



**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. 19/2009**

Μεταξύ:

CGA FACILITIES SERVICES INC.

Αιτήτρια

v.

ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ.

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή  
Προσφορών**

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

**Αιτήτρια:**

CGA FACILITIES SERVICES INC.  
Αντιπροσωπεύθηκε από τον:  
1. Ανδρέα Π. Δημητριάδη, Δικηγόρο

**Αναθέτουσα Αρχή:**

ΤΜΗΜΑ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ  
Αντιπροσωπεύθηκε από τους:  
1. Οδυσσέα Μιχαηλίδη, Μέλος του Συμβουλίου Προσφορών  
2. Γιώργο Ιωαννίδη, Εκ μέρους Αναθέτουσας Αρχής

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 23 Οκτωβρίου, 2009

## **ΑΠΟΦΑΣΗ**

**A.** Με την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή η εταιρεία CGA FACILITIES SERVICES INC, στο εξής Αιτήτρια, στρέφεται κατά της απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής (Τμήματος Δημοσίων Έργων) στο εξής Α.Α., να ακυρώσει το διαγωνισμό αρ. 3/2008 που αφορά την *«Παροχή υπηρεσιών Συμβούλων Μελετητών για την ετοιμασία του κτιριολογικού προγράμματος, της μελέτης, της επίβλεψης της κατασκευής και της οικονομικής διαχείρισης, για την ανέγερση του Πολυδύναμου Ιατρικού Κέντρου στη Λευκωσία»*.

### **B. ΓΕΓΟΝΟΤΑ**

1. Ο Διαγωνισμός δημοσιεύτηκε στην Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 16.1.2008 και στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας στις 19.1.2008.
2. Ακολουθήθηκε ανοικτή διαδικασία με κριτήριο ανάθεσης την οικονομικά πλέον συμφέρουσα προσφορά σύμφωνα με τα κριτήρια του διαγωνισμού.
3. Στις 27.2.2008 διορίστηκε η Επιτροπή Αξιολόγησης (Ε.Α.) η οποία αφού μελέτησε τις υποβληθείσες προσφορές απέστειλε την έκθεση αξιολόγησης της στο Συμβούλιο Προσφορών (Σ.Π.) στις 16.5.2008.
4. Στις 27.5.2008 μετά από μελέτη της έκθεσης αξιολόγησης το Σ.Π. με επιστολή ημερ. 28.5.2008 ζήτησε όπως η Α.Α. επανέλθει με συμπληρωματικά στοιχεία (ζητώντας ουσιαστικά διευκρινίσεις από την Ε.Α.). Επιπλέον, ζήτησε επαρκή αιτιολογία της βαθμολογίας των τεχνικών προσφορών και σημείωσε ότι *«βασίζεται σε αξιολόγηση κριτηρίων ποιοτικής επιλογής (τα οποία ήδη λήφθηκαν υπόψη στην προηγούμενη φάση), ενώ θα έπρεπε να βασίζεται αποκλειστικά σε κριτήρια ανάθεσης, όπως αυτά καθορίζονται στο άρθρο 59 (1) του Ν.12(Ι)/2006»*.
5. Με επιστολή ημερ.26.6.2008 η Ε.Α. απέστειλε στο Σ.Π. συμπληρωματική έκθεση αξιολόγησης με τα συμπληρωματικά στοιχεία και διευκρινίσεις που είχαν ζητηθεί από τον τελευταίο.

6. Το Σ.Π. κατά τη συνεδρία του ημερ. 23.7.2008 αποφάσισε να ζητήσει ξανά από την Α.Α. όπως η Ε.Α. επανέλθει με επαρκή αιτιολόγηση των εισηγήσεων της για τις βαθμολογίες των προσφοροδοτών.
7. Με επιστολή ημερ. 6.11.2008 η Α.Α. διαβίβασε στο Σ.Π. τη νέα συμπληρωματική έκθεση αξιολόγησης της Ε.Α. με περισσότερες λεπτομέρειες, όπως ζητήθηκαν από το Σ.Π.
8. Το Σ.Π. σε συνεδρία του ημερ. 26.11.2008 αποφάσισε να διορίσει Ad Hoc Επιτροπή από την οποία ζητήθηκε όπως υποβάλει και αυτή έκθεση αξιολόγησης, λαμβάνοντας υπόψη και τις εκθέσεις της Ε.Α.
9. Ακολούθως το Σ.Π. διόρισε την 3.12.2008 την Ad Hoc Επιτροπή η οποία υπέβαλε την έκθεση της την 21.1.2009 και εισηγήθηκε *«την ακύρωση των προσφορών και επαναπροκήρυξη με διορθωμένα/διασαφηνισμένα έγγραφα»* βάσει του Καν.34 (5) (ε) της Κ.Δ.Π. 201/2007.
10. Το Σ.Π. στην συνεδρία του ημερ. 30.1.2009 εξέτασε την έκθεση της Ad Hoc Επιτροπής και στις 4.2.2009 αποφάσισε ομόφωνα να ακυρώσει το Διαγωνισμό σύμφωνα με το άρθρο 34(5)(ε) της Κ.Δ.Π. 201/2007.
11. Στις 13.2.2009 η Α.Α. κοινοποίησε στην Αιτήτρια ότι ακυρώνει το Διαγωνισμό, επειδή στους όρους του χρησιμοποιήθηκε για την ανάθεση της σύμβασης κριτήριο το οποίο είχε επίσης χρησιμοποιηθεί και ως κριτήριο ποιοτικής επιλογής, πράξη που δεν συνάδει με την ισχύουσα νομολογία του ΔΕΚ.
12. Στις 18.2.2009 η Αιτήτρια εκδήλωσε την πρόθεσή της να καταχωρήσει Ιεραρχική Προσφυγή στην Α.Α.Π. και στις 6.3.2009 καταχώρησε την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή με αρ. 19/2009.

