



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. 58/2007

Μεταξύ:

ΜΙΧΑΛΑΚΗΣ ΜΕΤΤΗΣ ΛΤΔ

Αιτούντων

v.

Τμήματος Κρατικών Αγορών και Προμηθειών

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

κ. Ιωάννης Π. Πογιατζής, Πρόεδρος
κ. Μιχαλάκης Χριστοφόρου, Μέλος
κ. Πέτρος Φρακάλας, Μέλος
κ. Άγγελος Αγγελίδης, Μέλος
κ. Χριστόφορος Χριστοφίδης, Μέλος

Αιτούντες:

ΜΙΧΑΛΑΚΗΣ ΜΕΤΤΗΣ ΛΤΔ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. κ. Γιώργο Σεραφείμ, Δικηγόρο
2. κ. Λάμπρο Πιερή, Ασκούμενο Δικηγόρο
3. κ. Μιχαλάκη Μεττή, Γενικό Διευθυντή αιτούσας εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

Τμήμα Κρατικών Αγορών και Προμηθειών

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. κα Μαριλένα Θεοκλήτου, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. κ. Ανδρέα Χρίστου, Διευθυντή Τμήματος Κρατικών Αγορών και Προμηθειών
3. κα Κλεανθία Κωνσταντή, Λειτουργό Τμήματος Κρατικών Αγορών και Προμηθειών
4. κ. Δημήτρη Δημητρίου, Επιθεωρητή Τμήματος Κρατικών Αγορών και Προμηθειών

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 22 Οκτωβρίου, 2007

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή στρέφεται κατά της απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής, δηλαδή του Τμήματος Κρατικών Αγορών και Προμηθειών του Υπουργείου Οικονομικών, που λήφθηκε σαν αποτέλεσμα του διαγωνισμού 2007Τ1006 και αφορούσε την προμήθεια εσωτερικών επενδύσεων φανέλων και σλιπ, κοντομάνικων φανέλων και φουλαριών μαχητού για τις ανάγκες της Εθνικής Φρουράς και των διαφόρων κυβερνητικών υπηρεσιών.

1. Περιληπτικά τα γεγονότα της υπόθεσης αυτής είναι τα εξής:

(α) Η προκήρυξη του διαγωνισμού έγινε με δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας στις 30 Μαρτίου, 2007.

(β) Για το διαγωνισμό αυτό υποβλήθηκαν επτά (7) προσφορές μεταξύ των οποίων και εκείνη των Αιτητών.

(γ) Η Επιτροπή Αξιολόγησης που συστάθηκε για αξιολόγηση των προσφορών αυτών, κατά τη συνεδρία της ημερ. 6 Ιουλίου, 2007, αποφάσισε να εισηγηθεί στο Συμβούλιο Προσφορών του Υπουργείου Οικονομικών την ανάθεση της σύμβασης για όλα τα είδη των κατηγοριών 1, 2 και 3 της πιο πάνω προσφοράς σε άλλους οικονομικούς φορείς πλην των Αιτητών επειδή κρίθηκαν ότι πληρούσαν τους όρους του διαγωνισμού

(δ) Το Συμβούλιο Προσφορών του Υπουργείου Οικονομικών κατά τη συνεδρία του ημερ. 18 Ιουλίου, 2007 αφού μελέτησε:

- (i) Την έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης και
- (ii) Την επιστολή του εξουσιοδοτημένου αντιπρόσωπου του Διευθυντή του Τμήματος Κρατικών Αγορών και Προμηθειών ημερ. 13 Ιουλίου, 2007, με θέμα την Ερμηνεία του Γενικού όρου 6.1 των προκηρύξεων των μειοδοτικών διαγωνισμών του Τμήματος Κρατικών Αγορών και Προμηθειών αποφάσισε όπως, όσον αφορά την ερμηνεία του όρου 6.1(i) των εγγράφων του διαγωνισμού διατηρήσει τη θέση του όπως αυτή διαμορφώθηκε κατά τη

