



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. 14/2013

Μεταξύ:

Μ.Ε. ΛΕΩΦΟΡΕΙΑ ΑΜΜΟΧΩΣΤΟΥ ΛΤΔ

Αιτούντων

v.

ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

Ζαχαρίας Τουλούρας, Πρόεδρος
Ανδρέας Χριστοφή, Μέλος
Νίκος Πιπτοκοπίτης, Μέλος
Ιωσήφ Ιωσηφίδης, Μέλος
Κυριάκος Συρίμης, Μέλος

Αιτούντες:

Μ.Ε. ΛΕΩΦΟΡΕΙΑ ΑΜΜΟΧΩΣΤΟΥ ΛΤΔ
Αντιπροσωπεύθηκε από τον:
1. Μιχάλη Κυριακίδη, Δικηγόρο

Αναθέτουσα Αρχή:

ΤΜΗΜΑ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ
Αντιπροσωπεύθηκε από τους:
1. Οδυσσέα Μιχαηλίδη, Διευθυντή Ελέγχου
2. Μιχάλη Λαμπρινό, Ανώτερο Εκτελεστικό Μηχανικό
3. Δώρα Λέυτον, Εκτελεστικό Μηχανικό

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 23 Ιουλίου, 2013

ΑΠΟΦΑΣΗ

A. Με την παρούσα Προσφυγή, με αριθμό 14/2013, η Μ.Ε. Λεωφορεία Αμμοχώστου Λτδ, (στο εξής οι Αιτητές), στρέφεται εναντίον της απόφασης του Τμήματος Δημοσίων Έργων του Υπουργείου Συγκοινωνιών και Έργων (στο εξής η Αναθέτουσα Αρχή) να προκηρύξει το Διαγωνισμό με αρ. PS/S/32 που αφορά την «*παροχή υπηρεσιών μίσθωσης λεωφορείων για την μεταφορά μαθητών προς/από σχολεία εντός της Επαρχίας Αμμοχώστου, κατά τις σχολικές περιόδους, για περίοδο δύο (2) ετών, με δικαίωμα παράτασης μέχρι ένα (1) ακόμη έτος*».

B. ΓΕΓΟΝΟΤΑ

1. Σε συνεδρία που πραγματοποιήθηκε στις 5.2.2013 στην παρουσία εκπροσώπων του Υπουργείου Συγκοινωνιών και Έργων, του Τμήματος Οδικών Μεταφορών, του Τμήματος Δημοσίων Έργων και του Τμήματος Ελέγχου, αποφασίστηκε όπως το Τμήμα Δημοσίων Έργων προχωρήσει με την ετοιμασία εγγράφων διαγωνισμών και την προκήρυξη προσφορών για την παροχή υπηρεσιών μίσθωσης λεωφορείων για την μεταφορά μαθητών προς/από σχολεία εντός όλων των επαρχιών κατά τις σχολικές περιόδους, για περίοδο δύο (2) ετών, με δικαίωμα παράτασης μέχρι ένα (1) ακόμη έτος.

2. Το Τμήμα Δημοσίων Έργων προκήρυξε τον Διαγωνισμό με αρ. PS/S/32 στις 5.3.2013 στο ηλεκτρονικό σύστημα σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Ακολουθήθηκε η ανοικτή διαδικασία με κριτήριο ανάθεσης την χαμηλότερη τιμή. Η προϋπολογιζόμενη δαπάνη σύμφωνα με την προκήρυξη είναι €3.539.700,00.

3. Στις 15.3.2013 οι Αιτητές καταχώρησαν την παρούσα Προσφυγή με αρ. 14/2013 στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών (Α.Α.Π.) και στις 21.3.2013 η Α.Α.Π. αποφάσισε τη χορήγηση προσωρινών μέτρων για αναστολή της διαδικασίας ανάθεσης ή της εκτέλεσης πράξης ή απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής ή της υπογραφής της σύμβασης μέχρι την έκδοση τελικής απόφασης της επί της Προσφυγής.

Γ. ΘΕΣΕΙΣ ΑΙΤΗΤΩΝ

Κατά την ενώπιον μας διαδικασία οι Αιτητές ισχυρίστηκαν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι άκυρη για τους πιο κάτω λόγους:

1ος λόγος – Παράβαση Νόμου λόγω μη ύπαρξης προϋπολογισμού

Δεν υπάρχει προϋπολογισμός για τον Διαγωνισμό αυτό στον προϋπολογισμό του Κράτους.

2ος λόγος – Ανυπαρξία σχετικών πιστώσεων

Ως προβλέπεται από τις πρόνοιες του άρθρου 24 του Κανονισμού που εκδόθηκαν δυνάμει του άρθρου 89 περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών και για Συναφή Θέματα Νόμου (Κ.Δ.Π. 201/2007) θα πρέπει η αναθέτουσα αρχή πριν από την προκήρυξη του διαγωνισμού να φροντίζει να εξασφαλίζει τις απαραίτητες πιστώσεις οι οποίες συνίστανται α) ύπαρξη εγκεκριμένου κονδυλίου στον προϋπολογισμό ή β) στην ύπαρξη κονδυλίου εγκεκριμένου από το Υπουργικό Συμβούλιο για το επόμενο έτος.

