



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

Ιεραρχική Προσφυγή Αρ. 52/2010

Μεταξύ:

ΚΩΣΤΑΣ ΠΑΦΙΤΗΣ & ΥΙΟΣ ΛΤΔ

Αιτούντων

v.

ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτητές:

ΚΩΣΤΑΣ ΠΑΦΙΤΗΣ & ΥΙΟΣ ΛΤΔ
Αντιπροσωπεύθηκε από τους:
1. Άγι Γεωργιάδη, Δικηγόρο
2. Νικόλα Μάντη, Δικηγόρο
3. Κώστα Παφίτη, Διευθυντή Αιτούσας Εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΤΜΗΜΑ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ
Αντιπροσωπεύθηκε από τους:
1. Κωνσταντίνο Κοντεάτη, Συντονιστή Έργου
2. Χριστίνα Διονυσιάδου, Μέλος Επιτροπής Αξιολόγησης

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 27 Οκτωβρίου, 2010

Α Π Ο Φ Α Σ Η

A. Με την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή με αρ. 52/2010 η εταιρεία ΚΩΣΤΑΣ ΠΑΦΙΤΗΣ & ΥΙΟΣ ΛΤΔ, (στο εξής οι Αιτητές), προσβάλλει την απόφαση του ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ (στο εξής Αναθέτουσα Αρχή ή Α.Α.), να αποκλείσει την προσφορά της και να κατακυρώσει το Διαγωνισμό με αρ. 22/2009 για την «Μελέτη, Κατασκευή, Συντήρηση του Νέου Εργαστηρίου Μετρολογίας» σε άλλο προσφοροδότη (Επιτυχούσα).

B. ΓΕΓΟΝΟΤΑ

1. Ο υπό εξέταση Διαγωνισμός προκηρύχθηκε με δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας στις 20.11.2009. Ακολουθήθηκε η ανοικτή διαδικασία με κριτήριο ανάθεσης την χαμηλότερη τιμή. Ως προθεσμία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 29.01.2010 και υποβλήθηκαν συνολικά δέκα (10) προσφορές μεταξύ των οποίων και αυτή της Αιτήτριας.

2. Η Επιτροπή Αξιολόγησης (Ε.Α.) κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής έκρινε ότι δύο από τους προσφοροδότες συμπεριλαμβανομένων των Αιτητών δεν ικανοποιούσαν τους όρους συμμετοχής.

3. Στην έκθεση της προς το Συμβούλιο Προσφορών (Σ.Π.) η Ε.Α. εισηγήθηκε την κατακύρωση της προσφοράς στην επιτυχούσα και τον αποκλεισμό των Αιτητών επειδή:

«(α) Δεν έχει μονογράψει τις σελίδες της προσφοράς, όπως απαιτούν οι όροι του διαγωνισμού για προσφορές που δεν υποβάλλονται βιβλιοδετημένες (Τόμος Α, Άρθρο 5.5.5).

(β) Δεν έχει υποβάλει τους ελεγμένους λογαριασμούς για τα τελευταία τρία οικονομικά έτη, ούτε έχει υποβάλει ισολογισμό και κατάσταση αποτελεσμάτων χρήσεως επιχείρησης, συνοδευόμενα από βεβαίωση εγκεκριμένου λογιστή, όπως απαιτούν οι όροι του διαγωνισμού (Τόμος Α, Άρθρο 5.6.1).

(γ) Έχει συμπεριλάβει στην προσφορά του φυλλάδια, δηλώσεις και άλλα έγγραφα που αφορούν σε είδος εγκαταστάσεων, μηχανημάτων, φωτιστικών κ.ά. τα οποία αποτελούν όρο/προτάσεις του προσφέροντα».

4. Το Σ.Π. σε συνεδρία του με ημερομηνία 31 Μαρτίου, 2010, αποφάσισε ομόφωνα όπως υιοθετήσει τις εισηγήσεις της Επιτροπής Αξιολόγησης και στις 12.04.2010 η Α.Α. γνωστοποίησε τα αποτελέσματα του Διαγωνισμού στους οικονομικούς φορείς.

5. Οι Αιτητές με επιστολή τους με ημερομηνία 14.04.2010 αφού υπέβαλαν τις αιτιάσεις τους γνωστοποίησαν την πρόθεση τους για καταχώρηση Ιεραρχικής Προσφυγής την οποία και καταχώρησαν στην Α.Α.Π. στις 30.04.2010.

Γ. ΘΕΣΕΙΣ ΑΙΤΗΤΩΝ

Οι Αιτητές ισχυρίστηκαν ότι η Απόφαση της Α.Α. πρέπει να ακυρωθεί για τους πιο κάτω λόγους:

- 1. Η Απόφαση λήφθηκε κατά διαδικασία που προηγήθηκε η οποία πάσχει νομικά γιατί είναι αντίθετη στο νόμο και/ή παραβιάζει την αρχή της χρηστής διοίκησης.**

Ισχυρίστηκαν οι Αιτητές ότι η σύνθεση του Σ.Π. έπασχε αφού δεν φαίνεται εκ του φακέλου να κλήθηκε νομίμως να παραστεί το μέλος κα Στ. Αριστείδου, η οποία ήταν απύσχα από τη συνεδρία του Σ.Π. κατά την οποία λήφθηκε η επίμαχη απόφαση, χωρίς να προκύπτει επίσης από οπουδήποτε ότι η εν λόγω συνεδρία ήταν τακτική.

