



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. 64/2008

Μεταξύ:

ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ «APHRODITE WATER CO.»

Αιτούντων

v.

ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΑΝΑΠΤΥΞΕΩΣ ΥΔΑΤΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτούντες:

ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ «APHRODITE WATER CO.»

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. κo Κωνσταντίνο Αδαμίδη, Δικηγόρο
2. κo Δήμο Αναστασίου, Εκπρόσωπο αιτούσας Κοινοπραξίας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΤΜΗΜΑ ΑΝΑΠΤΥΞΕΩΣ ΥΔΑΤΩΝ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. κα Ειρήνη Νεοφύτου, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. Δρ. Φρόσω Λουκά, Ανώτερη Υδραυλικό Μηχανικό
3. κo Ανδρέα Μανώλη, Συντονιστή Επιτροπής Αξιολόγησης
4. κo Χρίστο Μιχαηλίδη, Μέλος της Επιτροπής Αξιολόγησης
5. κo Χριστάκη Χριστοδουλίδη, Μέλος Επιτροπής Αξιολόγησης
6. κo Οδυσσέα Οδυσσέως, εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 22 Οκτωβρίου, 2008

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Κατόπιν σχετικής πρότασης του Υπουργείου Γεωργίας, Φυσικών Πόρων και Περιβάλλοντος το Υπουργικό Συμβούλιο με απόφασή του ημερομηνίας 28.5.2008 ενέκρινε την πρόταση για *«Κατασκευή κινητής – προκατασκευασμένης ή πλωτής μονάδας αφαλάτωσης στα Κούκλια Πάφου»*. Η προκριθείσα διαδικασία του σχετικού διαγωνισμού ήταν η Διαδικασία με Διαπραγμάτευση. Ο Διαγωνισμός με αριθμό ΤΑΥ 56/2008 φέρει το όνομα *«Σχεδίαση, Κατασκευή, Λειτουργία και Συντήρηση Προκατασκευασμένης Μονάδας Αφαλάτωσης και προμήθεια Αφαλατωμένου Νερού στο Τμήμα Αναπτύξεως Υδάτων για τις ανάγκες της Επαρχίας Πάφου»*.

Στις 10.6.2008 η Αναθέτουσα Αρχή απέστειλε επιστολή/πρόσκληση σε 90 Οικονομικούς Φορείς για εκδήλωση ενδιαφέροντος για συμμετοχή στο διαγωνισμό. Ανταποκρίθηκαν 30 Οικονομικοί Φορείς στους οποίους απεστάλησαν τα σχετικά έγγραφα του διαγωνισμού. Η τελευταία ημερομηνία για υποβολή των προσφορών ήταν η 28.7.2008. Τελικά υπέβαλαν προσφορά τρεις Οικονομικοί Φορείς. Κατόπιν της αξιολόγησης των υποβληθέντων προσφορών το Συμβούλιο Προσφορών του Υπουργείου Γεωργίας, Φυσικών Πόρων και Περιβάλλοντος σε συνεδρία του την 12.8.2008 αποφάσισε την ανάθεση της Σύμβασης στην Εταιρεία «MESOGEOS S.A.».

Οι Αιτητές οι οποίοι έλαβαν μέρος στον πιο πάνω διαγωνισμό, αλλά η προσφορά τους δεν επελέγη γιατί η τιμή μονάδας της προσφοράς τους δεν ήταν η χαμηλότερη προσβάλλουν την πιο πάνω απόφαση για κατακύρωση της ρηθείσας προσφοράς στην εταιρεία MESOGEOS S.A. και αιτούνται την ακύρωση της απόφασης αυτής και την κατακύρωση στους Αιτητές γιατί, όπως ισχυρίζονται η προσφορά τους ήταν η χαμηλότερη προσφορά που ικανοποιεί τις προδιαγραφές. Και τούτο γιατί η προσφορά του επιτυχόντα προσφοροδότη δεν ανταποκρίνεται σε ουσιώδεις όρους των προσφορών και γιατί πράξεις ή ενέργειες της Αναθέτουσας Αρχής είναι αντίθετες με τους όρους των προσφορών και/ή αντιβαίνουν το Νόμο και τους Κανονισμούς που διέπουν τις προσφορές.

Οι επικαλούμενοι από τους Αιτητές λόγοι ακυρότητας της προσβαλλόμενης απόφασης συνίστανται στο ότι η προσφορά του επιτυχόντα προσφοροδότη παρουσιάζει τις ακόλουθες αποκλίσεις από τους όρους των προσφορών.

- (α) Η κατατεθείσα εγγύηση προσφοράς του επιτυχόντα προσφοροδότη δεν πληροί τις απαιτήσεις του διαγωνισμού. Τούτο, κατά τους Αιτητές, συνιστά παράβαση των ουσιωδών όρων 6.5.4 και 8.7.1(3) των εγγράφων προσφοράς οι οποίοι επιτακτικά απαιτούν την παροχή Εγγύησης Προσφοράς σύμφωνα με τον Τύπο 3 ο οποίος καθορίζεται στα έγγραφα του διαγωνισμού. Πιο συγκεκριμένα πρόκειται για διαφοροποίηση στο λεκτικό της Εγγύησης Προσφοράς. Στον όρο 6.5.4 των εγγράφων του διαγωνισμού καθορίζεται η κατάθεση Εγγύησης Προσφοράς σύμφωνα με το Έντυπο 3 (Form 3) των εγγράφων το λεκτικό της οποίας είχε ως ακολούθως:

«We have been informed that (hereinafter referred to as “the Tenderer”) is participating in the tender procedure and is submitting an offer to enter into a contract with the Contracting Authority for “DESIGN, BUILD, OPERATION AND MAINTENANCE OF A PRE-ENGINEERED DESALINATION UNIT AND SUPPLY OF WATER TO THE WATER DEVELOPMENT DEPARTMENT FOR THE NEEDS OF PAPHOS DISTRICT” (this offer hereinafter referred to as “the Tender”) and that paragraph 6.5 of the “Instructions to Tenderers” provide for the submission by the Tenderer of a Tender Guarantee for the amount of stated in paragraph 2.15 of the Instructions to Economic Operators i.e. €300.000.»

Το λεκτικό του Εντύπου 3 τροποποιήθηκε με Addendum της Αναθέτουσας Αρχής την 22.7.2008 και είχε την εξής διατύπωση:

«We have been informed that (hereinafter referred to as “the Tenderer”) is participating in the tender procedure and is submitting an offer to enter into a contract with the Contracting Authority for “DESIGN,

BUILD, OPERATION AND MAINTENANCE OF A PRE-ENGINEERED DESALINATION UNIT AND SUPPLY OF WATER TO THE WATER DEVELOPMENT DEPARTMENT FOR THE NEEDS OF PAPHOS DISTRICT” (this offer hereinafter referred to as “the Tender”) and that the terms of the above mentioned Tender Procedure provide for the submission, by the Tenderer, of a Tender Guarantee for the amount of €300.000».

Η Αναθέτουσα Αρχή ισχυρίζεται επί του προκειμένου ότι ο επιτυχών προσφοροδότης εκ παραδρομής υπέβαλε την εγγυητική με βάση τον όρο 6.5 όπως αυτός περιλαμβανόταν στα έγγραφα του διαγωνισμού δηλαδή το Έντυπο 3 πριν αυτό τροποποιηθεί με το Addendum της 22.7.2008. Η αλλαγή αυτή ήταν μη ουσιαστικής σημασίας η οποία δεν διαφοροποιεί οτιδήποτε αφορά τις υποχρεώσεις ή/και τα δικαιώματα των μερών. Ούτε τροποποιεί με κανένα τρόπο την ουσία της εγγυητικής που υποβλήθηκε ούτε μειώνει την ευθύνη εγγύησης που έχει ο επιτυχών προσφοροδότης προς την Αναθέτουσα Αρχή.

Συμφωνούμε με τη θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι η αλλαγή στον τύπο της εγγυητικής όπως έγινε με την τροποποίηση σε σύγκριση με τον αρχικό τύπο δεν είναι ουσιαστική. Είναι φανερό ότι στον τροποποιημένο τύπο δεν γίνεται απλώς αναφορά στην παράγρ. 6.5 των Οδηγιών προς τους προσφοροδότες και στην παράγρ. 2.15 των Οδηγιών προς τους Οικονομικούς Φορείς (economic operators) οι οποίοι εν πάση περιπτώσει εξακολουθούν να είναι μέρος των όρων της προσφοράς. Ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι πρόκειται για παρέκκλιση από ουσιώδη όρο δεν μπορεί να γίνει αποδεκτός. Είναι, κατά την άποψή μας, φανερό ότι η συμπερίληψη των δύο παραγράφων που αναφέρθηκαν προηγουμένως και υπήρχαν στον αρχικό τύπο της εγγυητικής δεν μπορεί να θεωρηθεί παρέκκλιση από ουσιώδη όρο. Οι ουσιώδεις απαιτήσεις του όρου για την εγγυητική πληρούνται και δεν επηρεάζεται με οποιοδήποτε τρόπο το κύρος, η ισχύς και το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα της εγγυητικής. Ως εκ τούτου ο ισχυρισμός αυτός των Αιτητών δεν γίνεται αποδεκτός.

- (β) Παράβαση των όρων 6.4.4 και ή 8.7.1(9) του Μέρους Α των εγγράφων του διαγωνισμού.

Ο ισχυρισμός αυτός των Αιτητών αναφέρεται στο γεγονός ότι ο επιτυχών προσφοροδότης για εκτέλεση του έργου στηρίχθηκε στις ικανότητες και πείρα της εταιρείας PROTECNO s.r.l., όπως εδικαιούτο να πράξει δυνάμει του όρου 6.4.4 του Μέρους Α των εγγράφων του διαγωνισμού. Στην περίπτωση αυτή ο όρος 8.7.1(9) του Μέρους Α των εγγράφων του διαγωνισμού απαιτεί όπως ο τρίτος φορέας, δηλαδή η εταιρεία PROTECNO, καταθέσει σχετική δήλωση με την οποία να εγγυάται στην Αναθέτουσα Αρχή ότι σε περίπτωση κατακύρωσης της προσφοράς στην MESOGEOS S.A. θα θέσει στη διάθεση του επιτυχόντα προσφοροδότη τους αναγκαίους πόρους προς εκτέλεση του έργου. Πιο αναλυτικά τα γεγονότα έχουν ως εξής:

Όπως έχει αναφερθεί και πιο πάνω, ο επιτυχών προσφοροδότης στηρίχθηκε στις δυνατότητες άλλου φορέα, της εταιρεία PROTECNO s.r.l., όπως προβλέπεται στο άρθρο 54(3) του Νόμου 12(Ι)/2006 και το οποίο άρθρο μεταφέρθηκε αυτούσιο στον όρο 6.4.4 των εγγράφων του διαγωνισμού. Η ρηθείσα εταιρεία ορθά κρίθηκε ότι πληρούσε τις προϋποθέσεις του όρου 6.4.1 των εγγράφων του διαγωνισμού. Ο όρος 8.7.1(9) των εγγράφων προβλέπει τα ακόλουθα:

«If the Tenderer relies on the capacities of other entities within the meaning of paragraph 6.4.4, submission of the following supporting documents is required:

- Declarations of these entities, whereby they shall guarantee to the Contracting Authority that, should the Tenderer be appointed Contractor, they shall place at its disposal the necessary resources as appropriate.*
- Solemn Declaration as in point (5) above.*

It is understood that in such a case, the supporting documents of point (7) above should also include the documents concerning these entities, depending on the resources made available.»

Είναι σκόπιμο να αναφερθεί και το περιεχόμενο του όρου 6.4.4 ο οποίος έχει ως ακολούθως:

«Pursuant to the provisions of article 54(3) of Law 12(1)/2006, an interested economic operator may rely on the capacities of other entities, regardless of the legal nature of the links it has with them. In such a case, it must be able to prove to the Contracting Authority that it shall have at its disposal the resources necessary».

Για συμμόρφωση με τον όρο 8.7.1(9) ο επιτυχών προσφοροδότης υπέβαλε συμφωνία ημερομηνίας 8 Ιουλίου, 2008 μεταξύ του ιδίου και της εταιρείας PROTECNO στην οποία, μεταξύ άλλων, περιέχονται οι ακόλουθοι όροι:

- «1. *PROTECNO s.r.l. will dispose to MESOGEOS S.A. the required Reverse Osmosis equipment for the project “Design, Build, Operation and Maintenance of a Pre- Engineered Desalination Unit and Supply of Desalinated Water to the Water Development Department for the Needs of Paphos District”.*
2. *PROTECNO s.r.l. is covenant to MESOGEOS S.A. and to the Owner of the project to dispose to MESOGEOS S.A. all its technical expertise and knowhow on Reverse Osmosis systems.*
.....»

Η θέση των Αιτητών είναι ότι η πιο πάνω συμφωνία δεν υποκαθιστά την απαιτούμενη δήλωση/εγγύηση και ως εκ τούτου παραβιάζεται ουσιώδης όρος των προσφορών και ως εκ τούτου η προσφορά του επιτυχόντα προσφοροδότη θα έπρεπε να αποκλειστεί. Περαιτέρω και προς επίρρωση του ισχυρισμού τους οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι η παροχή εγγύησης απευθείας προς την Αναθέτουσα Αρχή είναι σημαντική γιατί διαφορετικά δεν δημιουργείται οποιαδήποτε

συμβατική σχέση (privity of contract) μεταξύ της Αναθέτουσας Αρχής και της εταιρείας PROTECNO.

Η θέση της Αναθέτουσας Αρχής είναι ότι η κατατεθείσα συμφωνία με τη δήλωση της παραγρ. 2 που περιέχει ανταποκρίνεται στον αναφερόμενο όρο του διαγωνισμού και ότι είναι σαφές ότι δεν απαιτείτο όπως η εταιρεία στην οποία θα στηριχθεί ο προσφοροδότης να εγγυηθεί στην Αναθέτουσα Αρχή την εκτέλεση αυτού καθαυτού του έργου αλλά στην ουσία απαιτείται μια δήλωση που να αποδεικνύει ότι σε περίπτωση που θα ανατεθεί στον προσφοροδότη η σύμβαση ο τρίτος στον οποίο στηρίζεται να διαθέσει την αναγκαία γνώση ή πόρους για την εκτέλεση της σύμβασης. Δεν απαιτείται ούτε εγγυητική επιστολή ούτε και υπογραφή οποιασδήποτε σύμβασης μεταξύ της Αναθέτουσας Αρχής και του τρίτου φορέα.

Αποδεχόμαστε τους ισχυρισμούς της Αναθέτουσας Αρχής. Έχουμε την άποψη ότι η στενή ερμηνεία αντίκειται στο πνεύμα του προαναφερθέντος όρου. Είναι, κατά την άποψη μας, φανερό ότι η ζητούμενη δήλωση με την οποία ο τρίτος φορέας να εγγυάται στην Αναθέτουσα Αρχή ότι περίπτωση ανάθεσης της σύμβασης στον προσφοροδότη αυτός θα διαθέτει τους αναγκαίους πόρους για εκτέλεση της δεν στοιχειοθετεί τη συνήθη έννοια της εγγύησης. Ο όρος απαιτεί απλά δηλώσεις (declarations) από τους τρίτους με τις οποίες θα εγγυώνται στην Αναθέτουσα Αρχή ότι αν η προσφορά κατακυρωθεί στον προσφοροδότη με τον οποίο συνεργάζονται θα του διαθέσουν τους αναγκαίους πόρους για την εκτέλεση της σύμβασης. Ο όρος 8.7.1(9) αλλά και κανένας άλλος όρος των εγγράφων της προσφοράς δεν προϋποθέτει την υπογραφή σύμβασης μεταξύ της Αναθέτουσας Αρχής και του τρίτου. Ως εκ τούτου δεν προϋποτίθεται η υπογραφή οποιασδήποτε συμφωνίας μεταξύ τους. Η σύμβαση θα υπογραφεί μόνο μεταξύ της Αναθέτουσας Αρχής και του επιτυχόντα προσφοροδότη. Ταυτόχρονα είναι φανερό ότι δεν απαιτείται η αναφερόμενη «εγγύηση» να έχει τη μορφή της εγγυητικής επιστολής όπως αυτή χρησιμοποιείται συνήθως στη διαδικασία των προσφορών.

