



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. 111/2009

Μεταξύ:

ANDREAS A. CONSTANTINOU & SONS LTD

Αιτούσας εταιρείας

v.

ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτητές:

ANDREAS A. CONSTANTINOU & SONS LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Αχιλλέα Αιμιλιανίδη, Δικηγόρο
2. Γιάννο Θεοδοσίου, Ασκούμενο δικηγόρο
3. Ανδρέα Κωνσταντίνου, Διευθυντή Αιτούσας εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΤΜΗΜΑ ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Στυλιανό Παναγίδη, Ανώτερο Ηλεκτρολόγο Μηχανικό
2. Γεώργιο Σταύρου, Μηχανολόγο Μηχανικό

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 18 Μαρτίου, 2010

ΑΠΟΦΑΣΗ

A. Με την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή, η εταιρεία Andreas A. Constantinou & Sons Ltd (στο εξής «Αιτητές»), στρέφεται κατά της απόφασης του Τμήματος Ηλεκτρομηχανολογικών Υπηρεσιών (στο εξής «Αναθέτουσα Αρχή»), να κατακυρώσει το Διαγωνισμό με αριθμό 09.084.ΠΣ.ΗΜΥ για την «*Προμήθεια χημικών για τη χημική επεξεργασία συστημάτων νερού σε διάφορα κυβερνητικά κτίρια*» σε άλλους προσφοροδότες.

B. ΓΕΓΟΝΟΤΑ

1. Ο πιο πάνω Διαγωνισμός προκηρύχθηκε με δημοσίευση στο ηλεκτρονικό σύστημα σύναψης δημοσίων συμβάσεων την 5.10.09.
2. Ακολουθήθηκε η ανοικτή διαδικασία, και ως προθεσμία υποβολής των προσφορών καθορίστηκε η 30.10.09. Το αντικείμενο του Διαγωνισμού διακρινόταν σε 4 μέρη (Μέρη Α, Β, Γ και Δ) και σύμφωνα με τα άρθρα 17 και 18 του Μέρους Α μπορούσαν να ανατεθούν ανά μέρος σε πέραν του ενός οικονομικού φορέα. Η κατακύρωση θα γινόταν ξεχωριστά ανά Μέρος με κριτήριο τη χαμηλότερη τιμή που ικανοποιεί τις προδιαγραφές. Επίσης, στα έγγραφα του Διαγωνισμού περιλαμβάνονταν και πίνακας προϊόντων για τα οποία ζητήθηκαν τιμές μονάδας και τα οποία δεν περιλαμβάνονταν στα 4 μέρη του Διαγωνισμού. Σύμφωνα με την παράγραφο 9 του Παραρτήματος IV – Τιμές Μονάδας, τα είδη αυτά «*θα αντικαθίστανται/εγκαθίστανται κατά περίπτωση όταν υπάρχει ανάγκη*».
3. Υποβλήθηκαν προσφορές από 3 προσφοροδότες, ανάμεσα στους οποίους και οι Αιτητές.
4. Στις 16.11.09 η διορισθείσα Επιτροπή Αξιολόγησης απέστειλε επιστολές προς τους Αιτητές και την εταιρεία NEROCLEAN CO LTD με τις οποίες

ζητούσε διευκρινίσεις αναφορικά με τις προσφορές που υπέβαλαν οι εν λόγω προσφοροδότες.

5. Στις 27.11.09 η έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης με την οποία εισηγήθηκε την ανάθεση των Μερών Α και Γ στον προσφοροδότη VODAPRO-CNC CHEMICALS LTD και των Μερών Β και Δ στον προσφοροδότη NEROCLEAN CO LTD, διαβιβάστηκε στο Διευθυντή του Τμήματος Ηλεκτρομηχανολογικών Υπηρεσιών. Η Επιτροπή Αξιολόγησης εισηγήθηκε επίσης τα προϊόντα που περιλαμβάνονταν στο Παράρτημα IV να περιληφθούν στη σύμβαση με την εταιρεία VODAPRO-CNC CHEMICALS LTD.
6. Ο Διευθυντής του Τμήματος Ηλεκτρομηχανολογικών Υπηρεσιών υιοθέτησε τις εισηγήσεις της Επιτροπής Αξιολόγησης και ως εκ τούτου στις 11.12.09 με επιστολές η Αναθέτουσα Αρχή γνωστοποίησε στους Αιτητές τα αποτελέσματα του διαγωνισμού.
7. Οι Αιτητές, μέσω του Δικηγόρου τους, απέστειλαν στις 16.11.09 επιστολή στην Αναθέτουσα Αρχή με την οποία εξέφρασαν την αντίθεση τους με την πιο πάνω απόφαση της και παράλληλα κοινοποίησαν την πρόθεσή τους να ασκήσουν Ιεραρχική Προσφυγή ενώπιον της ΑΑΠ.
8. Η Αναθέτουσα Αρχή με επιστολή της προς τους Αιτητές ημερομηνίας 21.12.09 απέρριψε τις θέσεις που προέβαλαν με την επιστολή τους ημερομηνίας 16.11.09.
9. Στις 31.12.09 οι Αιτητές καταχώρησαν την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή.

