλείται την επέμβαση της Διοίκησης για τη διόρθωση των δικών του λαθών με το πρόσχημα της τοποθέτησης του πάνω σε ίση βάση μαζί με τους υπόλοιπους προσφοροδότες.»

Επίσης, στο εγχειρίδιο «*Κυπριακό Δίκαιο των Δημοσίων Συμβάσεων*» του Αχ.

Αιμιλιανίδη διαβάζουμε ότι:

«Η συμμόρφωση με τους όρους της προσφοράς πρέπει να υφίσταται κατά την υποβολή των προσφορών και εκ των υστέρων διόρθωση δεν είναι δυνατή Η υποβολή στοιχείων από τον προσφοροδότη εκ των υστέρων παραβιάζει την αρχή της χρηστής διοίκησης και την αρχή της ισότητας. Δεν είναι επομένως εφικτή υποβολή εγγράφων ή τροποποίηση των εγγράφων που υποβλήθηκαν, ώστε να θεραπεύεται η απόκλιση από ουσιώδη όρο, μέσα από την άσκηση του δικαιώματος της διοίκησης για παροχή διευκρινίσεων.»

Επανερχόμενοι στα γεγονότα της παρούσας, εκείνο το οποίο διαπιστώνουμε είναι ότι η ασάφεια η οποία υπήρχε και την οποία η Αναθέτουσα Αρχή είχε την δυνατότητα να διευκρινίσει, δεν μπορεί να καλύψει και/ή δικαιολογήσει την εκ των υστέρων, με αίτημα βέβαια της Αναθέτουσας Αρχής, υποβολή της απαιτούμενης από τον όρο 8.3.1.5 του Μέρους Α δήλωσης του κ. Μπόντη, ο οποίος σύμφωνα με παραδοχή του Επιτυχόντα δεν ανήκει στο μόνιμο προσωπικό του. Ούτε βέβαια η θέση του Επιτυχόντα ότι ο όρος δεν απαιτούσε όπως η δήλωση είναι υπογεγραμμένη ευσταθεί και τούτο γιατί δεν αντιλαμβανόμαστε ποια μπορεί να είναι η έννοια της φράσης «*Declaration by these person stating that they accept the terms of the tender procedure*» άλλη από την υπογεγραμμένη δήλωση. Δήλωση χωρίς υπογραφή δεν αποτελεί δήλωση. Ούτε ο ισχυρισμός ότι υπήρχε υπογεγραμμένη από τον κ. Μπόντη και δεν υποβλήθηκε βοηθά, αφού δεν υπάρχει οτιδήποτε που να την καθιστά ιστορικό στοιχείο.

Το ερώτημα βέβαια εδώ είναι κατά πόσο η παράλειψη του Επιτυχόντα να υποβάλει τη σχετική δήλωση για τον κ. Μπόντη, οφείλεται σε εκ παραδρομής

σφάλμα ή δεν είχε τέτοιο εύρος για την απόφαση κατακύρωσης ώστε να δικαιολογείται η εκ των υστέρων υποβολή της ή η απουσία της είναι χωρίς σημασία. Με κάθε εκτίμηση προς τον Επιτυχόντα με όσα καταγράφονται στην επιστολή του ημερ. 21.11.2023 είναι ξεκάθαρο ότι η μη υποβολή της δήλωσης δεν οφείλετο σε εκ παραδρομής σφάλμα αλλά σε λανθασμένη και/ή βιαστική μελέτη και αντίληψη του όρου. Σ' ό,τι αφορά τη σημασία υποβολής της σχετικής δήλωσης για την απόφαση κατακύρωσης της προσφοράς δεν μπορεί παρά αυτή να είναι ουσιαστική, αφού όπως έχουμε ήδη αναφέρει οι Key Experts είναι εκείνοι που η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε αναγκαίους για τη συμμετοχή οικονομικού φορέα στο Διαγωνισμό για σκοπούς εκτέλεσης του έργου. Για το συγκεκριμένο μάλιστα Key Expert 7, Construction Manager, μεταξύ άλλων ρητά απαιτείται όπως κατά τη διάρκεια εκτέλεσης του έργου ευρίσκεται στην Κύπρο (*«to be based in Cyprus during construction period»*). Η παράλειψη συνεπώς υποβολής της απαιτούμενης δήλωσης για τον Key Expert 7, η οποία αποτελεί απόκλιση από ουσιώδη όρο, αποτελεί λόγο ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης.

Παρά την κατάληξη μας πιο πάνω, η οποία και οδηγεί σε επιτυχία της Προσφυγής, θα εξετάσουμε και τους υπόλοιπους ισχυρισμούς των Αιτητών για λόγους πληρότητας της απόφασής μας.

Σχετικοί με τους Other Experts είναι οι όροι 6.4.3 και 8.3.2 Section Bd: Project Team του Μέρους Α οι οποίοι προβλέπουν τα εξής:

«6.4. Technical and professional ability

[...]

1. [...]

2. [...]

3. [...]

In addition to the above key experts, Tenderers may also include in the Project Team other experts, if they deem that necessary for the successful implementation of the Contract Scope.

