



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. 29/2019

Μεταξύ:

BLUEWATER ENERGY SERVICES B.V.

Αιτητών

ν.

ΑΡΧΗΣ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ ΚΥΠΡΟΥ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτητές:

BLUEWATER ENERGY SERVICES B.V.

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Μαριάννα Γιωρκάτζη, Δικηγόρο για Αντρέας Γιωρκάτζης ΔΕΠΕ
2. Μάρκο Δημοσθένους, Δικηγόρο για Αντρέας Γιωρκάτζης ΔΕΠΕ
3. Enk Meyers, Business Development Manager
4. Floor Vanliers, Εσωτερικό Δικηγόρο

Αναθέτουσα Αρχή:

ΑΡΧΗ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ ΚΥΠΡΟΥ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Άννα Χρίστου, Δικηγόρο για Ιωαννίδης Δημητρίου ΔΕΠΕ
2. Ηλιάνα Νικολαΐδου, Δικηγόρο για Ιωαννίδης Δημητρίου ΔΕΠΕ
3. Χάρη Μενελάου, Διευθυντή Παραγωγής

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 6 Δεκεμβρίου 2019

Η απόφαση μας δεν είναι ομόφωνη. Με την απόφαση της πλειοψηφίας συμφωνούν η Πρόεδρος κα Έφη Παπαδοπούλου και τα μέλη κ.κ. Λοΐζος Κάππας και Δήμος Θωμά.

Τα μέλη κ.κ. Γιώργος Αναστασίου και Σόλων Παπαθεοχάρους έχουν διαφορετική απόφαση.

Α Π Ο Φ Α Σ Η Π Λ Ε Ι Ο Ψ Η Φ Ι Α Σ

Αντικείμενο της παρούσας προσφυγής είναι η απόφαση της Αρχής Ηλεκτρισμού Κύπρου («η ΑΗΚ») να αποκλείσει την προσφορά της εταιρείας BLUEWATER ENERGY SERVICES B.V. («Οι Αιτητές») στο δεύτερο στάδιο που αφορά την Τεχνική Αξιολόγηση της προσφοράς σε σχέση με το Διαγωνισμό Αρ. 244/2018 και με τίτλο «*New Build Calm Buoy-SPM, New Umbilical and PLEM Upgrade at Vasilikos Power Station*» και να την κατακυρώσει σε άλλον προσφοροδότη την εταιρεία THE MONOBUOY COMPANY («ο επιτυχών»).

Το Διοικητικό Συμβούλιο της ΑΗΚ σε συνεδρία του ημερομηνίας 30.10.2018 ενέκρινε την προκήρυξη του πιο πάνω Διαγωνισμού ο οποίος και προκηρύχθηκε στις 2.11.2018 με δημοσίευση στην επίσημη εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, της Κυπριακής Δημοκρατίας, στην ιστοσελίδα της ΑΗΚ καθώς και στο ηλεκτρονικό σύστημα καταχώρησης συμβάσεων του Γενικού Λογιστηρίου (e-procurement).

Το αντικείμενο του διαγωνισμού καλύπτει την αγορά καινούργιου ναυδέτου προς αντικατάσταση του υφιστάμενου και συμπεριλαμβάνει επίσης την αγορά

καινούργιου αγωγού σύνδεσης του ναυδέτου με την πλατφόρμα βαλβίδων βυθού η οποία και επίσης θα αναβαθμιστεί.

Τελευταία ημερομηνία υποβολής προσφορών καθορίστηκε μετά από παράταση η 9.1.2019. Ακολούθησαν δε σχετικές Διευκρινίσεις και Τροποποιήσεις.

Υποβλήθηκαν συνολικά τρεις προσφορές. Η διαδικασία αποσφράγισης των προσφορών που υποβλήθηκαν σε ηλεκτρονική μορφή, μέσω του συστήματος e-procurement, πραγματοποιήθηκε στις 9.1.2019. Σύμφωνα με τον όρο 9.2 (Μέθοδος Αξιολόγησης), η αξιολόγηση των προσφορών έγινε σε τρία στάδια:

- Στάδιο Α: Επιβεβαίωση των κριτηρίων συμμετοχής (Ποιοτική Αξιολόγηση)
- Στάδιο Β: Τεχνική Αξιολόγηση
- Στάδιο Γ: Οικονομική Αξιολόγηση

Η προσφορά των Αιτητών πληρούσε τις προϋποθέσεις συμμετοχής που προνοούνται στο στάδιο Α και η αξιολόγηση της προχώρησε στο στάδιο Β.

Κατά το Στάδιο Β Τεχνική Αξιολόγηση εντοπίστηκαν στην προσφορά των Αιτητών συγκεκριμένες αποκλίσεις σε σχέση με τους όρους του διαγωνισμού στις οποίες θα αναφερθούμε κατά την παράθεση των θέσεων των Αιτητών. Οι αποκλίσεις αυτές κρίθηκαν ουσιώδεις και η προσφορά τους δεν προχώρησε για αξιολόγηση στο στάδιο Γ.

Η Επιτροπή Αξιολόγησης σε έκθεση της εισηγήθηκε όπως στο Στάδιο Γ (Οικονομική Αξιολόγηση) προχωρήσει μόνο η προσφορά του επιτυχόντα. Η εισήγηση έγινε δεκτή τόσο από την Επιτροπή Προσφορών όσο και από το Διοικητικό Συμβούλιο της ΑΗΚ το οποίο ομόφωνα αποφάσισε κατακύρωση του διαγωνισμού στον επιτυχόντα.

Στις 18.6.2019 η ΑΗΚ με επιστολή της γνωστοποίησε στους Αιτητές τον αποκλεισμό της προσφοράς τους με αποτέλεσμα στις 3.7.2019 την καταχώρηση από μέρους τους της παρούσας προσφυγής.

Οι Αιτητές το προδικαστικό ζήτημα που εγείρεται από την ΑΗΚ ότι δηλαδή δεν νομιμοποιούνται να προσβάλουν την κατακύρωση του διαγωνισμού επειδή οι ίδιοι αποκλείστηκαν το απορρίπτουν και υποστηρίζουν ότι με βάση τη νομολογία η προσφορά τους δεν θα έπρεπε να κριθεί ότι έχει ουσιώδεις αποκλίσεις που οδηγούν σε αποκλεισμό της. Ως εκ τούτου δεν στερούνται εννόμου συμφέροντος να αμφισβητήσουν και τη νομιμότητα της απόφασης κατακύρωσης.

Αναφορικά με τους λόγους που η προσφορά τους αποκλείστηκε, όπως αυτοί καταγράφονται στην επιστολή γνωστοποίησης αποτελεσμάτων, οι Αιτητές υποστηρίζουν τα ακόλουθα:

(α) Λόγος αποκλεισμού - «Σε περίπτωση κατακύρωσης του διαγωνισμού η εταιρεία *Bluewater BES BV* ή κάποια άλλη θυγατρική την οποία ο προσφοροδότης

δεν κατονομάζει ούτε δίνει οποιαδήποτε πληροφορία, θα έρθει σε συμφωνία με την ΑΗΚ για υλοποίηση του έργου.». Είναι η θέση τους ότι με την πιο πάνω δήλωση δεν επηρεάζονται τα δικαιώματα/υποχρεώσεις της ΑΗΚ ή η αρχή της ίσης μεταχείρισης ενώ θα μπορούσε να υποβληθεί σχετικό διευκρινιστικό ερώτημα για τα στοιχεία της πιθανής θυγατρικής εταιρείας προτού η προσφορά τους αποκλειστεί.

(β) Λόγος αποκλεισμού - «Ο προσφοροδότης αναφέρει ότι η εταιρεία BES BV δεν είναι ενήμερη για την τοπική νομοθεσία και κανονισμούς και ως εκ τούτου οι νόμοι και κανονισμοί της Κυπριακής Νομοθεσίας δεν έχουν προβλεφθεί ούτε συμπεριληφθεί στην προσφορά της». Οι Αιτητές υποστηρίζουν ότι με τη δήλωσή τους απλά διευκρινίζουν ότι η προσφορά τους βασίζεται στους πιο πρόσφατους κώδικες και κανονισμούς κατά τον χρόνο υποβολής της. Η διευκρίνιση αναφέρουν η οποία δόθηκε έγινε με μόνο σκοπό την αποφυγή απόκλισης. Σε κάθε περίπτωση και ανεξάρτητα από την εν λόγω αναφορά δεν υπάρχει ούτε έχει εντοπιστεί στην προσφορά των Αιτητών οτιδήποτε μη συμμορφούμενο με τους νόμους ή τους κανονισμούς της Κυπριακής Δημοκρατίας ώστε να δικαιολογείται η ΑΗΚ να θεωρήσει ότι η εν λόγω αναφορά συνιστά απόκλιση. Με βάση δε τον όρο 3.2.2, σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να συνιστά ουσιώδη απόκλιση της προσφοράς τους καθότι δεν επηρεάζονται τα δικαιώματα/υποχρεώσεις της ΑΗΚ/Συμβαλλόμενου.

