



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. 70/2011

Μεταξύ: ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ J & P- AVAX A.E.-SARENS NV
Αιτούντων
v.
ΑΡΧΗΣ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ ΚΥΠΡΟΥ
Αναθέτουσας Αρχής

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

Αιτητές: ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ J & P –AVAX A.E.-SARENS NV
Αντιπροσωπεύθηκε από τον:
Πάνο Παναγιώτου, Δικηγόρο

Αναθέτουσα Αρχή: ΑΡΧΗ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ ΚΥΠΡΟΥ
Αντιπροσωπεύθηκε από τους:
1. Ανδρέα Δημητρίου, Δικηγόρο
2. Γιάγκο Φραγκουλίδη, Βοηθό Διευθυντή Αγορών
3. Αλέξη Μιχαήλ, Βοηθό Διευθυντή Σταθμού και Συντονιστή Ομάδας Αξιολόγησης

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης Π.Μ.: 30 Δεκεμβρίου, 2011

ΑΠΟΦΑΣΗ ΓΙΑ ΤΗΝ ΧΟΡΗΓΗΣΗ ΠΡΟΣΩΡΙΝΩΝ ΜΕΤΡΩΝ ΓΙΑ ΑΝΑΣΤΟΛΗ ΤΗΣ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ ΑΝΑΘΕΣΗΣ Ή ΤΗΣ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ ΠΡΑΞΗΣ Ή ΑΠΟΦΑΣΗΣ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ Ή ΤΗΣ ΥΠΟΓΡΑΦΗΣ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΣΤΗΝ ΠΡΟΣΦΥΓΗ ΑΡ. 70/2011

Η παρούσα εξέταση αφορά την χορήγηση προσωρινών μέτρων για αναστολή της διαδικασίας ανάθεσης ή της εκτέλεσης πράξης ή απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής ή της υπογραφής της σύμβασης, στην προσφυγή με αριθμό 70/2011 που καταχωρήθηκε στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών δυνάμει του άρθρου 24 του Νόμου 104(Ι)/2010 αναφορικά με το Διαγωνισμό αρ. 158/2011 με τίτλο «*REPOSITIONING AND SECURING IN PLACE OF ELECTROSTATIC PRECIPITATOR OF BOILER NO3 AT VASILIKOS POWER STATION*».

Η Αναθέτουσα Αρχή ανέφερε ότι φέρει ένσταση στην χορήγηση Προσωρινών Μέτρων μέχρι την εξέταση και τελική απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών επί της Προσφυγής αρ. 70/2011. Ειδικότερα, ο δικηγόρος της Αναθέτουσας Αρχής ανέφερε ότι η παρούσα προσφυγή αφενός είναι αβάσιμη επειδή δεν πιθανολογείται παράβαση του ισχύοντος δικαίου και αφετέρου η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών δεν έχει αρμοδιότητα να εξετάσει την παρούσα υπόθεση για δύο λόγους.

Ο πρώτος λόγος είναι ότι το αντικείμενο του διαγωνισμού εσφαλμένα αναγράφεται στα έγγραφα του διαγωνισμού ως αγορά υπηρεσιών, αφού όπως ισχυρίστηκε είναι προφανές ότι πρόκειται για έργο και ο δεύτερος είναι ότι το ύψος της εκτιμώμενης αξίας, το οποίο ανέρχεται στις €350.000, είναι χαμηλότερο του κατώτατου ορίου (€387.000). Προς υποστήριξη της πιο πάνω θέσης, αναφέρθηκε στο αντικείμενο του έργου υπό την ιδιότητα του ως εμπειρογνώμονας, ο Βοηθός Διευθυντής Σταθμού και Συντονιστής Ομάδας Αξιολόγησης, ο οποίος το περιέγραψε εν συντομία.