Σε σχέση με την επιστολή ημερ. 29.03.2010 εισηγήθηκε ότι η τελευταία δεν ικανοποιεί το κριτήριο του νόμου αφού δεν φαίνεται εξ αυτής ούτε το πώς ούτε εάν στάληκε τελικά.

Σε απάντηση στην τοποθέτηση της Α.Α. ότι η ειδοποίηση στάληκε και ταχυδρομικώς αλλά και με fax στους διευθυντές των τμημάτων (για το σκοπό αυτό προσκομίστηκε σχετική απόδειξη) για να ειδοποιήσουν τα μέλη του Σ.Π. για τη συνεδρία και δόθηκε συγκεκριμένος αριθμός fax, οι Αιτητές απάντησαν ότι δεν αμφισβητούν την εντιμότητα οποιουδήποτε όμως ανέφεραν ότι δεν χρειάζεται να υπάρχει κάποιο κίνητρο να γίνει ένα λάθος και να μην δοθεί σε όλα τα μέλη έγκαιρα.

Όσον αφορά την επιστολή με ημερομηνία 23.06.2010 (δηλαδή μεταγενέστερη της Απόφασης του Σ.Π.) που παρουσιάστηκε κατά την ακροαματική διαδικασία δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη διότι αποτελεί εκ των υστέρων αιτιολογία. Οι θέσεις που διατυπώνονται, όπως υποστηρίζουν οι Αιτητές, είναι αντιφατικές και δεν αποδεικνύεται ότι το Σ.Π. συνεδριάζει σε τακτές ημερομηνίες, επίσης πουθενά δεν φαίνεται να είχε κληθεί εμπρόθεσμα η κα Αριστείδου στην υπό αναφορά συνεδρία.

- 2. Οι Καθ' ων η Προσφυγή τελούσαν σε νομική πλάνη αναφορικά με τη νομική σημασία των όρων της προκήρυξης του διαγωνισμού και τις συνέπειες των παραβάσεων των εν λόγω όρων καθώς και αναφορικά με τις αρχές με βάση τις οποίες γίνεται η εξέταση, αξιολόγηση, επιλογή και κατακύρωση των προσφορών.**
- 3. Οι Καθ' ων η Προσφυγή τελούσαν σε νομική πλάνη αναφορικά με την έννοια, ερμηνεία και εφαρμογή των διατάξεων του Περί της Σύναψης Συμβάσεων (Προμήθειες, Έργα και Υπηρεσίες) Νόμου του 2003.**
- 4. Οι Καθ' ων η Προσφυγή τελούσαν σε πλάνη αναφορικά με τα σχετικά για την έκδοση της Απόφασης γεγονότα.**

Αναπτύσσοντας από κοινού τους πιο πάνω λόγους οι Αιτητές παρέθεσαν σχετική νομολογία αναφορικά με τις συνέπειες μιας διεγνωσμένης πραγματικής ή νομικής πλάνης και του διαχωρισμού των ουσιωδών από τους μη ουσιώδεις όρους του διαγωνισμού για να υποστηρίξουν στη συνέχεια ότι οι παρατιθέμενες παραβιάσεις είτε δεν ευσταθούν είτε δεν ήταν ουσιώδεις. Συγκεκριμένα στη μεν πρώτη περίπτωση της

απουσίας σχετικών μονογραφών υποστήριξαν ότι η ύπαρξη της σφραγίδας τους σε όλες τις σελίδες της προσφοράς ήταν στην ουσία υπογραφή αλλά και στην περίπτωση που κριθεί ότι περαιτέρω απαιτείτο δεν ήταν ουσιώδης η απόκλιση. Αναφορικά δε με το δεύτερο λόγο απόρριψης τους υποστήριξαν ότι με τα υποβληθέντα έγγραφα αποδεικνύεται η χρηματοοικονομική επάρκεια τους ενώ η μη υποβολή σχετικής βεβαίωσης από εγκεκριμένο λογιστή μπορούσε να ζητηθεί μέσω διευκρινίσεων. Αναφορικά δε με τον τρίτο λόγο απόρριψης τους οι Αιτητές ισχυρίστηκαν ότι είναι αόριστος.

5. Οι Καθ' ων η Προσφυγή ενήργησαν αντιφατικά σε σχέση με την απόφαση τους ότι οι Αιτητές παρέβηκαν τον όρο 5.5.5 της προκήρυξης του διαγωνισμού.

6. Η Απόφαση είναι αντίθετη με την αρχή της ισότητας και/ή αποτελεί δυσμενή διάκριση σε βάρος των Αιτητών.