Η αναφορά τους ότι δεν γνωρίζουν πλήρως το κυπριακό δίκαιο έγινε για να καταδείξουν ότι εάν για οποιοδήποτε λόγο υπάρχει οτιδήποτε το οποίο ενδεχόμενα

να μην συνάδει με την κυπριακή νομοθεσία δεν υπήρχε από τους Αιτητές τέτοια πρόθεση.

(γ) Λόγος αποκλεισμού - «*Ο προσφοροδότης αναφέρει ότι η τεχνολογία του υφιστάμενου SPM θα πρέπει να συμβαδίσει με το σχεδιασμό του καινούριου συστήματος και ότι την ευθύνη αυτή τη φέρει αποκλειστικά η ΑΗΚ. Επίσης αναφέρει ότι δε φέρει ευθύνη για οποιαδήποτε μέρη του συστήματος τα οποία δεν έχουν εγκατασταθεί και προμηθευτεί από την Bluewater BES BV.*» Με βάση την αυθεντική δήλωση που είναι στην αγγλική γλώσσα οι Αιτητές υποστηρίζουν ότι η αναφορά τους αποτελεί περιττή διευκρίνιση, ότι δηλαδή, το υφιστάμενο σύστημα SPM, λειτουργεί σύμφωνα με το σχεδιασμό της ΑΗΚ και ότι οι Αιτητές δεν θα είναι υπεύθυνοι σε σχέση με μέρη που δεν καλύπτονται από την προσφορά.

(δ) Λόγος αποκλεισμού - «*Ο προσφοροδότης αναφέρει ότι θα προχωρήσει στην ανάλυση (mooring analysis) του υφιστάμενου συστήματος για τον τελικό σχεδιασμό του νέου ναυδέτου. Οποιοσδήποτε αλλαγές (necessary changes) που πιθανόν να προκύψουν από αυτή την ανάλυση δεν έχουν συμπεριληφθεί στις πρόνοιες της προσφοράς*». Με βάση την αυθεντική δήλωση που είναι στην αγγλική γλώσσα¹ οι Αιτητές θεωρούν ότι αυτή αποτελεί περιττή διευκρίνιση που συνάδει όμως πλήρως με τους όρους του Διαγωνισμού. Υποδεικνύουν ότι κατά την ανάλυση στην οποία

¹ Bluewater will carry out a mooring analysis. This analysis and the interface data of existing buoy will be used for the design of the new buoy. Any necessary changes to existing components resulting from this analysis are excluded from the Contract scope.

θα προβούν εάν εντοπίσουν ότι χρήζουν αντικατάστασης υφιστάμενα μέρη του ναυδέτου (buoy) που δεν ενέπιπταν στο αντικείμενο του Διαγωνισμού αυτά δεν έχουν ληφθεί υπόψη στην προσφορά.

(ε) Λόγος Αποκλεισμού - «*Ο προσφοροδότης προτείνει την απόσυρση 31 σημείων από τις πρόνοιες του FIDIC Conditions of Contract*». Δεν υπάρχει απόκλιση αλλά μία εισήγηση σε σχέση με τους όρους του Διαγωνισμού.

(στ) Λόγος Αποκλεισμού - «*Ο προσφοροδότης έχει υποβάλει το δικό του έγγραφο αναφορικά με τις συνθήκες εγγύησης του Συμβολαίου (Warranty and Guarantee Conditions)*». Είναι η θέση των Αιτητών ότι το εν λόγω έγγραφο υποβλήθηκε ως συμπληρωματικό/επιπρόσθετο έγγραφο και όχι σε αντικατάσταση των προτεινόμενων όρων της ΑΗΚ.

Θέση επίσης των Αιτητών είναι ότι η απόφαση της ΑΗΚ είναι αναιτιολόγητη. Οι ισχυριζόμενες αποκλίσεις υποστηρίζουν ούτε αποκλίσεις αποτελούν αλλά κι' εάν αποτελούν δεν είναι ουσιώδεις. Επίσης, από τα πρακτικά της Επιτροπής Αξιολόγησης δεν προκύπτει το σκεπτικό της εισήγησης της ότι οι κατ' ισχυρισμόν αποκλίσεις της προσφοράς τους είναι ουσιώδεις. Από την προσβαλλόμενη απόφαση αναφέρουν απουσιάζει η απαιτούμενη αιτιολογία σε σχέση με τους λόγους απόρριψης της προσφοράς τους με αποτέλεσμα αυτή ως προϊόν αυθαιρεσίας να είναι άκυρη. Αναφερόμενοι στην *Γεώργιος Αναστασίου ν. Αρχής Ηλεκτρισμού Κύπρου*, ημερ. 18.11.2005, υποστήριξαν, ότι οι γενικές αναφορές που

καταγράφονται στην έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης, το Πρακτικό της Επιτροπής Προσφορών και του Συμβουλίου Προσφορών χωρίς εξειδίκευση δεν αποτελεί αιτιολογία αφού από αυτές δεν προκύπτουν με σαφήνεια τα κριτήρια στα οποία βασίστηκε το αποφασίζον όργανο. Η αιτιολογία κατέληξαν είναι απαραίτητη για να είναι δυνατός ο δικαστικός έλεγχος.

Πρόσθετα, εισηγούνται ότι η ΑΗΚ δεν έχει προβεί στην απαιτούμενη έρευνα για να μπορεί να καταλήξει σε ασφαλή συμπεράσματα αναφορικά με τις κατ' ισχυρισμόν αποκλίσεις της προσφοράς τους αλλά ούτε ζήτησε διευκρινίσεις σύμφωνα με τον όρο 9.6 του Μέρους Α ενέργεια μάλιστα που έγινε σε σχέση με την προσφορά του επιτυχόντα. Προκύπτει όπως υποστηρίζουν και πραγματική πλάνη καθότι από τον φάκελο φαίνεται να ετοιμάστηκε ερωτηματολόγιο το οποίο δεν απεστάλη και ένα μήνα αργότερα στις 3.5.2019 ζητήθηκε από τους Αιτητές να ανανεώσουν την εγγυητική τους.

Άλλος λόγος που οι Αιτητές θεωρούν ότι η απόφαση της ΑΗΚ είναι άκυρη είναι ότι με τα πολλά διευκρινιστικά ερωτήματα της προς τον επιτυχόντα η ΑΗΚ του έδωσε την ευκαιρία τροποποίησης της προσφοράς του. Υποστηρίζουν ότι στην ουσία τον καθοδήγησε να διορθώσει τις απαιτούμενες από τους όρους του διαγωνισμού τεχνικές προδιαγραφές. Το γεγονός αναφέρουν ότι ο επιτυχών δεν είχε προσκομίσει επαρκή στοιχεία για εκπαίδευση (no training is provided) ή ειδικά εργαλεία ή τα εργαλεία αντικατάστασης αλλά ούτε παρείχε επαρκή περίοδο ευθύνης για

επιδιόρθωση ελαττωμάτων (Defects Liability Period) των εμπορευμάτων συνιστά μη συμμόρφωση με ουσιώδεις όρους του Διαγωνισμού.

Αναφέρουν επίσης οι Αιτητές ότι η απόφαση της ΑΗΚ να τους αποκλείσει από το Διαγωνισμό παραβιάζει τις αρχές της χρηστής διοίκησης, προσβάλλει τη δικαιολογημένη εμπιστοσύνη του διοικούμενου και παραβιάζει το δικαίωμα τους για προηγούμενη ακρόαση.

Καταληκτικά υποστηρίζουν και ότι υπήρξε παράνομη σύνθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης καθότι από τους διοικητικούς φακέλους δεν προκύπτουν τα πρακτικά των συνεδριών της Επιτροπής Αξιολόγησης ενώ μετά την αποσφράγιση των προσφορών στις 21.1.2019, προστέθηκαν στην Επιτροπή δύο επιπρόσθετα μέλη. Η προσθήκη των δύο νέων μελών τονίζουν για τα οποία δεν προκύπτει από τους διοικητικούς φακέλους εάν έχουν τις ειδικές γνώσεις ή την σχετική πείρα παραβιάζει την ΚΔΠ 179/2009.

Η ΑΗΚ από την πλευρά της υποστηρίζει ότι σύμφωνα με πάγια νομολογία προσφοροδότης που δεν έχει υποβάλει έγκυρη προσφορά στερείται εννόμου συμφέροντος αμφισβήτησης της απόφασης σε σχέση με την κατακύρωση του Διαγωνισμού. Θεωρεί ότι οι Αιτητές νομιμοποιούνται να προσβάλουν μόνο την απόφαση αποκλεισμού τους και όχι την κατακύρωση του διαγωνισμού στον επιτυχόντα.

