



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. 91/2009

Μεταξύ:

DARIA TRADING LTD

Αιτούντων

v.

ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΚΡΑΤΙΚΩΝ ΑΓΟΡΩΝ ΚΑΙ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών:**

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

Αιτούντες:

DARIA TRADING LTD LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Αλεξία Κουντουρή- Παπαευσταθίου, Δικηγόρο
2. Μίκη Χριστοδούλου, Διευθυντή αιτούσας εταιρείας
3. Mario Baudin, Εκπρόσωπος αιτούσας εταιρείας
4. Massimo Cucchiatti, Εκπρόσωπος αιτούσας εταιρείας
5. Davide Riccobono, Εκπρόσωπος αιτούσας εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΤΜΗΜΑ ΚΡΑΤΙΚΩΝ ΑΓΟΡΩΝ ΚΑΙ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Ανδρέα Χρίστου, Διευθυντή Τμήματος Κρατικών Αγορών και Προμηθειών
2. Λάζαρο Λαζαρή, Λέκτορα Μηχανολογίας ΑΤΙ
3. Ιωάννη Κωνσταντίνου, Αποθηκάριο Τμήματος Κρατικών Αγορών και Προμηθειών

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 27 Ιανουαρίου, 2010

Α Π Ο Φ Α Σ Η

A. Με την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή η εταιρεία DARIA TRADING LTD (στο εξής «Αιτητές») στρέφεται κατά της απόφασης του Τμήματος Κρατικών Αγορών και Προμηθειών (στο εξής «Αναθέτουσα Αρχή»), να κατακυρώσει το Διαγωνισμό αρ. 2009Τ0050, για την «*Προμήθεια στηθαίων ασφαλείας, οριζόντιων ράβδων και ορθοστατών*» σε άλλο προσφοροδότη.

B. Συνοπτικά τα γεγονότα της παρούσας υπόθεσης είναι τα ακόλουθα:

1. Ο υπό εξέταση διαγωνισμός δημοσιεύτηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας την 22.5.09 καθώς και στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

2. Τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 17.7.09.

3. Ακολουθήθηκε η ανοικτή διαδικασία με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή ανάμεσα στις προσφορές οι οποίες πληρούν τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές που έχουν τεθεί. Υποβλήθηκαν τέσσερις προσφορές μεταξύ των οποίων και η προσφορά των Αιτητών.

4. Κατά το στάδιο της τεχνικής αξιολόγησης των προσφορών η διορισθείσα πενταμελής Επιτροπή Αξιολόγησης έκρινε ότι τρεις εκ των τεσσάρων προσφορών ήταν εκτός προδιαγραφών. Ως εκ τούτου, εισηγήθηκε η σύμβαση να ανατεθεί στον προσφοροδότη I.ME.VA.SpA (στο εξής «επιτυχούσα») ως τον φθηνότερο εντός προδιαγραφών προσφοροδότη.

5. Με επιστολή ημερομηνίας 29.9.09 προς τον Πρόεδρο του Συμβουλίου Προσφορών του Υπουργείου Οικονομικών, ο Διευθυντής του Τμήματος Κρατικών Αγορών και Προμηθειών διαβίβασε την έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης.

6. Το Συμβούλιο Προσφορών του Υπουργείου Οικονομικών σε συνεδρία του την 7.10.09, αφού μελέτησε την έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης αποφάσισε όπως ζητήσει την υποβολή συμπληρωματικής έκθεσης αξιολόγησης στην οποία να διευκρινίζεται ποιες από τις αποκλίσεις που παρουσίαζε η προσφορά των Αιτητών κρίθηκαν από την Επιτροπή Αξιολόγησης ουσιώδεις και ποιες όχι.

7. Με επιστολή του ημερομηνίας 10.10.09 προς τον Πρόεδρο του Συμβουλίου Προσφορών του Υπουργείου Οικονομικών, ο Διευθυντής της Αναθέτουσας Αρχής εξέφρασε την άποψη του αναφορικά με την αξιολόγηση της προσφοράς των Αιτητών παραπέμποντας σε αποσπάσματα της έκθεσης της Επιτροπής Αξιολόγησης ημερομηνίας 29.9.09.

8. Την 16.10.09 το Συμβούλιο Προσφορών του Υπουργείου Οικονομικών συνεδρίασε εκ νέου, ενέκρινε την έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης και υιοθέτησε την εισήγηση της.

