



**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. 104/2009**

Μεταξύ:

LOIS BUILDERS LIMITED

Αιτούσας

v.

ΑΡΧΗΣ ΛΙΜΕΝΩΝ ΚΥΠΡΟΥ

Αναθέτοντος Φορέα

**Αναθεωρητική Αρχή  
Προσφορών**

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

**Αιτητές:**

LOIS BUILDERS LIMITED

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Γιώργο Βαλιαντή, Δικηγόρο
2. Στέφανο Μαυροκέφαλο, Δικηγόρο
3. Μιχάλη Λοή, Εκπρόσωπο Αιτούσας εταιρείας

**Αναθέτων Φορέας:**

ΑΡΧΗΣ ΛΙΜΕΝΩΝ ΚΥΠΡΟΥ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Νίκο Παπαευσταθίου, Δικηγόρο
2. Δημήτρη Φελλά, Πρόεδρος Επιτροπής Αξιολόγησης
3. Ανδρέα Παρμακλή, Διοικητικό Λειτουργό

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 2 Μαρτίου, 2010

## **ΑΠΟΦΑΣΗ**

**A.** Με την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή, η εταιρεία LOIS BUILDERS LTD (στο εξής «Αιτητές»), στρέφεται κατά της απόφασης της Αρχής Λιμένων Κύπρου (στο εξής «Αναθέτων Φορέας»), να απορρίψει την προσφορά της στα πλαίσια του Διαγωνισμού με αριθμό 20/2009 και θέμα «*Κατασκευαστικές εργασίες αξιοποίησης και ανάπλασης του χερσαίου χώρου του Παλιού Λιμανιού Λεμεσού*» και να τον κατακυρώσει στον προσφοροδότη Επιχειρήσεις Αδελφοί Στ. Κουννά Λτδ (στο εξής «επιτυχούσα»).

**B. ΓΕΓΟΝΟΤΑ:**

1. Ο πιο πάνω Διαγωνισμός προκηρύχθηκε με δημοσίευση στον ημερήσιο τύπο στις 20.5.09 και στην Επίσημη εφημερίδα της Δημοκρατίας στις 22.5.09.
2. Το έργο της αξιοποίησης και ανάπλασης του χερσαίου χώρου του Παλιού Λιμανιού Λεμεσού, περιλαμβάνει την κατασκευή 20 μικρών κτιρίων, ενός ή δύο ορόφων, διαφόρων χρήσεων, όπως εστιατόρια, καφετέριες, καταστήματα και γραφεία. Η εκτιμώμενη αξία του έργου είχε υπολογιστεί να ανέλθει στα €21.000.000 περίπου, πλέον Φ.Π.Α.
3. Ως προθεσμία υποβολής των προσφορών καθορίστηκε η 3.7.09.
4. Στις 12.6.09 ο Αναθέτων Φορέας απέστειλε την Εγκύκλιο με αρ. 1 για να ενημερώσει τους προσφοροδότες αναφορικά με τον τόπο και τον χρόνο διεξαγωγής ανοικτής συνάντησης (site visit).
5. Στις 24.6.09 ο Αναθέτων Φορέας απέστειλε την Εγκύκλιο με αρ. 2 με την οποία παρατάθηκε η προθεσμία υποβολής των προσφορών μέχρι την 29.7.09 και κατ' αναλογία παρατάθηκαν και οι υπόλοιπες προθεσμίες/ημερομηνίες του Διαγωνισμού. Μεταξύ αυτών και η «Περίοδος Ισχύος Εγγύησης Συμμετοχής» που παρατάθηκε μέχρι την 29.2.10.

6. Στις 17.7.09 ο Αναθέτων Φορέας απέστειλε την Εγκύκλιο με αρ. 3 που περιλάμβανε τα πρακτικά της ανοικτής συνάντησης, ερωτήσεις σε απαντήσεις που υποβλήθηκαν και τροποποιήσεις, διευκρινίσεις και παρατηρήσεις. Η «Περίοδος ισχύος Εγγύησης Συμμετοχής» σημειώθηκε ότι θα πρέπει να παραταθεί μέχρι την 1.3.10 και όχι μέχρι την 29.2.10, όπως εκ παραδρομής είχε αναφερθεί στην Εγκύκλιο Αρ. 2.
7. Υποβλήθηκαν 10 προσφορές, μεταξύ των οποίων και η προσφορά των Αιτητών, η οποία ήταν και η χαμηλότερη που υποβλήθηκε.
8. Η Επιτροπή Αξιολόγησης στην έκθεση της ημερομηνίας 16.11.09 εισηγήθηκε την ανάθεση της σύμβασης στην επιτυχούσα έναντι του ποσού των €17.444.043,50 αφού έκρινε ότι αυτή ήταν η χαμηλότερη έγκυρη προσφορά που υποβλήθηκε και που πληρούσε όλους τους ουσιώδεις όρους και προϋποθέσεις των Εγγράφων του Διαγωνισμού.
9. Το Διοικητικό Συμβούλιο του Αναθέτοντα Φορέα, στις 18.11.09 αποφάσισε όπως υιοθετήσει την πιο πάνω εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης.
10. Ο Αναθέτων Φορέας γνωστοποίησε στους Αιτητές τα αποτελέσματα του διαγωνισμού με επιστολή ημερομηνίας 30.11.09. Η προσφορά των Αιτητών απορρίφθηκε, επειδή κρίθηκε άκυρη, λόγω μη συμμόρφωσης με ουσιώδη όρο των Εγγράφων του Διαγωνισμού καθότι υπέβαλαν τραπεζική εγγυητική επιστολή ως εγγύηση συμμετοχής, με ημερομηνία λήξεως την 29.1.10 και όχι την 1.3.10, όπως καθορίστηκε στις εγκυκλίους αρ. 2 και αρ. 3, ημερομηνίας 24.6.09 και 17.7.09 αντίστοιχα.
11. Οι Αιτητές, μέσω του Δικηγόρου τους, απέστειλαν στις 25.11.09 επιστολή στον Αναθέτοντα Φορέα με την οποία εξέφρασαν την αντίθεση τους με την πιο πάνω απόφαση του, για την οποία έλαβαν γνώση λόγω της δημοσίευσης της στον ημερήσιο τύπο την 21.11.09 και κοινοποίησαν την πρόθεσή τους να ασκήσουν Ιεραρχική Προσφυγή ενώπιον της ΑΑΠ.

