



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. 09/2020

Μεταξύ:

BLUEWATER ENERGY SERVICES B.V.

Αιτητών

v.

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

Αναθέτουσα Αρχή:

ΑΡΧΗ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ ΚΥΠΡΟΥ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Άννα Κ. Χρίστου, Δικηγόρο για Ιωαννίδης Δημητρίου ΔΕΠΕ
2. Ηλιάνα Νικολαΐδου, Δικηγόρο για Ιωαννίδης Δημητρίου
ΔΕΠΕ
3. Δημήτρη Ναθαναήλ, Αναπληρωτή Διευθυντή Προμηθειών
4. Χάρη Μενελάου, Βοηθό Διευθυντή Παραγωγής

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 15 Ιουλίου 2020

Η απόφαση μας είναι ομόφωνη. Τα Μέλη κ.κ. Γ. Αναστασίου και Σ. Παπαθεοχάρους συμφωνούν με την κατάληξη της απόφασης με διαφορετικό σκεπτικό.

Α Π Ο Φ Α Σ Η

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») από το Διαγωνισμό Αρ. 244/2018 με τίτλο «*New Build Calm Buoy-SPM, New Umbilical and PLEM Upgrade at Vasilikos Power Station*».

Σύμφωνα με το ιστορικό του διαγωνισμού αυτός προκηρύχθηκε νομότυπα στις 2.11.2018 με τελευταία ημερομηνία υποβολής προσφορών, μετά από παράταση, την 9.1.2019.

Αντικείμενο του διαγωνισμού είναι η αγορά και εγκατάσταση καινούργιου συστήματος αγκυροβολίου στον Ηλεκτροπαραγωγό Σταθμό Βασιλικού προς αντικατάσταση του υφιστάμενου.

Για το διαγωνισμό υποβλήθηκαν συνολικά τρεις προσφορές η αξιολόγηση των οποίων σύμφωνα με τον όρο 9.2 (Μέθοδος Αξιολόγησης), γίνεται σε τρία στάδια:

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

Από τις τρεις προσφορές που υποβλήθηκαν αξιολογήθηκαν μόνο δύο. Η τρίτη δεν αξιολογήθηκε λόγω της εγγυητικής.

Η προσφορά των Αιτητών η οποία πληρούσε τις προϋποθέσεις συμμετοχής που προνοούνται στο Στάδιο Α αποκλείστηκε κατά το Στάδιο της Τεχνικής Αξιολόγησης, Στάδιο Β.

Η Επιτροπή Αξιολόγησης σε έκθεση της εισηγήθηκε όπως στο Στάδιο Γ (Οικονομική Αξιολόγηση) προχωρήσει μόνο η προσφορά της εταιρείας THE MONOBUOY COMPANY LTD. Η εισήγηση έγινε δεκτή τόσο από την Επιτροπή Προσφορών όσο και από το Διοικητικό Συμβούλιο της ΑΗΚ.

Ο αποκλεισμός της προσφοράς των Αιτητών είχε ως αποτέλεσμα την καταχώρηση από μέρους τους της προσφυγής 29/2019¹ η οποία με κατά πλειοψηφία απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών ακυρώθηκε στις 6.12.2019. Κρίθηκε ότι δεν δικαιολογείτο αποκλεισμός της προσφοράς των Αιτητών αφού για κάποιους από τους λόγους που αποκλείστηκε παρείχεται έδαφος αναζήτησης διευκρινίσεων ενώ για άλλους ο έλεγχος δεν ήταν εφικτός στην απουσία αιτιολογίας.

Ακολούθως η ΑΗΚ σε συμμόρφωση με την ακυρωτική απόφαση προχώρησε σε επανεξέταση του όλου θέματος. Προς το σκοπό αυτό απέστειλε στους Αιτητές

¹ BLUEWATER ENERGY SERVICES B.V. v. ΑΡΧΗΣ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ ΚΥΠΡΟΥ, ημερ. 6.12.2019

διευκρινιστικά ερωτήματα για διάφορα θέματα. Οι απαντήσεις κρίθηκαν αποδεκτές. Για ένα μόνο ζήτημα αυτό των συνθηκών εγγύησης του Συμβολαίου (Warranty and Guarantee Conditions), δεν ζητήθηκαν διευκρινίσεις αφού η Επιτροπή Αξιολόγησης έκρινε ότι η προσφορά των Αιτητών δεν συμμορφώνεται με τον όρο 1.1.3.7 της Ενότητας 2, Μέρος II Particular Conditions of the Tender Document. Αναφορικά με τον πιο πάνω όρο οι Αιτητές είχαν υποβάλει έγγραφο με τίτλο «Warranty and Guarantee Conditions», ημερομηνίας 24/7/2017, το οποίο κρίθηκε από την ΑΗΚ ότι συνιστά ουσιώδη απόκλιση καθ' όσον αφορά την εγγύηση του Συμβολαίου. Ανάλογη ήταν και η προηγούμενη κρίση της η οποία κρίθηκε στα πλαίσια της Προσφυγής 29/2019 αναιτιολόγητη. Ταυτόχρονα, κατέληξε στο συμπέρασμα ότι μόνο η προσφορά αρ. 2, της εταιρείας THE MONOBUOY COMPANY LTD, πληρούσε τα κριτήρια του Σταδίου Β και μπορούσε να αξιολογηθεί στο Στάδιο Γ, πράγμα που υιοθετήθηκε από το Διοικητικό Συμβούλιο της ΑΗΚ σε συνεδρία του στις 7/5/2020. Αποτέλεσμα η καταχώρηση της παρούσας Προσφυγής.

Για σκοπούς αποκατάστασης των πραγμάτων θα πρέπει να σημειώσουμε ότι δεν υπάρχει απόφαση κατακύρωσης ώστε να μπορεί να γίνεται λόγος για επιτυχόντα όπως η ΑΗΚ κατέγραψε στη γραπτή της αγόρευση στην Προσφυγή 29/2019, με αποτέλεσμα, εσφαλμένα, και στην απόφασή μας να γίνεται αναφορά σε επιτυχόντα. Την ίδια ανακρίβεια η ΑΗΚ επανέλαβε και στην παρούσα προσφυγή.

