



**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. 21/2010**

Μεταξύ:

CYPRUS BUREAU OF SHIPPING LTD

Αιτητών

v.

ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΕΜΠΟΡΙΚΗΣ ΝΑΥΤΙΛΙΑΣ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή  
Προσφορών**

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

**Αιτητές:**

CYPRUS BUREAU OF SHIPPING LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Νίκο Α. Χατζηγιάννου, Δικηγόρο
2. Χριστόδουλο Σωκράτους, Γενικό Διευθυντή αιτούσας εταιρείας
3. Νίκο Πρωτοπαπά, Εκπρόσωπο αιτούσας εταιρείας

**Αναθέτουσα Αρχή:**

ΤΜΗΜΑ ΕΜΠΟΡΙΚΗΣ ΝΑΥΤΙΛΙΑΣ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Γιάννη Παλατέ, Επιθεωρητή Πλοίων Α΄
2. Γιάννη Καριτζή, Ανώτερο Επιθεωρητή Πλοίων
3. Βιολέττα Κυριακίδου, Επιθεωρήτρια Πλοίων

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 29 Μαρτίου, 2010

## **ΑΠΟΦΑΣΗ**

**A.** Με την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή με αρ. 21/2010 η εταιρεία CYPRUS BUREAU OF SHIPPING LTD (στο εξής οι Αιτητές) στρέφεται κατά της απόφασης του ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΕΜΠΟΡΙΚΗΣ ΝΑΥΤΙΛΙΑΣ (στο εξής Αναθέτουσα Αρχή ή Α.Α.) να κατακυρώσει τον Διαγωνισμό αρ. TEN 21/2009 με αντικείμενο την «*παροχή υπηρεσιών για την επιθεώρηση ταχυπλόων σκαφών, για περίοδο 24 μηνών σύμφωνα με τους όρους του διαγωνισμού για σκοπούς χορήγησης άδειας κυκλοφορίας από το τμήμα εμπορικής ναυτιλίας σύμφωνα με τον περί ταχυπλόων σκαφών νόμο 56(I)/92 όπως έχει τροποποιηθεί, και τους κανονισμούς 1999 (ΚΔΠ121/99)*», σε άλλο προσφοροδότη.

### **B. ΓΕΓΟΝΟΤΑ:**

1. Ο διαγωνισμός προκηρύχθηκε μέσω ηλεκτρονικού συστήματος (e-Procurement Platform), στις 22.12.2009 και δημοσιεύτηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας στις 23.12.2009 και σε 2 ημερήσιες εφημερίδες ευρείας κυκλοφορίας, στις 24.12.2009.
2. Τελευταία ημέρα υποβολής προσφοράς καθορίστηκε η 25<sup>η</sup> Ιανουαρίου, 2010.
3. Ως κριτήριο ανάθεσης καθορίστηκε η πλέον οικονομικά συμφέρουσα προσφορά.
4. Προσφορά υπέβαλαν νομότυπα εντός της ταχθείσας προθεσμίας 2 οικονομικοί φορείς, ήτοι οι επιτυχόντες και οι Αιτητές.
5. Στις 8.12.2009 διορίστηκε Επιτροπή Αξιολόγησης (ΕΑ) η οποία ζήτησε από τους Αιτητές στις 28.1.2010 να καταθέσουν ελεγμένες οικονομικές καταστάσεις και εκθέσεις των ελεγκτών για να διαφωτιστεί πλήρως η οικονομική κατάσταση της εταιρείας σύμφωνα και με τον όρο 6.2.2.2.
6. Οι Αιτητές υπέβαλαν τις ελεγμένες οικονομικές καταστάσεις προς την ΕΑ, η οποία μετά από μελέτη, αποφάσισε ότι οι Αιτητές δεν αποτελούν οικονομικά εύρωστο οικονομικό φορέα βάσει του όρου 6.2.2.2 του Διαγωνισμού, και γι' αυτό το λόγο απέρριψε την προσφορά τους.

7. Η ΕΑ με επιστολή της ημερ. 1.2.2010, ενημέρωσε τους Αιτητές ότι η προσφορά τους απερρίφθη, επεξηγώντας τους λόγους ακύρωσης.

8. Οι Αιτητές, με επιστολή τους ημερ. 5.2.2010 γνωστοποίησαν στην Α.Α. την πρόθεσή τους να προσφύγουν κατά της απόφασης στην Α.Α.Π. και ταυτόχρονα εξέθεσαν τους λόγους και τις αιτιάσεις τους γιατί θα έπρεπε να μην ακυρωθεί η προσφορά τους.

