



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. 10/2018

Μεταξύ:

YTM STAVRIDES LTD

Αιτητών

v.

ΔΗΜΟΥ ΛΕΥΚΩΣΙΑΣ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτητές:

YTM STAVRIDES LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τον:

1. Κωνσταντίνο Μιχαήλ, Δικηγόρο για Προύντζος & Προύντζος Δ.Ε.Π.Ε

Αναθέτουσα Αρχή:

ΔΗΜΟΣ ΛΕΥΚΩΣΙΑΣ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Μαρία Αντωνίου, Δικηγόρο για Χρυσ αφίνης και Πολυβίου ΔΕΠΕ
2. Αρτέμη Παπακόστα, Εκτελεστικό Μηχανικό

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 29 Μαΐου, 2018

ΕΝΔΙΑΜΕΣΗ ΑΠΟΦΑΣΗ

Οι Αιτητές εκκρεμούσης της Προσφυγής τους, υπέβαλαν γραπτό αίτημα προς την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ώστε να τους δοθεί πρόσβαση στα έγγραφα των προσφορών των οικονομικών φορέων «ESCO ΑΗΚ LTD¹» και «ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ ELTECO & A & I ELECTRIC – JV²» αναφορικά με τις ακόλουθες δύο απαιτήσεις του Εντύπου 8 των Εγγράφων του Διαγωνισμού:

- (i) Σημείο 2.14 (CYS EN 61000-4-5:2014)
- (ii) Σημείο 2.38 (τα φωτιστικά είναι ικανά για λειτουργία σε εύρος θερμοκρασίας: -10C +4C)

Προηγούμενο γραπτό αίτημα τους προς την Αναθέτουσα Αρχή απορρίφθηκε. Σύμφωνα με τους Αιτητές το αίτημα τους γίνεται για σκοπούς αποτελεσματικότερης προώθησης του ισχυρισμού τους ότι η προσβαλλόμενη απόφαση λήφθηκε κατά παράβαση της συνταγματικά κατοχυρωμένης αρχής της ισότητας με βάση το Άρθρο 28 του Συντάγματος και της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών.

1, 2 Σημειώνεται ότι οι προσφορές και των δύο πιο πάνω προσφοροδοτών αποκλείστηκαν για λόγους άλλους από αυτούς που αποκλείστηκε η προσφορά των Αιτητών. Για τον αποκλεισμό τους εκκρεμούν οι προσφυγές 8/2018 και 9/2018.

Θεωρήσαμε ορθό να καλέσουμε τα μέρη και να τα ακούσουμε.

Η Αναθέτουσα Αρχή απέρριψε το αίτημα τους, υποστηρίζοντας ότι οι εν λόγω εταιρείες δεν είναι μέρος της παρούσας διαδικασίας τα δε έγγραφα που υπέβαλαν με την προσφορά τους αποτελούν εμπιστευτικά στοιχεία στα οποία οι Αιτητές δεν δικαιούνται πρόσβαση. Πρόσθεσε ότι εφόσον η παρούσα προσφυγή αφορά αποκλεισμό με βάση την *Κυπριακή Δημοκρατία ν. Μάριος Θεοχαρίδης 2008 3ΑΑΔ 488* αποκλεισθείς προσφοροδότης δεν έχει έννομο συμφέρον ούτε και νομιμοποιείται να αμφισβητήσει οτιδήποτε άλλο εκτός από τον αποκλεισμό του. Δεν έχει έννομο συμφέρον να προβάλει οτιδήποτε σε σχέση με την προσφορά άλλου προσφοροδότη ακόμα και για λόγους παραβίασης της αρχής της ισότητας. Προς περαιτέρω υποστήριξη της θέσης της η Αναθέτουσα Αρχή παρέπεμψε στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ν. ΕΛ.ΝΙ.Α. ΚΟΚΚΙΝΟΣ LTD Αναθεωρητική Έφεση Αρ. 105/2011.ημερομηνίας 3.2.2017.

