



ΑΝΑΘΕΩΡΗΤΙΚΗ ΑΡΧΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ
TENDERS REVIEW AUTHORITY

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

Προσφυγή Αρ. 70/2011

Μεταξύ:

ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ «J & P – AVAX A.E. – SARENS NV»

Αιτούντων

v.

ΑΡΧΗΣ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ ΚΥΠΡΟΥ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτούντες:

ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ «J & P – AVAX A.E. – SARENS NV»

Αντιπροσωπεύθηκε από τον:

1. Πάνο Παναγιώτου, Δικηγόρο, Μαρκίδη & Μαρκίδη & Σία ΔΕΠΕ

Αναθέτουσα Αρχή:

ΑΡΧΗ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ ΚΥΠΡΟΥ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Έλενα Μιχαήλ, Δικηγόρο
2. Γιάγκο Φραγκουλλίδη, Βοηθό Διευθυντή Αγορών
3. Ανδρέα Κυπρίδημο, Μηχανικό Δικτύου

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 4 Μαΐου, 2012

ΑΠΟΦΑΣΗ

A. Με την παρούσα Προσφυγή, η Κοινοπραξία «J & P – AVAX A.E. - SARENS NV» (στο εξής οι «Αιτητές»), στρέφεται εναντίον της απόφασης της Αρχής Ηλεκτρισμού Κύπρου (στο εξής η «Αναθέτουσα Αρχή»), να κατακυρώσει το Διαγωνισμό με αρ. 158/2011, που αφορά «*Repositioning and securing in place of Electrostatic Precipitator of Boiler No 3 at Vasilikos Power station*» σε άλλο προσφοροδότη.

B. ΓΕΓΟΝΟΤΑ

1. Η Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε στις 28.9.2011 το διαγωνισμό υπ' αρ. 131/2011 με αντικείμενο το «*Repositioning and securing in place of Electrostatic Precipitator of Boiler No 3 at Vasilikos Power station*».

2. Ακολουθήθηκε η συνοπτική διαδικασία λόγω της επείγουσας φύσης του θέματος αποστέλλοντας τα έγγραφα σε έξι προεπιλεγμένους οικονομικούς φορείς, ανάμεσα στους οποίους και οι εταιρείες J & P – AVAX και SARENS Group.

3. Τελικά υπέβαλαν προσφορά μόνο οι κατονομαζόμενες στην παράγραφο 2 εταιρείες. Κατά την αξιολόγηση των προσφορών η Αναθέτουσα Αρχή διαπίστωσε ότι η προσφορά της J & P – AVAX παρουσίαζε απόκλιση από τους όρους του διαγωνισμού επειδή δεν είχε την απαιτούμενη πείρα, καθώς και ότι η προσφορά της SARENS Group παρουσίαζε απόκλιση καθότι δεν κάλυπτε ολόκληρο το φάσμα εργασιών που απαιτούσε ο διαγωνισμός.

4. Επειδή και οι δύο προσφορές παρουσίαζαν ουσιώδεις αποκλίσεις, η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσισε στις 26.10.2011 την ακύρωση του διαγωνισμού υπ' αρ. 131/2011 και την επανέκδοση του χωρίς προηγούμενη προκήρυξη στη βάση των προνοιών του άρθρου 38(3)(α) του Ν.11(Ι)/2006.

5. Στις 31.10.2011 η Α.Α. εξέδωσε το Διαγωνισμό υπ' αρ.158/2011 ο οποίος στάληκε και πάλι στους ίδιους έξι προεπιλεγμένους οικονομικούς φορείς.

6. Κατά την τελευταία ημερομηνία υποβολής προσφορών υποβλήθηκαν μόνο δύο προσφορές, μία εκ των οποίων ήταν η προσφορά των Αιτητών.
7. Στις 17.11.2011 πραγματοποιήθηκε μεταξύ της Α.Α. και των Αιτητών διαπραγματευτική / διευκρινιστική συνάντηση. Ανάλογη συνάντηση πραγματοποιήθηκε ανάμεσα στην Α.Α. και την επιτυχούσα στις 22.11.2011. Η Α.Α. ζήτησε από τους δύο προσφέροντες να υποβάλουν εκ νέου οικονομικές προσφορές σε χρόνο που αυτή καθόρισε.
8. Η αξιολόγηση των προσφορών διεξήχθη σε δύο στάδια σύμφωνα με τον όρο 2.13 του διαγωνισμού. Κατά το Στάδιο Α, στο οποίο η Επιτροπή Αξιολόγησης εξέτασε κατά πόσο οι υποβληθείσες προσφορές ανταποκρίνονται ουσιαστικά στα τεχνικά κριτήρια, η προσφορά των Αιτητών εξασφάλισε βαθμολογία 88/100, έναντι 86/100 που εξασφάλισε η Ale Iberica (στο εξής «επιτυχούσα»).
9. Στο Στάδιο Β ωστόσο, διαφάνηκε ότι η προσφορά των Αιτητών ήταν ακριβότερη και κατά συνέπεια εξασφάλισε 92 μονάδες έναντι 100 που εξασφάλισε η επιτυχούσα. Ενόψει τούτου, η Επιτροπή Αξιολόγησης εισηγήθηκε την κατακύρωση του παρόντος διαγωνισμού στην επιτυχούσα, η οποία εξασφάλισε την υψηλότερη συνολική βαθμολογία.
10. Με απόφαση της ημερομηνίας 7.12.2011 η Επιτροπή Προσφορών υιοθέτησε την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης για κατακύρωση του διαγωνισμού στην επιτυχούσα.
11. Η Αναθέτουσα Αρχή με τηλεομοιότυπο ημερομηνίας 7.12.2011 ενημέρωσε τους Αιτητές για το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού.
12. Στις 22.12.2011 οι Αιτητές καταχώρησαν την παρούσα Προσφυγή στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών.
13. Στις 30.12.2011 η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών αποφάσισε για λόγους δημοσίου συμφέροντος τη μη χορήγηση προσωρινών μέτρων για αναστολή της

