



ΑΝΑΘΕΩΡΗΤΙΚΗ ΑΡΧΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ
TENDERS REVIEW AUTHORITY

Λεωφ. Γρίβα Διγενή 81-83, 2ος όροφος, Τ.Θ. 24820, 1304 Λευκωσία
Τηλ.: 22445100, Φαξ: 22445107, Email: tra@aap.gov.cy, Web: www.tra.gov.cy

Προσφυγή Αρ. 40/2023

Μεταξύ:

ΕΥΡΩΠΑΪΚΕΣ ΕΠΕΝΔΥΣΕΙΣ & ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΙΣ
ΑΕΡΟΔΙΑΣΤΗΜΙΚΗΣ ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ Α.Ε.
(EFA VENTURES S.A.)

Αιτητών

v.

ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΔΑΣΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών:**

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

Αιτητές:

ΕΥΡΩΠΑΪΚΕΣ ΕΠΕΝΔΥΣΕΙΣ & ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΙΣ
ΑΕΡΟΔΙΑΣΤΗΜΙΚΗΣ ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ Α.Ε. (EFA VENTURES S.A.)

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Γιώργο Βαλιαντή δια Λ. Παπαφιλίππου & Σία Δ.Ε.Π.Ε., Δικηγόρο
Αιτήτριας Εταιρείας
2. Χριστίνα Παρασκευά δια Λ. Παπαφιλίππου & Σία Δ.Ε.Π.Ε.,
Δικηγόρο Αιτήτριας Εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΤΜΗΜΑ ΔΑΣΩΝ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Ανδρέα Χρίστου, Πρώτο Συντηρητή Δασών
2. Δημήτρη Λαζαρίδη, Δασικό Λειτουργό

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης Π.Μ.: 09 Νοεμβρίου 2023

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

Το μέλος κος Γιώργος Αναστασίου έχει διαφορετική απόφαση.

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. 40/2023

Η παρούσα διαδικασία αφορά την εξέταση του ενδεχόμενου χορήγησης προσωρινών μέτρων για αναστολή της διαδικασίας ανάθεσης ή της εκτέλεσης πράξης ή απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής ή της υπογραφής της σύμβασης, αναφορικά με το Διαγωνισμό αρ. *FD29/2023* και τίτλο «*A. PURCHASE OF ONE (1) FIRE FIGHTING AIRPLANE AND THE PROVISION OF SERVICES OF FLIGHT CREW FOR FIRE-FIGHTING FOR THE PERIOD 2025-2027 WITH A RENEWAL OPTION FOR THE YEAR 2028 AND FOR THE YEAR 2029*

AND

B. PURCHASE OF TWO (2) FIRE FIGHTING AIRPLANES AND THE PROVISION OF SERVICES OF FLIGHT CREW FOR FIRE-FIGHTING AND MAINTENANCE FOR THE PERIOD 2025-2027 WITH A RENEWAL OPTION FOR THE YEAR 2028 AND FOR THE YEAR 2029».

Κατά την ενώπιον μας διαδικασία ο εκπρόσωπος της Αναθέτουσας Αρχής συμφώνησε στη χορήγηση προσωρινών μέτρων στο βαθμό όμως που η Αναθέτουσα Αρχή δεν θα εμποδίζεται να εξετάσει και να απαντήσει στα ερωτήματα που και άλλοι οικονομικοί φορείς έθεσαν σε σχέση με τους όρους.

Συγκεκριμένα, ανέφερε ότι αιτήματα σε σχέση με τους όρους έχουν υποβάλει και άλλοι οικονομικοί φορείς και ότι αυτά θα πρέπει να εξεταστούν και να απαντηθούν μέχρι τις 22.11.2023. Στα πλαίσια αυτής της εξέτασης ανέφερε θα εξεταστούν και τα ζητήματα που οι Αιτητές έθεσαν με την προσφυγή τους. Εφόσον ανέφερε η χορήγηση μέτρων δεν θα εμποδίζει την Αναθέτουσα Αρχή να εξετάσει και να απαντήσει στα διάφορα αιτήματα θα πρέπει να παραταθεί και ο χρόνος υποβολής των προσφορών ο οποίος έχει καθοριστεί για τις 30.11.2023.

Ο δικηγόρος των Αιτητών συμφώνησε όπως τα προσωρινά μέτρα χορηγηθούν στην έκταση που η Αναθέτουσα Αρχή ανέφερε δηλώνοντας ταυτόχρονα ότι μετά την εξέταση και των αιτημάτων των Αιτητών σε σχέση με τους όρους ενδεχόμενα η προσφυγή να αποσυρθεί ή να περιοριστούν τα ζητήματα.

Τα μέρη συμφώνησαν όπως η υπόθεση οριστεί για οδηγίες ώστε ανάλογα με τις απαντήσεις της Αναθέτουσας Αρχής να διαφανεί η περαιτέρω πορεία της προσφυγής.