Απαντώντας στους λόγους που εγείρουν οι Αιτητές για ακύρωση της απόφασης παραπέμπουν σχετικά στην έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης όπου όπως υποστηρίζει προκύπτουν με σαφήνεια οι λόγοι για τους οποίους η προσφορά των Αιτητών αποκλείστηκε και σημειώνει τα εξής:

(α) Λόγος Αποκλεισμού – είναι εισήγηση της ΑΗΚ ότι με βάση τη δήλωση των Αιτητών την υλοποίηση του έργου θα αναλάβει άλλη εταιρεία που δεν κατονομάζεται. Επομένως τα όσα δηλώνονται αναφορικά με την εταιρεία Bluewater BES BV δεν μπορούν να αξιολογηθούν αφού την εκτέλεση του έργου θα αναλάβει κατόπιν συμφωνίας με την ΑΗΚ θυγατρική της εταιρεία,

(β) Λόγος Αποκλεισμού - η αναφορά των Αιτητών ότι δεν γνωρίζουν την Κυπριακή Νομοθεσία παραβιάζει τον ουσιώδη όρο 3.2.2. των εγγράφων του Διαγωνισμού και επηρεάζει τα δικαιώματα και/ή τις υποχρεώσεις των μερών αλλά κυρίως την αρχή της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών,

(γ) Λόγος Αποκλεισμού – Οι Αιτητές στην ουσία δηλώνουν ότι το υφιστάμενο SPM θα πρέπει να συμβαδίζει με τον σχεδιασμό του καινούργιου συστήματος που θα τοποθετηθεί και ότι αυτό θα πρέπει να το επιβεβαιώσει η ΑΗΚ. Με τη δήλωση τους στην ουσία υποβάλλουν προσφορά υπό όρους, η οποία παραβιάζει κατάφωρα την αρχή της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών αλλά και τα δικαιώματα της Αναθέτουσας Αρχής κατά παράβαση του όρου 3.2.2 των εγγράφων του Διαγωνισμού,

(δ) Λόγος Αποκλεισμού – Η σχετική δήλωση των Αιτητών λαμβανομένου υπόψη του αντικειμένου της σύμβασης βρίσκεται σε αντίθεση και/ή τροποποιεί το αντικείμενο του. Με αυτή αποποιούνται οποιασδήποτε ευθύνης σε εργασίες που πιθανόν να προκύψουν από την υλοποίηση του έργου,

(ε) Λόγος Αποκλεισμού – Η δήλωση των Αιτητών στην προσφορά τους για τροποποίηση των όρων του Διαγωνισμού δεν θα μπορούσε να γίνει αποδεκτή. Αυτό σύμφωνα με τον όρο 2.14 των εγγράφων είχαν τη δυνατότητα να το πράξουν πριν την υποβολή της προσφοράς τους.

(στ) Λόγος Αποκλεισμού - Ο όρος που αφορούσε την εγγύηση του αντικειμένου του Διαγωνισμού είναι ουσιώδης όρος του διαγωνισμού και το έγγραφο που υποβλήθηκε είναι διαφορετικό από αυτό που απαιτούν οι όροι του διαγωνισμού. Με αναφορά στις *Ανδρέας Ζακχαίος ν. Κοινοτικού Συμβουλίου Βορόκλινης, Υπόθ. 796/2004, ημερ. 7.9.2006 και Atlaspantou Co Ltd ν. Κυπριακής Δημοκρατίας (1992) 4Στ ΑΑΔ 4711* υποστήριξε ότι προσφορά που δεν ανταποκρίνεται στους όρους του διαγωνισμού αλλά θέτει όρους και προϋποθέσεις είναι άκυρη και προσθέτει ότι με βάση τον όρο 9.6. των εγγράφων του Διαγωνισμού διευκρινίσεις δεν μπορούσαν να ζητηθούν. Οι αποκλίσεις της προσφοράς των Αιτητών κρίθηκαν ουσιώδεις και δεν χωρούσε η αναζήτηση διευκρινίσεων

Η απόφαση της υποστηρίζει είναι αποτέλεσμα δέουσας έρευνας, περιέχει πλήρη, επαρκή και σαφή αιτιολογία, η οποία εν πάση περιπτώσει συμπληρώνεται από τους

διοικητικούς φακέλους. Ούτε το δικαίωμα για προηγούμενη ακρόαση του οικονομικού φορέα εφαρμόζεται εφόσον η απόφαση της ούτε πειθαρχικής φύσης είναι, ούτε έχει το χαρακτήρα κύρωσης ή δυσμενούς φύσης.

Αναφορικά, τώρα με τον ισχυρισμό για παράνομη σύνθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης η ΑΗΚ υποστηρίζει ότι η διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών δεν είχε αρχίσει, ούτε έλαβε χώρα οποιαδήποτε συνεδρία της Επιτροπής Αξιολόγησης πριν από την προσθήκη των δύο μερών και ότι ο Κανονισμός 6(3) δεν τυγχάνει εφαρμογής στην παρούσα, αφού αφορά μη συμμετοχή μετατεθέντος ή προαχθέντος μέλους στη διαδικασία και όχι προσθήκη. Ο δε Κανονισμός 6(2) δεν επιβάλλει ρητή επίκληση του και παροχή αιτιολογίας στην εφαρμογή του.

Παρόλο που το ζήτημα της νομιμότητας της σύνθεσης της Επιτροπής Αξιολόγησης τέθηκε ως τελευταίος λόγος ακύρωσης, επειδή αφορά θέμα δημοσίας τάξης θα εξεταστεί πρώτος. Είναι αδιαμφισβήτητο ότι στις 8.1.2019 διορίστηκε πενταμελής Επιτροπή Αξιολόγησης των προσφορών όπως επίσης και ότι μετά την αποσφράγιση τους στις 9.1.2019, προστέθηκαν στις 25.2.2019 άλλα δύο μέλη. Το γεγονός αυτό σύμφωνα με τους Αιτητές καθιστά παράνομη τη σύνθεση της Επιτροπής.

Ο Κανονισμός 5(1) της Κ.Δ.Π. 179/2009 προβλέπει ότι:

«5(1) (α) Για κάθε διαγωνισμό, ο Γενικός Διευθυντής διορίζει Επιτροπή Αξιολόγησης κατόπιν σύστασης του Διευθυντή Προμηθειών.

β) Για τους σκοπούς της σύστασης Επιτροπής Αξιολόγησης που αναφέρεται στην υποπαράγραφο (α) ο Διευθυντής Προμηθειών ακολουθεί τη σύσταση του Αρμόδιου Εκτελεστικού Διευθυντή και του Εκτελεστικού Διευθυντή Οικονομικών αναφορικά με τους εκπροσώπους των Αρμόδιων Μονάδων τους στην Επιτροπή Αξιολόγησης.

(2) Κατά τον διορισμό της Επιτροπής Αξιολόγησης καθορίζεται ένα μέλος ως συντονιστής, ο οποίος φέρει τη γενική ευθύνη για την ομαλή διεξαγωγή των εργασιών της Επιτροπής Αξιολόγησης, τη σύγκλιση συνεδριάσεων της και την ετοιμασία της σχετικής έκθεσης αξιολόγησης εντός των καθορισμένων προθεσμιών.

(3) Ανεξάρτητα από τις διατάξεις του άρθρου 22 του περί των Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου, εάν κατά τη διάρκεια της αξιολόγησης των προσφορών ένα μέλος της Επιτροπής Αξιολόγησης προάγεται ή μετατίθεται ή του ανατίθενται άλλα καθήκοντα, ο Γενικός Διευθυντής δύναται να αποφασίσει ότι το συγκεκριμένο μέλος δε θα εξακολουθήσει να παραμένει μέλος της Επιτροπής Αξιολόγησης.»

Ο δε Κανονισμός 6(1) και 6(2) της Κ.Δ.Π. 179/2009 ότι:

«(1) Η Επιτροπή Αξιολόγησης αποτελείται από τρία μέλη τουλάχιστον ως ακολούθως:

α) Έναν ή περισσότερους εκπροσώπους της Αρμόδιας Μονάδας

β) έναν εκπρόσωπο της Μονάδας Οικονομικών και

γ) έναν εκπρόσωπο της Διεύθυνσης Προμηθειών.

(2) Επιπρόσθετα από τα μέλη που καθορίζονται στην παράγραφο (1) ο Γενικός Διευθυντής δύναται, κατόπιν εισήγησης του Αρμόδιου Εκτελεστικού Διευθυντή, να διορίζει ως πλήρως ισότιμα μέλη της Επιτροπής Αξιολόγησης λειτουργούς από άλλες Αρμόδιες Μονάδες, με ειδικές γνώσεις ή σχετική πείρα.»

Ο Κανονισμός 6(2), όπως ορθά αναφέρει η ΑΗΚ, δεν εφαρμόζεται στην παρούσα περίπτωση καθότι τα πρόσθετα (μετά την ανασύσταση) μέλη της Επιτροπής Αξιολόγησης δεν είναι λειτουργοί από άλλες Αρμόδιες Μονάδες, αλλά από τη Μονάδα Παραγωγής που είναι η αρμόδια Μονάδα για το διαγωνισμό. Συνεπώς δεν

ευσταθεί ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι τα νέα μέλη δεν έχουν ειδικές γνώσεις. Λόγω της θέσης τους τεκμαίρεται σχετική πείρα και/ή ειδικές γνώσεις.