9. Στις 20.10.09 η Αναθέτουσα Αρχή με επιστολή της προς όλους τους Προσφοροδότες γνωστοποίησε την πιο πάνω απόφαση της αναφέροντας παράλληλα τους λόγους αποκλεισμού τους. Συγκεκριμένα, οι Αιτητές αποκλείστηκαν λόγω παράλειψης συμμόρφωσης με τους όρους 9.3.2(2) και 9.3.2(3) του Διαγωνισμού.

10. Με επιστολή τους ημερομηνίας 27.10.09 οι Αιτητές κοινοποίησαν στην Αναθέτουσα Αρχή τη διαφωνία τους με την απόφασή της ημερομηνίας 16.10.09 καθώς και την πρόθεσή τους να ασκήσουν Ιεραρχική Προσφυγή ενώπιον της Α.Α.Π.

11. Η Αναθέτουσα Αρχή απαντώντας στους Αιτητές με επιστολή της ημερομηνίας 30.10.09 απέρριψε τους λόγους ένστασης που είχαν προβάλει με την επιστολή τους ημερομηνίας 27.10.09.

12. Στις 9.11.09 οι Αιτητές καταχώρησαν την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή. Την ίδια μέρα καταχώρησαν Αίτηση για λήψη προσωρινού μέτρου με το οποίο να αναστέλλεται η διαδικασία ανάθεσης και υπογραφής της υπό εξέταση σύμβασης μέχρι

την ολοκλήρωση της παρούσας διαδικασίας. Το εν λόγω μέτρο εκδόθηκε την 9.11.09 και παρατάθηκε την 11.11.09.

Γ. Οι θέσεις των Αιτητών

Οι Αιτητές κατά την ενώπιον μας ακροαματική διαδικασία προέβαλαν τους ακόλουθους λόγους ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης:

1. Αναφέρθηκαν στη συνεδρία του Συμβουλίου Προσφορών την 7.10.09 κατά την οποία αποφασίστηκε να ζητηθεί από την Επιτροπή Αξιολόγησης η υποβολή συμπληρωματικής έκθεσης στην οποία θα διευκρινίζονται ποιες από τις αποκλίσεις της προσφοράς των Αιτητών ήταν κατά τη γνώμη της Επιτροπής ουσιώδεις. Οι Αιτητές επεσήμαναν ότι το θέμα αυτό ήταν ιδιαίτερα σημαντικό αφού αν τελικά οι Αιτητές κρίνονταν εντός προδιαγραφών η προσφορά τους θα υπερεπερνούσε έναντι της προσφοράς της επιτυχούσας καθ' ότι η προσφερόμενη τιμή των Αιτητών ήταν χαμηλότερη. Παρέπεμψαν στην επιστολή του Διευθυντή της Αναθέτουσας Αρχής ημερομηνίας 10.10.09 η οποία αποστάληκε προς το Συμβούλιο Προσφορών αντί της συμπληρωματικής έκθεσης η οποία είχε ζητηθεί και υποστήριξαν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πάσχει καθότι το Συμβούλιο Προσφορών ως αποφασίζον όργανο παρέλειψε να διενεργήσει δέουσα έρευνα. Αυτό προκύπτει όπως ανέφεραν από το γεγονός ότι ενώ το Συμβούλιο Προσφορών διαπίστωσε την ανάγκη περαιτέρω διευκρινίσεων από την ίδια την Επιτροπή Αξιολόγησης αναφορικά με τις αποκλίσεις της προσφοράς των Αιτητών, εντούτοις προχώρησαν στη λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης παρά το γεγονός ότι ουδέποτε υποβλήθηκε η ζητηθείσα συμπληρωματική έκθεση αξιολόγησης. Επεσήμαναν ότι οι αρμοδιότητες του Διευθυντή της Αναθέτουσας Αρχής σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία δεν εκτείνονται σε ενέργειες που ουσιαστικά ισοδυναμούν με υποκατάσταση των αρμοδιοτήτων της Επιτροπής Αξιολόγησης. Πρόσθετα, σύμφωνα με τους Αιτητές, στην επιστολή ημερομηνίας 10.10.09 ουσιαστικά επαναλαμβάνονται τα όσα αναφέρονται στην έκθεση αξιολόγησης και συνεπώς δεν είναι δυνατόν να απαντήθηκαν οι ασάφειες και τα ερωτήματα που προέκυψαν από το περιεχόμενο της έκθεσης αξιολόγησης.

