



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

Προσφυγή Αρ. 19/2021

Μεταξύ:

A. ARISTOTELOUS (CONSTRUCTION) LIMITED

Αιτητών

v.

ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟΥ ΚΥΠΡΟΥ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

Έφη Παπαδοπούλου, Πρόεδρος
Γιώργος Αναστασίου, Μέλος
Σόλων Παπαθεοχάρους, Μέλος
Δήμος Θωμά, Μέλος

Αιτητές:

A. ARISTOTELOUS (CONSTRUCTION) LIMITED

Αντιπροσωπεύθηκε από τους

1. Στέλιο Παναγίδη, Δικηγόρο για Στέλιος Παναγίδης Δ.Ε.Π.Ε
2. Ξένια Κουσταή, Δικηγόρος Αιτητών
3. Αριστοτέλης Αριστοτέλους, Διευθυντής Αιτητών
4. Μαρίνος Αριστοτέλους, Διευθυντής Αιτητών

Αναθέτουσα Αρχή:

ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΚΥΠΡΟΥ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Κωνσταντίνο Μιχαήλ, Δικηγόρο για Προύντζος & Προύντζος Δ.Ε.Π.Ε
2. Έλενα Σκίτσα, Δικηγόρος για Προύντζος & Προύντζος Δ.Ε.Π.Ε
3. Έλενα Βαλανίδου Αναξαγόρου, Πολιτικό Μηχανικό
Πανεπιστημίου Κύπρου
4. Χριστίνα Ζαχαριάδου Σιερεπεκλή, Αρχιτέκτονα Πανεπιστημίου
Κύπρου

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 8 Σεπτεμβρίου 2021

Η απόφαση μας δεν είναι ομόφωνη. Με την απόφαση της πλειοψηφίας συμφωνούν η Πρόεδρος και Έφη Παπαδοπούλου και τα μέλη κ. Δήμος Θωμά και κ. Γ. Αναστασίου.

Το Μέλος κ. Σόλων Παπαθεοχάρους έχει διαφορετική απόφαση.

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Αντικείμενο της παρούσας προσφυγής είναι η απόφαση του Πανεπιστημίου Κύπρου («η Αναθέτουσα Αρχή») να απορρίψει την προσφορά των Αιτητών, για το Διαγωνισμό UCY – 2020 – 038 - CDO και αντικείμενο την *«Ανέγερση του Κτηρίου της Ιατρικής Σχολής και Επιστημών Υγείας Νίκος Σιακόλας στην Πανεπιστημιούπολη»* («ο Διαγωνισμός»). Ο διαγωνισμός ανατέθηκε στην Εταιρεία Lois Builders Ltd – Wade Adams Contracting (Cyprus) Ltd JV («ο Επιτυχών») αντί του ποσού των €20.767.577 πλέον ΦΠΑ η οποία ήταν η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και πληρούσε τις προϋποθέσεις συμμετοχής.

Η προκήρυξη του διαγωνισμού έγινε στις 27.10.2020 μέσω του Ηλεκτρονικού Συστήματος Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων (e-Procurement), με τελευταία ημερομηνία υποβολής προσφορών την 26.01.2021 και προϋπολογισθείσα δαπάνη το ποσό των €20.170.000.Συνολικά υποβλήθηκαν 7 προσφορές, μεταξύ των οποίων και αυτή των Αιτητών.

Η προσφορά των Αιτητών απορρίφθηκε καθ' ότι σύμφωνα με την γνωστοποίηση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού ημερ. 27.04.2021 δεν πληρούσε *«την προϋπόθεση αναφορικά με τις Τεχνικές και Επαγγελματικές Ικανότητες του Προσφέροντα. Συγκεκριμένα, τα έργα που αναφέρονται στην προσφορά προς ικανοποίηση του*

κριτηρίου συμμετοχής που καθορίζεται στο εδάφιο 1.α της Παραγράφου 6.4 του Τόμου Α δεν έχουν εκτελεστεί από τον Προσφέροντα».

Οι Αιτητές με την προσφυγή τους ισχυρίζονται ότι η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής πρέπει να ακυρωθεί καθότι λήφθηκε κατά παράβαση της προκήρυξης και/ή των όρων και/ή των απαιτήσεων και/ή των προϋποθέσεων των εγγράφων του διαγωνισμού και/ή κατά παράβαση του Περί της Ρύθμισης των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και για Συναφή Θέματα Νόμου του 2016, Ν.73(Ι)/2016 («ο Νόμος») και των προνοιών της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

Η προσφορά τους, υποστηρίζουν, οι Αιτητές ικανοποιούσε πλήρως τις προϋποθέσεις του όρου 6.4.1.α του Τόμου Α, των εγγράφων του διαγωνισμού, εφόσον σύμφωνα με τον όρο 6.4.3 και τις πρόνοιες του άρθρου 63 του Νόμου, είχαν την δυνατότητα να στηριχθούν και στηρίχθηκαν στις δυνατότητες άλλου φορέα, (ΛΑΤΟΜΙΚΗ Α.Τ.Ε), ο οποίος κατά τα τελευταία δέκα (10) χρόνια, συμπλήρωσε τουλάχιστο ένα (1) έργο παρόμοιας φύσης και ίδιας Κατηγορίας με το παρόν Έργο, αξίας τουλάχιστον δέκα εκατομμυρίων ευρώ (€10.000.000,00). Επίσης απέδειξαν ότι ο τρίτος φορέας θα θέσει στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους για εκτέλεση της Σύμβασης

Είναι η θέση των Αιτητών, ότι η διατύπωση του όρου 6.4.3 του Τόμου Α «.....για την ικανοποίηση των πιο πάνω κριτηρίων», η οποία βρίσκεται στην ίδια παράγραφο με τα κριτήρια συμμετοχής του όρου 6.4.1, ξεκάθαρα ορίζει ότι ο προσφέρων μπορεί να στηριχθεί σε άλλο φορέα για την ικανοποίηση του κριτηρίου συμμετοχής που καθορίζεται στο εδάφιο 1.α της Παραγράφου 6.4 του Τόμου Α. Επομένως, καταλήγουν, το περιεχόμενο του Τόμου Α, εύλογα οδηγούσε στο συμπέρασμα ότι οι προσφοροδότες δύνανται να στηρίζονται στις δυνατότητες άλλου/ων φορέα/ων ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών με αυτούς.

Οι Αιτητές πρόσθετα με τα πιο πάνω και προς ενίσχυση των ισχυρισμών τους για παράβαση της προκήρυξης και/ή των όρων και/ή των προϋποθέσεων των εγγράφων του διαγωνισμού, παραπέμπουν σε αλληλογραφία μεταξύ της Αναθέτουσας Αρχής και του Γενικού Λογιστηρίου σε σχέση με τροποποιήσεις στα έγγραφα του διαγωνισμού. Στα τελικά έγγραφα του Διαγωνισμού, αναφέρουν, η παράγραφος 6.4.3 – Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα, δεν έχει τροποποιηθεί σύμφωνα με την πρόθεση της Αναθέτουσας Αρχής αφού σ’ αυτά δεν περιλήφθηκε η φράση «..με εξαίρεση τα κριτήρια για τα οποία καθορίζεται ρητά ότι πρέπει να ικανοποιούνται από τον Προσφέροντα ή από συγκεκριμένο μέλος της Κοινοπραξίας» αλλά παρέμεινε ως είχε αρχικά. Συνεπώς οι Οικονομικοί Φορείς δεν γνώριζαν την πρόθεση της Αναθέτουσας Αρχής να περιορίσει τα κριτήρια συμμετοχής. Η προσθήκη της φράσης στον όρο 6.4.1.α «.... το οποίο θα πρέπει να έχει συμπληρωθεί από τον Προσφέροντα», δεν είναι δυνατό να αναιρεί το περιεχόμενο του όρου 6.4.3 του Τόμου Α των εγγράφων του διαγωνισμού, αφού ο προσφέρων δύναται να στηρίζεται σε άλλους φορείς για την ικανοποίηση των κριτηρίων του όρου 6.4.1 του Τόμου Α των εγγράφων του διαγωνισμού. Η Επιτροπή Αξιολόγησης υποστηρίζουν υπό πλάνη κατέληξε στον αποκλεισμό της προσφοράς των Αιτητών καθότι:

α. «.... Η προσθήκη της φράσης «.... από τον Προσφέροντα» στην παράγραφο 6.4.1.α δεν τροποποιεί από μόνη της την έννοια που δημιουργεί η έναρξη της παραγράφου 6.4. «Για τη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό, οι Οικονομικοί Φορείς πρέπει να πληρούν υποχρεωτικά τις παρακάτω προϋποθέσεις που αφορούν τις τεχνικές και επαγγελματικές τους ικανότητες».

β). «.... το Γενικό Λογιστήριο δεν απαντά το ερώτημα της Επιτροπής Αξιολόγησης εάν δηλαδή η προσθήκη της φράσης «... από τον Προσφέροντα» στην παράγραφο 6.4.1.α, αναιρεί τις πρόνοιες της παραγράφου 6.4.3 του Τόμου Α».

γ). «... το ερώτημα της Αναθέτουσας Αρχής προς το Γενικό Λογιστήριο, δεν είναι ξεκάθαρο αλλά προσπαθεί να οδηγήσει την ερμηνεία των όρων του διαγωνισμού στη κατεύθυνση, όπως αυτή δόθηκε από την επιτροπή προδιαγραφών αφού η πλειοψηφία των μελών των επιτροπών είναι κοινά μέλη».

δ). «...το Γενικό Λογιστήριο αναφέρεται μόνο στο δικαίωμα της Αναθέτουσας Αρχής να ενεργοποιήσει τις πρόνοιες του Άρθρου 63(6) του Ν.73(Ι)/2016 χωρίς να σχολιάζει εάν τα έγγραφα του διαγωνισμού έχουν τέτοια ερμηνεία για τους οικονομικούς φορείς».

ε). «... η Αναθέτουσα Αρχή μέσω του όρου 6.4.3 του Τόμου Α των εγγράφων του διαγωνισμού ορίζει ρητά ότι ο προσφέρων, σύμφωνα με τις πρόνοιες του άρθρου 63 του Ν.73(Ι)/2016, δύναται να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλου φορέα/ων... για την ικανοποίηση των πιο πάνω κριτηρίων, δηλαδή των κριτηρίων 6.4.1.α και 6.4.1.β».

στ). «Τα μέλη της Επιτροπής Προδιαγραφών απαιτήσαν την τροποποίηση του όρου 6.4.3 πριν την προκήρυξη, για να ενεργοποιήσουν το δικαίωμα της Αναθέτουσας Αρχής σύμφωνα με το Άρθρο 63(6) του Ν.73(Ι)/2016 και να περιορίσουν τις συμμετοχές μέσω του δανεισμού εμπειρίας άλλου φορέα, πράγμα όμως το οποίο, στην προκήρυξη των εγγράφων του διαγωνισμού, δεν το έπραξαν».

ζ). «Τα μέλη της Επιτροπής Προδιαγραφών, εκ των οποίων αποτελούν τα 3/5 μέλη της Επιτροπής Αξιολόγησης, ζήτησαν την άποψη του Γενικού Λογιστηρίου, αφού δεν μπορούσαν να ερμηνεύσουν τις απαιτήσεις των εγγράφων που οι ίδιοι καθόρισαν».

η). «... Σε περίπτωση που η προκήρυξη του διαγωνισμού ήταν ξεκάθαρη οι Αιτητές θα μπορούσαν να υποβάλουν την προσφορά τους ως κοινοπραξία».

Οι Αιτητές επίσης, επικαλούμενοι το άρθρο 5 των περί της Ρύθμισης των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και για Συναφή Θέματα Κανονισμών, στο οποίο, προβλέπεται ότι «Για σκοπούς εφαρμογής των παρόντων Κανονισμών, δεν είναι επιτρεπτή η συμμετοχή του ίδιου δημόσιου λειτουργού σε περισσότερα του ενός αρμόδια όργανα, στο πλαίσιο της ίδιας διαδικασίας σύναψης σύμβασης», θέτουν θέμα ασυμβίβαστου. Τρία (3) από τα πέντε (5) μέλη της της Επιτροπής Προδιαγραφών, αναφέρουν, είναι τα ίδια με τρία (3) από τα πέντε (5) μέλη της Επιτροπής Αξιολόγησης. Η πλειοψηφία δηλαδή της Επιτροπής Αξιολόγησης είναι τα άτομα που κατάρτισαν και ζήτησαν την τροποποίηση των εγγράφων πριν την προκήρυξη του διαγωνισμού.

Με άλλο ισχυρισμό οι Αιτητές υποστηρίζουν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι αναιτιολόγητη αφού από τα πρακτικά των συνεδριάσεων της Επιτροπής Αξιολόγησης, δεν προκύπτει η θέση της σχετικά με την ερμηνεία του όρου 6.4 του Τόμου Α των εγγράφων του διαγωνισμού. Η απόφαση της στηρίχτηκε αποκλειστικά στην ασαφή απάντηση του Γενικού Λογιστηρίου.

Ισχυρίζονται επίσης ότι η προσβαλλόμενη απόφαση και/ή οποιαδήποτε ενδιάμεση και/ή προπαρασκευαστική, λήφθηκε κατά παράβαση της αρχής της ισότητας και της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών αφού η Αναθέτουσα Αρχή σε σχέση με την προσφορά του Επιτυχόντα παρέλειψε να ερευνήσει εάν το έργο το οποίο δήλωσε ικανοποιούσε το κριτήριο 6.4.1.α, του Τόμου Α. Με βάση τα στοιχεία του Διοικητικού Φακέλου, αναφέρουν το έργο συμπληρώθηκε και παραδόθηκε στις 07.09.2010 δηλαδή εκτός των χρονικών ορίων των δέκα χρόνων που προνοούν οι όροι του διαγωνισμού. Επίσης δεν έλεγξε αν το έργο είναι *«έργο παρόμοιας φύσης και ίδιας Κατηγορίας»*. Επιπρόσθετα, για τήρηση του όρου 6.4.5 του Τόμου Α σχετικά με το πιστοποιητικό EN ISO 14001:2015, ισχυρίζονται ότι αυτό από το ένα μέλος της κοινοπραξίας εξασφαλίστηκε για πρώτη φορά στις 21.01.2021, δηλαδή μετά από την προκήρυξη του διαγωνισμού. Σ' ότι αφορά το Παράρτημα 13, Δελτίο ποσοτήτων της προσφοράς του Επιτυχόντα, , αυτό δεν έχει την ίδια αρίθμηση με αυτή του δελτίου ποσοτήτων της προκήρυξης του διαγωνισμού. Συνεπώς, καταλήγουν, η Αναθέτουσα Αρχή παρέλειψε να διενεργήσει δέουσα έρευνα για να διαπιστώσει τα πραγματικά γεγονότα σε σχέση με την προσφορά του Επιτυχόντα.

