



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. 45/2018

Μεταξύ:

NEWCYTECH BUSINESS SOLUTIONS LTD

Αιτητών

v.

ΓΕΝΙΚΟΥ ΛΟΓΙΣΤΗΡΙΟΥ ΤΗΣ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτητές:

NEWCYTECH BUSINESS SOLUTIONS LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Αλεξία Κουντουρή-Παπαευσταθίου, Δικηγόρο για Τάσσος Παπαδόπουλος & Συνεργάτες ΔΕΠΕ
2. Φρίξο Νικολάου, Δικηγόρο για Τάσσος Παπαδόπουλος & Συνεργάτες ΔΕΠΕ
3. Ελένη Νεοπτολέμου, Δικηγόρο για Χάρης Κυριακίδης ΔΕΠΕ
4. Κλεονίκη Σαββίδου, Δικηγόρο για Χάρης Κυριακίδης ΔΕΠΕ
5. Ανδρέα Δερμοσονιάδη, Διευθυντή Αιτήτριας Εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΓΕΝΙΚΟ ΛΟΓΙΣΤΗΡΙΟ ΤΗΣ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Ρέα Γεωργίου, Γενική Λογίστρια της Δημοκρατίας
2. Φίλιππο Κατράνη, Ανώτερο Λογιστή
3. Δημήτρη Μαυρομμάτη, Ανώτερο Λογιστή
4. Χρίστο Κυριακίδη, Λειτουργό Γενικού Λογιστηρίου
5. Βερόνικα Κοφτερού, Λειτουργό Γενικού Λογιστηρίου

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 7 Μαΐου, 2019

Η απόφαση μας είναι ομόφωνη. Το Μέλος Λοΐζος Κάππας θα παραθέσει το λόγο διαφοροποίησης του από τα αποφασισθέντα από τον ίδιο στην Προσφυγή 12/2014¹.

¹ MILTIADES – ERMON J.V. v. ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΑΝΑΠΤΥΞΕΩΣ ΥΔΑΤΩΝ, ημερ. 12.6.2014

Ε Ν Δ Ι Α Μ Ε Σ Η Α Π Ο Φ Α Σ Η

Η παρούσα προσφυγή στρέφεται εναντίον της απόφασης του Γενικού Λογιστηρίου της Δημοκρατίας («η Αναθέτουσα Αρχή»), να αποκλείσει τους Αιτητές από το Διαγωνισμό υπ' αρ. 14/2016 και αντικείμενο «*Implementation, maintenance, and operation of an enterprise resource planning system (ERP), providing functionality for accounting, budgeting, human resource management and payroll/pensions*». Οι Αιτητές στα πλαίσια της εν λόγω Προσφυγής καταχώρησαν την υπό εξέταση αίτηση με την οποία ζητούν όπως δοθούν οδηγίες στην Αναθέτουσα Αρχή, να τους επιτρέψει να επιθεωρήσουν α) τους διοικητικούς φακέλους της διαδικασίας προεπιλογής των Προσφοροδοτών (prequalification stage), περιλαμβανομένου του φακέλου της πρότασης/προσφοράς της εταιρείας «Unit 4 Business Software Limited» στο στάδιο προεπιλογής των οικονομικών φορέων, β) τον φάκελο της Προσφοράς της «Unit 4 Business Software Limited» («επιτυχόντα) στο δεύτερο στάδιο της διαδικασίας κατά το οποίο υποβλήθηκαν οι τεχνικές και οικονομικές προσφορές από τους προεπιλεγθέντες οικονομικούς φορείς, και γ) όπως παραταθεί η προθεσμία καταχώρησης της γραπτής τους αγόρευσης 14 ημέρες μετά την έκδοση της ενδιάμεσης απόφασης.

Ο διαγωνισμός, προκηρύχθηκε από το Γενικό Λογιστήριο στις 16.12.2016 με τη χρήση της κλειστής διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Οι Αιτητές, οι

οποίοι πέρασαν με επιτυχία το στάδιο προεπιλογής, και απέκτησαν δικαίωμα υποβολής προσφοράς μετά από πρόσκληση της Αναθέτουσας Αρχής, στις 23.6.2017 καταχώρησαν την προσφυγή 22/17², παραπονούμενοι ότι μεταξύ των οικονομικών φορέων που κρίθηκε κατά το στάδιο της προεπιλογής, ότι πληρούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής, υπήρχαν οικονομικοί φορείς οι οποίοι δεν τις πληρούσαν, και συνεπώς εσφαλμένα κρίθηκε ότι τις πληρούσαν. Η προσφυγή απορρίφθηκε. Κρίθηκε, ότι η απόφαση δεν ήταν εκτελεστή. Τα όποια έννομα αποτελέσματα αυτή επέφερε για τους Αιτητές ήσαν ευνοϊκά, και δεν μπορούμε την ευνοϊκή γι' αυτούς απόφαση να την καταστήσουν δυσμενή επειδή και κάποιοι άλλοι οικονομικοί φορείς κρίθηκαν κατάλληλοι για να κληθούν στο επόμενο στάδιο να υποβάλουν προσφορά. Περαιτέρω κι' εάν ακόμη η απόφαση ήταν εκτελεστή και πάλι οι Αιτητές ως προκριθέντες δεν είχαν καταδείξει την ύπαρξη έννομου συμφέροντος.