διαδικασίας ανάθεσης ή της εκτέλεσης πράξης ή απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής ή της υπογραφής της σύμβασης στο διαγωνισμό με αρ. 158/2011.

Γ. ΠΡΟΕΞΕΤΑΣΤΙΚΗ ΕΝΣΤΑΣΗ

Κατά την ενώπιον μας διαδικασία η Α.Α. ήγειρε προεξεταστική ένσταση ότι ο προσβαλλόμενος διαγωνισμός δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Περί των Διαδικασιών Προσφυγής στον Τομέα της σύναψης των Δημοσίων Συμβάσεων Νόμο 104(Ι)/2010, αφού ως σύμβαση έργου είναι μικρότερης προϋπολογιζόμενης δαπάνης από τα κατώτατα όρια που προνοεί το άρθρο 15(1) του Νόμου 11(Ι)/2006 και ως εκ τούτου η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών στερείται αρμοδιότητας να εξετάσει την παρούσα Προσφυγή.

Από την πλευρά τους οι Αιτητές ανέφεραν ότι η προεξεταστική ένσταση της Α.Α. θα πρέπει να απορριφθεί καθότι η ίδια με τον όρο 1.1.2 κατέταξε τον υπό κρίση διαγωνισμό στις υπηρεσίες και ως εκ τούτου κωλύεται να προβάλλει ισχυρισμό με τον οποίο να αμφισβητεί την προκήρυξη που η ίδια συνέταξε. Πέραν τούτου, οι Αιτητές υπέδειξαν ότι στα έγγραφα του διαγωνισμού περιέχονται ρητές αναφορές σε «services contract» αλλά και επί της ουσίας ο διαγωνισμός αφορά τη σύνταξη μελέτης για την επαναφορά του ESP (Electrostatic Precipitator) στην αρχική του θέση, την κινητοποίηση/αποκινητοποίηση ή ενοικίαση εξοπλισμού που θα χρειαστεί για τον ίδιο σκοπό, την ανύψωση του ESP ώστε να επιθεωρηθεί και να επισκευαστεί η μεταλλική κατασκευή στήριξης και επανατοποθέτηση του ESP στην αρχική του θέση.

Απαντώντας στο επιχείρημα των Αιτητών ότι η ίδια κατέταξε τον παρόντα διαγωνισμό στην κατηγορία «υπηρεσίες» η Αναθέτουσα Αρχή ανέφερε ότι πράγματι, στην παράγραφο 1.1.2 του Section 1 με τίτλο «*Tender details and scope of work*» αναφέρεται ως Tender Procedure το «*Negotiated tender procedure for the award of a services contract*», ωστόσο αυτό είναι και το μοναδικό σημείο στα έγγραφα του Διαγωνισμού όπου γίνεται αναφορά σε σύμβαση υπηρεσιών. Σε όλα τα άλλα σημεία των όρων γίνεται σαφής αναφορά σε «works» δηλαδή έργα και όχι σε υπηρεσίες. Πρόκειται δηλαδή για

τυπογραφικό λάθος που εντοπίζεται σε ένα μόνο σημείο στα έγγραφα του Διαγωνισμού και τίποτε περισσότερο. Η Αναθέτουσα Αρχή πρόσθεσε μάλιστα ότι οι ίδιοι οι Αιτητές επιθεώρησαν τη ζημιά που είχε προκληθεί και συνεπώς γνώριζαν ότι το αντικείμενο του διαγωνισμού αφορούσε έργο και όχι υπηρεσίες.

Σημειώνουμε ότι αναφορικά με την ένσταση που ήγειρε η Αναθέτουσα Αρχή, έχουμε ήδη τοποθετηθεί στην απόφαση μας ημερομηνίας 30.12.2011 στα πλαίσια εξέτασης για χορήγηση προσωρινών μέτρων αναστολής της διαδικασίας ανάθεσης, απόσπασμα της οποίας παραθέτουμε πιο κάτω:

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

Υιοθετώντας όσα έχουμε αναφέρει στην απόφαση μας ημερομηνίας 30.12.2011, προσθέτουμε ότι η αναφορά σε «*services contract*» (σύμβαση υπηρεσιών) του όρου 1.1.2 υπάγεται στον όρο 1.1. ο οποίος φέρει τον τίτλο «*Key details of the tender procedure*». Το μέρος δηλαδή στο οποίο καταγράφονται από την Αναθέτουσα Αρχή κατά τρόπο σαφή και δεσμευτικό, όλα τα ουσιώδη στοιχεία του διαγωνισμού. Εφόσον η ίδια η Αναθέτουσα Αρχή χαρακτήρισε την διαδικασία ως διαδικασία διαπραγμάτευσης για την ανάθεση σύμβασης υπηρεσιών, κρίνουμε ότι η αποδοχή της προδικαστικής της ένστασης θα ισοδυναμούσε με παραβίαση της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης των προσφοροδοτών προς την διοίκηση και ως εκ τούτου την απορρίπτουμε. Ενόψει τούτου, θα προχωρήσουμε να εξετάσουμε την ουσία της παρούσας Προσφυγής.