Γ. ΠΡΟΕΞΕΤΑΣΤΙΚΕΣ ΕΝΣΤΑΣΕΙΣ

Οι εκπρόσωποι της Αναθέτουσας Αρχής έθεσαν ως προεξεταστικό ζήτημα το γεγονός ότι οι Αιτητές με την επιστολή τους προς την Αναθέτουσα Αρχή κοινοποιώντας τους την πρόθεσή τους για άσκηση ιεραρχικής προσφυγής ενώπιον της ΑΑΠ, ανέφεραν ότι η

προσφορά τους είναι πιο συμφέρουσα. Υποστηρίζοντας ότι αυτό δεν μπορεί να αποτελέσει εικαζόμενη παράβαση καθώς ουσιαστικά οι Αιτητές επικαλούνταν όρο που δεν υπήρχε στα έγγραφα του Διαγωνισμού, η Αναθέτουσα Αρχή ανέφερε ότι δεν μπορεί να προχωρήσει η παρούσα ιεραρχική προσφυγή.

Πρόσθετα, οι εκπρόσωποι της Αναθέτουσας Αρχής ισχυρίστηκαν ότι οι Αιτητές δεν έχουν το απαιτούμενο για την προώθηση της παρούσας ιεραρχικής προσφυγής έννομο συμφέρον, αφού θα πρέπει να αποδείξουν πρώτα ότι η προσφερόμενη από αυτούς τιμή ήταν χαμηλότερη και μετά να προβάλουν ισχυρισμούς που άπτονται της νομιμότητας της απόφασης.

Οι Αιτητές απαντώντας στα προεξεταστικά ζητήματα που ήγειρε η Αναθέτουσα Αρχή υπέδειξαν ότι στην επιστολή τους υπάρχει αναφορά σε «πιο συμφέρουσα για το δημόσιο προσφορά» και συνεπώς το επιχείρημα ότι δεν αναφέρθηκαν σε «χαμηλότερη τιμή» αλλά «οικονομικά συμφέρουσα προσφορά» που είναι διαφορετικό κριτήριο, δεν ευσταθεί. Η χαμηλότερη τιμή είναι σαφώς η πιο συμφέρουσα για το δημόσιο προσφορά ανέφεραν και ως εκ τούτου δεν υπάρχει θέμα παράλειψης συμμόρφωσης με τις πρόνοιες του άρθρου 56(2) του Ν.12(Ι)/2006.

Όσον αφορά στο δεύτερο ζήτημα, οι Αιτητές ανέφεραν ότι είναι πάγια νομολογημένο ότι το άρθρο 55 του Νόμου 101(Ι)/2003 καλύπτει μεταξύ άλλων τις γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου στη βάση των οποίων αμφισβητείται η νομιμότητα απόφασης. Συνεπώς, είναι ξεκάθαρο ότι το επιχείρημα ότι οι Αιτητές στερούνται εννόμου συμφέροντος για να προωθήσουν την παρούσα προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί.

Δ. ΘΕΣΕΙΣ ΑΙΤΗΤΩΝ

Πέραν των πιο πάνω, η πλευρά των Αιτητών κατά την ενώπιον μας ακροαματική διαδικασία επιδιώκοντας την ακύρωση (α) της απόφασης για μη κατακύρωση στους ίδιους, των προϊόντων για τα οποία ζητήθηκαν τιμές μονάδας, καθώς και (β) της απόφασης για κατακύρωση του Μέρους Δ του Διαγωνισμού στον προσφοροδότη

NEROCLEAN CO LTD, προέβαλε 4 λόγους ακύρωσης. Οι πρώτοι τρεις λόγοι άπτονται της νομιμότητας της απόφασης της Επιτροπής Αξιολόγησης να καθορίσει η ίδια τις απαιτούμενες ποσότητες για τον υπολογισμό του συνολικού κόστους των προσφορών που υποβλήθηκαν, παρά το γεγονός ότι όπως ισχυρίζονται οι Αιτητές αυτό δεν προβλέπεται από τους όρους του Διαγωνισμού. Όπως εξήγησαν οι Αιτητές, αν οι προσφορές αξιολογούνταν με βάση διαφορετικές ποσότητες για καθαριστή Resin για τον οποίο προσφέρθηκε τιμή ανά κιλό, αλλά και για τα δισκία αποστείρωσης για τα οποία προσφέρθηκε τιμή ανά 100 δισκία, τότε η κατάταξη των προσφοροδοτών θα ήταν διαφορετική. Ο τέταρτος λόγος ακύρωσης αφορά τον τρόπο υπολογισμού των τιμών μονάδας για τον καθαριστή Resin.

1. Έλλειψη ή ανεπαρκής αιτιολογία

Η θέση των Αιτητών είναι ότι η μοναδική αιτιολογία που δόθηκε αναφορικά με την απόφαση της Επιτροπής Αξιολόγησης να καταλήξει στην απαιτούμενη ποσότητα των 3250kg για καθαριστές Resin και μόλις 6 συσκευασίες δισκίων αποστείρωσης είναι σύμφωνα με την έκθεση της Επιτροπής ότι: *«Για σκοπούς αξιολόγησης έχει χρησιμοποιηθεί ο μέσος όρος κατανάλωσης με βάση τα δύο προηγούμενα χρόνια και έχει καταρτιστεί ο Πίνακας Ε του Παραρτήματος Δ»*. Όμως, δεν προκύπτουν από οπουδήποτε στο διοικητικό φάκελο οι λόγοι για τους οποίους επιλέγηκε ο μέσος όρος κατανάλωσης των δύο προηγούμενων ετών και ως εκ τούτου δεν συνιστά δέουσα αιτιολογία η απλή αυτή αναφορά.