Ως αναφέρεται στους όρους του διαγωνισμού ο προϋπολογισμός της σύμβασης ανέρχεται στα €3.539.700,00 συμπεριλαμβανομένης και της περιόδου παράτασης της συμφωνίας. Πέραν όμως από την αναφορά αυτή δεν καταδεικνύεται από κάποιο άλλο σημείο ότι η αναθέτουσα αρχή έχει προβεί στις απαραίτητες ενέργειες για εξασφάλιση των προαναφερόμενων πιστώσεων.

Λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω θέσεων, οι Αιτητές εισηγούνται ότι θα πρέπει να ακυρωθεί η απόφαση του Τμήματος Δημοσίων Έργων του Υπουργείου Συγκοινωνιών και Έργων με την οποία προκηρύχθηκε ο διαγωνισμός υπ' αριθμό PS/S/32.

3ος λόγος – Έλλειψη εξουσίας

Ο διαγωνισμός υπ' αριθμό PS/S/32 έχει ως Αναθέτουσα Αρχή το Τμήμα Δημοσίων Έργων του Υπουργείου Συγκοινωνιών. Είναι η θέση των Αιτητών ότι Αναθέτουσα Αρχή του εν λόγω διαγωνισμού θα έπρεπε να είναι το Τμήμα Οδικών Μεταφορών του Υπουργείου Συγκοινωνιών και Έργων.

Για του λόγου το αληθές το τμήμα Οδικών Μεταφορών το οποίο συστάθηκε το 1975 και έκτοτε έχουν παραχωρηθεί σε αυτό όλες οι αρμοδιότητες που αφορούσαν στις οδικές μεταφορές οι οποίες κατατάσσονται σε δύο κατηγορίες. Ασχολούνται με την μελέτη των προβλημάτων που αντιμετωπίζουν οι οδικές μεταφορές με στόχο την βελτίωση των υπηρεσιών που προσφέρονται στο κοινό από τα δημόσια μέσα μεταφοράς και η δεύτερη κατηγορία περιλαμβάνει τις δραστηριότητες που αφορούν τα μηχανοκίνητα οχήματα.

Αναφορικά με το Τμήμα Δημοσίων Έργων, αυτό έχει ιδρυθεί το 1978 με κυριότερες δραστηριότητες την μελέτη και διαχείριση μελετών που εκπονούνται αναφορικά με οδικά έργα, κυβερνητικών κτιρίων και άλλες δραστηριότητες παρόμοιας φύσεως.

Ενόψει των ανωτέρω, το Τμήμα Δημοσίων Έργων δεν είχε την εξουσία να προχωρήσει στην προκήρυξη του διαγωνισμού υπ' αριθμό PS/S/32 γιατί δεν εμπίπτει στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων της όπως αυτό καθορίζεται από το αρμόδιο Υπουργείο. Εν αντιθέσει, Αναθέτουσα Αρχή θα έπρεπε να είναι το Τμήμα Οδικών Μεταφορών του οποίου οι αρμοδιότητες στρέφονται κατά κύριο λόγο στον τομέα των δημόσιων μεταφορών.

4ος λόγος – Παράβαση Ευρωπαϊκού Κανονισμού

Η απόφαση του Τμήματος Δημοσίων Έργων του Υπουργείου Συγκοινωνιών και Έργων, με την οποία προκηρύχθηκε ο υπ' αρ. PS/S/32 Διαγωνισμός για την παροχή υπηρεσιών μίσθωσης λεωφορείων για την μεταφορά μαθητών προς και από σχολεία εντός της επαρχίας Αμμοχώστου παραβιάζει τον Ευρωπαϊκό Κανονισμό (ΕΚ) 1370/2007 για τις δημόσιες επιβατικές σιδηροδρομικές και οδικές μεταφορές.

Ειδικότερα, σύμφωνα με το Άρθρο 3(1) του Ευρωπαϊκού Κανονισμού (ΕΚ) 1370/2007, εφόσον μια αρμόδια αρχή αποφασίζει να χορηγήσει σε φορέα της επιλογής της

αποκλειστικό δικαίωμα ή/και αποζημίωση παντός είδους, σε αντιστάθμιση για την εκπλήρωση υποχρεώσεων παροχής δημόσιας υπηρεσίας, πρέπει να το πράττει στο πλαίσιο σύμβασης παροχής δημόσιας υπηρεσίας.

Η απαιτούμενη βάσει του Ευρωπαϊκού Κανονισμού (ΕΚ)1370/2007 σύμβαση παροχής δημόσιας υπηρεσίας, υπογράφηκε μεταξύ των Αιτητών και του Τμήματος Οδικών Μεταφορών του Υπουργείου Συγκοινωνιών και Έργων στις 2.12.2009, το πεδίο εφαρμογής της οποίας παραβιάζεται με την απόφαση προκήρυξης του διαγωνισμού υπ' αρ. PS/S/32.

5ος λόγος – Παράβαση Σύμβασης ΟΣΕΑ

Επιπρόσθετα, η εν λόγω απόφαση αντίκειται στο άρθρο 26(9) – Παρεχόμενες Υπηρεσίες της εν λόγω σύμβασης, το οποίο προβλέπει ότι «Οδηγία που εκδίδεται με βάση τους παρόντες όρους και επιφέρει ουσιαστικές μεταβολές στο στόλο του Ανάδοχου ή που επηρεάζει την έκταση των Υπηρεσιών σε ουσιαστικό βαθμό, εκδίδεται από την Αναθέτουσα Αρχή, η οποία εκδίδει την εν λόγω Οδηγία, αφού διαβουλευτεί με τον Ανάδοχο».