Ισχυρίστηκαν οι Αιτητές ότι και η προσφορά της επιτυχούσας δεν υποβλήθηκε βιβλιοδετημένη και αντί μονογραφής φέρει σφραγίδα σε κάθε σελίδα όπως ακριβώς έχει συμβεί και με την προσφορά των Αιτητών, με αποτέλεσμα να υφίσταται δυσμενής διάκριση σε βάρος των Αιτητών.

7. Η προσφορά της εταιρείας A. Panayides Contracting Public Ltd δεν πληροί ούτε ανταποκρίνεται αλλά προσκρούει σε ουσιώδεις όρους της προκήρυξης του διαγωνισμού και έπρεπε να είχε απορριφθεί χωρίς να εξεταστεί από ουσιαστική άποψη και επομένως η κατακύρωση της προσφοράς στην εν λόγω εταιρεία συνιστά παράβαση νόμου και/ή κανόνα δικαίου.

Ισχυρίστηκαν οι Αιτητές ότι η επιτυχούσα χρησιμοποίησε διορθωτικό για διορθώσεις που δεν μονογραφήθηκαν ενώ απέρριψαν τον ισχυρισμό περί επουσιωδών διορθώσεων αφού δεν φαίνεται από το διοικητικό φάκελο εάν το θέμα εξετάστηκε.

8. Οι Καθ' ων η Προσφυγή παρέλειψαν κατά την έκδοση της Απόφασης να προβούν στην αναγκαία για την παραγωγή της έρευνα.

Ισχυρίστηκαν επ' αυτού οι Αιτητές ότι δεν έγινε πλήρης έρευνα ως προς το κατά πόσον η χρηματοοικονομική επάρκεια των Αιτητών αποδεικνύετο από τα υποβληθέντα έγγραφα ούτε ζήτησαν διευκρινίσεις ούτε και εξέτασαν το ενδεχόμενο αυτό.

9. Η Απόφαση δεν έφερε αιτιολογία και/ή πλήρη, ορθή και νόμιμη αιτιολογία.

Δεν διαφαίνεται σύμφωνα με τους Αιτητές το συμπέρασμα της Α.Α. ότι οι Αιτητές δεν απέδειξαν την χρηματοοικονομική επάρκεια τους ούτε τεκμηριώνεται η απόφαση τους να μη ζητήσουν διευκρινίσεις από αυτούς ενώ αναφορικά με τον τρίτο λόγο απόρριψης ουδεμία αναφορά γίνεται σε γεγονότα. Απουσία δε αιτιολογίας σημειώνεται και ως προς την απόφαση αποδοχής της προσφοράς της επιτυχούσας παρά τη χρήση σφραγίδας και διορθωτικού.

10. Η Απόφαση αντίκειται της αρχής της χρηστής διοίκησης και της καλής πίστης.

11. Η Απόφαση εκδόθηκε με υπέρβαση και/ή κατάχρησης εξουσίας.

Δ. ΘΕΣΕΙΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ

Απαντώντας η Α.Α στο επιχείρημα των Αιτητών ότι η προσφορά της επιτυχούσας έπρεπε να απορριφθεί επειδή χρησιμοποιήθηκε διορθωτικό για διορθώσεις που δεν μονογραφήθηκαν, η Α.Α. υποστήριξε ότι διορθώθηκαν με “tip-ex” σημεία που δεν επηρεάζουν ουσιαστικά την προσφορά και βασικά αφορά διόρθωση διεύθυνσης.

Όσον αφορά τον πρώτο λόγο απόρριψης της προσφοράς των Αιτητών αλλά και τον ισχυρισμό τους ότι για τον ίδιο λόγο έπρεπε να απορρίψουν και την προσφορά της επιτυχούσας, επειδή και αυτή η προσφορά υποβλήθηκε χωρίς να είναι βιβλιοδετημένη

και είναι μονογραμμένη με σφραγίδα, η Α.Α. υποστήριξε ότι η προσφορά της επιτυχούσας είναι βιβλιοδετημένη και μάλιστα έχει τοποθετηθεί και βουλοκέρι. Η προσφορά των Αιτητών δεν είναι βιβλιοδετημένη και η σφραγίδα που τοποθέτησαν στις σελίδες της προσφοράς τους οι Αιτητές αντί μονογραφής, σύμφωνα πάντα με την Α.Α., δεν μπορεί να υποκαταστήσει την μονογραφή η οποία περιορίζει σημαντικά το ενδεχόμενο επέμβασης.

Η Α.Α. δεν αποδέχεται τη θέση των Αιτητών ότι η παράλειψη τους να υποβάλουν μαζί με τον ισολογισμό τη σχετική βεβαίωση από εγκεκριμένο ελεγκτή είναι επουσιώδης, αντίθετα είναι ουσιώδης παράλειψη που δεν μπορούσε να θεραπευτεί με διευκρινίσεις αφού δεν υπέβαλαν σχετική βεβαίωση για να τους δίδεται η δυνατότητα να ζητήσουν συμπλήρωση στοιχείων επί υποβληθέντος εγγράφου.