2. Στη συνέχεια οι Αιτητές υπέδειξαν ότι σε διάφορα σημεία της έκθεσης αξιολόγησης υπήρχαν αντιφατικά σχόλια και παρατηρήσεις αναφορικά με την προσφορά τους, με αποτέλεσμα να εγείρονται αμφιβολίες ως προς το ποιοι τελικά ήταν οι λόγοι που οδήγησαν στον αποκλεισμό τους. Συγκεκριμένα, παρέπεμψαν στον όρο 9.3.2(3) του Διαγωνισμού ο οποίος προνοεί μεταξύ άλλων τα ακόλουθα:

«Τα κατατιθέμενα prospectus πρέπει να περιγράφουν και να επαληθεύουν τα τεχνικά και ποιοτικά χαρακτηριστικά όμοιων με τα υπό προμήθεια προϊόντα που βρίσκονται στην τυποποιημένη γραμμή παραγωγής του εργοστασίου κατασκευής..»

Η θέση των Αιτητών είναι ότι η λέξη «όμοια» θα πρέπει να ερμηνεύεται ως «αυτός που έχει περίπου τα ίδια χαρακτηριστικά γνωρίσματα» και όχι ως πανομοιότυπα. Συνεπώς, οι προσφοροδότες είχαν βάσει του όρου 9.3.2(3) τη δυνατότητα να υποβάλουν στα πλαίσια της προσφοράς τους prospectus στα οποία να φαίνονται τα χαρακτηριστικά όμοιων προϊόντων με αυτά που κατασκευάζουν. Σε περίπτωση που δεν είναι πανομοιότυπα, θα πρέπει να συνοδεύονται από επιστολή του νόμιμου αντιπροσώπου του εργοστασίου στο οποίο θα κατασκευαστούν τα προσφερόμενα προϊόντα σύμφωνα με τις πρόνοιες του όρου 9.3.2(3), ότι δηλαδή έπραξαν οι Αιτητές. Υποστήριξαν ότι οι όροι του Διαγωνισμού δεν απαιτούσαν να είναι ήδη σε κυκλοφορία τα προσφερόμενα προϊόντα και ως εκ τούτου κακώς αποκλείστηκαν για το λόγο ότι δε συμμορφώθηκαν με τον πιο πάνω όρο του Διαγωνισμού.

3. Προχωρώντας οι Αιτητές παρέπεμψαν στον όρο 9.3.2(2) του Διαγωνισμού ο οποίος αφορούσε στην: *«Αναλυτική παρουσίαση των προσφερόμενων προϊόντων και των τεχνικών τους χαρακτηριστικών με την συμπλήρωση του πίνακα Προσφοράς και Συμμόρφωσης με τις τεχνικές προδιαγραφές, ο οποίος θα είναι σύμφωνος με το υπόδειγμα (Έντυπο 9), το οποίο περιλαμβάνεται στο Προσάρτημα της παρούσας πρόσκλησης»*. Όπως ανέφεραν, οι όροι του Διαγωνισμού που περιλάμβανε το έντυπο 9, απαιτούσαν όπως τα προσφερόμενα προϊόντα έχουν επίπεδο συγκράτησης N2 σύμφωνα με το πρότυπο EN 1317-1,2 και το πλάτος εργασίας (working width) να είναι μικρότερο του 1.3. Όμως, το

πρότυπο EN 1317-1.2 σύμφωνα με τους Αιτητές απαιτεί πλάτος εργασίας ίσο ή μικρότερο του 1.3 και συνεπώς αυτό θα έπρεπε να προνοούν και οι όροι του παρόντος Διαγωνισμού αφού δεν είναι δυνατόν η Αναθέτουσα Αρχή να απαιτεί τη συμμόρφωση με συγκεκριμένα πρότυπα τα οποία όμως διαφοροποιεί.

4. Τέλος, οι Αιτητές τόνισαν ότι οι όροι του Διαγωνισμού δεν απαιτούσαν την υποβολή πιστοποιητικού *crashing test* αλλά πιστοποιητικού ελέγχου ποιότητας το οποίο είχαν υποβάλει στα πλαίσια της προσφοράς τους. Εσφαλμένα λοιπόν η Αναθέτουσα Αρχή ζήτησε εκ των υστέρων πιστοποιητικό που να αποδεικνύει ότι είχε διενεργηθεί *crashing test* αφού οι όροι του Διαγωνισμού δεν απαιτούσαν κάτι τέτοιο.