Πέραν αυτού, η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι ακόμη και αν απορριφθεί η θέση της ότι επί της ουσίας πρόκειται για έργο και όχι αγορά υπηρεσιών, παραμένει γεγονός ότι η εκτιμώμενη αξία όπως αυτή αναγράφεται στον όρο 1.1.14 των εγγράφων του διαγωνισμού, είναι χαμηλότερη των κατώτατων ορίων δικαιοδοσίας της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών. Σύμφωνα με την Αναθέτουσα Αρχή, η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών οφείλει να απορρίψει από αυτό το στάδιο την

παρούσα προσφυγή, με δεδομένο μάλιστα ότι οι Αιτητές παρέλειψαν να προσβάλουν τον όρο που αφορά στην εκτίμηση της αξίας του αντικειμένου του παρόντος διαγωνισμού, παρά το ότι είχαν τη δυνατότητα να το πράξουν.

Τέλος, ο δικηγόρος της Αναθέτουσας Αρχής τόνισε ότι ο υπό εξέταση διαγωνισμός είναι κατεπείγουσας φύσης και το δημόσιο συμφέρον επιβάλλει δίχως άλλο τη μη χορήγηση των προσωρινών μέτρων αναστολής της διαδικασίας. Συγκεκριμένα, επεξήγησε ότι το αντικείμενο του διαγωνισμού αφορά την 3^η μονάδα παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας που βρίσκεται στον ηλεκτροπαραγωγό σταθμό Βασιλικού και ο οποίος υπέστη σοβαρή ζημιά από την έκρηξη στο Μαρί της 11^{ης} Ιουλίου 2011.

Προέβαλε επίσης τον ισχυρισμό ότι για να προχωρήσουν οι εργασίες στην 4^η και 5^η μονάδα είναι αναγκαίο να προηγηθεί η διόρθωση της 3^{ης} μονάδας. Σε αντίθετη περίπτωση υπάρχει σοβαρός κίνδυνος ανεπαρκούς παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας ιδιαίτερα κατά τους καλοκαιρινούς μήνες, κατά τους οποίους μάλιστα η Κύπρος θα αναλάβει την προεδρία της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Απαντώντας στις θέσεις της Αναθέτουσας Αρχής, ο δικηγόρος των Αιτητών ζήτησε τη χορήγηση προσωρινών μέτρων ισχυριζόμενος ότι πιθανολογείται σοβαρά η παράβαση του ισχύοντος δικαίου για τους λόγους που αναφέρονται στο έντυπο της προσφυγής και ότι δεν θα επηρεαστεί καθ' οιονδήποτε τρόπο το δημόσιο συμφέρον, με δεδομένο το σύντομο χρονικό διάστημα που απαιτείται για την ολοκλήρωση της διαδικασίας ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών, ενώ παράλληλα θα αποτραπεί η περαιτέρω ζημιά των συμφερόντων των Αιτητών.

Επίσης αναφορικά με το ζήτημα της εσφαλμένης κατάταξης σε υπηρεσίες αντί σε έργο, του αντικειμένου του διαγωνισμού, η θέση των Αιτητών ήταν ότι σε καμία περίπτωση θα έπρεπε να επιβαρυνθούν οι ίδιοι με αυτό το λάθος για το οποίο δεν ευθύνονται. Τέλος, όσον αφορά στο θέμα της δικαιοδοσίας, ο δικηγόρος των Αιτητών ισχυρίστηκε ότι εφόσον το ποσό της κατακυρωθείσας προσφοράς δυνάμει του οποίου οι Αιτητές κλήθηκαν να καταβάλουν τα τέλη για σκοπούς καταχώρησης της παρούσας προσφυγής, υπερβαίνει το κατώτατο όριο όπως αυτό καθορίζεται στο Νόμο 11(Ι)/2006, η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών έχει αρμοδιότητα να εξετάσει την προσφυγή.

Μετά από μελέτη των θέσεων όπως αυτές αναπτύχθηκαν ενώπιον μας καταλήγουμε ως ακολούθως:

Αναφορικά με τον ισχυρισμό της Αναθέτουσας Αρχής ότι εκ παραδρομής ο διαγωνισμός έχει προκηρυχθεί ως «υπηρεσίες» αντί ως «έργο», θα πρέπει να τονίσουμε ότι δεν δεχόμαστε ότι η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να επικαλείται το δικό της λάθος εις βάρος των Αιτητών. Η Αναθέτουσα Αρχή θα μπορούσε νόμιμα να επικαλεσθεί το λάθος της σε τυχόν διαδικασία που θα αποσκοπούσε στη διόρθωση του εν λόγω λάθους. Να διατηρεί όμως το λάθος και επί αυτού να κτίζει επιχειρήματα που να στρέφονται εναντίον των συμφερόντων των Αιτητών, οι οποίοι μάλιστα δεν έχουν κανένα μερίδιο ευθύνης για το λάθος αυτό, δεν είναι νοητό και δεν γίνεται αποδεκτό.