Αναφορικά με το κατά πόσο το μέλος του Σ.Π. κα Στ. Αριστείδου που απουσίαζε από την συνεδρία του Σ.Π. κατά την οποία πάρθηκε η τελική απόφαση κατακύρωσης της προσφοράς είχε κληθεί νομίμως, η Α.Α. ισχυρίστηκε τα πιο κάτω παρουσιάζοντας και σχετική πληροφοριακή επιστολή που ετοιμάστηκε από το Σ.Π. με ημερομηνία 23.06.2010 και απευθύνεται προς το Διευθυντή του Τμήματος Δημοσίων Έργων (Α.Α.) καθώς και επιστολή κλήσης του Προέδρου και των Μελών του Σ.Π. για συνεδρία, με ημερομηνία 29.03.2010 όπου αναγραφόταν και η ημέρα και ώρα αποστολής (Δευτέρα 12:52 μμ.) καθώς και ο αριθμός φαξ του Διευθυντή του Τμήματος.

Συγκεκριμένα η Α.Α. αναφέρει ότι οι συνεδρίες του Σ.Π. είναι τακτικές και πραγματοποιούνται κάθε Δευτέρα και Τετάρτη νοουμένου ότι υπάρχουν θέματα προς συζήτηση και λήψη απόφασης. Στο τέλος κάθε συνεδρίας τα μέλη ενημερώνονται και προγραμματίζουν για την επόμενη συνεδρία.

Η ημερήσια διάταξη μαζί με τα προς συζήτηση θέματα και τους σχετικούς φακέλους διανέμεται δια χειρός στα γραφεία των μελών, όπως προβλέπεται από το Νόμο, αλλά τα μέλη δεν υπογράφουν για τη λήψη της πρόσκλησης.

Στην υπό αναφορά συνεδρία το μέλος που απουσίαζε (όπως δηλώθηκε από την Α.Α. η κα Αριστείδου απουσίαζε στο εξωτερικό για άλλους υπηρεσιακούς λόγους) είχε προσκληθεί εμπρόθεσμα και νομότυπα. Η πρόσκληση αυτή είχε σταλεί ταχυδρομικώς αλλά και με φαξ στους Διευθυντές των Τμημάτων οι οποίοι και ειδοποιούν άμεσα τους ενδιαφερόμενους (μεταξύ των οποίων και τον Πρόεδρο και Μέλη του Σ.Π.) σχετικά.

Περαιτέρω η Α.Α. ανέπτυξε τον ισχυρισμό της περί παραβίασεως του όρου 3.2 των εγγράφων του διαγωνισμού ο οποίος αναφέρεται σε παρεμβολή όρων από τον προσφέροντα και τη δυνατότητα της Α.Α. ακόμη και να απορρίψει την προσφορά του (σε συνδυασμό και με τον όρο 7.5.2) χωρίς περαιτέρω αξιολόγηση.

Ε. Αφού ακούσαμε τις θέσεις των δυο πλευρών και κατόπιν μελέτης του σχετικού Διοικητικού Φακέλου της υπόθεσης καταλήγουμε στα ακόλουθα:

Προτού εξεταστούν οι λόγοι αποκλεισμού των Αιτητών θα εξετάσουμε κατά πόσο η Απόφαση της Α.Α. αντιβαίνει στο νόμο και/ή παραβιάζει την αρχή της χρηστής διοίκησης σε αναφορά με την επίμαχη συνεδρίαση της 31.3.2010.

Οι Αιτητές ισχυρίστηκαν ότι οι συνεδρίες του Συμβουλίου Προσφορών δεν είναι τακτικές ούτως ώστε να μην είναι αναγκαίο να κληθούν νομότυπα και εμπρόθεσμα όλα τα μέλη του στη συνεδρία, όπως προνοείται από το Άρθρο 21(3) του Περί Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου 158(Ι)/1999. Ειδικότερα όπως υποστήριξαν η καθοριστική συνεδρία της Τετάρτης 31/3/2010 κατά την οποία λήφθηκε και η προσβαλλόμενη απόφαση δεν συνεκλήθη νομότυπα επειδή δεν φαίνεται ότι το μέλος κα Στ. Αριστείδου κλήθηκε νομίμως να παραστεί. Η κα Στ. Αριστείδου απουσίαζε από την υπό αναφορά συνεδρία της 31/3/2010.

Κατ' αρχάς θα εξετάσουμε κατά πόσο οι Συνεδρίες του Σ.Π. είναι τακτικές και στην περίπτωση που η απάντηση είναι καταφατική, τότε θα εξεταστεί κατά πόσο η καθοριστική συνεδρία της 31/3/2010 συνεκλήθη εκτάκτως.