Οι Αιτητές απαντώντας στην Αναθέτουσα Αρχή, απέρριψαν τον ισχυρισμό περί εμπιστευτικότητας των εγγράφων καθότι, σύμφωνα με όσα υποστήριξαν, πρόκειται περί τεχνικών φυλλαδίων τα οποία είναι σε κυκλοφορία και συνεπώς δεν είναι δυνατόν να θεωρούνται εμπιστευτικά. Το ίδιο ισχύει, ανέφεραν, και για το πιστοποιητικό που είτε υπάρχει, είτε δεν υπάρχει. Αυτό

που επιθυμούν να γνωρίζουν είναι αν πρόκειται για πιστοποιητικό ισάξιο αυτού που ζητείτο αλλά όχι αυτό που ζητήθηκε. Η θέση των Αιτητών όταν υπέβαλαν την προσφορά τους ήταν ότι δεν εφαρμόζεται το συγκεκριμένο CYS που ζητείτο για το φωτιστικό που υπέβαλαν και ως εκ τούτου ζητούν να μάθουν στη βάση ποιων στοιχείων οι άλλοι προσφοροδότες κρίθηκαν έγκυροι.

Σε ερώτηση προς τους Αιτητές αναφορικά με τη χρησιμότητα της αποκάλυψης των εν λόγω εγγράφων, δεδομένης της νομολογίας αλλά και του γεγονότος ότι πρόκειται αποκλεισθέντες προσφοροδότες, απάντησαν ότι στόχος τους είναι να αποδείξουν άνιση μεταχείριση κατά την τεχνική αξιολόγηση και βαθμολόγηση.

Αρχικά θα θέλαμε να παραπέμψουμε στο ακόλουθο απόσπασμα από την ενδιάμεση απόφαση μας Κοινοπραξία «Miltiades – Ermon J.V.» v. Τμήματος Αναπτύξεως Υδάτων Προσφυγή 12/2014 ημερομηνίας 12.6.2014 με την οποία η πλειοψηφία των μελών της ΑΑΠ απέρριψε αίτημα επιθεώρησης του οικονομικού μέρους της προσφοράς της επιτυχούσας.

«Είναι γενικά αποδεκτό ότι η αποτελεσματική άσκηση του δικαιώματος έννομης προστασίας πολύ συχνά προϋποθέτει ότι ο ενδιαφερόμενος μπορεί να λαμβάνει

γνώση των διοικητικών εγγράφων ή άλλων στοιχείων που θίγουν τα έννομα συμφέροντα. Η αρχή αυτή θεμελιώνει υποχρέωση της διοίκησης να διαθέτει στους ενδιαφερόμενους τα διοικητικά έγγραφα ή άλλα στοιχεία σχετικά με το ζήτημα που αφορά τα συμφέροντα τους. Βέβαια η διοίκηση τα διάφορα έγγραφα και στοιχεία τα οποία περιέρχονται σε γνώση της στα πλαίσια των διαφόρων λειτουργιών της έχει υποχρέωση να μην τα αποκαλύπτει.

Στον τομέα των δημόσιων συμβάσεων, οι οποίες διαπνέονται από διαφάνεια, εφαρμόζονται οι ίδιες αρχές. Το άρθρο 5 του Νόμου το οποίο έχει υπότιτλο «εχεμύθεια» προβλέπει τα εξής:

«5. Με την επιφύλαξη των διατάξεων του παρόντος Νόμου, ιδίως εκείνων που αφορούν στις υποχρεώσεις δημοσιοποίησης των συναπτομένων συμβάσεων και την ενημέρωση των υποψηφίων και των προσφερόντων κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 40 και στο άρθρο 47, αντίστοιχα, οι αναθέτουσες αρχές δεν αποκαλύπτουν πληροφορίες που τους έχουν διαβιβάσει οικονομικοί φορείς χαρακτηρίζοντας τις ως εμπιστευτικές. Οι πληροφορίες αυτές περιλαμβάνουν, ιδίως, τα τεχνικά ή εμπορικά απόρρητα και τις εμπιστευτικές πτυχές των προσφορών.»