Μετά από μελέτη του διοικητικού φακέλου διαπιστώνεται ότι ο Γενικός Διευθυντής στις 25.2.2019, μετά από σύσταση του Διευθυντή Προμηθειών προχώρησε σε προσθήκη στην Επιτροπή δύο νέων μελών. Από το Διοικητικό Φάκελο, για τους λόγους που θα εξηγήσουμε πιο κάτω, προκύπτει ότι δεν ευσταθεί η θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι από την ημερομηνία ανοίγματος των προσφορών μέχρι την ημερομηνία ανασύστασης της Επιτροπής Αξιολόγησης δεν υπήρξαν εργασίες αξιολόγησης παρά το γεγονός ότι οι σχετικές «*Δηλώσεις Ευσυνείδητης και Αμερόληπτης Εκτέλεσης Καθηκόντων*» φαίνεται να υπογράφηκαν και από τα επτά (7) μέλη την 1.3.2019, ημερομηνία που φέρει και η έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης.

Από έγγραφο ημερ. 8.1.2019 το οποίο υπογράφεται από το Διευθυντή Προμηθειών και εγκρίνεται από το Γενικό Διευθυντή προκύπτει η σύσταση της Επιτροπής Αξιολόγησης με πέντε (5) μέλη. Στα πρακτικά της 1^{ης} Συνεδρίας της επταμελούς επιτροπής ημερ. 1.3.2019 μεταξύ άλλων αναφέρονται τα εξής:

«ΘΕΜΑΤΟΛΟΓΙΑ ΗΜΕΡΗΣΙΑΣ ΔΙΑΤΑΞΗΣ:

1. Υπογραφή υπεύθυνης δήλωσης ευσυνείδητης και αμερόληπτης εκτέλεσης καθηκόντων από τα μέλη της επιτροπής.
2. Διαμερισμός των ηλεκτρονικών προσφορών στα μέλη της επιτροπής.

3. Ενημέρωση και διαπιστώσεις των μελών από το συντονιστή της επιτροπής αξιολόγησης αναφορικά με τη φύση και άλλες λεπτομέρειες του διαγωνισμού.
4. Ορισμός επόμενης συνάντησης της επιτροπής.

ΘΕΜΑΤΑ:

1. Αρχικά όλα τα μέλη της Επιτροπής συμπλήρωσαν και υπέγραψαν την υπεύθυνη δήλωση ευσυνείδητης και αμερόληπτης εκτέλεσης καθηκόντων.
2. Έγινε διαμερισμός των ηλεκτρονικών των προσφορών στα μέλη της επιτροπής.
3. Ακολούθως έγινε ενημέρωση των μελών από το συντονιστή της επιτροπής αξιολόγησης αναφορικά με τη φύση και άλλες λεπτομέρειες του διαγωνισμού. Η επιτροπή ενημερώθηκε ότι σύμφωνα με επιστολή-γνωμάτευση της Γραμματέας/Διευθύντριας των Νομικών Υπηρεσιών ημερομηνίας 16/1/2019 η εγγυητική επιστολή του προσφοροδότη αρ. 3 από την εταιρεία IMODCO TERMINALS S.A. παρουσιάζει προβλήματα². Αποφασίστηκε να αποσταλεί φαξ στην εταιρεία για να προβεί στις απαραίτητες διορθώσεις εντός συγκεκριμένου χρονικού διαστήματος. Η επιτροπή διαπίστωσε επίσης ότι ο προσφοροδότης αρ. 1 BLUEWATER ENERGY SERVICES B.V. επισύναψε την τιμή του financial offer table C στο στάδιο 1 του διαγωνισμού αντί στο στάδιο 2. Αποφασίστηκε να ζητηθεί νομική γνωμάτευση για το θέμα».

Είναι φανερό από τα πιο πάνω και το περιεχόμενο της επιστολής του Διευθυντή Προμηθειών ημερ. 8.1.2019 σύμφωνα με το οποίο «Η Επιτροπή Αξιολόγησης δύναται να συμβουλευέται τον Διευθυντή Προμηθειών αναφορικά με θέματα που άπτονται της διαδικασίας αξιολόγησης των προσφορών. Σε περίπτωση νομικής γνωμάτευσης αυτή ζητείται γραπτώς μέσω του Διευθυντή Προμηθειών», ότι υπήρξε ενασχόληση της 5μελούς Επιτροπής Αξιολόγησης των προσφορών πριν από το διορισμό των δύο νέων μελών, διαφορετικά δεν εξηγείται η ενημέρωση της 7μελούς

² Οι υπογραμμίσεις είναι δικές μας.

επιτροπής για τη γνωμάτευση ημερ. 16.1.2019. Με τη διαπίστωση αυτή το ερώτημα που πρέπει να απαντηθεί είναι κατά πόσο η παράβαση αυτή σε σχέση με τη σύνθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης συνεπάγεται άνευ ετέρου ακυρότητα της προσβαλλόμενης απόφασης.

Στη *Λουκάς Παπαλουκάς κ.ά. ν. Επιτροπής Σιτηρών Κύπρου (1998) 3 ΑΑΔ 656*

σε σχέση με το ζήτημα της παράβασης ουσιώδους τύπου μεταξύ άλλων αναφέρονται τα εξής:

«Είναι γενική αρχή του Διοικητικού Δικαίου, την οποία υιοθετεί τόσο η ελληνική όσο και η κυπριακή νομολογία, ότι η παράβαση διατεταγμένου τύπου (ή τυπικής διατάξεως) επάγεται την ακυρότητα της πράξεως μόνον εφ' όσον ήθελε θεωρηθεί ότι, στην υπό εξέταση συγκεκριμένη περίπτωση, ο τύπος ο οποίος δεν τηρήθηκε ήταν ουσιώδης. Αν δεν ήταν ουσιώδης, η πράξη δεν υπόκειται σε ακύρωση, παρά την παράβαση. Με άλλα λόγια, ανεξάρτητα από το εξ αντικειμένου ουσιώδες του τύπου, αν διαπιστωθεί ότι η παράβαση του δεν είχε δυσμενείς επιπτώσεις για τον διοικούμενο, τότε, για τους σκοπούς της συγκεκριμένης περίπτωσης, αυτός θεωρείται επουσιώδης με αποτέλεσμα η παράβασή του να μην επάγεται την ακυρότητα της πράξεως».

Στην παρούσα περίπτωση η προσθήκη των δύο μελών μετά το άνοιγμα των προσφορών θεωρούμε ότι υπό τις περιστάσεις δεν μπορεί να θεωρηθεί ως παράβαση ουσιώδους τύπου αφού παρά τη διεύρυνση της Επιτροπής Αξιολόγησης καθώς προκύπτει τα νέα μέλη ενημερώθηκαν για το τί προηγήθηκε η δε προσφορά των Αιτητών αξιολογήθηκε και κρίθηκε ότι πληροί το Στάδιο Α. Το γεγονός ότι η προσφορά τους στη συνέχεια αποκλείστηκε δεν επηρεάζει, αφού με την προσφυγή τους θα εξεταστεί η νομιμότητα του αποκλεισμού τους. Ούτε παραβίαση του άρθρου 22 των περί Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου του 1999, Ν.

158(I)/1999 προκύπτει, αφού δεν υπήρξε αλλαγή στη σύνθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης κατά την διάρκεια αξιολόγησης των προσφορών κατά το Στάδιο Β. Η προσθήκη των δύο μελών της Επιτροπής Αξιολόγησης έλαβε χώρα μετά το άνοιγμα των φακέλων των προσφορών και προτού γίνει η τεχνική αξιολόγηση των προσφορών. Η διαδικασία ανοίγματος των προσφορών δεν θεωρείται ουσιαστικά μέρος της αξιολόγησης των προσφορών. Κατά τη διαδικασία ανοίγματος δεν συζητούνται θέματα που είναι αναγκαία για τη λήψη απόφασης κατακύρωσης. Εν πάση περιπτώσει καθώς προκύπτει από το πρακτικό ημερ. 1.3.2019 τα μέρη που προστέθηκαν ενημερώθηκαν για ότι είχε προηγηθεί.

Έχουμε ήδη παραθέσει τους λόγους αποκλεισμού. Σημειώνουμε εδώ ότι στο πρακτικό της Επιτροπής Αξιολόγησης, η εισήγηση της οποίας υιοθετήθηκε από την Επιτροπή Προσφορών και το Συμβούλιο, καταγράφονται τα εξής:

«2. Αξιολόγηση

2.1. Μέθοδος Αξιολόγησης

[...]

2.1.1 Στάδιο Α: Επιβεβαίωση των κριτηρίων συμμετοχής (Ποιοτική Αξιολόγηση)

Σε πρώτο στάδιο γίνεται επιβεβαίωση των κριτηρίων ικανότητας συμμετοχής και της συμπλήρωσης των υποστηρικτικών εγγράφων με βάση τους όρους του διαγωνισμού και πρόκρισης στο επόμενο στάδιο αξιολόγησης.