σύσκεψη της 25^{ης} Ιουνίου 2007 κατά τη συζήτηση του θέματος με αρ. 1/83 της εν λόγω σύσκεψης (αρ. προσφοράς 2006Τ1033) και διαφώνησε με το περιεχόμενο του σημειώματος του εξουσιοδοτημένου αντιπροσώπου του Διευθυντή του Τμήματος Κρατικών Αγορών και Προμηθειών που επισυνάπτεται στην επιστολή του με αρ. φακ. 13.25.18.10.6/II και ημερ. 13/7/2007. Ως εκ τούτου, αποφάσισε την ανάθεση της σύμβασης, σύμφωνα με την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης, η οποία καταγράφεται αναλυτικά στην υπό αναφορά έκθεσή της, και διαφώνησε με την εισήγηση του εξουσιοδοτημένου αντιπροσώπου του Διευθυντή του Τμήματος Κρατικών Αγορών και Προμηθειών η οποία εκφράστηκε κατά τη συνεδρία και καταγράφεται αναλυτικά στην υπό αναφορά επιστολή του.

Περαιτέρω το Συμβούλιο, αφού έλαβε υπόψη του την αναφορά του εξουσιοδοτημένου αντιπροσώπου του Διευθυντή του Τμήματος Κρατικών Αγορών και Προμηθειών ότι οι κατασχέσεις πιστής εκτέλεσης των συμβάσεων οφείλονται σε ασάφειες/αδυναμίες των τεχνικών προδιαγραφών, επεσήμανε την ανάγκη μελέτης του όλου θέματος με στόχο τη βελτίωση των όρων των προδιαγραφών.

(ε) Η Αναθέτουσα Αρχή με επιστολή του Διευθυντή του Τμήματος Κρατικών Αγορών και Προμηθειών προς τους Αιτητές ημερ. 20 Ιουλίου, 2007, τους πληροφόρησε για την ανάθεση της σύμβασης σε άλλους προσφοροδότες όπως ήταν η εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης και ταυτόχρονα τους πληροφόρησε ότι, «Ο λόγος για τον οποίο η προσφορά σας δεν έχει επιλεγεί, είναι γιατί, παρά το γεγονός ότι έχετε προσφέρει τις χαμηλότερες συνολικές τιμές σύγκρισης και για τις τρεις (3) κατηγορίες ειδών, σε σχέση με τις αντίστοιχες που προσφέρθηκαν από τους ανάδοχους των Συμβάσεων, βάση της απόφασης του Συμβουλίου Προσφορών του Υπουργείου Οικονομικών, σύμφωνα με την οποία ο όρος 6.1(i) σελίδα 9 του Μέρους V των εγγράφων του διαγωνισμού, ως εκ της φύσεως του, πρέπει να θεωρείται ουσιώδης και συνεπώς οποιαδήποτε κατάσχεση εγγύησης πιστής εκτέλεσης συμβολαίου, αποτελεί λόγο αποκλεισμού από το διαγωνισμό, εμπίπτετε στους λόγους αποκλεισμού του πιο

πάνω όρου, διότι δεν εκτελέσατε τις συμβατικές σας υποχρεώσεις με αποτέλεσμα να σας κατασχεθεί η εγγύηση πιστής εκτέλεσης του συμβολαίου 2042/2004 για το διαγωνισμό 2004Τ1013 με ημερομηνία κατάσχεσης 23/06/2005.»

2. Οι Αιτητές καταχώρησαν στις 6 Αυγούστου, 2007 την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή την οποία στηρίζουν βασικά στους πιο κάτω λόγους:

(α) Κατά τη λήψη της απόφασης για αποκλεισμό της προσφοράς της προσφεύγουσας εταιρείας, εσφαλμένα παρέλειψε η Αναθέτουσα Αρχή, καταρχήν, να προβεί σε προηγούμενη ακρόαση της προσφεύγουσας εταιρείας, ώστε να της δοθεί η ευκαιρία να τοποθετηθεί και να εκφράσει τις απόψεις της, πριν τον αποκλεισμό της προσφοράς της. Όπως προκύπτει από το λεκτικό του όρου 6.1 σελίδα 9 του Μέρους V των εγγράφων του διαγωνισμού δεν είναι ούτε αυτόματος ούτε υποχρεωτικός ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας εταιρείας, αλλά επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια της διοίκησης και, ως εκ τούτου, το αρμόδιο προς λήψη απόφασης όργανο, όφειλε να της δώσει την ευκαιρία να εκφράσει τις απόψεις της, πριν τη λήψη απόφασης αποκλεισμού της. Το γεγονός, ότι δεν το έπραξε, παραβιάζει την αρχή της προηγούμενης ακρόασης του διοικούμενου (*audi alteram partem*), όπως αυτή έχει όχι μόνο νομολογιακά αλλά πλέον και νομοθετικά εκφραστεί μέσα από τον περί Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμο [Ν.158(Ι)/99], Άρθρο 43. Αποκλείοντας, συνεπώς, την προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας άνευ προηγούμενης ακρόασης της, καθιστά τόσο την απόφαση αποκλεισμού της, όσο και τις συνακόλουθες αποφάσεις κατακύρωσης των προσφορών σε άλλους προσφοροδότες παράνομες και συνεπώς ακυρώσιμες.