## Γ. ΘΕΣΕΙΣ ΑΙΤΗΤΡΙΑΣ

Η Αιτήτρια ανέφερε ότι ο διαγωνισμός διέπεται από τις πρόνοιες του Ν.12(Ι)/2006 Περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών και για Συναφή Θέματα Νόμος του 2006 και οι λόγοι για τους οποίους μπορεί να ακυρωθεί δημόσιος διαγωνισμός καθορίζονται στο Καν. 34(5) της Κ.Δ.Π.201/2007. Υποστήριξε, ότι ο λόγος που πρόβαλε η Α.Α. για ακύρωση του Διαγωνισμού δεν προνοείται από τον πιο πάνω Κανονισμό. Επιπλέον, ότι ο επικαλούμενος λόγος ακύρωσης δεν μπορεί να υπαχθεί στο Καν.34(5)(ε), διότι δεν είναι σοβαρός και/ή ήταν προβλέψιμος.

Η Αιτήτρια παρέθεσε σχετική νομολογία αναφορικά με την εξουσία της Α.Α. να ακυρώνει και να ανακαλεί ένα διαγωνισμό όπως επίσης τους λόγους ακύρωσης ενός διαγωνισμού που μπορεί να προβάλλει η τελευταία σύμφωνα με το Νόμο (*Τουμαζής ν. Δημοκρατίας κ.α (1997) 3 Α.Α.Δ. 408, Odessey Agricultural Air Spraying Ltd ν. Δημοκρατίας κ.ά. (1994) 3 Α.Α.Δ. 583, Ι.Π.44/2004 G. Kallis (Manufacturers) Ltd ν Τμήματος Κρατικών Αγορών και Προμηθειών, Ι.Π.5/2005 Conquest Business Advisors ν Κυπριακού Οργανισμού Τουρισμού, Ι.Π.27/2005 Medvision Limited ν Ιατρικών Υπηρεσιών & Υπηρεσιών Δημόσιας Υγείας*).

Η Αιτήτρια υποστήριξε ότι ο ισχυριζόμενος λόγος για ακύρωση του διαγωνισμού ήταν προϊόν και/ή αποτέλεσμα των ενεργειών και/ή κριτηρίων που έθεσε η Α.Α. τα οποία ήταν πάντα σε γνώση της.

Ο λόγος της Α.Α. για την ακύρωση, ότι δηλαδή το κριτήριο επιλογής έχει χρησιμοποιηθεί και ως κριτήριο ανάθεσης, δεν είναι ασυμβίβαστος με το Ευρωπαϊκό Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων. Άρα, δεν μπορεί να αποτελέσει έγκυρο και/ή σοβαρό λόγο για ακύρωση του διαγωνισμού. Εξάλλου, τα δύο κριτήρια επιλογής και ανάθεσης που έχουν χρησιμοποιηθεί δεν είναι τα ίδια. Το κριτήριο επιλογής (όρος 6.2.3.1.4, σελ.16, Τόμος Α) αφορά τον προσφοροδότη και καθορίζει τα ατομικά ελάχιστα απαιτούμενα προσόντα για τους βασικούς μελετητές ενώ, το κριτήριο ανάθεσης (όρος 9.3.2, Πίνακας Ενότητα Β: Ομάδα Έργου, σελ. 29, Τόμος Α) αφορά καθαρά τη διασφάλιση της ποιότητας. Αξιολογείται η Ομάδα Έργου για την πληρότητα, συνοχή και αποτελεσματικότητα της

καθώς και η συνάφεια των κυρίων προσόντων και ικανοτήτων των μελών της Ομάδας σε σχέση με το ρόλο, το βαθμό εμπλοκής και ευθύνης του κάθε μέλους για την παροχή των υπηρεσιών της σύμβασης, για σκοπούς διασφάλισης της ποιότητας των παρεχομένων υπηρεσιών της σύμβασης.

Αφ' ετέρου ο ισχυριζόμενος λόγος ήταν προβλεπτός αφού το αποτέλεσμα των ενεργειών και/ή κριτηρίων της Α.Α., είναι συμβατά με το Ευρωπαϊκό Δίκαιο των Δημοσίων Συμβάσεων και ήταν σε γνώση της Α.Α. Τόσο οι ενέργειες της Α.Α., όσο και οι ενέργειες του Σ.Π. δείχνουν, σύμφωνα με την Αιτήτρια, ότι η Α.Α. στερείται δικαιοδοσίας να ακυρώσει το Διαγωνισμό.