Οι Αιτητές δεν αμφισβήτησαν την πιο πάνω απόφαση.

Ακολούθως, τρεις οικονομικοί φορείς μεταξύ των οποίων και οι Αιτητές, κλήθηκαν και υπέβαλαν την προσφορά τους για το δεύτερο στάδιο του διαγωνισμού. Η προσφορά των Αιτητών, αφού αξιολογήθηκε απορρίφθηκε από το στάδιο της τεχνικής αξιολόγησης με απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών σε συνεδρία του ημερομηνίας 11.10.2018. Η προσφορά των Αιτητών, αξιολογήθηκε "C" σε 41 υποχρεωτικές περιπτώσεις από τις 479 του κριτηρίου 3.1

² NewCytech Business Solutions Ltd v. Γενικού Λογιστηρίου, 30.6.2017

«Functionality, Clarity and Presentation Criterion – Per Functional Area» και σε 12 υποχρεωτικές περιπτώσεις από τις 24 περιπτώσεις του κριτηρίου 6.1 «Completeness of Response». Οι Αιτητές τον αποκλεισμό της προσφοράς τους τον θεωρούν παράνομο για λόγους που εξηγούν στην Προσφυγή τους.

Εκκρεμούσης της προσφυγής, εκπρόσωποι των Αιτητών ζήτησαν όπως επιθεωρήσουν τους διοικητικούς φακέλους που τηρεί η Αναθέτουσα Αρχή, αναφορικά με τον συγκεκριμένο διαγωνισμό. Η Αναθέτουσα Αρχή, τους ενημέρωσε ότι δεν θα επέτρεπε την επιθεώρηση σε διοικητικούς φακέλους της διαδικασίας προεπιλογής (prequalification stage) των Προσφοροδοτών, περιλαμβανομένης της αίτησης συμμετοχής του επιτυχόντα όπως και την προσφορά του επιτυχόντα.

Στους Αιτητές επετράπη και επιθεώρησαν τους διοικητικούς φακέλους που αφορούν το δεύτερο στάδιο του διαγωνισμού από το στάδιο υποβολής της προσφοράς τους μέχρι και την απόρριψή της.

Οι Αιτητές προς υποστήριξη του αιτήματός τους, ανέφεραν, ότι η πρόσβαση στους διοικητικούς φακέλους είναι αναγκαία προκειμένου να διαπιστώσουν κατά πόσο ο επιτυχών στο στάδιο της προεπιλογής πληρούσε τους όρους των εγγράφων του διαγωνισμού. Τα άτομα ανέφεραν που δηλώθηκαν ως εμπειρογνώμονες δεν είναι δυνατόν να πληρούσαν τις αντίστοιχες ελάχιστες προϋποθέσεις ως προς την πείρα και τα έργα που όφειλαν να δηλώσουν. Τόνισαν, ότι η Αναθεωρητική Αρχή

Προσφορών, με απόφασή της στα πλαίσια της προσφυγής υπ' αρ. 22/2017 απέρριψε την προσφυγή τους εναντίον της απόφασης προεπιλογής γιατί καθώς έκρινε αυτή ήταν αβάσιμη επειδή τα συμφέροντα των Αιτητών σε εκείνο το στάδιο δεν είχαν θιγεί.

Υποστήριξαν, ότι από τη μελέτη όσων διοικητικών φακέλων τους επετράπη να επιθεωρήσουν, υπάρχουν σοβαρές ενδείξεις, ότι ο επιτυχών δεν πληρούσε τους όρους του διαγωνισμού και ως εκ τούτου δημιουργείται, υποστήριξαν, «σοβαρό υπόβαθρο το οποίο καταδεικνύει την άμεση ανάγκη επιθεώρησης των αιτούμενων φακέλων». Περαιτέρω, αναφέρθηκαν στο άρθρο 12 του περί των Διαδικασιών Προσφυγής στον Τομέα της Σύναψης των Δημοσίων Συμβάσεων Νόμο του 2010, Ν.104(I)/2010 το οποίο προνοεί ότι:

"2. (γ) Ο Αιτητής έχει δικαίωμα επιθεώρησης του Διοικητικού Φακέλου και των σχετικών προσφορών που διατηρούνται στα γραφεία της Αναθέτουσας Αρχής μετά από συνεννόηση με αυτή."

Προς υποστήριξη της θέσης τους, οι Αιτητές, παρέπεμψαν στην ***FBME Bank Ltd v. Κεντρική Τράπεζα της Κύπρου κ.ά.***, υπ' αριθμό 1024/2014, ημερ. 18.12.2015 και στην ***Cyprus Airports Group v. Δημοκρατίας***, Υποθ. 92/04, ημερ. 8.9.2004 .