Πρόσθετα, παραπέμποντας στον εν λόγω Πίνακα Ε οι Αιτητές επεσήμαναν ότι ενώ γίνεται ρητή αναφορά σε ετήσια ποσότητα Resin 650Kg, οι υπολογισμοί έγιναν με βάση τα 3250kg χωρίς να δίδεται οποιαδήποτε εξήγηση αναφορικά με τη χρήση διαφορετικής βάσης υπολογισμού.

Αναφορά έγινε μεταξύ άλλων και στην απόφαση στην υπόθεση 768/08, Mikeladze v. Δημοκρατίας, στην οποία αναφέρθηκαν τα ακόλουθα:

«Καμιάς μορφής διευκρίνιση ή στοιχείο ή παράγοντας που λήφθηκε υπόψη στον υπολογισμό της συνολικής περιόδου που ο Αιτητής ήταν σύμφωνα με τους Καθ' ων η Αίτηση στην Κύπρο παράνομα, δεν παρατίθεται στο εν λόγω έγγραφο, έτσι ώστε ο τελευταίος να γνωρίζει τους λόγους για τους οποίους η συγκεκριμένη περίοδος δε μπορούσε να προσμετρήσει για σκοπούς έγκρισης της αίτησης του...Υπενθυμίζω ότι το κενό στην αιτιολογία ή η έλλειψη αιτιολογίας δεν μπορούν να θεραπευθούν από την επιχειρηματολογία των συνηγόρων. Δεν είναι όμως έργο του Δικαστηρίου να προβαίνει σε μαθηματικούς υπολογισμούς και μάλιστα στη βάση στοιχείων που θα πρέπει να εντοπιστούν από το Δικαστήριο και αφού εντοπιστούν, στη συνέχεια να αξιολογηθούν.»

2. Κατάχρηση και υπέρβαση εξουσίας

Στη συνέχεια, οι Αιτητές υπέδειξαν ότι σύμφωνα με τον Κανονισμό 9 της Κ.Δ.Π. 201/2007 η Επιτροπή Αξιολόγησης ευθύνεται για την αξιολόγηση των προσφορών σύμφωνα με την υφιστάμενη νομοθεσία και τα έγγραφα του Διαγωνισμού, την ετοιμασία της εμπειριστατωμένης έκθεσης αξιολόγησης και την ετοιμασία του πρακτικού ανάθεσης της σύμβασης. Όμως, στους όρους του διαγωνισμού δεν καθορίζεται οπουδήποτε ως βάση για την αξιολόγηση των προσφορών ο μέσος όρος κατανάλωσης των δύο τελευταίων ετών. Συνεπώς, με την ενέργεια της να προβεί στον καθορισμό αυτό η Επιτροπή Αξιολόγησης ουσιαστικά καθόρισε το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού, εκφεύγοντας έτσι των αρμοδιοτήτων που της παρέχει η κείμενη νομοθεσία. Μάλιστα, προέβη στην ενέργεια αυτή μετά το άνοιγμα των προσφορών, όταν δηλαδή πλέον γνώριζε ποιο θα ήταν το αποτέλεσμα της πράξης της, καταστρατηγώντας τις αρχές της διαφάνειας και ίσης μεταχείρισης ανάμεσα στους προσφοροδότες.

Η αρχή της διαφάνειας επιτάσσει ότι τα κριτήρια που θα χρησιμοποιηθούν για την αξιολόγηση των προσφορών θα πρέπει να είναι σαφώς και εκ των προτέρων καθορισμένα. Είναι εμφανές, ισχυρίστηκαν οι Αιτητές ότι αν γνώριζαν ότι για την αξιολόγηση θα χρησιμοποιείτο μια ασήμαντη ποσότητα δισκίων αποστείρωσης, σε σύγκριση με μια ιδιαίτερα ψηλή ποσότητα καθαριστών Resin, πιθανόν να είχαν προβεί σε διαφορετικές επιλογές.

Η Επιτροπή Αξιολόγησης δεν μπορούσε να χρησιμοποιήσει κριτήρια διαφορετικά από τα κριτήρια που καθορίζονται στην προκήρυξη του Διαγωνισμού ή να υπερβεί τα όρια της διακριτικής της εξουσίας (άρθρα 47 και 48 του Νόμου 158(Ι)/99 και *Αιμίλιος Έλληνας & Σία Λτδ ν. Υπουργείου Οικονομικών [1990] 3 ΑΑΔ 181.*)

3. Η προσβαλλόμενη απόφαση αντίκειται στο κοινοτικό δίκαιο και τη νομολογία του ΔΕΚ

Το Δικαστήριο Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων στην απόφαση του ημερομηνίας 24.1.08 σε προδικαστικό ερώτημα στα πλαίσια της υπόθεσης *Lianakis*, C-532/06, έκρινε μεταξύ άλλων ότι:

«36. Όλα τα στοιχεία που λαμβάνει υπόψη η Αναθέτουσα Αρχή για τον εντοπισμό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς και η σχετική σημασία τους καθίστανται γνωστά στους εν δυνάμει προσφέροντες κατά το χρόνο προετοιμασίας των προσφορών τους...

37. Πράγματι, οι εν δυνάμει προσφέροντες πρέπει να είναι σε θέση να γνωρίζουν, κατά το χρόνο της προετοιμασίας των προσφορών τους την ύπαρξη και το περιεχόμενο των στοιχείων αυτών.