Με βάση τα όσα αναφέρονται στην προσφυγή και λαμβάνοντας υπόψη ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν έχει προβάλει ένσταση στη χορήγηση προσωρινών μέτρων θεωρούμε ότι η χορήγηση τους είναι προς το δημόσιο συμφέρον κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 24 του Ν.104(Ι)/2010. Ως εκ τούτου αποφασίζουμε τη χορήγηση προσωρινών μέτρων για αναστολή της διαδικασίας ανάθεσης ή της εκτέλεσης πράξης ή απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής ή της υπογραφής της σύμβασης αναφορικά με το Διαγωνισμό αρ. FD 29/2023 μέχρι την έκδοση τελικής απόφασης της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών επί της Προσφυγής 40/2023.

Κατά την διάρκεια ισχύος των προσωρινών μέτρων η Αναθέτουσα Αρχή δεν εμποδίζεται όπως εξετάσει, αποφασίσει και κοινοποιήσει την απάντηση της σε σχέση με ερωτήματα/αιτήματα των Αιτητών άλλων οικονομικών φορέων σε

σχέση με τους όρους όπως και να παρατείνει ανάλογα με την πορεία της προσφυγής και την ημερομηνία υποβολής των προσφορών.

Η προσφυγή ορίζεται για Οδηγίες στις 27.11.2023 και ώρα 9.30πμ.

.....
Έφη Παπαδοπούλου
Πρόεδρος

.....
Λοΐζος Κάππας
Μέλος

.....
Σόλων Παπαθεοχάρους
Μέλος

.....
Δήμος Θωμά
Μέλος

Α Π Ο Φ Α Σ Η Μ Ε Ι Ο Ψ Η Φ Ι Α Σ

Η απόφαση Μειοψηφίας που εξέδωσα με την έκδοση της απόφασης της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών για τα Προσωρινά Μέτρα της Προσφυγής 31/2023, αλλά και στην απόφαση επί της ουσίας της ίδιας προσφυγής, ως επίσης και η απόφαση μειοψηφίας που εξέδωσα με την Προσφυγή 40/2019, εξακολουθεί να με δεσμεύει απόλυτα. Παραθέτω κατωτέρω την ουσία της απόφασης μου στην Προσφυγή 31/2023:

«Εξακολουθώ να είμαι της άποψης ότι η ερμηνεία που δόθηκε και εξακολουθεί να δίδεται από τους συναδέλφους μου επί της παρ. 21.(4) του Ν 104(Ι)/2010, την οποία αναλύω κατωτέρω, όχι μόνον είναι λανθασμένη αλλά οδηγεί και σε επικίνδυνες ατραπούς, δίδοντας την δυνατότητα προσφυγής εναντίων όρων διαγωνισμού προτού δοθεί η ευκαιρία στην Αναθέτουσα Αρχή να μελετήσει τις απαιτήσεις/εισηγήσεις και να αποφασίσει για την τελική μορφή των εγγράφων διαγωνισμού. Η ερμηνεία αυτή μπορεί να δώσει ευκαιρία σε προσφυγές «στρατηγικού» τύπου που σκοπό έχουν την καθυστέρηση ή ακύρωση της διαδικασίας και όχι την παραγωγική βελτίωση όρων διαγωνισμού. Στην περίπτωση αυτή μόνος επωφελούμενος είναι ο «στρατηγικός» προσφεύγων και μόνος ζημιωμένος είναι οι Αναθέτουσες Αρχές και, φυσικά, το Δημόσιο Συμφέρον. Ασφαλώς, η πρόθεση του Νομοθέτη δεν ήταν η παροχή τέτοιων αντιπαραγωγικών δυνατοτήτων σε οικονομικούς φορείς με σενάρια «στρατηγικών» χειρισμών αλλά η παροχή δυνατότητας προσφυγής στην δικαιοσύνη όταν έχουν πλέον εξαντληθεί όλα τα προβλεπόμενα μέσα που προσφέρονται από τον διαγωνισμό και όχι προηγουμένως.