Το ζήτημα της εμπιστευτικότητας απασχόλησε προδικαστικά το ΔΕΚ το οποίο στην απόφασή του Varec S.A. v. Etat belge, πιο πάνω, στις σκέψεις 49, 50, 51 και 52 αναφέρει:

«49 Εξάλλου, το Δικαστήριο έχει αναγνωρίσει την αρχή της προστασίας των επιχειρηματικών απορρήτων ως γενική αρχή (βλ. αποφάσεις της 24ης Ιουνίου 1986, 53/85, AKZO Chemie και AKZO Chemie UK κατά Επιτροπής, Συλλογή 1986, σ. 1965, σκέψη 28, καθώς και της 19ης Μαΐου 1994, C-36/92 P, SEP κατά Επιτροπής, Συλλογή 1994, σ. I-1911, σκέψη 37).

50 Τέλος, η διατήρηση θεμιτού ανταγωνισμού στο πλαίσιο των διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων αποτελεί σημαντικό δημόσιο συμφέρον, του οποίου την προστασία αναγνωρίζει η παρατιθέμενη στη σκέψη 47 της παρούσας αποφάσεως νομολογία.

51 Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι στο πλαίσιο προσφυγής που ασκείται κατά αποφάσεως ληφθείσας από αναθέτουσα αρχή σχετικά με διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, η αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως δεν σημαίνει ότι οι διάδικοι έχουν απόλυτο και απεριόριστο δικαίωμα πρόσβασης

στο σύνολο των σχετικών με την εν λόγω διαδικασία συνάψεως στοιχείων που κατατέθηκαν ενώπιον της αρμόδιας για την προσφυγή αρχής. Αντιθέτως, το εν λόγω δικαίωμα πρόσβασης πρέπει να σταθμίζεται με το δικαίωμα άλλων επιχειρηματιών για προστασία των εμπιστευτικών πληροφοριών και των επιχειρηματικών απορρήτων τους.

52 Η αρχή της προστασίας των εμπιστευτικών πληροφοριών και των επιχειρηματικών απορρήτων πρέπει να εφαρμόζεται έτσι ώστε η προστασία αυτή να συμφιλώνεται με τις επιταγές της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας και με τον σεβασμό των δικαιωμάτων άμυνας των διαδίκων (βλ., κατ' αναλογία, απόφαση της 13ης Ιουλίου 2006, C-438/04, *Mobistar*, Συλλογή 2006, σ. I-6675, σκέψη 40) και, στην περίπτωση ένδικης προσφυγής ή προσφυγής ενώπιον αρχής η οποία θεωρείται δικαιοδοτικό όργανο κατά την έννοια του άρθρου 234 ΕΚ, έτσι ώστε να διασφαλίζεται ότι η όλη διαδικασία δεν θίγει το δικαίωμα για δίκαιη δίκη.»

Το δικαίωμα άσκησης προσφυγής ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών ανήκει σε κάθε πρόσωπο που είχε ή έχει συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημιά από πράξη ή απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής. Νομολογιακά το συμφέρον για να προσφύγει κάποιος στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών έχει ταυτιστεί με το έννομο συμφέρον του Άρθρου 146 του Συντάγματος, δηλαδή το συμφέρον πρέπει να είναι έννομο, προσωπικό, άμεσο και ενεστώς.

Προσφορά η οποία δεν συνάδει με ουσιώδεις όρους ενός διαγωνισμού είναι νομολογιακά δεκτό ότι είναι άκυρη και οι προσφοροδότες δεν έχουν έννομο συμφέρον να προσβάλουν την κατακύρωση του διαγωνισμού σε άλλο προσφοροδότη. (βλ. *Medcon Construction and others v. Republic* (1968) 3 CLR 535, *J.N.Christofides Trading Ltd v. Republic* (1985) 3 CLR 546). Προσφοροδότης όμως του οποίου η προσφορά έχει αποκλεισθεί έχει έννομο συμφέρον να προσβάλει τον αποκλεισμό του. Στην *Δημοκρατία v. Μάριος Θεοχαρίδης Ατδ* (2008) 3 ΑΑΔ 488 αναφέρθηκε ότι μια προσφυγή επιτυγχάνει ή αποτυγχάνει με αναφορά στην νομιμότητα ή όχι του αποκλεισμού ενός προσφοροδότη και δεν εξετάζεται οτιδήποτε άλλο αναφορικά με τη διαδικασία. (Βλ. επίσης *Δημοκρατία v. Κωνσταντινίδου κ.ά.* (Αρ. 1) (2002) 3ΑΑΔ 220). Είναι επίσης καλά γνωστό ότι η ύπαρξη ή μη εννόμου συμφέροντος αποφασίζεται με βάση τα περιστατικά της κάθε περίπτωσης. (Βλ. *Κουτσού v. Δημοκρατίας* (1992) 4 ΣΤ 4508).