Η προκήρυξη του διαγωνισμού υπ' αριθμό PS/S/32 θα επιφέρει ουσιαστικές μεταβολές στο στόλο των Αιτητών, καθώς εάν παραχωρηθεί στους επιτυχόντες προσφοροδότες – αναδόχους του εν λόγω διαγωνισμού μέρος των υπηρεσιών οδικής επιβατικής μεταφοράς που μέχρι σήμερα πραγματοποιούσαν οι Αιτητές, τα δρομολόγια των Αιτητών θα μειωθούν και συνεπώς θα επέλθουν μεταβολές τόσο στον αριθμό των λεωφορείων που χρησιμοποιούν οι Αιτητές, όσο και στον αριθμό των εργαζομένων που εργοδοτούνται από αυτούς.

Περαιτέρω, η Αναθέτουσα αρχή δεν ζήτησε ή/και δεν έλαβε προηγουμένως πληροφορίες από τις εταιρείες λεωφορείων που διεξάγουν μέχρι και σήμερα τα εν λόγω δρομολόγια προκειμένου να διαφανεί το όφελος ή όχι από πιθανό διαχωρισμό των μαθητικών διαδρομών χωρίς να τους δίδουν έτσι το δικαίωμα να εκθέσουν τις θέσεις τους πριν από την λήψη της απόφασης για προκήρυξη του διαγωνισμού.

Ενόψει των πιο πάνω, είναι προφανές ότι προτού ληφθεί από τους καθ' ων η Αίτηση η απόφαση προκήρυξης αυτού του δημόσιου διαγωνισμού, έπρεπε να υπάρξει διαβούλευση με τους Αιτητές και ύστερα έπρεπε να εκδοθεί αντίστοιχη Οδηγία, πράγμα που δεν έγινε ως έπρεπε, δυνάμει του άρθρου 26(9) της σύμβασης.

6ος λόγος – παράβαση νόμου λόγω μη τήρησης προθεσμιών

Οι προθεσμίες για την παραλαβή των αιτήσεων συμμετοχής και για τη παραλαβή των προσφορών, ρυθμίζονται στο άρθρο 43 του περί Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών και για Συναφή θέματα Νόμου (Ν. 12(Ι)/2006). Στις ανοικτές διαδικασίες η ελάχιστη προθεσμία για την υποβολή των προσφορών ανέρχεται στις 52 ημέρες από την ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης του διαγωνισμού.

Στην προκειμένη περίπτωση, ήτοι στον διαγωνισμό υπ' αρ. PS/S/32, η ημερομηνία προκήρυξης και δημοσίευσης των όρων του διαγωνισμού έγινε στις 7.3.2013, ενώ η προθεσμία υποβολής των προσφορών καθορίστηκε στις 26.4.2012. Αυτό καταδεικνύει ότι η προθεσμία για την υποβολή των προσφορών στον εν λόγω διαγωνισμό ανέρχεται στις 50 ημέρες, κατά παράβαση του Ν. 12(Ι)/2006 που ρητά προστάζει ως ελάχιστη προθεσμία τουλάχιστον προθεσμία 52 ημερών.

7ος λόγος – παραβίαση νομοθεσίας από όρους του διαγωνισμού

Ο όρος 6.2.3(β) του Μέρους Α-Οδηγίες προς Οικονομικούς Φορείς, ο οποίος αναφέρεται στις απαιτήσεις για τα λεωφορεία που θα χρησιμοποιούνται για την παροχή των υπηρεσιών. Σύμφωνα με τον όρο αυτό, οι Οικονομικοί Φορείς θα πρέπει υποχρεωτικά να κατέχουν ή να είναι σε θέση να αποκτήσουν λεωφορεία που θα ικανοποιούν τις ακόλουθες προϋποθέσεις κατά την ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Επιπρόσθετα, τα λεωφορεία που θα χρησιμοποιηθούν θα πρέπει να πληροί και τις κατωτέρω προϋποθέσεις:

- α) Να είναι εφοδιασμένα με άδεια οδικής μεταφοράς επιβατών («Άδεια Ε») με βάση τις διατάξεις του άρθρου 15 του περί Οδικού Μεταφορέα Νόμου, για να εκτελούν εσωτερικές οδικές μεταφορές σε έκτακτες γραμμές.
- β) η ημερομηνία πρώτης εγγραφής των λεωφορείων σε οποιαδήποτε χώρα να είναι κατά ή μετά την 1η Ιανουαρίου 1993,
- γ) να διαθέτουν σύστημα κλιματισμού
- δ) να διαθέτουν ζώνες ασφαλείας σε όλα τα καθίσματα.

Ο όρος αυτός ουσιαστικά αποκλείει τους Αιτητές από το διαγωνισμό PS/S/32 με τίτλο «Παροχή Υπηρεσιών Μίσθωσης Λεωφορείων για την Μεταφορά Μαθητών από/προς σχολεία εντός της επαρχίας Αμμοχώστου».

