



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. 41/2018

Μεταξύ:

N. ΓΑΒΡΙΗΛ & ΥΙΟΙ ΛΤΔ

Αιτητών

v.

ΤΕΧΝΟΛΟΓΙΚΟΥ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟΥ ΚΥΠΡΟΥ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτητές:

N. ΓΑΒΡΙΗΛ & ΥΙΟΙ ΛΤΔ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Άννα Κ. Χρήστου, Δικηγόρος για Ιωαννίδης Δημητρίου ΔΕΠΕ
2. Άννα Π. Χρήστου, Δικηγόρο για Ιωαννίδης Δημητρίου ΔΕΠΕ
3. Αλεξάνδρα Ελευθερίου, Ασκούμενη δικηγόρο
4. Χρυστάλλα Βασιλείου, Ασκούμενη δικηγόρο

Αναθέτουσα Αρχή:

ΤΕΧΝΟΛΟΓΙΚΟ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΚΥΠΡΟΥ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Κωσταντίνο Μιχαήλ, Δικηγόρο

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 11 Απριλίου, 2019

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Αντικείμενο της παρούσας προσφυγής, είναι η απόφαση του Τεχνολογικού Πανεπιστημίου Κύπρου («η Αναθέτουσα Αρχή»), να αποκλείσει ως εκπρόθεσμη την προσφορά της εταιρείας Ν. ΓΑΒΡΙΗΛ ΚΑΙ ΥΙΟΙ ΛΤΔ («οι Αιτητές») από το διαγωνισμό ΥΔΠ (2)/005/2018, ο οποίος αφορά την *«Ανακαίνιση/ αναδιαρρύθμιση διατηρητέου κτιρίου σε γραφειακούς χώρους και ανέγερση νέου κτιρίου κοινοχρήστων αιθουσών διδασκαλίας για το Τεχνολογικό Πανεπιστήμιο Κύπρου»* («ο διαγωνισμός»).

Σύμφωνα με τα γεγονότα, ο διαγωνισμός προκηρύχθηκε μέσω του ηλεκτρονικού συστήματος e-procurement στις 31.5.2018, με τελευταία ημερομηνία υποβολής προσφορών, μετά από παράταση την 23.7.2018. Στις 18.7.2018, η Αναθέτουσα Αρχή, με την εγκύκλιο αρ. 7 ενημέρωσε τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, ότι, λόγω τεχνικού προβλήματος στο ηλεκτρονικό σύστημα οι προσφορές θα πρέπει να υποβληθούν στο κιβώτιο προσφορών της Αναθέτουσας Αρχής μέχρι τις 12.30μ.μ. της 23.7.2018.

Στις 23.7.2018 και ώρα 12:20μ.μ., η Αρχιτέκτονας κα Κ.Χ., δέχτηκε τηλεφώνημα από άγνωστο πρόσωπο το οποίο ρωτούσε αν προλάμβανε να υποβάλει προσφορά, καθότι ακόμη βρισκόταν στο δρόμο. Η κα Κ.Χ. επειδή δεν ήταν δική της αρμοδιότητα τούς παρέπεμψε να μιλήσουν με το γραφείο προσφορών.

Σύμφωνα με το πρακτικό ανοίγματος των προσφορών, το κιβώτιο προσφορών έκλεισε στις 12.30μ.μ., και οι προσφορές ανοίχθηκαν στις 12.55μ.μ., από εξουσιοδοτημένους λειτουργούς του γραφείου προσφορών οι οποίοι και συνέταξαν το σχετικό πρακτικό. Συνολικά υποβλήθηκαν 3 προσφορές μεταξύ των οποίων και η προσφορά των Αιτητών.

Στα πλαίσια αξιολόγησης των προσφορών η Επιτροπή Αξιολόγησης απέστειλε επιστολή προς τους Αιτητές με την οποία τους ζητούσε την υποβολή διευκρινίσεων και οι Αιτητές ανταποκρίθηκαν.

Μεσούσης της διαδικασίας αξιολόγησης των προσφορών, η Επιτροπή Προσφορών και Αγορών, έλαβε επιστολή από προσφοροδότη ο οποίος αναφέρθηκε για υποψίες εκπρόθεσμης υποβολής μιας από τις άλλες δύο προσφορές που υποβλήθηκαν. Η Επιτροπή Προσφορών και Αγορών σε συνεδρία της ημερ. 3.9.2018 εξέτασε το περιεχόμενο της εν λόγω επιστολής και κατέγραψε στο πρακτικό της τα εξής:

«Η Επιτροπή αφού έλαβε γνώση επιστολής της εταιρείας ZEMCO CONSTRUCTIONS LTD, ημερομηνίας 08/08/2018 (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι) και για να μπορέσει να εξετάσει τους ισχυρισμούς που αναφέρονται στην εν λόγω επιστολή ομόφωνα αποφάσισε τη διακοπή της Συνεδρίας ούτως ώστε οι Βοηθοί Γραμματειακοί Λειτουργοί, Λουκία Παναγιώτου και Χριστίνα Χρίστου, οι οποίες παρέλαβαν τις προσφορές και ετοίμασαν το πρακτικό ανοίγματος για τον πιο πάνω διαγωνισμό, προβούν σε ετοιμασία έκθεσης γεγονότων.