Δ. ΘΕΣΕΙΣ ΤΩΝ ΑΙΤΗΤΩΝ

Αρχικά οι Αιτητές αναφέρθηκαν στον ακυρωθέντα διαγωνισμό υπ' αριθμό 131/2011, στην ουσία αμφισβητώντας τόσο το εύρημα της Αναθέτουσας Αρχής ότι η Εταιρεία J & P – AVAX δεν είχε την απαιτούμενη εμπειρία και ως εκ τούτου δεν μπορούσε να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις του εν λόγω διαγωνισμού, όσο και την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής να προβεί στην ακύρωση του.

Επίσης σε σχέση με τον υπ' αρ. 158/2011 διαγωνισμό, οι Αιτητές ανέφεραν ότι αδυνατούν να αντιληφθούν πώς είναι δυνατή και πώς εξασφαλίζεται από την Αναθέτουσα Αρχή η αμερόληπτη αξιολόγηση σε δύο στάδια (τεχνικό και οικονομικό), σε έναν διαγωνισμό όπου η Τεχνική Αξιολόγηση έχει βαρύτητα 70% και η Οικονομική 30%, αλλά οι Οικονομικές προσφορές είναι ήδη γνωστές από το πρώτο στάδιο. Σημείωσαν μάλιστα ότι όπως προκύπτει από το περιεχόμενο του Διοικητικού φακέλου, η Τεχνική και η Οικονομική Αξιολόγηση περιλαμβάνονται σε ένα έγγραφο, με ημερομηνία 29.11.2011, δηλαδή έγιναν ταυτόχρονα και μάλιστα αφού υποβλήθηκαν οι νέες οικονομικές προσφορές που ζητήθηκαν και υποβλήθηκαν στις 24.11.2011.

Αναφορικά με την απόφαση για κατακύρωση του υπό εξέταση διαγωνισμού στην επιτυχή, οι Αιτητές ισχυρίστηκαν ότι αυτή πάσχει καθότι η Αναθέτουσα Αρχή παραβίασε την αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και τους κανόνες δημοσιότητας και διαφάνειας, αρνούμενη να ενημερώσει τους Αιτητές για τα χαρακτηριστικά και τα πλεονεκτήματα της προσφοράς της επιτυχούσας, σύμφωνα με τους όρους του Διαγωνισμού, αλλά και όπως έχει υποχρέωση σύμφωνα με το Άρθρο 51 του Νόμου 11(I)/ 2006 και τον Κανονισμό 27 της ΚΔΠ 179/2009.

Το άρθρο 51 του Ν/ 11(I)/2006 προνοεί τα ακόλουθα:

«51(1) Οι αναθέτοντες φορείς ενημερώνουν γραπτώς, το συντομότερο δυνατό και κατόπιν σχετικής αιτήσεως, τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς σχετικά με τις αποφάσεις που λαμβάνουν για τη σύναψη συμφωνίας-πλαίσιο ή την ανάθεση της σύμβασης ή την αποδοχή σε δυναμικό σύστημα αγορών, συμπεριλαμβανομένων των λόγων για τους οποίους αποφάσισαν να μην συνάψουν συμφωνία-πλαίσιο ή να μην αναθέσουν την σύμβαση για την οποία

υπήρξε διαγωνισμός ή να αρχίσουν νέα διαδικασία ή να μην θέσουν σε εφαρμογή δυναμικό σύστημα αγορών.

(2) Κατόπιν γραπτού αιτήματος του ενδιαφερομένου μέρους, οι αναθέτοντες φορείς γνωστοποιούν το συντομότερο δυνατό και το αργότερο εντός δεκαπέντε (15) ημερών από την παραλαβή του αιτήματος αυτού.

(α) Σε κάθε απορριφθέντα υποψήφιο, τους λόγους απόρριψης της υποψηφιότητάς του.

(β) Σε κάθε απορριφθέντα προσφέροντα, τους λόγους για την απόρριψη της προσφοράς του και, στις περιπτώσεις που αναφέρονται στα εδάφια (4) και (5) του άρθρου 32, αιτιολογούν και την απόφασή τους για τη μη ισοδυναμία ή την απόφασή τους περί του ότι τα έργα, οι προμήθειες, ή οι υπηρεσίες δεν ανταποκρίνονται στις απαιτήσεις περί απόδοσης ή λειτουργίας.

(γ) Σε κάθε προσφέροντα που έχει υποβάλει παραδεκτή προσφορά, τα χαρακτηριστικά και τα σχετικά πλεονεκτήματα της επιλεγείσας προσφοράς, καθώς και το όνομα του αναδόχου ή των συμβαλλομένων μερών στη συμφωνία-πλαίσιο.