Η επιθεώρηση των διοικητικών φακέλων της προεπιλογής υποστήριξαν, είναι απαραίτητη για την προετοιμασία της αγόρευσης τους και την προώθηση της υπόθεσης.

Αναφέρθηκαν επίσης στην Οδηγία του Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης ημερ. 21 Δεκεμβρίου 1989 (89/665/ΕΟΚ), για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων, όπου υποδεικνύεται ότι *«είναι αναγκαίο να εξασφαλιστεί, σε όλα τα κράτη μέλη, η ύπαρξη κατάλληλων διαδικασιών με τις οποίες να μπορούν να ακυρώνονται παράνομες αποφάσεις και να αποζημιώνονται τα πρόσωπα που υπέστησαν ζημία λόγω της παραβάσεως»*.

Περαιτέρω με αναφορά σε απόσπασμα από τη *C-496/99, P. CAS Succhi di Frutta SpA* ανέφεραν ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών, αντικείμενο της οποίας είναι η προώθηση της ανάπτυξης υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού μεταξύ όσων μετέχουν σε διαδικασία ανάθεσης σύμβασης, εξυπακούει ότι όλοι οι υποψήφιοι πρέπει να έχουν τις ίδιες ευκαιρίες κατά τη διατύπωση των όρων των προσφορών τους και, ως εκ τούτου, οι όροι που πρέπει να πληρούν οι προσφορές πρέπει να είναι όμοιοι για όλους τους υποψήφιους.

Τέλος οι Αιτητές υποστήριξαν ότι η Αναθέτουσα Αρχή, η οποία οφείλει να προβάλει σαφείς λόγους για την απαγόρευση επιθεώρησης των εγγράφων, πέραν της κατ' ισχυρισμόν έλλειψης εννόμου συμφέροντος των Αιτητών δεν ανέφερε οτιδήποτε άλλο και παρέπεμψαν στο σύγγραμμα «Κυπριακό Δίκαιο των Δημοσίων Συμβάσεων» του Α.Κ. Αιμιλιανίδη, Λευκωσία 2007, όπου στη σελίδα 318 καταγράφονται τα ακόλουθα:

«15.5 Εξέταση Ιεραρχικής Προσφυγής

Ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών θα πρέπει να προσκομίζεται κατά την ακρόαση το σύνολο της απόφασης και ο διοικητικός φάκελος, περιλαμβανομένης της προσφοράς του επιτυχόντος προσφοροδότη, εκτός αν υπάρχουν ισχυροί λόγοι για τους οποίους αυτή δεν πρέπει να προσκομιστεί. Παράλειψη προσκόμισης της προσφοράς οδηγεί σε ακύρωση της κατακύρωσης, διότι καθίσταται αναπόφευκτος ο έλεγχος της απόφασης (βλ. Ιεραρχική Προσφυγή 66/05, Tasni Enviro Ltd ν. Τμήμα Επιθεώρησης Εργασίας, ημερ. 28/9/05, Ιεραρχική Προσφυγή 71/06, Peratica Trading Co Ltd ν. Τμήματος Κρατικών Αγορών και Προμηθειών, ημερ. 3/10/06).»

Ως προς την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος και κατ' επέκταση του δικαιώματος τους για πρόσβαση στους σχετικούς διοικητικούς φακέλους και την προσφορά του επιτυχόντα ανέφεραν επί λέξει τα εξής:

- «ζ) *Είναι η θέση μας ότι, το δικονομικό εμπόδιο που δημιουργεί η ερμηνεία που δίδεται στον όρο «κατοχή εννόμου συμφέροντος» (το οποίο θα μπορούσε να ισχυριστεί κάποιος ΜΟΝΟ για το δεύτερο τμήμα του Διαγωνισμού) δεν μπορεί να παρεμποδίζει την αποτελεσματική άσκηση του δικαιώματος του διοικούμενου να διεκδικήσει και απαιτήσει όπως τυγχάνει ίσης μεταχείρισης.*
- η) *Το ζήτημα αυτό, δηλαδή κατά πόσο ο δικονομικός κανόνας του εθνικού δικαίου με τον οποίο παρεμποδίζεται ο αποτυχών προσφοροδότης του οποίου η προσφορά αποκλείστηκε λόγω μη συμμόρφωσης με όρους των εγγράφων του Διαγωνισμού, να προσβάλλει κατακύρωση άλλου προσφοροδότη που η προσφορά του έγινε δεκτή, παρά το γεγονός ότι η προσφορά του παρουσίαζε παρεμφερείς ουσιώδεις αποκλίσεις, παραβιάζει τις αρχές της ισότητας, της απαγορεύσεως των διακρίσεων, του ελεύθερου ανταγωνισμού και της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, έχει απαντηθεί θετικά από το ΔΕΕ (βλ. T-50/05 Ευρωπαϊκή Δυναμική και C – 496/99 P CAS Succhi di Frutta SpA, ανωτέρω).*