Αποτελεί βασική θέση των Αιτητών ότι η προσφορά τους πληρούσε τον συγκεκριμένο όρο και ότι ο αποκλεισμός της προσφοράς τους έγινε χωρίς έρευνα και υπό πλάνη. Υποστηρίζουν ότι με τη δήλωσή τους, «*I solemnly declare that the submitted Tender fully complies with all terms, conditions and requirements of the Tender Document, including the Specifications and Amendments (if any), with the exception of the deviations/ departures stated here below.*», χωρίς οποιαδήποτε αναφορά σε απόκλιση ή εισήγηση για τροποποίηση από τον όρο του Διαγωνισμού αναφορικά με την εγγύηση και/ή του “*Defects Notification Period*”, στο Έντυπο 23, αποδέχθηκαν πλήρως και ανεπιφύλακτα τους όρους του Διαγωνισμού. Επίσης, στο Έντυπο 7 δηλώνουν ότι θα αρχίσουν, εκτελέσουν και ολοκληρώσουν το έργο σύμφωνα με τους όρους του Διαγωνισμού και τα έγγραφα της προσφοράς.

Το έγγραφο «*Warranty and Guarantee Conditions*» στο οποίο η ΑΗΚ βασίστηκε για αποκλεισμό της προσφοράς τους εσφαλμένα λήφθηκε υπόψη αφού αυτό, σύμφωνα με την απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών, υποβλήθηκε εκπρόθεσμα και αφορούσε τις επίσης εκπρόθεσμα υποβληθείσες εισηγήσεις των Αιτητών για αλλαγές και τροποποιήσεις επί του Συμβολαίου FIDIC. Διαζευκτικά και εάν ακόμα ήθελε θεωρηθεί ότι δεν αφορούσε στις τροποποιήσεις του Συμβολαίου FIDIC, αυτό εξακολουθούσε να αποτελεί εκπρόθεσμη υποβολή και δεν μπορούσε να ληφθεί υπόψη.

Με παραπομπή στα ηλεκτρονικά αρχεία της προσφοράς τους υποστήριξαν ότι το συγκεκριμένο έγγραφο υποβλήθηκε μαζί με το Έντυπο 23 (αποκλίσεις/εισηγήσεις/σχόλια των Αιτητών και εισηγήσεις FIDIC), το οποίο παραπέμπει στο FIDIC στο οποίο επισυνάπτεται το έγγραφο της εγγύησης. Το έγγραφο «*Warranty and Guarantee Conditions*» υποβλήθηκε αποκλειστικά σε σχέση με τον όρο 11.2 του Συμβολαίου, «*Cost of Remedying Defects*». Όπως αναγράφεται και στη συγκεκριμένη εισήγηση αναφορικά με το *Cost of Remedying Defects*: «*It is customary in our line of business that Company arranges offshore transport of Contractor's personnel to and from the Buoy (and any potential spread). Reference is made to Bluewater's guarantee statement included in Contractor's Tender document*».

Το Έγγραφο υποστηρίζουν υποβλήθηκε επεξηγηματικά και συμπληρωματικά στα πλαίσια της εισήγησης «*Repair or Replacement at point of origin*» «*Repair or Replacement on site*» που περιλαμβάνεται στις Εισηγήσεις FIDIC.

Περαιτέρω, οι Αιτητές προς υποστήριξη της θέσης τους ότι η κατάληξη της ΑΗΚ ήταν αποτέλεσμα έλλειψης δέουσας έρευνας και πλάνης περί τα πράγματα ανέφεραν ότι στις Εισηγήσεις FIDIC υπήρχε ρητή αναφορά στην εισήγηση των Αιτητών αναφορικά με το *Defects Notification Period* και θα ήταν τουλάχιστον οξύμωρο, να υπέβαλλαν για τον ίδιο όρο *Defects Notification Period* (1.1.3.7.), διαφορετική εισήγηση. Εν πάση περιπτώσει, το έγγραφο ως εκπρόθεσμο σύμφωνα

με την απόφαση στην Προσφυγή 29/19 δεν παραβιάζει ουσιώδη όρο του διαγωνισμού. Με δεδομένο ότι οι Αιτητές είχαν υποβάλει εκπρόθεσμη εισήγηση σε σχέση με τον Χρόνο Κοινοποίησης των Ελαττωμάτων δεν είναι δυνατό να υποβάλουν ένα άλλο έγγραφο αναφορικά με τον ίδιο όρο ο οποίος να είναι διαφορετικός από την εισήγηση τους. Το έγγραφο είναι πρόδηλο ότι υποβλήθηκε ως έγγραφο πληροφοριακού χαρακτήρα σε σχέση με την εισήγηση για το κόστος για την διόρθωση ελαττωμάτων (costs of remedying defects).

Οι Αιτητές διαζευκτικά και σε περίπτωση που ήθελε θεωρηθεί ότι το συγκεκριμένο έγγραφο μπορούσε να ληφθεί υπόψη θέτουν θέμα παράλειψης της Αναθέτουσας Αρχής να ζητήσει διευκρινίσεις. Επικαλούμενοι τον όρο 9.6² των εγγράφων του Διαγωνισμού, υποστήριζαν ότι η ΑΗΚ θα έπρεπε να ζητήσει διευκρινίσεις και ότι η παράλειψη της συνιστά παράλειψη διενέργειας δέουσας έρευνας.