Η Αιτήτρια προέβαλε, επίσης, τον ισχυρισμό ότι η Α.Α έχει πλανηθεί ως προς το Νόμο και τη νομολογία του ΔΕΚ. Το ΔΕΚ σε πρόσφατες αποφάσεις του έχει επιτρέψει τη χρήση κριτηρίου ανάθεσης και ως κριτηρίου ποιοτικής επιλογής εφόσον υπάρχει διάκριση των σκοπών των κριτηρίων επιλογής και ανάθεσης.

Προς υποστήριξη του πιο πάνω ισχυρισμού της η Αιτήτρια ανέφερε, μεταξύ άλλων αυθεντιών, την υπόθεση *Lianakis v. Dimos Alexandroupolis, European Court of Justice, C-532/06*. Ισχυρίστηκε ότι, επιτρέπεται η ευέλικτη προσέγγιση του θέματος η χρησιμοποίηση δηλαδή από τις Αναθέτουσες Αρχές του κριτηρίου επιλογής και ως κριτηρίου ανάθεσης υπό ορισμένους όρους. Τονίστηκε από την Αιτήτρια, ότι είναι αποδεκτό να γίνει διάκριση μεταξύ της ικανότητας των διαγωνιζομένων να εκτελέσουν την σύμβαση (κριτήριο επιλογής) και της δυνατότητας να προσφέρουν περισσότερες και καλύτερες υπηρεσίες συγκρίνοντας τις ικανότητες των διαγωνιζομένων μεταξύ τους (κριτήριο ανάθεσης). Συνοπτικά, η νομολογία της Ε.Ε. που ερμηνεύει την απόφαση *Lianakis* φαίνεται πως υπάρχει σύγκλιση ότι «το κριτήριο επιλογής» μπορεί να είναι και «κριτήριο ανάθεσης» νοουμένου ότι το κριτήριο επιλογής αφορά τη σύμβαση η οποία αφορά εξειδικευμένο θέμα, η δε ποιότητα υπηρεσιών εκ φύσεως συνδέεται με την ποιότητα της ομάδας έργου.

Επιπρόσθετα, η Αιτήτρια ισχυρίστηκε ότι η ενέργεια της Α.Α. να ακυρώσει το διαγωνισμό, σε συνδυασμό με τη διαδικασία που ακολούθησε, παραβιάζει τις αρχές της

καλής πίστης και της χρηστής διοίκησης. Τόνισε ότι, είναι απαράδεκτο να ζητείται από την Αιτήτρια να ανανεώσει δύο φορές την ισχύ της προσφοράς της και την εγγύηση συμμετοχής, την παροχή διευκρινιστικών στοιχείων επί της πείρας των Εμπειρογνωμόνων/Ειδικών και μετά να ακυρώνει το Διαγωνισμό (*Ι.Π. 27/2005, Medvision v. Ιατρικών Υπηρεσιών & Υπηρεσιών Δημόσιας Υγείας*). Η Α.Α., σύμφωνα με την Αιτήτρια, με τις ενέργειες της ακύρωσε το διαγωνισμό εξυπηρετώντας αλλότριους σκοπούς. Περαιτέρω, ο χρόνος που παρήλθε και οι ενέργειες που έγιναν από την Α.Α. και/ή το Σ.Π. μέχρι την ακύρωση του διαγωνισμού δεν άφηναν περιθώριο με βάση τις αρχές της χρηστής διοίκησης και καλής πίστης για ακύρωση του Διαγωνισμού.

Η Αιτήτρια ήγειρε ως πρόσθετο λόγο ακύρωσης το ότι η Α.Α. έχει πλανηθεί ως προς τα πραγματικά γεγονότα και δεν έχει λάβει υπόψη τη διάκριση μεταξύ των στόχων των κριτηρίων επιλογής και των κριτηρίων ανάθεσης του Διαγωνισμού. Στο στάδιο που λαμβάνονται υπόψη τα κριτήρια επιλογής, εξετάζεται κατά πόσο ο προσφοροδότης έχει τις ικανότητες να λάβει μέρος στο διαγωνισμό και να παρέχει τις υπηρεσίες που απαιτούνται στο πλαίσιο της προτεινόμενης σύμβασης (οικονομικές, χρηματικές και τεχνικές δυνατότητες), ενώ στο στάδιο ανάθεσης αξιολογούνται τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά και η αξία των μεμονωμένων προσφορών.