Η ως άνω παράλειψη δεν θεραπεύεται με την επιστολή πρόθεσης ένστασης εκ μέρους της προσφεύγουσας εταιρείας, αφού η Αναθέτουσα Αρχή δεν έχει δώσει πλήρη στοιχεία και την πλήρη αιτιολογία για το που βασίζει τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας εταιρείας, με αποτέλεσμα ενδεχόμενα να μη δυνήθηκε η προσφεύγουσα εταιρεία να τοποθετηθεί σε όλο το φάσμα του σκεπτικού αποκλεισμού της και να ληφθούν στην πληρότητα τους οι απόψεις της.

(β) Περαιτέρω δε και/ή επιπρόσθετα κατά τη λήψη της απόφασης για αποκλεισμό της προσφοράς της προσφεύγουσας εταιρείας εσφαλμένα και/ή πεπλανημένα και άνευ νομίμου αιτιολογίας θεωρήθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή, ότι το γεγονός και μόνο, ότι είχε γίνει κατάσχεση της εγγύησης πιστής εκτέλεσης του συμβολαίου 2042/2004 για το διαγωνισμό 2004T1013 με ημερομηνία κατάσχεσης 23/6/2005 και, ως αναφέρει, βάση της απόφασης του Συμβουλίου Προσφορών του Υπουργείου Οικονομικών, ο εν λόγω όρος 6 «πρέπει να θεωρείται ουσιώδης και συνεπώς οποιαδήποτε κατάσχεση εγγύησης πιστής εκτέλεσης συμβολαίου, αποτελεί λόγο αποκλεισμού από το διαγωνισμό», υποχρεωτικά οδηγεί στον αποκλεισμό της προσφοράς της προσφεύγουσας εταιρείας. Ο όρος 6.1(i) είναι δυνητικός και όχι υποχρεωτικός. Ως εκ τούτου, η Αναθέτουσα Αρχή είχε την επιλογή είτε να αποκλείσει την προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας, ασκώντας όμως προηγούμενα (και με ορθό τρόπο, σύμφωνα με τις αρχές δικαίου) υποχρεωτικά τη διακριτική της εξουσία, συνυπολογίζοντας όλα τα αναγκαία στοιχεία και γεγονότα, πριν λάβει την όποια απόφαση της, είτε να μην αποκλείσει την εν λόγω προσφορά, και πάλιν συνυπολογίζοντας όλα τα αναγκαία στοιχεία και γεγονότα. Η Αναθέτουσα Αρχή, αντί να πράξει τούτο, στήριξε την απόφαση της μόνο και μόνο στη θέση της, ότι «ο όρος είναι ουσιώδης». Αν όμως, η θέση ότι ο όρος είναι ουσιώδης και αυτό από μόνο του είναι αρκετό να οδηγήσει υποχρεωτικά στην απόφαση του αποκλεισμού της προσφεύγουσας εταιρείας, τότε ο εν λόγω όρος δεν θα έπρεπε να δίνει διακριτική ευχέρεια εφαρμογής του, αλλά να είναι επιτακτικός (δέσμια αρμοδιότητα), που δεν είναι. Ουσιαστικά, η Αναθέτουσα Αρχή αρνήθηκε να ασκήσει τη διακριτική της ευχέρεια στην παρούσα περίπτωση και/ή η αιτιολογία που έδωσε για τον αποκλεισμό των πελατών μας πάσχει.