Η απόφαση Μειοψηφίας στην έκδοση προσωρινών μέτρων της παρούσης προσφυγής είχε ως εξής:

«Δεν συμφωνώ με την απόφαση των συναδέλφων και είμαι υπόχρεος να υιοθετήσω την δική μου άποψη μειοψηφίας στην απόφαση μου επί της προσφυγής 40/2019, την οποία και παραθέτω αυτούσια κατωτέρω:

« Η έκδοση προσωρινού μέτρου δεν με βρίσκει σύμφωνο. Οι Αιτητές, άνκαι ευρισκόμενοι στο μέσο διαδικασία προσφοροδότησης, και αντί να ακολουθήσουν τις προβλεπόμενες από τον διαγωνισμό διαδικασίες, προβαίνουν σε προσφυγή στην Αναθεωρητική Αρχή

Προσφορών για τροποποίηση όρων χωρίς να έχουν ενημερώσει την Αναθέτουσα Αρχή για την ένσταση τους στον όρο αυτό και την επιθυμία τους για αναθεώρηση του, όπως προβλέπεται στον όρο 5, Instructions to Economic Operators, του διαγωνισμού. Ο όρος αυτός προνοεί (από έγγραφο που μας παρέδωσαν οι Αιτητές):

5.2.1 “Any clarification questions, recommendations, comments and/or remarks regarding the terms of the Tender Documents shall be submitted by interested economic operators within the period specified in paragraph 2.12...”

...

5.2.4 “If an interested economic operator establishes that specific term of the Tender Documents deviate from the National or Community Legislation, it must inform to this effect the Coordinating Contracting Authority within the deadline expiring on the date specified for the submission of comments, questions or recommendations, by special letter, otherwise such interested economic operator:

a) Shall be deprived of the right to any financial compensation

b) If appointed Contractor, it shall be obliged to join forces with the Coordinating Contracting Authority in the harmonization of the deviating term with the National or Community Legislation, even if this entails the economic operator incurring a financial burden.”

Η επιλογή του Οικονομικού Φορέα να παρακάμψει την προβλεπόμενη διαδικασία είναι ανατιολόγητη από την στιγμή που δεν δόθηκε η προβλεπόμενη ευκαιρία στην Αναθέτουσα Αρχή να εξετάσει τα αιτήματα του και να προβεί σε τυχόν διορθώσεις ή τροποποιήσεις των όρων, λαμβάνοντας υπ’όψη και τυχόν παρατηρήσεις άλλων Οικονομικών Φορέων. Η κατάλληλη στιγμή για την προσφυγή στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών θα ήταν μετά από τέτοια εξέταση από την Αναθέτουσα Αρχή, νοουμένου ότι ο Οικονομικός Φορέας θα εξακολουθούσε να παραμένει ανικανοποίητος ως προς την νομιμότητα των όρων του Διαγωνισμού στην τελική τους μορφή.

Χρονικά η προσφυγή του Οικονομικού Φορέα κρίνεται απαράδεκτη και άρα απορριπτέα αφού αφορά απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής η οποία δεν έχει ακόμη οριστικοποιηθεί και η προθεσμία για υποβολή παρατηρήσεων επί των όρων του Διαγωνισμού δεν έχει ακόμη παρέλθει.

Τυχόν αποδοχή της προσφυγής στο χρονικό στάδιο που υποβάλλεται και δη προ της μελέτης των αιτημάτων του Οικονομικού Φορέα και της τελικής απόφασης από την Αναθέτουσα Αρχή, ουδέν όφελος προσφέρει στον ίδιο αλλά, αντιθέτως, θέτει αχρείαστα προσκόμματα στην εν εξελίξει διαδικασία της προσφοράς, παραβιάζοντας έτσι το Δημόσιο Συμφέρον.

Επιπρόσθετα αναφέρομαι στο άρθρο 19 (1) του Ν. 104(Ι)/2010 όπου δικαίωμα άσκησης προσφυγής προβλέπεται μόνο εναντίον πράξης ή απόφασης που προηγείται της σύμβασης. Στην παρούσα περίπτωση η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής αναφορικά με την τελική μορφή των όρων του Διαγωνισμού ουδέποτε ελήφθη, αφού η προσφυγή προηγήθηκε της προβλεπόμενης από τους όρους ημερομηνίας τελικής απάντησης επί ερωτήσεων ή εισηγήσεων.

Αναφέρομαι επίσης στο άρθρο 25 (1)(γ) του Ν. 104(Ι)/2010 βάσει του οποίου η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών δύναται με απόφαση της να ακυρώσει ή να διατάξει την τροποποίηση οποιουδήποτε όρου που περιέχεται στα έγγραφα του διαγωνισμού. Ασφαλώς η πρόνοια αυτή του Νόμου δεν μπορεί να αναφέρεται σε όρους οι οποίοι υπόκεινται ακόμη σε τροποποίηση ή τελική αλλαγή μέσω διαδικασίας που προβλέπεται στα έγγραφα του διαγωνισμού. Ως εκ τούτου η όποια προσφυγή για ακύρωση ή

τροποποίηση όρου ή όρων πρέπει να έπεται της τελικής απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής και όχι να προηγείται αυτής.
Για τους πιο πάνω λόγους κρίνω ότι το αίτημα για έκδοση προσωρινού μέτρου και η ίδια η προσφυγή, πρέπει να απορριφθούν.»