[...]»

«8.3.2 Section B: Project Team

a. [...]

b. [...]

c. [...]

d. If the Project Team includes other experts who are not in the permanent employment of the Tenderer, declarations by these persons should be submitted, stating that a relevant cooperation agreement with the Tenderer exists and that they accept the terms of the tender procedure.».

Σε ό,τι αφορά τους Other Experts, και χωρίς να παραβλέπουμε ότι η υποβολή των δηλώσεων γι' αυτούς συνιστά εκ των υστέρων υποβολή εγγράφων τα οποία έπρεπε να υποβληθούν με την προσφορά, εκείνο το οποίο παρατηρούμε είναι ότι η εκ των υστέρων υποβολή των δηλώσεων θα πρέπει να ιδωθεί υπό το φως της σημασίας της παράλειψης.

Η απόκλιση η οποία υπήρχε με τη μη υποβολή των δηλώσεων εξεταζόμενη υπό το φως των πιο πάνω όρων, της απάντησης του Επιτυχόντα, ότι δηλαδή οι συγκεκριμένοι πέντε Other Experts είναι μόνιμο προσωπικό της IACO η οποία

διατηρεί σύμβαση συνεργασίας με το δηλωθέντα υπεργολάβο του Επιτυχόντα, το γεγονός ότι από τους 38 Other Experts που δηλώθηκαν μόνο για τους συγκεκριμένους πέντε δεν υποβλήθηκαν οι σχετικές δηλώσεις λόγω της σύμβασης εργασίας με τον υπεργολάβο του Επιτυχόντα, η απουσία ισχυρισμού από μέρους των Αιτητών ότι η συμμετοχή των εν λόγω Experts από τεχνικής άποψης είναι ουσιαστική, κρίνουμε ότι η παράλειψη υποβολής των δηλώσεων με την υποβολή της προσφοράς και η υποβολή τους στα πλαίσια διευκρινίσεων δεν συνιστά εκ των υστέρων τροποποίηση της προσφοράς. Σε κάθε περίπτωση, κι εάν ακόμη ο όρος 8.3.2 Section B, Project Team, ήθελε θεωρηθεί ουσιώδης εφόσον εντάσσεται στο περιεχόμενο της τεχνικής προσφοράς, που δεν είναι αυτή η κατάληξή μας, η παράλειψη δεν είναι ουσιαστικής σημασίας για την κατακύρωση λόγω του μικρού αριθμού των Other Experts και της συνεισφοράς τους σε σχέση με όσους δηλώθηκαν (βλ. *Cybarco Ltd v. Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών* πιο πάνω).

Σε ό,τι αφορά τον τελευταίο ισχυρισμό σε σχέση με το υποβληθέν έργο Mediterranean Utility, με κάθε εκτίμηση προς τους Αιτητές δεν αντιλαμβανόμαστε πως είναι δυνατό από τη μια στην ιστοσελίδα τους να προβάλλουν ότι το συγκεκριμένο έργο εκτελέστηκε και από την άλλη ως Αιτητές στα πλαίσια αυτού του Διαγωνισμού και στην προσπάθεια τους να ακυρώσουν την κατακύρωση στον Επιτυχόντα να καταθέτουν δήλωση ότι το συγκεκριμένο έργο για το οποίο εμείς δεν είμαστε σε θέση να κρίνουμε αφού πρόκειται για καθαρά τεχνικό ζήτημα δεν εκτελέστηκε. Στην παρούσα περίπτωση δεν μπορεί

να υποστηριχθεί ότι οι καταγραφές στην ιστοσελίδα τους στο διαδίκτυο δεν είναι αξιόπιστες. Ναι μεν το διαδίκτυο δεν είναι αξιόπιστη πηγή, εδώ όμως πρόκειται για ιστοσελίδα των ιδίων των Αιτητών στην οποία έχουν καθήκον να καταγράφουν πραγματικότητες. Σ' ό,τι αφορά το είδος του έργου, εφόσον οι κατ' εξοχήν ειδικοί, δηλαδή οι τεχνικοί της Αναθέτουσας Αρχής, έκριναν ότι το αναφερόμενο στην ιστοσελίδα της ΔΕΣΦΑ είναι το ίδιο με το υποβληθέν από τον Επιτυχόντα, εμείς ούτε τις γνώσεις διαθέτουμε για να το αμφισβητήσουμε ώστε να επέμβουμε, αλλά ούτε και στη βάση της νομολογίας τεχνικά θέματα ελέγχονται. Συνεπώς ούτε αυτός ο ισχυρισμός των Αιτητών ευσταθεί. Σε κάθε περίπτωση οι αντιφατικές δηλώσεις των Αιτητών για το συγκεκριμένο έργο στην ουσία πλήττουν την αξιοπιστία τους.

Εν όψει όσων έχουμε πιο πάνω αναφέρει η Προσφυγή επιτυγχάνει, η προσβαλλόμενη απόφαση ακυρώνεται χωρίς οποιαδήποτε άλλη διαταγή.