9. Η Ε.Α. δεν απάντησε στην επιστολή των Αιτητών και οι τελευταίοι μετά την προθεσμία των 5 ημερών, κατέθεσαν στις 22.2.2010 την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή με αρ. 21/2010 και ταυτόχρονα αίτηση για λήψη προσωρινού μέτρου που η Α.Α.Π. παραχώρησε στις 24.2.2010.

#### **Γ. ΘΕΣΕΙΣ ΤΩΝ ΑΙΤΗΤΩΝ**

Οι Αιτητές ισχυρίστηκαν ότι η απόφαση της Α.Α. είναι παράνομη και δέον να ακυρωθεί.

Υποστήριξαν ότι η προσφορά τους απορρίφθηκε χωρίς να ζητηθούν περαιτέρω στοιχεία ως προς την οικονομική επάρκειά τους, ενώ ουδεμία διαφορά δεν υπήρχε από την προσφορά που υποβλήθηκε στην προηγούμενη διαδικασία, αφού οι λογαριασμοί για τα έτη 2006 και 2007 δεν ήταν συμπληρωμένοι/ελεγμένοι ούτε και τότε.

Η αιτιολογία της απόρριψης της προσφορά τους από την Α.Α., όπως οι Αιτητές ισχυρίστηκαν, ήταν η δήθεν απουσία οικονομικής ευρωστίας τους όπως εξακριβώθηκε από την παρατήρηση των ελεγκτών.

Σημείωσαν οι Αιτητές ότι όταν ενημερώθηκαν για την απόρριψη τους από την Α.Α., απέστειλαν επιστολή στην τελευταία επιβεβαιώνοντας την πρόθεση των μετόχων τους να τους στηρίξουν, πράγμα που πεπελανημένα θεωρήθηκε από την Α.Α. ως παραδοχή αδυναμίας και προσπάθεια στήριξης σε άλλους οικονομικούς φορείς.

Η πλάνη της Α.Α. ξεκινά σύμφωνα με τους Αιτητές από την εξής παρατήρηση των λογιστών των Αιτούντων:

*«The company's ability to continue as a going concern depend on the financial support of the shareholders. The shareholders are committed to provide such a financial support to the company.»*

Όπως υποστήριξαν οι Αιτητές η Α.Α. αγνόησε ότι το ενδεχόμενο μη οικονομικής ευρωστίας δεν θα υφίστατο, αν οι μέτοχοι στήριζαν την εταιρεία και την ενημέρωση ότι οι μέτοχοι δεσμεύοντο να στηρίξουν την εταιρεία.

Σε αντίθεση συνεπώς με αυτό που είπαν οι ελεγκτές, ότι δηλ. οι αιτούντες είχαν την οικονομική ευρωστία αφού οι μέτοχοι την στήριξαν, η Α.Α. αποφάσισε ότι τοιουτοτρόπως οι Αιτητές βασίζοντο σε άλλους οικονομικούς φορείς, πράγμα παράνομο αφού δεν τέθηκε εξ' αρχής. Η στήριξη των μετόχων σύμφωνα με τους Αιτητές ήταν μέρος της δικής τους οικονομικής ευρωστίας.

Αναφορικά με το ουσιώδες της παραβίασεως οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι αφού η μη υποβολή των απαιτούμενων από τον όρο 6.2.2.2 εγγράφων δεν κρίθηκε μοιραία σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορεί να γίνει και επίκλησή της κατά το παρόν χρονικό σημείο από την Α.Α. Υποστηρίζουν περαιτέρω ότι ούτε ο επιτυχόντας υπέβαλε τους απαιτούμενους λογαριασμούς αρκούμενος να υποβάλει εκθέσεις μόνο για το 2008 ούτε και η Α.Α. ζήτησε αυτούς από τους τελευταίους.

Πρόσθετα, η επιτυχούσα, κατά παράβαση του άρθρου 51 του Νόμου 158(Ι)/1999 δεν κατέθεσε πιστοποιητικό καθαρού ποινικού μητρώου και μη πτώχευσης από τον Έφορο Εταιρειών, ούτε βεβαίωση για την καταβολή των Κοινωνικών Ασφαλίσεων, κατά παράβαση του άρθρου 51(2).

Εκτός αυτών ο κος Andrezej Szczerkowski, στέλεχος της επιτυχούσας φαίνεται στο βιογραφικό του ότι από το 2005 διενεργεί παράνομα τεχνικές ναυτιλιακές μελέτες αφού δεν είναι εγγεγραμμένος στο ΕΤΕΚ.

