



**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. 51/2012**

Μεταξύ:

ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ «ΝΕΟΡΗΥΤΟΥ-ΤΕΧΝΟΝΑ-ΕΡΓΑΣΙΣ ΤΕΧΝΙΚΗ Α.Ε. J.V.»

Αιτούντων

v.

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΕΣΩΤΕΡΙΚΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή  
Προσφορών**

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

**Αιτούντες:**

ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ «ΝΕΟΡΗΥΤΟΥ-ΤΕΧΝΟΝΑ-ΕΡΓΑΣΙΣ  
ΤΕΧΝΙΚΗ Α.Ε. J.V.»

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Χαράλαμπος Προύντζο, Δικηγόρος
2. Κωνσταντίνος Μιχαήλ, Ασκούμενος Δικηγόρος
3. Σταύρος Αλετρά, Εκπρόσωπος αιτούσας Κοινοπραξίας
4. Ευγένιος Νικολάου, Εκπρόσωπος αιτούσας Κοινοπραξίας

**Αναθέτουσα Αρχή:**

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΕΣΩΤΕΡΙΚΩΝ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Ελίτα Γαβριήλ, Δικηγόρος της Δημοκρατίας
2. Κωνσταντίνος Κοτζιάπασιη, Συντονιστής Επιτροπής Αξιολόγησης
3. Κωνσταντίνος Νικολόπουλος, Εκπρόσωπος Μελετητών
4. Γιάννης Γιαννούκος, Μέλος Επιτροπής Αξιολόγησης

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 22 Φεβρουαρίου, 2013

## Α Π Ο Φ Α Σ Η

**A.** Με την παρούσα Προσφυγή η Κοινοπραξία «ΝΕΟΡΗΥΤΟΥ-ΤΕΧΝΟΝΑ-ΕΡΓΑΣΙΣ ΤΕΧΝΙΚΗ Α.Ε. J.V.», (στο εξής οι Αιτητές) στρέφεται εναντίον της απόφασης του Υπουργείου Εσωτερικών (στο εξής Αναθέτουσα Αρχή ή Α.Α.) να κατακυρώσει το Διαγωνισμό αρ. 11/2011 για «*Αποκατάσταση των Χώρων Ανεξέλεγκτης Διάθεσης Απορριμμάτων (ΧΑΔΑ) στην Επαρχία Πάφου*» στην εταιρεία ΗΛΕΚΤΩΡ Α.Ε. (στο εξής επιτιχούσα).

### **B. ΓΕΓΟΝΟΤΑ**

1. Ο παρών διαγωνισμός προκηρύχθηκε στις 23.9.2012 και διεξήχθη στη βάση του συστήματος δύο φακέλων χωρίς όμως να τυγχάνει βαθμολόγησης η τεχνική πρόταση. Προσφορές υπέβαλαν τέσσερις προσφοροδότες μεταξύ των οποίων και οι Αιτητές. Κριτήριο ανάθεσης σύμφωνα με την προκήρυξη είναι η χαμηλότερη οικονομική προσφορά.

2. Οι τεχνικές προσφορές αξιολογήθηκαν από εξωτερικούς Συμβούλους, οι οποίοι απέστειλαν την έκθεση τους στην Επιτροπή Αξιολόγησης στις 16.5.2012. Η Επιτροπή με την σειρά της απέστειλε την Έκθεση Αξιολόγησης της που αφορά στο φάκελο «Δικαιολογητικά συμμετοχής και Τεχνική Προσφορά», στον προϊστάμενο της Αναθέτουσας Αρχής στις 17.5.2012 και στη συνέχεια η έκθεση στάλθηκε από αυτόν στο Συμβούλιο Προσφορών του Υπουργείου Εσωτερικών στις 18.5.2012. Τόσο κατά τη διάρκεια της προκήρυξης όσο και κατά την αξιολόγηση δόθηκαν σχετικές διευκρινίσεις.

3. Το Συμβούλιο Προσφορών εξέτασε το θέμα σε συνεδρία του στις 23.5.2012 και αποφάσισε τον αποκλεισμό της προσφορά αρ. 3 (Cybarco-Iaconou J.V.) υιοθετώντας την έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης και προχώρησε στην αποσφράγιση των οικονομικών φακέλων των προσφορών 1, 2 και 4.

4. Στις 28.5.2012 διενεργήθη το άνοιγμα των οικονομικών φακέλων των πιο πάνω προσφορών συμπεριλαμβανομένης και της προσφοράς των Αιτητών και ακολούθησε η σχετική αξιολόγηση η οποία αποστάληκε στον προϊστάμενο της Α.Α. την 6.6.2012 και στη συνέχεια στο Συμβούλιο Προσφορών με επιστολή ημερ. 6.6.2012.
5. Το Συμβούλιο Προσφορών στις 14.6.2012 αποφάσισε όπως ζητηθούν διευκρινίσεις και διαβεβαιώσεις αναφορικά με τη χαμηλή τιμολόγηση της επιτυχούσας.
6. Την 25.7.2012 το Συμβούλιο Προσφορών αποφάσισε την κατακύρωση του Διαγωνισμού σύμφωνα με την αρχική εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης.
7. Με επιστολές ημερ. 27.8.2012 η Α.Α. προέβη σε σχετική γνωστοποίηση προς όλους τους εμπλεκομένους για τα αποτελέσματα του Διαγωνισμού.
8. Οι Αιτητές υπέβαλαν την 10.9.2012 την παρούσα Προσφυγή με την οποία επιζητούν ακύρωση της απόφασης ημερ. 25.7.2012 προσβάλλοντας την εγκυρότητα της προσφοράς της επιτυχούσας.

#### **Γ. ΘΕΣΕΙΣ ΑΙΤΗΤΩΝ**

Τόσο με τις γραπτές αγορεύσεις που υπέβαλαν όσο και προφορικά κατά την ενώπιον μας διαδικασία οι Αιτητές προώθησαν τους εξής λόγους ακυρότητας.

1. **Λόγοι Ακυρότητας αρ. 1, 2 και 3 (σύμφωνα με την προσφυγή)  
Παραβίαση όρων 3.2, 7.2.2, 7.2.2.2 και 7.6 του Τόμου Α  
Παραβίαση υπο-κριτηρίων Β3, Β6, Β8 του Πίνακα Β του όρου 7.2 και των Εντύπων 6 Χf και 7 Παράρτημα 18 του Τόμου Α**

Ο επίδικος Διαγωνισμός εισηγήθηκαν είχε ένα σαφές πλαίσιο υποβολής και αξιολόγησης της Τεχνικής Προσφοράς των προσφερόντων, το οποίο καθοριζόταν από τους όρους 3.2, 7.2.2, 7.2.2.2 και 7.6 του Τόμου Α.

Ο όρος 3.2 θέτει τις Γενικές Αρχές του Διαγωνισμού. Μεταξύ άλλων αναφέρει τα ακόλουθα:

*«Οποιαδήποτε παράλειψη στην υποβολή της Προσφοράς (Οικονομικής και Τεχνικής) εντός των τιθέμενων προθεσμιών και στην δέουσα τεκμηρίωση αυτής με την παράθεση των ζητούμενων πληροφοριών, δύναται να επιφέρει απόρριψη της προσφοράς».*

Οι Γενικές Αρχές εξειδικεύονται περαιτέρω στους όρους 7.2.2 και 7.2.2.2 του Τόμου Α.

Ο όρος 7.2.2 «Εγκυρότητα Προσφορών» αναφέρει τα ακόλουθα:

*«Ουσιαστικά ανταποκρινόμενες Προσφορές θεωρούνται οι Προσφορές που συμμορφώνονται προς όλους τους όρους, προϋποθέσεις και προδιαγραφές των Εγγράφων Διαγωνισμού, χωρίς να παρουσιάζουν ουσιαστική απόκλιση ή επιφύλαξη.*

*Ουσιαστική απόκλιση ή επιφύλαξη είναι αυτή:*

*α. Η οποία επηρεάζει με ουσιαστικό τρόπο τα πλαίσια, την ποιότητα ή την απόδοση των εργασιών του Έργου,*

*β. η οποία επηρεάζει με οποιονδήποτε ουσιαστικό τρόπο, λόγω αντίφασης που παρουσιάζει με τα Έγγραφα Διαγωνισμού, δικαιώματα της Αναθέτουσας Αρχής και/ή τις υποχρεώσεις του Προσφέροντα όπως αυτές καθορίζονται στα Έγγραφα Διαγωνισμού, ή*

*γ. Η διόρθωση της οποίας θα επηρέαζε άδικα τη συναγωνιστική θέση άλλων Προσφερόντων των οποίων οι Προσφορές είναι ουσιαστικά ανταποκρινόμενες».*

Περαιτέρω, ο όρος 7.2.2.2 του Τόμου Α των Εγγράφων Διαγωνισμού – «Έλεγχος/ Αξιολόγηση Τεχνικών Προσφορών» εξειδικεύοντας ακόμη περισσότερο τις απαιτήσεις του Διαγωνισμού αναφέρει μεταξύ άλλων ότι:

*«Για τις Προσφορές που κρίθηκαν αποδεκτές κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής, το Αρμόδιο Όργανο προχωρά στον έλεγχο/ αξιολόγηση των Τεχνικών Προσφορών τους, προκειμένου να διαπιστώσει την πληρότητά τους, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παράγραφο 5.6.2, καθώς και εάν ικανοποιούν τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές του Αντικειμένου της Σύμβασης, όπως αυτές περιγράφονται αναλυτικά στα Έγγραφα Διαγωνισμού, και καταχωρεί τα αποτελέσματα του ελέγχου στο ακόλουθο ειδικό έντυπο που περιλαμβάνεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 19 του Τόμου Α [...]».*

Στο ως άνω έντυπο ρητά αναφέρεται ότι

*«Για όσες Προσφορές κρίνονται μη αποδεκτές (M = Μη Αποδοχή) κατά τη διαδικασία ελέγχου της Τεχνικής Προσφοράς, δεν αποσφραγίζεται ο Φάκελος της Οικονομικής Προσφοράς και επιστρέφεται στους Προσφέροντες από την Αναθέτουσα Αρχή η σχετική Εγγύηση Συμμετοχής, μετά την υπογραφή της σύμβασης.*

*Για τις Προσφορές που χαρακτηριστούν απορριπτές, αναλύονται για κάθε μία από αυτές οι ακριβείς λόγοι απόρριψης.*

*Μόνο προσφορές που θα συμμορφώνονται με τα παραπάνω αναφερόμενα θα κρίνονται αποδεκτές (A = Αποδοχή) για περαιτέρω αξιολόγηση.»*

Επιπρόσθετα, ο όρος 7.6 - Απόρριψη Προσφορών- του Τόμου Α των Εγγράφων Διαγωνισμού αναφέρει μεταξύ άλλων τα ακόλουθα:

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

Επίσης ο ίδιος όρος προβλέπει ότι

*«Η απόρριψη Προσφοράς δύναται να αποφασιστεί, μεταξύ άλλων, για έναν ή περισσότερους από τους ακόλουθους λόγους:*

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

*[...]*

*δ. όταν δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις συμμετοχής του Προσφέροντος*

*[...].»*

Οι υποβληθείσες τέσσερις προσφορές μετά την αποσφράγιση τους δόθηκαν στην Κοινοπραξία των Συμβούλων Μελετητών Ecogem – LDK - ΑΤΛΑΝΤΙΣ (επιστολή Υπουργείου Εσωτερικών αρ. Φακ. 2.12.27.7.2/5 και ημερομηνίας 25 Ιανουαρίου 2012)

με οδηγία να προχωρήσουν στην αξιολόγηση του Φακέλου Α των προσφορών σύμφωνα με τις υποχρεώσεις τους, όπως απορρέουν από τη μεταξύ τους σύμβαση, (Υπουργείο Εσωτερικών –Κοινοπραξία Συμβούλων Μελετητών).

Οι ως άνω Σύμβουλοι Μελετητές με την επιστολή τους αρ. αναφοράς CNI/eav 23-0436 και ημερομηνίας 16 Μαΐου 2012 προς το Υπουργείο Εσωτερικών, Τομέα Διαχείρισης Στερεών Αποβλήτων υπέβαλαν την Τελική Έκθεση Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών.

Στην ως άνω Τελική Έκθεση Αξιολόγησης και σε ότι αφορά την προσφορά αρ.2 ΗΛΕΚΤΩΡ Α.Ε. και το Κριτήριο Β - Συμμόρφωση των προτεινόμενων Έργων και Η/Μ Εξοπλισμού με τις απαιτήσεις των Εγγράφων Διαγωνισμού - οι Σύμβουλοι Μελετητές αποφαίνονται ότι σε τρία (3) από τα 14 υπο-κριτήρια (Β1 - Β14), ήτοι στα υπο-κριτήρια Β3 - Έργα στεγανοποίησης, Β6 - Έργα διευθέτησης ομβρίων και Β8 - Συστήματα Παρακολούθησης/Ελέγχου Περιβαλλοντικών Επιπτώσεων, δεν υπάρχει συμμόρφωση προς τις απαιτήσεις των όρων του Διαγωνισμού καταχωρώντας «ΜΗ ΑΠΟΔΟΧΗ (Μ)» τόσο στον Πίνακα 1 Έντυπο αξιολόγησης IV, Αξιολόγηση Τεχνικών Προσφορών– Κριτήριο Β-σελίδα 8, όσο και στην επί μέρους αιτιολόγηση της Έκθεσης Αξιολόγησης, σελίδες 21 μέχρι 25.

Οι πιο πάνω διαπιστώσεις των Συμβούλων Μελετητών για «Μη Αποδοχή» στα τρία υπο-κριτήρια Β3, Β6 και Β8, εισηγήθηκαν θα έπρεπε να είχαν οδηγήσει τους Τεχνικούς Συμβούλους στην απόρριψη της προσφοράς της Επιτυχούσας. Αντ' αυτού χωρίς καμία επεξήγηση ή αιτιολογία οι Τεχνικοί Σύμβουλοι καταλήγουν στο εξής αποτέλεσμα:

*«Τελική Γνωμάτευση*

*Αποδοχή για τους Προσφέροντες Μεσόγειος – Sacyrco, Ηλέκτωρ, Miltiades Neophytou – Technova – ΕΡΓΑΣΙΣ*

*Μη αποδοχή: Cybarco – Iacovou Brothers*

*Σημειώνεται δε ότι σε κάθε περίπτωση η αποδοχή των προαναφερομένων Προσφερόντων γίνεται με επιφύλαξη αποδοχής και ενσωμάτωσης στο προσφερόμενο έργο των παρατηρήσεων που ακολουθούν στην Ενότητα Β της παρούσας έκθεσης αξιολόγησης».*

Εισηγήθηκαν οι Αιτητές ότι η ως άνω προσέγγιση δεν συνάδει με τις απαιτήσεις του όρου 7.2. Παραβίαση έστω και ενός από τα υπο-κριτήρια B1 – B14 οδηγεί σε ακυρότητα.

- (1) Με βάση την Έκθεση Αξιολόγησης για τους προσφέροντες Μεσόγειος – Sacyrco και τους Αιτητές σημειώνεται «Α» Αποδεκτή και στα 14 υπο-κριτήρια (B1 – B14) του Πίνακα Β. Για την Επιτυχούσα σημειώνονται 3 «Μ» Μη Αποδεκτή στα υπο-κριτήρια B3, B6 και B8. Συνεπώς η Επιτυχούσα σαφώς ισχυρίστηκαν ευνοήθηκε έναντι των άλλων προσφοροδοτών.
- (2) Δεν νοείται αποδοχή Προσφοράς με επιφύλαξη ή υπό τον όρο διόρθωσης της. Τούτο συνιστά εκ των υστέρων συμπλήρωση/διόρθωση προσφοράς πρακτική που δεν έχει θέση στις διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων.

Στη συνέχεια αφού οι Αιτητές παρέθεσαν σχετική νομολογία και θεωρητικό υπόβαθρο εισηγήθηκαν ότι ήτο παράνομη η εκ των υστέρων διόρθωση της προσφοράς της Επιτυχούσας και/ή η κατακύρωση σε αυτήν «με επιφύλαξη». Ειδικότερα, τόνισαν τη σημασία τήρησης προδιαγραφών όπου τίθενται μέγιστες αποδεκτές τιμές όπως αυτή η οποία τίθεται με σαφήνεια στην περίπτωση του υπο-κριτηρίου B6.

Όσον αφορά δε την παροχή διευκρινίσεων μετά την υποβολή των προσφορών επιτρέπεται μόνο όπου προκύπτει ασάφεια. Στην παρούσα περίπτωση δεν προκύπτει καμία ασάφεια. Οι ίδιοι οι Σύμβουλοι – Μελετητές εντόπισαν τις αποκλίσεις της προσφοράς της Επιτυχούσας αποκαλώντας τις σοβαρές και, ως εκ τούτου, «Μ» Μη αποδεκτές. Στην παρούσα περίπτωση πρόκειται εισηγήθηκαν για κατακύρωση με «επιφύλαξη» διόρθωσης της προσφοράς πριν την υπογραφή της Σύμβασης.

Με αναφορά δε στην Υπόθεση Digicom vs. Αρχή Τηλεπικοινωνιών Κύπρου, αρ. Υπόθεσης 1305/2005, ημερ.1/11/2007 αλλά και τις υποθέσεις A. Sazeides & Son Ltd vs. Κυπριακή Δημοκρατία μέσω Κεντρικού Συμβουλίου Προσφορών, Αρ. Υπόθεσης 791/2000 ημερ. 21/2/2002 και στην πολύ πρόσφατη Απόφαση του Σεβαστού Δικαστή Κωνσταντίνιδη στην Υπόθεση αρ.1165/2009 Α.Τ.