(γ) Περαιτέρω δε και/ή επιπρόσθετα κατά τη λήψη της απόφασης για αποκλεισμό της προσφοράς της προσφεύγουσας εταιρείας, εσφαλμένα θεώρησε, ότι η κατάσχεση της εγγύησης πιστής εκτέλεσης σύμβασης της προσφεύγουσας εταιρείας από προηγούμενο διαγωνισμό ήταν ουσιώδης και μπορούσε να χρησιμοποιηθεί για σκοπούς αποκλεισμού της με βάση τον όρο 6.1(i) σελίδα 9 του Μέρους V των εγγράφων του διαγωνισμού και/ή ενήργησε με κατάχρηση εξουσίας ενάντια στη δικαιολογημένη εμπιστοσύνη της προσφεύγουσας εταιρείας και/ή ενάντια στην πρακτική και/ή προηγούμενες αποφάσεις της ως Αναθέτουσα Αρχή άνευ αιτιολογίας για την αλλαγή της στάσης της και/ή χωρίς να ακολουθήσει τη δέουσα διαδικασία.

Συγκεκριμένα:

(γ)1. Εσφαλμένα η Αναθέτουσα Αρχή δεν έλαβε υπόψη, ότι σύμφωνα με τους όρους προσφοράς, που αφορούσε η λήψη απόφασης για κατάσχεση της εγγύησης πιστής εκτέλεσης προηγούμενης Σύμβασης από την προσφεύγουσα εταιρεία (2042/2004 για το διαγωνισμό 2004Τ1013 με ημερομηνία κατάσχεσης 23/6/2005), η τότε Αναθέτουσα Αρχή είχε το δικαίωμα, πέραν από την κατάσχεση της εγγύησης πιστής εκτέλεσης, να προχωρήσει επιπρόσθετα και σε αποκλεισμό της προσφεύγουσας εταιρείας για προσωρινή ή οριστική στέρηση από μελλοντικούς διαγωνισμούς του δημοσίου, πράγμα που δεν έπραξε. Παραπέμπουμε σχετικά στον εκεί όρο 19.1 της προσφοράς 2004Τ1013 (Παράρτημα Α στην παρούσα) (βλ. και όρο 9), ο οποίος παραπέμπει στους περί των Προσφορών του Δημοσίου Γενικούς Κανονισμούς του 1999 και 2001 (Κ.Δ.Π. 104/99), εκεί Κανονισμούς 41 και 42 (Παράρτημα Β στην παρούσα). Τέτοιος αποκλεισμός αποφασίζεται ή μη, σύμφωνα με το λεκτικό του Κανονισμού 42 «ανάλογα με τη βαρύτητα της παραβίασης» και αφού ακολουθηθεί η διαδικασία που προβλέπεται στις υποπαραγράφους (2), (3) και (4) του Κανονισμού 42.

(γ)2. Η Αναθέτουσα Αρχή στην προσφορά 2004Τ1013 προφανώς δεν θεώρησε την παράβαση, ότι έχει τη βαρύτητα που θα δικαιολογούσε τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας εταιρείας, περιορίστηκε στην κατάσχεση της εγγυητικής και δεν απόκλεισε την προσφεύγουσα εταιρεία είτε προσωρινά είτε μόνιμα από μελλοντικούς διαγωνισμούς.

(γ)3. Συνεπώς, η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, ότι μόνο και μόνο η κατάσχεση της εγγύησης της προσφεύγουσας εταιρείας από τον ως άνω διαγωνισμό 2004Τ1013 δικαιολογεί τον αποκλεισμό της από την παρούσα προσφορά είναι πέρα για πέρα λανθασμένη, ακριβώς γιατί τότε δεν κρίθηκε ουσιώδης («βαρύνουσα») και για αυτό δεν είχε αποκλειστεί από μελλοντικούς διαγωνισμούς.

Σημειώνεται, ότι παρόμοιος όρος υπάρχει και στην παρούσα υπό εξέταση προσφορά (Βλ. όρο 11.2(γ) των όρων προσφοράς).