Δ. Οι θέσεις της Αναθέτουσας Αρχής

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

1. Οι λόγοι για τους οποίους αποκλείστηκαν οι Αιτητές αναφέρονται σαφώς στην επιστολή της Αναθέτουσας Αρχής προς αυτούς, ημερομηνίας 20.10.09. Σύμφωνα με την επιστολή αυτή η προσφορά των Αιτητών απορρίφθηκε γιατί δεν υπήρξε συμμόρφωση με τους όρους 9.3.2(2) και 9.3.2(3) του Διαγωνισμού. Ειδικότερα, αναφέρει τα ακόλουθα:

«Στα Prospectus που υποβάλατε δεν περιέχεται και το προσφερόμενο σύστημα Σηθαίων Ασφαλείας. Επίσης υποβάλατε προκαταρκτικό πιστοποιητικό ποιοτικού ελέγχου του εν λόγω συστήματος, το οποίο ήταν και ελλιπές. Και αυτό γιατί σε αυτό δεν γίνεται αναφορά στα αποτελέσματα του ελέγχου της παραμέτρου που αφορά το πλάτος εργασίας του προτεινόμενου συστήματος. Προσκομίσατε τελικά τα σχετικά τελικά πιστοποιητικά ποιοτικού ελέγχου, μετά που σας ζητήθηκε, τα οποία όμως φέρουν ημερομηνίες έκδοσης μεταγενέστερες της ημερομηνίας υποβολής της προσφοράς σας, και από απόψεως περιεχομένου, διαφέρουν από το εν λόγω προκαταρκτικό πιστοποιητικό.»

Η θέση της Αναθέτουσας Αρχής ήταν ότι στην εν λόγω επιστολή προς τους Αιτητές καταγράφονται ευκρινώς οι λόγοι για τους οποίους δεν επιλέγηκε η προσφορά τους.

2. Στη συνέχεια οι εκπρόσωποι της Αναθέτουσας Αρχής υποστήριξαν ότι η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή πάσχει δικονομικά και ως εκ τούτου θα πρέπει να απορριφθεί, για το λόγο ότι δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις που τίθενται δυνάμει του άρθρου 56(5)(α) του Ν.101(Ι)/2003, το οποίο προνοεί ότι «*Ο Ενδιαφερόμενος προσδιορίζει ειδικά τους νομικούς και πραγματικούς λόγους επί των οποίων βασίζεται η προσφυγή του στην Α.Α.Π, η οποία συνοδεύεται από πλήρη αποδεικτικά στοιχεία....*» Ανέφεραν ότι οι Αιτητές στο έντυπο της Ιεραρχικής Προσφυγής τους επικαλούνται αόριστα και αναπόδεικτα μια σειρά από νομικούς λόγους οι οποίοι ουσιαστικά είναι διαφορετικοί από το περιεχόμενο των αιτιάσεων που υπέβαλαν στα πλαίσια της διοικητικής προσφυγής εναντίον της προσβαλλόμενης απόφασης. Συνεπώς, πρόσθεσαν, αν η εικαζόμενη παράβαση που προβάλλεται από τους Αιτητές στα πλαίσια της Ιεραρχικής Προσφυγής διαφέρει από την αρχική που είχαν προβάλει ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 56(2) του Ν.101(Ι)/2003. Ενόψει της θέσης τους αυτής οι εκπρόσωποι της Αναθέτουσας Αρχής εισηγήθηκαν την απόσυρση από τους Αιτητές των νομικών λόγων που προέβαλαν ούτως ώστε να απομείνει ως μοναδικό επίδικο ζήτημα η νομιμότητα του αποκλεισμού των Αιτητών από τη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης.
3. Αναφερόμενοι στις αποκλίσεις της προσφοράς των Αιτητών από τους όρους του Διαγωνισμού, οι εκπρόσωποι της Αναθέτουσας Αρχής παρέπεμψαν στο Έντυπο 9 που υπέβαλαν οι Αιτητές σημειώνοντας ότι στη στήλη με τον τίτλο «Απάντηση-Προσφορά», οι Αιτητές σημείωσαν τη λέξη «ΝΑΙ», χωρίς όμως τη δέουσα τεκμηρίωση αφού η τελευταία στήλη του εν λόγω εντύπου ήταν κενή. Σύμφωνα με την Αναθέτουσα Αρχή παρά το γεγονός ότι η παράλειψη αυτή ήταν αρκετή για να οδηγήσει στον αποκλεισμό των Αιτητών, εντούτοις η Επιτροπή Αξιολόγησης αναζήτησε την αναγκαία τεκμηρίωση στα υποβληθέντα από τους Αιτητές έγγραφα. Στην επιστολή ημερομηνίας 13.7.09 της Ιταλικής εταιρείας Tubosider, εκ