Η επόμενη θέση των Αιτητών είναι ότι η προσβαλλόμενη απόφαση λήφθηκε κατά παράβαση των αρχών της χρηστής διοίκησης, της καλής πίστης και της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών αφού η ΑΗΚ αντιμετώπισε διαφορετικά την προσφορά τους σε σχέση με τον άλλο προσφέροντα. Κατά τους Αιτητές, η

² 3. *Where information or documentation to be submitted by economic operators is or appears to be incomplete or erroneous or where specific documents are missing, the Contracting Entity may request the economic operators concerned to submit, supplement, clarify or complete the relevant information or documentation within an appropriate time limit provided that such requests are made in full compliance with the principles of equal treatment and transparency. Economic operators in this case are obliged, under penalty of disqualification, to supply such missing information within five (5) working days from the day on which they are requested to do so.*

συμπεριφορά της ΑΗΚ σε όλα τα στάδια εξέτασης του Διαγωνισμού είναι τέτοια που επιβεβαιώνει την άνιση μεταχείριση των προσφοροδοτών ενώ καταδεικνύει ότι ενήργησε με αρνητική προκατάληψη εναντίον τους. Η ΑΗΚ εσκεμμένα δεν ερεύνησε ούτε υπέβαλε ερώτηση στους Αιτητές σε σχέση με το συγκεκριμένο Έγγραφο για να μην τους δώσει την ευκαιρία να διευκρινίσουν ότι το Έγγραφο ήταν επισυναπτόμενο στις Εισηγήσεις FIDIC.

Είναι επίσης θέση των Αιτητών ότι τόσο η Επιτροπή Αξιολόγησης όσο και η Επιτροπή Προσφορών και το Διοικητικό Συμβούλιο της ΑΗΚ δεν επεξηγούν τον λόγο αποκλεισμού της προσφοράς τους. Ισχυρίζονται ότι στους διοικητικούς φακέλους, δεν έχουν εντοπίσει, πρακτικό ή σκεπτικό με το οποίο να εξηγείται η απόφαση της Επιτροπής Αξιολόγησης, την οποία υιοθετεί και η Επιτροπή Προσφορών, ούτε το σκεπτικό στο οποίο στηρίχθηκε για την έκδοση της σε σχέση με το Έγγραφο.

Τέλος, επικαλούμενοι το άρθρο 43(1) του περί Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου³ ισχυρίζονται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι άκυρη και

³ «Το δικαίωμα ακρόασης παρέχεται, εκτός από τις περιπτώσεις τις οποίες ο νόμος προβλέπει ρητά, σε κάθε πρόσωπο που θα επηρεαστεί από την έκδοση πράξης ή από τη λήψη διοικητικού μέτρου που είναι πειθαρχικής φύσης ή που έχει το χαρακτήρα της κύρωσης ή που είναι άλλως πως δυσμενούς φύσης.»

παραπέμπουν προς τούτο στην υπόθεση *Vardoulakis Transport Ltd v. Κοπριακής Δημοκρατίας*, Υπόθεση Αρ. 531/08, ημερ. 15.1.2010⁴

Η ΑΗΚ με αναφορά στον Καν. 28(3)⁵ των περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Συμβάσεων, Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών στους Τομείς του Ύδατος, της Ενέργειας, των Μεταφορών και των Ταχυδρομικών Υπηρεσιών και για Συναφή Θέματα, Κ.Δ.Π. 179/2009, υποστηρίζει ότι ήταν υποχρεωμένη να προβεί σε επανεξέταση στη βάση των ευρημάτων της ακυρωτικής απόφασης και όχι να εξετάσει την ορθότητα των ισχυρισμών των Αιτητών στην Προσφυγή 29/2019.

Ακολούθως σε σχέση με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι η απόφαση της ήταν αποτέλεσμα έλλειψης δέουσας έρευνας και πλάνης περί τα πράγματα, παραπέμπει στη συμπληρωματική έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης από την οποία υποστηρίζει προκύπτει τόσο η έρευνα όσο και η αιτιολογία που σύμφωνα με την ακυρωτική απόφαση στην Προσφυγή 29/2019, απουσίαζε, και υποδεικνύει με

⁴ «Σύμφωνα με τις αρχές του διοικητικού δικαίου και της φυσικής δικαιοσύνης, όπως αυτές κωδικοποιούνται στο άρθρο 43 του περί Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου του 1999 (Ν. 158(I)/99), το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης παρέχεται σε κάθε πρόσωπο που θα επηρεαστεί από την έκδοση της πράξης ή άλλου διοικητικού μέτρου, το οποίο είναι πειθαρχικής φύσης ή που άλλως πως είναι δυσμενούς φύσης.

Ο λόγος ακύρωσης ευσταθεί.

Κατά την άποψη μου έστω και αν πρόκειται για μια παράνομη διοικητική πράξη, δεν παύει να έχει δυσμενή αποτελέσματα για τους Αιτητές...»

⁵ «(3) Εάν η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ακυρώσει την απόφαση της Αρχής, η Αρχή επανεξετάζει το θέμα λαμβάνοντας υπόψη την απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής».

παραπομπή στη *Ναζίρης v. PIK* (2007) 3 *A.A.Δ* 38⁶ ότι οι ισχυρισμοί που προβάλλονται από τους Αιτητές, δεν μπορούν να εξεταστούν καθότι δεν είχαν εγερθεί στα πλαίσια της Προσφυγής 29/2019.

Τον ισχυρισμό ότι το έγγραφο Warranty and Guarantee Conditions υποβλήθηκε εκπρόθεσμα και δεν μπορούσε να ληφθεί υπόψη όπως δεν λήφθηκαν υπόψη τα 31 σημεία του FIDIC για τα οποία μετά την απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών η Επιτροπή Αξιολόγησης δεν επανήλθε, τον απορρίπτει ως αβάσιμο. Το εν λόγω έγγραφο είναι ανεξάρτητο και υποβλήθηκε με την προσφορά των Αιτητών. Σ' αυτό οι Αιτητές ξεκάθαρα δηλώνουν την εγγύηση που θα παρέχουν. Η δήλωση τους αυτή σε καμία περίπτωση δεν έχει σχέση με τους όρους του FIDIC. Άλλωστε, περιλαμβάνεται στο Technical Offer και βρίσκεται στο Section 13, το οποίο αποτελείται από πέντε files. Ένα από αυτά ήταν το εν λόγω έγγραφο. Δεν ήταν μέρος του FIDIC, όπως οι Αιτητές εκ των υστέρων ισχυρίζονται.