Η Α.Α. κατά την ενώπιό μας διαδικασία υποστήριξε ότι οι συνεδρίες του Σ.Π. είναι τακτικές και πραγματοποιούνται κάθε Δευτέρα και Τετάρτη νοουμένου ότι υπάρχουν θέματα προς συζήτηση και λήψη απόφασης. Στο τέλος κάθε συνεδρίας ισχυρίστηκαν, τα μέλη ενημερώνονται και προγραμματίζουν για την επόμενη συνεδρία. Η υπό αναφορά συνεδρία συνεκλήθη την **Τετάρτη** 31/3/2010 και η σύγκληση της ορίστηκε κατά τη συνεδρία της **Δευτέρας** 22/3/2010. Προς υποστήριξη των πιο πάνω θέσεων της η Α.Α. κατάθεσε σχετική επιστολή του Προέδρου του Σ.Π. με ημερ. 23/6/2010.

Δεν έχουμε λόγους να αμφισβητήσουμε τα πιο πάνω αναφερόμενα από την Α.Α. τα οποία ετέθησαν ενώπιόν μας τεκμηριωμένα όπως και το γεγονός ότι η επίμαχη συνεδρία πραγματοποιήθηκε νομότυπα ημέρα Τετάρτη που γίνονται οι τακτικές συνεδρίες του Σώματος. Σημειώνεται επίσης ότι ούτε οι Αιτητές αμφισβήτησαν τα πιο πάνω λεχθέντα από την Α.Α. με εξαίρεση τον χαρακτηρισμό των συνεδριάσεων του Σ.Π. ως «τακτικών συνεδριάσεων».

Όμως και στην περίπτωση που ήθελε κριθεί ότι δεν είναι τακτικές οι Συνεδρίες του Σ.Π. αφού πραγματοποιούνται όπως πιο πάνω περιγράφεται, τότε θα εξετάσουμε και υπό αυτό το πρίσμα τη νομιμότητα της σύγκλησης σε συνεδρία του Σ.Π. και ειδικότερα την συγκεκριμένη συνεδρία της 31/3/2010.

Κατά την προηγούμενη της επίμαχης συνεδρίας (αυτή της Δευτέρας 22/3/2010) όπου με βάση τα πιο πάνω προγραμματίστηκε η υπό αναφορά συνεδρία της Τετάρτης 31/3/2010 και ενημερώθηκαν σχετικά τα μέλη, ήταν παρούσα και το μέλος Στ. Αριστείδου και με βάση τα πιο πάνω δεδομένα η κα Στ. Αριστείδου ήταν ήδη ενήμερη τόσο για την πραγματοποίηση της επόμενης συνεδρίας, όσο και το μοναδικό θέμα που θα συζητείτο που ήταν ο παρών διαγωνισμός.

Δεν έχει αμφισβητηθεί (ούτε και ζητήθηκε για σκοπούς επιβεβαίωσης ο σχετικός διοικητικός φάκελος της Υπηρεσίας που εργάζεται το μέλος κα Στ. Αριστείδου) ότι στις 31/3/2010 το υπό αναφορά μέλος απουσίαζε για υπηρεσιακούς λόγους στο εξωτερικό, ασχέτως του γεγονότος ότι στα πρακτικά της υπό αναφορά συνεδρίας δεν αναγράφεται ο λόγος απουσίας από την συνεδρία. Είναι δε αναμενόμενο η απουσία αυτή να ήταν

προγραμματισμένη πριν τη συνεδρία της 22/3/2010 ή τουλάχιστον πριν τις 29/3/2010 που απεστάλη η σχετική ειδοποίηση για την πραγματοποίηση της συνεδρίας της 31/3/2010, με ότι αυτό λογικά συνεπάγεται. Δηλαδή ποιος ο σκοπός της τελικής και οριστικής ειδοποίησης της κας Στ. Αριστείδου για τη συνεδρία αφού αυτή θα ευρίσκετο – αν δεν ευρισκόταν ήδη - στο εξωτερικό;

Διαπιστώνεται από το διοικητικό φάκελο η ύπαρξη επιστολής του Αν. Γραμματέα του Σ.Π. προς τον πρόεδρο και τα μέλη του Σ.Π. με κοινοποίηση στο Γενικό Εισαγγελέα, Γενικό Ελεγκτή, Γενικό Λογιστή και το Διευθυντή της Α.Α., που τους καλεί σε σχετική συνεδρία στις 31/3/2010 και ώρα 11.00 π.μ.. Στο πάνω μέρος της επιστολής αυτής φαίνεται τυπωμένο από τηλεομοιότυπο ότι απεστάλη στο Διευθυντή της Α.Α., όπως δηλαδή δηλώθηκε ενώπιον μας από την Α.Α. ότι συνηθίζεται με σκοπό να αποστέλλεται από το Διευθυντή στον Πρόεδρο και μέλη του Σ.Π.. Στην ίδια επιστολή φαίνονται οι σχετικές καταχωρήσεις από το αρχείο της Α.Α..