θ) *Εξάλλου, τα δύο αιτήματα I α) και I β) είναι διαφορετικά μεταξύ τους όμως από το δεύτερο στάδιο καθώς κατά την φάση της προεπιλογής οι αιτητές ΔΕΝ έχουν αποκλειστεί, άρα και προφανώς έχουν έννομο συμφέρον για να δουν ολοκληρωμένους τους φακέλους της προεπιλογής, συμπεριλαμβανομένου και της προσφοράς της εταιρείας «Unit 4 Business Software Limited» στο στάδιο προεπιλογής των οικονομικών φορέων».*

Σ' ότι αφορά τους ισχυρισμούς, περί προστασίας του επιχειρηματικού απορρήτου που η Αναθέτουσα Αρχή, επικαλέστηκε με τη γραπτή της αγόρευση, οι Αιτητές τους απορρίπτουν ως κακόπιστους, και αβάσιμους. Κακόπιστους γιατί δεν έχουν εγερθεί με την ένσταση, αλλά μόνο με τη γραπτή αγόρευση, και αβάσιμους γιατί η Αναθέτουσα Αρχή, καίτοι αναφέρθηκε στην υπόθεση *C-450/06 Varec S.A. κατά Βελγικού Δημοσίου Συλλογή Νομολογίας 2008, I-581* παραγνωρίζει ότι θα πρέπει να γίνεται επίκληση του επαγγελματικού απορρήτου από τον ίδιο τον προσφέροντα κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς του και παρέπεμψαν σε σχετική νομολογία³. Ούτε το γεγονός ότι η Αναθέτουσα Αρχή έχει υπογράψει τη σύμβαση με τον επιτυχόντα καθιστά βάσιμη τη θέση της εφόσον δεν τίθεται πλέον ζήτημα ο επιτυχών να υποστεί οποιαδήποτε ζημιά.

Ο ισχυρισμός της Αναθέτουσας Αρχής, υποστηρίζουν, ότι εάν γίνει αποκάλυψη της αίτησης συμμετοχής του επιτυχόντα θα θιγούν τα συμφέροντα του επειδή η αίτηση του μεταξύ άλλων περιλαμβάνει οικονομικές καταστάσεις δεν είναι παρά απλή εικασία. Η Αναθέτουσα Αρχή δεν εξηγεί ποια έγγραφα είναι εμπιστευτικά ούτε πώς οι Αιτητές εάν αυτά αποκαλυφθούν θα αποκτήσουν πλεονέκτημα.

³ *Thermphase Limited v. Κυπριακής Δημοκρατίας* (1990) 3 ΑΑΔ 3951

Επικαλέστηκαν επίσης οι Αιτητές προς υποστήριξη του αιτήματός τους το άρθρο 30.2 του δικαιώματος το οποίο κατοχυρώνει το δικαίωμα της δίκαιης δίκης και σχετική επ' αυτού νομολογία⁴ ως και τα λεχθέντα στην *Solvay SA κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (T-30/91)*:

«Ενόψει της γενικής αρχής της ισότητας των όπλων, η οποία προϋποθέτει ότι, σε μια υπόθεση ανταγωνισμού, η ενδιαφερόμενη επιχείρηση γνωρίζει τον φάκελο που χρησιμοποιείται στη διαδικασία τόσο καλά όσο και η Επιτροπή, δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι η Επιτροπή, αποφασίζοντας σχετικά με μια παράβαση, έχει στην κατοχή της, μόνη αυτή, ορισμένα έγγραφα και έχει τη δυνατότητα να αποφασίσει, μόνη αυτή, να τα χρησιμοποιήσει εναντίον της επιχειρήσεως, και τούτο ενώ η επιχείρηση δεν έχει πρόσβαση σ' αυτά και δεν μπορεί, επομένως, να αποφασίσει, αντιστοίχως, να τα χρησιμοποιήσει ή όχι για την άμυνά της. Εάν αυτό γινόταν δεκτό, τα δικαιώματα άμυνας που έχει η επιχείρηση κατά τη διοικητική διαδικασία θα περιορίζονταν υπερβολικά σε σχέση με τις εξουσίες της Επιτροπής, η οποία θα συσσωρεύε τις εξουσίες της αρχής που ανακοινώνει τις αιτιάσεις με εκείνες της αρχής που αποφασίζει, έχοντας συγχρόνως καλύτερη γνώση του φακέλου απ' ό,τι ο αμυνόμενος».

Η Αναθέτουσα Αρχή, απέρριψε τη θέση των Αιτητών, και υποστήριξε ότι δεδομένου του αποκλεισμού της προσφοράς των Αιτητών οι τελευταίοι δεν νομιμοποιούνται να εγείρουν οποιοδήποτε ζήτημα σε σχέση με την επιλογή του επιτυχόντα ούτε οποιοδήποτε άλλο ζήτημα σε σχέση με την αίτηση συμμετοχής του. Η έκταση ανέφερε του δικαιώματος πρόσβασης στους διοικητικούς φακέλους δεν είναι σε κάθε περίπτωση απεριόριστη αλλά συναρτάται με το έννομο συμφέρον που συνοδεύει το αίτημα για παροχή πρόσβασης σε συγκεκριμένα στοιχεία/διοικητικούς φακέλους.