Μετά την παρέλευση μιας ώρας η Επιτροπή επανήλθε και κάλεσε τη Λουκία Παναγιώτου, Βοηθό Γραμματειακό Λειτουργό, να καταθέσει γραπτώς την έκθεση γεγονότων που ετοιμάστηκε (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ), έτσι ώστε να μπορέσει να ελέγξει και τους ισχυρισμούς που περιέχονται στην επιστολή της εταιρείας ZEMCO CONSTRUCTIONS LTD ημερομηνίας 08/08/2018.

Η Χριστίνα Χρίστου, Βοηθός Γραμματειακός Λειτουργός, λόγω απουσίας της με άδεια ασθένειας τέκνου δεν ήταν παρούσα στη σύνταξη της εν λόγω έκθεσης γεγονότων.

Η Επιτροπή στη συνέχεια:

- *αφού μελέτησε προσεκτικά την έκθεση γεγονότων και*
- *αφού έλαβε γνώση του πρακτικού ανοίγματος κιβωτίου προσφορών ημερομηνίας 23/7/2018 (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙΙ) και*
- *λαμβάνοντας υπόψη τις προφορικές απαντήσεις που έλαβε σχετικά με τα νομικά ζητήματα από τη Ζωή Παπαγρηγορίου, Εσωτερική Νομική Σύμβουλο του Πανεπιστημίου*

προχώρησε σε λήψη απόφασης.

ΑΠΟΦΑΣΗ

Η Επιτροπή:

- *μετά από σοβαρή μελέτη όλων των εγγράφων που τέθηκαν ενώπιον της και μετά από διεξοδική συζήτηση και*
- *λαμβάνοντας υπόψη το γεγονός ότι ο οικονομικός φορέας Γ.Ν. ΓΑΒΡΙΗΛ ΚΑΙ ΥΙΟΙ ΑΤΔ άφησε την προσφορά του στο Γραφείο Προσφορών 20 λεπτά μετά την καθορισμένη ώρα λήξης που είχε καθορισθεί και ανακοινωθεί από τα έγγραφα του διαγωνισμού*

ομόφωνα αποφάσισε να μην κάνει αποδεκτή την προσφορά που υποβλήθηκε από τον οικονομικό φορέα Γ.Ν. ΓΑΒΡΙΗΛ ΚΑΙ ΥΙΟΙ ΑΤΔ λόγω της εκπρόθεσμης υποβολής της και εξουσιοδότησε το Γραφείο Προσφορών όπως ενημερώσει την Επιτροπή Αξιολόγησης του πιο πάνω διαγωνισμού να μην προχωρήσει σε περαιτέρω αξιολόγηση της προσφοράς του πιο πάνω αναφερόμενου οικονομικού φορέα».

Στην έκθεση γεγονότων η οποία υπογράφεται από την κα Λ. Παναγιώτου αναφέρονται μεταξύ άλλων τα εξής:

«

- *Στις 23/7/2018 και μέχρι τις 12:20μ.μ. παρελήφθησαν από το Γραφείο Προσφορών 2 προσφορές*
- *Η ώρα 12:50μ.μ. επισκέφθηκε το Γραφείο Προσφορών άτομο της εταιρείας Γ.Ν. Γαβριήλ Ατδ και άφησε στο χώρο του εν λόγω γραφείου*

προσφορά από την εταιρεία αυτή. Είχε προηγηθεί τηλεφωνική ενημέρωση από την εν λόγω εταιρεία ότι ήταν καθοδόν από Λευκωσία και ότι θα καθυστερούσαν

- *Το άνοιγμα και των τριών προσφορών ξεκίνησε η ώρα 13:05 μ.μ. από τους*
 - *Λουκία Παναγιώτου, Βοηθό Γραμματειακό Λειτουργό και*
 - *Χριστίνα Χρίστου, Βοηθό Γραμματειακό Λειτουργό.»*

Ακολούθως, η Επιτροπή Προσφορών και Αγορών σε συνεδρία της ημερ. 13.9.2018, υιοθέτησε την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης ημερ. 10.9.2018 για κατακύρωση του διαγωνισμού στον επιτυχόντα. Σε σχέση με την προσφορά των Αιτητών η Επιτροπή Αξιολόγησης μεταξύ άλλων ανέφερε ότι η προσφορά των Αιτητών με απόφαση της Επιτροπής Προσφορών και Αγορών κρίθηκε εκπρόθεσμη.