2.1.2 Στάδιο Β: Τεχνική Αξιολόγηση

Σε δεύτερο στάδιο εξετάζονται οι τεχνικές προτάσεις και η ΕΑ προβαίνει σε αξιολόγηση των προτάσεων με βάση τα κριτήρια της ποιοτικής και τεχνικής αξιολόγησης που καθορίζονται στον όρο 9.4 των Εγγράφων του Διαγωνισμού ως ακολούθως:

- i. Συμμόρφωση με τους όρους και προϋποθέσεις των Εγγράφων του Διαγωνισμού.
- ii. Συμμόρφωση με τα κριτήρια αξιολόγησης που καθορίζονται στην παράγραφο 6 των Εγγράφων του Διαγωνισμού.
- iii. Συμμόρφωση με την προδιαγραφή.
- iv. Συμμόρφωση με τις υποχρεωτικές απαιτήσεις των εγγράφων του διαγωνισμού.
- v. Επαγγελματικό Παράπτωμα.
- vi. Οποιοσδήποτε άλλες απαιτήσεις των Εγγράφων του Διαγωνισμού

Οι προσφορές οι οποίες πληρούν χωρίς ουσιώδεις αποκλίσεις τα κριτήρια του Σταδίου Β της αξιολόγησης προκρίνονται στο Στάδιο Γ της διαδικασίας αξιολόγησης.

Σε περίπτωση που κατά την τεχνική αξιολόγηση διαπιστωθεί ότι μία προσφορά δεν πληροί τα κριτήρια του Σταδίου Β της διαδικασίας αξιολόγησης τότε η συγκεκριμένη προσφορά δεν προκρίνεται στο Στάδιο Γ.

[...]

2.2.1 Προσφορά Αρ. 1 – BLUEWATER ENERGY SERVICES B.V.

Η προσφορά αρ. 1 υποβλήθηκε από την εταιρεία BLUEWATER ENERGY SERVICES B.V. που εδρεύει στην Ολλανδία.

Ο προσφοροδότης έχει υποβάλει τα στοιχεία που απαιτούνται και πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής που προνοούνται στο Στάδιο Α.

Όσον αφορά το Στάδιο Β παρουσιάζονται σημαντικές αποκλίσεις σε σχέση με τους όρους του διαγωνισμού. Συγκεκριμένα μεταξύ άλλων έχουν εντοπιστεί τα πιο κάτω σημεία.

- (1) Σε περίπτωση κατακύρωσης του διαγωνισμού η εταιρεία Bluewater BES BV ή κάποια άλλη θυγατρική, την οποία ο προσφοροδότης δεν κατονομάζει ούτε δίνει οποιοσδήποτε πληροφορίες, θα έρθει σε συμφωνία με την ΑΗΚ για υλοποίηση του έργου.
- (2) Ο προσφοροδότης αναφέρει ότι η εταιρεία BES BV δεν είναι ενήμερη για την τοπική νομοθεσία και κανονισμούς και ως εκ τούτου οι νόμοι

και κανονισμοί της Κυπριακής Νομοθεσίας δεν έχουν προβλεφθεί ούτε συμπεριληφθεί στην προσφορά της.

- (3) Ο προσφοροδότης αναφέρει ότι η τεχνολογία του υφιστάμενου SPM θα πρέπει να συμβαδίζει με το σχεδιασμό του καινούριου συστήματος και ότι την ευθύνη αυτή τη φέρει αποκλειστικά η ΑΗΚ. Επίσης αναφέρει ότι δε φέρει ευθύνη για οποιαδήποτε μέρη του συστήματος τα οποία δεν έχουν εγκατασταθεί και προμηθευτεί από την *Bluewater BES BV*.
- (4) Ο προσφοροδότης αναφέρει ότι θα προχωρήσει σε ανάλυση του υφιστάμενου συστήματος για τον τελικό σχεδιασμό του νέου ναυδέτου. Οποιοσδήποτε αλλαγές που πιθανόν να προκύψουν από αυτή την ανάλυση δεν έχουν συμπεριληφθεί στις πρόνοιες της προσφοράς.
- (5) Ο προσφοροδότης προτείνει την απόσυρση 31 σημείων από τις πρόνοιες του *FIDIC Conditions of Contract*.
- (6) Ο προσφοροδότης έχει υποβάλει το δικό της έγγραφο αναφορικά με τις συνθήκες εγγύησης του Συμβολαίου (*Warranty and Guarantee Conditions*).

Όλα τα πιο πάνω θεωρήθηκαν από την Επιτροπή Αξιολόγησης ως πολύ σημαντικές αποκλίσεις από τις πρόνοιες των όρων του διαγωνισμού.

Με βάση τις πιο πάνω σημαντικές αποκλίσεις, η προσφορά αυτή δεν πληροί τα κριτήρια του Σταδίου Β και δεν δύναται να προκριθεί για αξιολόγηση στο στάδιο Γ».

Προτού εξετάσουμε τους λόγους αποκλεισμού σημειώνουμε ότι μετά από σχετική ερώτηση «*Is it possible to suggest amendments to terms and conditions provided within the tender document within the bid submittal?*», η Αναθέτουσα Αρχή απάντησε ότι:

«Tenderers are encouraged not to suggest amendment to the terms & conditions of the tender document. However, in case a Tenderer wishes to submit a deviation/departure from the requirements of the Tender document, then Form 23 shall be appropriately filled-in. Clause 3.2(3) is also applicable».

Από την πιο πάνω απάντηση είναι φανερό ότι είναι η ίδια η Αναθέτουσα Αρχή η οποία έδωσε τη δυνατότητα στους οικονομικούς φορείς να υποβάλουν αποκλίσεις από τους όρους του διαγωνισμού, αποκλίσεις βέβαια που σύμφωνα με τον όρο 3.2.3 του Μέρους Α δεν επηρεάζουν την έκταση της σύμβασης, την ποιότητα εκτέλεσης της και δεν περιορίζουν τα δικαιώματα της Αναθέτουσας Αρχής. Το ποια η σκοπιμότητα της πιο πάνω απάντησης της Αναθέτουσας Αρχής δεν αντιλαμβανόμαστε. Όπως και η ίδια πρέπει να γνωρίζει, και αυτό το σημειώνουμε για σκοπούς καθοδήγησης, οι όροι διαγωνισμού πρέπει να είναι σαφείς και να μην αφήνουν δυνατότητα παρερμηνείας τους από τους εν δυνάμει οικονομικούς φορείς.

Σ' ότι αφορά τον πρώτο λόγο αποκλεισμού, με δεδομένο ότι η προσφορά των Αιτητών κρίθηκε ότι πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής του Σταδίου Α (Ποιοτική Αξιολόγηση) δεν αντιλαμβανόμεθα πώς στη συνέχεια κρίθηκε ότι η αναφορά τους ότι σε περίπτωση κατακύρωσης οι Αιτητές ή θυγατρική τους εταιρεία θα εκτελέσει το έργο συνιστά υποβολή προσφοράς υπό όρους. Εν πάση περιπτώσει η υποβολή της προσφοράς εκ μέρους των Αιτητών και η αναφορά τους ότι εάν τους κατακυρωθεί ο διαγωνισμός θυγατρική τους πιθανόν να έρθει σε συμφωνία με την Αναθέτουσα Αρχή για υλοποίηση του έργου κρίνουμε ότι παρείχαν έδαφος

αναζήτησης διευκρινίσεων. Προέκυπτε ασάφεια και έλλειψη καθαρότητας ως προς το ποιος θα εκτελέσει το έργο και όχι προσφορά που την υλοποίηση του έργου θα αναλάβει άλλη εταιρεία. Άλλωστε προς τί η αναφορά της ΑΗΚ και στη γνωστοποίηση των αποτελεσμάτων ότι «*No details, nor other information was given with regards to this subsidiary*». Δηλαδή εάν έδιδε όνομα και λεπτομέρειες της θυγατρικής δεν θα υπήρχε πρόβλημα;

Σ' ότι αφορά το δεύτερο λόγο αποκλεισμού έχοντας εξετάσει τη δήλωση³ των Αιτητών δεν συμφωνούμε με την Αναθέτουσα Αρχή ότι παραβιάζει τον όρο 3.2.2 των εγγράφων ο οποίος προβλέπει ότι «*By submitting their Tenders, Tenderers are assumed to be familiar with all relevant laws and Regulations of the Republic of Cyprus which affect, either directly or indirectly, the tender procedure and the implementation of the Contract Scope.*»

Οι Αιτητές με τη δήλωσή τους διευκρίνιζαν τί έλαβαν υπόψη τους κατά την υποβολή της προσφοράς τους. Εν πάση περιπτώσει ούτε από το λεκτικό του όρου 3.2.2 συνάγεται ότι σε περίπτωση που προσφοροδότης δεν είναι ενήμερος και εξοικειωμένος με όλη τη νομοθεσία και κανονισμούς που διέπουν άμεσα ή έμμεσα το διαγωνισμό αποκλείεται. Ούτε έχει εξηγηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή κατά πόσο τα «*latest version of applicable codes, standards and regulations*» στα οποία

³ The proposal is based on the latest version of applicable codes, standards and regulations at the time of submission of this proposal. In case of approval conflicts between COMPANY and Certifying Authority, the approval of the Certifying Authority will have precedence over the approval by COMPANY.

στηρίχθηκαν οι Αιτητές συνάδουν ή όχι με τους νόμους και τους κανονισμούς που διέπουν το διαγωνισμό δεδομένου ότι εφαρμογής σε δημόσιους διαγωνισμούς τυγχάνει το ενωσιακό δίκαιο.

Δεν συμφωνούμε συνεπώς με την Αναθέτουσα Αρχή ότι η πιο πάνω αναφορά των Αιτητών συνιστά ουσιώδη απόκλιση.