Η ΑΗΚ υποστηρίζει ότι συμμορφώθηκε πλήρως με την απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών, γεγονός που προκύπτει από την αναλυτική επανεξέταση της προσφοράς των Αιτητών και την αιτιολόγηση όλων των σημείων

⁶ «[...] δεν επιτρέπεται η επανάληψη ούτε η συμπερίληψη ζητημάτων τα οποία θα μπορούσαν να είχαν τεθεί προηγουμένως. Ο έλεγχος διοικητικής απόφασης, εκδοθείσας κατόπιν επανεξέτασης, διενεργείται πάντοτε μόνο με βάση τα όσα προκύπτουν από το ακυρωτικό αποτέλεσμα.»

που είχαν εντοπιστεί και σχολιαστεί στην ακυρωτική απόφαση και ειδικότερα του ουσιώδους όρου της εγγύησης.

Αβάσιμος υποστηρίζει είναι και ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι η προσβαλλόμενη απόφαση λήφθηκε κατά παράβαση των αρχών της καλής πίστης και της χρηστής διοίκησης, άρθρα 50 και 51 του Ν. 158(I)/1999 και της ίσης μεταχείρισης. Οποιαδήποτε άλλη στάση αναφέρει της Αναθέτουσας Αρχής θα παραβίαζε τις πιο πάνω αρχές και παραπέμπει σε σχετική νομολογία⁷ με το πότε η Αναθέτουσα Αρχή δύναται να ζητήσει διευκρινίσεις.

Αναφερόμενη στον ισχυρισμό των Αιτητών ότι στην εταιρεία που προκρίθηκε για το Γ Στάδιο στάληκε διευκρινιστική ερώτηση σε σχέση με την εγγύηση υποστήριξε ότι αυτός δεν ευσταθεί και παρέπεμψε σχετικά στη *Δημοκρατία ν. Μάριος Θεοχαρίδης Ατδ (2008) 3 ΑΑΔ 488*, όπου αποφασίστηκε ότι «...μια προσφυγή επιτυγχάνει ή αποτυγχάνει με αναφορά αποκλειστικά στη νομιμότητα ή όχι του αποκλεισμού ενός προσφοροδότη και δεν εξετάζεται οτιδήποτε άλλο αναφορικά με τη διαδικασία...».

⁷ *Orphanides Murat Insurance Agents Sub Agents Ltd ν. Κυπριακής Δημοκρατίας μέσω Υπουργού Συγκοινωνιών Έργων, Τμήμα Πολιτικής Αεροπορίας, Υπόθ. αρ. 461/2015, 20.8.2018, Lella Kentonis Investment Co Ltd ν. Κυπριακής Δημοκρατίας μέσω Αστυνομίας Κύπρου, Υπόθ. αρ. 1295/2012, 28.8.2018*

Τέλος με παραπομπή στο πρακτικό της Επιτροπής Αξιολόγησης ημερομηνίας 21.2.2020 απορρίπτει και τον ισχυρισμό ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι αναιτιολόγητη.

Έχουμε εξετάσει με προσοχή τις θέσεις των μερών και έχουμε μετά από επανάνοιγμα της υπόθεσης θέσει στα μέρη ερωτήματα που προέκυψαν κατά το στάδιο ετοιμασίας της απόφασης.

Σ' ότι αφορά τη θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι κατά την επανεξέταση η ΑΗΚ δεν λαμβάνει υπόψη της εάν οι ισχυρισμοί που πρόβαλαν οι Αιτητές στα πλαίσια της Προσφυγής 29/2019 σε σχέση με το υπό κρίση έγγραφο Warranty and Guarantee Conditions είναι ορθοί, δεν μας βρίσκει σύμφωνους, όπως δεν μας βρίσκει σύμφωνους ότι κατά την επανεξέταση τυγχάνουν εφαρμογής τα αποφασισθέντα στη *Ναζίρης ν. ΡΙΚ* (πιο πάνω).

Όπως έχει αποφασισθεί στη *Vouros Healthcare Ltd ν. Υπουργείου Γεωργίας, Φυσικών Πόρων και Περιβάλλοντος δια του Συμβουλίου Προσφορών του Υπουργείου Γεωργίας, Φυσικών Πόρων και Περιβάλλοντος, Αναθ. Έφεση 45/2009, ημερ. 11.7.2012* οι αποφάσεις της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών δεν εξομοιώνονται με αποφάσεις διοικητικού δικαστηρίου. Σχετικό είναι το πιο κάτω απόσπασμα:

«[...] η εξομοίωση που εισηγείται ο ευπαίδευτος συνήγορος των εφεσειόντων των αποφάσεων ενός διοικητικού οργάνου με αποφάσεις του Ανωτάτου Δικαστηρίου ούτως ώστε, στην περίπτωση που μια απόφαση της διοίκησης

είναι ακυρωτική, να ισχύουν οι ίδιες αρχές επανεξέτασης, δεν μπορεί να γίνει δεκτή. Τα άρθρα 57 και 58 του Νόμου 158(I)/99 στα οποία βασικά στηρίχθηκαν οι εφεσεύοντες έχουν ως εξής:

«57. Έπειτα από ακυρωτική απόφαση η πράξη εξαφανίζεται και η διοίκηση υποχρεούται να επαναφέρει τα πράγματα στη θέση στην οποία βρίσκονταν πριν από την έκδοση της πράξης που ακυρώθηκε.

58. Κατά την επανεξέταση πράξης της που έχει ακυρωθεί, η διοίκηση οφείλει να λάβει υπόψη το πραγματικό και νομικό καθεστώς που ίσχυε κατά το χρόνο που εκδόθηκε η σχετική απόφασή της. Κατ' εξαίρεσιν και τηρουμένων των διατάξεων οποιουδήποτε άλλου νόμου είναι εφαρμοστέο το κατά το χρόνο της έκδοσης της νέας πράξης νομικό καθεστώς, όταν το νεότερο νομοθέτημα είναι αναδρομικής ισχύος ή όταν προκύπτει από αυτό ότι ο νομοθέτης δεν ανέχεται στο εξής την εφαρμογή των παλαιών διατάξεων.»