Δεν μπορεί να αμφισβητηθεί ούτε η γνησιότητα του περιεχομένου της επιστολής, ούτε και η αποστολή της σ' αυτούς που αναφέρονται ως παραλήπτες. Είναι στοιχειώδης υποχρέωση και καθήκον των λειτουργών του Αρχείου της Α.Α. να καταχωρούν τις επιστολές στους σχετικούς φακέλους και να αποστέλλουν εγκαίρως αντίγραφα τους στους παραλήπτες. Νοείται ότι δεν αποτελεί υποχρέωση όπως κρατούνται άλλα στοιχεία- αποδείξεις ότι απεστάλησαν.

Έχει δηλωθεί από την Α.Α. και αναγράφεται και στη σχετική επιστολή της Α.Α. (Προέδρου του Σ.Π.) με ημερομηνία 23/6/2010 ότι η ημερήσια διάταξη μαζί με τα προς συζήτηση θέματα και τους σχετικούς φακέλους των υποθέσεων, διανέμονται δια χειρός στα γραφεία των μελών, μέσα στα προβλεπόμενα από τη νομοθεσία χρονικά όρια, τα δε μέλη δεν υπογράφουν λήψη της πρόσκλησης. Ειδικότερα για την υπό αναφορά συνεδρία της 31/3/2010 αναφέρεται ότι συγκλήθηκε, αφού διαπιστώθηκε ότι θα υπήρχε απαρτία και το μέλος που απουσίαζε είχε προσκληθεί εμπρόθεσμα και νομότυπα. Δηλαδή αυτή είναι η τακτική που έχει καθιερωθεί και ακολουθείται επί μονίμου βάσεως.

Με βάση τα πιο πάνω η υπό αναφορά συνεδρία της 31/3/2010 συνεκλήθη νομότυπα χωρίς να παραβιάζεται η αρχή της χρηστής διοίκησης και για το λόγο αυτό θα προχωρήσουμε στο δεύτερο στάδιο, αυτό της εξέτασης των λόγων αποκλεισμού της Αιτήτριας.

Είναι καλά γνωστό και θεμελιωμένο ότι πιθανό εύρημα μας για το άκυρο της προσφοράς της Αιτήτριας ένεκα παράβασης ουσιώδους του Διαγωνισμού Όρου θα οδηγήσει στην απόρριψη της προσφυγής της ελλείπει έννομου συμφέροντος προώθησης της.

Εξετάζουμε κατά πρώτον λοιπόν το ζήτημα αναφορικά με την πλήρωση εκ μέρους της Αιτήτριας των επίμαχων όρων των εγγράφων του Διαγωνισμού και κατά πρώτον αναφορικά με την παράλειψη υποβολής βεβαίωσης από εγκεκριμένο ελεγκτή μαζί με τον ισολογισμό τους κατά παράβαση του όρου 5.6.1(η) των εγγράφων του Διαγωνισμού.

Τόσο δια των γραπτών αγορεύσεων των μερών όσο και προφορικά κατά την ενώπιόν μας διαδικασία οι πιο πάνω παραλείψεις δεν αμφισβητήθηκαν από τους Αιτητές οι οποίοι επικεντρώθηκαν σε επιχειρηματολογία ότι κατά πρώτον ο ως άνω όρος δεν είναι ουσιώδης, αφού προκύπτει άλλως πως η χρηματοοικονομική επάρκεια του προσφοροδότη αλλά και κατά δεύτερον στη δυνατότητα της Α.Α. με βάση τον όρο 7.1 όπως επιζητεί υπό ορισμένες περιστάσεις τη συμπλήρωση ελλείψεων των κατατεθειμένων δικαιολογητικών, πράγμα που λανθασμένα δεν έπραξε εάν ήθελε θεωρηθεί ότι η ως άνω βεβαίωση ήτο αναγκαία.

Σε σχέση με την επίμαχη προϋπόθεση δεν μπορούμε παρά να διαφωνήσουμε με την επιχειρηματολογία που καθιστά την ως άνω προϋπόθεση ως μη απαραίτητη της εγκυρότητας μιας προσφοράς. Η ως άνω προϋπόθεση τίθεται στα πλαίσια του όρου όπου ορίζονται οι προϋποθέσεις συμμετοχής και στόχο έχει όπως αντληθεί με τρόπο αναντίλεκτο και με κοινό κριτήριο με τους υπόλοιπους προσφοροδότες η χρηματοοικονομική επάρκεια κάθε προσφοροδότη στοιχείο αποφασιστικής σημασίας για την άντληση εχεγγύου ορθής εκπλήρωσης του έργου.