Ως εκ τούτου και ο ισχυρισμός αυτός των Αιτητών δεν γίνεται αποδεκτός.

(γ) Παράβαση του όρου 8.7.1(2) του Μέρους Α των εγγράφων του Διαγωνισμού.

Ο ισχυρισμός αυτός των Αιτητών επικεντρώνεται στο γεγονός ότι στον όρο 2 του Μέρους Α των εγγράφων του διαγωνισμού καθορίζεται ότι η περίοδος κατασκευής του έργου είναι 7 μήνες από την ημερομηνία υπογραφής της σχετικής συμφωνίας. Ο χρόνος συμπλήρωσης καθορίζεται με βάση το Παράρτημα της Σύμβασης στον Τύπο Προσφοράς ο οποίος θα πρέπει να είναι 7 μήνες. Ο επιτυχών προσφοροδότης υπέβαλε τον σχετικό Τύπο 2 που αναφέρει το χρόνο συμπλήρωσης σε 8 μήνες. Τούτο, κατά τους Αιτητές, συνιστά παράβαση ουσιώδους όρου και ταυτόχρονα συνιστά αντιπρόταση του επιτυχόντα προσφοροδότη και η αποδοχή της από την Αναθέτουσα Αρχή αποτελεί προνομιακή μεταχείριση αυτού και σαν συνέπεια παραβιάζει την αρχή της ισότητας των προσφοροδοτών.

Η θέση της Αναθέτουσας Αρχής είναι ότι στον όρο 1.1 (xvii) αναφέρεται ότι τα έγγραφα του διαγωνισμού αποτελούνται από τα έγγραφα που δηλώνονται στην παράγραφο 4.2, συμπεριλαμβανομένων οποιωνδήποτε συμπληρωματικών εγγράφων (addenda) τα οποία έχουν εκδοθεί και αποσταλεί στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς. Όσον αφορά τον παρόντα διαγωνισμό έχει εκδοθεί και αποσταλεί στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς ένα συμπληρωματικό έγγραφο (Addendum αρ. 1) το οποίο συμπληρώνει ή/και διορθώνει ή/και τροποποιεί τα έγγραφα του Διαγωνισμού. Στην παράγραφο 2.22 του Μέρους Α των εγγράφων αναφέρεται ότι η περίοδος κατασκευής του έργου είναι 7 μήνες. Η περίοδος κατασκευής του έργου αναφέρεται επίσης και στο Έντυπο 2, όπου όμως η περίοδος κατασκευής είναι 8 μήνες. Η αντίφαση διορθώθηκε με την παράγρ. 4.1 του Addendum αρ. 1. Ο επιτυχών προσφοροδότης υπέβαλε την προσφορά του σύμφωνα με το αρχικό Έντυπο 2 και σε καμιά περίπτωση δεν δήλωσε περίοδο κατασκευής διαφορετική από αυτή που απαιτείτο από τα έγγραφα του Διαγωνισμού. Επιπρόσθετα ο επιτυχών προσφοροδότης δεσμεύεται από το σύνολο των εγγράφων του διαγωνισμού που

αναφέρονται σε επτά μήνες και ουδεμία αντιπρόταση έκαμε αλλά αντιθέτως συμμορφούμενος με τη λανθασμένη αναφορά στο Έντυπο 2 των εγγράφων του διαγωνισμού, υπέβαλε την προσφορά του. Επίσης πρέπει να αναφερθεί ότι σε περίπτωση οποιασδήποτε ασάφειας ή αντίφασης ως προς την περίοδο κατασκευής του έργου υπερισχύουν οι πρόνοιες του Addendum 1.

Ο όρος 9.9.2 των εγγράφων προσφοράς παρέχει διακριτική ευχέρεια στην Αναθέτουσα Αρχή να απορρίψει προσφορές στις περιπτώσεις που καθορίζονται στον ίδιο όρο. Ο όρος έχει ως ακολούθως:

«9.9.2 In addition, rejection of a Tender might be decided, amongst others, for one or more of the following reasons

(i) The Tender does not confirm to the terms of the Tender Documents.

.....
(viii) The Tender constitutes or may consider being, according to the judgment of the Competent Body, a counteroffer or modification of the Tender Documents.»

Είναι προφανές ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν θεώρησε την αναγραφή της περιόδου των 8 μηνών όπως αρχικά περιείχετο στον Τύπο 2 ως αντιπροσφορά ή ουσιαστική παρέκκλιση από τους όρους των εγγράφων προσφοράς.