Είναι σαφές τόσο από λεκτικό των πιο πάνω άρθρων όσο και από το μέρος του Νόμου στο οποίο περιέχονται ότι αυτά αναφέρονται σε ακυρωτικές αποφάσεις Ανωτάτου Δικαστηρίου. Το άρθρο είναι κάτω από τον τίτλο: ΜΕΡΟΣ XI - ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗ ΤΗΣ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ ΣΤΙΣ ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΑΝΩΤΑΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ ΚΑΙ ΔΕΔΙΚΑΣΜΕΝΟ.

Προς την πιο πάνω κατάληξη μας βοηθητικά είναι κατά τα όσα αναφέρθηκαν στην υπόθεση **Ιάκωβος Δημητρίου κ.α ν. Κυπριακής Δημοκρατίας μέσω Επιτροπής Δημόσιας Υπηρεσίας**, Α.Ε. 58/2009, ημερ. 2/3/2012:

«Ο θεσμός της ανάκλησης ήταν, βεβαίως, γνωστός στο νομοθέτη και περιλαμβάνονται στο άρθρο 54 του πιο πάνω Νόμου ρυθμίσεις ως προς αυτή. Δεν νομίζουμε ότι μπορούμε να αλλοιώσουμε το Νόμο εκλαμβάνοντας πως όταν ο Νόμος αναφέρεται σε ακυρωθείσα πράξη εννοεί οτιδήποτε άλλο εκτός από δικαστική ακύρωση. Περαιτέρω, το άρθρο 34Α του Ν. 1/90 που περιλαμβάνει ρυθμίσεις, μεταξύ άλλων σε σχέση με την περίσωση των κρίσεων από προφορική εξέταση αλλά και ήδη δοθείσας σύστασης, ισχύει, όπως ρητώς προβλέπεται στο εδάφιο (1), «σε περίπτωση ακύρωσης από το Ανώτατο Δικαστήριο απόφασης της Επιτροπής με την οποία αποφασίστηκε ο διορισμός ή η προαγωγή υπαλλήλου ...». Δεν έχουμε, εν προκειμένω, τέτοια ακύρωση και δεν μπορούμε να συμφωνήσουμε ότι παρέχεται περιθώριο για επίλυση του ζητήματος με αναφορά στα πιο πάνω άρθρα.»

Συνεπώς η ΑΗΚ κατά την επανεξέταση δεν συμφωνούμε ότι εμποδίζεται να εξετάσει τους ισχυρισμούς που πρόβαλαν οι Αιτητές στα πλαίσια της προηγούμενης προσφυγής τους και εάν κρίνει να διαφοροποιήσει τις αρχικές κρίσης της υπό την προϋπόθεση βέβαια ότι δικαιολογεί ειδικά τη μεταστροφή της (βλ. *AGF Trading & Engineering Ltd v. Υπουργείου Υγείας, δια του Συμβουλίου Προσφορών των Ιατρικών Υπηρεσιών και Υπηρεσιών Δημόσιας Υγείας, Προσφ. 1257/2005 και 1258/2005 ημερ. 4.12.2007*).

Επίσης δεν συμφωνούμε με τον ισχυρισμό της Αναθέτουσας Αρχής ότι οι Αιτητές εμποδίζονται να εγείρουν ισχυρισμούς που δεν ήγειραν στην προηγούμενη προσφυγή τους. Οι Αιτητές τότε δεν γνώριζαν τους λόγους αποκλεισμού της προσφοράς τους ώστε να μπορούν να εγείρουν τους λόγους που εγείρουν στα πλαίσια της παρούσας προσφυγής.

Η Επιτροπή Αξιολόγησης στα πλαίσια επανεξέτασης ετοίμασε συμπληρωματική έκθεση ημερ. 10.4.2020, η οποία υιοθετήθηκε την ίδια μέρα από την Επιτροπή Προσφορών. Για το ζήτημα που εξετάζεται καταγράφει τα εξής:

«[...] η εταιρεία *BLUEWATER ENERGY SERVICES B.V.* έχει υποβάλει στην αρχική της προσφορά το δικό της έγγραφο αναφορικά με τις συνθήκες εγγύησης του Συμβολαίου (*Warranty and Guarantee Conditions*). Το εν λόγω έγγραφο παρουσιάζεται στο Παράρτημα 4.

Σε ότι αφορά το έντυπο της BLUEWATER ENERGY SERVICES B.V. που αφορά στο Warranty and Guarantee Conditions στην υποπαράγραφο 1.2 **Guarantee - Extent of Guarantee** αναφέρεται ότι:

“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 του Διαγωνισμού που αφορά αυτή τη εγγύηση παρουσιάζεται στην Παράγραφο 1.1.3.7 του Section 2 και αναφέρει ρητά ότι:

“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.”

Ως εκ τούτου η δήλωση της εταιρείας BLUEWATER ENERGY SERVICES B.V. ότι εγγυάται για 12 (δώδεκα) μήνες από την ημερομηνία ολοκλήρωσης της κατασκευής του συστήματος με μέγιστη επέκταση του χρόνου εγγύησης για άλλους 6 (έξι) μήνες από την ημερομηνία ολοκλήρωσης της κατασκευής και της ολοκλήρωσης της εγκατάστασης αντί για 24 (είκοσι τέσσερις) μήνες ως ορίζει ο πιο πάνω όρος του Διαγωνισμού και η οποία αρχίζει από την ημερομηνία εγκατάστασης (Taking Over Certificate - TOC) και όχι την ημερομηνία ολοκλήρωσης της κατασκευής, κρίνεται από την Επιτροπή Αξιολόγησης ως ουσιώδης απόκλιση καθότι αφορά τον ουσιώδη όρο της εγγύησης του Συμβολαίου.