Κάθε όρος της προσφοράς συνιστά ανάλογα με τη σημασία του, ουσιώδη ή επουσιώδη προδιαγραφή για συμμετοχή στο Διαγωνισμό (**Tamassos Tobacco Suppliers and Co v. Δημοκρατίας (1992) 3 Α.Α.Δ. 60,72**). Πρέπει δε να ερμηνεύεται στενά και αυστηρά προς αποτροπή παραβίασης κατά κύριο λόγο της αρχής της ισότητας και της διαφάνειας της Διοίκησης. Προσφορά που δεν πληροί ουσιώδη όρο, είναι άκυρη και δεν μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο εξέτασης. Το κριτήριο για τον καθορισμό της σημασίας όρου του διαγωνισμού είναι η σημασία που ενέχει για την κατακύρωση της προσφοράς. Ουσιώδης είναι ο όρος, η τήρηση του οποίου είναι αποφασιστικής σημασίας για τη λήψη και το περιεχόμενο της απόφασης, για την κατακύρωση της προσφοράς. (**C&H Heat-Flow Mechanical Contractors Ltd v. Κυπριακής Δημοκρατίας, Υπ. Αρ. 729/2001**).

Κρίνουμε συνεπώς ότι η ως άνω παράλειψη αποτελεί παράβαση ουσιώδη του Διαγωνισμού όρου ως αποφασιστικής σημασίας για την κατακύρωση της προσφοράς και συνεπώς το νόμιμο και εύλογο αποκλεισμό της Αιτήτριας.

Όσον αφορά δε τον ισχυρισμό της Αιτήτριας ότι η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε να ζητήσει τη συμπλήρωση των ως άνω ελλείψεων δυνάμει του όρου 7.1 του Τόμου Α και πάλιν είμαστε υποχρεωμένοι να εκφράσουμε τη διαφωνία μας. Κατά πρώτον ο εν λόγω όρος αναφέρεται σε ύπαρξη διακριτικής ευχέρειας της Α.Α. όπως ζητήσει «αποσαφήνιση ή τη συμπλήρωση ελλείψεων των κατατεθειμένων δικαιολογητικών...». Κατά δεύτερον η πιο πάνω δυνατότητα δεν δύναται να αντιστρατεύεται την καλά παγιωμένη αρχή ότι «...η εκ των υστέρων υποβολή στοιχείων τα οποία είναι ουσιώδη κατά την αξιολόγηση μιας προσφοράς είναι ανεπίτρεπτη, γιατί παραβιάζει τις αρχές της χρηστής διοίκησης και ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών...» (**A.H.K. v. Hydrotech, A.E. 2105/21.06.99, Louis Berger International Inc κ.α. v. Συμβουλίου Αποχετεύσεων Λευκωσίας A.E. 919/2000/ 15.03.02**). Δεν χωρεί η αναζήτηση διευκρινίσεων αναφορικά με παράλειψη τήρησης ουσιώδους όρου. Από τη στιγμή που οι επίμαχοι όροι κρίνονται ως ουσιώδεις η προσφορά καθίσταται άκυρη και η αναζήτηση διευκρινίσεων είναι ανεδαφική (**A. Sazeides & Son Ltd v. Κυπριακής Δημοκρατίας μέσω Συμβουλίου Προσφορών A.E. 791/ 2000 ημ. 21.02.02**). Και στις δύο περιπτώσεις είμαστε αναγκασμένοι να

επαναλάβουμε και πάλιν ότι ο ως άνω όρος ο οποίος αποτελεί κατά κανόνα πάγιο κομμάτι των όρων κάθε διαγωνισμού ομιλεί για συμπλήρωση ελλείψεων κατατεθειμένων δικαιολογητικών και δεν εφαρμόζεται επί απουσίας αυτών ειδικά δε όταν οι τελευταίοι αποτελούν όρους συμμετοχής και/ή ουσιώδεις όρους της προσφοράς άρρηκτα συνδεδεμένους με την επιτυχή αποπεράτωση του έργου ως παραπάνω διατυπώσαμε.

Η κρίση μας αναφορικά με το νόμιμο του αποκλεισμού της Αιτήτριας προδιαθέτει το αποτέλεσμα στερώντας από την Αιτήτρια του αναγκαίου έννομου συμφέροντος για προώθηση της προσφυγής της και συνεπώς η τελευταία απορρίπτεται χωρίς ανάγκη εξέτασης των υπόλοιπων λόγων που έθεσε ενώπιον μας η Αιτήτρια..

Ενόψει όλων των πιο πάνω αποφασίζουμε κατά πλειοψηφία ότι η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή απορρίπτεται και η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής επικυρώνεται.

Ο πρόεδρος της Α.Α.Π. και το μέλος Ιωσήφ Ιωσηφίδης αφίστανται από το πιο πάνω σκεπτικό και διατυπώνουν τη διαφωνία τους ως εξής.

Κρίνουμε σκόπιμο όπως εντρυφήσουμε καταρχήν στο εγερθέν ζήτημα αναφορικά με την ορθή σύνθεση του αποφασίζοντος οργάνου, ζήτημα που άπτεται της καρδιάς της διαδικασίας και που αποτελεί προϋπόθεση για τη διατύπωση κρίσης πάνω σε οποιαδήποτε απόφαση που εκδίδεται από αυτό αφού οιοδήποτε μίasma στη σύνθεση του οργάνου καθιστά οιαδήποτε απόφασή του, ορθή ή λανθασμένη, άκυρη.