Ως τελευταίο λόγο ακύρωσης η Αιτήτρια ισχυρίστηκε ότι το Σ.Π. εμποδίζεται να στρέφεται εναντίον πράξεων της Α.Α. και/ή πράξεων του και να θέτει θέμα ακύρωσης του Διαγωνισμού για κριτήρια επιλογής και ανάθεσης που εκδόθηκαν από την εκτελεστική εξουσία και για τα οποία δεν υπήρξε οποιαδήποτε ένσταση ή επιφύλαξη δικαιωμάτων από τους προσφοροδότες. Το Σ.Π. οφείλει να αναγνωρίσει ως ισχυρές τις πράξεις της Α.Α. και να τις εφαρμόσει. Επιπλέον, από τη στιγμή που οι προσφοροδότες είχαν λάβει γνώση του γεγονότος που οδήγησε το Αρμόδιο Όργανο στην ακύρωση του Διαγωνισμού και είχαν αποδεχθεί το συγκεκριμένο εκείνο όρο της προσφοράς, χωρίς διαμαρτυρία, δε νομιμοποιούνται εκ των υστέρων να αμφισβητούν τη νομιμότητα του. Το Αρμόδιο Όργανο κωλύεται και/ή εμποδίζεται να επικαλείται πράξεις ή παραλείψεις του για ακύρωση του Διαγωνισμού.

#### **Δ. ΘΕΣΕΙΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ**

Η Α.Α. επικαλέστηκε το σύγγραμμα της Sue Arrowsmith *'The Law of Public and Utilities Procurement, 2<sup>nd</sup> Edit. Κεφ.19, παράγρ.7.168 - Terminating a procedure without an award'* η οποία αναφέρει:

*"The possibility of terminating a procedure is indicated by the explicit requirement to notify the Official Journal of a decision to terminate, as discussed below, and the ECJ has confirmed in several cases that entities may do this, both to abandon the project and to commence a new procedure. The ECJ has also ruled that entities enjoy a broad discretion: there is no implied requirement to terminate only in exceptional cases or on serious grounds".*

Παρέπεμψε επίσης στην υπόθεση *Metalmeccanica Fracasso* (παραγρ. 25) που αναφέρει:

*«Συνεπώς, η ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να μη συνάπτει σύμβαση για την οποία υπήρξε ανταγωνισμός ή να παραιτείται από τη διαδικασία του διαγωνισμού, την οποία σιωπηρώς δέχεται η οδηγία 93/37, δεν εξαρτάται από την προϋπόθεση της συνδρομής σοβαρών ή εξαιρετικών περιστάσεων».*

Ανέφερε ότι το ΔΕΚ παρέχει στην Α.Α. το δικαίωμα να ακυρώνει ένα διαγωνισμό ακόμη και αν δεν συντρέχουν σοβαροί λόγοι ή εξαιρετικές περιστάσεις.

Αναφορικά με το δημόσιο συμφέρον παρουσίασε απόσπασμα από το σύγγραμμα του Δαγτόγλου το οποίο αναφέρει:

*«το δημόσιο συμφέρον δεν μπορεί να θεμελιώσει απαλλαγή από την αρχή της νομιμότητας αλλά αντιθέτως το δημόσιο συμφέρον είναι μόνο ότι τα συνταγματικώς οριζόμενα όργανα κατά τη συνταγματικώς καθοριζόμενη ιεραρχία και διαδικασία ορίζουν ως δημόσιο συμφέρον».*

Στην προκειμένη περίπτωση υπήρξε παρανομία σε όρο των εγγράφων και δεν μπορεί να χωρεί επίκληση υπέρ του δημόσιου συμφέροντος αγνοώντας από την άλλη την παρανομία που υπήρχε στα έγγραφα του ίδιου του διαγωνισμού. Είναι σημαντικό το ότι χρησιμοποιήθηκε ως κριτήριο ανάθεσης, κριτήριο που ο νόμος καθορίζει ότι έπρεπε να είναι κριτήριο επιλογής. Επιπλέον, δεν ήταν δυνατό να αγνοηθεί ότι το ίδιο κριτήριο χρησιμοποιήθηκε δύο φορές στο ίδιο διαγωνισμό, θέμα απαράδεκτο. Το θέμα είναι τι καθορίζει ο νόμος.

Στο νόμο υπάρχουν δύο ειδών κριτήρια: τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και τα κριτήρια ανάθεσης. Η Α.Α. υποστήριξε ότι έχει δύο επιλογές: είτε να αναθέσει τη σύμβαση στο χαμηλότερο προσφοροδότη, είτε όταν η σύμβαση ανατίθεται στην πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, (όπως η παρούσα περίπτωση), τότε τίθενται διάφορα κριτήρια που συνδέονται με το αντικείμενο της συγκεκριμένης δημόσιας σύμβασης όπως η ποιότητα, η τιμή, η τεχνική αξία, τα αισθητικά και λειτουργικά χαρακτηριστικά, τα περιβαλλοντικά χαρακτηριστικά, το κόστος λειτουργίας, η αποδοτικότητα, η εξυπηρέτηση μετά την πώληση (αυτό δηλαδή που καθορίζει ο νόμος).

Ο νόμος δηλαδή καθορίζει ότι τα κριτήρια ανάθεσης πρέπει να συνδέονται με το αντικείμενο της συγκεκριμένης σύμβασης.