Multitech Corporation Ltd vs. Κυπριακής Δημοκρατίας μέσω Υπουργείου Οικονομικών και Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών ημερ. 3.10.2011 εισηγήθηκαν ότι η επιζήτηση «διευκρινίσεων» ήτο παράνομη και πως η προσφορά της επιτυχούσας θα έπρεπε να απορριφθεί και εν προκειμένω, ενώ έκαστη εκ των παραβιάσεων των υπο-κριτηρίων B3, B6 και B8 έπρεπε να είχε οδηγήσει την προσφορά της σε απόρριψη χωρίς καν να αποσφραγιστεί το οικονομικό σκέλος αυτής.

**2. Λόγοι Ακυρότητας 4 και 5 (σύμφωνα με την προσφυγή)  
Παραβίαση των όρων 2.5.2 και 2.2.18 Τόμου Γ, του υπο-κριτηρίου B9 του Πίνακα Β του όρου 7.2 και Παράρτημα 18, Έντυπα 6 Χf.7 και / ή 7 Τόμου Α των Εγγράφων Διαγωνισμού**

Είναι η θέση των Αιτητών ότι οι Σύμβουλοι – Μελετητές απέτυχαν να εντοπίσουν την παραβίαση των ανωτέρω ουσιωδών όρων από την Επιτυχούσα.

Στην Τελική Έκθεση Αξιολόγησης των Συμβούλων Μελετητών, σελίδα 22, αναφέρεται ότι «στο ΧΑΔΑ PF29 Αγ. Μαρινούδας έπρεπε να υπάρχει στο σχεδιασμό επιπλέον στρώση εξομάλυνσης πάχους 50cm από αυτή που συνοδεύει την τοποθέτηση του GCL, γιατί ζητείται από τα τεύχη. Κατ' αυτό τον τρόπο το συνολικό πάχος του τελικού καλύμματος ανέρχεται σε 2,0m και όχι σε 1,5m όπως περιγράφει ο διαγωνιζόμενος και παρουσιάζει στα σχέδια του». Αυτή η αναφορά των Συμβούλων - Μελετητών είναι ελλειμματική και δεν αντικατοπτρίζει εισηγήθηκαν τη σοβαρότητα της παραβίασης καθώς και τις επιπτώσεις της.

Ο όρος 2.5.2 του Τόμου Γ των τευχών Διαγωνισμού αναφέρει ότι «Για την εξομάλυνση του τελικού απορριμματικού ανάγλυφου, πάνω από το διαμορφούμενο ανάγλυφο τοποθετείται μετά από α) διάστρωση και συμπίεση απορριμμάτων και β) δημιουργία ενιαίων κλίσεων στα πρηνή και την οροφή του σώματος του ΧΑΔΑ, στρώση εξομάλυνσης πάχους της τάξης των 0,5m, από ομοιογενή εδαφικά υλικά εκσκαφών, με κόκκους μέγιστης διαμέτρου 20 cm και χωρίς οργανικές ουσίες, ή αδρανή υλικά».



Η παράλειψη στρώσης εξομάλυνσης 50cm στο σχεδιασμό της επιτυχούσας αποτελεί κατάφωρη παραβίαση του όρου 2.5.2 του Τόμου Γ των τευχών του Διαγωνισμού και εν προκειμένω είναι έκδηλη η προσπάθεια του διαγωνιζομένου να αποφύγει πολύ σημαντική δαπάνη (της τάξης των €250.000) από τις υποχρεώσεις του που απορρέουν από τους όρους του Διαγωνισμού και να καταστεί έτσι αθέμιτα πιο ανταγωνιστικός από τους λοιπούς προσφοροδότες και ταυτόχρονα ανταγωνιστές του στον υπό αναφορά Διαγωνισμό κατά παράβαση μεταξύ άλλων και της αρχής ίσης μεταχείρισης των προσφερόντων.

Τα Έργα εσωτερικής οδοποιίας, όπως η συγκεκριμένη εργασία, περιλαμβάνονται στην ομώνυμη κατηγορία στα Έντυπα 6 Χf και 7 - ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 18 του Τόμου Α - Υποκριτήριο Β9 του Πίνακα Β του όρου 7.2.2).

Από μελέτη του υποβληθέντος με την προσφορά της εταιρείας ΗΛΕΚΤΩΡ Α.Ε. σχεδίου – Οριζοντιογραφία Γενικής Διάταξης Έργων Αποκατάστασης του ΧΑΔΑ Αγ. Μαρινούδας - αρ. σχεδίου PF29 f.1.2, προκύπτει ότι στο σχέδιο αυτό δεικνύεται μεν δρόμος αλλά στο υπόμνημα του σχεδίου αυτού ο δρόμος αυτός αναφέρεται ως Χωμάτινος Περιμετρικός Δρόμος, αντί δρόμος με ασφαλική στρώση κυκλοφορίας πάχους 0,10m (6 και 4cm) σε δύο στρώσεις και με τα λοιπά χαρακτηριστικά, όπως ρητά απαιτείται από τον όρο 2.2.18 του Τόμου Γ των τευχών Διαγωνισμού. Σημειώνεται ότι ο υπό αναφορά δρόμος έχει συνολικό μήκος 750m περίπου.

Η σοβαρή αυτή παράβαση της εταιρείας ΗΛΕΚΤΩΡ Α.Ε καταδεικνύεται εισηγήθηκαν και από το γεγονός ότι στην Οικονομική της προσφορά για τη συγκεκριμένη εργασία έχει περιληφθεί ποσό μόνο €11.232,20 σε σύγκριση με ποσό της τάξης των €215.000 που αποτελεί το μέσο όρο των αντίστοιχων ποσών που τιμολογήθηκαν από τους άλλους δυο αξιολογηθέντες έγκυρους προσφοροδότες για την ίδια ακριβώς ως άνω εργασία.

Είναι προφανές ότι η ως άνω παράβαση της εταιρείας ΗΛΕΚΤΩΡ Α.Ε. πέρα από το ότι αποτελεί κατάφωρη παραβίαση ουσιώδους όρου του Διαγωνισμού, προφανώς σε μια προσπάθεια του διαγωνιζομένου να παραπλανήσει την Αναθέτουσα Αρχή και να αποφύγει πολύ σημαντική δαπάνη (της τάξης των €200.000) από τις υποχρεώσεις του

που απορρέουν από τους όρους του Διαγωνισμού και να αποκτήσει έτσι αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα από τους λοιπούς προσφοροδότες στον υπό αναφορά Διαγωνισμό. Σημειώνεται ότι η ως άνω παράβαση δεν εντοπίστηκε ούτε από τους Συμβούλους Μελετητές ούτε και από την Επιτροπή Αξιολόγησης.

Υπό το φως των ανωτέρω εισηγήθηκαν περαιτέρω ότι από μέρους της εταιρείας ΗΛΕΚΤΩΡ Α.Ε υπάρχει παράβαση και του υπο-κριτηρίου Β9 και κατά συνέπεια οι Σύμβουλοι – Μελετητές θα έπρεπε να είχαν σημειώσει «Μη Αποδοχή» και σε αυτό το υπο-κριτήριο. Εντούτοις, η παραβίαση αυτή δεν έγινε ισχυρίστηκαν αντιληπτή από τους Συμβούλους – Μελετητές που διενήργησαν την τεχνική αξιολόγηση. Αυτή η πλάνη εμφοχώρησε και στις μεταγενέστερες πράξεις, ήτοι την εισήγηση της Έκθεσης Αξιολόγησης και την απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών αφού και τα δύο όργανα υιοθέτησαν την Έκθεση και γνωμάτευση των Συμβούλων - Μελετητών αποτυγχάνοντας να εντοπίσουν αυτή την εμφανή παραβίαση των όρων του Διαγωνισμού. Η αποτυχία αυτή δεικνύει έλλειψη δέουσας έρευνας και / ή πλάνη περί τα πράγματα. Ο εντοπισμός της παραβίασης αυτής έπρεπε να γίνει αντιληπτός από ένα όργανο που προέβη σε δέουσα έρευνα αφού η απόκλιση στην τιμή του συγκεκριμένου στοιχείου μεταξύ της επιτυχούσας και των λοιπών έγκυρων προσφοροδοτών ήταν τεράστια (η τιμή της επιτυχούσας ήταν 25 περίπου φορές χαμηλότερη του μέσου όρου των δύο άλλων έγκυρων προσφοροδοτών με τις άλλες δύο προσφορές να μη διαφέρουν ουσιωδώς ως προς την τιμολόγηση της συγκεκριμένης αυτής εργασίας).

Ως εκ τούτου, είναι η θέση των Αιτητών ότι και για το λόγο αυτό έπρεπε η προσφορά της επιτυχούσας να είχε απορριφθεί αφού αυτή παραβίαζε το υπο-κριτήριο Β9, παραβίαση που σύμφωνα με τους όρους του Διαγωνισμού έπρεπε να είχε οδηγήσει αναπόφευκτα σε ακυρότητα και απόρριψη χωρίς άνοιγμα του οικονομικού φακέλου.