Τέλος οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι η εκ των υστέρων ερμηνεία των όρων του διαγωνισμού κατ' επίκληση εξαίρεσης του κριτηρίου 6.4.1.α από την στήριξη άλλων φορέων, φανερώνει ότι η Αναθέτουσα Αρχή ενεργεί κατά τρόπο ασυνεπή, αντιφατικό, ή κακόπιστο. Η εκ των υστέρων άρση, στη περίπτωση του 6.4.1.α, των κίνητρων που προέβλεπε ο νόμος ή που η ίδια έθεσε για να προσελκύσει ορισμένη

συμπεριφορά των διοικούμενων, αποτελεί παραβίαση της Αρχής της χρηστής Διοίκησης.

Από πλευράς της η Αναθέτουσα Αρχή εγείρει αρχικά προδικαστική ένσταση και ισχυρίζεται ότι οι Αιτητές δεν έχουν έννομο συμφέρον να προωθούν την παρούσα προσφυγή σε σχέση με την κατακύρωση του διαγωνισμού στον Επιτυχόντα και παραπέμπουν σχετικά στην *Αναθεωρητική Έφεση Αρ. 105/2011 Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών Και Εταιρείας El.Ni.A Kokkinos Ltd.*

Σ' ότι αφορά τους ισχυρισμούς για μη νόμιμο αποκλεισμό της προσφοράς των Αιτητών αυτούς τους απορρίπτουν ως αβάσιμους. Η προσβαλλόμενη απόφαση αναφέρει λήφθηκε μετά από έρευνα και σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις των Εγγράφων του Διαγωνισμού ως και τις πρόνοιες του Ν.73(Ι)/2016.

Από το λεκτικό του όρου 6.4.1.α του Τόμου Α υποστηρίζει προκύπτει με σαφήνεια ότι την εν λόγω απαίτηση θα έπρεπε να την πληροί ο ίδιος ο Προσφοροδότης. Για τις υπόλοιπες προδιαγραφές (οικονομικές, χρηματοοικονομική επάρκεια ή/και άλλες τεχνικές προδιαγραφές), όπου δεν υπάρχει η συγκεκριμένη αναφορά, οι Προσφοροδότες μπορούσαν να στηριχθούν σε άλλους φορείς όπως προβλέπεται στον όρο 6.4.3. του Τόμου Α των εγγράφων του διαγωνισμού και το άρθρο 63 του Νόμου.

Σύμφωνα με το άρθρο 63 του Νόμου συνεχίζει η Αναθέτουσα Αρχή έχει τη δυνατότητα να απαιτήσει όπως συγκεκριμένη προδιαγραφή πληρείται μόνον από τον Προσφοροδότη, και όχι από οποιονδήποτε άλλο φορέα. Οι Αιτητές, αναφέρει προς ικανοποίηση του όρου 6.4.1 με την προσφορά τους στηρίχθηκαν σε άλλο φορέα και ως εκ τούτου δεν πληρούσαν και/ή παραβίαζαν τον ουσιώδη αυτό όρο του Διαγωνισμού. Η πιο πάνω θέση της υποστηρίζει, δεν αναιρείται από τις πρόνοιες του

όρου 6.4.3, αφού οι Προσφοροδότες θα μπορούσαν να βασιστούν σε άλλους φορείς για άλλες προδιαγραφές, όπως άλλωστε συμφώνησε και το Γενικό Λογιστήριο που είναι η Αρμόδια Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων.

Όσον αφορά τους ισχυρισμούς των Αιτητών για τα γεγονότα που προηγήθηκαν της προκήρυξης του Διαγωνισμού και τις όποιες διαβουλεύσεις και συζητήσεις έγιναν με το Γενικό Λογιστήριο, αυτές αναφέρει δεν επηρεάζουν την ερμηνεία των συγκεκριμένων όρων του Διαγωνισμού οι οποίοι είναι δεσμευτικοί τόσο για την Αναθέτουσα Αρχή όσο και για τους Προσφοροδότες. Οι Αιτητές εάν επιθυμούσαν να προσβάλουν τους όρους του Διαγωνισμού ή εάν πίστευαν ότι αυτοί έπρεπε να είναι διαφορετικοί, θα έπρεπε πριν υποβάλουν ανεπιφύλακτα στις 26.01.2021 την προσφορά τους να λάβουν τα ανάλογα διαβήματα. Εφαρμογής καταλήγει τυγχάνει το δόγμα της ταυτόχρονης επιδοκιμασίας και αποδοκιμασίας.

Αναφορικά με τον ισχυρισμό για ύπαρξη ασυμβίβαστου, η Αναθέτουσα Αρχή υποδεικνύει ότι οι Κανονισμοί στους οποίους αναφέρονται οι Αιτητές, δεν ισχύουν. Σχετικοί με τον υπό εξέταση Διαγωνισμό Κανονισμοί αναφέρει είναι οι περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών (Οργανισμοί Δημοσίου Δικαίου και Κοινότητες) Κανονισμοί του 2012 Κ.Δ.Π. 242/2012 και συγκεκριμένα ο Κανονισμός 8.

Δεν τίθεται θέμα ασυμβίβαστου υποστηρίζει αφού τα μέλη της Επιτροπής Προδιαγραφών δεν έχουν οποιαδήποτε αποφασιστική αρμοδιότητα όσον αφορά την ανάθεση της σύμβασης, όπως ούτε τα μέλη της Επιτροπής Αξιολόγησης. Αποτελούν ουσιαστικά γνωμοδοτικά όργανα.

Αβάσιμος υποστηρίζει είναι και ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι αναιτιολόγητη και/ή μη επαρκώς αιτιολογημένη.

Τόσο τα πρακτικά του Συμβουλίου ημερ. 26.04.2021 όσο και η Έκθεση Αξιολόγησης, υποστηρίζει, αναντίλεκτα καταδεικνύουν τους λόγους που οδήγησαν στην προσβαλλόμενη απόφαση. Εν πάση περιπτώσει καταλήγει και αν ακόμα ήθελε κριθεί ότι η αιτιολογία που δίδεται στο πρακτικό του Συμβουλίου δεν είναι επαρκής, αυτή συμπληρώνεται από το περιεχόμενο του Διοικητικού Φακέλου και ειδικότερα την Έκθεση Αξιολόγησης. Συνεπώς, καταλήγει, δεν τεκμηριώνεται ούτε πλάνη, ούτε έλλειψη αιτιολογίας.

Αβάσιμο και ατεκμηρίωτο θεωρεί η Αναθέτουσα Αρχή και τον ισχυρισμό των Αιτητών για παράβαση της αρχής της ισότητας και της ίσης μεταχείρισης των Προσφοροδοτών και υποδεικνύει ότι προτού απορρίψει την προσφορά των Αιτητών και ακόμη ενός προσφοροδότη για τον ίδιο λόγο ερεύνησε όλα τα υποβληθέντα. Άνιση μεταχείριση ισχυρίζεται θα υπήρχε εάν επιτρεπόταν στους 2 από τους 7 προσφοροδότες για ικανοποίηση του όρου 6.4.1α, να βασιστούν σε εμπειρία άλλων οικονομικών φορέων.

Όσον αφορά τους ισχυρισμούς των Αιτητών, ότι η προσφορά του Επιτυχόντα δεν πληρούσε τους όρους του Διαγωνισμού, η Αναθέτουσα Αρχή ανεξάρτητα από τη θέση της ότι οι Αιτητές μόνο τον αποκλεισμό της προσφοράς τους νομιμοποιούνται να προσβάλουν τους απορρίπτει ως αβάσιμους και νομικά ανυπόστατους.