12. Στις 11.12.09 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 11.12.09 και παρατάθηκε την 15.12.09.

## Γ. ΠΡΟΕΞΕΤΑΣΤΙΚΗ ΕΝΣΤΑΣΗ

Ο Αναθέτων Φορέας προέβαλε υπό μορφή προεξεταστικής ένστασης, το επιχείρημα ότι οι Αιτητές κωλύονται νομικά να προωθούν την παρούσα ιεραρχική προσφυγή αφού δεν προέβησαν στην προβλεπόμενη από το Νόμο κοινοποίηση της πρόθεσης τους να προσβάλουν την απόφαση αποκλεισμού τους.

Από την άλλη οι Αιτητές ζήτησαν την απόρριψη της ένστασης ισχυριζόμενοι ότι ακολούθησαν πιστά τις διαδικασίες που προβλέπονται από το Νόμο αναφορικά με την άσκηση Ιεραρχικής Προσφυγής ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών.

Αναφορικά με το θέμα αυτό σημειώνουμε ότι το άρθρο 56(2) του Νόμου 101(Ι)/2003 προνοεί τα ακόλουθα:

*«(2) Πριν ασκήσει ιεραρχική προσφυγή στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών, ο ενδιαφερόμενος οφείλει, μέσα σε προθεσμία 5 ημερών, αφότου έλαβε γνώση με οποιονδήποτε τρόπο της πράξης ή απόφασης, να ενημερώσει εγγράφως την αναθέτουσα αρχή με ταυτόχρονη κοινοποίηση στην Αρμόδια Αρχή, για την εικαζόμενη παράβαση και για την πρόθεσή του να ασκήσει ιεραρχική προσφυγή.»*

Από το περιεχόμενο των διοικητικών φακέλων προκύπτει ότι οι Αιτητές με επιστολή τους ημερομηνίας 25.11.09 εξέφρασαν προς τον Αναθέτοντα Φορέα τη διαφωνία τους με την απόφαση του για την οποία έλαβαν γνώση όπως αναφέρουν, μέσω δημοσιεύματος στον ημερήσιο τύπο την 21.11.09. Στην εν λόγω επιστολή, η οποία κοινοποιήθηκε ταυτόχρονα και στην Αρμόδια Αρχή, διατύπωσαν τόσο την εικαζόμενη παράβαση όσο και την πρόθεσή τους να προχωρήσουν με άσκηση ιεραρχικής προσφυγής.

Με δεδομένο λοιπόν, το γεγονός ότι η κείμενη Νομοθεσία αναφέρεται σε «γνώση με οποιοδήποτε τρόπο» αλλά και την πλήρη συμμόρφωση των Αιτητών με τη διαδικασία που προηγείται της καταχώρησης ιεραρχικής προσφυγής ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών, κρίνουμε ότι η προεξεταστική ένσταση απορρίπτεται και κατά συνέπεια προχωρούμε στην εξέταση της ουσίας της παρούσας ιεραρχικής προσφυγής.

#### **Δ. ΘΕΣΕΙΣ ΑΙΤΗΤΩΝ**

Οι Αιτητές κατά την ενώπιον μας ακροαματική διαδικασία αρχικά προέβησαν σε αίτημα με το οποίο ζήτησαν την παρέμβαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών με την έκδοση μέτρου που να εμποδίζει τον Αναθέτοντα Φορέα από το να προβαίνει σε ενέργειες που στην ουσία παραβιάζουν το εκδοθέν την 15.12.09 μέτρο για αναστολή της διαδικασίας ανάθεσης και υπογραφής της σύμβασης. Ειδικότερα, επεσήμαναν ότι η παράλειψη του Αναθέτοντα Φορέα να ζητήσει από τους Αιτητές την παράταση της ισχύος της προσφοράς τους, έχει καταστήσει την παρούσα ιεραρχική προσφυγή άνευ αντικειμένου καθότι, ακόμη και αν αυτή επιτύχει, θα έχει λήξει η ισχύς της προσφοράς τους και ως εκ τούτου δεν θα έχει οποιαδήποτε αξία γι' αυτούς η ενδεχόμενη αυτή επιτυχία.

Στη συνέχεια οι Αιτητές προέβαλαν τους πιο κάτω λόγους ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης:

##### **1. Η προσφορά των Αιτητών λανθασμένα κρίθηκε άκυρη.**

Οι Αιτητές παρέθεσαν απόσπασμα από τα πρακτικά της συνεδρίας του Διοικητικού Συμβουλίου του Αναθέτοντα Φορέα Αξιολόγησης ημερομηνίας 18.11.09 στο οποίο καταγράφεται η λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης και αναφέρεται ότι: *«η εταιρεία LOIS BUILDERS LTD υπέβαλε τραπεζική εγγυητική επιστολή ως εγγύηση συμμετοχής με ημερομηνία λήξεως 29/01/2010, ενώ έπρεπε να φέρει ημερομηνία λήξεως την 01/03/2010, όπως καθορίζεται στον όρο 2.17 των εγγράφων του διαγωνισμού και στις εγκυκλίους αρ. 2 ημερομηνίας 24/06/2009 και αρ. ημερομηνίας 17/07/2009»*. Η θέση των Αιτητών είναι ότι ο όρος 2.17 του Διαγωνισμού δεν είναι ουσιώδης και συνεπώς