Είναι παραδεκτό ότι το μέλος του Συμβουλίου Προσφορών Στ. Αριστείδου απουσίαζε από την εν λόγω συνεδρίαση. Στα δε πρακτικά της επίμαχης συνεδρίας αναγράφεται ως απύουσα χωρίς πουθενά να φαίνεται ο λόγος απουσίας της.

Είναι καλά γνωστό και θεμελιωμένο ότι απαραίτητη προϋπόθεση της νομιμότητας της συνεδρίας συλλογικού οργάνου είναι η νομότυπη και εμπρόθεσμη κλήση όλων των μελών του σε συνεδρία με εξαίρεση την περίπτωση τακτών συνεδριάσεων. Σύμφωνα με

πάγια νομολογία η κλήση των μελών πρέπει να βεβαιώνεται από σαφή, γραπτά στοιχεία καταχωρηθέντα κατά το χρόνο της πρόσκλησης και μάλιστα ως μέρος διαδικασίας την οποία να μπορεί κανείς αυτόματα να εμπιστευθεί (βλ. Νικολέττα Χριστοφόρου ν. Θ.Ο.Κ., Υπ. 853/2003). Αποτέλεσμα βεβαίως μιας μη νομότυπης πρόσκλησης είναι η ακυρότητα της διαδικασίας.

Η Α.Α. προς υποστήριξη της νομιμότητας της διαδικασίας προσκόμισε ενώπιον μας επιστολή ημερ. 29.03.2010 η οποία προσκαλούσε τον Πρόεδρο και τα Μέλη του Σ.Π. στην επίμαχη συνεδρία όπου εμφανίζεται και ο αριθμός τηλεμοιοτύπου του Διευθυντή του Τμήματος. Περαιτέρω προσκόμισαν επιστολή ημερ. 23.06.2010 προερχόμενη από τον Πρόεδρο του Σ.Π. με αποδέκτη το Διευθυντή του Τμήματος Δημοσίων Έργων (Α.Α.) όπου αναφέρεται μεταξύ άλλων ότι κάθε επόμενη συνεδρία διευθετείται μετά το πέρας της προηγούμενης, ότι οι συνεδρίες γίνονται κάθε Τετάρτη και Παρασκευή εφόσον υπάρχουν θέματα προς συζήτηση, ότι η ημερήσια διάταξη μαζί με τα προς συζήτηση θέματα διανέμονται δια χειρός στα γραφεία των μελών και ότι το μέλος που απουσίαζε προσκλήθηκε εμπρόθεσμα και νομότυπα.

Όσον αφορά την πρώτη επιστολή δεν μπορούμε παρά να παρατηρήσουμε ότι αυτή αποτελεί μόνο απόδειξη εκδόσεως της πρόσκλησης και τηλεμοιοτύπησής της στο Δ/ντή του Τμήματος. Τίποτε στο διοικητικό φάκελο δεν καταμαρτυρεί το τι ακολούθησε μετά την λήψη της επιστολής δια του τηλεμοιοτύπου με αποτέλεσμα να μην δύναται να πραγματωθεί δικανική κρίση σχετικά με το εάν ή όχι το απουσιάζον μέλος προσεκλήθη δεόντως λαμβάνοντας την επιστολή. Ο ενώπιον μας ισχυρισμός ότι το απουσιάζον μέλος ήταν στο εξωτερικό για υπηρεσιακούς λόγους κάτι που δύνατο υπό ορισμένες περιστάσεις να καταστήσει ακόμη και τη μη ενημέρωση του ως νομότυπη δεν αποτυπώνεται πουθενά στο διοικητικό φάκελο με αποτέλεσμα να μην μπορεί να ληφθεί υπόψη. Το ότι δε το εν λόγω μέλος ήτο στην προηγούμενη συνεδρίαση δεν μπορεί να οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι ενημερώθηκε για την επόμενη αφού καμιά σχετική αναφορά δεν γίνεται στο πρακτικό της εν λόγω συνεδρίας ούτε ο εν λόγω ισχυρισμός τεκμηριώνεται με οποιοδήποτε άλλο τρόπο από το περιεχόμενο του διοικητικού φακέλου. Πέραν τούτου σε καμία περίπτωση οι συνεδριάσεις του εν λόγω οργάνου μπορούν να θεωρηθούν ως τακτικές αφού η εξάρτηση της πραγμάτωσης τους από την

ύπαρξη ή μη θέματος προς συζήτηση ακυρώνει τον τακτό χαρακτήρα τους εξαρτώντας αυτές από γεγονός μελλοντικό και αβέβαιο. Συμπερασματικά τίποτε δεν καταμαρτυρεί την λήψη της προσκλήσεως από το απουσιάζον μέλος με αποτέλεσμα η επίμαχη συνεδρία να πάσχει και η διαδικασία να πρέπει να ακυρωθεί.

Ενόψει όλων των πιο πάνω αποφασίζεται κατά πλειοψηφία ότι η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή αποτυγχάνει και η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής επικυρώνεται.