(γ)4. Η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, συνεπώς, για αποκλεισμό της προσφοράς της προσφεύγουσας εταιρείας, έρχεται σε πλήρη αντίθεση με την τότε απόφαση στην προσφορά 2004Τ1013, για την οποία δεν κρίθηκε η παράβαση ως τέτοιας βαρύτητας για αποκλεισμό της προσφεύγουσας εταιρείας από μελλοντικούς διαγωνισμούς, συνιστά αντιφατική αιτιολογία και παραβαίνει κάθε αρχή καλής πίστης και δικαιολογημένης εμπιστοσύνης της προσφεύγουσας εταιρείας προς τη διοίκηση.

(γ)5. Εν τέλει, σημειώνεται, ότι ακόμη και αν αποφάσιζε τότε η Αναθέτουσα Αρχή στην προσφορά 2004Τ1013 να αποκλείσει την προσφεύγουσα εταιρεία από μελλοντικούς διαγωνισμούς, αυτό μπορούσε να γίνει μόνο με τη διαδικασία που προβλεπόταν στις υποπαραγράφους (2), (3) και (4) του Κανονισμού 42.

(γ)6. Δηλαδή, ουσιαστικά ανεπίτρεπτα η Αναθέτουσα Αρχή προβαίνει σε αποκλεισμό της προσφεύγουσας εταιρείας στην παρούσα προσφορά, επικαλούμενη κατάσχεση εγγύησης προηγούμενης σύμβασης, στην οποία δεν κρίθηκε η παραβίαση της ουσιώδους για να δικαιολογεί αποκλεισμό της στο μέλλον και υπερβαίνοντας ακόμη και την απαραίτητη διαδικασία για τέτοιο αποκλεισμό.

(δ) Περαιτέρω δε και/ή επιπρόσθετα και/ή χωρίς επηρεασμό του λόγου ακυρώσεις (γ) ανωτέρω, κατά τη λήψη της απόφασης για αποκλεισμό της προσφοράς της προσφεύγουσας εταιρείας, το αρμόδιο όργανο, παρέλειψε να διεξάγει τη δέουσα έρευνα και να προσδώσει τη δέουσα αιτιολογία και/ή ενέργησε με κατάχρηση εξουσίας έναντι στη δικαιολογημένη εμπιστοσύνη των Αιτητών και/ή ενάντια στην πρακτική και/ή προηγούμενες αποφάσεις του ως αρμόδιο όργανο άνευ αιτιολογίας για αλλαγή της στάσης του και/ή χωρίς νόμιμη και δέουσα στάθμιση αναφορικά με τις αιτιάσεις που κατά τη γνώμη του αρμοδίου οργάνου αποτελούν το λόγο αποκλεισμού της προσφοράς των Αιτητών και κατά πόσο αυτές δικαιολογούν τέτοιο αποκλεισμό

Συγκεκριμένα:

Η προσφεύγουσα εταιρεία συμμετείχε από την ημέρα κατάσχεσης της εγγύησης της, ακριβώς διότι δεν κρίθηκε η παραβίαση της ουσιώδης για να αποκλειστεί από μελλοντικούς διαγωνισμούς, σε πάρα πολλούς διαγωνισμούς που προκήρυξε η Αναθέτουσα Αρχή και/ή Αρμόδιο Όργανο και/ή Τμήμα, και που αφορούν τις ανάγκες του Στρατού ή άλλες κυβερνητικές υπηρεσίες για ίδιο ή παρόμοιο υλικό, χωρίς ποτέ να αποκλειστεί οποιαδήποτε προσφορά της εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής και/ή Αρμοδίου Οργάνου και/ή Τμήματος κατ' επίκληση της κατάσχεσης της εγγύησης για την προηγούμενη Σύμβαση, ως προαναφέρθηκε (πλην της πολύ πρόσφατης περίπτωσης εκκρεμεί ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών και στην οποία πάλιν η Αναθέτουσα Αρχή επικαλέστηκε την ίδια κατάσχεση εγγύησης, ως και στην παρούσα περίπτωση). Η προσφεύγουσα εταιρεία έχει έκτοτε, μάλιστα, πετύχει στην κατακύρωση σε αυτή πολλών προσφορών εκ των προαναφερομένων από τις εν λόγω Αρχές ή Όργανα και στις οποίες συμμετείχε. Εκεί που δεν πέτυχε ήταν πάντοτε λόγω της προσφερόμενης τιμής και όχι λόγω αποκλεισμού της προσφοράς της. Οι εν λόγω επιτυχείς προσφορές εκτελέσθηκαν πάντοτε άνευ οποιουδήποτε προβλήματος από την προσφεύγουσα εταιρεία.