Η γνωστοποίηση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού στους Αιτητές, είχε ως αποτέλεσμα την καταχώρηση της παρούσας προσφυγής, με την οποία οι Αιτητές προβάλλουν διάφορους λόγους για ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης.

Ισχυρίζονται, ότι παραβιάστηκαν οι πρόνοιες που διέπουν το άνοιγμα των προσφορών και συγκεκριμένα ο όρος 6.3 του Μέρους Α' των εγγράφων του Διαγωνισμού, σύμφωνα με τον οποίο:

«Η αποσφράγιση των Προσφορών που έχουν έγκαιρα υποβληθεί στο Ηλεκτρονικό Σύστημα Σύναψης Συμβάσεων (www.eprocurement.gov.cy) γίνεται από εξουσιοδοτημένα πρόσωπα μετά την εκπνοή της προθεσμίας υποβολής Προσφορών της παραγράφου 2.20, με τον τρόπο που προβλέπεται στους περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών (Χρήση Ηλεκτρονικών Μέσων) Κανονισμούς (ΚΔΠ249/2009)» .

Εάν ισχυρίζονται, η προσφορά των Αιτητών δεν είχε υποβληθεί εμπρόθεσμα όπως είναι ο ισχυρισμός της Αναθέτουσας Αρχής, τότε γιατί αποσφραγίστηκε και ζητήθηκαν από τους Αιτητές διευκρινίσεις;

Οι Αιτητές, επεσήμαναν ότι σύμφωνα με το πρακτικό ανοίγματος του κιβωτίου προσφορών, εξουσιοδοτημένοι Λειτουργοί έκλεισαν το κιβώτιο προσφορών στις 12:30μ.μ. της 23.7.2018 όταν δε το άνοιξαν στις 12:55μ.μ της ίδιας μέρας, υπήρχε η προσφορά των Αιτητών. Συνεπώς δεν δικαιολογείται η κατάληξη της Αναθέτουσας Αρχής για αποκλεισμό της προσφοράς τους ως εκπρόθεσμης.

Περαιτέρω, οι Αιτητές υποστήριξαν, ότι ο αποκλεισμός της προσφοράς τους έγινε κατά παράβαση των αρχών της χρηστής διοίκησης. Η Αναθέτουσα Αρχή ενώ αρχικά έκρινε την προσφορά τους ως εμπρόθεσμη, ζητώντας μάλιστα διευκρινίσεις επί του περιεχομένου της, στη συνέχεια την απέκλεισε με τον ισχυρισμό ότι είχε λάβει ένσταση από άλλο προσφοροδότη σε σχέση με το εκπρόθεσμο της υποβολής της.

Οι Αιτητές υποστήριξαν επίσης, ότι από το περιεχόμενο των διοικητικών φακέλων δεν προκύπτει κρίση της Επιτροπής Προσφορών και Αγορών, ούτε για το εκπρόθεσμο της προσφοράς τους ούτε για τον αποκλεισμό της. Μόνο στην επιστολή της εταιρείας ZEMCO καταγράφεται υποψία για εκπρόθεσμη υποβολή της. Με αναφορά σε νομολογία, υποστήριξαν ότι δεν δόθηκε επαρκής αιτιολογία για το εκπρόθεσμο της προσφυγής τους, με αποτέλεσμα η επίδικη απόφαση να είναι

προϊόν αυθαιρεσίας και κατάχρησης εξουσίας τα οποία καθιστούν την ακύρωσή της επιβεβλημένη.

Ο επόμενος λόγος ακύρωσης που προβλήθηκε, αφορά την παραβίαση του δικαιώματος ακρόασης, όπως αυτό προβλέπεται από το άρθρο 43 του Ν. 158(Ι)/1999. Σύμφωνα με τους Αιτητές, ενώ ο ισχυρισμός για εκπρόθεσμη υποβολή της προσφοράς του προβλήθηκε μέσω επιστολής άλλου προσφοροδότη, οι ίδιοι δεν ρωτήθηκαν για να τοποθετηθούν επ' αυτού.

Τέλος, οι Αιτητές υποστήριξαν, ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πάσχει λόγω κακής σύνθεσης της Επιτροπής Προσφορών. Υπέδειξαν ότι σε κάποιες συνεδρίες της Επιτροπής Προσφορών απουσίαζε μέλος το οποίο ήταν παρόν σε άλλες συνεδρίες, χωρίς να προκύπτει η ενημέρωση του για τα όσα προηγήθηκαν και/ή συζητήθηκαν κατά την απουσία του. Υπάρχουν κατέληξαν αδικαιολόγητες απουσίες του εν λόγω μέλους από συνεδρίες κατά τις οποίες λήφθηκαν σημαντικές αποφάσεις.