Σ' ότι αφορά τον τρίτο λόγο αποκλεισμού ούτε αυτός είναι βάσιμος. Οι Αιτητές στη δήλωσή τους ανέφεραν τα εξής:

Bluewater is not responsible for the performance of the components not installed and not supplied by Bluewater.

COMPANY shall ensure and confirm that the existing SPM system including all components and equipment (most important: winch, chainstoppers, PLEM valves, telemetry and hoses) is functioning as per design.

Ό,τι οι Αιτητές με τη δήλωση τους ανέφεραν, δεν είναι ότι η Αναθέτουσα Αρχή υποστηρίζει. Εν πάση περιπτώσει εάν από τη δήλωσή τους προέκυπτε ασάφεια ιδιαίτερα από τη τελευταία φράση της δήλωσης «is functioning as per design» και πάλι παρείχετο έδαφος για διευκρινίσεις.

Ούτε σε σχέση με τον τέταρτο λόγο αποκλεισμού των Αιτητών συμφωνούμε. Δεν αντιλαμβανόμαστε τη δήλωση των Αιτητών ότι «*Bluewater will carry out a mooring analyse. This analyses and the interface data of existing buoy will be used for the design of the new buoy. Any necessary changes to existing components resulting from this analyses are excluded from the Contract scope*» να σημαίνει ότι

οι Αιτητές αποποιούνται ευθύνης σε εργασίες που πιθανόν να προκύψουν από την υλοποίηση του έργου. Εν πάση περιπτώσει η Αναθέτουσα Αρχή δεν μας έχει παραπέμψει σε οποιοδήποτε όρο του διαγωνισμού σύμφωνα με τον οποίο οι αναγκαίες αλλαγές στα υφιστάμενα μέρη περιλαμβάνονται στο διαγωνισμό ώστε να είναι εφικτός ο έλεγχος από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών. Όσα η δικηγόρος των Αιτητών και οι εκπρόσωποι της ανέφεραν κατά την ακρόαση της υπόθεσης δεν μπορούν να ληφθούν υπόψη. Ούτε στην έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης υπάρχουν αλλά ούτε και είναι έργο δικό μας να τα εντοπίσουμε μέσα από τους όρους του διαγωνισμού εάν υπάρχουν. Όπως είναι καλά γνωστό πράξεις των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριζαν είναι αναιτιολόγητες και συνεπώς ακυρώσιμες.

Ως προς την ανάγκη αιτιολόγησης των διοικητικών πράξεων σχετικό είναι το άρθρο 26(1) του περί Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου του 1999, Ν. 158(I)/1999. Σύμφωνα δε με τη νομολογία *Φράγκου v. Δημοκρατίας* (1998) 3 A.A.Δ. 270) τι συνιστά έλλειψη αιτιολογίας εξαρτάται από τα περιστατικά της συγκεκριμένης υπόθεσης. Η δε επάρκεια της, η οποία και καθιστά το δικαστικό έλεγχο εφικτό, δεν εξαρτάται πάντοτε από την έκταση του λεκτικού της απόφασης αλλά από την ουσία του περιεχομένου της - (βλ. *Γεωργίου v. Δημοκρατίας* (1989) 3 A.A.Δ.(E) 589). Παρέχεται, βέβαια, δυνατότητα συμπλήρωσης της ελλείπουσας αιτιολογίας από τα στοιχεία του φακέλου - (βλ. *Ηλιόπουλος v. ΑΗΚ* (2000) 3 A.A.Δ. 438), εφόσον βέβαια με σαφήνεια προκύπτει από αυτά, τι ακριβώς είχε υπόψη του

το αποφασίζον όργανο, όταν λάμβανε την απόφαση. Πρέπει, δηλαδή, από τα στοιχεία του φακέλου, να καταδεικνύονται αναντίλεκτα οι λόγοι που οδήγησαν στη λήψη της απόφασης, αφού δεν είναι έργο του δικαστηρίου η πρωτογενής αξιολόγηση των στοιχείων και η διαμόρφωση κρίσης σε σχέση με το τι θα μπορούσε να επενεργήσει υπέρ ή εναντίον της όποιας προσέγγισης - (βλ. *Συμεωνίδου κ.ά. ν. Δημοκρατίας* (1997) 3 Α.Α.Δ. 145).

Στην παρούσα περίπτωση παρά την προσπάθειά μας δεν έχουμε εντοπίσει είτε στην έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης είτε στο διοικητικό φάκελο τους λόγους για τους οποίους η δήλωση των Αιτητών που οδήγησε στον (δ) λόγο αποκλεισμού της προσφοράς του βρίσκεται σε αντίθεση και ή τροποποιεί το αντικείμενο του διαγωνισμού. Δεν είναι έργο δικό μας η αιτιολόγηση της απόφασης της ΑΗΚ. Τα ίδια ισχύουν και για τον (στ) λόγο αποκλεισμού. Η γενική και εν πολλοίς αόριστη αναφορά της ΑΗΚ ότι οι Αιτητές έχουν υποβάλει δικό τους έγγραφο αναφορικά με τις συνθήκες εγγύησης του Συμβολαίου δεν μας παρέχει δυνατότητα ελέγχου. Δεν έχει εξηγηθεί γιατί το υποβληθέν δεν συνάδει με τις απαιτήσεις του διαγωνισμού. Έγινε προσπάθεια κατά την ακρόαση της υπόθεσης να εξηγηθεί γιατί δεν έγινε δεκτό. Τα όσα όμως λέχθηκαν σχετικά με την περίοδο της εγγύησης δεν προκύπτουν από το διοικητικό φάκελο. Συνεπώς και αυτός ο λόγος αποκλεισμού των Αιτητών για λόγους έλλειψης αιτιολογίας δεν μπορεί παρά να είναι αβάσιμος.

Τέλος σε σχέση με τον (ε) λόγο αποκλεισμού ούτε αυτός βρίσκουμε να ευσταθεί. Η πρόταση των Αιτητών για απόσυρση 31 σημείων από τις πρόνοιες του FIDIC Conditions of Contract δεν διαφοροποιεί την προσφορά τους. Πρόκειται για εκπρόθεσμες και χωρίς σημασία εισηγήσεις οι οποίες όμως δεν βρίσκουμε να παραβιάζουν ουσιώδη όρο του διαγωνισμού. Ο όρος 2.14⁴ του Μέρους I – Οδηγίες προς Οικονομικούς Φορείς στον οποίο η Αναθέτουσα Αρχή μας παρέπεμψε απλά πληροφορεί τους ενδιαφερόμενους για το διαγωνισμό μέχρι τότε μπορούν να υποβάλουν εισηγήσεις για τροποποιήσεις. Δεν πρόκειται για ουσιώδη απόκλιση αφού εκπρόθεσμη υποβολή εισηγήσεων δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη.

Η πιο πάνω κατάληξη καθιστά αχρείαστη την εξέταση οποιουδήποτε άλλου ζητήματος τέθηκε από τούς Αιτητές.

Για τους λόγους που έχουν αναφερθεί πιο πάνω η Προσφυγή επιτυγχάνει και η προσβαλλόμενη απόφαση ακυρώνεται χωρίς οποιαδήποτε άλλη διαταγή.

.....
Έφη Παπαδοπούλου
Πρόεδρος

.....
Λοΐζος Κάππας
Μέλος

.....
Δήμος Θωμά
Μέλος

⁴ 2.14 Deadline for the submission of Comments/Questions/Recommendations by 30.11.2018

ΑΠΟΦΑΣΗ ΜΕΙΟΨΗΦΙΑΣ

Έχουμε μελετήσει με προσοχή τα όσα οι δύο πλευρές έθεσαν ενώπιον μας.

Υιοθετούμε τα γεγονότα και τις θέσεις των μερών όπως καταγράφονται στην απόφαση της πλειοψηφίας.

Σε ότι αφορά το ζήτημα της νομιμότητας της σύνθεσης της επιτροπής αξιολόγησης που τέθηκε από τους Αιτητές συμφωνούμε με την απόφαση της πλειοψηφίας.

Έχει παγίως νομολογηθεί ότι η προκήρυξη διαγωνισμού και οι όροι του αποτελούν πράξη κανονιστικού περιεχομένου που δεσμεύει τόσο τη διοίκηση, όσο και τους διαγωνιζόμενους. Ως εκ τούτου, η παράβαση ουσιωδών όρων συνεπάγεται ακυρότητα (Βλ. *General Constructions Ltd v. Δήμου Λεμεσού* (1998) 3 A.A.Δ. 584). Προσφορά η οποία δεν πληροί και δεν ανταποκρίνεται σε ουσιώδη όρο του διαγωνισμού, είναι άκυρη και κατ' επέκταση, δε μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο εξέτασης (βλ. *K. & M. Transport v. E.F.A. & Others* (1987) 3 C.L.R. 1939, *P. Steff & Co. v. Δημοκρατίας* (1990) 3 A.A.Δ. 3343). Το κριτήριο για να καθοριστεί αν ο όρος της προσφοράς είναι ουσιώδης, είναι η σημασία που ενέχει η συμμόρφωση με αυτόν για να αποφασισθεί η κατακύρωση της προσφοράς (βλ. *Tamassos Suppliers Ltd v. Δημοκρατίας* (1992) 3 A.A.Δ.60).