Σχετική είναι και η Απόφαση του Δικαστή Ερωτοκρίτου στην υπόθεση αρ.718/2010 Hydrotech Water & Environmental Engineering Ltd v. Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών ημερ. 30.12.2011 όπου το Δικαστήριο εξέτασε το θέμα της δέουσας έρευνας:

Τα πιο πάνω εισηγήθηκαν εφαρμόζονται και στην παρούσα. Σε σχέση με τα υποκρίτηρια B3, B6 και B8 ήταν παραδεκτό γεγονός ότι οι Σύμβουλοι Μελετητές ανέγραψαν «Μ» - «Μη Αποδοχή». Ως εκ τούτου, τόσο οι Σύμβουλοι – Μελετητές όσο και η Επιτροπή Αξιολόγησης και το Συμβούλιο Προσφορών όφειλαν να είχαν διεξαγάγει δέουσα έρευνα σε σχέση με τις επιπτώσεις που έθεταν οι όροι του Διαγωνισμού σε περίπτωση ευρήματος «Μ» - « Μη Αποδοχής» σε έκαστο υποκρίτήριο και που ήταν η απόρριψη χωρίς άνοιγμα του οικονομικού φακέλου.

Σε σχέση με το υποκρίτήριο B9 και την παραβίαση των όρων 2.5.2 και 2.2.18 του Τόμου Γ τούτα θα έπρεπε εύλογα να είχαν γίνει αντιληπτά από όλα τα αρμόδια όργανα δεδομένης της τεράστιας διαφοράς που υπήρχε στην τιμολόγηση του στοιχείου αυτού μεταξύ της επιτυχούσας και των άλλων δύο έγκυρων προσφοροδοτών.

Απαιτείτο ρητή τεκμηρίωση για όλα τα υπο – κριτήρια συμπεριλαμβανομένων των υπο – κριτηρίων B3, B6, B8 και B9 σύμφωνα με τις διατάξεις του Πίνακα Β και των προνοιών του όρου 7.2 του Τόμου Α και το σχετικό Έντυπο 6 το οποίο αναφέρεται ρητά σε *«Στοιχεία Σχεδιασμού του έργου που πρέπει να υποβληθούν με την προσφορά»*.

Το επιτακτικό λεκτικό με κεφαλαία γράμματα που αναφέρεται στον υπέρτιτλο του Εντύπου 6 (*«πρέπει να υποβληθούν»*) καθώς και η ρητή απαίτηση για υποβολή τους *«με την προσφορά»* δεν αφήνει καμία αμφιβολία ούτε ως προς το ουσιώδες των όρων και συνεπώς έκαστου υποκριτηρίου αλλά ούτε και προς το χρονικό σημείο συμμόρφωσης με τους όρους αυτούς. Το χρονικό αυτό σημείο ήταν η ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Δεν θα έπρεπε κατ' ουδένα λόγο να επιτραπεί η εκ των υστέρων υποβολή των στοιχείων αυτών ή ακόμη χειρότερα η αποστολή επιστολής κατακύρωσης 10 σελίδων με την οποία να ζητείται, δίκην διαπραγμάτευσης, η εκ των υστέρων συμμόρφωση με τις απαιτήσεις των υποκριτηρίων B3, B6 και B8. Η παραβίαση του υποκριτηρίου B9 δεν εντοπίστηκε καν.

### **3. Λόγοι Ακυρότητας 6 και 7(σύμφωνα με την προσφυγή) Πλάνη περί το Νόμο και / ή τα πράγματα**

Είναι η θέση των Αιτητών ότι:

(α) Ο μη εντοπισμός από τους Συμβούλους – Μελετητές της παραβίασης του υπο – κριτηρίου B9 από την επιτυχούσα αποτελεί πλάνη περί τα πράγματα και έλλειψη δέουσας έρευνας η οποία εμφιλochώρησε και επαναλήφθηκε στο επίπεδο της Επιτροπής Αξιολόγησης και του Συμβουλίου Προσφορών.

(β) Η αποδοχή της τεχνικής προσφοράς της επιτυχούσας ως έγκυρης παρά το ρητό εύρημα των Συμβούλων – Μελετητών περί «Μ» - «Μη Αποδοχής» της στα υπο – κριτήρια B3, B6 και B8 και το μετέπειτα άνοιγμα της οικονομικής της προσφοράς και / ή η κατακύρωση με επιφύλαξη και/ή προϋποθέσεις σε αυτήν του Διαγωνισμού αποτελεί πλάνη περί το Νόμο και / ή έλλειψη δέουσας έρευνας από τους Συμβούλους – Μελετητές η οποία εμφιλochώρησε και επαναλήφθηκε στο επίπεδο της Επιτροπής Αξιολόγησης και του Συμβουλίου Προσφορών.

Επέστησαν την προσοχή μας ότι αρκεί η πιθανολόγηση πλάνης για ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης. Στην παρούσα περίπτωση η πλάνη προκύπτει κατά τρόπο σαφή από τα δεδομένα της υπόθεσης ως έχουν επεξηγηθεί ανωτέρω εισηγήθηκαν.

Στην παρούσα περίπτωση είναι σαφές ότι υπήρξε πλάνη περί το Νόμο εφόσον οι όροι του Διαγωνισμού ερμηνεύθηκαν εσφαλμένα από την Α.Α. σε όλα τα επίπεδα της διαδικασίας, αρχίζοντας από τους Συμβούλους – Μελετητές. Ειδικότερα, ενώ στον όρο 7.2.2 αναφέρεται σε σχέση με τα υπο–κριτήρια του Πίνακα Β με σκούρα μάλιστα γράμματα ότι *«Προσφορές που δεν συμμορφώνονται με τα παρακάτω αναφερόμενα θα απορρίπτονται»* (σχετικοί επίσης και οι όροι 7.2 και 7.6) και ενώ στο Έντυπο 6 ρητά αναφέρεται ότι τα ζητούμενα πρέπει να υποβληθούν με την προσφορά εντούτοις, οι Σύμβουλοι – Μελετητές με πλάνη περί το Νόμο και κατά παράβαση ουσιώδους τύπου έκριναν ως έγκυρη την τεχνική προσφορά της Επιτυχούσας.

Σύμφωνα με το Σύγγραμμα Αιμιλιανίδη, σελ.296 *«[...] η αναθέτουσα αρχή δεν κωλύεται να αποκλείσει προσφορά λόγω παρέκκλισης από ουσιώδη όρο και μετά το*

*άνοιγμα των οικονομικών φακέλων, ακόμα και αν προηγουμένως κατά την τεχνική αξιολόγηση λόγω εσφαλμένης ερμηνείας ή πλάνης δεν είχε διαπιστώσει την ύπαρξη της παρέκκλισης».*

Αυτό εισηγήθηκαν θα έπρεπε να είχε πράξει τόσο η Επιτροπή Αξιολόγησης όσο και το Συμβούλιο Προσφορών του Υπουργείου Εσωτερικών. Όμως τελώντας και τα δύο όργανα υπό πραγματική και νομική πλάνη η οποία εμφίλοχώρησε από την τελική γνωμάτευση των Συμβούλων – Μελετητών η οποία δεν ανταποκρινόταν στα ευρήματα τους, απέτυχαν να πράξουν αυτά που ρητά επέβαλλαν οι όροι του Διαγωνισμού.

#### **4. Λόγοι Ακυρότητας 8, 9, 10 και 11 (σύμφωνα με την προσφυγή) Παραβίαση αρχής ισότητας προσφοροδοτών – παραβίαση ουσιωδών όρων**

Είναι η θέση των Αιτητών ότι η προσβαλλόμενη πράξη/απόφαση λήφθηκε κατά παράβαση της αρχής της ισότητας. Τούτη η θέση των Αιτητών εδράζεται πάνω στα εξής παραδεκτά γεγονότα:

- (α) Ενώ η προσφορά τους κρίθηκε ως «Α» - Αποδεκτή σε όλα τα υπο – κριτήρια του Πίνακα Β (Β1 – 14) εντούτοις, κατά παράβαση των όρων του Διαγωνισμού και της αρχής της ισότητας τούτη εξισώθηκε με την προσφορά της Επιτυχούσας η οποία κρίθηκε ως «Μ» - Μη Αποδεκτή σε 3 υπο–κριτήρια.
- (β) Ενώ ήταν ρητός όρος του Διαγωνισμού ότι ο κρίσιμος χρόνος συμμόρφωσης των προσφορών με τους όρους ήταν κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, εντούτοις η Α.Α. προχώρησε στην κατακύρωση της προσφοράς υπό επιφύλαξη/προϋποθέσεις στην Επιτυχούσα, νοουμένου ότι αυτή θα συμμορφωνόταν με 10 σελίδες παρατυπιών που αναγράφονται στην επιστολή κατακύρωσης.