Σύμφωνα με τους Αιτητές η εταιρεία τους είναι οικονομικά χωριστή οντότητα. Δεν υπήρξε στήριξη από κανένα φορέα. Η στήριξη των μετόχων είναι δεδομένη και δεν έβλαπτε να είχε δηλωθεί αφού το επιτρέπει ούτως ή άλλως το άρθρο 53(2) του νόμου αλλά και ο όρος 6.2.2 του Διαγωνισμού. Και δεν δόθηκε εκ των υστέρων αφού ήταν γραμμένο στις εκθέσεις των λογιστών που ήταν μέρος της υποβληθείσας προσφοράς. Σύμφωνα με το άρθρο 53(2) του νόμου αλλά και με τον όρο 6.2.2 των Εγγράφων οιοσδήποτε οικονομικός φορέας, δύναται να στηρίζεται σε άλλο οικονομικό φορέα, ασχέτως της νομικής φύσεως ή των δεσμών με αυτόν, άρα να στηρίζονται και σε μετόχους, αρκεί να αποδείξουν ότι θα έχουν στη διάθεσή των Αιτητών τους αναγκαίους πόρους.

Αν έτσι ερμηνευθεί – με την οποία ερμηνεία διαφωνούν οι Αιτητές – τότε υπάρχει η τέτοια στήριξη από τους μετόχους ενώ πουθενά στους όρους δεν αναφέρεται ότι αυτή η στήριξη πρέπει να δηλωθεί εκ των προτέρων. Η Α.Α θα μπορούσε να ζητήσει διευκρινίσεις ή έγγραφα με βάση το άρθρο 57 του Νόμου 158(Ι)/1999. Εξάλλου οι Αιτητές απέδειξαν την οικονομική ευρωστία τους, σύμφωνα με τον όρο 6.2.2 της προσφοράς, αφού έχουν παρουσιάσει κέρδη και κατά τα τρία έτη (2006-08) άρα και θετικό μέσο όρο, μέσω της έκθεσης και των οικονομικών καταστάσεων των ελεγκτών, που η ίδια η Α.Α. απαίτησε να υποβληθούν ως μέρος της προσφοράς.

Οι Αιτητές παραδέχθηκαν ότι η οικονομική επάρκεια είναι ουσιώδης προϋπόθεση αλλά όχι όρος ενώ υποστήριξαν ότι ήταν οικονομικά εύρωστοι και δεν έγινε εκ των υστέρων στήριξη από τρίτο φορέα. Ούτε και αν ερμηνευτεί ότι δόθηκε εκ των υστέρων στήριξη από τους μετόχους θα μπορούσε να εκληφθεί ως επιλήψιμο σύμφωνα με τους Αιτητές, αφού δεν είναι κάτι που αποτρέποντο να κάμουν οι άλλοι προσφοροδότες, ούτε και αλλοίωση των στοιχείων της προσφοράς αφού το κριτήριο για την κατακύρωση μιας προσφοράς δεν είναι η σύγκριση των οικονομικών δυνατοτήτων μεταξύ των προσφοροδοτών, ούτε αποτελούσε κριτήριο για κατακύρωση το πόσο οικονομικά εύρωστη είναι μια επιχείρηση.

Περαιτέρω θεωρούν άστοχη την εισήγηση της Α.Α. περί παραβίασης της αρχής της ισότητας αφού η μη συμμετοχή άλλων φορέων από άγνοια νόμου δεν θα μπορούσε να ληφθεί υπόψη. Τέτοια ευκαιρία είχαν όλοι οι προσφοροδότες.

Υποστηρίζουν δε ότι η Α.Α. είχε υποχρέωση να ζητήσει διευκρινίσεις, ενώ αναφέρουν ότι η Ε.Α. δεν υλοποίησε τους όρους εντολής της μέσα στα πλαίσια της χρηστής διοίκησης.

Αναφέρθηκαν παρεπιμπτόντως στο γεγονός ότι υιός ενός από τα μέλη της Ε.Α. εργαζόταν το 2005-2006 στην επιτυχούσα εταιρεία ενώ από εκείνη τη χρονολογία η τελευταία κερδίζει σύμφωνα με τους ισχυρισμούς τους τις προσφυγές.

#### **Δ. ΘΕΣΕΙΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ**

1. Η Α.Α. ανέφερε ως κύριο λόγο απόρριψης της προσφοράς των Αιτητών τη μη τήρηση εκ μέρους των Αιτητών της πιο κάτω ουσιώδους προϋπόθεσης συμμετοχής στο διαγωνισμό, ήτοι του άρθρου 6.2.2.2 που αναφέρει:

*«Ο ενδιαφερόμενος Οικονομικός Φορέας, για τα τελευταία τρία (3) χρόνια, να ήταν δρώσα και οικονομικά εύρωστη επιχειρηματική μονάδα, σύμφωνα με τις ελεγμένες οικονομικές καταστάσεις καθώς και τις εκθέσεις των ελεγκτών που τις συνοδεύουν.»*

Οι Αιτητές με την προσφορά τους δεν κατέθεσαν ελεγμένες οικονομικές καταστάσεις ούτε τις εκθέσεις των ελεγκτών ως ο όρος αλλά απλά συμπλήρωσαν το Έντυπο 3 χωρίς τα οικονομικά στοιχεία της εταιρείας που υποβλήθηκαν σε αυτό να συνοδεύονται με τα απαιτούμενα από τους όρους δικαιολογητικά. Τα οικονομικά δε στοιχεία που κατέθεσαν οι Αιτητές βρίσκονταν σε πλήρη αναντιστοιχία με τα οικονομικά στοιχεία που είχαν κατατεθεί το 2008, κατά τη διαδικασία της προηγούμενης σχετικής Προσφοράς με αρ.1/2008 της ίδιας Α.Α., που αφορούσε στις ίδιες υπηρεσίες. Κατά το Διαγωνισμό εκείνο οι Αιτητές είχαν απορριφθεί γιατί παρουσίαζαν παθητικό ισολογισμό (μέσο όρο) κατά τα έτη 2005-2006 και 2007. Ειδικά για το έτος 2007 είχαν δηλώσει κέρδη €75.032,

ενώ αντίθετα στις καταστάσεις της παρούσας προσφοράς, στο Έντυπο 3 για τον ισολογισμό του 2007 δήλωσαν αναντίστοιχα κέρδη €124.096, κάτι που καταγράφηκε στα Πρακτικά της συνεδρίας της Ε.Α. (μαζί με άλλες μη ουσιώδεις παρεκκλίσεις των Αιτητών). Η Ε.Α. επέδειξε επιείκεια σύμφωνα με την Α.Α. και με βάση το άρθρο 8.3.1.1. εδάφιο 11 ζήτησε στις 28.1.2010 από τους Αιτητές να κατατεθούν οι ελεγμένες οικονομικές καταστάσεις και οι εκθέσεις των ελεγκτών για την τελική κρίση της. Δεν ζήτησαν τα πιο πάνω από τους Αιτητές ως επιπρόσθετες διευκρινίσεις αλλά κατ' επιείκεια ζητήθηκε από αυτούς να καταθέσουν ότι θα έπρεπε να είχαν υποβάλει εξ' αρχής.

Από τη μελέτη των κυρωμένων εκθέσεων των ελεγκτών η Ε.Α. διαπίστωσε ότι η Αιτήτρια εταιρεία κάθε άλλο παρά οικονομικά εύρωστη είναι σύμφωνα με την παρατήρηση των ιδίων των ελεγκτών της εταιρείας που περιέχεται στην έκθεσή τους. *«....even though the company' has made profit of Euro 40.915 for the year ended 31 December 2008, as of that date the Company's liabilities exceeded its assets by Euro 397.744. These conditions, along with other matters as set forth in note 2 indicate the existence of a material uncertainty which may cast significant doubt about the Company's ability to continue as a going concern....».*

Αυτό, όπως υποστήριξε η Α.Α. οδήγησε την Ε.Α. να αποφασίσει ότι οι Αιτητές δεν θεωρούνται ως «οικονομικά εύρωστος» οικονομικός φορέας όπως απαιτεί ρητά ο όρος 6.2.2.2 του Διαγωνισμού, απόκλιση την οποία θεώρησαν ως ουσιώδη με επακόλουθο η Ε.Α. να απορρίψει την προσφορά των Αιτητών.

Οι Αιτητές, στην επιστολή τους ημερ. 5.2.2010 προς την Α.Α. με την οποία εξέφρασαν πρόθεση να προσφύγουν στην Α.Α.Π - αφού ενημερώθηκαν για την απόρριψη της προσφοράς τους δια μέσου επιστολής ημ. 01.02.2010 – εξέθεσαν τους λόγους γιατί θα έπρεπε να μην ακυρωθεί η προσφορά τους. Επικαλέστηκαν το άρθρο 53(2) του Ν.12(Ι)/2006 σαν μέσο θεραπείας της ουσιώδους παρέκκλισης της προσφοράς τους, πράγμα που δεν θα μπορούσε να γίνει δεκτό αφού στην προσφορά, όπως υποβλήθηκε, δεν έκαναν σχετική αναφορά, όπως προνοείται στο άρθρο 6.2.2.4 των όρων της