38. Συνεπώς, η Αναθέτουσα Αρχή δεν μπορεί να εφαρμόζει κανόνες καθορισμού των συντελεστών βαρύτητας ή υποκριτήρια για τα κριτήρια αναθέσεως που δεν έχει προηγουμένως γνωστοποιήσει στους προσφέροντες.

44. Στην υπόθεση της κύριας δίκης επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η επιτροπή αναθέσεως δεν ανέφερε στη διακήρυξη του Διαγωνισμού, παρά μόνο τα καθαυτό κριτήρια ανάθεσης και καθόρισε εκ των υστέρων, μετά την υποβολή των προσφορών και μετά την αποσφράγιση των αιτήσεων εκδηλώσεως ενδιαφέροντος, τόσο τους συντελεστές βαρύτητας όσο και τα υποκριτήρια των κριτηρίων ανάθεσης. Τούτο προδήλως, δεν συνιστά εκπλήρωση της υποχρέωσης δημοσιότητας, ερμηνευόμενης υπό το πρίσμα της αρχής της ίσης μεταχείρισης των επιχειρηματιών και της υποχρέωσης διαφάνειας.

45. Συνεπώς, κατόπιν των ανωτέρω, στο υποβληθέν ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι το άρθρο 36, παράγραφος 2, της οδηγίας 92/50 ερμηνευόμενο υπό το πρίσμα της αρχής της ίσης μεταχείρισης των επιχειρηματιών και της εντεύθεν απορρέουσας υποχρέωσης διαφάνειας, απαγορεύει, στο πλαίσιο διαδικασίας διαγωνισμού στην Αναθέτουσα Αρχή να καθορίζει μεταγενέστερα συντελεστές

βαρύτητας και υποκριτήρια για τα περιλαμβανόμενα στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στη διακήρυξη του διαγωνισμού κριτήρια ανάθεσης.»

Η εισήγηση των Αιτητών είναι ότι με βάση τις αρχές που σύμφωνα με το ΔΕΚ θα πρέπει να διέπουν τις ενέργειες της Αναθέτουσας Αρχής κατά την προκήρυξη διαγωνισμού και αξιολόγηση των προσφορών, είναι πρόδηλο ότι η προσβαλλόμενη απόφαση παραβιάζει τις αρχές της διαφάνειας και ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών.

4. Η μέθοδος υπολογισμού της τιμής μονάδας είναι παράτυπη

Ο τελευταίος λόγος ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης που προέβαλαν οι Αιτητές είναι ότι η μέθοδος καθορισμού της τιμής μονάδας είναι επίσης παράτυπη και αντίθετη με το κοινοτικό δίκαιο. Ειδικότερα, αναφέρθηκαν στο γεγονός ότι σύμφωνα με τον Πίνακα Ε, η τιμή μονάδας για τον καθαριστή Resin έκαστου προσφοροδότη προέκυψε από υπολογισμό της Επιτροπής, ανάλογα με την ποσότητα υλικού που χρειαζόταν για να καθαριστεί συγκεκριμένη ποσότητα. Αυτό, είχε ως αποτέλεσμα η προσφορά των Αιτητών η οποία ανερχόταν αρχικά σε €3.40 έναντι €2.66 του επιτυχόντα προσφοροδότη, να ανέλθει τελικά σε €6.80 έναντι €2.66, καθ' ότι η προτεινόμενη δοσολογία στην προσφορά του επιτυχόντα ανερχόταν στα 0.5 λίτρα για κάθε 100 λίτρα ρητίνης, ενώ η προτεινόμενη δοσολογία των Αιτητών ανερχόταν σε 1 Kg για κάθε 100 λίτρα ρητίνης. Δηλαδή, η Επιτροπή Αξιολόγησης έκρινε ότι το προϊόν του επιτυχόντα προβαίνει στον αναγκαίο καθαρισμό με τη μισή ποσότητα από το αντίστοιχο προϊόν των Αιτητών. Αυτό όμως, ισχυρίστηκαν οι Αιτητές δεν ανταποκρίνεται στην πραγματικότητα καθ' ότι η προτεινόμενη δοσολογία σύμφωνα με το τεχνικό φυλλάδιο του προϊόντος των Αιτητών αφορά σε εβδομαδιαία βάση ενώ των επιτυχόντων σε ημερήσια. Κατά συνέπεια, το πραγματικό εβδομαδιαίο κόστος του επιτυχόντα προσφοροδότη ανέρχεται σε €9.31 έναντι €3.40 που είναι το εβδομαδιαίο κόστος για το προϊόν των Αιτητών.

Οι Αιτητές υποστήριξαν ότι σύμφωνα με τα πιο πάνω αν η Επιτροπή Αξιολόγησης ακολούθησε την ορθή μέθοδο υπολογισμού της τιμής μονάδας, οι Αιτητές θα ήταν ο φθηνότερος προσφοροδότης και συνεπώς, είναι ξεκάθαρη η αλλοίωση του

αποτελέσματος στην οποία οδηγήθηκε και η οποία επιφέρει την ακυρότητα της προσβαλλόμενης απόφασης. Προς υποστήριξη της θέσης τους οι Αιτητές επικαλέστηκαν την υπόθεση C-19/00, SIAC Construction Ltd v. County Council of the County of Mayo ενώπιον του ΔΕΚ, στην οποία ο Γενικός Εισαγγελέας σχολίασε ότι ως χαμηλότερη τιμή θα πρέπει να θεωρείται η προσφερόμενη τιμή και όχι η τιμή μονάδας η οποία θα υπολογιστεί από την Αναθέτουσα Αρχή ασκώντας επαγγελματική κρίση.