Στην παρούσα περίπτωση η Α.Α. ενεργώντας κάτω από νομική και πραγματική πλάνη επιχείρησε να αιτιολογήσει την εξαίρεση του επιτυχόντος προσφοροδότη

από ρητούς όρους του Διαγωνισμού με το αιτιολογικό ότι οι εν λόγω αποκλίσεις από τους όρους του Διαγωνισμού ήταν «επουσιώδεις». Τονίζεται ότι ο ισχυρισμός αυτός δεν τεκμηριώνεται ούτε δικαιολογείται καθ' οιονδήποτε τρόπο. Η άσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Α.Α. με τον τρόπο που ασκήθηκε είχε ως αποτέλεσμα την τοποθέτηση των Αιτητών σε δυσμενέστερη θέση και σε αφαίρεση του δικαιώματος τους για ίση μεταχείριση (Medcon Construction and Others v. Δημοκρατίας (1968) 3 Α.Α.Δ. σελ 535, 545). Σε κάθε περίπτωση, είναι η θέση των Αιτητών ότι δεν ετίθετο θέμα «διακριτικής ευχέρειας» της Α.Α. αφού οι όροι του Διαγωνισμού μπορούσαν να οδηγήσουν μόνο σε ένα αποτέλεσμα, ήτοι την απόρριψη της προσφοράς της επιτυχούσας.

Το Κοινοτικό Δίκαιο είναι κάθετο στην απαγόρευση τροποποίησης ή απάλειψης κριτηρίων στο Διαγωνισμό μετά την υποβολή των προσφορών. Πολύ σχετική είναι η Απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας της Ελλάδος στην Υπόθεση αρ. 311/2006 όπου στις σελίδες 131 και 132 γίνεται μια εξαιρετική ανάλυση της σχετικής νομολογίας του ΔΕΚ στις Υποθέσεις C-31/87 σκέψη 21, C-87/94 σκέψη 54, C-19/00 σκέψεις 34, 41 και 42, C-470/99 Σκέψη 93, C-448/01 σκέψεις 47, 49, 56 και 57 ως και την Απόφαση Πρωτοδικείου T-183/00. Σχετικές είναι επίσης και οι νεότερες Αποφάσεις του ΔΕΚ C-226/09, T-70/05 και C-532/06. Παρέπεμψαν περαιτέρω σε απόσπασμα από το βιβλίο *The Law of Public and Utilities Procurement, Second Edition, Professor Sue Arrowsmith p.550.*

Με τον τρόπο που ενήργησε η Α.Α., οι Αιτητές εξισώθηκαν με μια προσφορά υποδεέστερη και μη ανταποκρινόμενη στους όρους και Τεχνικές Προδιαγραφές. Η ίση αντιμετώπιση των άνισων είναι εξίσου παράνομη και απαράδεκτη όπως και η άνιση μεταχείριση των ίσων (αρ. 8(3) Ν.158(Ι)/1999). Στην ουσία η Α.Α. τροποποίησε τα κριτήρια του Διαγωνισμού με την απάλειψη των υπο-κριτηρίων Β3, Β6, Β8 και Β9 και την αυθαίρετη αλλαγή του τρόπου αξιολόγησης που προβλεπόταν στους όρους του Διαγωνισμού.

Κάνοντας αναφορά στις υποθέσεις J.N. Christophides Trading Limited v. The Republic [1985] 3 CLR 546, Petros Matsouka v. The Republic [1985] 3 CLR 686 ο Αχιλλεύς Κ. Αιμιλιανίδης αναφέρει στη σελ. 296 του ανωτέρω αναφερόμενου συγγράμματος του:

*«Έχει επομένως αποφασιστεί ότι η αξιολόγηση προσφοράς κατά παράβαση ουσιωδών όρων της προσφοράς, με βάση τους οποίους θα αποκλειόταν από τη διαδικασία ο επιτυχών προσφοροδότης, συνιστά κατάχρηση εξουσίας από πλευράς της διοίκησης και παραβίαση των αρχών της ισότητας των προσφοροδοτών που οδηγεί στην ακύρωση της πράξης κατακύρωσης».*

Στην παρούσα υπόθεση η πραγματική και νομική κατάσταση είναι ταυτόσημη και είναι η θέση των Αιτητών ότι το αποτέλεσμα πρέπει να είναι το ίδιο, ήτοι η προσβαλλόμενη πράξη κατακύρωσης να ακυρωθεί.

Εγείρεται τέλος και θέμα επαρκούς και/ή πλήρους αιτιολογίας από τα αρμόδια όργανα στην παρούσα περίπτωση. Υπό το φώς του ρητού ευρήματος ότι η προσφορά της επιτυχούσας ήταν «Μ» - Μη Αποδεκτή στα υπο-κριτήρια Β3, Β6 και Β8 (χωρίς να συμπεριλαμβάνεται η ανωτέρω αναφερόμενη παραβίαση του υπο-κριτηρίου Β9) τότε κάποιος θα ανέμενε τουλάχιστον μια τεκμηριωμένη και επαρκή αιτιολογία από τα αρμόδια όργανα με την οποία να αιτιολογείται η απόφαση τους περί αποδοχής των αποκλίσεων αυτών. Αντίθετα:

- (α) Δεν γίνεται καμία αναφορά και/ή ερμηνεία των όρων απόρριψης και εγκυρότητας προσφοράς.
- (β) Δεν γίνεται αιτιολογημένος διαχωρισμός των υπο-κριτηρίων στα οποία υπήρξε παραβίαση σε ουσιώδη και επουσιώδη ούτως ώστε να καθίσταται δυνατός ο δικαστικός έλεγχος.
- (γ) Δεν γίνεται αναφορά στην άδικη και παράνομη εξίσωση των Αιτητών η προσφορά των οποίων αξιολογήθηκε με «Α» - Αποδεκτή σε όλα τα υπο-κριτήρια με την προσφορά της Επιτυχούσας η οποία είχε σε τρία υπο-κριτήρια αξιολογηθεί ως «Μ» - Μη Αποδεκτή.

Η προσβαλλόμενη πράξη/απόφαση της Α.Α. λήφθηκε κατά παράβαση των Αρ. 38, 44, 48 και 52 του Ν.158(Ι)/1999 αφού η προσφορά των Αιτητών δεν κρίθηκε με τα ίδια κριτήρια με τα οποία κρίθηκε η προσφορά του επιτυχόντος προσφοροδότη ή/και για την κρίση της χρησιμοποιήθηκαν μέσα και κριτήρια ή/και ερμηνεύθηκαν όροι κατά τρόπο δυσανάλογο προς τον επιδιωκόμενο σκοπό ή/και η κρίση της προσφοράς των Αιτητών ή/και η κρίση ή/και η μη επιλογή της προσφοράς των Αιτητών έγινε για να επιτευχθεί σκοπός κατάδηλα ξένος προς τον επιδιωκόμενο σκοπό.

Παραπέμποντας σε πάγια νομολογία επί των επιπτώσεων παραβίασης ουσιώδους όρου Διαγωνισμού τηρήθηκαν οι όροι που προβλέπονταν από την ίδια την προκήρυξη της Προσφοράς. Η Α.Α. αποδέχτηκε τελικά μια προσφορά που ήταν πρόδηλα εκτός των όρων προσφοράς και σε αρκετά σημεία έκδηλα παράνομη.

Είναι η θέση των Αιτητών ότι τόσο το ουσιώδες των παραβάσεων όσο και η ανάγκη πλήρους και/ή επαρκούς αιτιολογίας υπό το φώς της κρίσιμης απόκλισης της Επιτυχούσας από τις απαιτήσεις του Διαγωνισμού επιβάλλονται και από τη φύση του έργου που αποτελεί το αντικείμενο του Διαγωνισμού και άπτεται της δημόσιας υγείας και ασφάλειας. Είναι ακριβώς η ανάγκη για συμμόρφωση με αυστηρές απαιτήσεις της Ε.Ε. που οδήγησε στην υλοποίηση αυτού του Έργου. Είναι λόγω της κρίσιμης κοινωνικής και πρακτικής του σημασίας που το Έργο είναι συγχρηματοδοτούμενο. Για το λόγο αυτό η ίδια η Αναθέτουσα Αρχή προχώρησε με τη σύνταξη αυστηρών προδιαγραφών και απαιτήσεων με ρητές πρόνοιες εκτεταμένης τεκμηρίωσης και με επιτακτικό λεκτικό απόρριψης σε μη συμμορφούμενες προσφορές.

Άνευ επηρεασμού των όσων αναφέρονται ανωτέρω, οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι το εύρημα της Α.Α. ότι η προσφορά της Επιτυχούσας ήταν η χαμηλότερη δεν ανταποκρίνεται στα πραγματικά και νομικά δεδομένα της παρούσας υπόθεσης:



- (α) Είναι άγνωστο ποιό θα ήταν το κόστος της προσφοράς της Επιτυχούσας εάν είχε συμμορφωθεί πλήρως με τις απαιτήσεις του Διαγωνισμού
- (β) Είναι άγνωστο ποιό θα ήταν το κόστος των προσφορών των δύο έγκυρων προσφοροδοτών, συμπεριλαμβανομένων των Αιτητών εάν γνώριζαν εξαρχής την αποδοχή μη συμμόρφωσης των προσφοροδοτών με ουσιώδη κριτήρια του Διαγωνισμού.