Σ' ότι αφορά τον ισχυρισμό ότι η προσφορά του Επιτυχόντα δεν πληρούσε τον όρο 6.4.1α του Τόμου Α υποστηρίζει ότι όπως διευκρινίζεται στο Παράρτημα 6, της προσφοράς του επιτυχόντα το οποίο έπρεπε να συμπληρωθεί από τους Οικονομικούς Φορείς, για το έργο για την Τεχνική Ικανότητα αναφέρεται η περίοδος 2009-2019.

Όσον αφορά τον ισχυρισμό ότι το δηλωθέν έργο δεν είναι έργο παρόμοιας φύσης, η Αναθέτουσα Αρχή παραπέμπει στην ερμηνεία του όρου, ο οποίος προβλέπει ότι: *«νοούνται εκπαιδευτήρια, κέντρα ερευνών/ καινοτομίας, νοσοκομεία/κλινικές, πολιτιστικά κέντρα, ξενοδοχεία, γραφειακά κτήρια που ενσωματώνουν υψηλή τεχνολογία, εμπορικά κέντρα, και δεν νοούνται οικιστικά συγκροτήματα και τουριστικά χωριά.»* Το έργο, αναφέρει, το οποίο δηλώθηκε από τον επιτυχόντα αφορά σε εκπαιδευτήριο και ως εκ τούτου ικανοποιεί την απαίτηση του όρου.

Σε σχέση με την τήρηση του όρου 6.4.5 του Τόμου Α αναφέρει ότι ο Επιτυχών με την προσφορά του υπέβαλε το απαραίτητο έγγραφο και επομένως πληροί τους όρους του Διαγωνισμού. Απορρίπτει επίσης τους ισχυρισμούς των Αιτητών για το Παράρτημα 13 της προσφοράς του Επιτυχόντα και αναφέρει ότι το έντυπο ελέγχθηκε και αξιολογήθηκε από τον Σύμβουλο Επιμετρητή.

Τέλος η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτει τους ισχυρισμούς των Αιτητών για βεβιασμένες ενέργειες και/ή παραλείψεις της Επιτροπής Αξιολόγησης και/ή της Επιτροπής Προδιαγραφών και παραπέμπει στις δέκα συναντήσεις που χρειάστηκε η Επιτροπή Αξιολόγησης για να ολοκληρώσει την Έκθεση της.

Προτού εξετάσουμε τα ζητήματα τα οποία εγείρονται στην παρούσα προσφυγή θα πρέπει να σημειώσουμε ότι σύμφωνα με τη νομολογία¹ όπως και η Αναθέτουσα Αρχή εισηγήθηκε η προκήρυξη και οι όροι δημόσιου διαγωνισμού αποτελούν πράξη κανονιστικού περιεχομένου που δεσμεύει τόσο τη διοίκηση όσο και τους διαγωνιζόμενους και ότι παραβίαση ουσιωδών όρων συνεπάγεται ακυρότητα. Η θέση αυτή άλλωστε δεν έχει αμφισβητηθεί ούτε από τους Αιτητές, όπως δεν έχει αμφισβητηθεί ότι εάν ορθά η προσφορά ενός προσφοροδότη αποκλείστηκε δεν

¹ Εργοληπτική Εταιρεία Αδελφοί Παντελίδη Λτδ ν Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών Πρ. 900/2010 ημερ. 22.9.2014

τίθεται ζήτημα παραβίασης των γενικών αρχών του Διοικητικού Δικαίου περιλαμβανομένων εκείνων της χρηστής διοίκησης.

Ο όρος στη βάση του οποίου η προσφορά των Αιτητών αποκλείστηκε προβλέπει τα εξής:

Όρος 6.4.1 Τόμος Α

«Για τη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό, οι Οικονομικοί Φορείς πρέπει να πληρούν υποχρεωτικά τις παρακάτω προϋποθέσεις που αφορούν τις τεχνικές και επαγγελματικές τους ικανότητες:

1. κατά τα τελευταία δέκα (10) χρόνια να έχει συμπληρώσει τουλάχιστον τα ακόλουθα:

α. Ένα (1) έργο παρόμοιας φύσης και ίδιας Κατηγορίας με το παρόν Έργο, αξίας τουλάχιστον δέκα εκατομμυρίων ευρώ (€10.000.000,00) το οποίο θα πρέπει να έχει συμπληρωθεί από τον Προσφέροντα.

ή

τουλάχιστον δυο (2) έργα «παρόμοιας φύσης» με το παρόν Έργο, αξίας τουλάχιστον επτά εκατομμυρίων ευρώ (€7.000.000) έκαστο, τα οποία πρέπει να έχουν συμπληρωθεί από μέλη της κοινοπραξίας.

Η έννοια του όρου «συμπλήρωση» σημαίνει κατά 80% υλοποίησης του Έργου. Για Έργα που έχουν συμπληρωθεί, η αξία της εκτελεσθείσας εργασίας εντός της περιόδου των δέκα χρονών, θα πρέπει να είναι τουλάχιστον 50% της αξίας του Έργου.

Με τον όρο «παρόμοιας φύσης» έργα νοούνται εκπαιδευτήρια, κέντρα ερευνών/ καινοτομίας, νοσοκομεία/κλινικές, πολιτιστικά κέντρα, ξενοδοχεία, γραφειακά κτήρια που ενσωματώνουν υψηλή τεχνολογία, εμπορικά κέντρα, και δεν νοούνται οικιστικά συγκροτήματα και τουριστικά χωριά.

β. Ένα εξειδικευμένο έργο το οποίο να περιλαμβάνει εργασίες για εργαστηριακούς ή/και ερευνητικούς χώρους για σκοπούς διεκπεραίωσης ιατρικών ή/και κλινικών ή/και χημικών ή/και βιολογικών, εργασιών, αξίας τουλάχιστον ογδόντα χιλιάδων ευρώ (€80.000).»

Αποτελεί κοινό έδαφος, προκύπτει άλλωστε από την προσφορά των Αιτητών, ότι οι Αιτητές για ικανοποίηση του όρου 6.4.1 στηρίχθηκαν στις δυνατότητες άλλου φορέα ο οποίος τα τελευταία 10 χρόνια συμπλήρωσε έργο αξίας τουλάχιστον δέκα εκατομμυρίων ευρώ (€10.000.000). Το κατά πόσο ήταν παρόμοιας φύσης και ίδιας κατηγορίας έργο δεν φαίνεται να εξετάστηκε από την Αναθέτουσα Αρχή αφού ο αποκλεισμός της προσφοράς των Αιτητών έγινε μόνο στη βάση του γεγονότος ότι οι Αιτητές δεν συμπλήρωσαν οι ίδιοι το έργο. Αδιαμφισβήτητο επίσης είναι το γεγονός ότι η Αναθέτουσα Αρχή ζήτησε την άποψη της Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων σε σχέση με τη δυνατότητα εφαρμογής των προνοιών του άρθρου 63 (6) του Νόμου το οποίο παρέχει τη δυνατότητα περιορισμού των κριτηρίων συμμετοχής για τα οποία είναι δυνατή η στήριξη του προσφέροντα στις ικανότητες άλλου φορέα.