Η επιτροπή αξιολόγησης στην έκθεση της ημερομηνίας 31/05/2019 σχετικά με τους

Αιτητές, κατέγραψε τα πιο κάτω:

«Η προσφορά αρ. 1 υποβλήθηκε από την εταιρεία Bluewater Energy Services B.V που εδρεύει στην Ολλανδία.

Ο προσφοροδότης έχει υποβάλει τα στοιχεία που απαιτούνται και πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής που προνοούνται στο Στάδιο Α.

Όσον αφορά το Στάδιο Β παρουσιάζονται σημαντικές αποκλίσεις σε σχέση με τους όρους του διαγωνισμού. Συγκεκριμένα μεταξύ άλλων έχουν εντοπιστεί τα πιο κάτω σημεία:

- 1) Σε περίπτωση κατακύρωσης του διαγωνισμού η εταιρεία Bluewater BES B.V ή κάποια άλλη θυγατρική την οποία ο προσφοροδότης δεν κατονομάζει ούτε δίνει οποιαδήποτε πληροφορία, θα έρθει σε συμφωνία με την ΑΗΚ για υλοποίηση του έργου.*
- 2) Ο προσφοροδότης αναφέρει ότι η εταιρεία BES BV δεν είναι ενήμερη για την τοπική νομοθεσία και κανονισμούς και ως εκ τούτου οι νόμοι και κανονισμοί της Κυπριακής Νομοθεσίας δεν έχουν προβλεφθεί ούτε συμπεριληφθεί στην προσφορά της.*
- 3) Ο προσφοροδότης αναφέρει ότι η τεχνολογία του υφιστάμενου SPM θα πρέπει να συμβαδίσει με το σχεδιασμό του καινούριου συστήματος και ότι την ευθύνη αυτή τη φέρει αποκλειστικά η ΑΗΚ. Επίσης αναφέρει ότι δε φέρει ευθύνη για οποιαδήποτε μέρη του συστήματος τα οποία δεν έχουν εγκατασταθεί και προμηθευτεί από την Bluewater BES B.V.*
- 4) Οι προσφοροδότης αναφέρει ότι θα προχωρήσει στην ανάλυση του υφιστάμενου συστήματος για τον τελικό σχεδιασμό του νέου ναυδέτου. Οποιοσδήποτε αλλαγές που πιθανόν να προκύψουν από αυτή την ανάλυση δεν έχουν συμπεριληφθεί στις πρόνοιες της προσφοράς;*
- 5) Ο προσφοροδότης προτείνει την απόσυρση 31 σημείων από τις πρόνοιες του FIDIC Conditions of Contract.*

- 6) Ο προσφοροδότης έχει υποβάλει το δικό του έγγραφο αναφορικά με τις συνθήκες εγγύησης του Συμβολαίου (*Warranty and Guarantee Conditions*).

Όλα τα πιο πάνω θεωρήθηκαν από την Επιτροπή Αξιολόγησης ως πολύ σημαντικές αποκλίσεις από τις πρόνοιες των όρων του διαγωνισμού. Με βάση τις πιο πάνω σημαντικές αποκλίσεις, η προσφορά αυτή δεν πληροί τα κριτήρια του Σταδίου Β και δεν δύναται να προκριθεί για αξιολόγηση στο στάδιο Γ».

Η Επιτροπή Προσφορών στην εισήγηση της ημερομηνίας 31/05/2019, υιοθέτησε την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης.

Η Αναθέτουσα Αρχή με επιστολή της ημερομηνίας 18/06/2019 ενημέρωσε τους Αιτητές ότι:

«We take this opportunity to thank you for your participation in the above Tender and to regretfully inform you that your offer was not selected due to the following substantial deviations in the Terms of Tender Document stated in your offer:

- 1. “In the event of an award, BES BV or another Bluewater subsidiary (within the Bluewater Group of companies) will enter into the agreement with COMPANY (EAC).” No details, nor other information was given with regards to this subsidiary. This statement is not accepted and is deemed as being a substantial deviation.*
- 2. “At the time of submitting this proposal the requirements of local laws and regulations are not known to Bluewater. Consequently, compliance with any local laws and regulations is currently not foreseen/included”. This statement is not accepted and is deemed as being a substantial deviation.*
- 3. COMPANY (EAC) shall ensure and confirm that the existing SPM system including all components and equipment (most important: winch, chainstoppers, PLEM valves, telemetry and hoses) is functioning as per design”. This statement is not accepted and is deemed as being a substantial deviation.*

4. *“Bluewater will carry out a mooring analysis. This analysis and the interface data of existing buoy will be used for the design of the new buoy. Any necessary changes to existing component, resulting from this analysis, are excluded from the Contract scope”. This statement is not accepted and is deemed as being a substantial deviation.*
5. *In your technical offer, you suggest the withdrawal of 31 points concerning the provision of FIDIC Conditions of Contract.*
6. *You have submitted your own document regarding the Warranty & Guarantee Conditions. This statement is not accepted and is deemed as being a substantial deviation.*

Προτού προχωρήσουμε στην εξέταση των λόγων απόρριψης της προσφοράς των Αιτητών, σημειώνουμε ότι επισυνάπτεται αυτούσιο ως Παράρτημα Α της παρούσης, το Έντυπο 23 (Form 23) όπως αυτό έχει επισυναφθεί από τους Αιτητές στην Προσφορά τους.

Ο όρος 3.2(3) του Μέρους 1 των εγγράφων του διαγωνισμού προβλέπει τα ακόλουθα:

“The Competent Body shall deem admissible the Tenders which comply with all the terms, conditions and specifications of the Tender Document, while it also may, in its absolute judgment and at its sole discretion deem admissible Tenders exhibiting minor deviation. Minor deviation shall be taken to mean deviations which do not affect the extent of the Contract Scope or the quality of its execution, do not substantially limit the rights of the Contracting Entity or the obligations of the Contractor, and do not impair the principle of equal treatment of Tenderers”

Στις 13/12/2019 η Αναθέτουσα Αρχή μέσω του clarification Νο1 σημείωνε τα εξής:

“Question N. 3

Amendment to Terms and Conditions

Is it possible to suggest amendments to terms and conditions provided within the tender document within the bid submittal?

Answer No. 3

Tenderers are encouraged not to suggest amendments to the terms and conditions of the tender document. However, in case a Tenderer wishes to submit a deviation/departure from the requirements of the Tender document, then Form 23 shall be appropriately filled-in. Clause 3.2(3) is also applicable.”

Από τα πιο πάνω προκύπτει ότι η Αναθέτουσα Αρχή έδωσε, μέσω του όρου 3.2(3) και του Εντύπου 23, τη δυνατότητα στους οικονομικούς φορείς να καταγράψουν οι ίδιοι όσα σημεία θεωρούν ότι η προσφορά τους αποκλίνει από τους όρους τους διαγωνισμού.

Οι Αιτητές υποβάλλοντας το Έντυπο 23 το οποίο αναφέρει:

"DEVIATIONS/DEPARTURES THE REQUIREMENTS OF THIS TENDER DOCUMENT

Solemnly declare that the submitted tender fully complies will all terms, with the exception of the deviations/departures stated here below in a Technical and Contractual part”,

ουσιαστικά αποδέχονται ότι η προσφορά τους στα σημεία που οι ίδιοι αναφέρονται, αποκλίνει από τους όρους του διαγωνισμού.

Η καταγραφή και μόνο στο Έντυπο 23 από τους Αιτητές ότι η προσφορά τους αποκλίνει σε ένα σημείο από τα έγγραφα του διαγωνισμού δεν συνιστά αυτόματη

απόρριψη της προσφοράς τους γιατί ενδεχομένως αυτές να κατατάσσονται ως “minor deviations” όπως αυτές καθορίζονται στον όρο 3.2(3).

Εκείνο που πρέπει να εξεταστεί και που καλούμαστε να αποφασίσουμε είναι αν τα όσα οι Αιτητές υπέβαλαν μέσω του Εντύπου 23 συνιστούν “minor deviations” ή είναι παραβάσεις ουσιωδών όρων που συνεπάγεται ακυρότητα της προσφοράς.

Στο σημείο 1 του Εντύπου 23, όπου είναι ο πρώτος λόγος απόρριψης της προσφοράς των Αιτητών, οι Αιτητές σημείωσαν “*Contracting Entity In the event of an award, BES BV or another Bluewater Subsidiary (within the Bluewater Group of companies) will enter into the agreement with COMPANY*”

Είναι κοινό έδαφος ότι η αναφορά σε *COMPANY* σημαίνει την ΑΗΚ (Αναθέτουσα Αρχή).

Οι Αιτητές με την πιο πάνω αναφορά ουσιαστικά υποβάλλουν στην Αναθέτουσα Αρχή ότι σε περίπτωση κατακύρωσης του διαγωνισμού σε αυτούς, η BES BV ή άλλη θυγατρική της Bluewater θα προχωρήσει σε συμφωνία, δηλαδή υπογραφή της Σύμβασης, με την Αναθέτουσα Αρχή.