Συνοψίζοντας, οι Αιτητές υποστήριξαν ότι οι μέθοδοι αυθαίρετου υπολογισμού στις οποίες προέβη η Αναθέτουσα Αρχή είναι αντίθετες τόσο με το κοινοτικό δίκαιο όσο και με τις αρχές της διαφάνειας και ισότητας και ως εκ τούτου η προσβαλλόμενη απόφαση θα πρέπει να ακυρωθεί.

Ε. Οι θέσεις της Αναθέτουσας Αρχής

Οι εκπρόσωποι της Αναθέτουσας Αρχής απορρίπτοντας τους προβληθέντες από τους Αιτητές λόγους ακύρωσης απάντησαν ως ακολούθως:

1. Έλλειψη ή ανεπαρκής αιτιολογία

Η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι οι ποσότητες που χρησιμοποίησε η Επιτροπή Αξιολόγησης για να προβεί στους υπολογισμούς στους οποίους αναφέρθηκαν οι Αιτητές δεν ήταν ούτε αυθαίρετες ούτε το αποτέλεσμα της δικής της υποκειμενικής κρίσης. Ειδικότερα, υπέδειξαν ότι η αναφορά σε ποσότητα 3250Kg γίνεται στην επιστολή της Αναθέτουσας Αρχής ημερομηνίας 11.12.09 και όχι στην έκθεση αξιολόγησης. Όπως διευκρινίστηκε από την Αναθέτουσα Αρχή, η ετήσια ποσότητα 3250Kg για τον καθαριστή του resin αφορούσε αποκλειστικά τον προσφοροδότη NEROCLEAN CO LTD, καθότι αυτή υπολογίστηκε με βάση τη δόση του συγκεκριμένου προσφερόμενου χημικού που χρειάζεται για τον καθαρισμό 100lt, όπως αυτή καθορίστηκε από τον συγκεκριμένο προσφοροδότη. Η ποσότητα των 650,000lt, είναι η ποσότητα resin που βρίσκεται μέσα στον εξοπλισμό ο οποίος περιλαμβάνεται στα έγγραφα του Διαγωνισμού

και αποτέλεσε τη βάση για τον υπολογισμό των ετήσιων ποσοτήτων όλων των προσφερόμενων προϊόντων.

Όσον αφορά στη χρήση των ποσοτήτων που χρησιμοποιήθηκαν κατά τα προηγούμενα χρόνια, οι εκπρόσωποι της Αναθέτουσας Αρχής επεσήμαναν ότι με δεδομένο το ότι σύμφωνα με τους όρους του Διαγωνισμού, η ανάθεση θα γινόταν με βάση τη χαμηλότερη τιμή για το σύνολο των προϊόντων του Μέρους Δ, αλλά και το γεγονός ότι η τιμολόγηση ήταν για τιμές μονάδας και όχι για συνολικό ποσό προσφοράς, κρίθηκε αναγκαίο η τιμή μονάδας να συνυπολογιστεί με την αναμενόμενη κατανάλωση κατά είδος.

Αναφερόμενοι στη φύση των προσφερόμενων προϊόντων, εξήγησαν περαιτέρω ότι το resin είναι χημικό προϊόν που βρίσκεται μέσα σε εξοπλισμό επεξεργασίας νερού. Κατά τη λειτουργία του εξοπλισμού, το resin απορροφά τα βαρέα μέταλλα και άλλες ανεπιθύμητες ουσίες και επομένως, το ίδιο το resin χρειάζεται περιοδικό καθαρισμό. Εφόσον λοιπόν, ο εξοπλισμός επεξεργασίας νερού παραμένει ο ίδιος, παραμένει αμετάβλητη και η ποσότητα resin που βρίσκεται σε αυτόν, δηλαδή η ποσότητα των 650000lt. Συνεπώς, για να υπολογιστεί η αναμενόμενη ετήσια ποσότητα του αναλώσιμου καθαριστή του resin που θα χρειαστεί, ήταν σύμφωνα με την Αναθέτουσα Αρχή λογικό να υπολογιστεί η κατανάλωση των προηγούμενων ετών με βάση τη δόση για καθαρισμό 100lt που καθορίζεται στην προσφορά του κάθε προσφοροδότη. Το ίδιο σκεπτικό ακολουθήθηκε και για τα δισκία αποστείρωσης.

2. Κατάχρηση και υπέρβαση εξουσίας

Σε σχέση με το δεύτερο λόγο ακύρωσης που προέβαλαν οι Αιτητές, οι εκπρόσωποι της Αναθέτουσας Αρχής ισχυρίστηκαν ότι τόσο η ποσότητα του resin το οποίο προοριζόταν να καθαριστεί με τον προσφερόμενο καθαριστή, όσο και ο εξοπλισμός για τον οποίο θα χρησιμοποιούνταν τα δισκία αποστείρωσης ήταν γνωστά πριν την προκήρυξη του διαγωνισμού και επομένως ουδόλως ευσταθεί ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι οι ποσότητες του Μέρους Δ καθορίστηκαν σε μεταγενέστερο του ανοίγματος των

προσφορών στάδιο. Πρόσθετα, επανέλαβαν ότι εφόσον η τιμολόγηση ήταν για τιμές μονάδας και όχι για συνολικό ποσό προσφοράς, για να υπολογιστεί η χαμηλότερη τιμή προσφοράς ήταν αναπόφευκτο να συνυπολογιστεί η τιμή μονάδας με την αναμενόμενη κατανάλωση κατά είδος.