Η Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων για τους λόγους που έθεσε ενώπιον της η Αναθέτουσα Αρχή και αφού εξέτασε τα έγγραφα απάντησε στις 28.9.2020 θετικά ότι δηλαδή παρέχεται δυνατότητα περιορισμού των κριτηρίων για τα οποία θα υπάρξει στήριξη του προσφέροντα από άλλο φορέα. Αποτέλεσμα ήταν ο Υπεύθυνος του Τομέα Συμβάσεων και Αγορών της Αναθέτουσας Αρχής στις 05.10.2020 να προωθήσει τις αλλαγές των εγγράφων ώστε να προχωρήσει η προκήρυξη του διαγωνισμού. Σε σχέση με τον όρο 6.4.3 οι αλλαγές στα έγγραφα καταγράφονται ως εξής:

«Ο προσφέρων, σύμφωνα με τις πρόνοιες του άρθρου 63 του Ν.73(Ι)/2016, δύναται να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλου/ων φορέα/ων ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών με αυτόν/ους, για την ικανοποίηση των πιο πάνω κριτηρίων με εξαίρεση τα κριτήρια για τα οποία καθορίζεται ρητά ότι πρέπει να ικανοποιούνται από τον Προσφέροντα ή από συγκεκριμένο μέλος της Κοινοπραξίας. Στην περίπτωση που ο Οικονομικός Φορέας στηρίζεται στις δυνατότητες άλλου/άλλων φορέα/ων πρέπει να είναι σε θέση να αποδείξει στην Αναθέτουσα Αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους σύμφωνα με το ίδιο άρθρο».

Δεν χωρεί αμφιβολία ότι η Αναθέτουσα Αρχή έχει τη δυνατότητα ανάλογα με τις ανάγκες του αντικειμένου του διαγωνισμού να περιορίσει τα κριτήρια στα οποία ο προσφέρων μπορεί να στηριχθεί στις δυνατότητες άλλου φορέα και σε αυτό συμφωνούμε με την Αναθέτουσα Αρχή.

Στην Partner Apelski Dariusz v Zardar Oczyszczenia Miasta, C324/14 ημ. 7^{ης} Απριλίου 2016 σχετικά με το ζήτημα αυτό αναφέρονται μεταξύ άλλων τα εξής:

Για τους λόγους αυτούς, το Δικαστήριο (πρώτο τμήμα) αποφαινεται:

1. Τα άρθρα 47, παράγραφος 2, και 48 παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31^{ης} Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, σε συνδυασμό με το άρθρο 44, παράγραφος 2, της οδηγίας αυτής, έχουν την έννοια ότι:
 - αναγνωρίζουν το δικαίωμα κάθε οικονομικού φορέα να στηρίζεται, για ορισμένη σύμβαση, στις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της φύσεως των δεσμών που υφίστανται μεταξύ αυτού και των εν λόγω φορέων, εφόσον αποδεικνύεται στην αναθέτουσα αρχή ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων θα έχει όντως στη διάθεση του τους πόρους των εν λόγω φορέων, οι οποίοι είναι αναγκαίοι για την εκτέλεση της συγκεκριμένης συμβάσεως, και ότι

- δεν αποκλείεται να περιοριστεί η άσκηση του εν λόγω δικαιώματος, υπό ειδικές περιστάσεις, λαμβανομένων υπόψη του αντικειμένου της οικείας συμβάσεως καθώς και των σκοπών που αυτή επιδιώκει. Τέτοια περίπτωση συντρέχει, μεταξύ άλλων, όταν οι δυνατότητες ενός τρίτου φορέα που είναι αναγκαίες για την εκτέλεση της συμβάσεως αυτής δεν μπορούν να μεταβιβασθούν στον υποψήφιο ή προσφέροντα, με αποτέλεσμα αυτός να μπορεί να στηριχθεί στις εν λόγω δυνατότητες μόνο εάν ο συγκεκριμένος φορέας έχει άμεση και προσωπική συμμετοχή στην εκτέλεση της εν λόγω συμβάσεως.

2. Το άρθρο 48, παράγραφοι 2 και 3, της οδηγίας 2004/18 έχει την έννοια ότι, λαμβανομένων υπόψη του αντικειμένου ορισμένης συμβάσεως καθώς και των σκοπών που αυτή επιδιώκει, η αναθέτουσα αρχή δύναται, υπό ειδικές περιστάσεις και για την προσήκουσα εκτέλεση της συμβάσεως αυτής, να θέσει ρητώς στην προκήρυξη διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων συγκεκριμένους κανόνες βάσει των οποίων ένας οικονομικός φορέας μπορεί να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, εφόσον οι εν λόγω κανόνες συνδέονται με το αντικείμενο και τους σκοπούς της συγκεκριμένης συμβάσεως και είναι σύμφωνοι προς την αρχή της αναλογικότητας.

Ότι τα πιο πάνω αποφασίστηκαν στη βάση της προηγούμενης οδηγίας είναι χωρίς σημασία αφού ανάλογα προβλέπονται τόσο στην νέα οδηγία 2004/24/EK όσο και στο άρθρο 63 το Νόμου.

Σημειώνεται εδώ ότι κατά το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών η Αναθέτουσα Αρχή έθεσε στην Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων το εξής ερώτημα:

«Εάν με βάση τα έγγραφα του διαγωνισμού, οι προϋποθέσεις που αφορούν στις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες, όπως παρουσιάζονται στις παραγράφους 6.4.1 και 6.4.2. του Τόμου Α, αναιρούνται ή όχι με την παράγραφο 6.4.3. Δηλαδή ένας Προσφέρων που δεν έχει εκτελέσει κανένα από τα έργα που αναφέρονται στην παράγραφο 6.4.1.α, αλλά το έργο/τα έργα έχουν εκτελεστεί από άλλο φορέα που τον

στηρίζει, πληροί τις προϋποθέσεις που αφορούν στις τεχνικές και επαγγελματικές του ικανότητες και η προσφορά του μπορεί να γίνει αποδεκτή».

Το Γενικό Λογιστήριο της Δημοκρατίας με ηλεκτρονικό μήνυμα του στις 23.10.2020 απάντησε ότι λαμβάνοντας υπόψη «*ότι έχει κριθεί από την Αναθέτουσα Αρχή ότι απαιτείται η εκτέλεση κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα σύμφωνα με το άρθρο 63(6) και δεδομένου ότι τρίτοι φορείς μπορούν να παρέχουν στήριξη μόνο εάν αυτοί θα εκτελέσουν τις εργασίες, θεωρούμε ορθή την προσέγγιση σας αναφορικά με την δυνατότητα στήριξης από τρίτους φορείς μόνο για το σημείο 6.4.1.β.*».

Έχοντας εξετάσει το ερώτημα και την απάντηση συμφωνούμε με τους Αιτητές ότι η απάντηση είναι ασαφής. Στην ουσία επαναλαμβάνει τη δυνατότητα περιορισμού από την Αναθέτουσα Αρχή των κριτηρίων στα οποία ο προσφέρων μπορεί να στηριχθεί. Στην απάντηση γίνεται αναφορά σε προσέγγιση της Αναθέτουσας Αρχής η οποία όμως δεν υπάρχει στο ερώτημα.

*«Σε σχέση με την ερμηνεία νόμου στη **Southfields Ind. Ltd v. Δήμου Α/σίας** (1995) 3 AAD αναφέρονται τα εξής:*

*«Σκοπός της ερμηνείας του νόμου είναι η ανεύρεση της πρόθεσης του νομοθέτη. Όπου το λεκτικό της διάταξης είναι σαφές, το Δικαστήριο την ερμηνεύει με βάση τη φυσική και συνήθη έννοια των λέξεων. Οι λέξεις σ' ένα νομοθέτημα γενικά ερμηνεύονται με τη συνήθη τους σημασία, αλλά και με βάση τα συμφραζόμενα, έχοντας δε υπόψη το αντικείμενο και το σκοπό του νόμου. (Βλ. **Δημοκρατία v. Ματθαίου**, Αναθεωρητική Έφεση 832, ημερ. 12.7.1990. Βλ. επίσης **Halsbury's Laws of England**, Τετάρτη Έκδοση, Τόμος 44, παραγρ. 863 - 873). Η ερμηνεία πρέπει να είναι τέτοια που να μην*

οδηγεί σε παράλογα αποτελέσματα, αλλά στη λειτουργικότητα των νόμων. (Βλ. Δημοκρατία ν. Αντωνίου και Άλλων)».