Η Α.Α. πρόσθεσε ότι διπλή συμπερίληψή του εν λόγω κριτηρίου παραβιάζει το νόμο. Ο εκπρόσωπος του Γενικού Λογιστηρίου που παρέστη στην συνεδρία του Σ.Π. είχε την άποψη να ακυρωθεί ο διαγωνισμός, όταν διαπιστώθηκε ότι το κριτήριο αυτό χρησιμοποιήθηκε δύο φορές.

Η Α.Α. έχει δικαίωμα να διορίζει τον καλύτερο που θα μπορεί να εκτελέσει το έργο. Σημασία δεν έχει το ποιος πιστεύεται ότι είναι ο καλύτερος, αλλά το τι έχει καθορίσει ο νόμος και πώς τον έχει ερμηνεύσει το ΔΕΚ. Στην προκείμενη περίπτωση το χειρότερο είναι ότι το «κριτήριο ποιοτικής επιλογής» χρησιμοποιήθηκε και ως «κριτήριο ανάθεσης». Με αυτό τον τρόπο ένας προσφοροδότης που είχε πλεονέκτημα στο πρώτο κριτήριο πριμοδοτείται και στο δεύτερο, διαδικασία που κρίνεται ως απαράδεκτη. Ναι μεν ο Γενικός Ελεγκτής στην προτελευταία συνεδρία του Σ.Π. εξέφρασε την άποψη που παρουσίασε η Αιτήτρια, αλλά στην τελευταία συνεδρία, στις 4.2.2009, στην παρουσία εκπροσώπου του Γενικού Ελεγκτή, δεν καταγράφηκε οποιαδήποτε θέση του, ούτε εξέφρασε διαφωνία ή παρατήρηση στη θέση ως προς το γιατί έπρεπε να ακυρωθεί ο διαγωνισμός. Με βάση αυτή την απόφαση το Σ.Π. αποφάσισε την ακύρωση χωρίς διαφωνία του εκπροσώπου του Γενικού Ελεγκτή.

Η Α.Α. υποστήριξε με σχετική νομολογία ότι και να μη συνέτρεχαν τόσο σοβαροί λόγοι είχε το δικαίωμα, πάντοτε νοουμένου ότι δεν θα ενεργούσε αυθαίρετα και χωρίς λόγο



και αιτία, να ακυρώσει το διαγωνισμό. Παράλληλα, όμως θεωρεί ότι είχε αρκούντως σοβαρό λόγο για να ακυρώσουν το διαγωνισμό.

Επιπρόσθετα, η Α.Α. ο Οδηγός Βέλτιστων Πρακτικών της Αρμοδίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων αναφέρει:

*«Επισημαίνεται ότι η γενική ή ειδική επαγγελματική εμπειρία του προσφέροντα ή των στελεχών που συμμετέχουν στην προτεινόμενη ομάδα έργου μπορεί κατά το κοινοτικό αλλά και το εθνικό δίκαιο να αξιολογηθεί μόνο ως κριτήριο ποιοτικής επιλογής και όχι ως κριτήρια ανάθεσης της σύμβασης».*

Άρα δεν επικρατεί η άποψη ότι τέτοια κριτήρια ποιοτικής επιλογής είναι δυνατό να χρησιμοποιούνται ως κριτήρια ανάθεσης.

Με βάση την απόφαση *Fracasso* το Σ.Π. έχει ευρεία εξουσία και δεν πρέπει να συντρέχουν εξαιρετικές προϋποθέσεις για ακύρωση. Όμως ελέγχεται. Από την αρχή, στις 28.5.2008 είχε πει ότι η βαθμολογία των τεχνικών προσφορών βασίζεται σε αξιολόγηση κριτηρίων ποιοτικής επιλογής τα οποία ήδη λήφθηκαν υπόψη στην προηγούμενη φάση ενώ θα έπρεπε να βασίζεται αποκλειστικά σε κριτήρια ανάθεσης όπως αυτά καθορίζονται στο άρθρο 59 του Ν.12(Ι)/2006. Το Σ.Π. αποφάσισε την ακύρωση το Φεβράρη, αφού είχε λάβει τη θέση της Αρμόδιας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων. Η Α.Α. ούτε κωλύεται να τηρήσει τις αρχές επειδή δεν το έκανε προηγουμένως ή επειδή αλληλογράφησε με τον προσφοροδότη, ούτε σε μεταγενέστερο στάδιο να ακυρώσει το διαγωνισμό κατ' επίκληση της αρχής της καλής πίστης. Το δικαστήριο έχει αποφασίσει ότι δεν ισχύει τέτοια αρχή. Ισχύει η αρχή αλλά κάμπτεται μπροστά στην υποχρέωση της Α.Α. να εφαρμόσει τους νόμους και τις διαδικασίες.