Η Αναθέτουσα Αρχή με αναφορά στο έντυπο της Προσφυγής των Αιτητών όπου αναφέρεται ότι «*Η Αιτήτρια υπέβαλε την προσφορά της στις 23.7.2018 στις 12:50μ.μ. κατόπιν τηλεφωνικής συνεννόησης που είχε ο Διευθυντής της Αιτήτριας με τη Λειτουργό της Αναθέτουσας Αρχής, κα Καλλιρρόη Χ»Χαραλάμπους, η οποία τον ενημέρωσε ότι τον περιμένουν για να παραδώσει και να υποβάλει την προσφορά της Αιτήτριας καθότι δεν είχαν παραλάβει αρκετές προσφορές*» υποστήριξε ότι, εφόσον οι Αιτητές παραδέχονται ότι υπέβαλαν εκπρόθεσμα την προσφορά τους δεν έχουν έννομο συμφέρον. Με την παραδοχή των Αιτητών για υποβολή της προσφοράς

τους στις 12.50μ.μ. το ζήτημα που πρέπει να εξετασθεί είναι εάν η νομολογία επιτρέπει εκπρόθεσμα υποβληθείσα προσφορά να ληφθεί υπόψη.

Η Αναθέτουσα Αρχή, χωρίς να αμφισβητεί ότι στο πρακτικό ανοίγματος των προσφορών δεν αναφέρεται ότι η προσφορά των Αιτητών ήταν εκπρόθεσμη, όπως και ότι ζητήθηκαν και δόθηκαν από τους Αιτητές διευκρινίσεις για την προσφορά τους, υποδεικνύει ότι όταν το ζήτημα ήλθε σε γνώση της Επιτροπής Προσφορών και Αγορών διερευνήθηκε.

Η Επιτροπή Προσφορών και Αγορών υπέδειξε, νόμιμα και ορθά, ακολουθώντας τους όρους του Διαγωνισμού, απέρριψε την προσφορά των Αιτητών αφού αυτή παραβίαζε ουσιώδη όρο του Διαγωνισμού. Το άνοιγμα και η καταγραφή της προσφοράς των Αιτητών από την Επιτροπή ανοίγματος, και στη συνέχεια η μερική αξιολόγηση της δεν επηρεάζει καθ' οιονδήποτε τρόπο. Από τη στιγμή που οι Αιτητές όπως και οι ίδιοι δέχονται υπέβαλαν εκπρόθεσμα την προσφορά τους είτε τους ζητήθηκαν διευκρινίσεις είτε όχι νόμιμα η προσφορά τους αποκλείστηκε.

Με αναφορά σε νομολογία¹, υποστήριξε, ότι ο όρος σε σχέση με το χρόνο υποβολής των προσφορών είναι ουσιώδης. Κατακύρωση του διαγωνισμού τόνισε στους Αιτητές, η προσφορά των οποίων ήταν εκπρόθεσμη, θα ισοδυναμούσε όχι μόνο με κατάχρηση εξουσίας αλλά ταυτόχρονα θα παραβίαζε τις αρχές της χρηστής διοίκησης.

¹ *CBS IT SYSTEMS CYPRUS LIMITED v. ΓΕΝΙΚΟΥ ΛΟΓΙΣΤΗΡΙΟΥ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ, Προσφυγή αρ. 35/2014, ημερ. 18.9.2014*
Petros Metsouka No.2 v. The Republic of Cyprus (1985) 3 C.L.R. 686

Αναφορικά με τον ισχυρισμό ότι παραβιάστηκε το δικαίωμα ακρόασης των Αιτητών απαντά ότι εφόσον ο λόγος αποκλεισμού της προσφοράς τους δεν αφορά τεχνικό και/ή ζήτημα για το οποίο εάν προέκυπτε ασάφεια θα ήταν εύλογο, υπό προϋποθέσεις, να ζητηθούν διευκρινίσεις δεν είχε υποχρέωση να ενημερώσει τους Αιτητές και να τους ακούσει. Ο λόγος αποκλεισμού τους αφορούσε το εκπρόθεσμο υποβολής ή όχι της προσφοράς τους.

Τέλος, η Αναθέτουσα Αρχή δέχεται ότι η Επιτροπή Προσφορών και Αγορών δεν ήταν νόμιμα συγκροτημένη εφόσον η χηρεία της θέσης ενός μέλους της δεν είχε πληρωθεί προτού η Επιτροπή προχωρήσει στην έκδοση οιασδήποτε πράξης ή απόφασης.