Ανάλογα με τα πιο πάνω ισχύουν και για την ερμηνεία των όρων διαγωνισμού αφού αυτοί υπέχουν θέση πράξεων κανονιστικού περιεχομένου η παράβαση των οποίων επιφέρει ακυρότητα (Δημοκρατία ν. S. Kyriakos Euromarket Ltd (2000) 3 ΑΑΔ 692)».

Έχουμε αναφερθεί στα πιο πάνω όχι γιατί τα θεωρούμε αποφασιστικής σημασίας για σκοπούς ερμηνείας του υπό κρίση όρου αλλά με σκοπό να καταδειχθεί η πρόθεση της Αναθέτουσας Αρχής όταν συνέτασσε τους όρους των εγγράφων του διαγωνισμού και ζητούσε την άποψη της Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, αφού εδώ το ζητούμενο δεν είναι τι επεδίωκε η Αναθέτουσα Αρχή αλλά εάν αυτό που επεδίωκε το απέδωσε στους όρους του διαγωνισμού κατά τρόπο σαφή ώστε να μην υπάρχει δυνατότητα διαφορετικής αντίληψης από τους προσφέροντες.

Έχοντας μελετήσει το άρθρο 6.4.1 Τόμος Α εκείνο το οποίο συνάγεται από τη γραμματική και μόνο ερμηνεία του, είναι ότι οι οικονομικοί φορείς για την απαιτούμενη επαγγελματική εμπειρία απαιτείτο να έχουν συμπληρώσει έργο ή έργα συγκεκριμένης αξίας. Στην ουσία η προσθήκη στο άρθρο 6.4.1.(α) «το οποίο θα πρέπει να έχει συμπληρωθεί από τον προσφέροντα και στο (β) «τα οποία πρέπει να έχουν συμπληρωθεί από μέλη της Κοινοπραξίας», επαναλαμβάνουν ότι απαιτείται οι προσφέροντες να πληρούν υποχρεωτικά τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες

που δεν είναι άλλες από το έργο αξίας τουλάχιστον δέκα εκατομμυρίων ευρώ ή δύο έργα αξίας τουλάχιστον επτά εκατομμυρίων ευρώ έκαστον.

Στη συνέχεια ο ίδιος όρος στην παράγραφο 3 δίδει στους οικονομικούς φορείς τη δυνατότητα να στηριχθούν στις δυνατότητες άλλου/ων φορέα/ων «για την ικανοποίηση των πιο πάνω κριτηρίων». Με την εν λόγω αναφορά αφήνεται να νοηθεί ότι η δυνατότητα στήριξης σε άλλο φορέα αφορά τόσο τον όρο 6.4.1.(α) όσο και τον όρο 6.4.1.(β) αφού για το ζήτημα της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας υπάρχει ο όρος 6.3² του Τόμου Α ο οποίος ρητά παραπέμπει στις πρόνοιες του αρ. 63 του Νόμου . Το γεγονός ότι άλλοι προσφοροδότες αντιλήφθηκαν τον όρο όπως ήταν η πρόθεση της Αναθέτουσας Αρχής δεν είναι το ζητούμενο αλλά τι μέσα από τους όρους του διαγωνισμού ήταν αυτό που μπορούσε να γίνει αντιληπτό. Με άλλα λόγια ο όρος όπως ήταν διατυπωμένος παρείχε τη δυνατότητα να γίνει αντιληπτός όπως έγινε από τους Αιτητές αλλά και ακόμη ένα προσφέροντα. Όπως έχουμε αναφέρει στη Προσφυγή 34/2020 Fiduserve Asset Management Ltd v Υπουργείου Οικονομικών ημερ. 24.03.2021.

² 6.3. Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια

Για τη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό, οι Οικονομικοί Φορείς πρέπει να πληρούν υποχρεωτικά τις παρακάτω προϋποθέσεις:

1. Να έχουν μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών, για τα τρία (3) τελευταία οικονομικά έτη, τουλάχιστον ίσο με δώδεκα εκατομμύρια ευρώ (€12.000.000).
2. Νοείται ότι σε περίπτωση που ο Οικονομικός Φορέας είναι κοινοπραξία προσώπων, η πιο πάνω προϋπόθεση αρκεί να πληρείται αθροιστικά από τα μέλη της κοινοπραξίας.
3. Ο Οικονομικός Φορέας, σύμφωνα με τις πρόνοιες του άρθρου 63 του Ν.73(Ι)/2016, δύναται να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλου/ων φορέων ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών με αυτόν/ους. Στην περίπτωση που ο Οικονομικός Φορέας στηρίζεται στις δυνατότητες άλλου/ων φορέα/ων πρέπει να είναι σε θέση να αποδείξει στην Αναθέτουσα Αρχή ότι θα έχει στη διάθεση του τους αναγκαίους πόρους.

«Οι όροι δημόσιων διαγωνισμών πρέπει να είναι σαφείς για δύο λόγους. Πρώτα για να μην παρέχεται δυνατότητα διαφορετικής αντίληψη από τους οικονομικούς φορείς, ανάλογα με το πόσο εξοικειωμένοι είναι στην υποβολή προσφορών και εντόπιση λαθών της Αναθέτουσας Αρχής, όταν μάλιστα στην Κύπρο για πρώτη φορά γίνεται τέτοιος διαγωνισμός και δεύτερο για να μην παρέχεται δυνατότητα η Αναθέτουσα Αρχή ανάλογα με την περίπτωση να αποδέχεται ή να απορρίπτει προσφορές που υποβάλλονται λόγω ασάφειας στους όρους. Τί η Αναθέτουσα Αρχή ζητά από τους οικονομικούς φορείς πρέπει να διατυπώνεται με σαφήνεια, πράγμα που εδώ είναι φανερό από τους όρους ότι δεν έτυχε εφαρμογής».

Ισχυρίζεται βέβαια η Αναθέτουσα Αρχή ότι εάν οι Αιτητές είχαν αμφιβολία για τον όρο μπορούσαν να ζητήσουν διευκρίνιση αλλά ισχυρίζονται ότι ο όρος τους επέτρεπε να στηριχθούν στις ικανότητες για τις τεχνικές προδιαγραφές σε άλλο φορέα. Με κάθε εκτίμηση οι Αιτητές δεν αμφισβητούν τη νομιμότητα του όρου ώστε να τίθεται ζήτημα διευκρίνισης. Εδώ ο όρος όπως ήταν διατυπωμένος δεν ήταν παράνομος, αλλά άφηνε ανοικτό το ενδεχόμενο ερμηνείας του όπως οι Αιτητές, τον ερμήνευσαν και στηρίχθηκαν στη δυνατότητα άλλου φορέα για ικανοποίηση του όρου 6.4.1.(α). Σημειώνουμε ότι η κατάληξη μας δεν αφορά σε άλλα ζητήματα που αφορούν την αξιολόγηση της προσφοράς των Αιτητών.