εσφαλμένα ο Αναθέτων Φορέας έκρινε ότι η προσφορά τους είναι άκυρη. Ειδικότερα, υποστήριξαν ότι με βάση την ορθή ερμηνεία των όρων 5.1(1) και 7.6.(1), θα πρέπει να απορρίπτεται ως απαράδεκτη, προσφορά η οποία δεν συνοδεύεται από οποιαδήποτε εγγύηση συμμετοχής και όχι προσφορά της οποίας η εγγύηση συμμετοχής παρουσιάζει επουσιώδεις αποκλίσεις.

Πρόσθετα, οι Αιτητές ανέφεραν ότι ακόμη και αν ακολουθήσουμε τελεολογική ερμηνεία του εν λόγω όρου, ο σκοπός του, δηλαδή η εξασφάλιση εγγύησης συμμετοχής η οποία θα βρίσκεται σε ισχύ μετά την κατακύρωση της προσφοράς και πριν από την υπογραφή της σύμβασης (όταν θα υπογραφεί νέα εγγύηση), έχει πραγματοποιηθεί αφού η εγγύηση συμμετοχής έληγε δύομιση περίπου μήνες μετά τη λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης, χρόνος πέραν του ενός μηνός που προέβλεπε ο όρος 2.17 και επαρκής για την ολοκλήρωση της υπογραφής της σύμβασης. Ως εκ τούτου, συμπέραναν οι Αιτητές, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι εσφαλμένη αφού λήφθηκε ενώ ο Αναθέτων Φορέας ενεργούσε με πλάνη περί τα πράγματα.

## **2. Παράβαση αρχών χρηστής διοίκησης και εσφαλμένη άσκηση διακριτικής εξουσίας.**

Ο δεύτερος λόγος ακύρωσης που προέβαλαν οι Αιτητές είναι ότι από το χρόνο λήψης της προσβαλλόμενης απόφασης προκύπτει προφανής παράβαση της αρχής της καλής πίστης εκ μέρους της διοίκησης. Συγκεκριμένα με αναφορά στον όρο 7.2(δ), ο οποίος προνοεί ότι: *«Πριν τον ενδελεχή έλεγχο των υποβληθεισών Προσφορών, ο Αναθέτων Φορέας θα εξακριβώσει κατά πόσον οι Προσφορές ανταποκρίνονται ουσιαστικά στις απαιτήσεις των Εγγράφων του Διαγωνισμού»*, υποστήριξαν ότι οι ενέργειες του Αναθέτοντα Φορέα να αποφασίσει τον αποκλεισμό τους στην ίδια συνεδρία που αποφασίστηκε η κατακύρωση, υποδεικνύουν την ύπαρξη μίας από τις ακόλουθες δύο κατακριτέες εκδοχές οι οποίες παραβιάζουν θεμελιώδεις αρχές χρηστής διοίκησης:

- (α) είτε ο Αναθέτων Φορέας παρέλειψε να διεξαγάγει τον απαιτούμενο από τον όρο αυτό ενδελεχή έλεγχο των προσφορών που υποβλήθηκαν, με αποτέλεσμα να

μην φέρουν σε γνώση των Αιτητών έγκαιρα τον αποκλεισμό τους, πλήττοντας τα οικονομικά τους συμφέροντα κατά παράβαση των αρχών χρηστής διοίκησης, ή

- (β) ο Αναθέτων Φορέας αναγνώρισε κατά το στάδιο του ελέγχου αυτού ότι η απόκλιση στην εγγύηση συμμετοχής των Αιτητών είναι επουσιώδης και η προσφορά τους ανταποκρίνεται ουσιαστικά στις απαιτήσεις του διαγωνισμού, με αποτέλεσμα να τους δημιουργηθεί η καλόπιστη αυτή εντύπωση, η οποία ανατράπηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση.

Στη συνέχεια, οι Αιτητές υπέδειξαν ότι ο όρος 7.3(1) των εγγράφων του διαγωνισμού ορίζει ότι: *«Εάν προκύψει θέμα παράτασης της ισχύος των Προσφορών, ο Αναθέτων Φορέας θα απευθύνει με γραπτή επιστολή ή με τηλεομοιότυπο ερώτημα προς τους Προσφέροντες τουλάχιστον δέκα (10) ημέρες πριν την λήξη ισχύος των προσφορών για το αν αποδέχονται την παράταση για συγκεκριμένο χρονικό διάστημα. Οι Προσφέροντες οφείλουν να απαντήσουν με γραπτή επιστολή ή με τηλεομοιότυπο μέσα σε τρεις (3) ημέρες και, σε καταφατική περίπτωση, να παρατείνουν ισόχρονα και έγκαιρα την ισχύ της Εγγύησης Συμμετοχής τους...»*.

Ισχυρίστηκαν περαιτέρω, ότι από το περιεχόμενο των διοικητικών φακέλων συνάγεται σαφώς ότι ενώ το θέμα παράτασης της ισχύος των Προσφορών είχε προκύψει από το Σεπτέμβριο του 2009, ο Αναθέτων Φορέας ενεργώντας υπό καθεστώς κατάχρησης εξουσίας και εις βάρος του δημοσίου συμφέροντος δεν ενεργοποίησε τον όρο 7.3(1) ως όφειλε.