Κατά την ενώπιον μας συζήτηση της υπόθεσης, και με δεδομένη την αναφορά στο έντυπο της προσφυγής ότι οι Αιτητές υπέβαλαν την προσφορά τους στις 12.50μ.μ., η δικηγόρος των Αιτητών, σε ερώτηση κατά πόσο οι Αιτητές παραδέχονται ότι υπέβαλαν στις 12.50μ.μ. την προσφορά τους ανέφερε ότι *«Ναι γιατί με πήρανε τηλέφωνο και μου είπαν δεν πήραμε προσφορές και σε περιμένουμε να έρθεις το γράψαμε κιόλας και ο πελάτης μου εάν είναι εδώ να φέρει την λειτουργό και είναι αυτή που άνοιξε τις προσφορές και γι' αυτό τις άνοιξαν 12.55μ.μ. επειδή περίμεναν τους Αιτητές λυπούμαι να το αναφέρω αλλά έτσι είναι. Στις 12.30μ.μ. έκλεινε το κιβώτιο προσφορών και 12.55μ.μ. το άνοιξαν γιατί με πήραν τηλέφωνο και το γράφω στην Προσφυγή»*.

Σε σχέση με το έννομο συμφέρον στην **MARFIN INVESTMENT GROUP ANΩΝΥΜΟΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΩΝ** ν. **Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς Κύπρου**, Αναθ. Έφεση αρ. 159/2011, ημερ. 18.10.2017 αναφέρεται ότι:

«[...] το έννομο συμφέρον είναι το πρώτο θέμα που εξετάζεται από τους λόγους που εγείρονται αυτεπάγγελτα και αποτελεί προϋπόθεση για την ανάληψη δικαιοδοσίας από το Δικαστήριο κάτω από το άρθρο 146 του Συντάγματος. Η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος δεν αφορά μόνο στην προσφυγή, αλλά και στους λόγους ακύρωσης, ώστε να είναι παραδεκτοί, (βλ. **Αναστασίου ν. Δήμου Παραλιμνίου** (2000) 3 Α.Α.Δ. 339 και **Χ'Σωτηρίου κ.ά ν. Δημοκρατίας** (2008) 3 ΑΑΔ 524). Όπως τέθηκε το ζήτημα στην υπόθεση **Δημοκρατία ν Α.Κ. Χατζηϊωάννου & Υίοι** (2005) 3 ΑΑΔ 467:

«... η ύπαρξη έννομου συμφέροντος αποτελεί υποκειμενική προϋπόθεση για να υπάρξει δικαιοδοσία του Ανωτάτου Δικαστηρίου κάτω από το Άρθρο 146 του Συντάγματος. Μόνο αν υπάρχει τέτοιο συμφέρον θα μπορεί το Δικαστήριο να προχωρήσει και να εξετάσει άλλα θέματα που αφορούν την εγκυρότητα ή όχι της επίδικης διοικητικής πράξης, συμπεριλαμβανομένου και εκείνου της συνταγματικότητας.»»

Ως προς το ζήτημα κατά πόσο σε περίπτωση μη νόμιμα συγκροτημένου οργάνου εξετάζεται πρώτα το ζήτημα της συγκρότησης ή η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος στην **Κ.Κ MEDICAL SPECIALIST S.A. ν. Κυπριακής Δημοκρατίας μέσω Υπουργείου Υγείας, Διεύθυνση Αγορών και Προμηθειών**, Υπόθ. Αρ. 510/2012, ημερ. 18.3.2016, αναφέρονται τα εξής:

«Ο ευπαίδευτος δικηγόρος των αιτητών, ισχυρίστηκε στο στάδιο των διευκρινίσεων, ότι θα πρέπει να προηγηθεί η εξέταση από το Δικαστήριο της νομιμότητας της απόφασης συγκρότησης της Επιτροπής Αξιολόγησης, κατά

της οποίας έβαλλε με σχετικό λόγο ακυρώσεως και μετά το ζήτημα του εννόμου συμφέροντος λόγω παράβασης ουσιωδών όρων του διαγωνισμού.

Η εξέταση του εννόμου συμφέροντος αποκλεισθέντος προσφοροδότη, λόγω μη πλήρωσης ουσιώδους όρου του διαγωνισμού, η οποία είναι φανερή ή εύκολα διαπιστώνεται από το περιεχόμενο του διοικητικού φακέλου, (όπως στην παρούσα υπόθεση) και αφορά τις διαγνωστικές διαδικασίες και τους τύπους που πρέπει να τηρηθούν βάσει του διαγωνισμού για την εγκυρότητα προσφοράς, προηγείται της εξέτασης οποιουδήποτε λόγου ακυρώσεως, ακόμα και λόγων ακύρωσης που αφορούν την σύνθεση και αρμοδιότητα των διοικητικών οργάνων που έλαβαν μέρος στην λήψη της διοικητικής πράξης.