Εν όψει των πιο πάνω θεωρούμε αχρείαστη την εξέταση των ισχυρισμών για έλλειψη αιτιολογίας και παραβίασης γενικών αρχών του διοικητικού δικαίου.

Παρά τη κατάληξη μας σε σχέση με την ερμηνεία του όρου 6.4.1.(α) (β) και 6.4.3 του Τόμου Α η οποία σφραγίζει και το αποτέλεσμα της προσφυγής θα εξετάσουμε και τα

ζητήματα που έθεσαν οι Αιτητές σε σχέση με το ασυμβίβαστο μελών της Επιτροπής Αξιολόγησης και τη παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης η οποία οδήγησε στη κατακύρωση του διαγωνισμού στον επιτυχόντα.

Ο ισχυρισμός της Αναθέτουσας Αρχής ότι προσφοροδότης η προσφορά του οποίου αποκλείστηκε δεν νομιμοποιείται να αμφισβητεί την κατακύρωση του διαγωνισμού στον επιτυχόντα λαμβάνοντας υπόψη τα αποφασισθέντα στις C131/2016 παραγρ. 57-59 ημερ. 11.5.2017 και C771/19 ημερ. 24 Μαρτίου 2021 δεν ευσταθεί. Συνεπώς θα εξετάσουμε τους ισχυρισμούς των Αιτητών σε σχέση με την προσφορά του επιτυχόντα εν όψει και της κατάληξης μας ότι ο αποκλεισμός της προσφοράς τους είναι αποτέλεσμα εσφαλμένης ερμηνείας του όρου 6.4.

Έχουμε εξετάσει τους ισχυρισμούς των Αιτητών σε σχέση με την προσφορά του επιτυχόντα και συμφωνούμε με την Αναθέτουσα Αρχή ότι αυτοί δεν ευσταθούν. Καθώς προκύπτει από την προσφορά του η χρονική περίοδος εκτέλεσης του έργου που δηλώθηκε για την Τεχνική Ικανότητα εμπίπτει στην περίοδο 2009-2019 όπως καθορίζεται με το Παράρτημα 6.

Επίσης στον όρο 6.4.1. Τόμος Α ρητά αναφέρεται ότι με τη φράση «παρόμοιας φύσης» έργα νοούνται τα εκπαιδευτήρια. Άρα ο ισχυρισμός των Αιτητών είναι

λανθασμένος αφού το έργο που υπέβαλε ο επιτυχών Ιδιωτική Σχολή ΦΟΡΟΥΜ
εμπίπτει στα εκπαιδευτήρια.

Σε σχέση με τον ισχυρισμό για μη τήρηση του όρου 6.4.5 για το ISO 14001:2015,
συμφωνούμε με την Αναθέτουσα Αρχή ότι οι προσφοροδότες πρέπει να πληρούν τους
όρους του Διαγωνισμού κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς τους. Το
υποβληθέν από τον προσφέροντα ISO 14001:2015 φέρει ημερ. 21.1.2021 δηλαδή
πριν από την ημερ. υποβολής των προσφορών η οποία μετά από τις 15.12.2020
μετατέθηκε στις 26.01.2021. Το γεγονός ότι μετακινήθηκε ή παρατάθηκε ο αρχικός
χρόνος υποβολής των προσφορών είναι χωρίς σημασία. Το ουσιώδες είναι ο τελικός
χρόνος υποβολής των προσφορών και ο επιτυχών κατά την 26.01.2021 κατείχε το εν
λόγω πιστοποιητικό ISO. Ο ισχυρισμός των Αιτητών είναι λανθασμένος.

Ως προς το ζήτημα της αρίθμησης του Παραρτήματος 13, Δελτίο Ποσοτήτων, το
περιεχόμενο του οποίου είναι κατ'εξοχή τεχνικό και συνεπώς η κρίση της
Αναθέτουσας Αρχής ανέλεκτη, κρίνουμε ότι στην απουσία οποιουδήποτε ισχυρισμού
σε σχέση με το περιεχόμενο του Παραρτήματος, η διαφορετική αρίθμηση αποτελεί
επουσιώδη απόκλιση. Συνεπώς, δεν τίθεται ζήτημα άνισης μεταχείρισης.

Τέλος ούτε ο ισχυρισμός σε σχέση με το ασυμβίβαστο ευσταθεί. Το γεγονός ότι μέλη
της Επιτροπής Προδιαγραφών ήσαν και μέλη της Επιτροπής Αξιολόγησης είναι χωρίς

σημασία αφού οι εργασίες της Επιτροπής Προδιαγραφών σε συμφωνία με την Αναθέτουσα Αρχή δεν σχετίζονται απευθείας, ούτε επηρεάζουν τις εργασίες της Επιτροπής Αξιολόγησης. Αποδεχόμαστε επίσης ως ορθό τον ισχυρισμό της Αναθέτουσας Αρχής ότι ο λόγος για τον οποίο κάποια από τα μέλη των δύο Επιτροπών ήσαν κοινά οφείλεται στη τεχνογνωσία που απαιτείται σε κάθε επιτροπή, για διαφορετικό βέβαια σκοπό. Εν πάση περιπτώσει και χωρίς να υποβαθμίσουμε τη σοβαρότητα του έργου της Επιτροπής Προδιαγραφών και της Επιτροπής Αξιολόγησης παρατηρούμε ότι το όργανο το οποίο τελικά αποφασίζει για την ανάθεση της σύμβασης, είναι το Συμβούλιο Προσφορών. Επίσης δεν έχουμε εντοπίσει στους περί της Ρύθμισης των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και για Συναφή Θέματα Κανονισμούς ΚΔΠ242/2012 οι οποίοι τυγχάνουν εφαρμογής πρόνοια όπως αυτή που ισχυρίζονται οι Αιτητές.

Εν' όψει όλων όσων έχουμε αναφέρει πιο πάνω η προσφυγή επιτυγχάνει και προσβαλλόμενη απόφαση ακυρώνεται χωρίς άλλη διαταγή.

.....
Έφη Παπαδοπούλου
Πρόεδρος

.....
Γιώργος Αναστασίου
Μέλος

.....
Δήμος Θωμά
Μέλος

ΑΠΟΦΑΣΗ ΜΕΙΟΨΗΦΙΑΣ

Υιοθετώ τα γεγονότα και θέσεις των μερών όπως καταγράφονται στην απόφαση της πλειοψηφίας.

Με βάση τα γεγονότα της υπόθεσης η Αναθέτουσα Αρχή απέρριψε την προσφορά των Αιτητών γιατί τα έργα που υπέβαλαν με την προσφορά τους προς ικανοποίηση του κριτηρίου συμμετοχής που καθορίζεται στο εδάφιο 1.α της παραγράφου 6.4.1 του Τόμου Α των εγγράφων του διαγωνισμού δεν εκτελέστηκαν από τον προσφέροντα.

Ο όρος 6.4.1 προνοεί τα ακόλουθα:

Για τη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό, οι Οικονομικοί Φορείς πρέπει να πληρούν υποχρεωτικά τις παρακάτω προϋποθέσεις που αφορούν τις τεχνικές και επαγγελματικές τους ικανότητες:

1. κατά τα τελευταία δέκα (10) χρόνια να έχει συμπληρώσει τουλάχιστον τα ακόλουθα:

α. Ένα (1) έργο παρόμοιας φύσης και ίδιας Κατηγορίας με το παρόν Έργο, αξίας τουλάχιστον δέκα εκατομμυρίων ευρώ (€10.000.000,00) το οποίο θα πρέπει να έχει συμπληρωθεί από τον Προσφέροντα.