Παράλληλα παραβιάζονται τα άρθρα 2, 4 και 16 του Περί Πρόσβασης στο Επάγγελμα Οδικού Μεταφορέα Νόμου του 2001 (Ν.101(Ι)/2001). Σύμφωνα με τις πρόνοιες των άρθρων αυτών απαγορεύεται σε οποιαδήποτε επιχείρηση να ασκεί το επάγγελμα του οδικού μεταφορέα επιβατών εκτός εάν κατέχει άδεια άσκησης του επαγγέλματος του οδικού μεταφορέα επιβατών. Οι παρούσες υπηρεσίες δεν εμπίπτουν στις εξαιρέσεις που προβλέπονται στα άρθρα αυτά. Στους όρους του διαγωνισμού προβλέπεται ότι οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να έχουν την άδεια αυτή ή να αποδεικνύουν ότι πληρούν τις προϋποθέσεις για να την αποκτήσουν.

Δ. ΘΕΣΕΙΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ

Κατά την ενώπιον μας διαδικασία, η Αναθέτουσα Αρχή απέρριψε τους ισχυρισμούς των Αιτητών, αναφέροντας τα πιο κάτω:

Η Αιτιολογική Σκέψη 13 της Ευρωπαϊκής Οδηγίας καταδεικνύει ξεκάθαρα ότι αυτό που ήθελε η Ευρωπαϊκή Οδηγία να καλύψει είναι τη μη Ανάθεση και Υπογραφή Σύμβασης:

«(13) Προκειμένου να καταπολεμηθεί η παράνομη απευθείας ανάθεση συμβάσεων την οποία το Δικαστήριο έχει χαρακτηρίσει ως τη σημαντικότερη παράβαση του κοινοτικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις εκ μέρους μιας αναθέτουσας αρχής ή ενός αναθέτοντος φορέα, θα πρέπει να προβλέπεται αποτελεσματική, αναλογική και αποτρεπτική κύρωση. Κάθε σύμβαση που προκύπτει από παράνομη απευθείας ανάθεση θα πρέπει συνεπώς να θεωρείται

καταρχήν ανενεργή. Το ανενεργό δεν θα πρέπει να έχει αυτόματο χαρακτήρα, αλλά να κηρύσσεται από ανεξάρτητο όργανο προσφυγής ή θα πρέπει να προκύπτει από απόφαση ανεξαρτήτου οργάνου προσφυγής[...].»

«(18) Για την πρόληψη σοβαρών παραβάσεων της υποχρεωτικής ανασταλτικής προθεσμίας και της αυτόματης αναστολής, που αποτελούν προϋποθέσεις αποτελεσματικής προσφυγής, χρειάζονται αποτελεσματικές κυρώσεις. Οι συμβάσεις οι οποίες συνάπτονται κατά παραβίαση της ανασταλτικής προθεσμίας ή της αυτόματης αναστολής θα πρέπει να θεωρούνται επομένως ανενεργές».

Εξηγείται λοιπόν ότι εάν παραβιαστούν αυτές οι προθεσμίες ή το διάταγμα το εργαλείο είναι η κήρυξη της Σύμβασης ανενεργού.

Αναφορικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι δεν υπάρχει προϋπολογισμός και πιστώσεις απάντησαν ότι υπάρχει κονδύλι 65 εκ. Ευρώ κάτω από το κεφάλαιο Δημόσιων Επιβατικών Μεταφορών στο Τμήμα Οδικών Μεταφορών (TOM), πράγμα που είναι η πλέον συνήθης πρακτική και αντικατοπτρίζεται και στον Οδηγό Βέλτιστων Πρακτικών του Γενικού Λογιστηρίου μία Αναθέτουσα Αρχή να προκηρύσσει διαγωνισμό για λογαριασμό άλλης Αναθέτουσας Αρχής. Δεν ανταποκρίνεται απάντησαν στην πραγματικότητα η αναφορά ότι το Τμήμα Οδικών Μεταφορών διαφωνούσε. Ομόφωνα είχε αποφασιστεί στις 5 Φεβρουαρίου, ότι η προκήρυξη διαγωνισμού θα γίνει από το Τμήμα Δημοσίων Έργων και ο μόνος λόγος είναι ότι το Τμήμα Οδικών Μεταφορών επικαλέστηκε φόρτο εργασίας.

Το ότι το σύνολο των υπηρεσιών που αναφέρθηκαν αποτελεί αντικείμενο συναφθείσας σύμβασης επίσης εισηγήθηκαν δεν είναι σωστό. Εάν υπάρχει θέμα και οι Αιτητές θεωρούν ότι το TOM παραβίασε το Συμβόλαιο τους ή η Δημοκρατία έχουν μέσο επίλυσης διαφορών το Δικαστήριο για παράβαση συμβολαίου.

Επί της ουσίας τώρα, εισηγήθηκαν ότι το Συμβόλαιο το οποίο υπεγράφη με τη Δημοκρατία πουθενά δεν λέει ότι θα παραχωρούνται για πάντα οι μαθητικές διαδρομές στους Αιτητές.