⁴ Neumeister v. Austria A8 (1968), Dombó Beheer v. Netherlands A274 para. 33 (1933)

Η πρόσβαση εισηγήθηκε θα πρέπει να περιοριστεί στα όσα έχουν ήδη παραχωρηθεί προς επιθεώρηση ήτοι στους διοικητικούς φακέλους που αφορούν το δεύτερο στάδιο του διαγωνισμού και συγκεκριμένα το στάδιο υποβολής της προσφοράς των Αιτητών μέχρι και τη λήψη της σχετικής απόφασης τους στο στάδιο της τεχνικής αξιολόγησης των προσφορών, δεδομένου ότι η προσφορά των Αιτητών έχει αποκλειστεί κατά το στάδιο της τεχνικής αξιολόγησης των προσφορών. Εφόσον ανέφερε οι Αιτητές δεν έχουν έννομο συμφέρον ως αποκλεισθέντες να εγείρουν ζήτημα άλλο εκτός από το ζήτημα του αποκλεισμού της προσφοράς τους δεν έχουν δικαίωμα πρόσβασης στους διοικητικούς φακέλους που αφορούν τον επιτυχόντα αντικείμενο τους παρούσας αίτησης.

Προς υποστήριξη της θέσης της παρέπεμψε σε αριθμό υποθέσεων τόσο του Ανωτάτου Δικαστηρίου⁵ όσο και της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών⁶. Η απόφαση αποκλεισμού της προσφοράς των Αιτητών τόνισε, συνιστά, άσκηση ουσιαστικής κρίσης επί της προσφοράς τους γι' αυτό και παραχωρήθηκε πλήρης πρόσβαση στους διοικητικούς φακέλους που αφορούν το δεύτερο στάδιο του διαγωνισμού κατά το οποίο η προσφορά τους απορρίφθηκε.

Με αναφορά στα έγγραφα του διαγωνισμού (Form 6 – Evaluation Criteria – pages 5 and 9)⁷ ανέφερε, ότι η προσφορά των Αιτητών, η οποία αξιολογήθηκε με το

⁵ CMR CYPRONETWORK MARKETING RESEARCH LIMITED v. Αρχής Τηλεπικοινωνιών Κύπρου, Προσφυγή 976/2003, 6.7.2005, Δημοκρατία v. Μάριος Θεοχαρίδης Λτδ (2008) 3 ΑΑΔ 488,

⁶ Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών v. Εταιρείας EL.NI.A KOKKINOS LTD. Αναθ. Έφεση 105/2011 3.2.2017

⁷ «3.1. ... It is noted that for Use Cases identified as Mandatory (i.e. Category: Mandatory) a rating of A or B must be achieved by the tenderer. A rating of C for Use Cases identified as Mandatory is not acceptable.

σημείο «C» σε αριθμό κριτηρίων, είναι αποκλεισθείσα βάσει των εγγράφων του διαγωνισμού. Η απόφαση αποκλεισμού της προσφοράς των Αιτητών, πρόσθεσε συνιστά άσκηση ουσιαστικής κρίσης, από το αρμόδιο όργανο ήταν δηλαδή αποκλεισμός που προνοείται στα έγγραφα του διαγωνισμού ως «pass or fail», και αυτό είναι που πρέπει να εξεταστεί στην Προσφυγή.

Η Αναθέτουσα Αρχή απαντά επίσης στα επιχειρήματα των Αιτητών για το παράνομο του αποκλεισμού της προσφοράς τους, και μη πλήρωσης όρων του διαγωνισμού από τον επιτυχόντα. Δεν θα τα παραθέσουμε αφού δεν μπορούν να αποτελέσουν τώρα αντικείμενο εξέτασης.

Αναφορικά με το ζήτημα της προστασίας των επιχειρηματικού απορρήτου παραπέμπει στην υπόθεση *C450/06 Varec SA κατά Βελγικού Δημοσίου Συλλογή Νομολογίας 2008, I-581* την οποία επικαλούνται και οι Αιτητές.

Τέλος απέρριψε και τους ισχυρισμούς των Αιτητών ότι η ζητούμενη αποκάλυψη είναι προς το συμφέρον της δικαιοσύνης και συνάδει με την αρχή της ισότητας των όπλων. Το αιτούμενα έγγραφα υπέδειξε από τη στιγμή που δεν είναι σχετικά με το ζήτημα που θα εξεταστεί στην Προσφυγή αυτά δεν μπορεί να είναι καθ' οιονδήποτε τρόπο βοηθητικά για την προώθηση της υπόθεσης των Αιτητών.

Tenderers that obtain a rating of C in any Mandatory Use Case shall be disqualified if any clarifications provided by the Tenderers, following request from the Contacting Authority, are not adequate.

[...]

6.1. ... It is noted that for each HR functional sub-area (as these are defined in Form 11 – HR Functionality Areas) a rating of A or B must be achieved by the tenderer for the Criterion “Completeness of Response”. A rating of C for any HR functional sub-area for the Criterion “Completeness of Response” is not acceptable. Tenderers that obtain a rating of C in any HR functional sub-area shall be disqualified if any clarifications provided by the Tenderers, following request from the Contacting Authority, are not adequate».