Πρόσθετα, οι Αιτητές ισχυρίστηκαν ότι οι αρχές χρηστής διοίκησης επιβάλλουν την αποδοχή από τον Αναθέτοντα Φορέα της προσφοράς τους ως έγκυρης αφού έχουν καταθέσει εγκαίρως δήλωση παράτασης της ισχύος της προσφοράς τους μέχρι την 29.5.10 και νέα Εγγύηση Συμμετοχής μέχρι την 29.6.10.

### **3. Δεν εξυπηρετείται το δημόσιο συμφέρον.**

Οι Αιτητές επεσήμαναν ότι εφόσον η προσφορά τους ήταν φθηνότερη κατά €76.390 από την προσφορά της επιτυχούσας θα είναι και προς όφελος του δημοσίου συμφέροντος η αποδοχή της.

### **4. Τα πρακτικά της Επιτροπής Αξιολόγησης.**

Τέλος, οι Αιτητές υποστήριξαν ότι το γεγονός ότι στους διοικητικούς φακέλους δεν έχει ανευρεθεί οποιοδήποτε πρακτικό των συνεδριών της Επιτροπής Αξιολόγησης, συνιστά παραβίαση του άρθρου 24(1) του Περί Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου, 158(Ι)/99. Επικαλούμενοι σωρεία νομολογίας προς υποστήριξη της θέσης τους, ανέφεραν ότι η παράλειψη τήρησης πρακτικών έχει ως αποτέλεσμα να καθίσταται ανέφικτος ο δικαστικός και αναθεωρητικός έλεγχος της προσβαλλόμενης απόφασης, γεγονός που θα πρέπει να οδηγήσει στην ακύρωση της.

## **Ε. ΘΕΣΕΙΣ ΑΝΑΘΕΤΟΝΤΑ ΦΟΡΕΑ**

Από την πλευρά τους, οι εκπρόσωποι του Αναθέτοντα Φορέα ζήτησαν την απόρριψη του αιτήματος για έκδοση οποιουδήποτε μέτρου σε αυτό το στάδιο και εξήγησαν ότι η παράλειψη του Αναθέτοντα Φορέα να ζητήσει την παράταση της ισχύος της προσφοράς των Αιτητών έγκειται στο γεγονός ότι αυτή θεωρείται άκυρη λόγω της απόκλισης που παρουσίασε η εγγύηση συμμετοχής τους. Εν πάση περιπτώσει ανέφεραν, αν κριθεί από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ότι εσφαλμένα ο Αναθέτων Φορέας απέκλεισε τους Αιτητές, η επανεξέταση θα γίνει με το νομικό και πραγματικό καθεστώς που ίσχυε κατά το χρόνο λήψης της προσβαλλόμενης απόφασης.

Στη συνέχεια, απορρίπτοντας εξ' ολοκλήρου τις θέσεις των Αιτητών απάντησαν ως ακολούθως:



## 1. Η προσφορά των Αιτητών είναι άκυρη.

Αρχικά παρέθεσαν τους σχετικούς με την Εγγύηση Συμμετοχής όρους των εγγράφων του διαγωνισμού οι οποίοι διαλαμβάνουν ότι:

**Όρος 2.17:** «...Περίοδος ισχύος Εγγύησης Συμμετοχής: Ένα (1) μήνα μετά τη λήξη της περιόδου ισχύος των Προσφορών, δηλαδή σύνολο 7 μήνες, από την επομένη μέρα της προθεσμίας υποβολής προσφορών....»

**Όρος 5.4:** «...Η εγγύηση συμμετοχής της παραγράφου 2.15 πρέπει να είναι τραπεζική εγγύηση (Τραπεζική Εγγυητική Επιστολή)....»

**Όρος 5.4.3:** «...Σε περίπτωση υποβολής τραπεζικής εγγύησης ως Εγγύηση Συμμετοχής αυτή θα πρέπει να συνταχθεί σύμφωνα με το σχετικό υπόδειγμα που επισυνάπτεται ως Παράρτημα (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 3) στον Τόμο Α...»

**Όρος 5.6.1:** «...Ο κάθε Προσφέρων οφείλει να καταθέσει τον Τόμο Α με τα ακόλουθα έγγραφα δεόντως συμπληρωμένα και υπογραμμένα...»  
Την εγγύηση συμμετοχής της παραγράφου 5.4. η οποία πρέπει να συνταχθεί σύμφωνα με το Υπόδειγμα που επισυνάπτεται ως Παράρτημα (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 3) στον Τόμο Α...»

**Όρος 5.6.4:** «...Ο Αναθέτων Φορέας δύναται να ζητήσει από τους Προσφέροντες την αποσαφήνιση ή τη συμπλήρωση ελλείψεων των κατατεθειμένων δικαιολογητικών, πλην της Εγγύησης Συμμετοχής και οι Προσφέροντες στην περίπτωση αυτή υποχρεούνται με ποινή αποκλεισμού εάν δεν το πράξουν να τα συμπληρώσουν εντός ευλόγου χρονικής προθεσμίας που θα τους ζητηθεί...»

**Όρος 7.6.1:** «Όλοι οι όροι των Εγγράφων Διαγωνισμού είναι υποχρεωτικοί για τους Προσφέροντες. Προσφορές που, κατά την κρίση του Αρμόδιου Οργάνου, παρουσιάζουν ουσιώδη απόκλιση (ποσοτική και/ή ποιοτική) από τους όρους των Εγγράφων Διαγωνισμού ή οποιαδήποτε ουσιώδη ασάφεια που προκύπτει από τυχόν διορθώσεις ή άλλως πως ή δεν συνοδεύονται από Εγγύηση Συμμετοχής ή/και Δήλωση που να πληροί τις απαιτήσεις των Εγγράφων Διαγωνισμού απορρίπτονται...»