Οι μαθητικές διαδρομές, καταρχήν δεν περιλαμβάνονται ως μέρος του Συμβολαίου. Το Συμβόλαιο λέει ότι η Αναθέτουσα Αρχή τρεις μήνες μετά την υπογραφή της Σύμβασης,

εκδίδει οδηγία και καθορίζει τις διαδρομές και τα δρομολόγια την οποία μπορεί με νέα οδηγία να τροποποιεί. Άρα δεν υπάρχει ούτε συμβατικά τέτοιο θέμα εισηγήθηκαν.

Περαιτέρω υποστήριξαν πως η εν λόγω προσφυγή είναι καταχρηστική.

Το ότι δε το Τμήμα Δημοσίων Έργων δεν έχει εξουσία να εκτελεί με βάση το νόμο και το αποκλειστικό δικαίωμα εκμετάλλευσης, είναι συναφή αυτά τα δύο και η απάντηση είναι αυτή που έχει εκτενώς εξηγήσει η Α.Α. ότι όσα λέχθηκαν ισχύουν αναφορικά για τακτικές γραμμές και έχει εξηγηθεί ότι τακτικές γραμμές είναι αυτές για τις οποίες τους έχει δοθεί αποκλειστικό δικαίωμα, αλλά οι συγκεκριμένες που είναι επί συμβάσει δεν είναι τακτικές γραμμές. Όταν είναι επί συμβάσει, είτε αυτά αφορούν μεταφορών στρατιωτών, είτε μεταφορά μαθητών δημοσίων σχολείων, είτε μεταφορά ιδιωτικών σχολείων έχουν τον χαρακτήρα της έκτακτης γραμμής και οποιαδήποτε άλλη ερμηνεία σημαίνει παραβίαση του δικαιώματος του «ελευθερίας του συμβάλλεστε» που προβλέπει το Σύνταγμα. Δεν μπορεί η Α.Α. να υποχρεώνει είτε ένα ιδιωτικό σχολείο, είτε το Υπουργείο Άμυνας με το έτσι θέλω να πάει δώσει τις υπηρεσίες αυτές εις τους αναδόχους τους.

Πέραν των ως άνω μας παρέπεμψαν και σε όσα ειπώθηκαν στα πλαίσια των πρόσφατων Προσφυγών 11, 12 και 13 του 2013.

Για τους πιο πάνω λόγους η Αναθέτουσα Αρχή θεωρεί ότι η προσφυγή των Αιτητών θα πρέπει να απορριφθεί. Οι ενέργειες της Αναθέτουσας Αρχής είναι καθ' όλα νόμιμες και επιπλέον απόλυτα ευθυγραμμισμένες με την υποχρέωση της διοίκησης να εξυπηρετεί και να προάγει το δημόσιο συμφέρον.

Ε. Αφού ακούσαμε τις θέσεις των δυο πλευρών, μελετήσαμε όσα σχετικά μας παρέπεμψαν εκ των συναφών υποθέσεων και κατόπιν ενδελεχούς μελέτης των σχετικών στοιχείων του Διοικητικού Φακέλου της υπόθεσης καταλήγουμε στα ακόλουθα:

Καταρχήν θα καταπιαστούμε με δύο προεξεταστικές ενστάσεις που ήγειραν ενώπιον μας οι εκπρόσωποι της Αναθέτουσας Αρχής αφού μας παρέπεμψαν στα όσα ήγειραν στις προγενέστερες Προσφυγές 11, 12 και 13 του 2013.

Επαναλαμβάνουμε λοιπόν ότι κι εκεί είχαμε πει.

Η Αναθέτουσα Αρχή θεωρεί ότι η Α.Α.Π. δεν κέκτηται αρμοδιότητας ακύρωσης της προκήρυξης ενός διαγωνισμού στα πλαίσια προσφυγής που ασκείται ενώπιον της πριν την υποβολή των προσφορών.

Χρήσιμο θεωρούμε στον παρόντα χρόνο να διαχωρίσουμε την απόφαση για προκήρυξη ενός διαγωνισμού, η οποία αποτελεί πολιτική απόφαση, από την ίδια την προκήρυξη η οποία βεβαίως και αποτελεί πράξη προσβλητή ενώπιον της Αρχής μας και που δύναται να καταλήξει σε ακύρωση εξ αντανάκλασας ακυρώσεως βασικών της όρων.

Η μεν πρώτη υπάγεται στην αποκλειστική αρμοδιότητα της όποιας Αναθέτουσας Αρχής ή του όποιου Αναθέτοντος Φορέα που προβαίνει σε αυτήν. Δεν υπάγεται στον έλεγχο κανενός δικαστηρίου αφού κάτι τέτοιο θα αποτελούσε καταστρατήγηση της συνταγματικά κατοχυρωμένης διάκρισης των εξουσιών. Είναι θα λέγαμε, όπως έχουμε αποφασίσει και στην πολύ πρόσφατη Προσφυγή με αρ. 59/2012, ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΑΓΡΟΤΙΚΩΝ ΛΕΩΦΟΡΕΙΩΝ (Π.Ε.Α.Λ.) ΜΙΤΣΕΡΟΥ ΛΤΔ ν. ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΑΜΥΝΑΣ, η εν λόγω απόφαση, απόφαση πολιτικής διιστάμενη από τις διοικητικές πράξεις που υπάγονται σε αναθεωρητικό έλεγχο και υπάγεται στις πράξεις κυβερνήσεων, ήτοι στα πλαίσια κανονιστικών πράξεων που εξαιρούνται του ακυρωτικού ελέγχου. Η Α.Α.Π. σε καμία περίπτωση δεν κέκτηται αρμοδιότητας όπως ακυρώσει και/ή αναθεωρήσει την απόφαση για προκήρυξη διαγωνισμού παρά μόνο δύναται το εν λόγω αποτέλεσμα να πραγματοποιηθεί ως απότοκο της εξουσίας της να ακυρώσει και/ή να διατάξει την τροποποίηση όρων αυτής.