Είναι καλά γνωστό ότι οι Προσφορές σε δημόσιους διαγωνισμούς υποβάλλονται από Οικονομικούς Φορείς οι οποίοι αξιολογούνται στη βάση της Νομοθεσίας και των όρων του διαγωνισμού αν πληρούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής, τα κριτήρια επιλογής και ότι δεν εμπίπτουν στους λόγους αποκλεισμού.

Συνεπώς, η κατακύρωση, η υπογραφή της Σύμβασης και η εκτέλεση της δεν μπορεί να γίνει από διαφορετικό πρόσωπο από αυτό που υπέβαλε την προσφορά. Κάτι τέτοιο θα ερχόταν σε αντίθεση με τους Νόμους και τις Αρχές που διέπουν το δίκαιο των δημόσιων Συμβάσεων και του όρου 10.4.2 του μέρους 1 των εγγράφων του διαγωνισμού όπου προνοεί *“the Tenderer who has been awarded the contract is obliged to present himself ... for signing the relevant agreement”*.

Οι Αιτητές με την συγκεκριμένη αναφορά τους στο Έντυπο 23 εισαγάγουν νέο δικό τους όρο στο διαγωνισμό. Ουσιαστικά υποβάλλουν αντιπρόταση/αντιπροσφορά, κάτι που συνιστά σοβαρή παράβαση ουσιώδους όρου του διαγωνισμού, επηρεάζει τα δικαιώματα ή/και τις υποχρεώσεις των μερών και παραβιάζει την Αρχή της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών.

Η αναφορά της Αναθέτουσας Αρχής *«παρουσιάζονται σημαντικές αποκλίσεις σε σχέση με τους όρους του διαγωνισμού»* δείχνει την πρόθεση της όπως κατατάξει την εν λόγω απόκλιση σε παράβαση ουσιώδους όρου. Η δε αιτιολογία της κρίνεται επαρκής.

Ως εκ των πιο πάνω κρίνουμε ότι η Αναθέτουσα Αρχή ορθά απέρριψε την προσφορά των Αιτητών.

Άλλος λόγος απόρριψης της προσφοράς των Αιτητών είναι ότι «ο προσφοροδότης προτείνει την απόσυρση 31 σημείων από τις πρόνοιες του “FIDIC conditions of contract”

Οι Αιτητές στο Έντυπο 23 σημειώνουν ότι «*Contractual Qualifications, Assumptions and Exceptions see “FIDIC quals 04 January 2019.xlsx” in Technical Offer section 13*».

Ταυτόχρονα υπέβαλαν Έντυπο με 31 σημεία (επισυνάπτεται στην παρούσα ως Παράρτημα Β) όπου στο πάνω μέρος αναγράφονται τα ακόλουθα:

«FIDIC Condtions of Contract for Plant and Design-Build 1st Edition Dated 999, General Comments:

- The FIDIC conditions are not suit for the subject scope (which basically includes yard fabrication work, off-shore transport and installation).*
- The FIDIC conditions are overly complicated and detailed for (and consequently do not match) the subject scope.*
- The below qualifications are high level qualifications and non-exhaustive. To be discussed/negotiated prior to Contract award».*

Οι Αιτητές με την αναφορά τους «*...To be discussed/negotiated prior to contract award*» αναφερόμενοι στον κατάλογο των 31 σημείων που εισηγούνται, ουσιαστικά, εισαγάγουν νέο δικό τους όρο στο διαγωνισμό. Υποβάλλουν στην Αναθέτουσα Αρχή να έρθει σε συζήτηση/διαπραγμάτευση μαζί τους για τροποποίηση ή/και αλλαγή των σημείων αυτών. Υπέβαλαν την προσφορά τους με αντιπρόταση/αντιπροσφορά.

Κάτι τέτοιο έρχεται σε αντίθεση με τους Νόμους και τις Αρχές που διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων.

Ο όρος που αφορά τους όρους εκτέλεσης της Σύμβασης είναι ουσιώδης κάτι που φαίνεται να συµμερίζεται και η Αναθέτουσα Αρχή με την αναφορά της «σημαντικές αποκλίσεις».

Η ενέργεια των Αιτητών να υποβάλουν κατάλογο, μη εξαντλητικό, σημείων που εισηγούνται να γίνει συζήτηση/διαπραγµάτευση με την Αναθέτουσα Αρχή συνιστά παράβαση ουσιώδους όρου του διαγωνισµού, επηρεάζει τα δικαιώµατα ή/και υποχρεώσεις των µερών και παραβιάζει την αρχή της ίσης µεταχείρισης των προσφοροδοτών. Η αιτιολογία που δόθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή κρίνεται επαρκής.

Ως εκ των πιο πάνω κρίνουμε ότι η Αναθέτουσα Αρχή ορθά απέρριψε την προσφορά των Αιτητών.

Άλλος λόγος απόρριψης της προσφορά των Αιτητών είναι ότι *«ο προσφοροδότης έχει υποβάλει το δικό του έγγραφο αναφορικά με τις συνθήκες εγγύησης του Συµβολαίου (warranty and Guarantee Conditions)»*.

Οι Αιτητές με την προσφορά τους υπέβαλαν Έντυπο που φέρει τίτλο «1 Warranty and Guarantee Conditions».

Στο εν λόγω Έντυπο, μεταξύ άλλων, αναφέρονται τα πιο κάτω:

« 1.2 Guarantee, Extent of Guarantee.

Bluewater guarantees the Work against failure and for defects arising from faults in construction, bad workmanship or the use of defective materials, for a period of 12 (twelve) months from “Completion of Fabrication” of the Work at the fabrication yard. This period will be extended with the time span between “Completion of Fabrication” and the “Completion of Installation” of the Work up to a maximum of 6 (six) months, i.e. to a cumulative maximum of 18 (eighteen) months».

Ο όρος 1.1 του μέρους II των εγγράφων του διαγωνισμού προβλέπει ότι:

«Sub Clause 1.1.3 – Dates, Tests, Periods and Completion

1.1.3.7 The Defects Notification Period shall be the period starting upon Issuance of the Taking Over Certificate (TOC and ending after twenty-four 24) months. The Defects Notification Period shall cover all Works carried out under this Contract».

Δεν χωρεί αμφιβολία ότι ο όρος που αφορά την εγγύηση του Συμβολαίου είναι ουσιώδης κάτι που φαίνεται να συμμερίζεται και η Αναθέτουσα Αρχή με την αναφορά της «σημαντικές αποκλίσεις».

Η Αναθέτουσα Αρχή με τον όρο 1.1.3.7 έθεσε τις παραμέτρους του “Defects Notification Period” το οποίο αρχίζει με την έκδοση του «Taking Over Certificate (TOC)», τελειώνει μετά από 24 μήνες και καλύπτει όλες τις εργασίες του Συμβουλίου.

Οι Αιτητές, σύμφωνα με το Έντυπο «1 warranty and Guarantee Conditions» που έχουν υποβάλει, έθεσαν τους δικούς τους όρους και διάρκεια σχετικά με την εγγύηση των εργασιών.

Συγκεκριμένα για τις εργασίες «*against failure and for defects arising from faults in constructions, bad workmanship or the use of defective materials*» η εγγύηση τους καλύπτει για περίοδο 12 μηνών από την ολοκλήρωση του “Fabrication” στο «fabrication yard» και θα επεκταθεί για το χρόνο μεταξύ του “completion of fabrication” και του “completion of installation” των εργασιών για 6 μήνες με μέγιστο συνολικό αριθμό μηνών τους 18.

Χωρίς να εξετάζουμε τις υπόλοιπες αναφορές των Αιτητών στο Έντυπο «1 warranty and Guarantee Conditions» που υπέβαλαν, καταλήγουμε ότι η προαναφερθείσα αναφορά σε σχέση με τη διάρκεια της εγγύησης των εργασιών δεν πληροί τον όρο 1.1.3.7 των εγγράφων του διαγωνισμού, επηρεάζει τα δικαιώματα ή/και υποχρεώσεις των μερών και παραβιάζει την αρχή της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών.

Η αναφορά στο εν λόγω Έντυπο για εγγύηση 24 μηνών κάτω από τον τίτλο «*Extent of Guarantee for Replacement Parts*» δεν τους βοηθά αφού αυτή η εγγύηση αφορά τα μέρη που θα αντικατασταθούν εντός της περιόδου εγγύησης.

Συνεπώς, κρίνουμε ότι η Αναθέτουσα Αρχή που αιτιολόγησε επαρκώς την απόφασή της ορθά απέρριψε την προσφορά των Αιτητών.

Μετά την κατάληξη μας στους προαναφερθέντες λόγους αποκλεισμού της προσφοράς των Αιτητών δεν θα προχωρήσουμε στην εξέταση των υπόλοιπων.

Με βάση όλα τα πιο πάνω αποφασίζουμε ότι η προσφυγή των Αιτητών αποτυγχάνει και η προσβαλλόμενη απόφαση επικυρώνεται.

.....
Γιώργος Αναστασίου
Μέλος

.....
Σόλων Παπαθεοχάρους
Μέλος