Νοείται ότι οι αναθέτοντες φορείς δύνανται να αποφασίζουν να μην γνωστοποιήσουν ορισμένες πληροφορίες που αναφέρονται στο εδάφιο (1) σχετικά με την ανάθεση της σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο ή την αποδοχή σε ένα δυναμικό σύστημα αγορών, εάν η γνωστοποίηση των εν λόγω πληροφοριών θα αποτελούσε εμπόδιο για την εφαρμογή των νόμων ή θα ήταν αντίθετη προς το δημόσιο συμφέρον ή θα έθιγε τα νόμιμα εμπορικά συμφέροντα δημόσιων ή ιδιωτικών οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένου και του φορέα στον οποίο ανατέθηκε η σύμβαση ή θα μπορούσε να θίξει τις συνθήκες θεμιτού ανταγωνισμού μεταξύ οικονομικών φορέων».

Οι Αιτητές υποστήριξαν ότι παρά το γεγονός ότι ζήτησαν επανειλημμένα από την Αναθέτουσα Αρχή με επιστολές τους ημερομηνίας 8.12.2011 και 12.12.2011 πληροφόρηση και λεπτομέρειες σε σχέση με την αξιολόγηση του τεχνικού μέρους των προσφορών που είχαν υποβληθεί, η Αναθέτουσα Αρχή παρέλειψε και/ή αρνήθηκε να συμμορφωθεί με τις υποχρεώσεις της που περιγράφονται στην πιο πάνω νομοθετική διάταξη και με επιστολή της ημερομηνίας 13.12.2011 περιορίστηκε να αναφέρει ότι η αξιολόγηση είχε γίνει με βάση τα Έγγραφα του Διαγωνισμού και ότι τα αποτελέσματα της αξιολόγησης ήταν εμπιστευτικά και δεν θα δίδονταν είτε στον επιτυχόντα είτε στους αποτυχόντες προσφοροδότες. Αυτό, σύμφωνα με τους Αιτητές αντίκειται στο άρθρο 51 του Ν.11(Ι)/2006, το οποίο υποχρεώνει, εκτός εξαιρετικών λόγων, τους οποίους η Αναθέτουσα Αρχή δεν επικαλέστηκε, την εκάστοτε Αναθέτουσα Αρχή όπως πληροφορεί

κάθε προσφέροντα που έχει υποβάλει παραδεκτή προσφορά τα χαρακτηριστικά και τα σχετικά πλεονεκτήματα της επιλεγείσας προσφοράς. Ως εκ τούτου οι Αιτητές ισχυρίστηκαν ότι η εν λόγω παραβίαση εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής του άρθρου 51 του Ν.11(Ι)/2006 θα πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης.

Πέραν των πιο πάνω, οι Αιτητές υποστήριξαν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι παράνομη, καθότι αντίκειται στους όρους και στα έγγραφα του διαγωνισμού. Ειδικότερα παρέπεμψαν στον όρο 1.5 των Εγγράφων του Διαγωνισμού ο οποίος προνοεί τα ακόλουθα:

«1.5 Use of the Negotiated Procedure

Use of the negotiated procedure is made in this Tender, subject to article 38(3) (d) of Cyprus Law N. 11(I)/2006, as follows:

- 1. Tenderers are requested to participate in this Tender, by submitting their technical, commercial and financial offer.*
- 2. The Contracting Entity shall evaluate the technical, contractual and financial aspects of all submitted quotations in accordance with clause 2.13 (Method of Evaluation) in Section 2 (Instructions to Tenderers) below.*
- 3. The Contracting Entity reserves the right to invite for negotiation (if necessary) the Tenderer(s) who are substantially responsive (both technically and financially), with scope to conclude an agreement.*
- 4. The Contracting Entity reserves the right to accept or reject this offer.*
- 5. The award of the Tender shall be made in accordance with Clause 1.6 below».*

Σύμφωνα με τον όρο 2.13 των Εγγράφων του Διαγωνισμού η αξιολόγηση θα γινόταν σε δύο στάδια: α) Τεχνική Αξιολόγηση, β) Οικονομική Αξιολόγηση και η κατακύρωση θα προέκυπτε από την καθορισθείσα στον ίδιο όρο φόρμουλα (70% τεχνική αξιολόγηση και 30% οικονομική αξιολόγηση). Στην προκειμένη περίπτωση αφού είχαν ανοιχθεί οι προσφορές και αφού ήταν γνωστές στην Αναθέτουσα Αρχή οι οικονομικές προσφορές των προσφοροδοτών, η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε ορθό όπως καλέσει σε διευκρινιστική συνάντηση τους δύο προσφοροδότες που είχαν υποβάλει προσφορά. Σε σχέση με τους Αιτητές κατά την διευκρινιστική συνάντηση προέκυψαν κάποιες εργασίες, οι οποίες δεν

περιλαμβάνονταν στην αρχική τους προσφορά και τις οποίες αποδέχθηκαν να εκτελέσουν, αναλαμβάνοντας οι ίδιοι το σχετικό κόστος. Σε σχέση με την επιτυχούσα κατά την διευκρινιστική συνάντηση δεν έγινε οποιαδήποτε διαφοροποίηση της αρχικής του προσφοράς.