Προσφοράς, ότι δηλαδή ο ενδιαφερόμενος Οικονομικός φορέας θα στηρίζεται και σε δυνατότητες άλλων φορέων και ούτε είχαν υποβληθεί δηλώσεις των φορέων αυτών που να εγγυώνται στην Α.Α. ότι σε περίπτωση ανάδειξης του προσφέροντα ως ανάδοχου θα έθεταν στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους. Η εκ των υστέρων αποδοχή τέτοιας δήλωσης σύμφωνα με τους εκπροσώπους της Α.Α., θεωρείται χαλάρωση από τις απαιτήσεις των όρων της προσφοράς, γεγονός ανεπίτρεπτο.

Εξάλλου, οι Αιτητές, πριν την υποβολή των προσφορών, δεν ζήτησαν από την Α.Α. σε κανένα στάδιο της διαδικασίας αν και είχαν την ευχέρεια, να τους διευκρινίσει τις προϋποθέσεις του όρου 6.2.2.2., και/ή ουδέποτε ζήτησαν τη άποψή της κατά πόσο είναι επιτρεπτό/αποδεκτό και νόμιμο, την οικονομική ευρωστία ενός Οικονομικού Φορέα να την εγγυώνται μέτοχοι ή άλλα τρίτα πρόσωπα.

Ούτε η Α.Α. αποδέχεται τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι επισύναψαν όλα τα ζητούμενα δικαιολογητικά γιατί πέρα από τις προαναφερθείσες οικονομικές καταστάσεις δεν βρέθηκαν στο φάκελο προσφοράς και άλλα απαιτούμενα δικαιολογητικά, όχι τόσο ουσιώδη όσο τα τελευταία. Η δε Α.Α. επεφύλαξε το δικαίωμα της να τα ζητήσει, αν η προσφορά μετά την κατάθεση των χρηματοοικονομικών δικαιολογητικών, θα θεωρείτο δεκτή για περαιτέρω αξιολόγηση.

Στη συνέχεια η Α.Α. αντέκρουσε τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι η απόφαση της είναι παράνομη και αυθαίρετη και στηρίχθηκε σε πλάνη περί τα πράγματα, επειδή δεν έλαβε υπόψη τη δέσμευση των μετόχων να τους στηρίξουν οικονομικά, αφού ως εταιρεία οι Αιτητές συνιστούν ξεχωριστή νομική οντότητα νομικά ανεξάρτητη από τους μετόχους της, που δεν έχουν υποχρέωση έναντι τρίτων για πράξεις, παραλείψεις ή χρέη τούτης. Περαιτέρω οι όροι του Διαγωνισμού απαιτούν την οικονομική επάρκεια του κάθε ενδιαφερόμενου φορέα και μάλιστα στο άρθρο 53(1) του Νόμου 12(Ι)/2006 καθορίζεται ο τρόπος που η οικονομική κατάσταση τούτου πρέπει να αποδεικνύεται και πουθενά δεν καθορίζεται ότι μπορούν οι μέτοχοι μιας εταιρείας να την εγγυώνται και/ή να δεσμεύονται για την εκπλήρωση των υποχρεώσεων της. Αν κάτι τέτοιο ήθελε ο νομοθέτης θα το καθόριζε ρητά στο Νόμο ή και στους όρους της προσφοράς.



Η εταιρεία των Αιτητών ως αυτοτελής νομική οντότητα που υποβάλλει προσφορά, δεν είναι εις θέση να αποδείξει την οικονομική ευρωστία της σύμφωνα με τους όρους του Διαγωνισμού, και επικαλείται εκ των υστέρων εγγυήσεις τρίτων, έστω μετόχων που νομικά θεωρούνται ως τρίτα πρόσωπα προς αυτή, και αυτό κατά την Α.Α. συνιστά παρέκκλιση από ουσιώδη όρο του Διαγωνισμού. Και ο όρος 6.2.2.2. είναι ουσιώδης γιατί η τήρησή του είναι αποφασιστικής σημασίας για τη λήψη της απόφασης για την κατακύρωση της προσφοράς (Medcon Construction V. Republic (1986) 3 C.L.R. 535, C & H Heat Flow Mechanical Contractor Ltd v. Δημοκρατίας Υπ' Αρ. 729/2001, Ιερ.Προσφυγή Αρ. 86/2009 Eurofins Medigenomix Gmbh v. Κτηνιατρικών Υπηρεσιών).