3. Η προσβαλλόμενη απόφαση αντίκειται στο κοινοτικό δίκαιο και τη νομολογία του ΔΕΚ

Η Αναθέτουσα Αρχή εισηγήθηκε ότι η υπόθεση Lianakis στην οποία αναφέρθηκαν οι Αιτητές δεν τυγχάνει εφαρμογής στην παρούσα υπόθεση καθ' ότι αφορούσε σε διαγωνισμό στον οποίο κριτήριο ανάθεσης ήταν η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά και όχι η χαμηλότερη τιμή όπως στην παρούσα υπόθεση. Ειδικότερα παρέπεμψαν στην παράγραφο 45 από το απόσπασμα της απόφασης το οποίο παρέθεσαν οι Αιτητές, στην οποία γίνεται αναφορά στο άρθρο 36(2) της Οδηγίας 92/50. Το εν λόγω άρθρο 36(2) προνοεί τα ακόλουθα: *«Where the contract is to be awarded to the economically most advantageous tender, the contracting authority shall state in the contract documents or in the contract notice the award criteria which it intends to apply where possible descending order of importance.»*

4. Η μέθοδος υπολογισμού της τιμής μονάδας είναι παράτυπη

Οι εκπρόσωποι της Αναθέτουσας Αρχής αναφερόμενοι στον τέταρτο λόγο ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης που προέβαλε η πλευρά των Αιτητών, υποστήριξαν ότι είναι έκδηλο από τους όρους του Διαγωνισμού, ότι οι τιμές μονάδας, οι οποίες αποτελούν το αντικείμενο του παρόντος διαγωνισμού, καθορίστηκαν από τους ίδιους τους προσφοροδότες και όχι από την Επιτροπή Αξιολόγησης. Συνεπώς, ουδείς υπολογισμός έχει διεξαχθεί από την Αναθέτουσα Αρχή ώστε να υπόκειται σε κρίση νομιμότητας.

Όσον αφορά στα υλικά που δεν περιλαμβάνονται στα Μέρη Α μέχρι Δ, για τα οποία ζητήθηκαν τιμές μονάδας (Παράρτημα IV) και στα οποία περιλαμβάνονται τα είδη

«χημικά για καθαρισμό αποθέσεων, βελτιωτικό καύσης καυστήρα, άνοδοι μαγνησίου», η Αναθέτουσα Αρχή επεσήμανε ότι δεν υπάρχει δυνατότητα να ανατεθούν σε προσφέροντα ο οποίος δεν έχει επιτύχει σε ένα τουλάχιστον από τα τέσσερα μέρη του Διαγωνισμού.

Συνοψίζοντας, οι εκπρόσωποι της Αναθέτουσας Αρχής υποστήριξαν ότι για όλους τους πιο πάνω λόγους η παρούσα ιεραρχική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί.

ΣΤ. Αφού ακούσαμε τις θέσεις των δύο πλευρών και μελετήσαμε ενδελεχώς τα σχετικά στοιχεία του Διοικητικού Φακέλου καταλήγουμε στα ακόλουθα:

Αρχικά θα αναφερθούμε στις προεξεταστικές ενστάσεις της Αναθέτουσας Αρχής καθότι ενδεχόμενη επιτυχία τους θα καθορίσει το αποτέλεσμα της παρούσας ιεραρχικής προσφυγής. Όσον αφορά στο επιχείρημα ότι οι Αιτητές με την επιστολή τους ημερομηνίας 16.12.09, επικαλέστηκαν το κριτήριο της πιο συμφέρουσας από οικονομικής άποψης προσφοράς, ενώ σύμφωνα με τους όρους του Διαγωνισμού κριτήριο ανάθεσης ήταν η χαμηλότερη τιμή, κρίνουμε σκόπιμο να παραθέσουμε αυτούσιο το σχετικό απόσπασμα της εν λόγω επιστολής:

«Αναφέρομαι στην επιστολή σας ημερομηνίας 11.12.09 με την οποία μας γνωστοποιείτε την κατακύρωση της πιο πάνω προσφοράς σε άλλους προσφοροδότες και σας πληροφορούμε ότι η Εταιρεία μας θα ασκήσει Ιεραρχική Προσφυγή στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών, διότι οι τιμές μας στις πιο κάτω κατηγορίες ήταν οι πιο συμφέρουσες για το δημόσιο και δεν μας κατακυρώθηκαν...»

Παρατηρούμε λοιπόν ότι αν και χρησιμοποιείται η λέξη «συμφέρουσες» και όχι η λέξη «χαμηλότερες», υπάρχει ξεκάθαρη αναφορά στην τιμή των προσφερόμενων προϊόντων και συνεπώς σε καμία περίπτωση μπορεί να εξαχθεί ασφαλές συμπέρασμα ότι οι Αιτητές αναφέρονταν σε πιο συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά και όχι σε χαμηλότερη τιμή. Ως εκ τούτου απορρίπτουμε την πρώτη προεξεταστική ένσταση.