Οι Αιτητές ανέφεραν ότι μετά τις πιο πάνω διευκρινιστικές συναντήσεις η Αναθέτουσα Αρχή παράνομα και κατά παράβαση των όρων του Διαγωνισμού ζήτησε από τους προσφοροδότες, για άγνωστους λόγους, όπως υποβάλουν εκ νέου οικονομικές προσφορές. Η ενέργεια αυτή της Αναθέτουσας Αρχής πρώτον δεν προβλέπεται σε οποιοδήποτε όρο του Διαγωνισμού και δεύτερο δεν ήταν αναγκαία εφόσον οι μεν Αιτητές με τη διαφοροποίηση της τεχνικής τους προσφοράς είχαν δηλώσει ότι θα αναλάμβαναν οι ίδιοι το σχετικό κόστος ενώ η επιτυχούσα δεν διαφοροποίησε την τεχνική της προσφορά ούτως ώστε να τίθεται θέμα διαφοροποίησης της οικονομικής της προσφοράς.

Όπως προκύπτει από τα έγγραφα του Διοικητικού Φακέλου, η οικονομική προσφορά των Αιτητών ήταν €575.000. Αυτό επιβεβαιώθηκε στη σύσκεψη με την Αναθέτουσα Αρχή αλλά και γραπτώς στις 24.11.2011. Η επιτυχούσα έδωσε αρχικά μια βασική προσφορά €683.000 (δηλαδή κατά €108.000 υψηλότερη από την προσφορά των Αιτητών) και μια εναλλακτική ύψους €553.000 αλλάζοντας ουσιαστικά όμως το αντικείμενο του Διαγωνισμού (προέβλεπε την ανύψωση του ESP μόνο από την μία πλευρά). Η εναλλακτική προσφορά απορρίφθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή.

Οι Αιτητές επεσήμαναν ότι μετά τις διευκρινιστικές συσκέψεις και ενώ όπως προκύπτει από τα πρακτικά της σύσκεψής της με την Αναθέτουσα Αρχή καμία απολύτως διαφοροποίηση του αντικειμένου δεν προέκυψε, η επιτυχούσα έκανε στις 24.11.2011 έκπτωση €154.000 (22.5%) στην αρχική της τιμή των 683.000 και υπέβαλε προσφορά €529.000, δηλαδή χαμηλότερη και από την αρχική εναλλακτική της προσφορά (€553.000) στην οποία προέβλεπε την μισή δουλειά ανύψωσης του ESP.

Οι Αιτητές σημείωσαν παράλληλα ότι αν ο μαθηματικός τύπος της αξιολόγησης μεταφραστεί σε ύψος προσφοράς διαπιστώνονται τα ακόλουθα:

- i. Αν θεωρηθεί δεδομένη η Τεχνική βαθμολογία 88/100 για τους Αιτητές και 86/100 για την επιτυχούσα, τότε η οικονομική διαφορά των δύο προσφορών είναι μόλις €25.000.
- ii. Με την ίδια Τεχνική βαθμολογία, η οικονομική προσφορά των Αιτητών κερδίζει και την «εναλλακτική» προσφορά της επιτυχούσας, με διαφορά περίπου €5.000.
- iii. Αν η Τεχνική βαθμολογία των Αιτητών ήταν 90/100 και παρέμενε το 86/100 για την επιτυχούσα, τότε το αποτέλεσμα θα ανατρέπετο, υπέρ των Αιτητών, με διαφορά περίπου €9.000.

Στηριζόμενοι στα πιο πάνω οι Αιτητές ισχυρίστηκαν ότι είναι προφανές ότι υπήρξε πληροφόρηση της επιτυχούσας αναφορικά με την προσφορά τους και ότι σε όλη την διαδικασία του Διαγωνισμού υπήρξε μεθόδευση ώστε να μην ανατεθεί η Σύμβαση στους ίδιους. Πρόσθεσαν ότι εφόσον οι όροι του Διαγωνισμού σε κανένα σημείο τους δεν δίδουν το δικαίωμα στην Αναθέτουσα Αρχή να ζητήσει εκ νέου οικονομικές προσφορές η προσβαλλόμενη απόφαση θα πρέπει να ακυρωθεί καθότι στηρίχθηκε σε παράνομη, αναίτιολογητη και εκτός των όρων του Διαγωνισμού απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής να ζητήσει εκ νέου οικονομικές προσφορές, μετά το άνοιγμα των προσφορών που περιείχαν τόσο την τεχνική όσο και την οικονομική προσφορά των προσφοροδοτών.

Ε. ΘΕΣΕΙΣ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ

Η Αναθέτουσα Αρχή απέρριψε όλους τους ισχυρισμούς των Αιτητών αναφέροντας τα ακόλουθα:

Σε σχέση με τους ισχυρισμούς που των Αιτητές που αφορούν τον Διαγωνισμό 131/2011 η Αναθέτουσα Αρχή υπέδειξε ότι αυτοί δεν μπορούν να εξεταστούν αφού ο εν λόγω Διαγωνισμός ακυρώθηκε και συνεπώς δεν υφίσταται πλέον αντικείμενο. Πρόσθεσε ότι το γεγονός ότι κλήθηκαν οι Αιτητές να συμμετάσχουν στο νέο διαγωνισμό δεν

προδικάζει και την συμμόρφωση της προσφοράς τους ή μη με τις απαιτήσεις του Διαγωνισμού η οποία κρίθηκε στο στάδιο της αξιολόγησης.