Εξετάζοντας το δεύτερο θέμα δικαιοδοσίας που επίσης ήγειρε η Αναθέτουσα Αρχή παρατηρούμε πως είναι γεγονός ότι ο νόμος καθορίζει τα όρια με βάση την εκτιμώμενη αξία, χωρίς ωστόσο να γίνεται οποιαδήποτε αναφορά για το πως αντιμετωπίζεται το θέμα στην περίπτωση που το ποσό της κατακυρωθείσας προσφοράς σε αντίθεση με την εκτιμώμενη αξία υπερβαίνει το καθοριζόμενο όριο. Προφανής σκοπός της Ευρωπαϊκής Οδηγίας 2004/17/EK και κατ' επέκταση του Νόμου 11(I)/2006 είναι η διαβάθμιση των διαγωνισμών με κριτήριο το κόστος του έργου, της προμήθειας ή της υπηρεσίας, ώστε οι μεγαλύτερου κόστους διαγωνισμοί να υπάγονται στις πρόνοιες του Νόμου, ενώ οι μικρότερου κόστους να μην διέπονται από τις εν λόγω πρόνοιες. Σημειώνουμε ότι τα καθορισμένα από το Νόμο 11(I)/2006 όρια είναι σύμφωνα με το άρθρο 15 και τη σχετική εγκύκλιο της Αρμόδιας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων €4.845.000 για έργα και €387.000 για προμήθειες και υπηρεσίες.

Είναι γεγονός ότι για τον καθορισμό των ορίων γίνεται αναφορά τόσο στην Οδηγία όσο και στο Νόμο για την εκτιμώμενη αξία, ενώ δεν γίνεται καμιά αναφορά στο ποσό της κατακύρωσης του διαγωνισμού, το οποίο είναι το πραγματικό κόστος για την Αναθέτουσα Αρχή. Λογική εξήγηση αυτής της προσέγγισης είναι το γεγονός ότι οι διαδικασίες ενός διαγωνισμού και η κρίση αν θα υπαχθεί ή όχι στις πρόνοιες του Νόμου, προηγούνται κατά πολύ της κατακύρωσης, η οποία γίνεται προς το τέλος

του διαγωνισμού και γι' αυτό το κόστος κατακύρωσης δεν προσφέρεται ως κριτήριο κατά το στάδιο της προκήρυξης.

Αξίζει όμως να σημειωθεί ότι σε ανάλογες περιπτώσεις ορίων, η Νομοθεσία δίνει ρητά η ίδια σαφή λύση, χωρίς να αφήνεται κενό ή αιωρούμενο ερώτημα, όπως για παράδειγμα στην περίπτωση που κατά την αξιολόγηση των προσφορών, διαπιστώνεται ότι η αξία της σύμβασης που προκύπτει από το διαγωνισμό είναι μεγαλύτερη από τα ποσά που έχει εξουσία να αποφασίζει και να κατακυρώνει η Επιτροπή Αξιολόγησης, το θέμα παραπέμπεται από τον προϊστάμενο της αναθέτουσας αρχής, στο αρμόδιο Συμβούλιο Προσφορών για περαιτέρω χειρισμό.