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

Η Αιτήτρια στήριξε κυρίως την Ιεραρχική Προσφυγή της προβάλλοντας ως λόγο ακυρώσεως το ότι ο λόγος που επικαλέστηκε η Α.Α. για ακύρωση του διαγωνισμού δεν ενέπιπτε στο Καν. 34(5)(ε) της Κ.Δ.Π. 201/2007, καθότι δεν ήταν λόγος ο οποίος ήταν σοβαρός και λόγος ο οποίος ήταν προβλεπτός. Επιπλέον, η Αιτήτρια υποστήριξε, με

νομολογία του ΔΕΚ, ότι η Α.Α. μπορούσε να χρησιμοποιήσει όρο που υπήρχε ως κριτήριο ποιοτικής επιλογής και ως κριτήριο ανάθεσης υιοθετώντας την «ευέλικτη προσέγγιση» όπως έγινε άλλωστε από πολλά εθνικά δικαστήρια και Αναθέτουσες Αρχές.

Εξετάσαμε τα σχετικά γεγονότα από τους διοικητικούς φακέλους και σημειώνουμε τα ακόλουθα:

(α) Το Σ.Π. μετά από μελέτη της έκθεσης αξιολόγησης στις 27.5.08 ζήτησε με επιστολή ημερ. 28.5.2008 από την Α.Α. όπως επανέλθει η Ε.Α. με συμπληρωματικά στοιχεία σημειώνοντας, μεταξύ άλλων, ότι η βαθμολογία των τεχνικών προσφορών *«βασίζεται σε αξιολόγηση κριτηρίων ποιοτικής επιλογής (τα οποία ήδη λήφθηκαν υπόψη στην προηγούμενη φάση), ενώ θα έπρεπε να βασίζεται αποκλειστικά σε κριτήρια ανάθεσης, όπως αυτά καθορίζονται στο άρθρο 59 (1) του Ν.12(Ι)/2006»*.

(β) Το Σ.Π. μετά από μελέτη της συμπληρωματικής έκθεσης αξιολόγησης στις 23.7.2008 απέστειλε επιστολή ημερ. 24.7.2008 προς την Α.Α., καθότι δεν ικανοποιήθηκε από την αιτιολόγηση των βαθμολογιών των προσφοροδοτών, σημειώνοντας για δεύτερη φορά ότι στη βαθμολόγηση των κριτηρίων ανάθεσης δεν πρέπει να χρησιμοποιούνται τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής.

(γ) Μη ικανοποιημένο με τη δεύτερη συμπληρωματική έκθεση αξιολόγησης της Ε.Α. το Σ.Π. σε συνεδρία του ημερ. 26.11.2008 αποφάσισε το διορισμό της Ad Hoc Επιτροπής η οποία υπέβαλε την έκθεση της την 21.1.2009 αναφέροντας ότι *«...οι αντιφάσεις που εντοπίστηκαν στα έγγραφα ενδεχομένως να παραπλάνησαν τους διαγωνιζόμενους και ιδίως στο θέμα κατά πόσο ο ίδιος Σύμβουλος Μελετητής δικαιούται να συμμετάσχει σε περισσότερες από μία προσφορές. Ως εκ τούτου η Ad Hoc Επιτροπή κρίνει συνετό και βάσει των προνοιών του Άρθρου 34.5(ε) των Κ.Δ.Π. 201/2007 εισηγείται την ακύρωση των προσφορών και επαναπροκήρυξη με διορθωμένα/διασαφηνισμένα έγγραφα.»*

(δ) Στην συνεδρία του Σ.Π. ημερ. 30.1.2009, ο εκπρόσωπος της Ελεγκτικής Υπηρεσίας συμφώνησε με τα ευρήματα της Ad Hoc Επιτροπής αλλά τόνισε ότι η θέση

της Ελεγκτικής Υπηρεσίας είναι όπως προωθηθεί η ανάθεση του έργου. Επιπλέον, η Συντονίστρια της Ad Hoc Επιτροπής πρόσθεσε και/ή διευκρίνισε κάποια στοιχεία που αφορούσαν την έκθεση της τελευταίας.

(ε) Το Σ.Π. συνεδρίασε ξανά την 4.2.2009. Στην εν λόγω συνεδρία έλαβε υπόψη την έκθεση της Ad Hoc Επιτροπής, όπως επίσης τα όσα αναφέρθηκαν από τον εκπρόσωπο του Γενικού Λογιστή ότι :

*«ο συνυπολογισμός δηλαδή του ίδιου κριτηρίου δύο φορές, τη μία ως κριτήριο ποιοτικής επιλογής και την άλλη ως κριτήριο ανάθεσης, δε συνάδει με τη σε ισχύ νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων...»*

και αποφάσισε όπως:

*«Το Συμβούλιο Προσφορών, λαμβάνοντας υπόψη τη θέση της Αρμόδιας Αρχής και τη σε ισχύ νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, αποφάσισε ομόφωνα να ακυρώσει το διαγωνισμό σύμφωνα με τις πρόνοιες του άρθρου 34.5(ε)...,για τους λόγους που έχει εξηγήσει ο εκπρόσωπος της Αρμόδιας Αρχής.»*

(στ) Η Α.Α. με επιστολή της ημερ.13.2.09 πληροφόρησε την Αιτήτρια ότι το Σ.Π. αποφάσισε την ακύρωση του διαγωνισμού διότι στους όρους του διαγωνισμού χρησιμοποιήθηκε ως κριτήριο ανάθεσης, κριτήριο το οποίο χρησιμοποιήθηκε και ως κριτήριο επιλογής. Συγκεκριμένα, οι δύο όροι οι οποίοι θεωρήθηκαν παρόμοιοι από την Α.Α. είναι οι εξής:

Ο όρος 6.2.3.1.4 (β), σελ.16, Τόμος Α (κριτήριο ποιοτικής επιλογής) προνοεί τα εξής:

*« Εμπειρογνώμονας/ Ειδικός*

*Εμπειρογνώμονας/Ειδικός με 15ετή τουλάχιστον μεταπτυχιακή πείρα, ειδικός σε θέματα σχεδιασμού παρόμοιας φύσης Ιατρικών Κέντρων και ο οποίος να κατέχει αποδεδειγμένα εξειδικευμένες γνώσεις και εμπειρίες στη Μελέτη και Επίβλεψη Ομόλογων Κέντρων, σύμφωνα με τα πρότυπα της Ευρωπαϊκής Ένωσης»*

Όρος 9.3.2, σελ.28 και στον Πίνακα σελίδας 29 του Τόμου Α, ενότητα Β: Ομάδα Έργου (κριτήριο ανάθεσης) προνοεί τα εξής:

*«Θα αξιολογείται η πείρα του Εμπειρογνώμονα/Ειδικού πάνω σε παρόμοιας φύσης Μελέτη και Επίβλεψη της κατασκευής Ομόλογων Ιατρικών Κέντρων, σύμφωνα με τα πρότυπα της Ευρωπαϊκής Ένωσης»*

Καταρχήν αυτό το οποίο πρέπει να εξεταστεί είναι κατά πόσο ο λόγος ακύρωσης του Διαγωνισμού ενέπιπτε στο λόγο ακύρωσης του Καν. 34(5)(ε) της Κ.Δ.Π. 201/2007 ο οποίος προνοεί το εξής:

*«Ακύρωση διαγωνισμού δύναται να αποφασιστεί για έναν ή περισσότερους από τους ακόλουθους λόγους-*

.....  
 (ε) *όταν συντρέχει οποιοσδήποτε άλλος σοβαρός, μη προβλεπτός λόγος τον οποίο το κατά περίπτωση αρμόδιο όργανο κρίνει δικαιολογημένο.»*

Από τα πιο πάνω γεγονότα προκύπτει ότι το Σ.Π. συγκεκριμένα από την 27.5.2008, όταν η έκθεση αξιολόγησης της Ε.Α. τέθηκε ενώπιον του, παρατήρησε, μεταξύ άλλων, ότι *«η βαθμολογία των τεχνικών προσφορών βασίστηκε σε αξιολόγηση κριτηρίων ποιοτικής επιλογής (τα οποία ήδη λήφθηκαν υπόψη στην προηγούμενη φάση), ενώ θα έπρεπε να βασιστεί αποκλειστικά σε κριτήρια ανάθεσης»*. Διαφωνούμε με την Αιτήτρια για τον ισχυρισμό της ότι εφόσον τέθηκε ενώπιον του Σ.Π. το εν λόγω ζήτημα από την 27.5.2008, άρα ήταν και «προβλεπτός» ο λόγος ακύρωσης του διαγωνισμού. Από την στιγμή που το εν λόγω θέμα δημιούργησε κάποιες αμφιβολίες στο Σ.Π., οι οποίες αμφιβολίες μαζί με τα κενά είχαν άμεση σχέση με τις βαθμολογίες των προσφοροδοτών όφειλε να το διερευνήσει περαιτέρω. Επομένως, θεωρούμε ότι οι ενέργειες του Σ.Π. να ζητήσει περαιτέρω διευκρινίσεις από την Ε.Α. και εν τέλει να ορίσει και Ad Hoc Επιτροπή ήταν δικαιολογημένες. Το Σ.Π., όμως, στην τελευταία συνεδρία του ημερ. 4.2.2009 λαμβάνοντας υπόψη τα όσα αναφέρθηκαν από τον εκπρόσωπο του Γενικού Λογιστή ότι *«ο συνυπολογισμός δηλαδή του ίδιου κριτηρίου δύο φορές, τη μια ως κριτήριο ποιοτικής επιλογής και την άλλη ως κριτήριο ανάθεσης, δεν συνάδει με την σε ισχύ νομολογία του δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων»* διαπίστωσε ότι υπήρχε «σοβαρός» λόγος για να ακυρώσει και το διαγωνισμό. Συνεπώς, ο λόγος ακύρωσης

που προβάλλει η Αιτήτρια ότι ο λόγος ακύρωσης του Διαγωνισμού δεν ήταν «σοβαρός» και ήταν «προβλεπτός» απορρίπτεται.

Αναφορικά, τώρα, με την χρήση του ίδιου όρου και σαν κριτήριο ποιοτικής επιλογής αλλά και σαν κριτήριο ανάθεσης παρατηρούμε ότι διαβάζοντας τους δύο όρους θα συμφωνήσουμε με την Α.Α. ότι παρόλο που το λεκτικό των πιο πάνω όρων δεν είναι εντελώς όμοιο, το νόημα τους και ο σκοπός τους είναι ο ίδιος.