Φυσικά, στην απόφαση 40/2019 υπήρχε η σημαντική διαφορά ότι οι παραπονούμενοι είχαν επιλέξει να προσφύγουν στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών χωρίς να περάσουν μέσω της διαδικασίας ερωτήσεων/εισηγήσεων που προέβλεπαν οι όροι του διαγωνισμού. Στην παρούσα προσφυγή οι Αιτητές απέστειλαν εμπρόθεσμα στην Αναθέτουσα Αρχή γραπτό υπόμνημα με τις ερωτήσεις, σχόλια και εισηγήσεις τους. Τίθεται άρα το ερώτημα, προς τι η παρούσα προσφυγή εφόσον εκκρεμεί ακόμη η απάντηση της Αναθέτουσας Αρχής στο υπόμνημα τους; Ας σημειωθεί ότι κατά το χρόνο έκδοσης της παρούσας απόφασης δεν έχει παρέλθει καν η ημερομηνία προ της οποίας είναι υποχρεωμένη η Αναθέτουσα Αρχή να απαντήσει. Ενώσω, δε, με δεσμεύει η θέση ότι πρώτα εξαντλούνται οι δυνατότητες που προσφέρει ο διαγωνισμός μέσω των προνοιών τροποποίησης των όρων και μετά ενεργοποιούνται (αν κριθεί αναγκαίο), οι δυνατότητες προσφυγής εναντίων των επίδικων όρων, στην παρούσα προσφυγή τίθεται και θέμα καταχρηστικής άσκησης δικαιωμάτων από πλευράς προσφοροδότη. Αυτό αποτελεί και θέση της Αναθέτουσας Αρχής με την οποία συμφωνώ.

Κρίνω επίσης απαραίτητο να αναφερθώ στο σημείο αυτό και στην επίκληση των προνοιών της παρ. 21.(4) του Ν 104(Ι)/2010, δυνάμει του οποίου προσφυγή ασκείται (μεταξύ άλλων προνοιών):

«(4) Στις περιπτώσεις πράξεων ή αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα που περιέχονται στην προκήρυξη ή στα έγγραφα του διαγωνισμού ή σε οποιοδήποτε άλλο έγγραφο σχετικό με την διαδικασία του διαγωνισμού και αναφέρονται σε τεχνικές, οικονομικές και χρηματοοικονομικές προδιαγραφές, οι οποίες αποφάσεις δεν υπόκεινται σε ειδική κοινοποίηση, η προσφυγή στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ασκείται εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερολογιακών ημερών από την ημερομηνία δημοσίευσης της πράξης ή της απόφασης.»

Η ερμηνεία ότι προσφυγή δύναται να ασκηθεί λόγω διαφωνίας ενδιαφερόμενου φορέα με όρο του διαγωνισμού, χωρίς να προηγηθεί τοποθέτηση της Αναθέτουσας Αρχής επί της διαφωνίας είναι σαφώς λανθασμένη. Για να ενεργοποιηθούν οι πρόνοιες της παρ. 21.(4) πρέπει να προηγηθεί πράξης ή απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής, πράγμα απολύτως λογικό εφόσον άνευ πράξης ή απόφασης του αρμόδιου οργάνου ουδέν θέμα προσφυγής υφίσταται. Η σαφής πρόθεση του Νομοθέτη με την συμπερίληψη στον Νόμο της παρ. 21.(4) ήταν να δίδει το δικαίωμα προσφυγής επί του περιεχομένου των εγγράφων διαγωνισμού, εφόσον προηγηθεί διοικητική πράξη ή απόφαση.»

Για όλους τους πιο πάνω λόγους συμφωνώ με την προδικαστική ένσταση και κρίνω ότι η προσφυγή είναι πρόωρη και άρα απαράδεκτη και πρέπει να απορριφθεί. Πέραν τούτου όμως, η απόφαση της πλειοψηφίας επί του θέματος έλλειψης δέουσας έρευνας με βρίσκει επίσης αντίθετο ενώ συμφωνώ με την θέση της Αναθέτουσας Αρχής, όπως αυτή περιγράφεται ανωτέρω, αλλά και με την κατάληξη της ότι ο καθορισμός των προϋποθέσεων ενός Διαγωνισμού και ο καταρτισμός των όρων ανάγονται στη διακριτική ευχέρεια της Αρμόδιας Αρχής η οποία είναι γνώστης των αναγκών και σε ιδανική θέση να καθορίσει τις προδιαγραφές για πλήρωσή τους. Ως εκ τούτου η προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί στην ολότητα της.»

Όλα τα ανωτέρω στοιχεία εξακολουθούν να ισχύουν απόλυτα στην παρούσα προσφυγή άρα και πάλιν κρίνω ότι αυτή η προσφυγή είναι πρόωρη και άρα απαράδεκτη και πρέπει να απορριφθεί.

.....
Γιώργος Αναστασίου
Μέλος