Επανερχόμενοι στα γεγονότα της παρούσης παρατηρούμε ότι το αίτημα για επιθεώρηση του οικονομικού μέρους της προσφοράς της επιτυχούσας δεν μπορεί παρά να εξετασθεί στα πλαίσια που καθορίζουν τα γεγονότα της υπόθεσης τα οποία έχουμε ήδη παραθέσει. Ο αποκλεισμός της προσφοράς των Αιτητών καθώς προκύπτει από τη γνωστοποίηση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού αλλά και από την προσφυγή των Αιτητών, και επ' αυτού δεν υπήρξε αντίθετη άποψη, αφορά αποκλειστικά σε αποκλίσεις από όρους του τεχνικού μέρους. Δεδομένου ότι από την πλευρά των Αιτητών δεν υπήρξε ισχυρισμός για διασύνδεση των λόγων αποκλεισμού τους με το οικονομικό μέρος της προσφοράς τους, ούτε βέβαια και της προσφοράς της επιτυχούσας, το έννομο τους συμφέρον εξαντλείται στον αποκλεισμό τους για το τεχνικό μέρος. Με άλλα λόγια η προσφυγή τους επιτυγχάνει ή αποτυγχάνει με αναφορά αποκλειστικά στη νομιμότητα του αποκλεισμού τους και τίποτε πέραν τούτου. Ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι εάν δεν τους επιτραπεί τώρα επιθεώρηση του οικονομικού μέρους θα υποχρεωθούν εάν επιτύχουν να καταχωρήσουν νέα προσφυγή σε περίπτωση κατακύρωσης του διαγωνισμού στην επιτυχούσα δεν τους βοηθά από τη στιγμή που το έννομο τους συμφέρον εξαντλείται στον έλεγχο της νομιμότητας του αποκλεισμού τους. Επιθεώρηση του οικονομικού μέρους της προσφοράς της επιτυχούσας για τους σκοπούς της παρούσας Προσφυγής, θα ήταν αναγκαία εάν επηρέαζε τη δίκαιη εκδίκαση των θεμάτων της προσφυγής είτε τον έλεγχο της νομιμότητας της προσβαλλόμενης απόφασης, πράγμα που δεν συμβαίνει».

Υπό το φως των πιο πάνω διαπιστώνουμε ότι με τα όσα τέθηκαν ενώπιον μας η αιτούμενη επιθεώρηση δεν εξυπηρετεί τους Αιτητές καθότι η Προσφυγή τους θα κριθεί με αναφορά αποκλειστικά στη νομιμότητα ή όχι του αποκλεισμού της προσφοράς τους. Ο ισχυρισμός των Αιτητών, ότι μόνο με τη σύγκριση με άλλες προσφορές που κρίθηκαν έγκυρες για το σημείο που η δική τους προσφορά αποκλείστηκε μπορεί να τεκμηριωθεί η θέση τους ότι ούτε οι άλλοι προσφοροδότες συμμορφώθηκαν με τους επίδικους όρους, δεν βρίσκει έρεισμα στη νομολογία, αφού όπως έχει ήδη αναφερθεί, το έννομο συμφέρον τους εξαντλείται στο ζήτημα

του αποκλεισμού της δικής τους προσφοράς. Πολύ περισσότερο δε, όταν πρόκειται για τις προσφορές αποκλεισθέντων προσφοροδοτών.

Εν όψει των πιο πάνω ομόφωνα το αίτημα απορρίπτεται.