Η δε προσπάθεια της Α.Α. να διαχωρίσει την προκήρυξη από τους όρους της για να ισχυρισθεί ότι επιτρέπεται προσβολή των όρων της προκήρυξης αλλά όχι της ίδιας της προκήρυξης αποτελεί παραδοξότητα αφού δεν μπορεί να διαχωριστεί η προκήρυξη διαγωνισμού από τους όρους της, μιας και οι τελευταίοι συνιστούν την πρώτη.

Από την άλλη ο προβληθείς από τους Αιτητές ισχυρισμός που αμφισβητεί την αρμοδιότητα του οργάνου που προκήρυξε το Διαγωνισμό όπως πράξει τούτο εκφεύγει φυσικά της

αρμοδιότητας μας αποτελώντας κατά βάση πολιτική απόφαση υπαγόμενη στις ανέλεγκτες από τα διοικητικά δικαστήρια αλλά και από την Α.Α.Π., πράξεις κυβερνήσεως.

Οπότε με βάση όσα προαναφέραμε η απόφαση μας θα κατευθυνθεί όχι στον έλεγχο της απόφασης για προκήρυξη του ως άνω Διαγωνισμού, αλλά στην εξέταση της νομιμότητας των προσβληθέντων με την παρούσα ως παράνομων όρων αυτής.

Η δεύτερη προεξεταστική ένσταση της Αναθέτουσας Αρχής αφορά στο έννομο συμφέρον των Αιτητών όπως καταχωρήσουν την παρούσα Προσφυγή. Ισχυρίζονται ότι το δόγμα της αποδοκίμασίας και επιδοκίμασίας ισχύει εν τω παρόντι και εξοβελίζει το όποιο συμφέρον του Αιτητή με την ευδωση της προσφυγής του, αφού εάν ο ισχυρισμός του ευοδωθεί και η προκήρυξη ακυρωθεί ούτε ο ίδιος δεν θα μπορούσε να διεκδικήσει την προσφορά . Περαιτέρω εφαρμόζουν το ως άνω δόγμα αναφορικά με τον ισχυρισμό του περί παράνομης υπαγωγής των μαθητικών διαδρομών στις έκτακτες γραμμές ενώ ο ίδιος χρησιμοποιεί υπεργολαβικά λεωφορεία με άδεια έκτακτων γραμμών. Επίσης τέθηκε ισχυρισμός ότι ο Αιτητής στερείται εννόμου συμφέροντος και με βάση τη σύμβαση ημερ. 2 Δεκεμβρίου 2009 και το άρθρο 7.2 αυτής που προβλέπει ότι *«ο Ανάδοχος δεν έχει δικαίωμα να παρέχει στην Καθορισμένη Περιοχή οποιαδήποτε Υπηρεσία άλλη από τις καθορισμένες στην παρούσα Σύμβαση Υπηρεσίες»*. Τέλος εισηγήθηκαν ότι το άρθρο 19(1) του Νόμου 104(Ι)/2010 επιζητεί για την καταχώρηση προσφυγής την ύπαρξη συμφέροντος από τον προσφεύγοντα ανάθεση της σύμβασης και το ενδεχόμενο ο ίδιος να υποστεί ζημιά από την προσβαλλόμενη απόφαση, κάτι που εισηγήθηκαν απουσιάζει στο πρόσωπο των Αιτητών.

Διαφαίνεται από τα πιο πάνω ότι η Αναθέτουσα Αρχή δέχεται και λαμβάνει ως δεδομένη την προγενέστερη πλάνη της περί απροσβλήτου της ίδιας της προκήρυξης του Διαγωνισμού η οποία αποτελεί και το βασικό υπόβαθρο της προεξεταστικής τους ένστασης. Η πιο πάνω πλάνη έχει βεβαίως αρθεί με τα όσα σημειώσαμε πιο πάνω και από εκεί και πέρα όπως προείπαμε το συμφέρον του Αιτητή δεν θα μπορούσε στα σοβαρά να αμφισβητηθεί αφού όχι μόνο είναι οικονομικός φορέας που ασχολείται με χερσαίες μεταφορές και διακίνηση προσώπων αλλά και γιατί στη συγκεκριμένη περίπτωση το αντικείμενο του παρόντος Διαγωνισμού εκτελείται από τους ίδιους στα πλαίσια σύμβασης που τους έχει ανατεθεί. Το δε γεγονός ότι η Αιτήτρια Εταιρεία κωλύεται σήμερα να

υποβάλει προσφορά για τον επίδικο διαγωνισμό δεν μπορεί φυσικά να επενεργεί στο έννομο της συμφέρον να αμφισβητεί τον διαγωνισμό, αφού αυτό ακριβώς είναι το επίδικο θέμα, ενώ καμία εφαρμογή δεν βλέπουμε πώς μπορεί να έχει στην παρούσα το προβληθέν από την Α.Α. δόγμα της επιδοκιμασίας και αποδοκιμασίας.