Στα πλαίσια της δεύτερης προεξεταστικής ένστασης, η Αναθέτουσα Αρχή εισηγήθηκε ότι οι Αιτητές στερούνται εννόμου συμφέροντος να προσβάλλουν τη νομιμότητα της απόφασης της εκτός αν αποδείξουν ότι πρόσφεραν τη χαμηλότερη τιμή. Όμως αυτό ακριβώς, η κρίση δηλαδή της Αναθέτουσας Αρχής ότι οι Αιτητές δεν πρόσφεραν τη χαμηλότερη τιμή είναι το αντικείμενο της παρούσας ιεραρχικής προσφυγής. Επισημαίνουμε ότι είναι πάγια νομολογημένο ότι οι Αιτητές νομιμοποιούνται να υποβάλουν σε αναθεωρητικό έλεγχο απόφαση όταν επίδικο ζήτημα είναι η διαδικασία που οδήγησε στη λήψη της απόφασης μη επιλογής τους. (Υπόθεση αρ. 1112/99, Σπύρος Σταυρινίδης Λίμιτεδ ν. Υπουργού Γεωργίας, Φυσικών Πόρων και Περιβάλλοντος κ.α. απόφαση ημερομηνίας 9.7.02.) Επομένως απορρίπτουμε και τη δεύτερη προεξεταστική ένσταση της Αναθέτουσας Αρχής.

Προχωρώντας στην ουσία της υπόθεσης, θεωρούμε χρήσιμο να αναφερθούμε αρχικά στους σχετικούς όρους των εγγράφων του Διαγωνισμού και στη συνέχεια στα συμπεράσματα της Επιτροπής Αξιολόγησης.

Στο Παράρτημα IV, το οποίο είναι το αναλυτικό έντυπο προσφοράς, παρατίθενται ξεχωριστοί για κάθε μέρος πίνακες οι οποίοι συμπληρώνονται από τον κάθε προσφοροδότη στα πλαίσια υποβολής της προσφοράς του. Στο μέρος Δ θα πρέπει οι προσφοροδότες να έχουν αναφερθεί σε σχέση με τον καθαριστή του Resin:

- (α) στον τύπο του καθαριστή,
- (β) στη δόση ανά 100lt Resin, η οποία όπως διευκρινίζεται δίδεται από τον κατασκευαστή του προϊόντος,
- (γ) στην τιμή ανά Kg και
- (δ) στο κόστος για τον καθαρισμό 100lt Resin.

Σε σχέση με τα δισκία αποστείρωσης απαιτείται η συμπλήρωση των ακόλουθων:

- (α) Τύπος,
- (β) Δραστική ουσία,

- (γ) Μάζα ανά δισκίο,
- (δ) Μέση διάρκεια και
- (ε) Τιμή ανά 100 δισκία.

Η Επιτροπή Αξιολόγησης στην έκθεση της ημερομηνίας 27.11.09 και συγκεκριμένα στον συγκριτικό Πίνακα Ε κατέγραψε τα πιο πάνω στοιχεία που υπέβαλαν οι ίδιοι οι προσφοροδότες. Στη συνέχεια, προέβη σε υπολογισμό του ολικού κόστους για το κάθε χημικό, πολλαπλασιάζοντας την μέση ετήσια κατανάλωση των δύο προηγούμενων ετών (650000lt) επί το κόστος για καθαρισμό 1lt Resin σύμφωνα με τα στοιχεία που υπέβαλε ο κάθε προσφοροδότης. Το ίδιο έπραξε και για τα δισκία, πολλαπλασιάζοντας την ετήσια ποσότητα δισκίων (600) με την ανάλογη τιμή που αναγραφόταν στις υποβληθείσες προσφορές. Στο τέλος, πρόσθεσε τα δύο γινόμενα για να καταλήξει στην τιμή αξιολόγησης.

Διαπιστώνουμε ότι ουσιαστικά το πρόβλημα προκύπτει από το γεγονός ότι αφενός οι όροι του Διαγωνισμού δεν προνοούσαν, έστω ενδεικτική, ποσότητα των προϊόντων από έκαστο είδος που θα προμηθευόταν η Αναθέτουσα Αρχή και αφετέρου η Επιτροπή Αξιολόγησης δεν είχε τη δυνατότητα να καταλήξει σε συνολική τιμή αξιολόγησης για τα δύο προϊόντα του Μέρους Δ χωρίς να αναφερθεί σε ποσότητες. Αν δηλαδή προχωρούσε σε απλή πρόσθεση των δύο προσφερόμενων τιμών για να υπολογίσει την τιμή αξιολόγησης, θα προέβαινε σε έναν ουδόλως ρεαλιστικό με δεδομένες τις ανάγκες της υπολογισμό αφού θα προσέδιδε την ίδια βαρύτητα σε δύο προϊόντα για τα οποία οι ανάγκες της ποσοτικά ήταν καταφανώς διαφορετικές. Συνεπώς, συμπεραίνουμε ότι η Επιτροπή Αξιολόγησης ήταν υποχρεωμένη υπό τις περιστάσεις να καταφύγει στη μέθοδο αξιολόγησης που ακολούθησε.