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

Επίσης στο πρακτικό του Διοικητικού Συμβουλίου της ΑΗΚ ημερ. 23.4.2020 καταγράφεται η συζήτηση που έγινε προτού υιοθετηθεί η εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης. Μεταξύ άλλων σ' αυτό αναφέρονται τα εξής:

«Ο Αντιπρόεδρος κ. Νικολέττος, ζήτησε να επεξηγηθεί εκ νέου στα Μέλη, το θέμα της εγγύησης του συστήματος, στο οποίο αναφέρθηκε προηγουμένως ο κ. Μενελάου. Ο κ. Μενελάου, απάντησε ότι η εγγύηση του συστήματος, απαιτείται από τις προδιαγραφές του Διαγωνισμού και αρχίζει από την ημερομηνία παράδοσης του συστήματος στην ΑΗΚ και θα πρέπει να έχει διάρκεια 24 μήνες.

Η εταιρεία BLUEWATER ENERGY SERVICES B.V., όπως διευκρίνισε, δίνει εγγύηση 12 μηνών από την ημερομηνία ολοκλήρωσης της κατασκευής του συστήματος, και προσθέτει άλλους έξι μήνες από την ημερομηνία ολοκλήρωσης της κατασκευής και της ολοκλήρωσης της εγκατάστασης, δηλαδή στην καλύτερη περίπτωση δίνει μέγιστη εγγύηση 18 μηνών αντί 24 μηνών.

Ο Αντιπρόεδρος κ. Νικολέττος, σχολίασε ότι οι 24 μήνες, είναι όρος που περιλαμβάνεται στο Διαγωνισμό που προκήρυξε η ΑΗΚ και διερωτήθηκε κατά πόσο ο προσφοροδότης, έχει δικαίωμα να υποβάλει τους δικούς του όρους.

Ο κ. Μενελάου, απάντησε αρνητικά, και ανέφερε ότι αναφορικά με την εγγύηση, ο εν λόγω προσφοροδότης υπέβαλε έγγραφο με δικούς του όρους».

Σύμφωνα με τους όρους του διαγωνισμού τελευταία ημερομηνία υποβολής εισηγήσεων, όπως διευκρινίστηκε κατά το επανάνοιγμα της υπόθεσης, μετά από παράταση καθορίστηκε η 30.12.2018. Οι Αιτητές μέχρι την εν λόγω ημερομηνία δεν υπέβαλαν οποιαδήποτε εισήγηση. Υπέβαλαν τις εισηγήσεις τους με την προσφορά τους στις 9.1.2020 όπως είχαν δικαίωμα σύμφωνα με απάντηση της ΑΗΚ⁸ σε ερώτημα οικονομικού φορέα και είναι τις εισηγήσεις τους αυτές που επικαλούνται για να καταδείξουν ότι το έγγραφο Warranty and Guarantee

⁸ *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.*

Conditions δεν υποβλήθηκε για το διαγωνισμό αλλά ως μέρος των εισηγήσεων τους για τροποποιήσεις στο FIDIC. Στα πλαίσια της Προσφυγής 29/2019 αποφασίστηκε ότι οι εισηγήσεις του FIDIC δεν μπορούσαν να ληφθούν υπόψη και τούτο στη βάση της θέσης της Αναθέτουσας Αρχής ότι ο όρος 2.14 του Μέρους I καθόριζε ως ημερομηνία υποβολής των εισηγήσεων την 30.11.2018. Βέβαια όπως διευκρινίστηκε κατά το επανάνοιγμα της υπόθεσης η ημερομηνία είχε παραταθεί μέχρι 30.12.2018. Εν πάση περιπτώσει τα αποφασισθέντα στην Προσφυγή 29/2019, όπως θα εξηγήσουμε πιο κάτω, είναι χωρίς σημασία για το ζήτημα που εδώ εξετάζεται.

Οι Αιτητές χωρίς να αμφισβητούν ότι το περιεχόμενο του εγγράφου Warranty and Guarantee Conditions στη βάση του οποίου αποκλείστηκε η προσφορά τους δεν συνάδει με τους όρους του διαγωνισμού και συγκεκριμένα τον όρο 1.1.3.7 του Μέρους A, ο οποίος ορθά δεν αμφισβητείται ότι είναι ουσιώδης, αμφισβητούν ότι το εν λόγω έγγραφο υποβλήθηκε για σκοπούς ικανοποίησης του εν λόγω όρου.

Συνεπώς με όσα έθεσαν οι δύο πλευρές ενώπιον μας το ερώτημα που πρέπει να απαντηθεί είναι κατά πόσο το έγγραφο στη βάση του οποίου η προσφορά των Αιτητών αποκλείστηκε υποβλήθηκε για σκοπούς ικανοποίησης του όρου 1.1.3.7 PART II: PARTICULAR CONDITIONS των εγγράφων του διαγωνισμού ο οποίος προβλέπει ότι *«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» ή υποβλήθηκε ως μέρος των εισηγήσεων σε σχέση με το FIDIC Conditions of Contract, το οποίο κρίθηκε εκπρόθεσμο.

Οι Αιτητές για τη διασύνδεση του υπό κρίση εγγράφου με τις εισηγήσεις επί του FIDIC, Conditions of Contract for Plant and Design-Built, 1st Edition Dated 1999, παραπέμπουν στα σημεία 1.1.3.7 και 11.2 αυτού όπου καταγράφονται τα εξής:

«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.*

<i>General Qualification «Ref. A.1»</i>	<i>General Conditions Clause «Ref. B.1»</i>	<i>Particular Conditions Clause «Ref. B.2»</i>	<i>Description</i>	<i>Qualification – 12 December 2018</i>
		<i>1.1.3.7</i>	<i>Defects Notification Period</i>	<i>Contractor proposes following update: «The Defects Notification Period shall be (i) the period starting upon issuance of the Taking Over Certificate (TOC) and ending after eighteen (18) months or (ii) the period starting upon issuance of the Mechanical Completion Certificate at the SPM fabrication yard and ending after twenty four (24) months, whichever period expired first. The Defects Notification Period shall cover all Works carried out under this Contract».</i>
		<i>11.2</i>	<i>Cost of Remedying Defects</i>	<i>It is customary in our line of business that Company arranges offshore transport of Contractor's personnel to and from the Buoy</i>

				(and any potential spread). Reference is made to Bluewater's guarantee statement included in Contractor's Tender document.
--	--	--	--	--