(ε) Με βάση τα όσα αναφέρονται πιο πάνω, κακώς και λανθασμένα λήφθηκε η απόφαση αποκλεισμού της προσφοράς των Αιτητών από τον πιο πάνω διαγωνισμό και κατά συνέπεια, κακώς κατακυρώθηκε στους επιτυχόντες προσφοροδότες αντί στους Αιτητές αφού αυτοί είχαν προσφέρει σε κάθε κατηγορία ξεχωριστά, αλλά και γενικά χαμηλότερες τιμές από τους επιτυχόντες προσφοροδότες.

3. Στις πιο πάνω αιτιάσεις των Αιτητών η Αναθέτουσα Αρχή απάντησε ως εξής:

(α) Οι λόγοι που οι Αιτητές επικαλούνται στην προσφυγή τους και που αναφέρονται στις παραγράφους 2(α)-2(ε) πιο πάνω είναι αόριστοι, παντελώς ανυπόστατοι, ανυποστήριχτοι και ανεδαφικοί καθ' ότι τα αρμόδια όργανα εφάρμοσαν ορθά όλες τις πρόνοιες της Νομοθεσίας. Περαιτέρω, κατά τους ίδιους ισχυρισμούς τα αρμόδια όργανα ενήργησαν καθ' όλη τη διαδικασία και έλαβαν υπ' όψη τους κατά τη λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης τις πρόνοιες των εγγράφων του διαγωνισμού, τις οποίες εφάρμοσαν ομοιόμορφα και με πλήρη διαφάνεια για όλους τους διαγωνιζόμενους και επομένως ουδεμία δυσμενή διάκριση έτυχαν οι Αιτητές.

(β) Το Συμβούλιο Προσφορών του Υπουργείου Οικονομικών κατά τη λήψη της απόφασής του στις 18 Ιουλίου, 2007, έλαβε υπ' όψη του ότι οι Αιτητές εμπíπτουν στους λόγους αποκλεισμού που ορίζονται στον όρο 6.1(i) των εγγράφων του διαγωνισμού γιατί απέτυχαν να εκπληρώσουν τις συμβατικές τους υποχρεώσεις με αποτέλεσμα να τους κατασχεθεί η εγγύηση πιστής εκτέλεσης του συμβολαίου για το διαγωνισμό 2004Τ1013 (ημερ. κατάσχεσης 23/6/2005).

Τούτο, κατά τους ισχυρισμούς της Αναθέτουσας Αρχής, δεν αμφισβητείται από τους Αιτητές, παρά τους ισχυρισμούς τους ότι κατασχέσεις έγιναν για άλλες προσφορές που δεν είχαν το ίδιο αντικείμενο με την παρούσα προσφορά.

Ο όρος 6, όπως και όλοι οι άλλοι όροι των εγγράφων κάθε διαγωνισμού πρέπει κατά τους ίδιους ισχυρισμούς να αναγιγνώσκονται στο πλαίσιο του συνόλου των όρων των εγγράφων του διαγωνισμού για να καταλήξει κάποιος σε σωστή ερμηνεία. Κατά την άποψή μας, τόνισαν, δεν υπάρχει καμία αμφιβολία ότι είναι απόλυτοι και από την ώρα που η Αναθέτουσα Αρχή επέλεξε να τους περιλάβει μέσα στα έγγραφά της, «και σημειώστε ότι αυτοί οι λόγοι αποκλεισμού περιλαμβάνονται στην οδηγία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, και από την ώρα που επιλέγω να τους περιλάβω στα έγγραφα, καθίστανται δεσμευτικοί, είναι δεσμευτικοί ανεξάρτητα από τη λέξη «δύνανται» που γράφει εκεί».