Νοείται ότι η απόφαση του διοικητικού οργάνου, θα πρέπει να αφορά τις προϋποθέσεις εγκυρότητας προσφοράς, τους τύπους δηλαδή που τάσσονται και με τους οποίους ο κάθε προσφέρων πρέπει να συμμορφωθεί και δεν αποτελεί προϊόν αξιολόγησης και απόφασης, κατά διακριτική ευχέρεια αξιολογούντος οργάνου, ως προς την επάρκεια, τις δυνατότητες και άλλα θέματα αξιολόγησης και τεχνικής κρίσης σε σχέση με το προσφερόμενο προϊόν, ανέλεγκτα ουσιαστικά από το διοικητικό δικαστήριο, και η οποία αμφισβητείται από τον αιτητή στην προσφυγή του ως προς τη νομιμότητά της, (δεν είναι δηλαδή παραδεκτή). Σε σχέση με το θέμα αυτό, εκτός από την απόφαση της Ολομέλειας του Ανωτάτου Δικαστηρίου, **Δημοκρατία ν. Α. Κ. Χατζηιωάννου** (ανωτέρω), από την οποία παρέθεσα σχετικό απόσπασμα ανωτέρω, παραθέτω επίσης σχετικό απόσπασμα από το σύγγραμμα του **Δ.Γ. Ράικου «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων»**, σελίδες 195 -196, όπου γίνεται και παραπομπή σε αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας:

«Η αρχή της τυπικότητας στους δημόσιους διαγωνισμούς.

Σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας, που αφορά όλες τις διαγωνιστικές διαδικασίες για τις δημόσιες συμβάσεις και όχι μόνο για τις διοικητικές, η αναθέτουσα αρχή, θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής

οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού.

Με βάση την αρχή της τυπικότητας της διαγνωστικής διαδικασίας, όλες οι διατάξεις της διακήρυξης, που αφορούν τους τύπους που πρέπει να τηρηθούν κατά τη διαδικασία αυτή, καθιερώνουν ουσιώδεις όρους (τύπους) με εξαίρεση εκείνους για τους οποίους προκύπτει το αντίθετο, η δε παράβαση αυτών συνεπάγεται το απαράδεκτο της προσφοράς που υποβλήθηκε από τον υποψήφιο.

.....
Ο αποκλεισμός του υποψήφιου, η προσφορά του οποίου δεν είναι σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης δεν καταλείπεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, η οποία υποχρεούται να προβεί στην έκδοση της σχετικής πράξης αποκλεισμού. Επομένως, δεν μπορούν να προβληθούν βάσιμα λόγοι ότι ο αποκλεισμός του υποψηφίου από τον διαγωνισμό στην περίπτωση αυτή έρχεται σε αντίθεση με την αρχή της αναλογικότητας, ή έγινε καθ' υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας και κατά κατάχρηση εξουσίας των οργάνων του διαγωνισμού.

Μάλιστα, στην περίπτωση που η προσβαλλόμενη πράξη εκδίδεται κατά δεσμία αρμοδιότητα, - όπως η προαναφερόμενη -, εάν ο ακυρωτικός δικαστής, ενόψει και του μη αμφισβητούμενου πραγματικού της συγκεκριμένης υπόθεσης, κρίνει ότι, από πλευράς εσωτερικής νομιμότητας, η πράξη αυτή βάλλεται αβασίμως, ότι δηλαδή ο νόμος δεν επιτρέπει την έκδοση της πράξης με το περιεχόμενο που αξιώνει ο αιτών, τότε, και εφόσον δεν πρόκειται για περίπτωση ανυπόστατης πράξης, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση τυπικών λόγων, όπως είναι οι λόγοι περί αναρμοδιότητας, μη νομίμου συγκρότησης ή κακής σύνθεσης γνωμοδοτήσαντος συλλογικού οργάνου. Τούτο δε διότι το διοικητικό όργανο, ακόμη και αν δεν είχε συντελεσθεί η προβαλλόμενη παραβίαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, όφειλε να εκδώσει την πράξη με το ίδιο ακριβώς περιεχόμενο. (ΣτΕ 667/2011, 4231/2000, 530/2003, 2916/2007, 425/2010)».

Απορρίπτεται επομένως ο ισχυρισμός του ευπαιδύτου συνηγόρου για τους αιτητές, ότι προηγείται στην υπόθεση αυτή η εξέταση των λόγων ακύρωσης που αφορούν την συγκρότηση της Επιτροπής Αξιολόγησης από την εξέτασης της κατοχής εννόμου συμφέροντος των αιτητών να προσβάλουν τη νομιμότητα της απόφασης των καθ' ων η αίτηση να κατακυρώσουν την προσφορά στον επιτυχόντα προσφέροντα. Ο λόγος αυτός ακυρώσεως είναι

αλυσιτελής, υπό τις περιστάσεις της υπόθεσης, όπως έχουν αναλυθεί. Σε τίποτα δεν θα ωφελούσε η εξέταση και επιτυχία του λόγου αυτού ακύρωσης τους αιτητές, καθότι και πάλιν η προσφορά τους, ως παραβιάζουσα ουσιώδεις όρους του διαγωνισμού, θα αποκλειόταν».

Έχοντας υπόψη τα πιο πάνω, και την παραδοχή των Αιτητών ότι η προσφορά τους υποβλήθηκε στις 12.50μ.μ., έχουμε την άποψη ότι θα πρέπει πρώτα να εξεταστεί το ζήτημα του εννόμου συμφέροντος.