Είναι γι' αυτόν ακριβώς το λόγο που η νομολογία μας έχει καθορίσει ως κρίσιμο χρόνο συμμόρφωσης των προσφοροδοτών με τους όρους του Διαγωνισμού την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς. Η έννοια της κατακύρωσης υπό αίρεση/ προϋπόθεση/ επιφύλαξη είναι παντελώς ξένη προς τη νομολογία μας, προς το Ν.12(1)/2006 και προς την Κ.Δ.Π.201/2007 εντός των οποίων δεν προνοείται καμία τέτοια ενδιάμεση διαδικασία συμμόρφωσης στα πλαίσια ανοικτών διαγωνισμών σε αντίθεση με διαγωνισμούς με διαπραγμάτευση στους οποίους προσφέρεται τέτοια ευχέρεια.

Για όλους τους πιο πάνω λόγους και για κάθε ένα κεχωρισμένα οι Αιτητές αιτούνται την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης / απόφασης.

#### **Δ. ΘΕΣΕΙΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ**

Αφού παρέθεσαν σχετική νομολογία και έθεσαν το θεωρητικό υπόβαθρο που διέπει την κρίση της Αρχής για το συγκεκριμένο ζήτημα προέβαλαν τη θέση ότι η προσβαλλόμενη απόφαση ελήφθη ορθά, νόμιμα και μετά από δέουσα έρευνα επί όλων των ουσιωδών πραγματικών γεγονότων και κάθε ισχυρισμός περί του αντιθέτου θα πρέπει να απορριφθεί.

Έπειτα απάντησαν σε κάθε έκαστο ισχυρισμό των Αιτητών ως εξής:

- 1. Παραβίαση των όρων 3.2, 7.2.2. και 7.6 του Τόμου Α / Παραβίαση υπο – κριτηρίων Β3, Β6, Β8 του Πίνακα Β του όρου 7.2 και των Εντύπων 6 χf και 7 Παράρτημα 18 του Τόμου Α**

Αναφορικά με τον ισχυρισμό εκ μέρους των Αιτητών, ότι η προσφορά του επιτυχόντα προσφοροδότη Ηλέκτωρ Α.Ε., θα έπρεπε να είχε απορριφθεί και ότι η Αναθέτουσα Αρχή δε θα έπρεπε να προχωρούσε στην αποσφράγιση του οικονομικού φακέλου της προσφοράς του, καθότι η υποβληθείσα εκ μέρους του προσφορά, παραβιάζει ουσιώδεις όρους των εγγράφων του διαγωνισμού και συγκεκριμένα, σύμφωνα με την εισήγηση, παραβιάζει τα υπο-κριτήρια Β3, Β6 και Β8 του Πίνακα Β του όρου 7.2.2. του Τόμου Α απάντησαν ως εξής:

Κατ' αρχήν σημείωσαν ως παραπλανητικό ισχυρισμό των Αιτητών, ότι ενώ η τεχνική προσφορά του επιτυχόντα προσφοροδότη χαρακτηρίστηκε ως «Μ» - «Μη αποδεκτή», από τους Σύμβουλους – Μελετητές και εντοπίστηκε η παραβίαση των υπο-κριτηρίων Β3, Β6 και Β8, εντούτοις, η προσφορά του θεωρήθηκε ως έγκυρη και αποσφραγίστηκε η οικονομική του προσφορά, ενώ αυτή θα έπρεπε να είχε απορριφθεί. Στη σχετική έκθεση των Συμβούλων – Μελετητών, στη σελίδα 9 αυτής, στην οποία εμπεριέχεται σε πίνακα η τελική αξιολόγηση των προσφορών από τους Σύμβουλους - Μελετητές, ανά κριτήριο, όπου και η τελική γνωμοδότηση των Συμβούλων επί της προσφοράς του επιτυχόντα, εμφανίζεται η αποδοχή της προσφοράς αυτού, χαρακτηριζόμενη ως «Α», κρινόμενη στο σύνολό της ως αποδεκτή. Στις λοιπές σελίδες της έκθεσης των Συμβούλων, ήτοι στις σελίδες 10 – 42, παρατίθενται οι παρατηρήσεις των Συμβούλων επί των υποβληθεισών προσφορών, ως αιτιολόγηση της αξιολόγησης, που αποτελούν μέρος και της έκθεσης αξιολόγησης τους.

Κατά την εξέταση της Τεχνικής Πρότασης του επιτυχόντα προσφοροδότη και συγκεκριμένα του Κριτηρίου Β *«Συμμόρφωση των προτεινόμενων Έργων και Η/Μ Εξοπλισμού με τις απαιτήσεις των Εγγράφων Διαγωνισμού»*, εντοπίστηκαν από τους Συμβούλους – Μελετητές, αποκλίσεις σε τρία (3) εποσιώδη κατά την άποψη τους από τα δεκατέσσερα (14) υπο-κριτήρια, ήτοι στα υπο-κριτήρια Β3, Β6 και Β8. Τόνισαν δε ότι στο σύνολο της η προσφορά του επιτυχόντα, κρίθηκε ως αποδεκτή και ότι ικανοποιούσε τις απαιτήσεις των εγγράφων διαγωνισμού, έστω και αν παρουσίαζε ορισμένες μη ουσιώδεις αποκλίσεις στην Τεχνική Προσφορά πράγμα που συνέβαινε με όλες τις προσφορές.

Παρέπεμψαν περαιτέρω στη σημείωση που καταγράφεται στην έκθεση των Συμβούλων στη σελίδα 9 και τούτο σε συνάρτηση με την τεχνική προδιαγραφή 1.2.3. του Τόμου Γ των εγγράφων του διαγωνισμού «*Απαιτήσεις Εργοδότη και Τεχνικές Προδιαγραφές*», ότι σε κάθε περίπτωση η αποδοχή των προσφερόντων, γίνεται με επιφύλαξη αποδοχής και ενσωμάτωσης στο προσφερόμενο έργο, των παρατηρήσεων που ακολουθούν στην Ενότητα Β της έκθεσης αξιολόγησης.

Στην τεχνική προδιαγραφή 1.2.3 του Τόμου Γ των εγγράφων του διαγωνισμού «*Απαιτήσεις Εργοδότη και Τεχνικές Προδιαγραφές*», ήτοι «*Υποχρεώσεις Διαγωνιζομένων και Αναδόχου*» καταγράφεται ρητώς ότι, ο Ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να συντάξει και να υποβάλει προς έγκριση στο Μηχανικό, τη Μελέτη Εφαρμογής του Έργου, η οποία θα γίνει λαμβάνοντας υπόψη τις Μελέτες Προσφοράς του Αναδόχου και τις όποιες παρατηρήσεις του Εργοδότη, οι οποίες εντοπίστηκαν κατά τη φάση αξιολόγησης της προσφοράς, με βάση τη διαδικασία που περιγράφεται στα έγγραφα του διαγωνισμού.

Τέλος ισχυρίστηκαν ότι, οι όποιες αποκλίσεις εντοπίστηκαν από τους Σύμβουλους – Μελετητές στην προσφορά του επιτυχόντα προσφοροδότη, ήτοι εν σχέση με τα υποκριτήρια Β3, Β6 και Β8, κρίθηκαν από τους καθόλα ειδικούς επί του προκειμένου θέματος, επουσιώδεις και είναι γι' αυτό το λόγο που στο τέλος η προσφορά του επιτυχόντα κρίθηκε ως αποδεκτή στο σύνολό της.

Εισηγήθηκαν ότι οι όποιες ελλείψεις εντοπίστηκαν από τους Σύμβουλους – Μελετητές στην έκθεση αξιολόγησης τους, υπό μορφή παρατηρήσεων και κρίθηκαν από τους ίδιους ως επουσιώδεις, αυτές δύνανται να τύχουν διόρθωσης στη βάση της τεχνικής προδιαγραφής 1.2.3. του Τόμου Γ, «*Απαιτήσεις Εργοδότη και Τεχνικές Προδιαγραφές*», στην οποία τεχνική προδιαγραφή, καταγράφονται τα ακόλουθα:

*«[...] Η σύνταξη της Μελέτης Εφαρμογής του Έργου, θα γίνει λαμβάνοντας υπόψη τις Μελέτες Προσφοράς του Αναδόχου και τις όποιες παρατηρήσεις του Εργοδότη, οι οποίες εντοπίστηκαν κατά τη φάση αξιολόγησης της προσφοράς, με βάση τη διαδικασία που περιγράφεται στα έγγραφα του παρόντος διαγωνισμού.*

[...]