Αναφορικά με το επιχείρημα των Αιτητών ότι δεν διασφαλίζεται η αντικειμενική αξιολόγηση των προσφορών με τη διαδικασία της τεχνικής αξιολόγησης σε πρώτο στάδιο και της οικονομικής σε δεύτερο στάδιο, η Αναθέτουσα Αρχή απάντησε ότι αυτό που αξιολογείται πρώτα και έχει και την μεγαλύτερη βαρύτητα (70%) είναι το τεχνικό μέρος, ενώ η τελική βαθμολογία προκύπτει από το συνδυασμό με την οικονομική αξιολόγηση, η οποία όμως έχει μικρότερη βαρύτητα (30%). Ο ισχυρισμός των Αιτητών ενδεχομένως να έβρισκε έρεισμα εάν τη μεγαλύτερη βαρύτητα την είχε το οικονομικό μέρος, υποστήριξε η Αναθέτουσα Αρχή.

Στη συνέχεια επεσήμανε ότι με τηλεομοιότυπο ημερομηνίας 7.12.11 ενημέρωσε ως όφειλε τους Αιτητές για τα αποτελέσματα του Διαγωνισμού επισυνάπτοντας πίνακα στον οποίο καταγράφεται η επωνυμία της επιτυχούσας και το ποσό κατακύρωσης. Ακολούθησαν τηλεομοιότυπα των Αιτητών ημερομηνίας 8.12.11 και 12.12.11 με τα οποία ζητούσαν να μάθουν τα αποτελέσματα της τεχνικής αξιολόγησης. Η Αναθέτουσα Αρχή με τηλεομοιότυπο ημερομηνίας 13.12.11 και σε απάντηση των πιο πάνω τηλεομοιότυπων των Αιτητών, τους πληροφόρησε ότι η βαθμολογία της αξιολόγησης είναι εμπιστευτικής φύσης και δεν κοινοποιείται ούτε στην επιτυχούσα εταιρεία ούτε σε μη επιτυχόντες προσφοροδότες.

Η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι από τα πιο πάνω, προκύπτει ότι συμμορφώθηκε πλήρως με τις υποχρεώσεις της που απορρέουν από τον Νόμο και ειδικότερα από το άρθρο 51 του Ν.11(Ι)/2006 αφού κατέστη σαφές στους Αιτητές από την αρχική πληροφόρηση που έλαβαν σε ποιον κατακυρώθηκε ο Διαγωνισμός και σε ποια τιμή.

Εξάλλου, σύμφωνα με τον όρο 2.13 η χαμηλότερη σε τιμή προσφορά θα αξιολογηθεί με 100 βαθμούς. Επομένως, γνωρίζοντας οι Αιτητές από την πληροφόρηση που τους δόθηκε ότι η αξία κατακύρωσης είναι χαμηλότερη αυτής που πρόσφεραν οι ίδιοι γνωρίζουν αυτόματα ότι η επιτυχούσα προσφορά αξιολογήθηκε με 100 βαθμούς. Η Αναθέτουσα Αρχή ισχυρίστηκε ότι η τεχνική αξιολόγηση καθώς και ολόκληρη η έκθεση

αξιολόγησης είναι ζητήματα εμπιστευτικής φύσης τα οποία δεν γνωστοποιούνται σε κανένα εκτός στα πλαίσια προσφυγής ή ιεραρχικής προσφυγής μέσω του διοικητικού φακέλου.

Ο όρος 1.5 σύμφωνα με την Αναθέτουσα Αρχή, της δίδει το δικαίωμα να καλέσει τις εταιρείες εκείνες των οποίων η προσφορά ικανοποιεί ουσιαδώς τους τεχνικούς και οικονομικούς όρους του Διαγωνισμού σε διαπραγμάτευση με σκοπό την ολοκλήρωση συμφωνίας. Η διαπραγμάτευση δεν περιορίζεται σε τεχνικά σημεία αλλά περιλαμβάνει επίσης διαπραγμάτευση στο οικονομικό μέρος μιας προσφοράς. Αυτό ενισχύεται από την παράγραφο 4 του όρου 1.5 ο οποίος προνοεί ότι:

«The Contracting Entity reserves the right to accept or reject this offer.»

Αφήνει συνεπώς να νοηθεί ότι η προσφορά που θα προκύψει μετά τη διαπραγμάτευση μπορεί να γίνει αποδεκτή ή να απορριφθεί από την ΑΗΚ.

Επιπρόσθετα, η Αναθέτουσα Αρχή υπέδειξε ότι όπως καταγράφεται στην παράγραφο 2.3.2 της έκθεσης αξιολόγησης μετά τις διευκρινιστικές συναντήσεις ζητήθηκε από τους προσφοροδότες όπως στη βάση των όσων συζητήθηκαν υποβάλλουν εκ νέου τις οποιεσδήποτε οικονομικές προσφορές τους. Ουδείς εκ των προσφοροδοτών αμφισβήτησε τη διαδικασία που ακολουθήθηκε. Η επιτυχούσα όπως φαίνεται στον Πίνακα που είναι Παράρτημα Γ στην έκθεση αξιολόγησης υπέβαλε μια προσφορά για €663.000 και μια εναλλακτική για €553.000. Όπως καταγράφεται στην έκθεση αξιολόγησης, η εναλλακτική προσφορά της επιτυχούσας απορρίφθηκε ως εμπεριέχουσα αυξημένους κινδύνους οι οποίοι συζητήθηκαν στη διαπραγματευτική συνάντηση.