Αυτό που απομένει να αποφασιστεί λοιπόν, είναι αν η Αναθέτουσα Αρχή με την παράλειψη της να περιλάβει στους όρους του Διαγωνισμού τον τρόπο υπολογισμού της τιμής αξιολόγησης παραβαίνει τις γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου και του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων. Εδώ θα πρέπει να σημειώσουμε ότι η απόφαση του ΔΕΚ στην υπόθεση *Lianakis* την οποία επικαλέστηκαν οι Αιτητές δεν τυγχάνει εφαρμογής

στην παρούσα υπόθεση καθότι δεν αφορά υποκριτήρια που τέθηκαν εκ των υστέρων σε διαγωνισμό στον οποίο κριτήριο ήταν η πιο συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά. Η διαφοροποίηση δηλαδή, έγκειται στο γεγονός ότι στην παρούσα υπόθεση η Αναθέτουσα Αρχή δεν εισήγαγε νέα κριτήρια αξιολόγησης αλλά διαμόρφωσε τον τρόπο υπολογισμού της τιμής αξιολόγησης με αναφορά σε στοιχεία τα οποία δεν προνοούνταν στους όρους του Διαγωνισμού.

Το άρθρο 59 του Ν.12(Ι)/2006 ορίζει ότι το δεύτερο από τα κριτήρια βάσει των οποίων δύναται να γίνει ανάθεση δημόσιας σύμβασης είναι *«αποκλειστικά η χαμηλότερη τιμή»*. Σύμφωνα με τον όρο 17 του Μέρους Α των εγγράφων του Διαγωνισμού, *«το κριτήριο βάσει του οποίου θα ανατεθεί η σύμβαση είναι η χαμηλότερη τιμή νοουμένου ότι πληρούνται ουσιαστικά οι όροι και οι προδιαγραφές που αναφέρονται στα έγγραφα του Διαγωνισμού.»* Όπως έχει ήδη αναφερθεί όμως, η προσφερόμενη τιμή για το κάθε προϊόν και η τιμή αξιολόγησης δεν ταυτίζονται αφού η προσφερόμενη τιμή ήταν ένα από τα μεγέθη τα οποία χρησιμοποίησε η Επιτροπή Αξιολόγησης υπολογίζοντας την τιμή αξιολόγησης. Διαπιστώνουμε λοιπόν ότι η Επιτροπή Αξιολόγησης επενέβη και επηρέασε ουσιωδώς διαμορφώνοντας το κριτήριο ανάθεσης με τρόπο ο οποίος ήταν άγνωστος στους προσφοροδότες καθ' όλη τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης. Είναι αδιαμφισβήτητο ότι ο ετήσιος μέσος όρος τον οποίο χρησιμοποίησε ως ενδεικτική ποσότητα στους υπολογισμούς της η Επιτροπή Αξιολόγησης και ο οποίος διαμόρφωσε το τελικό αποτέλεσμα, ήταν εις γνώση της Αναθέτουσας Αρχής κατά την προκήρυξη του Διαγωνισμού όχι όμως και των προσφοροδοτών.

Με βάση τα πιο πάνω κρίνουμε ότι η παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής να αναφερθεί στις ενδεικτικές ποσότητες, εφόσον αυτές θα επηρέαζαν τη διαμόρφωση του κριτηρίου ανάθεσης δημιουργεί ασάφεια τέτοιας έκτασης, που υποχρεωτικά θα πρέπει να επιφέρει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης.

Αναφορικά με τον τέταρτο λόγο ακύρωσης σημειώνουμε ότι το κόστος για τον καθαρισμό 100lt Resin είναι στοιχείο το οποίο περιέλαβαν οι ίδιοι οι προσφοροδότες στις προσφορές που υπέβαλαν. Η Επιτροπή Αξιολόγησης στην έκθεση της παρέθεσε

αυτούσια τα στοιχεία σε συγκριτικό πίνακα και στη βάση αυτών προέβη στην αναγκαία για σκοπούς αξιολόγησης σύγκριση. Ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προϊόντος της επιτυχούσας επιβάλλουν αυτό να χρησιμοποιείται με μεγαλύτερη συχνότητα είναι φυσικά θέμα τεχνικής φύσης στο οποίο σύμφωνα με πάγια νομολογία δε μπορούμε να υπεισέλθουμε.

Θα ήταν παράλειψη ωστόσο να μην αναφέρουμε ότι παρέμεινε αδιευκρίνιστο και απορίας άξιο το γιατί να μην παρέχουν οι όροι του Διαγωνισμού τη δυνατότητα κατακύρωσης της προσφοράς για τα δύο επίδικα προϊόντα σε διαφορετικούς προσφοροδότες στη βάση της χαμηλότερης τιμής, πράγμα που θα οδηγούσε σε απλούστερη και ενδεχομένως πιο δίκαια αξιολόγηση των προσφορών.

Ενόψει της κατάληξης μας αυτής κρίνουμε ότι η ακύρωση της απόφασης για το Μέρος Δ συμπαρασύρει και σε ακυρότητα και την απόφαση για μη κατακύρωση στους Αιτητές των προϊόντων για τα οποία ζητήθηκαν τιμές μονάδας καθότι πλέον δεν αποκλείεται το ενδεχόμενο να κατακυρωθεί σε αυτούς το Μέρος Δ και κατά συνέπεια να τους ανατεθεί και η προσφορά για τα εν λόγω προϊόντα.

Με βάση όσα έχουμε αναφέρει αποφασίζουμε ομόφωνα ότι η παρούσα ιεραρχική προσφυγή επιτυγχάνει και η προσβαλλόμενη απόφαση σε σχέση με το Μέρος Δ και τα προϊόντα για τα οποία ζητήθηκαν τιμές μονάδας ακυρώνεται.