Συνεπώς, δεν τίθεται ζήτημα παραβίασης της αρχής της δίκαιης δίκης και ισότητας των όπλων.

Έχουμε εξετάσει τις θέσεις των δύο πλευρών.

Αποτελεί κοινό έδαφος, προκύπτει άλλωστε από την προσφυγή των Αιτητών, ότι η προσφορά τους όπως και η προσφορά του επιτυχόντα κρίθηκαν ότι πληρούσαν τις προϋποθέσεις προεπιλογής (πρώτο στάδιο του διαγωνισμού) εξ' ου και κλήθηκαν να υποβάλουν προσφορά (δεύτερο στάδιο). Η προσφορά των Αιτητών αποκλείστηκε από το στάδιο της τεχνικής αξιολόγησης των προσφορών ως μη πληρούσα ουσιώδη όρο του διαγωνισμού.

Ο διαγωνισμός κατακυρώθηκε στον επιτυχόντα με τον οποίο και υπεγράφη η σχετική σύμβαση μετά την απόφαση για μη χορήγηση προσωρινών μέτρων. Με την προσφυγή τους βέβαια οι Αιτητές αμφισβητούν τη νομιμότητα τόσο του αποκλεισμού της προσφοράς τους όσο και τη νομιμότητα της κατακύρωσης του διαγωνισμού στον επιτυχόντα.

Το ζήτημα το οποίο εδώ καλούμαστε να εξετάσουμε είναι κατά πόσο οι Αιτητές νομιμοποιούνται να επιθεωρήσουν τους διοικητικούς φακέλους που έχουν σχέση με τον επιτυχόντα τόσο κατά το στάδιο της προεπιλογής όσο και κατά το στάδιο υποβολής των προσφορών.

Στην *FBME Bank v. Κεντρικής Τράπεζας Κύπρου*, Υποθ. Αρ. 1024/2014, ημερ. 18.12.2015 στην οποία οι Αιτητές μας παρέπεμψαν σε σχέση με το δικαίωμα επιθεώρησης των διοικητικών φακέλων αναφέρεται:

«είναι νομολογημένο ότι ο διοικητικός φάκελος πρέπει να τίθεται στη διάθεση του αιτητή για επιθεώρηση και πρέπει να παρουσιάζεται στο Δικαστήριο ως τεκμήριο, καθότι η υπόθεση κρίνεται από τους διοικητικούς φακέλους και όχι από τα στοιχεία που τυχόν προσκομίζονται για πρώτη φορά στο στάδιο των αγορεύσεων (*Δημοκρατία v. Δ. Αυλωνίτης & Υιοί Λτδ* (2000) 3 ΑΑΔ 137). Απαιτείται δε η πλήρης αποκάλυψη όλων των δεδομένων που περιβάλλουν και οδηγούν στη λήψη της διοικητικής πράξης για να μπορεί να ασκήσει το Δικαστήριο τον έλεγχο του ως προς τη νομιμότητα της πράξης (*C.D. Hay Properties Ltd v. Δημοκρατίας* (1992) 3 ΑΑΔ 238). Δεν εναπόκειται βέβαια στη διοίκηση να αποφασίζει τι είναι αναγκαίο να παρουσιαστεί στο Δικαστήριο, αλλά οφείλει να προβαίνει σε πλήρη αποκάλυψη όλων των δεδομένων που οδήγησαν στη λήψη της προσβαλλόμενης διοικητικής πράξης και να αφήνεται στο Δικαστήριο η αξιολόγηση της σημασίας του κάθε εγγράφου, όπως ορθά τονίστηκε στην απόφαση του Ναθαναήλ Δ. στην υπόθεση *Κυριάκου Γεωργίου v. Κυπριακής Δημοκρατίας*, Υπόθεση Αρ. 679/2009, ημερομηνίας 28.9.2010, που με παρέπεμψαν οι αιτητές».

Όπως προκύπτει από το εν λόγω απόσπασμα το καθήκον της Αναθέτουσας Αρχής είναι να προβαίνει σε πλήρη αποκάλυψη όλων των δεδομένων που οδήγησαν στη λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης.

Στην *Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών v. Εταιρείας ELNIA KOKKINOS LTD*, Αναθ. Έφεση 105/2011, ημερ. 3.2.2017 αναφέρονται σε σχέση με αποκλεισμό της προσφοράς τα εξής:

«Αποτελεί πάγια νομολογιακή αρχή ότι προσφοροδότης ο οποίος δεν τηρεί με ακρίβεια τους όρους του διαγωνισμού αποκλείεται και δεν έχει έννομο συμφέρον ούτε να διεκδικήσει την προσφορά, ούτε να αμφισβητήσει την κατακύρωση της σε άλλο προσφοροδότη. Δηλαδή, αποκλεισθείς