Μετά το πέρας των διαπραγματεύσεων, η επιτυχούσα με επιστολή της ημερομηνίας 24.11.11 επιβεβαίωσε ότι στη βάση των όσων εγέρθηκαν και επεξηγήθηκαν στις διαπραγματεύσεις, η προσφερόμενη τιμή τους είναι €529.000. Οι Αιτητές με επιστολή τους ίδιας ημερομηνίας διατήρησαν την τιμή που δόθηκε αρχικά στην προσφορά τους δηλαδή το ποσό των €575.000.

Η Αναθέτουσα Αρχή επεσήμανε ότι όπως προκύπτει από την παράγραφο Β3 του Παραρτήματος Δ της έκθεσης αξιολόγησης, είχε επιστήσει την προσοχή της επιτυχούσας τόσο στη συνολική της τιμή όσο και στο κόστος επιδιόρθωσης υποδεικνύοντας της ότι και τα δυο είναι ψηλότερα από τα αναμενόμενα και η επιτυχούσα δεσμεύτηκε να επανέλθει.

Συνοψίζοντας, η Αναθέτουσα Αρχή απέρριψε κατηγορηματικά τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι υπήρξε πληροφόρηση της επιτυχούσας για την προσφερόμενη τιμή των Αιτητών και μεθόδευση ώστε να μην ανατεθεί η σύμβαση στους ίδιους και παρέπεμψε στα πρακτικά της διαπραγματευτικής συνάντησης όπου όλα τα θέματα που συζητήθηκαν καταγράφηκαν με σαφήνεια και καθαρότητα χωρίς να υπάρχει οποιαδήποτε μεθόδευση.

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

Αρχικά θα πρέπει να αναφέρουμε ότι συμφωνούμε με την Αναθέτουσα Αρχή ότι οι ισχυρισμοί των Αιτητών που σχετίζονται με τον ακυρωθέντα διαγωνισμό υπ' αρ. 131/2011 δεν μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο εξέτασης στα πλαίσια της παρούσας διαδικασίας στην οποία προσβάλλουν την απόφαση για κατακύρωση του διαγωνισμού 158/2011 στην επιτυχούσα. Τέτοιοι ισχυρισμοί θα μπορούσαν να εξεταστούν στα πλαίσια προσφυγής εφόσον αυτή καταχωρείτο από τους Αιτητές σε σχέση με την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής να ακυρώσει το διαγωνισμό υπ' αρ. 131/2011. Ως εκ τούτου θα προχωρήσουμε να εξετάσουμε μόνο τους προβληθέντες από τους Αιτητές λόγους ακύρωσης που σχετίζονται με την απόφαση που λήφθηκε στο διαγωνισμό.

Όσον αφορά στον ισχυρισμό των Αιτητών ότι δεν είναι δυνατόν να εξασφαλιστεί η αμερόληπτη αξιολόγηση των προσφορών όταν τόσο το τεχνικό όσο και το οικονομικό μέρος τους υποβάλλονται στον ίδιο φάκελο, σημειώνουμε ότι με βάση τη νομολογία

ισχυρισμοί για μεροληπτική κρίση θα πρέπει να αποδεικνύονται επαρκώς εκτός όπου υπάρχει τεκμήριο επηρεασμού αμερόληπτης κρίσης, το οποίο δεν διαπιστώνεται στην παρούσα υπόθεση (βλ. *ΕΔΥ ν. Σολωμού (1998) 3 ΑΑΔ 769*). Πρόσθετα κρίνουμε ότι με βάση το δόγμα της επιδοκίμασίας και αποδοκίμασίας δεν είναι το κατάλληλο στάδιο να προωθηθεί από τους Αιτητές ένας τέτοιος ισχυρισμός εφόσον γνώριζαν τη διαδικασία που θα ακολουθείτο εκ των προτέρων και είχαν τη δυνατότητα να την προσβάλουν σε προγενέστερο στάδιο, ωστόσο παρέλειψαν να το πράξουν. Εν πάση περιπτώσει κρίνουμε ότι στην παρούσα υπόθεση είναι σαφώς καταγεγραμμένες στους όρους του διαγωνισμού οι διαδικασίες αξιολόγησης και η βαρύτητα που αποδίδεται σε κάθε μέρος της προσφοράς και συνεπώς δεν τεκμηριώνεται ο ισχυρισμός των Αιτητών για μη εξασφάλιση αμερόληπτης αξιολόγησης και τον απορρίπτουμε.

Το επόμενο ζήτημα που ανακύπτει είναι η άρνηση της Αναθέτουσας Αρχής να ικανοποιήσει το αίτημα που περιλαμβάνεται στα τηλεομοιότυπα των Αιτητών ημερομηνίας 8.12.11 και 12.12.11 να τους πληροφορήσουν περαιτέρω αναφορικά με την αξιολόγηση του τεχνικού μέρους των προσφορών που υποβλήθηκαν. Ανατρέχοντας στο περιεχόμενο του διοικητικού φακέλου διαπιστώνουμε ότι πράγματι στο τηλεομοιότυπο της ημερομηνίας 13.12.11 η Αναθέτουσα Αρχή απάντησε στους Αιτητές ότι αφενός η αξιολόγηση έγινε σε συμμόρφωση με τους όρους των εγγράφων του διαγωνισμού και αφετέρου ότι οι βαθμολογίες που έλαβαν κατά τη διάρκεια της αξιολόγησης οι υποβληθείσες προσφορές είναι εμπιστευτικές πληροφορίες. Οι Αιτητές θεωρούν ότι η άρνηση αυτή της Αναθέτουσας Αρχής συνιστά παραβίαση του άρθρου 51 του Ν.11(Ι)/2006. Η εν λόγω νομοθετική διάταξη παρατίθεται αυτούσια πιο πάνω. Από το περιεχόμενό της προκύπτει ότι αποτελεί υποχρέωση της εκάστοτε Αναθέτουσας Αρχής να ενημερώσει όλους τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς αναφορικά με την απόφαση της καθώς και τους λόγους που οδήγησαν σε αυτήν.