Σύμφωνα με τη νομολογία του ΔΕΚ τα εθνικά δικαστήρια και οι Αναθέτουσες Αρχές μπορούν είτε να ακολουθήσουν την λεγόμενη «ευέλικτη προσέγγιση» η οποία επιτρέπει τη χρήση κριτηρίου ποιοτικής επιλογής και ως κριτηρίου ανάθεσης κάτω από ορισμένες προϋποθέσεις είτε τη «στενή προσέγγιση» όπου υπάρχει διαχωρισμός των κριτηρίων επιλογής από τα κριτήρια ανάθεσης. Τονίζεται ότι το ΔΕΚ δεν έχει ξεκαθαρίσει εντελώς την εικόνα σχετικά με την «ευέλικτη προσέγγιση» αλλά ούτε όλα τα εθνικά δικαστήρια και οι Αναθέτουσες Αρχές υιοθέτησαν τη λεγόμενη «ευέλικτη προσέγγιση». Η Α.Α. θεώρησε ότι δεν θα μπορούσε να βαθμολογηθεί δύο φορές ένας προσφοροδότης με κριτήριο που λήφθηκε υπόψη και στο στάδιο αξιολόγησης κριτηρίων ποιοτικής επιλογής αλλά και στο στάδιο κριτηρίων ανάθεσης υιοθετώντας δηλαδή τη «στενή προσέγγιση» επί του θέματος και ακυρώνοντας το διαγωνισμό. Συνεπώς, κρίνοντας ότι το ΔΕΚ δεν έχει ξεκαθαρίσει εντελώς το ζήτημα αναφορικά με την «ευέλικτη προσέγγιση» και εφόσον υπάρχει διακριτική ευχέρεια στις Αναθέτουσες Αρχές να ακολουθήσουν είτε την μία αρχή είτε την άλλη δεν βρίσκουμε λανθασμένη αυτή τη στάση της Α.Α. να υιοθετήσει την πιο συντηρητική προσέγγιση επί του θέματος και εν τέλει να ακυρώσει το διαγωνισμό δεδομένου ότι ο ίδιος όρος δεν μπορούσε να χρησιμοποιηθεί και στο στάδιο αξιολόγησης κριτηρίων ποιοτικής επιλογής αλλά και στο στάδιο αξιολόγησης κριτηρίων ανάθεσης. Εξάλλου, το λεκτικό του όρου 9.3.2, σελ.28 και στον Πίνακα σελίδας 29 του Τόμου Α, ενότητα Β: Ομάδα Έργου (κριτήρια ανάθεσης) παραπέμπει σε κριτήριο ποιοτικής επιλογής και όχι σε κριτήριο ανάθεσης, το οποίο εν τέλει πρέπει να συνδέεται άμεσα με το αντικείμενο της συγκεκριμένης σύμβασης.

Επιπλέον, απορρίπτεται ο ισχυρισμός που τέθηκε από την Αιτήτρια ότι το Αρμόδιο Όργανο κωλύεται και/ή εμποδίζεται να επικαλείται πράξεις ή παραλείψεις του για ακύρωση του Διαγωνισμού. Σύμφωνα με το Καν. 34(5)(ε) το Σ.Π., εφόσον ήταν αρμοδιότητα του ιδίου να αποφασίσει, μπορούσε να ακυρώσει το διαγωνισμό αφού συνέτρεχε σοβαρός λόγος τον οποίο κατά τη συγκεκριμένη περίπτωση το αρμόδιο όργανο έκρινε δικαιολογημένο. Άρα, από τη στιγμή που το Σ.Π. διαπίστωσε τη συμπερίληψη συγκεκριμένου όρου στο στάδιο αξιολόγησης κριτηρίων ανάθεσης, όρος που έπρεπε να ληφθεί υπόψη μόνο στο στάδιο αξιολόγησης κριτηρίων επιλογής, που δεν συνδεόταν άμεσα με το αντικείμενο της συγκεκριμένης σύμβασης (Άρθρο 59(1)(α) του Ν. 12(Ι)/2006) και της βαθμολογίας ενός προσφοροδότη και στο στάδιο αξιολόγησης κριτηρίων ποιοτικής επιλογής αλλά και στο στάδιο αξιολόγησης κριτηρίων ανάθεσης στα έγγραφα του διαγωνισμού σαφώς και είχε την εξουσία να ακυρώσει το διαγωνισμό.

Από τα πιο πάνω συνάγουμε ότι η απόφαση του Σ.Π. ημερ. 4.2.2009 να ακυρώσει το διαγωνισμό είναι πλήρως αιτιολογημένη υπό τις περιστάσεις.

Ως εκ τούτου αποφασίζουμε ομόφωνα ότι η Ιεραρχική Προσφυγή 19/2009 απορρίπτεται και η προσβαλλόμενη απόφαση της Α.Α. επικυρώνεται.

Δεν επιδικάζονται έξοδα επί της διαδικασίας.