Λαμβάνοντας υπόψη το γεγονός ότι από το σύνολο των εγγράφων της προσφοράς του επιτυχόντα προσφοροδότη περιλαμβανομένης και της Υπεύθυνης Δήλωσης του δεν υπάρχει αμφιβολία για το χρόνο εκτέλεσης του έργου σε 7 μήνες, δεν θεωρούμε ότι η Αναθέτουσα Αρχή υπερέβη τα όρια της διακριτικής της ευχέρειας. Επιπλέον δεν θεωρούμε σαν ουσιαστική απόκλιση από τους όρους το γεγονός της αναγραφής των 8 μηνών όπως προνοείτο στον αρχικό Τύπο 2, εφόσον, επαναλαμβάνουμε, ότι δεν αμφισβητείται το γεγονός ότι η περίοδος εκτέλεσης του έργου είναι 7 μήνες. Ως εκ τούτου δεν γίνονται αποδεκτοί οι ισχυρισμοί των Αιτητών επί του συγκεκριμένου θέματος.

- (δ) Παράβαση των όρων 6.4.3 ή/και 6.4.4 ή/και 8.7.1(7) ή/και 8.7.1(9) του Μέρους Α των εγγράφων του Διαγωνισμού.

Ο ισχυρισμός αυτός των Αιτητών αφορά ουσιαστικά την ερμηνεία των πιο πάνω αναφερομένων όρων του Διαγωνισμού. Ο όρος 6.4.3 αναφέρει τα ακόλουθα:

«Where the required capacity was acquired through a consortium, the Contractor (member of that Consortium) must have been the Leader of that Consortium or participation interest of the Contractor should have been at least 20%».

Ο ισχυρισμός των Αιτητών είναι ότι οι πρόνοιες του όρου αυτού ισχύουν και στην περίπτωση που ένας προσφοροδότης στηρίζεται στις δυνατότητες άλλης οντότητας, όπως συμβαίνει και στην παρούσα περίπτωση, και συνεπώς η οντότητα αυτή, δηλαδή η PROTECNO θα πρέπει να ήταν επικεφαλής (leader) της Κοινοπραξίας αυτής ή να είχε συμφέρον συμμετοχής (participation interest) τουλάχιστον 20%. Στην παρούσα περίπτωση ο επιτυχών προσφοροδότης αναφέρεται σε συγκεκριμένο συμβόλαιο το οποίο εκτέλεσε η PROTECNO (μέσω κοινοπραξίας και όσον αφορά στο μέρος του συμβολαίου που εκτέλεσε η PROTECNO δηλώνεται ότι ήταν 100%. Επειδή δεν αναφέρεται πουθενά ότι η PROTECNO ήταν ο επικεφαλής (leader) της εν λόγω Κοινοπραξίας, δεν ικανοποιείται το πρώτο σκέλος του όρου 6.4.3. Όσον αφορά το δεύτερο σκέλος του ιδίου όρου τίθεται θέμα ερμηνείας κατά πόσον η φράση «συμφέρον συμμετοχής» (participation interest) και «μέρος συμβολαίου που εκτελέστηκε» (share of the contract carried out) έχουν την ίδια έννοια. Η ερμηνεία που δίδουν οι Αιτητές είναι ότι οι δύο αυτές φράσεις έχουν διαφορετική έννοια. Και καταλήγουν οι Αιτητές ότι επειδή δεν αναφέρεται στο φάκελο του επιτυχόντα προσφοροδότη κατά πόσον η PROTECNO συμμετείχε στην εν λόγω Κοινοπραξία με το ελάχιστο απαιτούμενο συμφέρον συμμετοχής του 20%, υπάρχει παράβαση των όρων 6.4.3 ή/και 6.4.4 ή/και του όρου 8.7.1(7) ο οποίος ορίζει ότι για εκπλήρωση του όρου 6.4 ο προσφοροδότης πρέπει να υποβάλει

κατάλογο που θα περιλαμβάνει ένα συμβόλαιο που θα αποδεικνύει ότι πληροί τους όρους συμμετοχής και όρο 8.7.1(9) που προνοεί ότι σε περίπτωση που ένας προσφοροδότης στηρίζεται στις δυνατότητες άλλης οντότητας για σκοπούς ικανοποίησης των τεχνικών προσόντων τότε θα πρέπει να προσκομίσει δήλωση εγγύησης από την οντότητα αυτή.