Θεωρούμε επίσης σημαντικό να λεχθεί σε αυτό το σημείο, ότι το άρθρο 16 του Νόμου 11(Ι)/2006 προβλέπει μεγάλο αριθμό περιπτώσεων με προφανή σκοπό να κλείσει παράθυρα από τα οποία θα μπορούσε να εισαχθεί πλασματικό ποσό εκτιμώμενης αξίας, και να διευκολυνθεί με αυτό τον τρόπο η καταστρατήγηση του Νόμου με την αποφυγή εφαρμογής των διατάξεων του. Στην προκειμένη περίπτωση η εκτιμώμενη αξία καθορίστηκε στις €350.000 ενώ η κατακύρωση έγινε για το ποσό των €529.000. Η διαφορά μεταξύ των δύο ποσών είναι τέτοιας έκτασης που βάσιμα μπορεί να συμπεράνει κάποιος ότι η κατακύρωση της προσφοράς συνιστά σιωπηρά παραδοχή της Αναθέτουσας Αρχής ότι η εκτιμώμενη αξία είναι είτε λανθασμένη, είτε πλασματική. Διαφορετικά θα έπρεπε αντί κατακύρωσης να επιλέξει την ακύρωση του διαγωνισμού με βάση εξωπραγματικές προσφερθείσες τιμές.

Λεχθέντων τούτων, στο παρόν στάδιο, αφού ακούσαμε μόνο τις θέσεις των δύο μερών και χωρίς να έχουμε οποιαδήποτε άλλα στοιχεία ενώπιον μας, αποφασίζουμε όπως εξετάσουμε το θέμα της αρμοδιότητας κατά την ακρόαση της ουσίας της Προσφυγής, όταν προσκομιστούν οι σχετικοί διοικητικοί φάκελοι και τα δύο μέρη δώσουν περισσότερα στοιχεία ούτως ώστε να έχουμε πληρέστερη εικόνα που θα μας οδηγήσει σε ασφαλή συμπεράσματα.

Καταλήγοντας, αναφορικά με τη χορήγηση ή μη προσωρινών μέτρων, τονίζουμε ότι σύμφωνα με το άρθρο 24(2) του Νόμου 104(Ι)/2010, κατά την εξέταση του ενδεχομένου χορήγησης προσωρινών μέτρων η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών

συνυπολογίζει τις πιθανές συνέπειες για όλα τα συμφέροντα που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και το δημόσιο συμφέρον, και αποφασίζει να μην προβεί στη χορήγηση των μέτρων, αν οι αρνητικές τους συνέπειες είναι περισσότερες από τα οφέλη τους. Στην παρούσα υπόθεση, διαπιστώνουμε πως, σε περίπτωση που χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα, αναπόφευκτα θα προκληθεί καθυστέρηση στην διεκπεραίωση όλων των αναγκαίων εργασιών στον ηλεκτροπαραγωγό σταθμό του Βασιλικού, με ορατό αποτέλεσμα να υποστεί η χώρα μεγάλες ζημιές και ταλαιπωρίες, ιδιαίτερα κατά τους επερχόμενους θερινούς μήνες, ακόμα και να εκτεθεί διεθνώς ενόψει της ανάληψης της προεδρίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης τον Ιούλιο του 2012.

Όσο σύντομες και να είναι οι διαδικασίες που θα ακολουθηθούν ενώπιον της Α.Α.Π., θα είναι αδύνατο όπως επεξήγησε η Αναθέτουσα Αρχή, να προχωρήσουν οι εργασίες στην 4^η και 5^η μονάδα αν δεν ολοκληρωθεί το αντικείμενο του υπό εξέταση διαγωνισμού. Εξάλλου παραμένει γεγονός ότι σε περίπτωση επιτυχίας της παρούσας Προσφυγής οι Αιτητές διατηρούν το δικαίωμα διεκδίκησης αποζημίωσης ενώπιον των Επαρχιακών Δικαστηρίων.

Με βάση τα πιο πάνω και έχοντας υπόψη τα προβλεπόμενα στο άρθρο 24 του Νόμου 104(Ι)/2010 η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών κρίνει ότι λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη μη χορήγηση προσωρινών μέτρων στα πλαίσια της παρούσας προσφυγής. Ως εκ τούτου αποφασίζουμε ομόφωνα τη μη χορήγηση προσωρινών μέτρων για αναστολή της διαδικασίας ανάθεσης ή της εκτέλεσης πράξης ή απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής ή της υπογραφής της σύμβασης, στο διαγωνισμό με αρ. 158/2011.