προσφοροδότης λόγω παραβίασης όρων διαγωνισμού μπορεί να προσβάλει μόνο τον δικό του αποκλεισμό και όχι κατά πόσον η προσφορά που εν τέλει επιλέγηκε πληρούσε ή όχι τους όρους του διαγωνισμού, (βλ. *Tamassos Suppliers v Δημοκρατίας* (1992) 3 Α.Α.Δ. 60, *Multiklima Maliotis Engineering Ltd v Δημοκρατίας* (2002) 3 Α.Α.Δ 401 και *Minico House Ltd v. Δημοκρατίας* (2011) 3 Α.Α.Δ 104). Εφόσον λοιπόν είχε κριθεί ότι η προσφορά της εφεσίβλητης παραβίαζε ουσιώδη όρο του διαγωνισμού, εσφαλμένα το πρωτόδικό Δικαστήριο θεώρησε ότι νομιμοποιείτο να εγείρει προς εξέταση ζητήματα που αφορούσαν το κατά πόσο η προσφορά του ΕΜ πληρούσε ή όχι τους όρους του διαγωνισμού, έστω και κατ' επίκληση του ισχυρισμού για άνιση μεταχείριση της.

Παρόμοιο θέμα εξετάστηκε στην υπόθεση *Δημοκρατία v. Μάριος Θεοχαρίδης Ατδ* (2008) 3 Α.Α.Δ 488, όπου λέχθηκαν τα εξής (σελ 493-494):

«Υπό τις περιστάσεις κρίνουμε ότι οι εφεσίβλητοι – Αιτητές στην προσφυγή, αποκλείστηκαν νόμιμα και για καλό λόγο και κατά συνέπεια δεν νομιμοποιούνταν και δεν είχαν έννομο συμφέρον να προσβάλουν την κατακύρωση της προσφορά στο ενδιαφερόμενο μέρος. Αυτή η κατάληξη μας είναι καθοριστική για την έκβαση της έφεσης, η οποία επιτυγχάνει, δεδομένου ότι το πρωτόδικο δικαστήριο κακώς επιλήφθηκε της προσφυγής των εφεσίβλητων εφόσον αυτοί δεν είχαν έννομο συμφέρον. Κατ' επέκταση δεν τίθεται ζήτημα εξέτασης του κατά πόσον η προσφορά του ενδιαφερομένου μέρους πληρούσε ή δεν πληρούσε τους όρους και προδιαγραφές του διαγωνισμού. Δεν τίθεται επίσης ζήτημα διαπίστωσης άνισης μεταχείρισης των αιτητών – εφεσιβλήτων σε σύγκριση με το ενδιαφερόμενο μέρος. Εφόσον οι εφεσίβλητοι δεν έχουν έννομο συμφέρον στην παρούσα υπόθεση, δεν δικαιούνται να κινήσουν τη διαδικασία του δικαστικού ελέγχου».

Σχετική επί του θέματος είναι η *Wte Wassertechnik Gmbh – Bamag Gmbh Co «Wte Bamag Consortium v. Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών* (2013) 3 Α.Α.Δ 488 όπου (κατά πλειοψηφία) λέχθηκε πως «Το τι αποτελεί ουσιώδη όρο πλειοδοτικού διαγωνισμού έχει, κατ' επανάληψη, αποτελέσει αντικείμενο δικαστικών αποφάσεων. Στην *Tamassos Tobacco Suppliers and Co. v. Δημοκρατίας* (πιο πάνω), αναφέρεται ότι η κρίση κατά πόσο τύπος ο οποίος παραβιάζεται αποτελεί ουσιώδη ή επουσιώδη πρόνοια ανήκει στο πρωτόδικο Δικαστήριο και ότι το κριτήριο για τον καθορισμό της σημασίας και υπόστασης όρου πλειοδοτικού διαγωνισμού είναι η σημασία που ενέχει η τήρηση του για την απόφαση για την κατακύρωση της προσφοράς». [...]

Το πιο πάνω σταθερό αξίωμα υιοθετήθηκε στην πρόσφατη υπόθεση *Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών v. Podium Engineering, Αν. Έφεση Αρ. 192/2010*, ημερ. 29.1.2016, στην οποία επισημάνθηκε ότι η Αναθεωρητική

Αρχή, επιφορτισμένη να εξετάζει τη νομιμότητα αποφάσεων Αναθέτουσας Αρχής ως ιεραρχικά ανώτερο όργανο, οφείλει να ελέγξει το νόμιμο μιας προσφοροδότριας εταιρείας και της προσφοράς της. Και παράλληλα να κρίνει ως «προεξάρχον ζήτημα το έννομο συμφέρον» του προσφοροδότη του οποίου η προσφορά αποκλείστηκε ως εκτός προδιαγραφών. [...].

Έχοντας δε ήδη αποκλειστεί, η εφεσίβλητη δεν μπορούσε να αποκομίσει οποιοδήποτε όφελος από τον αποκλεισμό και της προσφορά του ΕΜ. Η προοπτική της πιθανότητας να προκηρυσσόταν εκ νέου ο διαγωνισμός, τοποθετεί το έννομο συμφέρον της σε μελλοντική και αβέβαιη βάση, θέση που βρίσκεται σε διάσταση με τις προϋποθέσεις άσκησης προσφυγή του Άρθρου 146 του Συντάγματος».

