

30 Σεπτεμβρίου, 1994

[ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΙΔΗΣ, Δ/στής]

ΑΝΑΦΟΡΙΚΑ ΜΕ ΤΟ ΑΡΘΡΟ 146 ΤΟΥ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΟΣ

ΕΤΑΙΡΕΙΑ SIEMENS AG

Αιτητές,

v.

ΑΡΧΗΣ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ ΚΥΠΡΟΥ,

Καθ' ων η αίτηση.

(Υπόθεση Αρ. 1010/91)

Προσφυγή βάσει του Άρθρου 146 του Συντάγματος — Προσφυγή εναντίον κατακύρωσης προσφορών — Αντικείμενο — Παράλειψη οφειλόμενης ενέργειας — Σύνθετη διοικητική ενέργεια — Έννομο συμφέρον μη επιτυχόντος προσφοροδότη — Νομολογία και η κριθείσα περίπτωση.

5

Προσφορές — Προσφοροδότης — Έννοια σε αντιδιαστολή με συμπροσφοροδότη — Ερμηνεία του εγγράφου της προσφοράς — Κανόνες ερμηνείας — Κατακύρωση της προσφοράς σε μη ανταποκρινόμενο προσφοροδότη — Η κατακύρωση ακυρώθηκε.

10

Προσφυγή βάσει του Άρθρου 146 του Συντάγματος — Αντικείμενο — Προσβαλλόμενη απόφαση — Δεν είναι επιτρεπτή η αλλοίωση της ουσίας της απόφασης και η στήριξή της πάνω σε αιτιολογική βάση που προβάλλεται εκ των υστέρων.

15

Η προσφυγή αφορούσε την κατακύρωση της προσφοράς για προμήθεια και εγκατάσταση 132 KV υπογείων και βοηθητικών καλωδίων στο ενδιαφερόμενο μέρος με παράλληλη προσβολή της παράλειψης κατακύρωσης της προσφοράς στους αιτητές καθώς και των ενδιάμεσων πράξεων.

20

Το Ανώτατο Δικαστήριο, ακυρώνοντας την επίδικη απόφαση, αποφάισε ότι:

1. Δεν ήταν οφειλόμενη ενέργεια η κατακύρωση της προσφοράς στους 25

- αιτητές. Και εφόσον δεν ήταν η χαμηλότερη, η Αρχή είχε διακριτική εξουσία για υπαλλακτικούς χειρισμούς. Δεν υπάρχει παράλειψη υποκείμενη στην ακυρωτική διαδικασία του Ανωτάτου Δικαστηρίου. Τα όσα "ενήργησε" η Αρχή κατά το ενδιάμεσο στάδιο ήταν μέρος της σύνθετης διοικητικής ενέργειας που απέληξε στην τελική απόφαση της κατακύρωσης της προσφοράς, η οποία και τα αφομοίωσε. Η επικύρωση ή ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης θα είναι η συνέπεια της θεμελίωσης ή μη λόγου ακυρότητας.
- 5
- 10 Στην υπόθεση *General Constructions Ltd v. Δήμος Λεμεσού* ο Δικαστής Χρ. Χ' Τσαγγάρης αρνήθηκε να ασχοληθεί με ισχυρισμό πως η προσφορά των αιτητών ήταν άκυρη "υπό το φως του γεγονότος ότι οι καθ' ων η αίτηση εξέτασαν την προσφορά των αιτητών χωρίς να την απορρίψουν σαν άκυρη λόγω μη συμμόρφωσης με τους σχετικούς όρους για τις τιμές μονάδος". Αυτό ακριβώς έχει συμβεί και στην παρούσα υπόθεση. Η Αρχή ουδέποτε θεώρησε την προσφορά των αιτητών ως άκυρη ή ως αποσυρθείσα.
- 15
- 20 Αντικείμενο της προσφυγής αυτής είναι το κύρος της απόφασης της Αρχής για κατακύρωση της προσφοράς. Ως προς το επίδικο ζήτημα οι αιτητές είναι αποτυχόντες προσφοροδότες και έχουν, για το λόγο αυτό, έννομο συμφέρον.
- 25 Είναι διαφορετική η περίπτωση του αποκλεισμού προσφοροδότη και η προσβολή από αυτόν της τελικής απόφασης με το επιχείρημα ότι η θεώρηση της προσφοράς του ως άκυρης δεν ήταν επιτρεπτή. Εκεί είναι κατ' ευθείαν αντικείμενο του ελέγχου ο αποκλεισμός του και είναι τότε που η δικαίωση της διοίκησης αποκαλύπτει την έλλειψη εννόμου συμφέροντος για προσβολή του κύρους της κατακύρωσης.
- 30
3. Από τη μελέτη των στοιχείων του φακέλου στο σύνολό τους, το Δικαστήριο κατέληξε στα ακόλουθα:
- 35
- 40 Α. Η προσφορά υποβλήθηκε μόνο από το ενδιαφερόμενο μέρος και μόνο εκείνο ήταν προσφοροδότης. Το πληρεξούσιο και τα άλλα έγγραφα ως προς το εγχερόμενο ζήτημα ήταν σαφώς εσωτερικό θέμα του ενδιαφερομένου μέρους και της κινέζικης εταιρείας. Απεκάλυπταν τους κατασκευαστές του καλωδίου και τους προτεινόμενους υπεργολάβους που θα εκτελούσαν το έργο αλλά με κανένα τρόπο δεν ανήγαγαν την κινέζικη εταιρεία σε συμπροσφοροδότη. Οι δεσμεύσεις που αναλάμβαναν η κινέζικη εταιρεία και οι εταιρείες που αντιπροσώπευε, απευθύνονταν προς το ενδιαφερόμενο μέρος και όχι προς την Αρχή. Η εγγύηση κα-

λής εκτέλεσης είχε δοθεί μόνο από το ενδιαφερόμενο μέρος και ουδέποτε προτάθηκε και πως το ενδιαφερόμενο μέρος ενεργούσε και ως αντιπρόσωπος της κινέζικης εταιρείας. Σε ό,τι ενδιέφερε την Αρχή θα ήταν η κινέζικη εταιρεία που θα ενεργούσε για λογαριασμό του ενδιαφερομένου μέρους και όχι το αντίστροφο. Τα διαμειφθέντα μετά την εκπονή της προθεσμίας για υποβολή των προσφορών κυρίως σε σχέση με ερωτήματα που διατύπωσαν οι Τεχνικοί Συμβουλοι της Αρχής, δεν διαφοροποιούν την εικόνα όχι τόσο γιατί επιβεβαιώνουν ότι μόνο το ενδιαφερόμενο μέρος ήταν ο προσφοροδότης παρά την ανάμιξη της κινέζικης εταιρείας και των εταιρειών που αντιπροσώπευε αλλά κυρίως γιατί, όπως διαλαμβάνει ρητά ο όρος 18.3, η κρίση από την Αρχή ως προς την ανταπόκριση των προσφοροδοτών στους όρους θα βασίζεται στο περιεχόμενο της ίδιας της προσφοράς, χωρίς τη χρήση εξωγενούς μαρτυρίας.

Αλλά εκείνο που ίσως έχει μεγαλύτερη σημασία δεν είναι η ύπαρξη θεωρητικής δυνατότητας υποστήριξης ορισμένης άποψης αλλά το πώς είδε το θέμα η ίδια η Αρχή στην πράξη. Η Αρχή ουδέποτε θεώρησε την κινέζικη εταιρεία ως συμπροσφοροδότη. Η ίδια η Αρχή ήταν σαφής. Αποφάσισε την κατακύρωση της προσφοράς στο ενδιαφερόμενο μέρος και σε κανένα άλλο. Ο όρος που έθεσε παρέχει πρόσθετη επιβεβαίωση. Θέλει το ενδιαφερόμενο μέρος και την κινέζικη εταιρεία "να δεχθούν" να συμβληθούν με την Αρχή ως "co-tenderers" ώστε η Αρχή να έχει άμεση συμβατική σχέση και με τις δύο. Δεν είναι επιτρεπτή η αλλοίωση της ουσίας της απόφασης που λήφθηκε και η στηριξή της πάνω σε αιτιολογική βάση που προβάλλεται εκ των υστέρων. Η ανακοίνωση της Αρχής αναφέρθηκε, σε κατακύρωση της προσφοράς και στην κινέζικη εταιρεία. Αν αυτή η ανακοίνωση απέδιδε την απόφαση της Αρχής θα υπήρχε πρόσθετος λόγος ακυρότητας, όπως εισηγήθηκαν οι αιτητές, γιατί η κινέζικη εταιρεία δεν ήταν προσφοροδότης. Δεν την αποδίδει όμως ορθά και αυτή η μεταγενέστερη αντίληψη ως προς το τι αποφασίστηκε, δεν επιτρέπεται να απομακρύνει από το αντικείμενο του αναθεωρητικού ελέγχου. Αντικείμενο είναι η απόφαση που λήφθηκε όπως είναι διατυπωμένη στο πρακτικό της 6 Ιουνίου 1991. Η εμπλοκή της κινέζικης εταιρείας δεν αφορούσε στην κατακύρωση της προσφοράς αλλά συνιστούσε όρο προς το ενδιαφερόμενο μέρος που απέβλεπε στη δημιουργία άμεσης συμβατικής ευθύνης και της κινέζικης εταιρείας.

B. Η διαπίστωση ότι το ενδιαφερόμενο μέρος δεν είχε το ίδιο την απαιτούμενη δεκάχρονη πείρα, θα έπρεπε να οδηγήσει στον απο-

5 κλεισμό του χωρίς άλλο, όπως ακριβώς συμβούλευσαν την Αρχή οι νομικοί της σύμβουλοι. Η αναφορά του όρου 9.2(c) στον "προσφοροδότη" εννοούσε τον ίδιο και κανένα άλλο. Το γεγονός ότι από το σύνολο των όρων προκύπτει δυνατότητα να είναι άλλος ο κατασκευαστής ή ακόμα να χρησιμοποιηθούν υπεργολάβοι, δεν οδηγεί προς την κατεύθυνση που εισηγούνται οι καθ' ων η αίτηση και το ενδιαφερόμενο μέρος αλλά προς την αντίθετη κατεύθυνση. Με διστακτική αυτή τη δυνατότητα, ο όρος 9.2(c) αναφέρεται μόνο στον προσφοροδότη που είναι σαφώς αυτοτελής έννοια. Ότι ήθελαν να επιβάλλουν ως προς τον κατασκευαστή υπεργολάβο, το επέβαλαν ρητά [βλ. όρο 9.2(d)]. Το ίδιο και ο όρος 9.3. Μακράν από του να σημαίνει ότι η μη χρήση της λέξης "προσωπικώς" στον όρο 9.2 δικαιολογείται να δώσει στις λέξεις άλλο από το αληθινό νόημά τους, τονίζει την αυτοτέλεια του προσφοροδότη τον οποίο θέλει υπόλογο έναντι της Αρχής είτε αυτός ενεργεί για δικό του έλεγχο είτε ως αντιπρόσωπος άλλου. Το μήνυμα αυτού του όρου χρειαζόταν τη λέξη "προσωπικώς" για να μεταδοθεί.

20 Δεν υπάρχει περιθώριο για πρόδοση στον όρο "προσφοροδότης" της ευρύτερης έννοιας που εισηγούνται οι καθ' ων η αίτηση και το ενδιαφερόμενο μέρος. Μπορούσε να μην ήταν ο προσφοροδότης κατασκευαστής ο ίδιος και είχε τη δυνατότητα ανάθεσης σε υπεργολάβο. Ταυτόχρονα όμως απαιτείτο να έχει ο ίδιος το συζητούμενο προσόν. Η απαίτηση ήταν, όπως δέχονται 25 όλοι, ουσιαστική. Η μη ικανοποίησή της καθιστούσε την προσφορά του ενδιαφερομένου μέρους μη ανταποκρινόμενη στους όρους με την έννοια του όρου 18.3. Η Αρχή δεν είχε δικαίωμα να παρακάμψει το πρόβλημα, (βλ. όρο 18.4) αλλά είχε υποχρέωση να αποκλείσει την προσφορά του ενδιαφερομένου μέρους (βλ. όρους 24 και 25).

35 Το ενδιαφερόμενο μέρος εισηγήθηκε πως η ερμηνεία των όρων δεν πρέπει να είναι νομικιστική. Κατά την άποψή του δεν πρέπει να προσδίδεται στη κάθε λέξη αυστηρά καθορισμένη ή προσδιορισμένη έννοια. Προτείνει πως δεν πρέπει να παροράται ο εμπορικός χαρακτήρας των δημοσίων μειοδοτικών διαγωνισμών και υποστηρίζει πως οι όροι πρέπει να ερμηνεύονται με το πνεύμα της επίτευξης της εξασφάλιση στο δημόσιο των κατάλληλων ή αναγκαίων εμπορευμάτων ή υπηρεσιών στη πιο συμφερούσα τιμή, όπως ακριβώς επεδίωξε και πέτυχε η Αρχή στην παρούσα περίπτωση.

40 Σ' αυτή τη διαδικασία δεν έχει τεθεί θέμα κινήτρων. Δεν έχει αμι-

φιοβητηθεί, αντίθετα είναι προφανές, ότι η Αρχή μπροστά στο δί-
λημμα και αφού ο χρόνος πίεζε δεν θέλησε να διαγράψει την ξε-
κάθαρα συμφερότερη προσφορά της Thermpphase Ltd, και αυτό
αφού βεβαιώθηκε ότι υπήρχαν οι διασφαλίσεις που έκρινε ότι εγ-
γυούνταν την ικανοποιητική εκτέλεση του έργου. Το Δικαστήριο 5
δεν μπορεί όμως να συμφωνήσει με την εισήγηση για ελαστικο-
ποίηση των κανόνων της ερμηνείας με τη μορφή της αλλοίωσης
ουσιαστικά του νοήματος των όρων ανάλογα με το τι κατά περι-
πτωση φαίνεται ότι εξυπηρετεί. Η κατακύρωση της προσφοράς 10
σε μη ανταποκρινόμενο προσφοροδότη συνιστά λόγο ακυρότη-
τας που οι αιτητές έχουν δικαίωμα να επικαλεστούν και το Δι-
καστήριο καθήκον να αναγνωρίσει.

Η προσφυγή επιτυγχάνει με έξοδα.

Αναφερόμενες υποθέσεις:

Medcon Construction a.o. v. Republic (1968) 3 C.L.R. 535,

Ατλάντικ Ινισιούαρας Λτδ v. Συμβουλίου Εμπορίας Κυπριακών Πατα- 20
τών κ.ά. (1990) 3 Α.Α.Δ. 173,

Thermpphase Ltd v. Δημοκρατίας (1992) 4 Α.Α.Δ. 3780,

General Constructions Ltd v. Δήμου Λεμεσού (1992) 4 Α.Α.Δ. 2766. 25

Προσφυγή.

Προσφυγή εναντίον της απόφασης των καθ'ων η αίτηση με την
οποία κατακύρωσαν στην εταιρεία Thermpphase Ltd και άλλων την 30
προσφορά για προμήθεια και εγκατάσταση 132 KV υπογείων και
βοηθητικών καλωδίων.

A. Δράκος, για τους Αιτητές.

P. Χαραλάμπους για Χρ. Τριανταφυλλίδη, για τους Καθ'ων η αί- 35
τηση.

K. Ταλαρίδης, για το Ενδιαφερόμενο μέρος.

Cur. adv. vult.

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΙΔΗΣ, Δ.: Η προσφυγή στρέφεται κατά της από-
φασης των καθ'ων η αίτηση (Αρχή Ηλεκτρισμού Κύπρου) "να κα-

5 τακυρώσουν στην εταιρεία Thermphase Ltd και άλλων την Προ-
σφορά Αρ. 221/90 για προμήθεια και εγκατάσταση 132KV υπογεί-
ων και βοηθητικών καλωδίων". Επιδιώκονται ως ξεχωριστές θε-
ραπείες η ακύρωση της παράλειψης κατακύρωσης της προσφοράς
10 στους αιτητές, διακύρξη πως οι καθ' ων η αίτηση "κατά το ενδιά-
μεσο στάδιο της αξιολογήσεως των προσφορών ενήργησαν κατά
παράβαση των όρων της προσφοράς" και "δήλωση του Δικαστηρι-
ου με την οποία να μην επικυρώνονται οι πιο πάνω πράξεις των
καθ' ων η αίτηση".

10

Δεν ήταν οφειλόμενη ενέργεια η κατακύρωση της προσφοράς
15 στους αιτητές. Και εφόσον ήταν η χαμηλότερη, η Αρχή είχε διακρι-
τική εξουσία για υπαλλακτικούς χειρισμούς. Δεν υπάρχει παράλει-
ψη υποκείμενη στην ακυρωτική διαδικασία του Ανωτάτου Δικαστη-
ρίου. Τα όσα "ενήργησε" η Αρχή κατά το ενδιάμεσο στάδιο ήταν μέ-
ρος της σύνθετης διοικητικής ενέργειας που απέληξε στην τελική
20 απόφαση της κατακύρωσης της προσφοράς, η οποία και τα αφο-
μοίωσε. Η επικύρωση ή ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης
θα είναι η συνέπεια της θεμελίωσης ή μη λόγου ακυρότητας.

20

Προέχει η εξέταση της προδικαστικής ένστασης της Αρχής και
του ενδιαφερόμενου μέρους πως οι αιτητές στερούνται εννόμου
συμφέροντος. Στηρίζεται στην άποψή τους πως η προσφορά των
25 αιτητών δεν ήταν σύμφωνη προς ουσιώδεις όρους των Οδηγιών
προς τους Προσφοροδότες αφού περιείχε δήλωση για μη αποδοχή
ορισμένων από τις πρόνοιες των "Γενικών Όρων Συμβολαίου" και
πως, εν πάση περιπτώσει, θα έπρεπε να θεωρηθεί ως αποσυρθείσα
επειδή οι αιτητές, μετά την υποβολή της, ζήτησαν αναθεώρηση ορι-
σμένων τιμών. Επικαλέστηκαν συναφώς τις υποθέσεις *Medcon*
30 *Construction and Others v. Republic* (1968) 3 C.L.R. 535 και *Ατ-
λάντικ Ινισιοάραγς Λτδ v. Συμβουλίου Εμπορίας Κυπριακών Πα-
τατών και Άλλων* (1990) 3 Α.Α.Δ. 173.

30

Οι αιτητές αρνούνται την πραγματική βάση του ισχυρισμού αλ-
35 λά δεν είναι αυτό το κεντρικό τους επιχείρημα. Εισηγούνται πως
εκφεύγει της δικαιοδοσίας του Δικαστηρίου η εξέταση τέτοιου θέ-
ματος σ' αυτή τη διαδικασία δεδομένου ότι η ΑΗΚ έκρινε τους αι-
τητές, μετά μάλιστα από ειδική διερεύνηση και διευκρίνιση ορισμέ-
νων ζητημάτων, ως έγκυρους προσφοροδότες. Εξετάστηκε όμοιο θέ-
40 μα στην υπόθεση *Thermphase Ltd v. Δημοκρατίας* (1992) 4 Α.Α.Δ.
3780. Αν δεν βρισκόμαστε μπροστά σε απλή συνωνυμία, το ενδια-
φερόμενο μέρος πρόβαλε τότε ισχυρισμούς αντίθετους προς τους
ταωρινούς. Αυτό, όμως, δεν έχει σημασία. Ο δικαστής Γ. Πογιατζής,
αποδεχόμενος τη γενική πρόταση της Thermphase Ltd, έκρινε πως

40

αν επέτρεπε στη Διοίκηση να αμφισβητεί και να αναιρεί δικά της ευρήματα πάνω σε πραγματικά γεγονότα χωρίς να υπάρχει η προϋπόθεση της νόμιμης ανάκλησης, θα συνεργούσε στη παραβίαση των αρχών της χρηστής διοίκησης αφού την εν γένει συμπεριφορά της διοίκησης προς τους πολίτες πρέπει να χαρακτηρίζει η καλή πίστη, η ειλικρίνεια και η συνέπεια. 5

Συμφωνώ με το αποτέλεσμα αλλά στην παρούσα υπόθεση, στην οποία αμφισβητείται το έννομο συμφέρον των αιτητών όχι μόνο από την Αρχή αλλά και από το ενδιαφερόμενο μέρος στο οποίο δεν μπορεί να καταλογιστεί καλή πίστη ή κώλυμα εκ της συμπεριφοράς του, η αιτιολογική βάση είναι ευρύτερη. 10

Στην υπόθεση *General Constructions Ltd v. Δήμου Λεμεσού* (1992) 4 Α.Α.Δ. 2766 ο Δικαστής Χρ. Χ'Τσαγγάρης αρνήθηκε να ασχοληθεί με ισχυρισμό πως η προσφορά των αιτητών ήταν άκυρη "υπό το φως του γεγονότος ότι οι καθ' ων η αίτηση εξέτασαν την προσφορά των αιτητών χωρίς να την απορρίψουν σαν άκυρη λόγω μη συμμόρφωσης με τους σχετικούς όρους για τις τιμές μονάδος". Αυτό ακριβώς έχει συμβεί και στην παρούσα υπόθεση. Η Αρχή ουδέποτε θεώρησε την προσφορά των αιτητών ως άκυρη ή ως αποσυρθείσα. Αντίθετα, αφού το ζήτημα απασχόλησε ειδικά τους συμβούλους μηχανικούς (βλ. την έκθεσή τους σελ. 11 και 12) την Επιτροπή Προσφορών (βλ. την ενδιάμεση έκθεσή τους σελ. 3) την Τεχνική Επιτροπή (βλ. την έκθεση της σελ. 7 και 9) και τους Νομικούς Συμβούλους της Αρχής (βλ. την επιστολή τους ημερομηνίας 14.3.91), η Αρχή θεώρησε τους αιτητές ως ανταποκρινόμενους στους όρους προσφοροδότες. Εξέτασε την προσφορά τους ως μια από τις τρεις επικρατέστερες, κατέληξε στην απόφασή της και με την επιστολή της στους αιτητές ημερομηνίας 14 Αυγούστου 1991 τους πληροφόρησε όχι ότι απεκλείσθησαν αλλά ότι η προσφορά τους δεν ήταν επιτυχής. 15
20
25
30

Αντικείμενο της προσφυγής αυτής είναι το κύρος της απόφασης της Αρχής για κατακύρωση της προσφοράς. Ως προς το επίδικο ζήτημα οι αιτητές είναι αποτυγχόντες προσφοροδότες και έχουν, για το λόγο αυτό, έννομο συμφέρον. Δεν υπάρχει δικαιοδοτική βάση για αναθεώρηση και ανατροπή στο πλαίσιο της προσφυγής των αιτητών, της κρίσης της Αρχής ως προς τη σύζητούμενη πτυχή, ούτε βέβαια, μπορεί να τεθεί ζήτημα παράλληλης ή ανεξάρτητης κρίσης του Δικαστηρίου πάνω στο ίδιο θέμα. 35
40

Είναι διαφορετική η περίπτωση του αποκλεισμού προσφοροδότη για τέτοιο λόγο και η προσβολή από αυτόν της τελικής απόφασης

με το επιχείρημα ότι η θεώρηση της προσφοράς του ως άκυρης δεν ήταν επιτρεπτή. Εκεί είναι κατ' ευθείαν αντικείμενο του ελέγχου ο αποκλεισμός του και είναι τότε που η δικαίωση της διοίκησης αποκαλύπτει την έλλειψη εννόμου συμφέροντος για προσβολή του κύρους της κατακύρωσης. Οι υποθέσεις που επικαλέστηκαν οι καθ' ων η αίτηση και το ενδιαφερόμενο μέρος αναφέρονται στην επίσης διαφορετική περίπτωση προσβολής του κύρους της κατακύρωσης για τον λόγο ότι η προσφορά του επιτυχόντος προσφοροδότη δεν ανταποκρινόταν στις ουσιώδεις απαιτήσεις των όρων ακριβώς όπως είναι και ο ισχυρισμός των αιτητών στην παρούσα υπόθεση, τον οποίο και θα εξετάσω.

Τα ουσιώδη γεγονότα είναι παραδεκτά. Θα τα συνοψίσω αφού πρώτα αναφερθώ στις παραγράφους των Οδηγιών προς τους Προσφοροδότες γύρω από τις οποίες κυρίως περιστράφηκε η συζήτηση: Οι όροι 6.1(β) και 9.1 θέλουν ως μέρος της προσφοράς έγγραφη μαρτυρία ότι ο προσφοροδότης έχει τα προσόντα ή, σύμφωνα με το ενδιαφερόμενο μέρος, ότι δύναται ("is qualified") να εκτελέσει τη σύμβαση αν γίνει δεκτή η προσφορά του. Αυτή η έγγραφη μαρτυρία θα πρέπει, όπως διαλαμβάνει ο όρος 9.2, να αποδεικνύει προς ικανοποίηση της Αρχής ότι ο προσφοροδότης έχει τουλάχιστον δεκάχρονη αποδεδειγμένη πείρα στην κατασκευή καλωδίων του είδους που κάλυπτε ο διαγωνισμός και αξιόπιστη επιχειρησιακή πείρα στο σχεδιασμό των καλωδίων που προσφέρει.

Δεν υπάρχουν δυο απόψεις ως προς το ουσιώδες αυτών των όρων. Οι καθ' ων η αίτηση δέχονται και το ενδιαφερόμενο μέρος δεν διαφώνησε πως τεκμηρίωση των ισχυρισμών του αιτητή για μη ανταπόκριση του ενδιαφερόμενου μέρους σ' αυτές τις απαιτήσεις, συνιστά λόγο ακυρότητας της προσβαλλόμενης απόφασης. Αυτό είναι ορθό έχοντας υπόψη τη σημασία των όρων αυτών και κατ' επέκταση το ουσιώδες τους.

Είναι παραδεκτό ότι η Thermaphase Ltd δεν είχε τη δεκάχρονη πείρα που αναφέρθηκε ούτε τις τεχνικές και παραγωγικές ικανότητες προς εκτέλεση του συμβολαίου. Δεν ήταν η ίδια κατασκευαστής υπογείου καλωδίου και ασχολείτο κυρίως με γενικό εμπόριο ιδίως ηλεκτρονικών συσκευών. Το επισήμανε εξ αρχής η Επιτροπή Προσφορών και γι' αυτό εξασφαλίστηκε γνωμάτευση από το Νομικό Σύμβουλο της Αρχής πριν από τη σύνταξη της ενδιάμεσης έκθεσης της Τεχνικής Επιτροπής και των Τεχνικών Συμβούλων. Η πλειοψηφία των μελών της Επιτροπής Προσφορών σύστησε κατακύρωση υπέρ της Thermaphase Ltd που ήταν ο χαμηλότερος προσφοροδότης, νοουμένου ότι δεν υπήρχαν νομικά εμπόδια. Η αρχή είχε ενώπιόν

της πλήρη την εικόνα και ξεκαθαρισμένα τα πραγματικά δεδομένα. Το ερώτημα ήταν αν νόμιμα θα μπορούσε να κατακυρωθεί η προσφορά στη Thermphase Ltd παρά την πιο πάνω διαπίστωση.

Η προσφορά της Thermphase Ltd αφορούσε σε καλώδιο που θα κατασκευαζόταν και θα εγκαθίστατο από δυο κινεζικές εταιρείες, τις Shanghai Cable Works και Beijing Power Supply Bureau, οι οποίες αντιπροσωπεύονταν από τον κρατικό οργανισμό China National Electric Wire and Export Corporation (CCC). Η ικανότητα και η πείρα των κινεζικών εταιρειών διερευνήθηκε από αποστολή εκπροσώπων της Αρχής και των τεχνικών της συμβούλων οι οποίοι επισκέφθηκαν για το σκοπό αυτό την Κίνα. Τα αποτελέσματα της επίσκεψης ήταν ικανοποιητικά. Κρίθηκε ότι είχαν τις ικανότητες, τα μέσα και, βέβαια, την πείρα για εκτέλεση του έργου.

Στο επίκεντρο του προβληματισμού ήταν η ενδεχόμενη δυνατότητα να θεωρηθεί ότι οι Οδηγίες δεν απαιτούσαν την αναφερθείσα ικανότητα και πείρα από τον ίδιο τον προσφοροδότη. Η γνωμάτευση των νομικών συμβούλων της Αρχής ήταν κατηγορηματική. Ο όρος 9.2(c), στο πλαίσιο του συνόλου των οδηγιών, σαφώς απαιτούσε δεκάχρονη πείρα από τον ίδιο τον προσφοροδότη. Επομένως, η Thermphase Ltd δεν ήταν "ανταποκρινόμενος" προσφοροδότης και θα έπρεπε να αποκλειστεί.

Η προσφορά της Thermphase Ltd ήταν η πιο χαμηλή με μεγάλη διαφορά από εκείνη των αιτητών που ήταν η δεύτερη. Η Αρχή, με επίγνωση του προβλήματος που ανεφύει, εξέτασε την πιθανότητα ακύρωσης του διαγωνισμού. Την απέκλεισε γιατί δεν υπήρχαν χρονικά περιθώρια για προκήρυξη νέου και αποφάσισε την κατακύρωση της προσφοράς στην Thermphase Ltd υπό όρους όμως που είναι προφανές ότι κρίθηκε ότι θα συνιστούσαν επαρκή κάλυψη. Ενδιαφέρει κυρίως ο δεύτερος από αυτούς και τον παραθέτω:

"Η εταιρεία Thermphase και η εταιρεία China National Electric Wire and Cable Export Corporation (CCC) θα δεχθούν να συμβληθούν με την Αρχή ως Co-tenderers ώστε η Αρχή να έχει άμεση συμβατική δέσμευση και με τις δυο πιο πάνω εταιρείες οπότε και η εγγύηση καλής εκτέλεσης θα δοθεί από κοινού".

Ο πυρήνας των γεγονότων συμπληρώνεται με την ανακοίνωση της Αρχής ως προς το αποτέλεσμα του διαγωνισμού που αναρτήθηκε στον πίνακα ανακοινώσεών της και κοινοποιήθηκε στους αιτητές. Περιγράφει τη Thermphase και την CCC ως επιτυγχόντες προσφοροδότες (successful tenderers).

Κατά τους καθ' ων η αίτηση και το ενδιαφερόμενο μέρος όταν οι όροι και κυρίως ο όρος 9 αναφέρονται σε "προσφοροδότη" (tenderer) δεν εννοούν τον ίδιο τον προσφοροδότη αλλά, ορθά ερμηνευόμενοι, καλύπτουν και εκείνους - τους υπεργολάβους ή τους συνεργάτες - που θα κατασκευάσουν τα καλώδια και θα τα εγκαταστήσουν στην πράξη ή γενικά που θα συμβάλουν στην εκτέλεση του έργου. Αυτή η ευρεία έννοια της λέξης "προσφοροδότης" δικαιολογείται, κατά την εισήγησή τους, από τη σαφή αναγνώριση, από το σύνολο των όρων, της δυνατότητας να είναι άλλος ο προσφοροδότης και άλλοι οι κατασκευαστές ή τελικά οι υπεργολάβοι στους οποίους θα ανατεθεί η μια ή η άλλη εργασία. Εκείνο που τελικά έχει σημασία, όπως υποστηρίζουν, είναι αν ένας προσφοροδότης, ανεξάρτητα από τη δική του ικανότητα ή πείρα, παρέχει τα εχέγγυα εκτέλεσης του συμβολαίου αφού θα έχει στη διάθεσή του και την ικανότητα και την πείρα που απαιτούσαν οι όροι. Οποτεδήποτε οι όροι θέλησαν να αναφερθούν στον ίδιο τον προσφοροδότη το έκαμαν ρητά, όπως στην περίπτωση του όρου 9.3.

Το ενδιαφερόμενο μέρος είδε το θέμα και διαφοροετικά. Ούτως ή άλλως, εισηγούνται, μπορεί να υποστηριχθεί ότι, στην πραγματικότητα, προσφοροδότης δεν ήταν μόνο η Thermpphase Ltd αλλά και η CCC και ότι συνεπώς η κατακύρωση ήταν έγκυρη όπως και αν ερμηνευθούν οι όροι. Σημειώνω ότι όμοια άποψη διατύπωσαν στη γραπτή τους αγόρευση και οι καθ' ων η αίτηση, για να την εγκαταλείψουν όμως κατά τις διευκρινίσεις. Το ενδιαφερόμενο μέρος επικαλέστηκε συναφώς το γεγονός ότι το έγγραφο της προσφοράς (Form of Tender) που υπέβαλε η Thermpphase Ltd συνοδευόταν από πληρεξούσιο έγγραφο και προσφορά της CCC προς αυτούς και από πληρεξουσιοδότηση της Shanghai Cable Works προς τη CCC. Συνόδευσαν την επιχειρηματολογία τους, όπως έκαμαν και σε σχέση με την πρώτη τους θέση, με εκτεταμένη αναφορά στην αλληλογραφία και τα υπόλοιπα έγγραφα και ακόμα με κριτική της γνωμάτευσης των νομικών συμβούλων της Αρχής.

Από τη μελέτη των στοιχείων του φακέλου στο σύνολό τους, κατέληξα στα ακόλουθα:

1. Η προσφορά υποβλήθηκε μόνο από τη Thermpphase Ltd και μόνο εκείνη ήταν προσφοροδότης. Το πληρεξούσιο και τα άλλα έγγραφα ως προς το εγχερόμενο ζήτημα ήταν σαφώς εσωτερικό θέμα της Thermpphase Ltd και της CCC. Απεκάλυπταν τους κατασκευαστές του καλωδίου και τους προτεινόμενους υπεργολάβους που θα εκτελούσαν το έργο αλλά με κανένα τρόπο δεν ανήγαγαν τη CCC σε συμπροσφοροδότη. Οι δε-

σμεύσεις που αναλάμβαναν η CCC και οι εταιρείες που αντι-
 προσώπευε, απευθύνονταν προς τη Thermpphase και όχι προς
 την Αρχή. Η εγγύηση καλής εκτέλεσης είχε δοθεί, μόνο από τη
 Thermpphase και ουδέποτε προτάθηκε καν πως η Thermpphase
 ενεργούσε και ως αντιπρόσωπος της CCC. Σε ό,τι ενδιέφερε 5
 την Αρχή θα ήταν η CCC που θα ενεργούσε για λογαριασμό
 της Thermpphase και όχι το αντίστροφο. Τα διαμειφθέντα με-
 τά την εκπινοή της προθεσμίας για υποβολή των προσφορών
 κυρίως σε σχέση με ερωτήματα που διατύπωσαν οι Τεχνικοί
 Σύμβουλοι της Αρχής, δεν διαφοροποιούν την εικόνα όχι τό- 10
 σο γιατί επιβεβαιώνουν ότι μόνο η Thermpphase ήταν ο προ-
 σφοροδότης παρά την ανάμειξη της CCC και των εταιρειών
 που αντιπροσώπευε αλλά κυρίως γιατί, όπως διαλαμβάνει
 ρητά ο όρος 18.3, η κρίση από την Αρχή ως προς την αντα- 15
 πόκριση των προσφοροδοτών στους όρους θα βασίζεται στο
 περιεχόμενο της ίδιας της προσφοράς, χωρίς τη χρήση εξωγε-
 νούς μαρτυρίας.

Αλλά εκείνο που ίσως έχει μεγαλύτερη σημασία δεν είναι η
 ύπαρξη θεωρητικής δυνατότητας υποστήριξης ορισμένης άπο- 20
 ψης αλλά το πως είδε το θέμα η ίδια η Αρχή στην πράξη. Η
 Αρχή ουδέποτε θεώρησε τη CCC ως συμπροσφοροδότη. Δεν
 χρειάζεται να επεκταθώ με αναφορά στις εκθέσεις και τελικά
 στη σύσταση της Επιτροπής Προσφορών. Η ίδια η Αρχή ήταν 25
 σαφής. Αποφάσισε την κατακύρωση της προσφοράς στη
 Thermpphase και σε κανένα άλλο. Ο όρος που έθεσε παρέχει
 πρόσθετη επιβεβαίωση. Θέλει τη Thermpphase και τη CCC "να
 δεχθούν" να συμβληθούν με την Αρχή ως "co-tenderers" ώστε
 η Αρχή να έχει άμεση συμβατική σχέση και με τις δυο. Δεν 30
 είναι επιτρεπτή η αλλοίωση της ουσίας της απόφασης που λή-
 φθηκε και η στήριξή της πάνω σε αιτιολογική βάση που προ-
 βάλλεται εκ των υστέρων. Η ανακοίνωση της Αρχής αναφέρο-
 θηκε, όπως σημείωσα, σε κατακύρωση της προσφοράς και
 στην CCC. Αν αυτή η ανακοίνωση απέδιδε την απόφαση της 35
 Αρχής θα υπήρχε πρόσθετος λόγος ακυρότητας, όπως εισηγή-
 θηκαν οι αιτητές, γιατί η CCC δεν ήταν προσφοροδότης. Δεν
 την αποδίδει όμως ορθά και αυτή η μεταγενέστερη αντίληψη
 ως προς το τι αποφασίστηκε, δεν επιτρέπεται να απομακρύνει
 από το αντικείμενο του αναθεωρητικού ελέγχου. Αντικείμενο 40
 είναι η απόφαση που λήφθηκε όπως τη βρισκόμαστε διατυπωμέ-
 νη στο πρακτικό της 6 Ιουνίου 1991. Η εμπλοκή της CCC δεν
 αφορούσε στην κατακύρωση της προσφοράς αλλά συνιστούσε
 όρο προς τη Thermpphase που απέβλεπε στη δημιουργία άμε-
 σης συμβατικής ευθύνης και της CCC.

2. Η διαπίστωση ότι η Thermpphase δεν είχε η ίδια την απαιτούμενη δεκάχρονη πείρα, για να σταθούμε στην κοινώς παραδεκτή έλλειψη, θα έπρεπε να οδηγήσει στον αποκλεισμό της χωρίς άλλο, όπως ακριβώς συμβούλευσαν την Αρχή οι νομικοί της σύμβουλοι. Η αναφορά του όρου 9.2(c) στον "προσφοροδότη" εννοούσε τον ίδιο και κανένα άλλο. Το γεγονός ότι από το σύνολο των όρων προκύπτει δυνατότητα να είναι άλλος ο κατασκευαστής ή ακόμα να χρησιμοποιηθούν υπεργολάβοι, δεν οδηγεί προς την κατεύθυνση που εισηγούνται οι καθ' ων η αίτηση και το ενδιαφερόμενο μέρος αλλά προς την αντίθετη κατεύθυνση. Με δοσμένη αυτή τη δυνατότητα, ο όρος 9.2(c) αναφέρεται μόνο στον προσφοροδότη που είναι σαφώς αυτοτελής έννοια. Ό,τι ήθελαν να επιβάλουν ως προς τον κατασκευαστή - υπεργολάβο, το επέβαλαν ρητά [βλ. όρο 9.2(d)]. Το ίδιο και ο όρος 9.3. Μακράν από του να σημαίνει ότι η μη χρήση της λέξης "προσωπικώς" στον όρο 9.2 δικαιολογείται να δώσει στις λέξεις άλλο από το αληθινό νόημά τους, τονίζει την αυτοτέλεια του προσφοροδότη τον οποίο θέλει υπόλογο έναντι της Αρχής είτε αυτός ενεργεί για δικό του έλεγχο είτε ως αντιπρόσωπος άλλου. Το μήνυμα αυτού του όρου χρειαζόταν τη λέξη "προσωπικώς" για να μεταδοθεί.

Δεν υπάρχει περιθώριο για πρόσδοξη στον όρο "προσφοροδότης" της ευρύτερης έννοιας που εισηγούνται οι καθ' ων η αίτηση και το ενδιαφερόμενο μέρος. Μπορούσε να μην ήταν ο προσφοροδότης κατασκευαστής ο ίδιος και είχε τη δυνατότητα ανάθεσης σε υπεργολάβο. Ταυτόχρονα όμως απαιτείτο να έχει ο ίδιος το συζητούμενο προσόν. Η απαίτηση ήταν, όπως δέχονται όλοι, ουσιώδης. Η μη ικανοποίηση της καθιστούσε την προσφορά της Thermpphase μη ανταποκρινόμενη στους όρους με την έννοια του όρου 18.3. Η Αρχή δεν είχε δικαίωμα να παρακάμψει το πρόβλημα, (βλ. όρο 18.4) αλλά είχε υποχρέωση να αποκλείσει την προσφορά της Thermpphase Ltd (βλ. όρους 24 και 25).

Το ενδιαφερόμενο μέρος εισηγήθηκε πως η ερμηνεία των όρων δεν πρέπει να είναι νομικιστική. Κατά την άποψή του δεν πρέπει να προσδίδεται στη κάθε λέξη αυστηρά καθορισμένη ή προσδιορισμένη έννοια. Προτείνει πως δεν πρέπει να παροράται ο εμπορικός χαρακτήρας των δημοσίων μειοδοτικών διαγωνισμών και υποστηρίζει πως οι όροι πρέπει να ερμηνεύονται με το πνεύμα της επίτευξης της εξασφάλισης στο δημόσιο των κατάλληλων ή αναγκαίων εμπορευμάτων ή υπηρεσιών στη πιο συμφέρουσα τιμή, όπως ακριβώς επεδίωξε και πέτυχε η Αρχή στην παρούσα περίπτωση.

Πρέπει να ξεκαθαρίσουμε πως σ' αυτή τη διαδικασία δεν έχει τεθεί θέμα κινήτρων. Δεν έχει αμφισβητηθεί, αντίθετα είναι προφανές, ότι η Αρχή μπροστά στο δίλημμα και αφού ο χρόνος πίεζε δεν θέλησε να διαγράψει την ξεκάθαρα συμφερότερη προσφορά της Theiphrase Ltd· και αυτό αφού βεβαιώθηκε ότι υπήρχαν οι διασφαλίσεις που έκρινε ότι εγγυούνταν την ικανοποιητική εκτέλεση του έργου. Δεν μπορώ όμως να συμφωνήσω με την εισήγηση για ελαστικοποίηση των κανόνων της ερμηνείας με τη μορφή της αλλοίωσης ουσιαστικά του νοήματος των όρων ανάλογα με το τί κατά περίπτωση φαίνεται ότι εξυπηρετεί. Η κατακύρωση της προσφοράς σε μη ανταποκρινόμενο προσφοροδότη συνιστά λόγο ακυρότητας που οι αιτητές έχουν δικαίωμα να επικαλεστούν και το Δικαστήριο καθήκον να αναγνωρίσει. Η προσφυγή επιτυγχάνει με έξοδα υπέρ των αιτητών. Η προσβαλλόμενη απόφαση ακυρώνεται.

5

10

Η προσφυγή επιτυγχάνει με έξοδα υπέρ των αιτητών.