**Όρος 7.6.2:** «Επίσης, η απόρριψη της Προσφοράς δύναται να αποφασιστεί, μεταξύ άλλων, για έναν ή περισσότερους από τους ακόλουθους λόγους:

α. όταν η Προσφορά δεν είναι σύμφωνη με τους όρους των Εγγράφων του Διαγωνισμού,....»

Οι εκπρόσωποι του Αναθέτοντα Φορέα υπέδειξαν τη διαφορά ανάμεσα στον όρο 7.6.1 και τον όρο 7.6.2 και ειδικότερα επεσήμαναν ότι ενώ στο εδάφιο 1 είναι επιτακτική η απόρριψη προσφοράς που δεν συνοδεύεται από Εγγύηση Συμμετοχής, στο εδάφιο 2 καθίσταται θέμα διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης .

Παρέπεμψαν επίσης στο Υπόδειγμα Εγγύησης Συμμετοχής που επισυνάπτεται ως Παράρτημα 3 στον τόμο Α των Εγγράφων του Διαγωνισμού, το οποίο προνοεί ότι:

*«Ως ημερομηνία λήξης να αναγραφεί η 30<sup>η</sup> ημέρα μετά την ημερομηνία λήξης της ισχύος των προσφορών του πιο πάνω αναφερόμενου διαγωνισμού».*

Υποστήριξαν ότι από τα πιο πάνω αλλά και από τη χρήση των επιτακτικών ρημάτων «πρέπει» ή «οφείλει», προκύπτει ότι ο όρος αναφορικά με την Εγγύηση Συμμετοχής ήταν ουσιώδης όρος του Διαγωνισμού και συνεπώς δεν απομένει οποιοδήποτε περιθώριο άλλης ερμηνείας. Πρόσθετα ο όρος 5.6.4 ρητά και επιτακτικά απαγορεύει τη συμπλήρωση ελλείψεων που αφορούν την Εγγύηση Συμμετοχής.

Οι εκπρόσωποι του Αναθέτοντα Φορέα επεσήμαναν ότι επανειλημμένα το Ανώτατο Δικαστήριο σε σωρεία αποφάσεων του έκρινε ότι ο όρος σε σχέση με την Εγγύηση Συμμετοχής είναι ουσιώδης όρος, παραθέτοντας ενδεικτικά κάποιες από αυτές, μεταξύ των οποίων και η απόφαση ημερομηνίας 17.4.07 στην υπόθεση υπ' αρ. 758/05 Υπουργείο Γεωργίας, Φυσικών Πόρων και Περιβάλλοντος ν. Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών, στην οποία η προσφορά είχε απορριφθεί επειδή η υποβληθείσα εγγυητική επιστολή έφερε ημερομηνία λήξεως 30.5.05 αντί 29.6.05. Το Ανώτατο Δικαστήριο έκρινε ότι:

*«Με βάση το κείμενο των όρων των προσφορών η εγγύηση συμμετοχής δεν μπορεί παρά να αποτελεί όρο των εγγράφων προσφορών και αναγκαία προϋπόθεση για να ληφθεί υπόψη η προσφορά ως έγκυρη. Ότι θέματα σχετικά με την απαιτούμενη σε τέτοιες περιπτώσεις εγγυητική θεωρούνται ως ουσιώδης όρος των προσφορών, έχει ήδη γίνει σαφές από τη νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου (βλ. μεταξύ άλλων Νέμεσις Εργοληπτική Εταιρεία Λτδ ν. Δημοκρατίας υποθ. 1378/00 ημερ. 6.12.01 Κωνσταντινίδης Δ. όπου γίνεται αναφορά σε αριθμό άλλων αποφάσεων μεταξύ των οποίων και στην υπόθεση Tamassos Tobacco Suppliers & Co. ν. Δημοκρατίας (1992) 3 ΑΑΔ 60).»*

Επίσης παρέπεμψαν στην απόφαση ημερομηνίας 9.11.07 στην υπόθεση 1602/05 J.N. Christofides v. Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών, στην οποία ο Αιτητής παρέλειψε να παράσχει την απαιτούμενη τραπεζική εγγύηση, ταυτόχρονα με την ανανέωση της προσφοράς του. Το Ανώτατο Δικαστήριο αποφάσισε ότι ορθά η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών απέρριψε την ιεραρχική προσφυγή και ανέφερε τα ακόλουθα:

*«Η εγγύηση συμμετοχής που έληγε την 1.8.2005, κάλυπτε την προσφορά που έληγε την 1.7.2005. Με την ανανέωση της ισχύος της προσφοράς πριν την 1.7.2005 και μέχρι την 31.10.2005, θα έπρεπε να γίνει ανανέωση και της εγγύησης. Είναι ορθή η θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι η προσφορά της αιτήτριας εταιρείας έμεινε ακάλυπτη μέχρι την 28.7.2005 που δόθηκε τελικά η εγγύηση.*

*Οι όροι των εγγράφων της προσφοράς που παρατέθηκαν ορίζουν επιτακτικά ότι ο προσφοροδότης θα πρέπει να υποβάλει ως μέρος της προσφοράς του εγγύηση συμμετοχής (όρος 1.17.1) και ότι η εγγύηση συμμετοχής θα πρέπει να είναι σε ισχύ για τριάντα ημέρες μετά την ημερομηνία λήξης της ισχύος της προσφοράς (όρος 1.17.2). Ουσιώδης είναι και ο όρος ότι σε περίπτωση ανανέωσης της ισχύος της προσφοράς, η εγγυητική συμμετοχή θα πρέπει να παραταθεί ανάλογα (όρος 1.13.2)».*

Πρόσθετα, η πλευρά του Αναθέτοντα Φορέα απορρίπτοντας την εισήγηση των Αιτητών ανέφερε ότι είναι πάγια νομολογημένο ότι δεν χωρεί διαφοροποίηση σε ουσιώδη και επουσιώδη απόκλιση από ουσιώδη όρο του διαγωνισμού. Από τη στιγμή που διαπιστώνεται απόκλιση ή παραβίαση ουσιώδους όρου, όπως η απαίτηση για την Εγγύηση Συμμετοχής στην παρούσα υπόθεση, η μόνη επιτακτική λύση είναι η διαπίστωση της ακυρότητας της προσφοράς και η απόρριψη της.