μέρους της οποίας ενεργούσαν οι Αιτητές ως εξαρτημένος αντιπρόσωπος (dependent agent), αναφέρονται μεταξύ άλλων τα ακόλουθα:

«...The Certified barriers supplied by us will comply with the specifications required by this Tender, i.e. Strength according to EN1317-1/2 for the type N2 W4...»

Η θέση της Αναθέτουσας Αρχής είναι ότι η παραπομπή της προκήρυξης στο Ευρωπαϊκό Πρότυπο EN 1712-1/2, δεν αφορά το σύνολο των απαιτήσεων που αυτό καθιερώνει αλλά, αφορά μόνο ορισμένα χαρακτηριστικά του, ενώ παράλληλα γίνεται αναφορά σε συγκεκριμένες επιδόσεις και λειτουργικές απαιτήσεις για ορισμένα άλλα, όπως για παράδειγμα το πλάτος εργασίας. Συνεπώς, από το περιεχόμενο της πιο πάνω επιστολής προκύπτει ότι δεν προσφέρθηκε το απαιτούμενο από τους όρους του Διαγωνισμού σύστημα στηθαίων.

Πρόσθετα, η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι πέραν της προαναφερόμενης απόκλισης από τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές, στην προσφορά των Αιτητών δεν περιλαμβάνονταν τα αποτελέσματα του ελέγχου της κρίσιμης και ιδιαίτερα σημαντικής παραμέτρου της τεχνικής προδιαγραφής, αναφορικά με το πλάτος εργασίας (Working Width). Όταν λοιπόν η Επιτροπή Αξιολόγησης ασκώντας τη διακριτική της εξουσία ζήτησε από τους Αιτητές την υποβολή επιπρόσθετων στοιχείων, το μόνο έγγραφο που υπέβαλαν οι Αιτητές ήταν ένα Testing Report ημερομηνίας 21.7.09, στο οποίο διαπιστώθηκαν ορισμένες αντιφάσεις και ασάφειες. Προς υποστήριξη της θέσης της η Αναθέτουσα Αρχή παρέπεμψε στην απόφαση ημερομηνίας 18.9.2000 στην υπόθεση υπ' αρ. 635/98, *Ninte Trading Ltd v. Δημοκρατίας*, όπου κρίθηκε ότι δεν επιτρέπεται η εκ των υστέρων συμπλήρωση υποβληθέντος εντύπου καθώς και ότι η συμπλήρωση του με αναγραφή της αγγλικής λέξης «complied» δεν θεωρείται συμμόρφωση.

4. Αναφορικά με τον όρο 9.3.2(3) του Διαγωνισμού, η Αναθέτουσα Αρχή προέβαλε τον ισχυρισμό ότι η γραμματική και νοηματική ερμηνεία της συγκεκριμένης πρόνοιας είναι σαφέστατη, χωρίς να παρέχεται οποιοδήποτε περιθώριο παρερμηνείας ή αμφισβήτησης. Πρόσθεσε δε, ότι το υποβληθέν από τους

Αιτητές Prospectus δεν περιέχει οποιοσδήποτε πληροφορίες για το προτεινόμενο σύστημα. Σε αυτό περιγράφονται και τεκμηριώνονται τα τεχνικά και ποιοτικά χαρακτηριστικά άλλων παρόμοιων συστημάτων, ένα εκ των οποίων είχε προσφερθεί από τους Αιτητές στα πλαίσια προηγούμενου διαγωνισμού. Επεσήμανε ότι σύμφωνα με τον όρο 9.3.2(3) σε περίπτωση που τα στοιχεία της προσφοράς διαφέρουν από τα τεχνικά χαρακτηριστικά των συστημάτων που περιγράφονται στα υποβληθέντα Prospectus, η προσφορά θα πρέπει να συνοδεύεται από σχετική επιστολή στην οποία να δηλώνεται η συμμόρφωση ή απόκλιση του προτεινόμενου συστήματος από οποιοδήποτε σημείο των αντίστοιχων προδιαγραφών του συστήματος που περιγράφεται στα εν λόγω Prospectus. Υποστήριξε δε, ότι το περιεχόμενο της επιστολής που υπέβαλαν οι Αιτητές δεν ικανοποιεί τις απαιτήσεις του όρου 9.3.2(3).