Η Αναθέτουσα Αρχή γνωρίζει τις ανάγκες της και καθορίζει τις απαιτήσεις της βάσει του νόμου και δεν έχει δικαίωμα να τις χαλαρώσει εκ των υστέρων αλλά να τις ερμηνεύει «στενώς». Μια τέτοια εκ των υστέρων αλλαγή μετά την προκήρυξη του διαγωνισμού θα παραβιάζε τις αρχές της χρηστής διοίκησης και της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών.

Απέρριψαν περαιτέρω κάθε ισχυρισμό ότι οποιαδήποτε απόκλιση από όρο του Διαγωνισμού που ορίζει τις προϋποθέσεις συμμετοχής θα μπορούσε να θεωρηθεί επουσιώδης. Προς τεκμηρίωση ανέφεραν ότι στον όρο 3.2.3 του Διαγωνισμού αναφέρεται ρητά πότε μια απόκλιση θεωρείται ασήμαντη. Αλλά και αν ακόμα γίνει δεκτό ότι η υπό εξέταση απόκλιση δεν επηρεάζει ουσιαστικά την τεχνική απόδοση του Έργου, σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι η αποδοχή της υπό εξέταση απόκλισης από τους όρους του Διαγωνισμού, δεν περιορίζει τα δικαιώματα της Α.Α. ή τις υποχρεώσεις του Ανάδοχου ή δεν επηρεάζει δυσμενώς την συναγωνιστική θέση άλλων προσφοροδοτών των οποίων οι προσφορές είναι πλήρως ανταποκρινόμενες, ή ότι δεν καταργεί τις Αρχές της ισότητας, της ίσης μεταχείρισης και της μη διάκρισης έναντι άλλων οικονομικών φορέων οι οποίοι ενδεχομένως θα υπόβαλλαν προσφορά εάν γνώριζαν ότι ο όρος αυτός (Προϋποθέσεις Συμμετοχής) εκ των υστέρων θα μπορούσε να τροποποιηθεί ή καταστρατηγηθεί.

Αναφορικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι «η προσφορά τους απορρίφθηκε χωρίς να ζητηθούν περαιτέρω στοιχεία ως προς την οικονομική επάρκεια των Αιτητών», η Α.Α. τόνισε ότι το θέμα της συγκεκριμένης απόκλισης της προσφοράς τους από τους όρους του Διαγωνισμού, δεν ήταν δεκτικό διευκρινίσεων.

Απέρριψαν δε κάθε άλλο ισχυρισμό ως ατεκμηρίωτο εστιάζοντας παράλληλα στην εκλαμβανόμενη από αυτούς παραδοχή των Αιτητών ως προς τη μη ύπαρξη οικονομικής ευρωστίας από αυτούς, πράγμα που θέλησαν να καλύψουν εκ των υστέρων με τη στήριξη κάποιων μετόχων τους.

Αναφορικά με την προσφορά του επιτυχόντα ανέφεραν ότι ο τελευταίος κατέθεσε για όλα τα χρόνια 2006, 2007 και 2008 αντίγραφα ελεγμένων λογαριασμών και έκθεση ελεγκτών για το 2008 ενώ για τα άλλα στοιχεία που ισχυρίζονται ότι δεν κατατέθηκαν αφορούν στοιχεία που με βάση τον όρο 10.4.4 προσκομίζονται σε περίπτωση ανάθεσης. Αναφορικά με την περίπτωση του κου Andrezej Szczerkowski, ο τελευταίος υποδείχθηκε σαν τέταρτο εργοδοτούμενο άτομο που θα εμπλέκετο στο υπό αναφορά έργο εάν κρινόταν αναγκαίο και κατόπιν εγγραφής για το συγκεκριμένο έργο.

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

Είναι φανερό ότι ο επίμαχος όρος επί του οποίου στηρίζεται η εξέταση της παρούσας υπόθεσης είναι το 6.2.2 ο οποίος παρατίθεται αυτολεξεί αμέσως πιο κάτω:

*«6.2.2. Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια*

*Για την συμμετοχή τους στο διαγωνισμό, οι Ενδιαφερόμενοι Οικονομικοί Φορείς πρέπει να πληρούν υποχρεωτικά τις παρακάτω προϋποθέσεις που αφορούν στην οικονομική και χρηματοοικονομική τους επάρκεια:*

- 1. Να έχουν μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών, για τα τρία (3) τελευταία οικονομικά έτη, τουλάχιστον ίσο με το 120% του ετήσιου Προϋπολογισμού της Σύμβασης που ανέρχεται σε €60556 ευρώ ετησίως.*

2. Ο Ενδιαφερόμενος Οικονομικός Φορέας, για τα τελευταία τρία (3) χρόνια, να ήταν δρώσα και οικονομικά εύρωστη επιχειρηματική μονάδα, σύμφωνα με τις ελεγμένες οικονομικές καταστάσεις καθώς και τις εκθέσεις των ελεγκτών που τις συνοδεύουν.