Είναι καλά νομολογημένο από το Ανώτατο Δικαστήριο, ότι οι προσφέροντες που υποβάλλουν προσφορά που δεν πληροί ουσιώδεις όρους του διαγωνισμού, στερούνται εννόμου συμφέροντος να καταχωρήσουν προσφυγή, και να προβάλουν λόγους ακυρώσεως κατά της διαδικασίας και της ανάθεσης του διαγωνισμού σε άλλο προσφέροντα. Για να αποφασιστεί το ζήτημα της κατοχής εννόμου συμφέροντος υπέρ των Αιτητών αυτοί θα πρέπει να ισχυριστούν και αποδείξουν ότι η προσφορά ήταν σύμφωνα με τους όρους του διαγωνισμού ή ο όρος που παραβιάστηκε ήταν επουσιώδης. Η προκήρυξη ενός διαγωνισμού και οι όροι του αποτελούν πράξη κανονιστικού περιεχομένου που δεσμεύουν τόσο τη διοίκηση όσο και τους διαγωνιζόμενους (βλ. *Αιμίλιος Έλληνας και Σια Ατδ ν. Υπουργείου Οικονομικών κ.ά* (1990) 3 ΑΑΔ 181, *Δημοκρατία ν. S. Kyriakos Euromarket Ltd* (2000) 3ΑΑΔ 699).

Προσφορά που δεν πληροί ουσιώδη όρο ή όρους διαγωνισμού είναι άκυρη και ως εκ τούτου δεν μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο εξέτασης (βλ. *K & M Transport ν.*

E.F.A. and others (1987) 3 CLR 1939). Το κριτήριο για να αποφασιστεί αν όρος διαγωνισμού είναι ουσιώδης, είναι η σημασία που ενέχει η συμμόρφωση με αυτό για να αποφασιστεί η κατακύρωση της προσφοράς. Ουσιώδης είναι ο όρος η τήρηση του οποίου είναι αποφασιστικής σημασίας για τη λήψη και το περιεχόμενο της απόφασης (*Tamassos Tobacco Suppliers and Co. v. Δημοκρατίας (1992) 3 AAD 60*).

Με την παραδοχή των Αιτητών, ότι η προσφορά τους υποβλήθηκε μετά την καθορισμένη από τα έγγραφα του διαγωνισμού ώρα, το πρώτο ερώτημα που πρέπει να απαντηθεί είναι κατά πόσο ο όρος 6.1.3² του Μέρους Α ο οποίος αναφέρεται στο χρόνο υποβολής των προσφορών είναι ουσιώδης. Ο όρος σε σχέση με το χρόνο υποβολής των προσφορών, στην ουσία αποβλέπει στη διασφάλιση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών βασικής αρχής που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς. Διαχρονικά ο όρος αυτός, ερμηνεύεται στενά, και τούτο για να διασφαλίζεται η ουσιαστική ισότητα μεταξύ των προσφοροδοτών. Το δημόσιο συμφέρον άλλωστε, υπαγορεύει, όπως ουσιώδεις όροι του διαγωνισμού ερμηνεύονται αυστηρά χωρίς παρεκκλίσεις οι οποίες τις περισσότερες φορές εγείρουν ερωτηματικά. Σε συμφωνία με την Αναθέτουσα Αρχή θεωρούμε ότι τα αποφασισθέντα στην *Lanitis Solar Ltd κ.α. v. Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών, Υπόθεση 1443/2009* ημερ. 27.7.12 εφαρμόζονται και στην παρούσα.

² 6.1.3 Δεν λαμβάνονται υπόψη και θεωρούνται εκπρόθεσμες, Προσφορές που υποβλήθηκαν μετά την καθορισμένη ημερομηνία και ώρα.

Ο ισχυρισμός των Αιτητών, ότι η Αναθέτουσα Αρχή ανοίγοντας τη προσφορά τους, έχει η ίδια παραβιάσει τον όρο 6.3 του Μέρους Α και συνεπώς εμποδίζεται να την αποκλείσει δεν ευσταθεί. Η υποχρέωση τήρησης ουσιωδών όρων, όπως ο όρος ως προς το χρόνο υποβολής των προσφορών είναι δεσμευτική τόσο για τους προσφοροδότες όσο και την Αναθέτουσα Αρχή. Ουσιώδης όρος, δεν είναι δυνατό εκ των υστέρων να μεταβάλλεται κατ' επίκληση προφορικών συνεννοήσεων ή ενεργειών των μερών. Το γεγονός, ότι η προσφορά των Αιτητών, η οποία είναι παραδεκτό από τους ίδιους ότι υποβλήθηκε εκπρόθεσμα ανοίχθηκε και αξιολογήθηκε μερικώς δεν την καθιστά εμπρόθεσμη. Ούτε και αν ακόμη γίνει δεκτός ο ισχυρισμός τους ότι η υποβολή της έγινε μετά από συνεννόηση με λειτουργό της Αναθέτουσας Αρχής. Το περιεχόμενο και η δεσμευτικότητα ουσιώδους όρου δεν μεταβάλλεται.