Δεν αποδεχόμαστε τους πιο πάνω ισχυρισμούς των Αιτητών και δεν βρίσκουμε να υπάρχει οποιαδήποτε ασάφεια ή αντίφαση στους προαναφερθέντες όρους. Προς τούτο αποδεχόμαστε και κρίνουμε σαν ορθούς τους ισχυρισμούς της Αναθέτουσας Αρχής, ότι το τι απαιτείται να υποβληθεί με την προσφορά για ικανοποίηση των απαιτήσεων του Μέρους Α των εγγράφων του Διαγωνισμού καθορίζεται επακριβώς στην παράγραφο 8.7 των αναφερόμενων εγγράφων και πιο συγκεκριμένα τι απαιτείται να υποβληθεί με την προσφορά για ικανοποίηση του όρου 6.4 καθορίζεται στην παράγραφο 8.7.1(7) και στην περίπτωση που ο προσφέρων στηρίζεται στις δυνατότητες τρίτου φορέα, στην παράγρ. 8.7.1(9). Στην παρούσα περίπτωση η εταιρεία PROTECNO s.r.l. στις δυνατότητες της οποίας στηρίζεται ο επιτυχών προσφοροδότης MESOGEOS S.A. για ικανοποίηση του όρου 6.4 έχει υποβάλει κατάλογο (Form 6) με ένα έργο που εκτέλεσε σύμφωνα με τις απαιτήσεις της τελευταίας παραγράφου του όρου 8.7.1(9) και όπως δηλώνεται στο αναφερόμενο έντυπο 6 το έργο εκτελέστηκε εξ ολοκλήρου (100%) από την εταιρεία PROTECNO. Το γεγονός αυτό επιβεβαιώνεται και από το πιστοποιητικό καλής εκτέλεσης που εκδόθηκε από τον πελάτη της PROTECNO σύμφωνα με την απαίτηση του δεύτερου σημείου του όρου 8.7.1(7). Όσον αφορά τον όρο 6.4.3 αναφέρεται σ' αυτόν ότι εάν ένας οικονομικός φορέας εκτέλεσε μια σύμβαση μέσω κοινοπραξίας, για σκοπούς ικανοποίησης των απαιτήσεων του όρου 6.4.1 η σύμβαση αυτή του πιστώνεται, νοουμένου ότι συμμετείχε στην Κοινοπραξία που εκτέλεσε τη σύμβαση με ελάχιστο ποσοστό συμμετοχής 20%. Στο έντυπο 6 γίνεται απευθείας παραπομπή στον όρο 6.4. Επιπρόσθετα στον όρο 8.7.1.7(i) αναφέρεται ρητά ότι για εκπλήρωση του όρου 6.4 ο προσφοροδότης πρέπει να υποβάλει ένα κατάλογο που θα περιλαμβάνει ένα συμβόλαιο που θα αποδεικνύει ότι πληροί τους όρους συμμετοχής και ο κατάλογος αυτός θα πρέπει να υποβληθεί υπό τη

μορφή του Εντύπου 6, το οποίο δεν απαιτεί δήλωση του ποσοστού συμμετοχής αλλά δήλωση του ποσοστού υλοποίησης του έργου. Η εταιρεία PROTECNO αναφέρεται στο Έντυπο 6 και σε άλλο μέλος της Κοινοπραξίας του οποίου το ποσοστό δεν αναφέρεται εφόσον στο Έντυπο 6 δεν απαιτείται κάτι τέτοιο. Η εταιρεία PROTECNO δήλωσε ότι το ποσοστό εκτέλεσης του συμβολαίου από την ίδια ήταν 100%.

Βάσει των πιο πάνω και ο ισχυρισμός αυτός των Αιτητών δεν γίνεται αποδεκτός.

- (ε) Παράβαση της αρχής της νομιμότητας και/ή παράβαση του όρου 8.7.1(2) και/ή του όρου 9.6 και/ή του όρου 9.8 του Μέρους Α των εγγράφων του Διαγωνισμού και/ή κατάχρηση εξουσίας.

Ο ισχυρισμός αυτός των Αιτητών επικεντρώνεται στο ότι υπήρξε απαράδεκτη και/ή παράνομη επέμβαση ή διόρθωση από την Αναθέτουσα Αρχή στην προσφορά της MESOGEOS S.A..

Ο ισχυρισμός αυτός των Αιτητών επικεντρώνεται στο γεγονός ότι ο επιτυχών προσφοροδότης είχε δηλώσει σαν εγγυημένη κατανάλωση (guarantee consumption) για την απαιτούμενη ηλεκτρική ενέργεια το ποσό 0.31Kwh/m³. Η Επιτροπή Αξιολόγησης θεώρησε το ποσό αυτό σαν προφανές αριθμητικό λάθος γιατί, κατά τους ισχυρισμούς της, η τιμή αυτή είναι πολύ μικρή και είναι αδύνατο να επιτευχθεί με τα σημερινά δεδομένα της τεχνολογίας αφαλάτωσης. Επιπρόσθετα οι δύο άλλοι προσφοροδότες είχαν δηλώσει ο ένας 4Kwh/m³ και ο άλλος 3,8Kwh/m³. Η Επιτροπή Αξιολόγησης είχε δικαίωμα βάσει του όρου 9.6.1 των εγγράφων του διαγωνισμού, εάν διαπίστωνε αριθμητικά λάθη να προβεί σε διόρθωση τους. Ασκώντας αυτό το δικαίωμα και θεωρώντας το 0.31Kwh/m³ ως προφανές λάθος προέβη σε διόρθωση του ποσού σε 3.1Kwh/m³ και θεωρώντας περαιτέρω ως λανθασμένη την τοποθέτηση της υποδιαστολής. Ωστόσο με τη διόρθωση δεν εδικοιολογείτο η τιμή μονάδας για το κόστος ενέργειας η οποία δόθηκε από τον προσφοροδότη σε €0.2995/m³ διότι αυτή η τιμή πρέπει να προκύπτει σαν το γινόμενο της κατανάλωσης ενέργειας επί το δεδομένο κόστος

της κιλοβατόρας το οποίο ήταν €0.10 και άρα το κόστος αυτό θα έπρεπε να δηλωνόταν €0,31/m³. Η Επιτροπή Αξιολόγησης αποφάσισε τη διευκρίνιση της ασάφειας κατά τη διάρκεια της διαπραγμάτευσης την οποία θα έκαμνε με τον επιτυχόντα προσφοροδότη δυνάμει του όρου 9.8 των εγγράφων του διαγωνισμού. Η πιο πάνω αναφερόμενη διόρθωση κατέληγε σε τιμή μεγαλύτερη από την αρχικά προσφερθείσα από τον επιτυχόντα προσφοροδότη (€1,18/m³ σε σχέση με €1,1695/m³). Όμως ακόμα και με αυτή την τιμή η τιμή του επιτυχόντα προσφοροδότη ήταν φθηνότερη από τις υπόλοιπες. Στη συνέχεια της διαπραγμάτευσης η Επιτροπή Αξιολόγησης κατάφερε να μειώσει την τιμή μονάδας του αφαλατωμένου νερού στο €1,165/m³ η οποία ήταν πιο χαμηλή από την αρχικά προσφερθείσα. Ο ισχυρισμός των Αιτητών είναι ότι οι πιο πάνω πράξεις της Αναθέτουσας Αρχής έγιναν κατά παράβαση των όρων του διαγωνισμού γιατί στις σημειώσεις της σελίδας 2 αναφέρεται ρητά ότι το unit rate και το consumption πρέπει να συνάδουν, διαφορετικά το consumption, δηλαδή το 0.31Kwh/m³ που ανέγραψε η ΜΕΣΟΓΕΙΟΣ θα θεωρείται σωστό και το unit rate θα διορθώνεται ανάλογα.

Θεωρούμε ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν υπερέβη τα όρια της διακριτικής της ευχέρειας. Εφόσον, βάσει των όρων του διαγωνισμού, είχε δικαίωμα να προβεί σε διόρθωση των αριθμητικών λαθών, ορθά έπραξε να διορθώσει ένα προφανές αριθμητικό λάθος. Όπως όμως και να δει κανείς το θέμα είναι αναμφισβήτητο γεγονός ότι με όποιο τρόπο και αν γινόταν η διόρθωση και ο υπολογισμός, η τιμή μονάδας του νερού του επιτυχόντα προσφοροδότη και στις δύο περιπτώσεις εξακολουθούσε να είναι η χαμηλότερη. Εξάλλου ο ισχυρισμός ότι θα μπορούσε να διορθωθεί μόνο το unit rate, θα μπορούσε να ευσταθήσει μόνο στην περίπτωση που δεν υπήρχε αριθμητικό λάθος στο consumption. Είμαστε όμως πεπεισμένοι ότι πράγματι επρόκειτο για αριθμητικό λάθος και αποδεχόμαστε σαν ορθά τα επιχειρήματα της Αναθέτουσας Αρχής όπως εκτίθενται πιο πάνω.

- (στ) Ο τελευταίος ισχυρισμός των Αιτητών αναφέρεται σε ακυρότητα της απόφασης λόγω κακής σύνθεσης του Συμβουλίου Προσφορών του Υπουργείου Γεωργίας, Φυσικών Πόρων και Περιβάλλοντος. Πιο συγκεκριμένα οι Αιτητές ισχυρίζονται

ότι κατά τη συνεδρία του Συμβουλίου Προσφορών την 12.8.2008 όπου εγκρίθηκε η εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης για κατακύρωση της προσφοράς στον επιτυχόντα προσφοροδότη παρίσταντο κάποια πρόσωπα τα οποία δεν φαίνεται να αποχώρησαν πριν από τη λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης. Ο ισχυρισμός αυτός είναι αβάσιμος γιατί από τα κατατεθέντα πρακτικά δεν προκύπτει κάτι τέτοιο. Το γεγονός είναι ότι κατά τη συνεδρία του Συμβουλίου Προσφορών την 12.8.2008 αφορούσαν συνολικά τρεις διαγωνισμούς ήτοι το διαγωνισμό αρ. 2008/04 του Τμήματος Γεωλογικής Επισκόπησης, το διαγωνισμό αρ. ΤΑΥ60/2008 και τον υπό αναφορά διαγωνισμό ΤΑΥ 56/2008. Στην ημερήσια διάταξη φαίνεται η σειρά εξέτασης του κάθε διαγωνισμού και στα σχετικά πρακτικά για τον κάθε διαγωνισμό αναφέρεται ότι αποχωρούν από τη συνεδρία και πριν τη συζήτηση και λήψη απόφασης τα τυχόν παριστάμενα μέλη της Επιτροπής Αξιολόγησης. Κατά τη συνεδρίαση που έγινε για τον υπό αναφορά διαγωνισμό ΤΑΥ 56/2008 που έλαβε χώρα στις 09.45 παρόντες ήταν ο Πρόεδρος και τα Μέλη του Συμβουλίου Προσφορών και ο Συντονιστής της Επιτροπής Αξιολόγησης κ. Α. Μανώλη, ο οποίος όπως αναφέρεται στα πρακτικά αποχώρησε πριν από τη λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης.

Βάσει όλων των πιο πάνω ευρημάτων μας θεωρούμε ότι δεν υπάρχει στην προκείμενη περίπτωση οποιαδήποτε παράβαση του ισχύοντος δικαίου και ως εκ τούτου η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής επικυρώνεται.

Διαφωνώντας με τα υπόλοιπα μέλη της Αρχής ο Πρόεδρος της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών θεωρεί την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής να κατακυρώσει το Διαγωνισμό στον Επιτυχόντα Προσφοροδότη λανθασμένη αφού ο Επιτυχών Προσφοροδότης δεν τήρησε τους όρους των εγγράφων του Διαγωνισμού και οι οποίοι όροι είναι δεσμευτικοί.

Συγκεκριμένα ο Πρόεδρος θεωρεί ότι:

- α) Ο Επιτυχών Προσφοροδότης παραβίασε το όρο 8.7.1(9) των εγγράφων του Διαγωνισμού αφού ουδέποτε παρουσίασε δήλωση (declaration) από τον άλλο

φορέα με την οποία να εγγυάται στην ίδια την Αναθέτουσα Αρχή ότι σε περίπτωση κατακύρωσης του Διαγωνισμού στο Επιτυχόντα Προσφοροδότη θα θέσει στη διάθεση του Επιτυχόντα Προσφοροδότη τους αναγκαίους πόρους προς εκτέλεση του έργου. Το γεγονός ότι κατάθεσε με την προσφορά του ο Επιτυχών Προσφοροδότης συμφωνία ημερομηνίας 8 Ιουλίου, 2008 μεταξύ του ιδίου και της εταιρείας Protecno στην οποία μεταξύ άλλων αναφέρεται και στην Αναθέτουσα Αρχή δεν υποκαθιστά την απαιτούμενη δήλωση-εγγύηση διότι καμία συμβατική σχέση δεν δημιουργείται μεταξύ της Αναθέτουσας Αρχής και του άλλου φορέα αφού η δήλωση-εγγύηση δεν δόθηκε απευθείας στην Αναθέτουσα Αρχή από τον άλλο φορέα (privity of contract), όπως εξάλλου ήταν η απαίτηση του σχετικού όρου και ως εκ τούτου παραβιάζεται ουσιώδης όρος των εγγράφων του Διαγωνισμού και ως εκ τούτου η προσφορά του Επιτυχόντα Προσφοροδότη έπρεπε να αποκλειστεί.

- β) Ο Επιτυχών Προσφοροδότης παραβίασε τον ουσιώδη όρο 8.7.1(2) του Μέρους Α των εγγράφων του Διαγωνισμού αφού δήλωσε ότι θα κατασκευάσει το έργο σε 8 μήνες αντί 7 μήνες όπως ρητά αναφέρεται στους όρους των εγγράφων του Διαγωνισμού. Η δικαιολογία της Αναθέτουσας Αρχής ότι ο Επιτυχών Προσφοροδότης υπέβαλε την προσφορά του σύμφωνα με το αρχικό Έντυπο 2 και σε καμία περίπτωση δεν δήλωσε περίοδο κατασκευής διαφορετική από αυτή που απαιτείτο από τα έγγραφα του Διαγωνισμού και ότι, επιπρόσθετα, ο Επιτυχών Προσφοροδότης δεσμεύεται από το σύνολο των εγγράφων του Διαγωνισμού που αναφέρονται σε επτά μήνες και καμία αντιπρόταση δεν έκαμε αλλά αντίθετα συμμορφούμενος με τη λανθασμένη αναφορά στο Έντυπο 2 των εγγράφων του Διαγωνισμού υπέβαλε την προσφορά του, δεν είναι δυνατόν να γίνει νομικά αποδεκτή αφού το συγκεκριμένο και κρίσιμο Έντυπο ήταν το Έντυπο 2, και στο Έντυπο 2 ο Επιτυχών Προσφοροδότης δηλώνει περίοδο κατασκευής σε οκτώ μήνες αντί επτά μήνες όπως ρητά αναφέρουν οι όροι του Διαγωνισμού.

Ο Διαγωνισμός αναφέρεται στην «κατασκευή ... πλωτής μονάδας αφαλάτωσης στην Πάφο» ένα έργο υψίστης σημασίας που άπτεται του δημοσίου συμφέροντος. Η περίοδος κατασκευής του έργου είναι ουσιώδης όρος των

εγγράφων του Διαγωνισμού. Η σημασία του όρου καταδεικνύεται και από την έκδοση από την Αναθέτουσα Αρχή συμπληρωματικού εγγράφου (Addendum αρ 1) το οποίο τροποποιεί την περίοδο κατασκευής από οκτώ μήνες σε επτά μήνες, ακριβώς για να υπογραμμίσει τη σημασία που αποδίδει η Αναθέτουσα Αρχή στην περίοδο κατασκευής του Έργου.

Για τους πιο πάνω λόγους ο Πρόεδρος είναι της άποψης ότι έχουν γίνει ουσιώδεις παραβιάσεις του ισχύοντος δικαίου, των όρων και προδιαγραφών των εγγράφων του Διαγωνισμού από τον Επιτυχόντα Προσφοροδότη καθώς και των βασικών και ουσιαστικών αρχών αξιολόγησης των προσφορών όπως με λεπτομέρεια επεξηγούνται πιο πάνω και ως εκ τούτου η Ιεραρχική Προσφυγή έπρεπε να γίνει αποδεκτή και η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής να ακυρωθεί.

Βάσει όλων των πιο πάνω, κατά πλειοψηφία, θεωρούμε ότι δεν υπάρχει στην προκείμενη περίπτωση οποιαδήποτε παράβαση του ισχύοντος δικαίου και ως εκ τούτου η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής επικυρώνεται.