Επεσήμαναν επίσης ότι η απαίτηση για Εγγύηση Συμμετοχής έχει σκοπό να προστατεύσει το δημόσιο συμφέρον, το οποίο ενδεχομένως να πληγεί από τυχόν αποδοχή της προσφοράς των Αιτητών.

Αναφερόμενοι στον ισχυρισμό των Αιτητών ότι κατά το χρόνο λήξης της επίδικης απόφασης η εγγυητική ήταν σε ισχύ, οι εκπρόσωποι του Αναθέτοντα Φορέα ανέφεραν ότι αυτό δεν διαφοροποιεί με οποιοδήποτε τρόπο τις πιο πάνω πάγια θεμελιωμένες

αρχές σε σχέση με το θέμα και πρόσθεσαν ότι οι θέσεις και ισχυρισμοί των Αιτητών για πλάνη περί τα πράγματα δεν έχουν θέση ή βάση με δεδομένο το πραγματικό υπόβαθρο στην παρούσα υπόθεση. Είναι πρόδηλα αβάσιμες και θα πρέπει να απορριφθούν.

## **2. Η προσφορά των Αιτητών είναι παράνομη**

Με αναφορά στα εδάφια (4), (5) και (6) του Κανονισμού 36 της Κ.Δ.Π. 201/2007, ο Αναθέτων Φορέας υποστήριξε ότι η προσφορά των Αιτητών είναι παράνομη και ως εκ τούτου ορθά απορρίφθηκε. Οι εν λόγω πρόνοιες διαλαμβάνουν ότι:

*«(4) Προσφορά που ορίζει χρόνο ισχύος μικρότερο του προβλεπόμενου στα έγγραφα του διαγωνισμού, απορρίπτεται ως απαράδεκτη.*

*(5) Προσφορά της οποίας ο προσφέρων παραλείπει να συγκατατεθεί γραπτώς στην αιτούμενη από την αναθέτουσα αρχή παράταση της ισχύος των προσφορών μέσα στον καθοριζόμενο από αυτήν χρόνο απορρίπτεται ως απαράδεκτη.*

*(6) Οι διατάξεις του παρόντος Κανονισμού ισχύουν κατά αναλογία και στις εγγυήσεις που συνοδεύουν τις προσφορές, όπου αυτό απαιτείται...»*

Είναι ολοφάνερο, υποστήριξαν οι εκπρόσωποι του Αναθέτοντα Φορέα από τις πιο πάνω Κανονιστικές ρυθμίσεις ότι αν η Εγγύηση Συμμετοχής προβλέπει μικρότερο χρόνο ισχύος από αυτό που προβλέπεται στα έγγραφα του διαγωνισμού αυτή είναι παράνομη αφού δεν συνάδει με το νόμο και απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Κατά συνέπεια σε κάθε περίπτωση ο Αναθέτων Φορέας ήταν υποχρεωμένος κατά δέσμια εξουσία να απορρίψει την προσφορά των Αιτητών.

## **3. Απουσία εννόμου συμφέροντος**

Η πλευρά του Αναθέτοντα Φορέα εισηγήθηκε ότι η άκυρη προσφορά των Αιτητών τους στερεί το αναγκαίο έννομο συμφέρον να προσβάλλουν την επίδικη απόφαση ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών και να προβάλουν οποιουδήποτε λόγους ακυρότητας.

#### **4. Ισχυρισμός για παράβαση αρχών χρηστής διοίκησης**

Στη συνέχεια οι εκπρόσωποι του Αναθέτοντα Φορέα ανέφεραν ότι ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι υπήρξε παράβαση των αρχών της χρηστής διοίκησης ή εσφαλμένη άσκηση διακριτικής εξουσίας είναι πρόδηλα, νομικά και πραγματικά, αβάσιμος και αστήρικτος. Υποστήριξαν μάλιστα ότι η εισήγηση των Αιτητών ότι αποτελεί κατάχρηση εξουσίας το γεγονός ότι ο Αναθέτων Φορέας δεν άσκησε τη διακριτική του εξουσία από το Σεπτέμβριο του 2009 για να ζητήσει ανανέωση των προσφορών που έληγαν πέντε μήνες μετά, συνιστά κατάχρηση της παρούσας διοικητικής διαδικασίας.

#### **5. Περί δικαίου αίσθημα και δημόσιο συμφέρον**

Ο Αναθέτων Φορέας απορρίπτοντας κατηγορηματικά την επιχειρηματολογία που αναπτύχθηκε κάτω από αυτό το λόγο ακύρωσης, ανέφερε ότι ενήργησε ορθά και εντός των πλαισίων του νόμου και με βάση τις ανατεθείσες σε αυτόν εξουσίες. Υποστήριξε δε, ότι η απόφαση του συνάδει πλήρως με τις αρχές του κράτους δικαίου και την προστασία του δημοσίου συμφέροντος.

#### **6. Πρακτικά Επιτροπής Αξιολόγησης**

Παραπέμποντας στην έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης ημερομηνίας 16.11.09, εκπρόσωποι του Αναθέτοντα Φορέα ανέφεραν ότι καταρρίπτονται πλήρως η επιχειρηματολογία και οι θέσεις των Αιτητών αφού αυτή αποτελεί κλασσικό και ορθό παράδειγμα τήρησης πρακτικών και διατύπωσης με σαφήνεια των αποφάσεων των συλλογικών οργάνων.