5. Επιπρόσθετα, η Αναθέτουσα Αρχή απέρριψε τον ισχυρισμό ότι η προσφερόμενη από τους Αιτητές τιμή ήταν χαμηλότερη, αναφέροντας παράλληλα ότι η προσφορά των Αιτητών ήταν εκτός προδιαγραφών αλλά και ακριβότερη της επιτυχούσας.
6. Τέλος, οι εκπρόσωποι της Αναθέτουσας Αρχής τόνισαν ότι τα αρμόδια διοικητικά όργανα ενήργησαν νόμιμα και με πλήρη διαφάνεια κατά τη διαδικασία λήψης της προσβαλλόμενης απόφασης.

Ε. Αφού ακούσαμε τις θέσεις των δύο πλευρών και μελετήσαμε ενδελεχώς τα σχετικά στοιχεία των Διοικητικών Φακέλων καταλήγουμε στα ακόλουθα:

Αρχικά θα πρέπει να αναφερθούμε στο θέμα που ήγειρε η πλευρά της Αναθέτουσας Αρχής σε σχέση με τους νομικούς και πραγματικούς λόγους που προωθούν οι Αιτητές στα πλαίσια της αναφοράς τους σε εικαζόμενη παράβαση αμέσως μετά τη λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης αλλά και σε μεταγενέστερο στάδιο στα πλαίσια της Ιεραρχικής Προσφυγής τους ενώπιον της ΑΑΠ. Σημειώνουμε ότι η προϋπόθεση που θέτει το άρθρο 56(2) του Ν.101(Ι)/2003 ουσιαστικά αφορά στην εικαζόμενη παράβαση

την οποία μπορεί ο προσφοροδότης με βάση τα ενώπιον του στοιχεία τη δεδομένη χρονική στιγμή να διαπιστώσει. Η παράβαση αυτή προφανώς μπορεί να σχετίζεται μόνο με το περιεχόμενο της δικής του προσφοράς. Δεν μπορούμε λοιπόν να απαιτούμε από τον εκάστοτε προσφοροδότη να καταγράψει με ακρίβεια τις κατ' ισχυρισμό του παραβάσεις που σχετίζονται με την προσφορά άλλων προσφοροδοτών ή τη διαδικασία λήψης της προσβαλλόμενης απόφασης αφού τη δεδομένη χρονική στιγμή δεν έχουν περιέλθει στη γνώση του τα αναγκαία στοιχεία για να το πράξει. Κατά συνέπεια, αποδεχόμαστε το γεγονός ότι ο προσφοροδότης είναι σε θέση να προσδιορίσει σαφώς τόσο τους νομικούς όσο και τους πραγματικούς λόγους ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης μόνο αφού τεθεί στη διάθεση του το σύνολο των διοικητικών φακέλων της υπόθεσης. Σε αντίθετη περίπτωση, θα εναποθέταμε δυσβάσταχτο βάρος στους εν δυνάμει Αιτητές ιεραρχικής προσφυγής ενώπιον της ΑΑΠ που ουσιαστικά θα ισοδυναμούσε με περιορισμό των δικαιωμάτων που τους παρέχει ο Νόμος για προσφυγή εναντίον διοικητικής πράξης ή απόφασης. Ως εκ τούτου απορρίπτουμε αυτήν τη θέση της Αναθέτουσας Αρχής.