Εφαρμόζοντας τις πρόνοιες του άρθρου 51 στα περιστατικά της παρούσας υπόθεσης, θεωρούμε ότι η Αναθέτουσα Αρχή συμμορφώθηκε με την υποχρέωση της αυτή. Τούτο γιατί ενημέρωσε τους Αιτητές τόσο για το όνομα της επιτυχούσας όσο και για το ποσό κατακύρωσης της σύμβασης. Ήταν εξ αρχής γνωστό στους Αιτητές το κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης (highest ranked score με βάση τον όρο 1.1.3) και συνεπώς,

γνωρίζοντας το αποτέλεσμα του διαγωνισμού, δεν υπήρχε αμφιβολία ότι ο λόγος που οδήγησε στην απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, ήταν ότι έλαβαν χαμηλότερη συνολική βαθμολογία, με δεδομένο μάλιστα ότι η προσφορά τους ήταν εντός προδιαγραφών εφόσον κλήθηκαν στη διαδικασία διαπραγμάτευσης. Επιπλέον αναφέρουμε ότι όπως καθιερώθηκε νομολογιακά, όταν υπάρχει ικανοποιητική αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης, η οποία ωστόσο δεν κοινοποιήθηκε ολόκληρη στον ενδιαφερόμενο, δεν επηρεάζει τη νομιμότητα της απόφασης. Αντικείμενο της παρούσας προσφυγής δεν είναι η επιστολή ημερομηνίας 7.12.2011 αλλά η απόφαση που κοινοποιήθηκε με αυτή την επιστολή, η οποία κρίνεται δεόντως αιτιολογημένη.

Για το θέμα της επίκλησης της εμπιστευτικότητας από την Α.Α. παρατηρούμε ότι εφόσον κατά την ενώπιον μας διαδικασία αυτό ουδέποτε τέθηκε και οι Αιτητές είχαν πλήρη πρόσβαση στο περιεχόμενο του διοικητικού φακέλου, απορρίπτουμε τους ισχυρισμούς για έλλειψη διαφάνειας εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής. Ωστόσο, σημειώνουμε ότι καλό είναι η διοίκηση να επικαλείται με φειδώ το επιχείρημα της εμπιστευτικότητας και εκεί όπου πράγματι ανακύπτει η ανάγκη για προστασία συγκεκριμένων στοιχείων.

Σε σχέση με τους λόγους ακύρωσης που σχετίζονται με τη διαφοροποίηση της προσφερόμενης τιμής, αναφέρουμε ότι με βάση τον όρο 1.5.3 των εγγράφων του διαγωνισμού «*The contracting entity reserves the right to invite for negotiation (if necessary) the Tenderer(s) who are substantially responsive (both technically and financially), with scope to conclude an agreement.*» Από το λεκτικό του όρου με τον οποίο ουσιαστικά τίθεται ο σκοπός των διαπραγματεύσεων, προκύπτει σαφώς ότι η Αναθέτουσα Αρχή καλεί σε διαπραγμάτευση τους προσφοροδότες που ανταποκρίνονται ουσιαστικά, τεχνικά και οικονομικά, για να καταλήξει σε συμφωνία. Η έννοια της διαπραγμάτευσης σαφώς μπορεί να επάγεται τη διαφοροποίηση της προσφοράς, περιλαμβανομένης και της τιμής και ως εκ τούτου απορρίπτουμε και αυτόν τον λόγο ακύρωσης.

Συναφώς απορρίπτουμε και τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι η Α.Α. παράνομα κάλεσε την επιτυχούσα να μειώσει την προσφερόμενη τιμή της καθότι αυτό προβλέπεται από τις πρόνοιες του όρου 1.5.3 των εγγράφων του διαγωνισμού. Εν πάση περιπτώσει

διαπιστώνουμε ότι η Α.Α. δεν κάλεσε μόνο την επιτυχούσα να μειώσει την προσφερόμενη τιμή της αλλά και τους Αιτητές κατά τη διάρκεια της διαπραγματευτικής / διευκρινιστικής συνάντησης τους. Ειδικότερα παραπέμπουμε στα πρακτικά της συνάντησης ημερομηνίας 17.11.11 ανάμεσα στους Αιτητές και στην Αναθέτουσα Αρχή, απόσπασμα των οποίων παραθέτουμε αυτούσιο:

«The EAC drew the attention of the tenderer to the second item of the Price Schedule (Cost of Equipment to be utilized for the period of works at site) and asked for it to be revisited as it is considered to be significantly higher than anticipated. Tenderer promised to revert as soon as possible».

Ενόψει όλων των πιο πάνω κρίνουμε ομόφωνα ότι η παρούσα Προσφυγή απορρίπτεται και η προσβαλλόμενη απόφαση επικυρώνεται.

Δεν επιδικάζονται έξοδα επί της διαδικασίας.