*Αντίθετα ο Ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να αλλάξει – τροποποιήσει το σχεδιασμό του, στα σημεία που θα του υποδείξει ο Μηχανικός, καθώς επίσης είναι υποχρεωμένος να αυξήσει τις διαστάσεις των επιμέρους έργων και του εξοπλισμού του, εάν προκύψει ότι η διαστασιολόγηση που είχε γίνει αντιβαίνει τους κανονισμούς που αναφέρονται στα έγγραφα διαγωνισμού του έργου, έστω και εάν αυτό δεν έγινε αντιληπτό από την Επιτροπή Αξιολόγησης κατά τη διαδικασία αξιολόγησης της πρότασής του».*

Στη βάση των ανωτέρω, κατέληξαν ότι, οι προαναφερόμενες ελλείψεις που διαπιστώθηκαν στο στάδιο της αξιολόγησης, δύναται να καλυφθούν στο στάδιο των μελετών εφαρμογής και συνεπώς μπορεί να γίνει αποδεκτή με επιφύλαξη αποδοχής και ενσωμάτωσης στο προσφερόμενο έργο.

Σε ότι αφορά τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι δεν νοείται αποδοχή προσφοράς με επιφύλαξη ή υπό τον όρο διόρθωσης και ότι τούτο συνιστά εκ των υστέρων συμπλήρωση και/ή διόρθωση της προσφοράς, εισηγήθηκαν ότι αυτός δεν ευσταθεί για τους ακόλουθους λόγους:

- Πρώτον, η εκ των υστέρων συμπλήρωση και/ή διόρθωση της προσφοράς και/ή αποδοχή προσφοράς υπό επιφύλαξη ή υπό τον όρο διόρθωσης της, δεν ισχύει στην προκειμένη περίπτωση, αφού οι όποιες αποκλίσεις, συνιστούσαν επουσιώδεις αποκλίσεις, επί επουσιωδών όρων, αφού έτσι ακριβώς κρίθηκαν από τους Σύμβουλους, θέμα το οποίο είναι ούτως ή άλλως καθαρά τεχνικής φύσεως.
- Δεύτερον, τέτοια «διόρθωση», δηλαδή εφαρμογή των παρατηρήσεων που θα εντοπιστούν κατά τη φάση αξιολόγησης, όχι μόνον επιτρέπετο ρητώς από τους ίδιους τους όρους του διαγωνισμού, αλλά και απαιτείτο, ως ανωτέρω.
- Τρίτον, τέτοιες παρατηρήσεις υπήρχαν για όλους τους προσφέροντες, συμπεριλαμβανομένων και των Αιτητών. Συνεπώς, ακόμα και στην υποθετική περίπτωση που η κατακύρωση της προσφοράς γινόταν στους Αιτητές, οι παρατηρήσεις των Συμβούλων που καταγράφονται στις σελίδες 36 – 42, θα έπρεπε στη βάση της τεχνικής προδιαγραφής 1.2.3 του Τόμου Γ των εγγράφων του διαγωνισμού, να εφαρμοστούν, όπως ακριβώς συνέβηκε και στην

περίπτωση του επιτυχόντα προσφοροδότη για τον οποίο προέβαλαν αμφιβολίες αναφορικά με τη νομιμοποίηση του σε σχέση με την επίκληση των ως άνω παραβιάσεων της επιτυχούσας.

**2. Παραβίαση των όρων 2.5.2 και 2.2.18 Τόμου Γ, του υπο – κριτηρίου B9 του Πίνακα Β του όρου 7.2 και Παράρτημα 18, Έντυπα 6 και/ή 7 Τόμου Α των Εγγράφων Διαγωνισμού**

Αναφορικά με τον ισχυρισμό εκ μέρους των Αιτητών, ότι η προσφορά του επιτυχόντα προσφοροδότη παραβιάζει τον όρο 2.5.2 του Τόμου Γ των εγγράφων του διαγωνισμού, αφού στην τεχνική του προσφορά στο σχεδιασμό, παραλείπεται στρώση εξομάλυνσης 50cm, αποφεύγοντας σημαντική δαπάνη, της τάξης των €250.000 και να καταστεί έτσι αθέμιτα πιο ανταγωνιστικός από τους λοιπούς προσφοροδότες ανέφεραν τα εξής:

Η απόκλιση της οικονομικής προσφοράς του επιτυχόντα, ανέρχεται στο 7% εν σχέση με το μέσο όρο των υπολοίπων οικονομικών προτάσεων. Τόνισαν επίσης ότι, η τιμολόγηση εργασιών, ποικίλλει ανάλογα με την εκτίμηση την οποία πραγματοποιεί ο ένας έκαστος υποψήφιος εργολάβος. Είναι γεγονός εξάλλου, ότι και η προσφορά των Αιτητών παρουσιάζει διαφοροποιήσεις σε ορισμένα άρθρα, εν σχέση με τις προσφορές των υπολοίπων προσφοροδοτών.

Είναι λανθασμένη και πεπλανημένη ισχυρίστηκαν η αναφορά των Αιτητών, ότι η έκθεση των Συμβούλων - Μελετητών αναφορικά με τη μη προσφορά επιπλέον στρώσης εξομάλυνσης πάχους 50cm από τον επιτυχόντα προσφοροδότη, είναι ελλειμματική και δεν αντικατοπτρίζει τη σοβαρότητα της παραβίασης, καθώς και τις επιπτώσεις της, αφού η συνολική προσφορά γίνεται αποδεκτή με επιφύλαξη αποδοχής και ενσωμάτωσης στο προσφερόμενο έργο, η οποία επιφύλαξη που έχει εντοπισθεί, θα πρέπει να διορθωθεί στο στάδιο των μελετών εφαρμογής υπό την έγκριση του Μηχανικού του έργου, όπως αναφέρεται και ανωτέρω.

Σε ότι αφορά τη διάσταση που δίνουν οι Αιτητές περί παραβίασης του οικονομικού αντικείμενου του έργου, ο Τεχνικός Σύμβουλος δεν μπορεί παρά μόνο να υποδείξει τη

σχεδιαστική έλλειψη κάθε διαγωνιζομένου, χωρίς να υπεισέρχεται σε οικονομικά δεδομένα. Σημείωσαν ότι όλες οι ελλείψεις, αλλά και οι τεχνικές λύσεις που προτείνονται από κάθε διαγωνιζόμενο επηρεάζουν άμεσα το οικονομικό αντικείμενο του έργου. Επιπρόσθετα επισημαίνεται ότι, η όποια προσαρμογή / τροποποίηση σχεδιαστικής έλλειψης, που έχει εντοπισθεί κατά την αξιολόγηση και απαιτηθεί κατά το στάδιο μελετών εφαρμογής, αποτελεί υποχρέωση του Αναδόχου, χωρίς περαιτέρω οικονομική απαίτηση, όπως ρητώς αναφέρεται στον όρο 1.2.4 του Τόμου Γ των εγγράφων του διαγωνισμού «Απαιτήσεις Εργοδότη και Τεχνικές Προδιαγραφές».

Επιπρόσθετα αναφέρεται ότι, η τιμολόγηση εργασιών ποικίλλει ανάλογα με την εκτίμηση που πραγματοποιεί ο κάθε υποψήφιος ανάδοχος. Κατ' επέκταση και η προσφορά των Αιτητών παρουσιάζει έντονες διαφοροποιήσεις συγκρινόμενη με τις προσφορές των υπολοίπων υποψηφίων. Συγκεκριμένα για την εργασία που αφορούσε την κατασκευή του πλευρικού φραγμού τσιμέντο-μπετονίτη που αναφέρεται στο άρθρο 29.A2.2.2 η τιμολόγηση των Αιτητών είναι της τάξης των €228.000, ενώ ο μέσος όρος των δυο άλλων προσφερόντων είναι της τάξης των €432.000.

Περαιτέρω, προβάλλεται ο ισχυρισμός εκ μέρους των Αιτητών, ότι η προσφορά του επιτυχόντα παραβιάζει τον όρο 2.2.18 του Τόμου Γ των εγγράφων του διαγωνισμού, καθότι στο σχέδιο που υπέβαλε ο επιτυχών προσφοροδότης, δεικνύεται μεν δρόμος, αλλά αυτός ο δρόμος είναι χωμάτινος περιμετρικός δρόμος, αντί δρόμος με ασφαλική στρώση κυκλοφορίας πάχους 0,10m σε δύο στρώσεις και με τα λοιπά χαρακτηριστικά που καταγράφονται στον όρο 2.2.18 του Τόμου Γ των εγγράφων του διαγωνισμού. Προβάλλεται επίσης ο ισχυρισμός ότι το γεγονός αυτό, ήτοι αυτός ο σχεδιασμός έγινε προκειμένου να αποφευχθεί σημαντική δαπάνη από τις υποχρεώσεις του και να αποκτήσει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα από τους λοιπούς προσφοροδότες. Είναι περαιτέρω ο ισχυρισμός των Αιτητών, ότι η παραβίαση αυτή, δεν έγινε αντιληπτή από τους Συμβούλους- Μελετητές που διενήργησαν την αξιολόγηση και ότι αυτή η πλάνη εμφιλοχώρησε επίσης και στην εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης και στην απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών.