Έχουμε εξετάσει με προσοχή τα σημεία 1.1.3.7 και 11.2 στα οποία οι Αιτητές μας παρέπεμψαν δεν βρίσκουμε όμως αυτά να υποστηρίζουν τη θέση τους αφού οι εισηγήσεις σε σχέση με το FIDIC όπως στο ίδιο το έγγραφο καταγράφεται υποβάλλονται για σκοπούς συζήτησης και διαπραγμάτευσης πριν από την υπογραφή της σύμβασης. *«To be discussed/negotiated prior to contract».*

Δεν βλέπουμε πώς το υποβληθέν έγγραφο Warranty and Guarantee Conditions θα μπορούσε να αφορά στις εισηγήσεις επί του FIDIC οι οποίες εισηγήσεις υποβλήθηκαν για σκοπούς συζήτησης. Εν πάση περιπτώσει ούτε το λεκτικό των πιο πάνω εισηγήσεων συνάδει με το υπό συζήτηση έγγραφο. Στο σημείο 1.1.3.7 γίνεται εισήγηση για την περίοδο του Defects Notification Period σε δε το σημείο 11.2 γίνεται παραπομπή στο Guarantee Statement το οποίο καθώς αναφέρεται περιλαμβάνεται στα έγγραφα της προσφοράς. Δεν αναφέρεται ότι περιλαμβάνεται ή αποτελεί μέρος των εισηγήσεων του FIDIC.

Έχουμε και εμείς διεξέλθει το ηλεκτρονικό αρχείο της προσφοράς των Αιτητών δεν έχουμε όμως διαπιστώσει ότι το υπό κρίση έγγραφο να είναι επισυνημμένο στο FIDIC.

Βέβαια, κατά την ενώπιον μας συζήτηση της υπόθεσης η δικηγόρος των Αιτητών με σκοπό να καταδείξει ότι το εν λόγω έγγραφο ήταν μέρος των εισηγήσεων επί του FIDIC ανέφερε ότι:

«Πάνω στο excel file που είναι τα FIDIC δεν θα μπορούσαν τεχνικά να επισυναφθεί άλλο file, δηλαδή να επισυναφθεί και να καταχωρηθούν μαζί.

Από την στιγμή που καταχωρήθηκαν στο ίδιο folder συνεπώς εμείς είναι μαζί που τα καταθέσαμε και δεν αρνείται η άλλη πλευρά ότι κατατέθηκαν όλα μαζί 09.01.2019 στον ίδιο υποφάκελο ο οποίος έχει τις αναφορές FIDIC, την φόρμα με τα Deviations και έχει αυτό το έντυπο αλλά τεχνικά δεν θα μπορούσε να κατατεθεί ως ένα έντυπο αφού έχει κατατεθεί ως Excel file».

Το όλο ζήτημα θεωρούμε ότι είναι τεχνικό και ως τέτοιο δεν μας επιτρέπει να το εξετάσουμε. Από τη στιγμή που μέσα από το περιεχόμενο των υποβληθέντων δεν προκύπτει με σαφήνεια ότι το έγγραφο υποβλήθηκε για σκοπούς των εισηγήσεων η κατάληξη της Αναθέτουσας Αρχής είναι καθόλα εύλογη και αιτιολογημένη. Ο όρος σε σχέση με τη διάρκεια της εγγύησης ήταν απόλυτα σαφής το δε έγγραφο που υποβλήθηκε δεν τον ικανοποιούσε. Σ' ότι αφορά τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι επειδή στις εισηγήσεις για το FIDIC υπήρχε εισήγηση αναφορικά με Defects Notification Period θα ήταν οξύμωρο να υπέβαλαν για τον ίδιο όρο διαφορετική εγγύηση, αυτός από τη στιγμή που δεν προκύπτει με σαφήνεια ότι το υπό κρίση έγγραφο υποβλήθηκε ως επισυναπτόμενο του FIDIC είναι χωρίς σημασία. Η αξιολόγηση των προσφορών γίνεται στη βάση των υποβληθέντων και όχι στη βάση υποθέσεων. Ούτε ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι παρείχεται δυνατότητα αναζήτησης

διευκρινίσεων ευσταθεί. Από το υποβληθέν έγγραφο Warranty and Guarantee Conditions δεν προέκυπτε ασάφεια ούτε αμφιβολία ότι αφορούσε το έργο του διαγωνισμού ώστε να παρέχεται δυνατότητα αναζήτησης διευκρινίσεων.

Σε σχέση με το ζήτημα της δυνατότητας αναζήτησης διευκρινίσεων στο σύγγραμμα του Δημήτριου Γ. Ράικου, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2019, Γ' Έκδοση, αναφέρονται τα εξής:

«Ο κανόνας που θέτει η νομολογία του Δικαστηρίου, συνίσταται στην απαγόρευση τροποποίησης (λ.χ. βελτίωσης) της προσφοράς ή διόρθωσης των λαθών της. Ειδικότερα, εφόσον έχουν υποβληθεί οι σχετικές προσφορές, αυτές, καταρχήν, δεν μπορούν πλέον να τροποποιηθούν ούτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής ούτε κατόπιν πρωτοβουλίας του υποψηφίου. «Η αρχή της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων και η εξ αυτής απορρέουσα υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν, στο πλαίσιο της διαδικασίας αυτής, οποιαδήποτε διαπραγματεύση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και μεμονωμένων υποψηφίων. Αν γινόταν δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή έχει την εξουσία να ζητεί διευκρινίσεις από συγκεκριμένο υποψήφιο, την προσφορά του οποίου κρίνει ανακριβή ή μη σύμφωνη με τις τεχνικές προδιαγραφές της συγγραφής υποχρεώσεων, η εν λόγω αρχή θα κινδύνευε στην πραγματικότητα να θεωρηθεί ύποπτη, σε περίπτωση που τελικώς επέλεγε την επίμαχη προσφορά, ότι διεξήγαγε μυστικές διαπραγματεύσεις με τον οικείο υποψήφιο, εις βάρος των λοιπών υποψηφίων και κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης».