Αναφορικά με τον πρώτο λόγο ακύρωσης που προέβαλε η πλευρά των Αιτητών και άπτεται των αρμοδιοτήτων του Διευθυντή του Τμήματος Κρατικών Αγορών και Προμηθειών και κατ' επέκταση της νομιμότητας της διαδικασίας λήψης της προσβαλλόμενης απόφασης, ο κανονισμός 14 της Κ.Δ.Π. 201/2007 διαλαμβάνει, αναφορικά με τις εξουσίες και αρμοδιότητες του προϊστάμενου της Αναθέτουσας Αρχής, μεταξύ άλλων τα ακόλουθα:

«(3) Όταν πρόκειται για Διαγωνισμό η εκτιμώμενη αξία του οποίου υπερβαίνει τα ποσά που αναγράφονται στην παράγραφο (3) του Κανονισμού 3, ο προϊστάμενος της Αναθέτουσας Αρχής ή εξουσιοδοτημένος αντιπρόσωπος του διαβιβάζει την έκθεση αξιολόγησης που ετοίμασε η Επιτροπή Αξιολόγησης κατά τα προβλεπόμενα στον κανονισμό 33 στο αρμόδιο Συμβούλιο Προσφορών για λήψη απόφασης.

(4) Ο προϊστάμενος της Αναθέτουσας Αρχής ή ο αντιπρόσωπος του έχει το δικαίωμα να εκφέρει τις απόψεις του επί του εξεταζόμενου θέματος. Παραπομπή της έκθεσης αξιολόγησης στο Συμβούλιο Προσφορών χωρίς σχόλια σημαίνει αποδοχή, από μέρους του προϊστάμενου της Αναθέτουσας Αρχής ή του εξουσιοδοτημένου αντιπροσώπου του, των θέσεων και απόψεων της Επιτροπής Αξιολόγησης.

Παρατηρούμε λοιπόν ότι σε διαγωνισμούς στους οποίους η εκτιμώμενη αξία υπερβαίνει τα ποσά που αναγράφονται στον Κανονισμό 3(3), όπως στον υπό εξέταση διαγωνισμό, η αρμοδιότητα του προϊστάμενου της Αναθέτουσας Αρχής είναι ουσιαστικά να διαβιβάζει την έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης διατηρώντας παράλληλα το δικαίωμα του σχολιασμού και της έκφρασης της άποψης του επί του περιεχομένου της εν λόγω έκθεσης. Αυτό που καλούμαστε λοιπόν να κρίνουμε είναι αν ο Διευθυντής του Τμήματος ενήργησε καθ' υπέρβαση των εξουσιών που του παρέχονται δυνάμει της κείμενης νομοθεσίας, με αποτέλεσμα να πλήττεται η νομιμότητα της προσβαλλόμενης απόφασης.

Ανατρέχοντας στο πρακτικό του Συμβουλίου Προσφορών ημερομηνίας 7.10.09 παρατηρούμε ότι αναφέρονται τα ακόλουθα σχετικά με το θέμα: *«Το Συμβούλιο αφού μελέτησε τα πιο πάνω και αφού έλαβε ιδιαίτερα υπόψη το περιεχόμενο της Έκθεσης Αξιολόγησης που επισυνάπτεται στην πιο πάνω επιστολή του ΤΚΑΠ, αποφάσισε όπως η αρμόδια Επιτροπή Αξιολόγησης (Επιτροπή) ετοιμάσει και υποβάλει στο Συμβούλιο συμπληρωματική Έκθεση Αξιολόγησης στην οποία να απαριθμούνται οι αποκλίσεις που παρουσιάζει η προσφορά του οικονομικού φορέα με α/α Π3 Daria Trading Ltd και να γίνεται σαφής αναφορά ποιες από αυτές κρίνονται από την Επιτροπή ως ουσιώδεις ή μη ουσιώδεις.»* Διαπιστώνουμε λοιπόν ότι το ζητούμενο ήταν η υποβολή από την Επιτροπή Αξιολόγησης συμπληρωματικής έκθεσης με την οποία να αποσαφηνίζει τις ήδη διατυπωθείσες θέσεις της. Είναι αυτονόητο ότι οι πρόνοιες που διέπουν τη διαδικασία αναφορικά με την αρχική έκθεση αξιολόγησης, τυγχάνουν εφαρμογής και όταν πρόκειται για συμπληρωματική έκθεση αξιολόγησης. Συνεπώς, αυτή θα πρέπει να ετοιμασθεί έγκαιρα και να υπογραφεί από όλα τα μέλη της Επιτροπής Αξιολόγησης όπως προνοεί ο Κανονισμός 33(2) της Κ.Δ.Π. 201/2007.