Ο όρος 6 πρέπει να διαβαστεί σε συνδυασμό με τον όρο 5.1.1 των εγγράφων του διαγωνισμού, στον οποίο αναφέρεται ρητά και σαφώς ότι δικαίωμα συμμετοχής έχουν αυτοί: *« ... που έχουν καταβάλει το αντίτιμο για την αγορά των εγγράφων προσφορών και οι οποίοι μπορούν να αποδείξουν ότι ικανοποιούν τις απαραίτητες νομικές, οικονομικές και τεχνικές προϋποθέσεις για την προσήκουσα και έγκαιρη εκτέλεση της σύμβασης, νοουμένου ότι δεν εμπíπτουν στους λόγους αποκλεισμού που καθορίζονται στα εν λόγω έγγραφα.»*

Στον όρο 6, στο τέλος (6.2) λει: *«Επιπρόσθετα, αποκλείεται από τη συμμετοχή στη σύμβαση ο προσφέρων: ii δεν πληροί τις προϋποθέσεις της παραγράφου 5.1 πιο πάνω.»* Δηλαδή εμπíπτει στους λόγους αποκλεισμού.

Εν πάση περιπτώσει, ισχυρίστηκαν, «και αν ακόμα θεωρηθεί ότι δεν είναι απόλυτοι και κατά συνέπεια δεσμευτικοί και μπορούν να ερμηνευθούν κατά διακριτική ευχέρεια, το ερώτημα που τίθεται είναι κατά πόσον ενόψει της λειτουργίας αυτών των λόγων και τους σκοπούς τους οποίους αποσκοπούν να εξυπηρετήσουν, που είναι η διασφάλιση της κατάλληλης εκτέλεσης σύμβασης είναι ή όχι ουσιώδεις. Κατά την άποψή μας δεν υπάρχει αμφιβολία ότι είναι ουσιώδεις.»

Κατά τους ισχυρισμούς της Αναθέτουσας Αρχής, με όσα αναφέρονται πιο πάνω, ο όρος 6.1(i) των εγγράφων του διαγωνισμού είναι ουσιώδης και από τη στιγμή που ο όρος αυτός είναι ουσιώδης η προσφορά που παρέβηκε ουσιώδη όρο του διαγωνισμού απορρίπτεται χωρίς άλλο λόγο και δεν χρειάζεται καμία περαιτέρω αιτιολόγηση.

(γ) Τέλος, η Αναθέτουσα Αρχή σχετικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι η απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών και του Υπουργείου Οικονομικών είναι ανατιολόγητη, ισχυρίστηκε ότι πλήρης αιτιολογία παρατίθεται στο κείμενο της επιστολής του Τμήματος Κρατικών Αγορών και Προμηθειών προς τους Αιτητές ημερ. 9 Ιουλίου, 2007 και στο διοικητικό φάκελο.

(δ) Όσον αφορά τους ισχυρισμούς των Αιτητών ότι μετά την κατάσχεση της εγγύησης τους κατακυρώθηκαν σ' αυτούς διάφορες προσφορές, η Αναθέτουσα Αρχή παραδέχθηκε ότι τούτο είναι αληθές αλλά οφείλετο στο γεγονός ότι η Αναθέτουσα Αρχή ακολουθούσε την πρακτική να αποκλείει προσφοροδότες λόγω κατάσχεσης της εγγύησης, λόγω μη πιστής εκτέλεσης της σύμβασης όταν επρόκειτο για συμβάσεις παρομοίου είδους. Κατά τους ίδιους ισχυρισμούς η πρακτική αυτή άλλαξε μετά την πιο πάνω αναφερόμενη γνωμάτευση της εκπροσώπου της Γενικής Εισαγγελίας.

5. Από τα ενώπιόν μας στοιχεία και τα γεγονότα όπως εκτίθενται πιο πάνω και φαίνονται στους σχετικούς φακέλους, και τα επιχειρήματα που έχουν εκτεθεί τόσο γραπτά όσο και προφορικά κατά την ενώπιόν μας διαδικασία, καταλήγουμε στα ακόλουθα:

Έχουμε την άποψη ότι το βασικό θέμα στην παρούσα υπόθεση είναι αν η αρμοδιότητα που παρέχεται στο αποφασίζον όργανο είναι δέσμια ή αν το αποφασίζον όργανο έχει διακριτική ευχέρεια. Όπως έχει νομολογηθεί από το Ανώτατο Δικαστήριο στην απόφαση (ημερομηνίας 3/6/1997 στην υπόθεση Α/φοι Α & Α Κων/νου Λτδ εναντίον 1. Δήμου Γεροσκήπου, 2. Δημοτικού Συμβουλίου Γεροσκήπου), «δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει όταν με τη διαπίστωση από το όργανο ότι συντρέχουν οι πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις εφαρμογής ορισμένων κανόνων Δικαίου, το όργανο έχει υποχρέωση όπως εκδώσει τη σχετική διοικητική πράξη που προβλέπεται από τους εν λόγω κανόνες Δικαίου. Η δέσμια αρμοδιότητα του οργάνου, υποδηλώνεται ή υπογραμμίζεται με διατυπώσεις όπως «Το Διοικητικό Όργανο υποχρεούται ή οφείλει να εκδώσει» τη συγκεκριμένη διοικητική πράξη ύστερα από διαπίστωση των πραγματικών και νομικών γεγονότων. Αντίθετα, διοικητική ευχέρεια είναι η δυνατότητα του Διοικητικού Οργάνου να επιλέξει μεταξύ πλειόνων ρυθμίσεων την ευστοχότερη για το δημόσιο συμφέρον. Είναι γνωστή η αρχή όταν στη διοίκηση παρέχεται από το Νόμο εξουσία ενέργειας κατά διακριτική ευχέρεια, η διοίκηση υποχρεούται όταν αποφασίζει να ενεργήσει να κάμει χρήση της ευχέρειας αυτής. Έτσι πράξη που εκδόθηκε ως υποχρεωτική από Αρχή που εξέλαβε πεπλανημένα δέσμια την προς τούτο αρμοδιότητά της, ενώ προς έκδοση της πράξης είχε διακριτική ευχέρεια, είναι παράνομη».

Είναι επίσης καλά νομολογημένο ότι η άσκηση διακριτικής ευχέρειας θα πρέπει να στηρίζεται στη στάθμιση των παραγόντων που ο Νόμος καθόρισε στην Αρχή να σταθμίσει.

Είναι κατά την άποψή μας φανερό ότι το αποφασίζον όργανο, θεώρησε σαν δέσμια την αρμοδιότητά του επικαλούμενο το ουσιώδες του όρου 6.1 και την ανάγκη ομοιόμορφης εφαρμογής του. Δεν συμφωνούμε με την άποψη αυτή και θεωρούμε ότι το Άρθρο 6.1 των όρων του διαγωνισμού καθορίζει διακριτική ευχέρεια στο αποφασίζον όργανο το οποίο θα έπρεπε να την ασκήσει με τη διερεύνηση όλων των περιστάσεων και των παραμέτρων της υπόθεσης και πως θα έπρεπε να αιτιολογήσει την απόφασή του, κάτι που φανερά δεν έκαμε.

Πέραν των πιο πάνω έχουμε να παρατηρήσουμε ότι και αν ακόμη επί χρόνια η Αναθέτουσα Αρχή ερμήνευε διαφορετικά τον όρο 6.1 των εγγράφων των προσφορών, θα μπορούσε να προβεί σε διόρθωσή του αν έκρινε την εφαρμογή του λανθασμένη, με τη σαφή διατύπωση στους όρους των προσφορών και ειδικότερα στον όρο 6.1.

Έχουμε την άποψη ότι με τον τρόπο που ενήργησε η Αναθέτουσα Αρχή παραβιάζονται οι πρόνοιες των Άρθρων 50 και 51 του Νόμου 158(Ι)/1999.

Παρότι δεν έχει αναφερθεί το ύψος της Σύμβασης για την οποία έγινε κατάσχεση της εγγύησης, είναι ενδεχόμενο εάν η Σύμβαση αυτή ήταν πέραν των £100.000 θα έπρεπε να τηρηθούν οι διατάξεις των Κανονισμών 24, 25 και 26 της Κ.Δ.Π. 115/2004. Τούτο αναφέρεται σαν απλή παρατήρηση.

Σαν αποτέλεσμα των πιο πάνω κρίνουμε ότι η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής παραβιάζει το ισχύον δίκαιο και ως εκ τούτου η προσβαλλόμενη απόφαση ακυρώνεται.