Κατά το σκεπτικό του Δικαστηρίου στην προαναφερόμενη απόφαση της 29-3-2012, ούτε από το άρθρο 2, ούτε από άλλη διάταξη της οδηγίας 2004/18/EK, αλλά ούτε από την αρχή της ίσης μεταχείρισης και από την υποχρέωση διαφάνειας προκύπτει ότι, σε μια τέτοια περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να έρχεται σε επαφή με τους ενδιαφερόμενους υποψήφιους.

Τούτο ισχύει, ιδίως, όταν οι εν λόγω υποψήφιοι δεν μπορούν να προσάπτουν στην αναθέτουσα αρχή την έλλειψη τέτοιας υποχρέωσης, δεδομένου ότι η ασάφεια της προσφοράς οφείλεται σε δική τους παράλειψη να επιδείξουν τη δέουσα επιμέλεια κατά τη σύνταξη του σχετικού φακέλου, επιμέλεια η οποία άλλωστε απαιτείται από όλους τους υποψήφιους.

Επομένως, δεν αντιβαίνει προς τις διατάξεις της οδηγίας 2014/24/ΕΕ το γεγονός ότι η εθνική νομοθεσία δεν προβλέπει διάταξη που να επιβάλλει στην αναθέτουσα αρχή την υποχρέωση, αλλά τη δυνατότητα, να ζητεί από τους υποψήφιους, στο πλαίσιο κλειστού διαγωνισμού, να διευκρινίσουν τις προσφορές τους υπό το πρίσμα των τεχνικών προδιαγραφών της συγγραφής υποχρεώσεων, προτού απορρίψει τις προσφορές αυτές ως ανακριβείς ή μη σύμφωνες προς τις εν λόγω προδιαγραφές».

Στο υποβληθέν από τους Αιτητές έγγραφο **Warranty and Guarantee Conditions** μεταξύ άλλων προβλέπονται τα πιο κάτω τα οποία δεν ικανοποιούν την απαίτηση του όρου 4.3.7 τους Μέρους Α:

«1.1. Warranty

Bluewater warrants that it will execute and complete the SPM Buoy System (hereinafter referred to as «Work») as specified in the Technical Description included in section 10 of this proposal.

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».

Εάν η ΑΗΚ προχωρούσε στην αναζήτηση διευκρίνισης, όπως εισηγούνται οι Αιτητές ενόψει της αναφοράς τους ότι η προσφορά τους συμμορφώνεται πλήρως με τους όρους και τις απαιτήσεις του διαγωνισμού, στην ουσία θα ζητούσαν από τους Αιτητές να διορθώσουν την προσφορά τους για τη σύνταξη και υποβολή της οποίας δεν επέδειξαν τη δέουσα επιμέλεια.

Έχοντας εξετάσει όλα όσα τέθηκαν ενώπιον μας κρίνουμε ότι η κατάληξη της ΑΗΚ για αποκλεισμό της προσφοράς των Αιτητών είναι αποτέλεσμα δέουσας έρευνας, είναι επαρκώς αιτιολογημένη και σύμφωνη με τις αρχές της καλής πίστης, της χρηστής διοίκησης και της ίσης μεταχείρισης.

Ενόψει των πιο πάνω αποφασίζουμε απόρριψη της προσφυγής χωρίς οποιαδήποτε άλλη διαταγή.

.....
Έφη Παπαδοπούλου
Πρόεδρος

.....
Λοΐζος Κάππας
Μέλος

.....
Δήμος Θωμά
Μέλος

ΣΚΕΠΤΙΚΟ ΜΕΛΩΝ Γ. ΑΝΑΣΤΑΣΙΟΥ ΚΑΙ
Σ. ΠΑΠΑΘΕΟΧΑΡΟΥΣ

Η παρούσα Προσφυγή στρέφεται κατά της απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής να απορρίψει την προσφορά των Αιτητών από το διαγωνισμό αρ. 244/2018 με τίτλο «*New Build Calm Buoy-SPM, New Umbilical and PLEM Upgrade at Vasilikos Power Station*».

Η Αναθέτουσα Αρχή προς συμμόρφωση με την ακυρωτική απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών στην Προσφυγή αρ. 29/2019, ημερ. 6.12.2019, προέβη σε επανεξέταση του όλου θέματος όπου τελικώς έλαβε την προσβαλλόμενη απόφαση.

Οι θέσεις των μερών καταγράφονται στην απόφαση της πλειοψηφίας τις οποίες υιοθετούμε.

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

Βρίσκουμε άνευ σημασίας τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι το υποβληθέν, με την προσφορά τους, έγγραφο που φέρει τίτλο «Warranty and Guarantee Conditions» υποβλήθηκε εκπρόθεσμα και ότι αφορούσε τις εισηγήσεις της για αλλαγές και τροποποιήσεις επί του συμβολαίου FIDIC. Το θέμα μας απασχόλησε στην

απόφασή μας επί της Προσφυγής 29/2019, ημερ. 6.12.2019. Επαναλαμβάνουμε τα εκεί λεχθέντα μας και συγκεκριμένα:

«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 No1 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 with 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.

[...]

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 Conditions 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».

Αναφορικά με το έγγραφο που οι Αιτητές υπέβαλαν με την προσφορά τους και φέρει τίτλο «Warranty and Guarantee Conditions» επαναλαμβάνουμε και εδώ τα όσα αποφασίσαμε στην Προσφυγή 29/2019 ημερ. 6.12.2019 και συγκεκριμένα:

«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 με βάση τα πιο πάνω κρίνουμε, όπως και στην απόφαση μας στην Προσφυγή αρ. 29/2019, ότι η προσφορά των Αιτητών πάσχει και συνεπώς ορθά η Αναθέτουσα Αρχή την απέρριψε.

Η Προσφυγή απορρίπτεται χωρίς οποιαδήποτε άλλη διαταγή.

.....
Γιώργος Αναστασίου
Μέλος

.....
Σόλων Παπαθεοχάρους
Μέλος