Στην παρούσα υπόθεση είναι αδιαμφισβήτητο ότι, παρά το γεγονός ότι το Συμβούλιο Προσφορών στη συνεδρία του την 7.10.09 έκρινε αναγκαία την υποβολή συμπληρωματικής έκθεσης από την Επιτροπή Αξιολόγησης για να προχωρήσει στη λήψη απόφασης για ανάθεση, ουδέποτε υποβλήθηκε συμπληρωματική έκθεση αξιολόγησης εν τη εννοία του πιο πάνω αναφερόμενου Κανονισμού. Αντ' αυτού, ο προϊστάμενος του Τμήματος απέστειλε την επιστολή ημερομηνίας 10.10.09 και αφού

αναφέρθηκε στις αρμοδιότητες της Επιτροπής Αξιολόγησης και στη φύση των αποφάσεων της, παρείχε ο ίδιος τις διευκρινίσεις ως προς το ποιες από τις αποκλίσεις που είχε διαπιστώσει η Επιτροπή Αξιολόγησης στην προσφορά των Αιτητών είναι ουσιώδεις. Κρίνουμε χρήσιμο να παραθέσουμε απόσπασμα της εν λόγω επιστολής:

«Υπό το πρίσμα των προαναφερθέντων είναι πιστεύω φανερό ότι οι διαπιστωθείσες από την Επιτροπή Αξιολόγησης αποκλίσεις της Προσφοράς της εταιρείας Daria Trading Ltd από τις χαρακτηριζόμενες ως υποχρεωτικές απαιτήσεις συγκεκριμένου όρου των εγγράφων του υπό αναφορά διαγωνισμού, πρέπει να θεωρούνται ουσιώδεις. Έχω δε την άποψη ότι, κάθε προσφορά που ενέχει τέτοιες αποκλίσεις είναι απορριπτέα. Αυτός δε ήταν και ο κύριος λόγος, για τον οποίο η σχετική με την προσφορά της εταιρείας Daria Trading Ltd εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης προς το ΣΠΥΟ, με βρήκε και εξακολουθεί ασφαλώς να με βρίσκει, απόλυτα σύμφωνο.»

Με βάση όσα αναφέραμε αλλά και το πιο πάνω απόσπασμα κρίνουμε ότι υπήρξε ξεκάθαρη παρέμβαση αναρμόδιου προσώπου στις εξουσίες της Επιτροπής Αξιολόγησης όπως αυτές ορίζονται στον Κανονισμό 9 της Κ.Δ.Π. 201/2007 και που στην παρούσα περίπτωση ήταν το μόνο αρμόδιο όργανο για να αποσαφηνίσει και να αιτιολογήσει τις δικές του θέσεις. Είναι γεγονός ότι το Συμβούλιο Προσφορών είχε ζητήσει την υποβολή συμπληρωματικής έκθεσης από την Επιτροπή Αξιολόγησης για αποσαφήνιση των θέσεων της ούτως ώστε να λάβει την τελική του απόφαση. Δεν μπορούμε να γνωρίζουμε το βαθμό και την έκταση που επηρέασε η επιστολή ημερομηνίας 10.10.09 την απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών καθ' ότι δεν γίνεται σε αυτήν εκτενής αναφορά στην εν λόγω επιστολή. Εάν η επιστολή ημερομηνίας 10.10.09 επηρέασε την κρίση του Συμβουλίου Προσφορών είναι ξεκάθαρο ότι η απόφαση λήφθηκε ενώ το Συμβούλιο Προσφορών τελούσε υπό πλάνη, στηριζόμενο στην κρίση αναρμόδιου προσώπου. Εάν από την άλλη, το Συμβούλιο Προσφορών αγνόησε την επιστολή, είναι απορίας άξιο το πώς κατέληξε στην τελική του απόφαση, αφού η διαπιστωθείσα ανάγκη για περαιτέρω διευκρινίσεις ουδέποτε ικανοποιήθηκε. Είναι όμως πάγια νομολογημένο ότι σε περίπτωση αμφιβολίας αυτή θα πρέπει να επενεργεί προς όφελος του διοικούμενου και συνεπώς κρίνουμε ότι η κατά το συγκεκριμένο τρόπο παρέμβαση του Διευθυντή του Τμήματος έπληξε καίρια τη νομιμότητα της προσβαλλόμενης απόφασης.

Ενόψει όλων των πιο πάνω κρίνουμε σκόπιμο να μην εξετάσουμε τους υπόλοιπους λόγους ακύρωσης που προέβαλε η πλευρά των Αιτητών και αποφασίζουμε ομόφωνα ότι η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή επιτυγχάνει και η προσβαλλόμενη απόφαση ακυρώνεται.