Συνοψίζοντας ο Αναθέτων Φορέας εισηγήθηκε ότι η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί και η προσβαλλόμενη απόφαση του να επικυρωθεί.

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

Αρχικά θα πρέπει να αναφερθούμε στο αίτημα στο οποίο προέβη η πλευρά των Αιτητών κατά την ακροαματική διαδικασία και με το οποίο ζητήθηκε η παρέμβαση μας ούτως ώστε να εφαρμοστεί το μέτρο το οποίο εκδόθηκε την 15.12.09 για αναστολή της διαδικασίας ανάθεσης και υπογραφής της σύμβασης. Σημειώνουμε ότι το άρθρο 56(8) του Νόμου 101(Ι)/2003, στο οποίο γίνεται η μόνη αναφορά στην εξουσία της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών να εκδίδει προσωρινά μέτρα διαλαμβάνει τα ακόλουθα:

*«(8) Η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών δύναται, με την άσκηση της ιεραρχικής προσφυγής και κατόπιν μονομερούς αίτησης του ενδιαφερομένου, εφόσον πιθανολογείται σοβαρά η παράβαση του ισχύοντος δικαίου και η λήψη του προσωρινού μέτρου είναι αναγκαία για να αποτραπεί η περαιτέρω ζημιά των συμφερόντων του αιτούντος, να αναστείλει τη διαδικασία ανάθεσης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε πράξης ή απόφασης της αναθέτουσας αρχής σχετικής με τη διαδικασία ανάθεσης, καθώς και την υπογραφή της σύμβασης, για περίοδο μέχρι 2 ημερών, εντός των οποίων καλείται η αναθέτουσα αρχή να παρουσιαστεί ενώπιον της και να εκθέσει τις απόψεις της γιατί να μην παραταθεί η ισχύς του διατάγματος μέχρι την τελική απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών επί της ιεραρχικής προσφυγής».*

Παρατηρούμε λοιπόν ότι η κείμενη νομοθεσία δεν παρέχει στην ΑΑΠ την εξουσία να εκδίδει τιμωρητικά ή άλλα διορθωτικά μέτρα σε περίπτωση που το προσωρινό μέτρο το οποίο έχει ήδη εκδώσει, παραβιάζεται. Συνεπώς, σε μια τέτοια περίπτωση οι παραπονούμενοι θα πρέπει να απευθυνθούν στα καθ' ύλην αρμόδια σώματα τα οποία έχουν ευρύτερες εξουσίες και δυνατότητα παρέμβασης. Είναι όμως ευνόητο ότι η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών θα ακυρώσει απόφαση η οποία λήφθηκε κατά παράβαση προσωρινού μέτρου εκδοθέντος από αυτήν σε περίπτωση που αυτή προσβληθεί ενώπιον της.

Θα πρέπει όμως να εκφράσουμε παράλληλα τη δυσαρέσκεια μας που ο Αναθέτων Φορέας, εκμεταλλευόμενος την μονομερή δυνατότητα που παρέχει ο Νόμος στις

Αναθέτουσες Αρχές να ζητούν την παράταση της ισχύος των προσφορών που υποβάλλονται, παρέλειψε εσκεμμένα να ζητήσει την παράταση της ισχύος της προσφοράς των Αιτητών. Σημειώνουμε ότι ο Αναθέτων Φορέας σεβόμενος την θεμελιώδη αρχή του διοικητικού δικαίου ότι *«ουδείς κριτής των εαυτού πράξεων»* όφειλε να ενεργήσει αμερόληπτα, ζητώντας την παράταση της ισχύος της προσφοράς των Αιτητών για να μην πλήττεται το περί δικαίου αίσθημα του διοικούμενου. Ως γνωστό, η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών εξετάζει την προσβαλλόμενη απόφαση στηριζόμενη στα δεδομένα που ίσχυαν κατά το χρόνο λήψης της και συνεπώς σε καμία περίπτωση θα μπορούσε να θεραπευτεί η απόκλιση των Αιτητών με μεταγενέστερη παράταση της ισχύος της εγγυητικής τους. Ενόψει τούτου, το αίτημα για έκδοση νέου μέτρου απορρίπτεται.

Προχωρώντας στην ουσία της παρούσας Ιεραρχικής Προσφυγής παρατηρούμε ότι με βάση τον όρο 2.17 του διαγωνισμού, η εγγύηση συμμετοχής θα έπρεπε να έχει ημερομηνία λήξης 30 μέρες μετά την ημερομηνία λήξης της ισχύος των προσφορών. Επίσης, αναφέρεται ρητά ότι *«σε περίπτωση παράτασης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, η πιο πάνω ημερομηνία θα πρέπει να παρατείνεται ανάλογα.»* Με τις εγκυκλίους υπ' αρ. 2 και 3 παρατάθηκε η προθεσμία υποβολής προσφορών και μαζί ζητήθηκε μεταξύ άλλων η παράταση της *«διάρκειας ισχύος των προσφορών»* μέχρι την 29.1.10 και η *«περίοδος ισχύος εγγύησης συμμετοχής»* μέχρι την 1.3.10.

Οι Αιτητές υπέβαλαν τραπεζική εγγυητική επιστολή ως εγγύηση συμμετοχής η οποία έληγε την 29.1.10, με αποτέλεσμα η ημερομηνία λήξης της ισχύος της εγγύησης να είναι η ίδια με την προβλεπόμενη από τους όρους ημερομηνία λήξης της ισχύος των προσφορών. Είναι λοιπόν ξεκάθαρη η απόκλιση από τον όρο 2.17 του υπό εξέταση διαγωνισμού. Αυτό που απομένει είναι να κριθεί κατά πόσο ο όρος αυτός είναι ουσιώδης με βάση τα κριτήρια που έχουν καθιερωθεί από τη νομολογία.