ή

τουλάχιστον δύο (2) έργα «παρόμοιας φύσης» με το παρόν Έργο, αξίας τουλάχιστον επτά εκατομμυρίων ευρώ (€7.000.000) έκαστο, τα οποία πρέπει να έχουν συμπληρωθεί από μέλη της κοινοπραξίας

Η έννοια του όρου «συμπλήρωση» σημαίνει κατά 80% υλοποίησης του Έργου. Για Έργα που έχουν συμπληρωθεί, η αξία της εκτελεσθείσας εργασίας εντός της

περιόδου των δέκα χρόνων, θα πρέπει να είναι τουλάχιστον 50% της αξίας του Έργου.

Με τον όρο «παρόμοιας φύσης» έργα νοούνται εκπαιδευτήρια, κέντρα ερευνών/ καινοτομίας, νοσοκομεία/κλινικές, πολιτιστικά κέντρα, ξενοδοχεία, γραφειακά κτήρια που ενσωματώνουν υψηλή τεχνολογία, εμπορικά κέντρα, και δεν νοούνται οικιστικά συγκροτήματα και τουριστικά χωριά.

β. Ένα εξειδικευμένο έργο το οποίο να περιλαμβάνει εργασίες για εργαστηριακούς ή/και ερευνητικούς χώρους για σκοπούς διεκπεραίωσης ιατρικών ή/και κλινικών ή/και χημικών ή/και βιολογικών, εργασιών, αξίας τουλάχιστον ογδόντα χιλιάδων ευρώ (€80.000).»

Είναι κοινά αποδεκτό ότι τα έργα που υπέβαλαν οι Αιτητές προς πλήρωση του όρου 6.4.1.1.α δεν εκτελέστηκαν από τους ίδιους, δηλαδή τον προσφέροντα, αλλά από άλλη εταιρεία που οι Αιτητές δήλωσαν ως τρίτο φορέα.

Εκείνο που προβάλλουν οι Αιτητές είναι ότι τα έγγραφα του διαγωνισμού δίνουν το δικαίωμα στον προσφέροντα να στηρίζεται στις δυνατότητες τρίτου φορέα για να αποδείξει την εκπλήρωση των προϋποθέσεων του όρου 6.4.1 του Τόμου Α. Συγκεκριμένα μας παρέπεμψαν στον όρο 6.4.3 του Μέρους Α των εγγράφων του διαγωνισμού που προνοεί ότι:

«6.4 Τεχνικές και Επαγγελματικές Ικανότητες

Για τη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό, οι Οικονομικοί Φορείς πρέπει να πληρούν υποχρεωτικά τις παρακάτω προϋποθέσεις που αφορούν τις τεχνικές και επαγγελματικές τους ικανότητες:

[...]

[...]

3. *Ο προσφέρων, σύμφωνα με τις πρόνοιες του άρθρου 63 του Ν.73(Ι)/2016, δύναται να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλου/ων φορέα/ων ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών με αυτόν/ους, για την ικανοποίηση των πιο πάνω κριτηρίων. Στην περίπτωση αυτή, πρέπει να είναι σε θέση να αποδείξει στην Αναθέτουσα Αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους σύμφωνα με το ίδιο άρθρο.»*

Πρωτού παραθέσω την άποψη μου θεωρώ χρήσιμη την καταγραφή του άρθρου 63 του Ν.73(Ι)/2016, στο οποίο γίνεται αναφορά στον όρο 6.4.3 του Μέρους Α των εγγράφων του διαγωνισμού, το οποίο προβλέπει ότι:

63.-(1) Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στο εδάφιο (3) του άρθρου 58 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στο εδάφιο (4) του άρθρου 58, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, όπου εφαρμόζεται και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς:

Νοείται ότι, όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στο Παράρτημα ΧΙΙ, Μέρος ΙΙ, παράγραφος (στ) ή με τη σχετική επαγγελματική πείρα, οι οικονομικοί φορείς μπορούν, να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν αυτοί θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες.

(2) Σε περίπτωση που οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό.

...

(6) Στην περίπτωση συμβάσεων έργων, συμβάσεων υπηρεσιών και εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης προμηθειών, οι αναθέτουσες αρχές δύναται να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα ή, σε περίπτωση που η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στο εδάφιο (3) του άρθρου 45, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή.»

Εκείνο που προκύπτει αβίαστα από τον όρο 6.4.1.1.α είναι ότι το έργο αναφοράς όσων Οικονομικών Φορέων συμμετέχουν στο διαγωνισμό, για να πληρούται ο όρος,

θα πρέπει να έχει εκτελεστεί από τους ίδιους τους προσφέροντες. Το έργο αναφοράς των Αιτητών δεν έχει εκτελεστεί από τους ίδιους αλλά από τρίτο φορέα και συνεπώς δεν πληρούν τον όρο 6.4.1.1.α.

Δεν συμφωνώ με τους Αιτητές ότι ο όρος 6.4.3 του Μέρους Α τους επέτρεπε την στήριξη σε τρίτο φορέα προς πλήρωση του όρου 6.4.1.1.α, κάτι, που αν ισχύει, θα βρίσκεται σε αντίφαση με όσα ο ίδιος ο όρος 6.4.1.1.α προνοεί. Ο όρος 6.4.3 παραπέμπει στις πρόνοιες του άρθρου 63 του Ν.73(Ι)/2016 το οποίο προβλέπει δυνατότητα στήριξης σε τρίτο φορέα «όπου εφαρμόζεται». Στην παρούσα περίπτωση ο όρος 6.4.1.1.α ρητά προβλέπει ότι το έργο αναφοράς θα πρέπει να έχει εκτελεστεί από τον προσφέροντα και συνεπώς, στη βάση του άρθρου 63 του Ν.73(Ι)/2016, ο όρος 6.4.3 που επικαλούνται οι Αιτητές δεν εφαρμόζεται στην συγκεκριμένη περίπτωση του όρου 6.4.1.1.α. Αντιθέτως, ο όρος 6.4.3 τυγχάνει εφαρμογής στον όρο 6.4.1.1.β ο οποίος δεν προνοεί ότι το έργο αναφοράς θα πρέπει να έχει εκτελεστεί από τον προσφέροντα ως προνοεί ο όρος 6.4.1.1.α.

Από την άλλη, δεν συμφωνώ με την επιχειρηματολογία που ανέπτυξε η Αναθέτουσα Αρχή, για το εν λόγω θέμα, παραπέμποντας μας στις πρόνοιες του άρθρου 63(6) του Ν.73(Ι)/2016. Το άρθρο αυτό αναφέρεται σε περιορισμούς που δύναται να επιβάλει η Αναθέτουσα Αρχή στην εκτέλεση συγκεκριμένων τμημάτων του έργου απευθείας από τον προσφέροντα, κάτι που δεν σχετίζεται με τον λόγο απόρριψης της προσφοράς

των Αιτητών. Οι περιορισμοί που τίθενται από την Αναθέτουσα Αρχή στην παρούσα είναι στη δυνατότητα χρήσης τρίτων φορέων, από τους προσφέροντες, προς απόδειξη της τεχνικής ικανότητας τους για την εκτέλεση του έργου και όχι περιορισμοί που αφορούν το στάδιο εκτέλεσης του έργου.

Σ' ότι αφορά τα υπόλοιπα θέματα που εγείρουν οι Αιτητές συμφωνώ με τη θέση της πλειοψηφίας.

Για τους πιο πάνω λόγους η προσφυγή απορρίπτεται και η προσβαλλόμενη απόφαση επικυρώνεται.

.....
Σόλων Παπαθεοχάρους
Μέλος