*Ειδικότερα:*

- Ο μέσος όρος των ετήσιων αποτελεσμάτων εργασιών των τελευταίων τριών (3) ετών θα πρέπει να είναι θετικός

3. ....
4. Ο Ενδιαφερόμενος Οικονομικός Φορέας, σύμφωνα με τις πρόνοιες του άρθρου 53(2) του Ν.12(Ι)/2006, δύναται να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλου/ων φορέα/ων ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών με αυτόν/ους. Στην περίπτωση αυτή πρέπει να είναι σε θέση να αποδείξει στην Αναθέτουσα Αρχή ότι θα έχει στη διάθεση του τους αναγκαίους πόρους.»

Ο ως άνω όρος εμπίπτει στα πλαίσια του γενικότερου όρου 6 υπό τον τίτλο «Δικαίωμα και προϋποθέσεις συμμετοχής». Ως όρος συμμετοχής δε, δεν μπορεί παρά να είναι ουσιώδης. Εκ του περιεχομένου του άλλωστε κρίνεται ως αποφασιστικής σημασίας για την απόφαση ανάθεσης αφού η χρηματοοικονομική επάρκεια του αναδόχου είναι βασικό στοιχείο της ομαλής εξέλιξης της σύμβασης. Τυχόν μεταγενέστερη ελαστικοποίηση του κριτηρίου θα επέφερε πέραν της αβεβαιότητας στην ομαλή αποπεράτωση της σύμβασης και σοβαρό πλήγμα στην αρχή της ισότητας αφού εν δυνάμει προσφοροδότες που δεν τηρούσαν το ως άνω κριτήριο θα αποκλείονταν από τη διαδικασία ενώ προσφοροδότες που υπέβαλαν προσφορά μη τηρουμένου του ως άνω κριτηρίου θα εγίνοντο δεκτοί.

Ένεκα του ως άνω συμπεράσματος μας παραμένει να προβούμε σε εύρημα ως προς το κατά πόσον υπήρξε παραβίαση ή όχι του ως άνω όρου.

Ουδείς αμφισβήτησε την επάρκεια των Αιτητών αναφορικά με το πρώτο σκέλος του όρου 6.2.2. δηλαδή ως προς τον ετήσιο κύκλο εργασιών. Το ζήτημα ανακύπτει ως προς το δεύτερο σκέλος αυτού δηλαδή ως προς την ύπαρξη οικονομικής ευρωστίας των Αιτητών. Σύμφωνα με τον ως άνω όρο, το παραπάνω θα «διαγνωστεί» με βάση τις ελεγμένες οικονομικές καταστάσεις καθώς και τις εκθέσεις των ελεγκτών που τις

συνοδεύουν ενώ ειδικά προνοείται ότι ο μέσος όρος των ετήσιων αποτελεσμάτων εργασιών των τελευταίων τριών (3) ετών θα πρέπει να είναι θετικός.

Οι ελεγμένες οικονομικές καταστάσεις με βάση τις οποίες θα δύνατο η Α.Α. να ελέγξει την οικονομική ευρωστία των Αιτητών δεν δόθηκαν εξ' αρχής αλλά διαμέσου της διαδικασίας των διευκρινίσεων κατόπιν επιστολής ημ. 28/01/2010.

Σύμφωνα με τις τελευταίες κατά το έτος 2006 η Αιτήτρια είχε ετήσιο αποτέλεσμα εργασιών μείον £616.251, το 2007 συν £72.629 και το 2008 συν €32.997. Ο μέσος όρος των ως άνω ετών εξαγόμενος εύκολα με απλό μαθηματικό υπολογισμό είναι ζημιά ύψους €298.612. Σε καμία περίπτωση δηλαδή δεν πληρούται η ως άνω προϋπόθεση αφού η ύπαρξη θετικού μέσου όρου είναι ρητά προβλεπόμενη ως απαραίτητη ένδειξη της οικονομική ευρωστίας της εταιρείας σύμφωνα με το λεκτικό του επίμαχου όρου. Οι συντάκτες των όρων στο προσδιορισμό της οικονομικής ευρωστίας του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα ρητά προέβλεψαν ως ειδική και απαράβατη προϋπόθεση την ύπαρξη θετικού μέσου όρου για τα τελευταία τρία έτη. Μια ορθή ερμηνεία του όρου καθιστά σαφές ότι η έκθεση των ελεγκτών δεν θα μπορούσε σε καμία περίπτωση να αποκαταστήσει τη μη πλήρωση της ως άνω προϋπόθεσης. Μάλλον η έκθεση τούτη θα μπορούσε να ληφθεί αντίστροφα υπόψη, στην περίπτωση που ενώ υπάρχει θετικός μέσος όρος εντούτοις η έκθεση των λογιστών αμφισβητεί την οικονομική ευρωστία των ενδιαφερομένων για άλλους λόγους.