Όπως έχει κριθεί σε σωρεία αποφάσεων της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών αλλά και του Ανωτάτου Δικαστηρίου, όροι που σχετίζονται με την εγγύηση συμμετοχής στο διαγωνισμό, θεωρούνται κατά κανόνα ότι είναι ουσιώδεις (ΑΗΚ ν. *Bulk Oil Ag. (1997)* 3 Α.Α. Δ. 182, *Νέμεσις Εργοληπτική Εταιρεία Λτδ. ν. Δημοκρατίας, Υπόθεση υπ' αρ.*

1378/00 ημερομηνίας 6.12.01 και Υπόθεση υπ' αρ. 758/05 Υπουργός Γεωργίας, Φυσικών Πόρων και Περιβάλλοντος ν. Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών, ημερομηνίας 17.4.07).

Μάλιστα, στην υπόθεση *Δημοκρατία ν. C.H. Heat-Flow Mech. Constructors Ltd. (2005)* 3 Α.Α.Δ. 363, αναφέρθηκαν τα πιο κάτω σχετικά με την παρούσα υπόθεση:

*«Δεν χωρεί η διαφοροποίηση σε ουσιώδη ή επουσιώδη απόκλιση από ουσιώδη όρο. Από τη στιγμή που το πρωτόδικο Δικαστήριο θεώρησε, και ορθά σύμφωνα με τη νομολογία, ότι ο όρος για την εγγύηση ήταν ουσιώδης οποιαδήποτε παρέκκλιση από αυτόν επιφέρει ακυρότητα της προσφοράς.»*

Είναι επίσης γνωστό ότι «το κριτήριο για τον καθορισμό της σημασίας και υπόστασης όρου πλειοδοτικού διαγωνισμού, είναι η σημασία που ενέχει η τήρησή του για την απόφαση για κατακύρωση της προσφοράς. Ουσιώδης είναι ο όρος η τήρηση του οποίου είναι αποφασιστικής σημασίας για τη λήψη και το περιεχόμενο της απόφασης για την κατακύρωση της προσφοράς» (*Tamassos Tobacco Suppliers and Co. ν. Δημοκρατίας (1992)* 3 Α.Α.Δ. 60).

Κρίνουμε ότι με βάση τα πιο πάνω ο όρος 2.17 είναι ουσιώδης και συνεπώς η αδιαμφισβήτητη παράλειψη συμμόρφωσης των Αιτητών με αυτόν ορθά οδήγησε στον αποκλεισμό τους από τον υπό εξέταση Διαγωνισμό. Η θέση μας αυτή υποστηρίζεται μάλιστα από τις πρόνοιες του Κανονισμού 21(3) της Κ.Δ.Π. 487/2004, η οποία διέπει τη διαδικασία σύναψης συμβάσεων αποκλειστικά για την Αρχή Λιμένων Κύπρου. Ο εν λόγω Κανονισμός προνοεί σαφώς ότι αν η εγγύηση συμμετοχής ορίζει χρόνο ισχύος μικρότερο του προβλεπόμενου στα έγγραφα του Διαγωνισμού, η προσφορά θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

Όσον αφορά στον ισχυρισμό ότι ο Αναθέτων Φορέας παρέλειψε να διεξαγάγει αποτελεσματικό προκαταρκτικό έλεγχο, παρατηρούμε ότι στο στάδιο εκείνο ουσιαστικά αυτό που εξετάζεται είναι αν έχουν υποβληθεί τα απαιτούμενα από τους όρους του Διαγωνισμού έγγραφα. Στην περίπτωση των Αιτητών, υποβλήθηκε εγγύηση συμμετοχής και ως εκ τούτου κρίθηκε ότι η προσφορά συνοδεύονταν από τα απαιτούμενα έγγραφα χωρίς να εξετασθεί σε εκείνο το στάδιο το περιεχόμενο των εν



λόγω εγγράφων. Όταν ο Αναθέτων Φορέας προχώρησε σε αξιολόγηση των προσφορών και ενδελεχή έλεγχο των εγγράφων που υποβλήθηκαν, διαφάνηκε η απόκλιση με αποτέλεσμα να απορριφθεί η προσφορά των Αιτητών. Συνεπώς, απορρίπτουμε και αυτόν τον ισχυρισμό των Αιτητών.

Τέλος, αναφορικά με την κατ' ισχυρισμό παράλειψη τήρησης πρακτικών κατά τις συνεδρίες της Επιτροπής Αξιολόγησης παρατηρούμε ότι η έκθεση της Επιτροπής ημερομηνίας 16.11.09 περιλαμβάνει όλα τα στοιχεία που είναι απαραίτητα για τον αναθεωρητικό έλεγχο της προσβαλλόμενης απόφασης. Οι θέσεις όλων των μελών καταγράφονται λεπτομερώς στην δεόντως υπογεγραμμένη έκθεση αξιολόγησης, χωρίς να απομένει οποιοδήποτε περιθώριο αμφιβολίας ως προς την παρουσία των μελών ή τους λόγους που οδήγησαν στη διαμόρφωση της εισήγησης της Επιτροπής προς το Συμβούλιο. Επομένως, και αυτός ο λόγος ακύρωσης απορρίπτεται.

Εν όψει όλων των πιο πάνω αποφασίζουμε ομόφωνα ότι η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή απορρίπτεται και η προσβαλλόμενη απόφαση του Αναθέτοντα Φορέα επικυρώνεται.

Δεν επιδικάζονται έξοδα επί της διαδικασίας.