Θα αρκεστούμε αναφορικά με τα πιο πάνω στα ανωτέρω τα οποία ίσως και να τέθηκαν εκ του περισσού αφού η εν λόγω προεξεταστική ένσταση εμπεριέχει κατ' ουσίαν λόγους ακυρώσεως οι οποίοι δύνανται να τύχουν εξέτασης στα πλαίσια της εξέτασης της ουσίας της προσφυγής.

Καταλήγοντας με τα ζητήματα των προεξεταστικών ενστάσεων θα συνεχίσουμε την εξέταση μας με τους κυρίως λόγους της προσφυγής.

Αρχή θα κάνουμε με την παράθεση του όρου 2.2 του Μέρους Α' του Διαγωνισμού όπου αναφέρεται ως αντικείμενο της Σύμβασης *«Η παροχή υπηρεσιών μίσθωσης λεωφορείων για τη μεταφορά μαθητών προς/από σχολεία εντός της επαρχίας Λευκωσίας, κατά τις σχολικές περιόδους για περίοδο δύο (2) ετών, με δικαίωμα παράτασης μέχρι ένα ακόμη έτος, που εντάσσονται στη κατηγορία 60130000 (κατά CPV), όπως προσδιορίζεται αναλυτικά στα έγγραφα Διαγωνισμού».*

Ακολούθως ο όρος 6.2.3.(β)(ι) των εγγράφων του Διαγωνισμού προνοεί όπως τα λεωφορεία που θα χρησιμοποιηθούν να είναι εφοδιασμένα με άδεια οδικής μεταφοράς επιβατών (Άδεια Ε) για να εκτελούν εσωτερικές οδικές μεταφορές σε έκτακτες γραμμές ήτοι αυτολεξεί τα πιο κάτω:

*«(β) Απαιτήσεις για τα λεωφορεία που θα χρησιμοποιούνται για την παροχή υπηρεσιών
[...]
Να είναι εφοδιασμένα με άδεια οδικής μεταφοράς επιβατών («Άδεια Ε») με βάση τις διατάξεις του άρθρου 15 του περί Οδικού Μεταφορέα Νόμου, για να εκτελούν εσωτερικές οδικές μεταφορές σε έκτακτες γραμμές».*

Στο άρθρο δε 2(1) του Νόμου 101(Ι)/2001 δίνεται ο ακόλουθος ορισμός για τις τακτικές γραμμές:

«(ε) «τακτικές γραμμές» σημαίνει τις γραμμές επιβατηγών οχημάτων δημόσιας χρήσης, με τις οποίες μεταφέρονται επιβάτες με κόμιστρο κατά επιβάτη με προκαθορισμένη συχνότητα και διαδρομή και στις οποίες οι επιβάτες μπορούν να επιβιβάζονται και να αποβιβάζονται σε προκαθορισμένες στάσεις. Οι τακτικές γραμμές είναι ανοικτές σε όλους ανεξάρτητα από την υποχρέωση κράτησης θέσης. Ο τακτικός χαρακτήρας της γραμμής δεν επηρεάζεται από ενδεχόμενη προσαρμογή των όρων εκμετάλλευσής της:

Νοείται ότι στις τακτικές γραμμές περιλαμβάνονται και εκείνες με τις οποίες μεταφέρονται με προκαθορισμένη συχνότητα και διαδρομή, συγκεκριμένες κατηγορίες επιβατών στις οποίες οι επιβάτες μπορούν να επιβιβάζονται και να αποβιβάζονται σε προκαθορισμένες στάσεις και αφορούν —

[...]

(β) στη μεταφορά μαθητών και σπουδαστών από τον τόπο κατοικίας τους στον τόπο του εκπαιδευτικού τους ιδρύματος και αντιστρόφως· (υπογράμμιση δική μας)».

Η παράθεση των πιο πάνω αποκαλύπτει την ρητή, σαφή και ανεπίδεκτη οιασδήποτε ερμηνείας πρόνοιας του Νόμου για υπαγωγή των επίμαχων διαδρομών στις τακτικές γραμμές. Συνεπώς ο επίμαχος του Διαγωνισμού όρος προσκρούει στον ως άνω Νόμο, τίθεται ως παράνομος και ως τέτοιος πρέπει να ακυρωθεί αφού η συγκεκριμένη μεταφορά μπορεί να γίνει μόνο με λεωφορεία αδειούχα για τακτικές γραμμές και στα πλαίσια των τελευταίων.

Η όποια ερμηνευτική προσέγγιση των εκπροσώπων της Αναθέτουσας Αρχής όπως υπαγάγουν τις μεταφορές μαθητών στις έκτακτες γραμμές, με βάση το Ν.101(Ι)/2001 δεν μπορεί παρά να πέφτει στο κενό ως νομικά αθεμελίωτη. Πρόκειται εν προκειμένω για προσπάθεια τροποποίησης ρητής διάταξης νόμου με διοικητική πράξη.

Η αποδοχή μιας τέτοιας ερμηνευτικής προσέγγισης, παρά τη ρητή και σαφέστατη πρόνοια του ως άνω Νόμου, θα εξοβέλιζε κάθε έννοια νομιμότητας και θα αποτελούσε ανεπίτρεπτη περίπτωση καταστρατήγησης της συνταγματικά κατοχυρωμένης διάκρισης των εξουσιών, ήτοι εμπλοκή της εκτελεστικής εξουσίας στις αρμοδιότητες της Βουλής. Ούτε και η επίκληση του δημοσίου συμφέροντος θα μπορούσε να αποτελέσει το υπόβαθρο ενός τέτοιου ερμηνευτικού σχήματος. Η μοναδική οδός εάν όντως λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν την υπαγωγή των εν λόγω διαδρομών στις έκτακτες γραμμές δεν μπορεί να είναι παρά η τροποποίηση του εν λόγω Νόμου.

Αναφορικά δε με όσα η Αναθέτουσα Αρχή προέταξε σε σχέση με την υφιστάμενη μεταξύ τους σύμβαση δεν μπορούν βεβαίως να αχθούν προς επίλυση ενώπιον μας αλλά θ' αποτελούν εν τη γενέσει τους πιθανές ιδιωτικές διαφορές που άγονται προς επίλυση στα επαρχιακά δικαστήρια.

Τέλος αφήνουμε προς εξέταση το εξής θέμα που έθεσαν οι Αιτητές:

Σε αντίθεση με τη χορήγηση προσωρινών μέτρων από την Α.Α.Π. αναφορικά με τη παρούσα Προσφυγή η Α.Α. παραβιάζοντας την ως άνω απόφαση προέβηκε σε ενέργειες αναφορικά με τον επίμαχο Διαγωνισμό μεταξύ των οποίων και σε τροποποιήσεις στους όρους του. Πέραν τούτου, η τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών έχει παρέλθει και ο επίμαχος Διαγωνισμός έχει κηρυχθεί άγονος ένεκα του ότι δεν υποβλήθηκαν εν τέλει προσφορές.

Ο εκπρόσωπος της Α.Α. ισχυρίστηκε ότι εν προκειμένω δεν υπήρξε οιαδήποτε παραβίαση αφού δεν υπήρξε εν προκειμένω ανάθεση. Σύμφωνα με τη λογική της Α.Α., η επιβολή προσωρινών μέτρων αναχαιτίζει τη δράση της διοίκησης διαρκούντων αυτών σε σχέση μόνο με την ανάθεση και την υπογραφή της σύμβασης, ενώ αφήνει άθικτα τα προγενέστερα κεφάλαια της υποβολής των προσφορών και της αξιολόγησης τους. Περαιτέρω εισηγήθηκαν ότι η μόνη εξουσία που απονέμεται στην Αρχή μας σε περιπτώσεις παραβίασης των προσωρινών μέτρων δεν είναι άλλη από την κήρυξη της σύμβασης ως ανενεργού. Εν προκειμένω δε εισηγήθηκαν η κατάληξη θα είναι η ακύρωση του Διαγωνισμού.

Από την άλλη οι Αιτητές εισηγήθηκαν ότι καίτοι δεν πρέπει να συναρτηθεί η ως άνω παράβαση με την έλευση οιασδήποτε βλάβης των συμφερόντων τους εντούτοις οι ίδιοι επηρεάστηκαν αρνητικά, αφού εν πρώτοις θεωρώντας ότι η εν λόγω διαδικασία είχε παγώσει δεν υπέβαλαν προσφορά, ενώ σε περίπτωση απόρριψης της προσφυγής η τυχόν υποβολή προσφοράς εκ μέρους τους θα θεωρηθεί εκπρόθεσμη.

Δεν μπορούμε παρά να σημειώσουμε την απαρésκεια μας για την εν γένει προσέγγιση της Α.Α. στην παρούσα περίπτωση. Η παραγνώριση αποφάσεων ιεραρχικά ανώτερου

οργάνου μόνο τις έννοιες της χρηστής διοίκησης και της καλής πίστης δεν αναδεικνύει. Είναι η θέση μας ότι ένεκα και της απουσίας πρόβλεψης οιασδήποτε επιβολής κύρωσης σε τέτοιες περιπτώσεις, μια τέτοια πράξη θα πρέπει να εξετάζεται ως λόγος ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης, σε συνάρτηση πάντα με τα δεδομένα που την απαρτίζουν και την διαπίστωση ή όχι οιασδήποτε γενομένου είτε ενδεχόμενου να επέλθει δυσμενούς επηρεασμού των συμφερόντων τους με τη δημιουργία τετελεσμένων γεγονότων.

Ένεκα της κρίσης μας όμως για τους υπόλοιπους λόγους της προσφυγής δεν θα προβούμε σε αξιολόγηση των ως άνω εκτεθέντων γεγονότων αφού η εξέταση και του πιο πάνω λόγου καθίσταται ένεκα της τροχοδρόμησης ήδη της απόφασης μας περιττή.

Τα πιο πάνω ευρήματα μας καθορίζουν φυσικά την πορεία της απόφασης μας.

Καταλήγοντας και με βάση όλα τα πιο πάνω ομόφωνα αποφασίζουμε ότι οι όροι της προκήρυξης και των εγγράφων του διαγωνισμού οι οποίοι αναφέρονται και καθορίζουν το αντικείμενο του διαγωνισμού αντίκεινται στην κείμενη νομοθεσία και ως εκ τούτου ακυρώνονται.