Ούτως ή άλλως η ύπαρξη εν προκειμένω της έκθεσης των ελεγκτών μάλλον επιβαρύνει παρά προσθέτει στην υπόθεση των Αιτητών. Όχι μόνο δεν ανατρέπεται η μη ύπαρξη οικονομικής ευρωστίας όπως προκύπτει από τα ετήσια αποτελέσματα αλλά πιστοποιείται. Το που στηρίχτηκαν οι Αιτητές στην επιχειρηματολογία τους δεν είναι παρά το κάτωθι λεκτικό της ως άνω έκθεσης το οποίο παρερμήνευσαν και/ή επέκτειναν υπερβολικά:

*«...even though the company has made profit of CY£43,749 for the year ended 31 December 2008, as of that date the Company's liabilities exceeded its assets by CY£295,170. These conditions, along with other matters as set*

*forth in note 2 indicate the existence of a material uncertainty which may cast significant doubt about the Company's ability to continue as a going concern. The company's ability as a going concern depends on the financial support from its shareholders. The shareholders are committed to provide such financial support to the Company.»*

Η οικονομική ευρωστία της εταιρείας κρίνεται κατά τον κρίσιμο χρόνο της λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών. Οποιοσδήποτε υποσχέσεις για μελλοντική στήριξη από οποιονδήποτε συμπεριλαμβανομένων και των μετόχων δεν προσθέτει τίποτε στην υπόθεση των Αιτητών.

Περαιτέρω, στον όρο 6.2.2(4) προνοείται η δυνατότητα των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων όπως στηριχθούν στις δυνατότητες άλλων φορέων ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών με αυτούς νοουμένου ότι είναι σε θέση να αποδείξουν στην Α.Α. ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους. Πουθενά στην προσφορά των Αιτητών γίνεται οποιαδήποτε αναφορά σε στήριξη από τρίτο οικονομικό φορέα και προσπάθεια καταφυγής σε αυτή τη λύση, μετά και από την ενημέρωση από την Α.Α., δεν διαφοροποιεί τα δεδομένα.

Η διαδικασία που θα έπρεπε να ακολουθηθεί είναι συγκεκριμένη και εντελώς διαφορετική προκειμένου να πληρείτο η επίμαχη προϋπόθεση. Συγκεκριμένα με την υποβολή της προσφοράς του ο προσφοροδότης που θα στηρίζετο σε οιονδήποτε άλλο οικονομικό φορέα θα έπρεπε να αποδεικνύει στην Α.Α. ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους.

Όλοι οι άλλοι λόγοι που υπέβαλαν ως λόγους ακυρότητας οι Αιτητές τέθηκαν αόριστα και χωρίς καμία τεκμηρίωση και ως τέτοιοι απορρίπτονται.

Το ότι τέθηκε αναφορικά με τον υιό μέλους της Επιτροπής Αξιολόγησης, ότι εργαζόταν προγενέστερα για ένα χρόνο στην επιτυχούσα εταιρεία δεν αποκαλύπτει κανένα λόγο για τον οποίο το συγκεκριμένο μέλος της Επιτροπής θα έπρεπε να εξαιρεθεί. Μια τέτοια αντιμετώπιση θα παρερμήνευε στην ουσία την αρχή της διαφάνειας επιτρέποντας σε ισχυρισμούς αόριστους να τη διαβρώσουν.

Ως εκ των ανωτέρω κρίνουμε ότι οι Αιτητές παραβίασαν ουσιώδη όρο του Διαγωνισμού με αποτέλεσμα να στερούνται εννόμου συμφέροντος προσβολής της επίμαχης απόφασης. Με βάση το ως άνω εύρημα μας δεν κρίνουμε σκόπιμο όπως ασχοληθούμε με οιονδήποτε άλλο ισχυρισμό των Αιτητών.

Για τους πιο πάνω λόγους ομόφωνα αποφασίζουμε ότι η Ιεραρχική Προσφυγή αρ. 21/2010 απορρίπτεται η δε προσβαλλομένη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής επικυρώνεται.

Δεν επιδικάζονται έξοδα επί της διαδικασίας.