Έχοντας υπόψη τα πιο πάνω θα εξετάσουμε το αίτημα στα πλαίσια που καθορίζουν τα γεγονότα τα οποία έχουμε ήδη παραθέσει.

Αντικείμενο της προσφυγής των Αιτητών είναι ο αποκλεισμός της προσφοράς τους και αυτό είναι που θα εξεταστεί στα πλαίσια της Προσφυγής τους. Αυτό άλλωστε είναι που νομιμοποιούνται να αμφισβητήσουν και τίποτε πέραν τούτου σύμφωνα με τα αποφασισθέντα στην *Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ν. ΕΛ.ΝΙ.Α ΚΟΚΚΙΝΟΣ LTD* (πιο πάνω). Το γεγονός ότι η προσφυγή τους 22/2017 απορρίφθηκε δεν τους νομιμοποιεί τώρα να εξετάσουν τον φάκελο του επιτυχόντα κατά το προκαταρκτικό στάδιο όταν μάλιστα, χωρίς αυτό να είναι αποφασιστικό, δεν αμφισβήτησαν την ορθότητα της απόρριψης της προσφυγής τους. Ούτε το γεγονός ότι έχει υπογραφεί η σύμβαση με τον επιτυχόντα διαφοροποιεί τα πράγματα. Από τη στιγμή που οι Αιτητές το μόνο που νομιμοποιούνται να αμφισβητήσουν σύμφωνα με την *Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ν. Εταιρείας ΕΛ.ΝΙ.Α ΚΟΚΚΙΝΟΣ LTD* (πιο πάνω) είναι την απόφαση αποκλεισμού τους, η

επιθεώρηση του διοικητικού φακέλου σε σχέση με τον επιτυχόντα σε τίποτε δεν μπορεί να τους βοηθήσει για τους σκοπούς της παρούσας προσφυγής. Η επιθεώρηση των διοικητικών φακέλων στα πλαίσια προσφυγής σκοπό έχει να βοηθήσει τον Αιτητή σε σχέση με την υπόθεσή του και τίποτε πέραν τούτου.

Ούτε οι ισχυρισμοί των Αιτητών, για επηρεασμό της δίκαιης δίκης, και ισότητας των όπλων, ευσταθεί. Εφόσον το ζήτημα που θα εξεταστεί, είναι ο αποκλεισμός της προσφοράς τους και τίποτα άλλο, και οι διοικητικοί φάκελοι σε σχέση με αυτή την πτυχή τούς έχουν διατεθεί, δεν τίθεται ζήτημα είτε επηρεασμού της δίκαιης εκδίκασης της υπόθεσης τους είτε παραβίασης της αρχής της ισότητας των όπλων. Υπό τις περιστάσεις της υπόθεσης η αρχή της ισότητας των όπλων δεν έχει καθ' οιονδήποτε τρόπο παραβιασθεί από την Αναθέτουσα Αρχή, εφόσον οτιδήποτε έχει σχέση με τον αποκλεισμό της προσφοράς των Αιτητών τούς το έχει διαθέσει προς επιθεώρηση. Η Αναθέτουσα Αρχή, όπως είχε υποχρέωση, έθεσε στη διάθεση των Αιτητών όσους διοικητικούς φακέλους αφορούν στον αποκλεισμό της προσφοράς τους.

Όσα η Αναθέτουσα Αρχή ανέφερε σε σχέση με το επιχειρηματικό απόρρητο από τη στιγμή που οι Αιτητές το μόνο που νομιμοποιούνται να προσβάλουν και να εξετασθεί είναι ο αποκλεισμός της προσφοράς τους είναι χωρίς σημασία στο παρόν στάδιο και δεν εξετάζεται.

Ενόψει όσων έχουμε πιο πάνω παραθέσει ομόφωνα αποφασίζουμε απόρριψη των αιτημάτων υπό στοιχεία (α) και (β) που αφορούν άδεια επιθεώρησης διοικητικών φακέλων πέραν των διοικητικών φακέλων που αφορούν τον αποκλεισμό της προσφοράς των Αιτητών. Σ' ότι αφορά το αίτημα για παράταση του χρόνου καταχώρησης της γραπτής αγόρευσης των Αιτητών αυτό εγκρίνεται.

Λοΐζος Κάππας: Η απόφαση στην *Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ν. Εταιρείας EL.NI.A KOKKINOS LTD* (πιο πάνω) είναι καθοριστική και συνεπώς τα αποφασισθέντα από εμένα στην υπόθεση 12/2014 δεν τυγχάνουν εφαρμογής στην παρούσα.

Ενόψει των πιο πάνω συμφωνώ με την απόφαση για απόρριψη του αιτήματος.

.....
Έφη Παπαδοπούλου
Πρόεδρος

.....
Λοΐζος Κάππας
Μέλος

.....
Γιώργος Αναστασίου
Μέλος

.....
Σόλων Παπαθεοχάρους
Μέλος

.....
Δήμος Θωμά
Μέλος