Καίτοι ο ισχυρισμός των Αιτητών, ότι η προσφορά τους σύμφωνα με το πρακτικό ανοίγματος, εμφανίζεται να υποβλήθηκε εμπρόθεσμα αφού το κιβώτιο προσφορών έκλεισε στις 12:30μ.μ. και όταν ανοίχθηκε στις 12.55μ.μ., η προσφορά τους ήταν εκεί δεν τους βοηθά ενόψει της δικής τους ρητής παραδοχής ότι υπέβαλαν την προσφορά τους στις 12.50μ.μ. μετά από συνεννόηση με λειτουργό της Αναθέτουσας Αρχής. Το εάν υπήρξε ή όχι κάποια συνεννόηση μεταξύ των Αιτητών και λειτουργού της Αναθέτουσας Αρχής αυτό είναι χωρίς σημασία από τη στιγμή που ο όρος σε σχέση με το χρόνο υποβολής των προσφορών είναι ουσιώδης.

Τα πιο πάνω οδηγούν σε απόρριψη της προσφυγής για λόγους έλλειψης εννόμου συμφέροντος των Αιτητών. Ο λόγος ακύρωσης που αφορά τη νομιμότητα της

συγκρότησης της Επιτροπής Προσφορών και Αγορών υπό τις περιστάσεις της υπόθεσης και συγκεκριμένα της ρητής παραδοχής των Αιτητών ότι υπέβαλαν εκπρόθεσμα την προσφορά τους είναι αλυσιτελής. Η εξέταση και επιτυχία του λόγου για μη νόμιμη συγκρότηση δεν θα ωφελούσε καθ' οιονδήποτε τρόπο τους Αιτητές αφού και πάλιν η προσφορά τους θα αποκλειόταν ως παραβιάζουσα ουσιώδη όρο του διαγωνισμού.

Ανεξάρτητα όμως από την πιο πάνω κατάληξη μας, δεν μπορούμε παρά να εκφράσουμε την αποδοκιμασία μας, για τη διαδικασία η οποία ακολουθήθηκε σε σχέση με τον εν λόγω διαγωνισμό.

Η ανάγκη τήρησης άρθρων πρακτικών όπως είναι γνωστό αποτελεί βασική αρχή του διοικητικού δικαίου, η οποία μάλιστα διατυπώνεται και στο άρθρο 24(1) του περί των Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου, Ν. 158(I)/1999. Η τήρηση πρακτικού όπως τονίστηκε στη *Χρυσάφη ν. Δημοκρατίας (2005) 3 ΑΑΔ 550* συνιστά εχέγγυο χρηστής διοίκησης και προϋπόθεση για την άσκηση αποτελεσματικού δικαστικού ελέγχου της νομιμότητας των διοικητικών πράξεων. Στην παρούσα περίπτωση οι λειτουργοί ανοίγματος των προσφορών καθώς προκύπτει ετοιμάσαν πρακτικό το οποίο κάθε άλλο παρά αντικατοπτρίζει την πραγματικότητα. Καθώς φαίνεται τα πράγματα εξελίχθηκαν όπως ισχυρίζονται οι Αιτητές αφού το πρακτικό ανοίγματος όπως εκ των υστέρων επιχειρήθηκε να τροποποιηθεί με γραπτή δήλωση του ενός μάλιστα λειτουργού που έλαβε μέρος στο άνοιγμα των προσφορών είναι προς την ίδια κατεύθυνση. Στα πλαίσια δημόσιων διαγωνισμών δεν επιτρέπονται συνεννοήσεις που έρχονται σε αντίθεση με τους

όρους του διαγωνισμού όπως δεν επιτρέπεται εκ των υστέρων με προφορική μαρτυρία διόρθωση πρακτικών. Επίσης καθώς προέκυψε κατά την ενώπιον μας συζήτηση της υπόθεσης οι προσφορές δεν υποβλήθηκαν σε κιβώτιο προσφορών αλλά αφέθηκαν σε τραπέζι χωρίς όμως να καταγράφεται ο χρόνος κατάθεσης κάθε προσφοράς ώστε να μην τίθενται εκ των υστέρων ζητήματα. Έχουμε αναφέρει το πιο πάνω για σκοπούς καθοδήγησης της Αναθέτουσας Αρχής και προβληματισμού της στο μέλλον.

Ενόψει όσων έχουμε παραθέσει πιο πάνω ομόφωνα αποφασίζουμε απόρριψη της προσφυγής λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος των Αιτητών και επικύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης.