



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

Προσφυγής Αρ. 3/2011

Μεταξύ:

ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ «Α. ΛΑΟΥΡΙΣ CONSTRUCTION CO LTD &
ΑΛΕΞΗΣ ΓΚΟΥΓΚΟΥΡΗΣ (ΧΩΜΑΤΟΥΡΓΙΚΕΣ ΕΡΓΑΣΙΕΣ) ΛΤΔ»

Αιτητών

v.

ΑΡΧΗΣ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ ΚΥΠΡΟΥ

Αναθέτοντος Φορέα

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτητές:

ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ «Α. ΛΑΟΥΡΙΣ CONSTRUCTION CO LTD &
ΑΛΕΞΗΣ ΓΚΟΥΓΚΟΥΡΗΣ (ΧΩΜΑΤΟΥΡΓΙΚΕΣ ΕΡΓΑΣΙΕΣ) ΛΤΔ»

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Αριστοφάνη Γεωργίου, Δικηγόρο
2. Ανδρέα Λαούρη, Εκπρόσωπο αιτούσας Κοινοπραξίας
3. Αλέξη Γκουγκούρη, Εκπρόσωπο αιτούσας Κοινοπραξίας

Αναθέτων Φορέας:

ΑΡΧΗ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ ΚΥΠΡΟΥ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Έλενα Μιχαήλ, Δικηγόρο
2. Γιάγκο Φραγκουλλίδη, Βοηθό Διευθυντή Αγορών
3. Γιάννο Ιωαννίδη, Μηχανικό Δικτύων

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 19 Απριλίου, 2011

Α Π Ο Φ Α Σ Η

A. Με την παρούσα Προσφυγή με αριθμό 3/2011, η Κοινοπραξία «A. Laouris Construction Co Ltd & Αλέξης Γκουγκούρης (Χωματοουργικές Εργασίες) Λτδ» (στο εξής οι Αιτητές) στρέφεται εναντίον της απόφασης της Αρχής Ηλεκτρισμού Κύπρου (στο εξής Α.Η.Κ. ή Αναθέτων Φορέας), στα πλαίσια του Διαγωνισμού με αριθμό 113/2010 και τίτλο «*Σκάμματα για τοποθέτηση υπόγειων καλωδίων στην περιφέρεια Λευκωσίας, Κερύνειας, Μόρφου*», να αποκλείσει την προσφορά των Αιτητών και να κατακυρώσει το Διαγωνισμό σε άλλους προσφοροδότες ανά περιοχή.

B. ΓΕΓΟΝΟΤΑ

1. Στις 14.10.2010 με δημοσίευση στην επίσημη εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, στην επίσημη εφημερίδα της Δημοκρατίας και στην ιστοσελίδα της η Αρχή Ηλεκτρισμού Κύπρου προκήρυξε διαγωνισμό για εκσκαφές και τοποθέτηση υπόγειων καλωδίων σε όλες τις περιφέρειες της Κύπρου.

2. Οι περιφέρειες χωρίστηκαν σε 5 περιοχές και οι προσφοροδότες είχαν το δικαίωμα υποβολής προσφορών για όσες περιοχές επιθυμούσαν.

3. Η αξιολόγηση του Διαγωνισμού έγινε σε δύο στάδια. Στο Στάδιο Α' έγινε η ποιοτική αξιολόγηση και όσες προσφορές προκρίθηκαν προχώρησαν στο Στάδιο Β' που αφορά την οικονομική αξιολόγηση.

4. Κατά το Στάδιο Α', η Επιτροπή Αξιολόγησης έκρινε ότι η προσφορά των Αιτητών παρουσιάζει ουσιώδη απόκλιση από τους όρους 1.11(iv) και 1.12(γ) του Διαγωνισμού λόγω της απόδοσης τους σε προηγούμενες συμβάσεις.

5. Η Επιτροπή Αξιολόγησης εισηγήθηκε στην έκθεσή της την απόρριψη της προσφοράς των Αιτητών και την κατακύρωση του Διαγωνισμού σε άλλους προσφοροδότες.

6. Η έκθεση αξιολόγησης υποβλήθηκε ακολούθως στην Επιτροπή Προσφορών η οποία αποφάσισε να υιοθετήσει την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης και με τη σειρά της να υποβάλει την ίδια εισήγηση στο Διοικητικό Συμβούλιο.
7. Το Διοικητικό Συμβούλιο της Α.Η.Κ. με απόφαση του ημερομηνίας 4.1.2011 αποφάσισε να εγκρίνει την εισήγηση της Επιτροπής Προσφορών.
8. Με επιστολές της ημερομηνίας 7.1.2011 η Α.Η.Κ. ενημέρωσε τους συμμετέχοντες για τα αποτελέσματα του Διαγωνισμού και στις 21.1.2011 οι Αιτητές καταχώρισαν στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών την παρούσα Προσφυγή.
9. Στις 25.1.2011 η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών αποφάσισε τη χορήγηση προσωρινών μέτρων, μέχρι την έκδοση της τελικής απόφασής της, επί της παρούσας Προσφυγής.

Γ. ΘΕΣΕΙΣ ΑΙΤΗΤΩΝ

Οι Αιτητές τόσο μέσω του γραπτού τους περιγράμματος όσο και ενώπιον μας κατά την ακροαματική διαδικασία προέβαλαν τους ακόλουθους λόγους ακύρωσης της απόφασης του Αναθέτοντος Φορέα:

1. Η απόφαση της ΑΗΚ είναι εσφαλμένη, σκόπιμη, αδικαιολόγητη γιατί στερείται τεκμηρίωσης και αντιβαίνει τις αρχές χρηστής διοίκησης και αξιοκρατίας και παραβιάζει το Νόμο και το Σύνταγμα.

Η Α.Η.Κ. στην επιστολή της ημερ. 7.1.2011 αναφέρει ότι η προσφορά των Αιτητών δεν έχει επιλεγεί λόγω ουσιώδους απόκλισης από τα κριτήρια ποιοτικής αξιολόγησης και συγκεκριμένα τους όρους 1.11(iv) και 1.12(γ), δηλαδή παραπέμπει σε «*επαγγελματικά παραπτώματα*». Οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι η απόφαση της Α.Η.Κ. είναι αδικαιολόγητη ως προς τα γεγονότα διότι οι Αιτητές είχαν την προσφορά των ίδιων εργασιών για δύο τριετίες για την Επαρχία Λεμεσού τις οποίες εκτέλεσαν πιστά με βάση τους όρους των συμβολαίων τους, ενώ στο 2^ο συμβόλαιο η Α.Η.Κ. με επιστολή της ημερ. 23.12.2010 έδωσε επέκταση συμβολαίου μέχρι την 31.1.2011.

Το γεγονός της ολοκλήρωσης δύο συμβολαίων, της τελικής παραλαβής των ανατεθεισών εργασιών χωρίς τη διατύπωση οποιωνδήποτε παρατηρήσεων και το γεγονός της επέκτασης συμβολαίου με πρωτοβουλία της Α.Η.Κ. ουδόλως δικαιολογεί τη θέση της Α.Η.Κ. για ουσιώδη απόκλιση από τα κριτήρια ποιότητας.

Η απόφαση είναι μη επαρκώς αιτιολογημένη όπως απαιτεί το Σύνταγμα και η Νομολογία και δεν δίδει κανένα στοιχείο για να μπορεί να γίνει έλεγχος νομιμότητας της πράξης. Οι όροι 1.11(iv) και 1.12(γ) είναι αντίθετοι με βασικές αρχές του Συντάγματος, με τις αρχές της Δίκαιας Δίκης, την αρχή του ότι όλοι είναι αθώοι μέχρι αποδείξεως της ενοχής και την αρχή της ισότητας, άρα δεν πρέπει να ληφθούν υπόψη και θα πρέπει να κριθούν ότι έχουν τεθεί καθ' υπέρβαση εξουσίας.

Γενικά η Α.Η.Κ. ενήργησε αντινομικά κατά παράβαση των Νόμων και του Συντάγματος καθώς και της Νομολογίας. Καταλήγοντας οι Αιτητές θεωρούν ότι η απόφαση της Α.Η.Κ. πάσχει και ζητούν την ακύρωση της.

2. Η εισήγηση της επιτροπής προσφορών ημερομηνίας 28.12.2010 είναι μεροληπτική και δείχνει προδιάθεση εναντίον των Αιτητών γιατί ενώ το σύνολο των προσφοροδοτών για την εκτέλεση των έργων του διαγωνισμού 113/10 ήτο εργολάβοι που κατείχαν και εκτελούσαν έργα προς όφελος της Α.Η.Κ. κατά το χρόνο εξέτασης των προσφορών για τον υπό εξέταση διαγωνισμό ή εκτέλεσαν τέτοια έργα στο παρελθόν, προέβηκαν σε αξιολόγηση σε ότι αφορά τα κριτήρια ποιοτικής αξιολόγησης μόνο για τους Αιτητές και δεν προέβησαν σε τέτοια αξιολόγηση για κανένα εκ των άλλων προσφοροδοτών. Συνεπώς η Α.Η.Κ. μεροληπτικά και εις βάρος των Αιτητών εφάρμοσε τους όρους 1.11(iv) και 1.12(γ).

3. Η έκθεση της επιτροπής προσφορών ημερομηνίας 28.12.2010 ως αιτιολογικό παραθέτει 5 συγκεκριμένα έγγραφα μέσα από τα οποία υποβάλλονταν διάφορες παρατηρήσεις για εκτέλεση προηγούμενης εργολαβίας που κατείχαν οι Αιτητές. Το σύνολο των επικαλούμενων ελλείψεων ή αδυναμιών αντιμετωπίστηκαν αμέσως από τους Αιτητές κατά τρόπο που ικανοποίησε πλήρως την Α.Η.Κ. η οποία έκρινε ικανοποιητικά τα έργα και γι' αυτό και τα παρέλαβε και πλήρωσε το ανάλογο ποσό προς τους Αιτητές. Για τις πέντε συγκεκριμένες περιπτώσεις που γίνεται αναφορά από

την επιτροπή προσφορών ανέφεραν ότι η φύση των εργασιών που εκτελούνται είναι τέτοια που δημιουργεί κατά την εκτέλεση των έργων προβλήματα τα οποία όμως στην συνέχεια αντιμετωπίζονται από τον εργολάβο και κάποτε με υπόδειξη του Αναθέτοντος Φορέα. Αυτό δεν σημαίνει ότι δεν υπάρχει πιστή εκτέλεση των έργων και της σύμβασης. Στην περίπτωση που διαπιστώνετο κάτι κατά την εκτέλεση εργασιών, τους γίνονταν γραπτές παρατηρήσεις ενώ σε άλλους εργολάβους που χρησιμοποιούσε η Α.Η.Κ. για της ίδιας φύσης εργασίες δεν γίνονταν γραπτές παρατηρήσεις και δεν υπήρχε η ίδια αντίδραση από την Α.Η.Κ..

Από τα πιο πάνω φαίνονται τα δύο μέτρα κρίσης ισχυρίστηκαν που εφάρμοσε η επιτροπή προσφορών.

4. Ο όρος του διαγωνισμού 1.11(iv) προβλέπει *«Απόδοση σε προηγούμενους διαγωνισμούς και συμβάσεις (σύμφωνα με τον όρο 1.12)»*.

Στο ίδιο κεφάλαιο με τον τίτλο ποιοτική αξιολόγηση δίνεται και το στίγμα πως αξιολογείται η κάθε προσφορά και αναφέρονται τα ακόλουθα: *«Μια ουσιωδώς ανταποκρινόμενη προσφορά είναι αυτή η οποία συνάδει με τις πιο πάνω απαιτήσεις χωρίς ουσιώδεις αποκλίσεις. Η απόφαση κατά πόσο μια προσφορά ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις του Διαγωνισμού, βασίζεται στο περιεχόμενο της υποβληθείσας προσφοράς χωρίς προσφυγή σε εξωγενείς αποδείξεις»*.

Είναι σαφές ότι η προσφορά των Αιτητών συμμορφώνετο πλήρως με τους όρους του διαγωνισμού και καμιά απόκλιση δεν παρουσίαζε. Συνεπώς η προσφορά έπρεπε να αξιολογηθεί με βάση τα δεδομένα της και όχι να απορριφθεί με τον τρόπο που απερρίφθη. Όπως ο ίδιος όρος προβλέπει οι προσφορές που απορρίπτονται είναι μόνο εκείνες που παρουσιάζουν ουσιώδεις αποκλίσεις.

Συγκεκριμένα στον όρο 1.12(γ) προβλέπεται: *«Έχει παραβιάσει ή δεν έχει εκτελέσει πιστά άλλες συμβάσεις που έχουν ανατεθεί σε αυτό από την αρχή ή άλλο οργανισμό»*.

Ο όρος αυτός κλείνει με το ακόλουθο κείμενο: «*Η Αρχή διατηρεί το δικαίωμα να απορρίψει την προσφορά του και να αποκλείσει τον προσφοροδότη από συμμετοχή του σε μελλοντικούς διαγωνισμούς της Αρχής για περίοδο που θα αποφασίσει η Αρχή*».

Είναι φανερό ισχυρίστηκαν από τις πρόνοιες του όρου ως ανωτέρω εκτίθενται, ότι οι έννοιες να εκτελέσει πιστά τις συμβάσεις ανάγονται στο τελικό αποτέλεσμα και όχι σε οποιαδήποτε στάδια κατά την εκτέλεση του έργου και στις οποιεσδήποτε αδυναμίες εμφανίστηκαν σε εκείνο το στάδιο. Οι δύο συμβάσεις που ανέλαβαν οι Αιτητές εκτελέστηκαν πιστά σύμφωνα με τους όρους που τους ανατέθηκαν και εντός των χρονοδιαγραμμάτων που ετίθεντο από την Α.Η.Κ.. Απόδειξη ότι οι Αιτητές ήταν κατάλληλοι για την εκτέλεση των εργασιών είναι το γεγονός ότι η ίδια η Α.Η.Κ. 5 μέρες πριν την ημερομηνία της έκθεσης της επιτροπής προσφορών, δηλαδή στις 23.12.2010, παράτεινε την ισχύ του δεύτερου συμβολαίου των Αιτητών για περίοδο 1 μηνός, δηλαδή μέχρι 31.1.2011. Είναι αδιανόητο την ίδια στιγμή που παρατάθηκε το σχετικό συμβόλαιο, οι Αιτητές να κρίνονται ως ποιοτικά ακατάλληλοι για ανάθεση νέων συμβολαίων σε αυτούς. Στην έκθεση της επιτροπής δεν καθορίζεται καμία περίοδος για την οποία θα ισχύει ο αποκλεισμός των Αιτητών σύμφωνα με τον ως άνω όρο. Άρα, ισχυρίστηκαν, είναι ελλιπής η απόφαση της επιτροπής προσφορών.

Είναι η θέση των Αιτητών ότι όλες οι ανατεθείσες εργασίες σε αυτούς, κατά την περίοδο εκτέλεσης των δυο τριετών συμβολαίων τους, έγιναν στο σύνολο τους χωρίς καθυστερήσεις και χωρίς κανένα επιπρόσθετο κόστος για την Α.Η.Κ.. Άρα το συμπέρασμα της επιτροπής προσφορών περί επαγγελματικών παραπτώματων των Αιτητών είναι εντελώς εσφαλμένο και παράτυπο.

Στην έκθεση της επιτροπής προσφορών ως τελικό συμπέρασμα καταγράφεται ότι υπήρχαν κατά την εκτέλεση των συμβολαίων των Αιτητών σοβαρότατες καθυστερήσεις και οικονομικό κόστος προς την Α.Η.Κ.. Παραλείπει όμως η επιτροπή να παραθέσει έστω και ένα συγκεκριμένο έργο όπου υπήρξαν καθυστερήσεις και παραλείπει να παραθέσει ποιο ήταν το οικονομικό κόστος για την Α.Η.Κ.. Είναι πολύ καθαρό ότι αυτές οι γενικές και ατεκμηρίωτες θέσεις της επιτροπής δεν δικαιολογούνται από τις πέντε επιστολές που επικαλείται η Α.Η.Κ..

Στη συνέχεια η επιτροπή αναφέρει ότι παρά τα προβλήματα που είχαν με τους Αιτητές κατά την εκτέλεση του πρώτου συμβολαίου τους ανέθεσαν και δεύτερο συμβόλαιο με αριθμό 14/07 και ισχυρίζεται ότι δεν έφεραν το επιθυμητό αποτέλεσμα χωρίς να παραθέτει καμιά λεπτομέρεια και κανένα στοιχείο που να εξηγεί αυτή τη θέση τους.

Ισχυρίστηκαν ακόμη ότι όλα τα πιο πάνω δείχνουν πρόθεση δυσμενούς διάκρισης και άνισης μεταχείρισης των Αιτητών.

Είναι πάγια νομολογιακή αρχή ότι εάν μια προπαρασκευαστική πράξη πάσχει, συμπαρασύρει σε ακυρότητα και την τελική απόφαση που εστηρίχθηκε σε αυτήν. Είναι δε η θέση των Αιτητών ότι η απόφαση της επιτροπής προσφορών ημερ. 28.12.2010 πάσχει τόσο νομικά όσο και ως προς τα γεγονότα και γι' αυτό και η απόφαση της Α.Η.Κ. είναι άκυρη.

5. Η έκθεση της επιτροπής προσφορών ημερομηνίας 28.12.2010 έγινε αποδεκτή από το Διοικητικό Συμβούλιο της Α.Η.Κ. στις 4.1.2011 χωρίς να καταγράφεται στο πρακτικό του Δ.Σ. της Α.Η.Κ. οποιαδήποτε αιτιολογία και χωρίς να συζητηθεί οτιδήποτε αφορούσε την έκθεση. Ισχυρίστηκαν ακόμη ότι η Α.Η.Κ. παραβίασε τον όρο 1.12 γιατί δεν καθόρισε κανένα χρονικό πλαίσιο αποκλεισμού των Αιτητών από διαγωνισμούς. Δηλαδή δε φαίνεται στο πρακτικό του Δ.Σ. οποιαδήποτε συζήτηση επί του θέματος αλλά αποδέχτηκαν μια εσφαλμένη έκθεση της επιτροπής προσφορών χωρίς να εξηγούν γιατί την αποδέχτηκαν.

Με βάση όλα τα πιο πάνω οι Αιτητές ζητούν όπως η παρούσα Προσφυγή γίνει αποδεκτή και η προσβαλλόμενη απόφαση του Αναθέτοντος Φορέα 7.1.2011 ακυρωθεί καθώς αντιβαίνει το Νόμο, το Σύνταγμα και τους όρους του διαγωνισμού.

Δ. ΘΕΣΕΙΣ ΑΝΑΘΕΤΟΝΤΟΣ ΦΟΡΕΑ

Η Α.Η.Κ. απέρριψε όλους τους λόγους και ισχυρισμούς των Αιτητών παραθέτοντας τα εξής:

Ο υπό εξέταση διαγωνισμός αξιολογείται σε δυο στάδια. Κατά το Στάδιο Α' γίνεται ποιοτική αξιολόγηση των προσφορών στη βάση των κριτηρίων που καθορίζονται στον

όρο 1.11 του Διαγωνισμού. Όσες προσφορές θεωρηθεί ότι ανταποκρίνονται ουσιαστικά στα ποιοτικά κριτήρια προκρίνονται για αξιολόγηση στο Στάδιο Β΄ που είναι η οικονομική αξιολόγηση.

Όπως καταγράφεται και επεξηγείται στην έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης, η προσφορά των Αιτητών αποκλείστηκε επειδή δεν πληροί τους όρους 1.11(iv) και 1.12(γ) του Διαγωνισμού. Δεν ικανοποιεί δηλαδή την ποιοτική αξιολόγηση.

Ο όρος 1.11(iv) αφορά την απόδοση του προσφοροδότη σε προηγούμενους διαγωνισμούς και συμβάσεις ενώ ο όρος 1.12(γ) προνοεί ότι:

«Εάν η Αρχή διαπιστώσει σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας αξιολόγησης και με οποιοδήποτε μέσο ενδέχεται να διαθέτει η Αρχή ότι ο Προσφοροδότης έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, συμπεριλαμβανομένων των:

[...]

(γ) έχει παραβιάσει ή δεν έχει εκτελέσει πιστά άλλες συμβάσεις που έχουν ανατεθεί σε αυτόν από την Αρχή ή άλλο οργανισμό

[...]

Η Αρχή διατηρεί το δικαίωμα να απορρίψει την προσφορά του και να αποκλείσει τον Προσφοροδότη από συμμετοχή του σε μελλοντικούς διαγωνισμούς της Αρχής για περίοδο που θα αποφασίσει η Αρχή.»

Η νομιμότητα των όρων δεν μπορεί να προσβάλλεται στο στάδιο αυτό αφού υπήρχε η δυνατότητα εάν οι Αιτητές θεωρούσαν τους όρους αυτούς αντίθετους με το Σύνταγμα ή άλλες αρχές δικαίου να τους προσέβαλλαν στο κατάλληλο στάδιο.

Όπως προκύπτει από το περιεχόμενο των επιστολών που αποτελούν το Παράρτημα Β της έκθεσης αξιολόγησης, οι Αιτητές παρουσίαζαν κατά την εκτέλεση των εργασιών που τους είχαν ανατεθεί σοβαρά λάθη ή παραλείψεις ή κακοτεχνίες που ισοδυναμούσαν με τη μη πιστή εκτέλεση των συμβάσεων που τους είχαν ανατεθεί και είναι αυτό ακριβώς το γεγονός που αξιολόγησε η Α.Η.Κ. για να καταλήξει ότι οι Αιτητές δεν ικανοποιούν τον όρο 1.12(γ) του Διαγωνισμού.

Το Παράρτημα Β της έκθεσης αξιολόγησης αποτελεί, ως αναφέρεται και στην ίδια την έκθεση, ένα πολύ μικρό δείγμα της αλληλογραφίας που καταγράφει τα προβλήματα. Η φύση, η έκταση και η επανάληψη των λαθών από πλευράς Αιτητών ήταν τέτοια που δεν μπορούσε να εκληφθεί από την Α.Η.Κ. ως αμελητέα ή ως αναμενόμενη και φυσιολογική.

Η ερμηνεία που δίδεται από τους Αιτητές στον όρο 1.12(γ) του Διαγωνισμού ότι η απόδοση σε προηγούμενους διαγωνισμούς κρίνεται από το τελικό αποτέλεσμα και όχι από τα οιαδήποτε στάδια εκτέλεσης του έργου, δεν βρίσκει την Α.Η.Κ. σύμφωνη. Ένα έργο έχει πολλά στάδια εκτέλεσης και η δέσμευση που αναλαμβάνεται μέσω της σύμβασης για πιστή εκτέλεση δεν αφορά μόνο το τελικό αποτέλεσμα αλλά και διάφορες άλλες επιμέρους υποχρεώσεις - όπως είναι για παράδειγμα ο χρόνος εκτέλεσης, η ποιότητα εκτέλεσης κλπ.

Επομένως, υπογράφοντας τη σύμβαση οι Αιτητές αναλαμβάνουν και υποχρεούνται να τηρούν πιστά όλες τις δεσμεύσεις που προκύπτουν από αυτήν. Εξάλλου όπως εξηγείται ανωτέρω και προκύπτει με σαφήνεια από τη δέσμη της αλληλογραφίας, δεν επρόκειτο για «*μικροπαραβάσεις*» της σύμβασης αλλά για σοβαρές παραβιάσεις οι οποίες επέφεραν επιπρόσθετο κόστος στην Α.Η.Κ.

Η παράταση της τελευταίας σύμβασης που επικαλούνται οι Αιτητές έγινε από πλευράς της Α.Η.Κ. όχι για να άρει τα προβλήματα που υπήρχαν από πλευράς των Αιτητών ή για να τα εξαλείψει αλλά επειδή δεν παρεχόταν επαρκής χρόνος στην Α.Η.Κ. να προκυρήξει νέο διαγωνισμό. Και αντί να παραμείνει ο οργανισμός χωρίς κανένα εργολάβο, πράγμα που θα σήμαινε ανάληψη εργασιών από προσωπικό της ίδιας της Α.Η.Κ., προτιμότερο ήταν να διατηρηθεί η υφιστάμενη κατάσταση έστω και με τα προβλήματα που παρουσίαζε.

Προβλήματα εξακολουθούσαν να υπάρχουν και μετά την παράταση όπως προκύπτει από το περιεχόμενο των εσωτερικών σημειωμάτων της Α.Η.Κ. ημερομηνίας 28.7.2010 και 7.12.2010. Επομένως, ούτε ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι οι οιοσδήποτε τυχόν παραλείψεις τους έπαψαν να υφίστανται, μετά την παράταση, δεν ευσταθεί.

Αναφορικά με την εισήγηση που γίνεται περί του ανατιολόγητου της απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου, η θέση της Α.Η.Κ. είναι ότι υποβάλλονται στο Διοικητικό Συμβούλιο τόσο η έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης όσο και η έκθεση της Επιτροπής Προσφορών με τις αντίστοιχες εισηγήσεις και το Διοικητικό Συμβούλιο αφού τις μελετήσει αποφασίζει εάν θα εγκρίνει ή όχι την εισήγηση της Επιτροπής Προσφορών.

Τέλος, σε απάντηση των ισχυρισμών των Αιτητών αναφορικά με τους Διαγωνισμούς 114/10 και 115/10 η Α.Η.Κ. αναφέρει ότι όπως προκύπτει από την έκθεση αξιολόγησης των δυο αυτών διαγωνισμών, η προσφορά των Αιτητών απορρίφθηκε για ακριβώς τους ίδιους λόγους όπως και στον παρόντα διαγωνισμό. Η επιστολή γνωστοποίησης των αποτελεσμάτων που αποστάληκε στους Αιτητές ήταν με το τυπικό λεκτικό χωρίς να αναφέρονται ρητά οι λόγοι αποκλεισμού αφού πρόκειται για διαγωνισμούς κάτω από τα κατώτατα όρια ως καθορίζονται στο Ν.11(Ι)/2006.

Για όλους τους πιο πάνω λόγους η Α.Η.Κ. υποβάλλει ότι η απόφαση της είναι ορθή και η παρούσα Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

Ε. Αφού ακούσαμε τις θέσεις των δυο πλευρών και κατόπιν μελέτης των σχετικών στοιχείων του Διοικητικού Φακέλου της υπόθεσης καταλήγουμε στα ακόλουθα:

Κατά το στάδιο Α΄ της ποιοτικής αξιολόγησης του Διαγωνισμού, η Επιτροπή Αξιολόγησης έκρινε ότι η προσφορά των Αιτητών παρουσιάζει ουσιώδη απόκλιση από τους όρους 1.11(iv) και 1.12(γ), κρίση που υιοθετήθηκε στη συνέχεια από την Επιτροπή Προσφορών και τελικά από το Διοικητικό Συμβούλιο της ΑΗΚ που εξέδωσε την προσβαλλόμενη απόφαση.

Οι επίμαχοι όροι έχουν ως εξής:

«1.11 Κριτήρια Αξιολόγησης

Η Αρχή θα αξιολογήσει το Διαγωνισμό σε δύο στάδια.

Στάδιο Α – Ποιοτική Αξιολόγηση

Οι πληροφορίες που περιλαμβάνονται στις υποβληθείσες προσφορές θα αξιολογηθούν για να διαπιστωθεί κατά πόσο κάθε προσφορά ικανοποιεί ουσιαστικά τα πιο κάτω κριτήρια:

.....
 (iv) Απόδοση σε προηγούμενους διαγωνισμούς και συμβάσεις (σύμφωνα με τον όρο 1.12)

.....»

Ο όρος 1.12(γ) προνοεί ότι:

«Εάν η Αρχή διαπιστώσει σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας αξιολόγησης και με οποιοδήποτε μέσο ενδέχεται να διαθέτει η Αρχή ότι ο Προσφοροδότης έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, συμπεριλαμβανομένων των:

[...]

(γ) έχει παραβιάσει ή δεν έχει εκτελέσει πιστά άλλες συμβάσεις που έχουν ανατεθεί σε αυτόν από την Αρχή ή άλλο οργανισμό

[...]

Η Αρχή διατηρεί το δικαίωμα να απορρίψει την προσφορά του και να αποκλείσει τον Προσφοροδότη από συμμετοχή του σε μελλοντικούς διαγωνισμούς της Αρχής για περίοδο που θα αποφασίσει η Αρχή.».

Η Επιτροπή Αξιολόγησης κατά το πρώτο στάδιο αξιολόγησης έκρινε ότι οι Αιτητές παραβίαζαν τους ως άνω όρους και εισηγήθηκε όπως τεθούν εκτός προδιαγραφών κάτι που στη συνέχεια επικύρωσαν τόσο η Επιτροπή Προσφορών όσο και το Διοικητικό Συμβούλιο της ΑΗΚ.

Η ως άνω κρίση στηρίχθηκε κατά βάση σε μια εκτενή αλληλογραφία (που προσκομίσθηκε και ενώπιον μας) αναφορικά με τα συμβόλαια 4600001029 και 4600001381 όπου αποτυπώνονταν σωρεία υποδείξεων για έλλειψη συμμόρφωσης του Εργολάβου (Αιτητών) αναφορικά τόσο με ζητήματα τεχνικών προδιαγραφών, συμβολαίου, όσο και βασικών προνοιών της Νομοθεσίας.

Σημειώνεται βέβαια ότι και τα δύο ως άνω συμβόλαια περατώθηκαν χωρίς ο Εργολάβος να υποστεί καμία ποινή καίτοι τουλάχιστον οι εσωτερικοί κανονισμοί της Α.Η.Κ. (Οδηγία ΥΑ/1/2009) προέβλεπαν περί τούτου.

Παρά την εκτενή επιχειρηματολογία που αναπτύχθηκε ενώπιον μας και τη σωρεία των λόγων ακυρώσεως αλλά και των απαντήσεων σε αυτούς, θεωρούμε ότι τα πράγματα είναι περισσότερο απλά και επικεντρωμένα στην ορθή ερμηνεία των επίμαχων όρων.

Τόσο η Επιτροπή Αξιολόγησης σε πρώτο στάδιο όσο και τα αρμόδια όργανα που επιλήφθηκαν σε μεταγενέστερο στάδιο θεώρησαν ότι οι ως άνω διατάξεις παρείχαν το δικαίωμα αποκλεισμού των Αιτητών στη βάση της προσκομισθείσας αλληλογραφίας, που όντως ήταν εκτενής και που όντως αποκάλυπτε σωρεία παραβιάσεων και/ή αποκλίσεων που υπέπεσαν οι Αιτητές σε σχέση με τους όρους των ανωτέρω συμβολαίων.

Κρίνουμε ότι τέτοια ερμηνεία είναι εσφαλμένη. Η ορθή ερμηνεία των όρων η συνάδουσα με το γράμμα, τη λογική και το σκοπό του ως άνω όρου δεν μπορεί παρά να απαιτεί την υπαγωγή του λόγου απόρριψης ήτοι *«(γ) έχει παραβιάσει ή δεν έχει εκτελέσει πιστά άλλες συμβάσεις που έχουν ανατεθεί σε αυτόν από την Αρχή ή άλλο οργανισμό»* στην έννοια του *«σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος»* ως προνοείται παραπάνω στα πλαίσια του αυτού όρου. Το επαγγελματικό δε παράπτωμα δεν δύναται να αφήεται σε υποκειμενική κρίση αλλά πρέπει να διαγιγνώσκεται αντικειμενικά στα πλαίσια του έργου εντός του οποίου διαπράττεται.

Δεν αποδόθηκε στους Αιτητές οποιοδήποτε επαγγελματικό παράπτωμα σε σχέση με τα ως άνω συμβόλαια κατά την εκτέλεση των οποίων όντως σημειώθηκαν οι αποκλίσεις. Τουναντίον τα έργα ολοκληρώθηκαν. Αναφορικά δε με το συμβόλαιο του πρώτου έργου έγινε πέραν της παραλαβής και αποδέσμευση της εγγύησης πιστής εκτέλεσης ενώ αναφορικά με το δεύτερο έργο ολοκληρώθηκε η παραλαβή ενώ δεν έχει εκπνεύσει ακόμη η περίοδος αποδέσμευσης της εγγύησης πιστής εκτέλεσης, με αποτέλεσμα να θεωρούνται τα ως άνω έργα πλήρως εκτελεσθέντα σύμφωνα και με το σχετικό κανονισμό όπως καταγράφεται αμέσως παρακάτω.

Ενισχυτικά των ως άνω παραπέμπουμε στον Κανονισμό 31 της Κ.Δ.Π. 179/2009 όπου πλήρως εκτελεσθείσα θεωρείται η σύμβαση *«αν και όταν εκπληρωθούν όλες οι συμβατικές υποχρεώσεις όλων των συμβαλλομένων μερών και αποδεσμευθούν οι τυχόν κατατεθειμένες εγγυήσεις κατά τα προβλεπόμενα στη σύμβαση»*.

Περαιτέρω ακόμη και σε αυτήν την ίδια την Οδηγία με αριθμό ΥΑ/1/2009 της ΑΗΚ αναφορικά με το Συντονισμό των Διαδικασιών Σύναψης Συμβάσεων προβλέπεται διαδικασία αποκλεισμού οικονομικού φορέα από συμμετοχή σε διαγωνισμό. Σ' αυτή δε την περίπτωση προβλέπεται και το συμφυές δικαίωμα ακρόασης του «υπό κατηγορία» οικονομικού φορέα αλλά και η έκδοση σχετικής απόφασης στέρξης του δικαιώματος για συγκεκριμένη χρονική περίοδο καθώς και για συγκεκριμένα είδη διαγωνισμών. Σε επόμενο στάδιο ενημερώνεται σχετικά τόσο ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας όσο και η Αρμόδια Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων.

Το εδάφιο (II) του άρθρου 32.3 της ως άνω οδηγίας προκάλεσε αμφισβητήσεις ως προς την ερμηνεία του και σκόπιμο φρονούμε όπως το καταγράψουμε παρακάτω:

«Σε περίπτωση που η διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος διαπιστώνεται κατά το στάδιο της ποιοτικής επιλογής εν εξελίξει Διαγωνισμού και υπό την προϋπόθεση ότι ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού περιλαμβάνεται στα έγγραφα του Διαγωνισμού, ακολουθείται η τυπική διαδικασία αποκλεισμού που προβλέπεται στα οικεία έγγραφα του Διαγωνισμού.»

Ακόμη και αν τα όσα καταγράφονται στα ρηθέντα έγγραφα δυνατό να συνιστούσαν επαγγελματικό παράπτωμα εν τη εννοία του νόμου και των κανονισμών, το τελευταίο θα πρέπει ήδη να υφίσταται ως μέρος προγενέστερης διαδικασίας αναφορικά με το διαγωνισμό στον οποίο διαπιστώθηκε. Η ορθή ερμηνεία της ως άνω οδηγίας, η συνάδουσα με το νόμο και το Σύνταγμα αλλά και τους υπόλοιπους σχετικούς κανονισμούς δεν μπορεί να αποδίδει δικαίωμα ετεροχρονισμένης κρίσης περί παραπτώματος που οδηγεί σε αποκλεισμό οιοδήποτε προσφοροδότη αναφορικά με πράξεις και παραλείψεις που του αποδίδονται στα πλαίσια πλήρως αποπερατωμένων συμβολαίων, αλλά μόνο να λαμβάνει υπόψη διαγνωσμένα *«επαγγελματικά*

παραπτώματα» ή υφιστάμενες αποφάσεις αποκλεισμού που υπέπεσαν, εν εξελίξει Διαγωνισμού, στην αντίληψη της Αρμόδιας Αρχής.

Ενόψει δε της υιοθέτησης του ανωτέρω ερμηνευτικού σχήματος δεν εξετάζουμε ζητήματα δυνατότητας προσβολής όρου στο παρόν στάδιο αφού διασωζόμενος ερμηνευτικά ο επίμαχος όρος δεν καθίσταται *ultra vires*.

Καθαρά όμως για θεωρητικούς σκοπούς φρονούμε σκόπιμο όπως εκφράσουμε την κρίση μας ότι και σε περίπτωση που η ανωτέρω ερμηνεία δεν εύρισκε εφαρμογή ο επίμαχος όρος θα καθίστατο όντως *ultra vires*, μεταξύ άλλων, ένεκα της σαφώς προνοούμενης διαδικασίας στέρησης του δικαιώματος συμμετοχής σε διαγωνισμούς που οδηγούν σε ανάθεση σύμβασης ως προνοείται στον Κανονισμό 25 της Κ.Δ.Π. 115/2004.

Νοείται βέβαια ότι οιαδήποτε προσπάθεια εισαγωγής δια της ερμηνευτικής οδού οποιασδήποτε άλλης διαδικασίας αποκλεισμού χωρίς τις ως άνω εγγυήσεις στη βάση κρίσης περί απλής απόκλισης από ουσιώδη όρο, δεν μπορεί παρά να καθίσταται το λιγότερο άστοχη και εστερημένη οιασδήποτε νομικής και ηθικής θεμελίωσης.

Ενόψει όλων των πιο πάνω αποφασίζουμε ομόφωνα ότι η παρούσα Προσφυγή επιτυγχάνει και η προσβαλλόμενη απόφαση του Αναθέτοντος Φορέα ακυρώνεται.