Με παραπομπή στον όρο 2.2.18 του Τόμου Γ των εγγράφων του διαγωνισμού, «*Έργα Εσωτερικής Οδοποιίας*», ανέφεραν ότι τα Έργα εσωτερικής οδοποιίας, όπως η συγκεκριμένη εργασία, περιλαμβάνονται στην ομώνυμη κατηγορία στα Έντυπα 6 Χf και 7 - ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 18 του Τόμου Α - Υπο-κριτήριο Β9 του Πίνακα Β του όρου 7.2.2. Από την παράθεση του ανωτέρω αναφερόμενου όρου, προκύπτει ότι οι Αιτητές σφάλουν στα όσα αναφέρουν ανωτέρω, καθώς σύμφωνα με τον συγκεκριμένο όρο του διαγωνισμού: «Η βασική αρτηρία η οποία θα οδηγεί στη δεξαμενή συλλογής των στραγγισμάτων θα έχει τα ακόλουθα χαρακτηριστικά»). Οι ανωτέρω αναφερόμενες τεχνικές προδιαγραφές, αφορούν στη βασική αρτηρία η οποία θα οδηγεί στη δεξαμενή. Στην προσφορά του επιτυχόντα προσφοροδότη, (σχέδιο Οριζοντιογραφία Γενικής Διάταξης Έργων Αποκατάστασης του ΧΑΔΑ Αγ. Μαρινούδας - αρ. σχεδίου PF29 f.1.2), η προτεινόμενη βασική αρτηρία (αριθμός 9 στο υπόμνημα) που οδηγεί στη δεξαμενή των στραγγισμάτων (αριθμός 4 στο υπόμνημα) έχει όλα τα χαρακτηριστικά που αναφέρονται στους όρους του διαγωνισμού που αναφέρθηκαν ανωτέρω. Η θέση της δεξαμενής στραγγισμάτων είναι κοντά στην πύλη εισόδου, συνεπώς η προτεινόμενη οδός είναι μικρή σε μήκος (και προφανώς οικονομικότερη άλλων προσφορών που έχουν τοποθετήσει την δεξαμενή των στραγγισμάτων σε μεγαλύτερη απόσταση). Οι Αιτητές συγχέουν τη βασική αρτηρία με ένα δευτερεύοντα περιμετρικό δρόμο (αριθμός 11 στο υπόμνημα), για τον οποίο δεν ζητείται πουθενά από τους όρους των εγγράφων του διαγωνισμού να πληροί τις προδιαγραφές της βασικής αρτηρίας.

Εν πάση περιπτώσει, το θέμα αξιολόγησης των προσφορών και συγκεκριμένα η συμμόρφωση μίας προσφοράς με συγκεκριμένους όρους, εισηγήθηκαν συνιστά θέμα καθαρά τεχνικής φύσεως. Οι ειδικοί τεχνοκράτες, κρίνουν τις υποβληθείσες προσφορές και προβαίνουν σε εισήγηση και το Δικαστήριο και/ή η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών, δεν μπορεί να αμφισβητήσει την εισήγηση αυτή και να προβεί σε αντίθετη διαπίστωση.

Συνεπώς η διαπίστωση των γεγονότων ανήκει στην αρμόδια αρχή και το Δικαστήριο και/ή η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών, τότε και μόνο επεμβαίνει εισηγήθηκαν εάν

υπάρχει πλάνη περί τα πράγματα ή το νόμο, ή η αρμόδια αρχή υπερβαίνει τα ακραία όρια της διακριτικής εξουσίας, με το νόημα ότι η διαπίστωση των γεγονότων δεν είναι εύλογα επιτρεπτή με βάση τα ενώπιον της στοιχεία.

Βάσει όλων των ανωτέρω κατέληξαν ότι η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής για κατακύρωση της προσφοράς στον επιτυχόντα προσφοροδότη, είναι καθόλα ορθή και ως εκ τούτου η παρούσα Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη και η προσβαλλόμενη απόφαση να επικυρωθεί.

**Ε. Αφού ακούσαμε τις θέσεις των δύο πλευρών και μελετήσαμε ενδελεχώς τα σχετικά στοιχεία του Διοικητικού Φακέλου της υπόθεσης καταλήγουμε στα ακόλουθα:**

Θα καταπιαστούμε στην αρχή με τον πρώτο λόγο ακύρωσης που ήγειραν ενώπιον μας οι Αιτητές και συγκεκριμένα τον ισχυρισμό περί παραβάσεως ουσιωδών όρων του διαγωνισμού ήτοι των όρων 3.2, 7.2.2, 7.2.2.2 και 7.6 του Τόμου Α και των υποκριτηρίων Β3, Β6, Β8 του Πίνακα Β του όρου 7.2 και των Εντύπων 6 Χf και 7 Παράρτημα 18 του Τόμου Α.

Είναι αναντίλεκτο ότι κατά την τεχνική αξιολόγηση η προσφορά της επιτυχούσας σημειώθηκε ως μη αποδεκτή αναφορικά με την πλήρωση των υπο-κριτηρίων Β3, Β6, Β8. Στη δε Έκθεση Αξιολόγησης περιγράφεται εκτενώς η αιτιολόγηση για την κατάληξη μη αποδοχής για το κάθε κριτήριο ενώ σημειώνονται οι εν λόγω παραβάσεις ως «σοβαρό σχεδιαστικό λάθος» αναφορικά με το υπο-κριτήριο Β3, «ότι το σφάλμα στους υδραυλικούς υπολογισμούς είναι μεγάλο καθιστώντας τους ως μη γενόμενους» αναφορικά με το υπο-κριτήριο Β6 και αναφορικά με το υπο-κριτήριο Β8 «Δεν εφαρμόζεται σύστημα παρακολούθησης επιφανειακών νερών στους χώρους PF01, PF03, PF09, PF10, PF12, PF15, PF20, PF31, PF33, PF34 και επιπλέον για τα μετεωρολογικά στοιχεία προτείνεται η εγκατάσταση μετεωρολογικού σταθμού ενώ στα



*τεύχη προτείνεται η λήψη των μετεωρολογικών στοιχείων να γίνεται από μετεωρολογικούς σταθμούς πλησίον της περιοχής μελέτης».*

Ως τελική γνωμοδότηση και για τα τρία υπο-κριτήρια σημειώνεται στον σχετικό πίνακα η μη αποδοχή. Εν αντιθέσει η τελική αξιολόγηση της προσφοράς καταλήγει σε αποδοχή της.

Η ως άνω νοητική επεξεργασία καταλήγει θεωρούμε σε αντίφαση.

Είναι ξεκάθαρο με βάση τους όρους του εν λόγω Διαγωνισμού και συγκεκριμένα τον όρο 7.2.2. αλλά και από το λεκτικό που προηγείται του Πίνακα Β όπου καταγράφονται τα επίμαχα υπο-κριτήρια, ότι *«οι προσφορές που δεν συμμορφώνονται με τα παρακάτω αναφερόμενα θα απορρίπτονται»*. Η ως άνω πρόταση καταγράφεται δε με έντονα μαύρα γράμματα αμέσως πριν την παράθεση του Πίνακα Β. Το ίδιο αναγράφεται και στο δεύτερο εδάφιο της παραγράφου 7.2.2. κάτω από τον τίτλο *«Έντυπο Αξιολόγησης IV. Αξιολόγηση Τεχνικών Προσφορών»* ήτοι *«Μόνο προσφορές που θα συμμορφώνονται με τα ως άνω αναφερόμενα θα κρίνονται αποδεκτές για περαιτέρω αξιολόγηση»*. Τα ως άνω τονίζουν ξεκάθαρα τη σημασία τήρησης των εν λόγω προδιαγραφών για σκοπούς κατακύρωσης του Διαγωνισμού μη αφήνοντας οιονδήποτε περιθώριο κρίσης για τις επιπτώσεις της οιασδήποτε παράβασης τους. Οιαδήποτε απόκλιση από αυτούς αποτελεί παράβαση ουσιώδους όρου του Διαγωνισμού και οδηγεί αναπόφευκτα στον αποκλεισμό προσφοράς. Οιαδήποτε προσπάθεια κατάδειξης από την Α.Α. των ως άνω όρων ως επουσιωδών έρχεται σε καταφανή ρήξη με το ξεκάθαρο γράμμα των όρων και καθίσταται άσκοπη η οιαδήποτε ενασχόληση με αυτή.

Η κρίση κατά πόσο συγκεκριμένος όρος είναι ουσιώδης ανήκει στο Δικαστήριο, το δε κριτήριο με βάση το οποίο καθορίζεται η σημασία συγκεκριμένου όρου είναι αντικειμενικό και συνίσταται στην αποτίμηση της σημασίας που ενέχει η τήρησή του με βάση τους ίδιους τους όρους, στη λήψη της απόφασης για την κατακύρωση της προσφοράς. Συνεπώς, ουσιώδης όρος είναι ο όρος η τήρηση του οποίου είναι αποφασιστικής σημασίας για τη λήψη και το περιεχόμενο της απόφασης για την κατακύρωση της προσφοράς (βλ. *Medcon Construction and Others v. Republic (1968)*)

3 CLR 353, Kounnas & Sons Ltd v. Republic (1972) 3 CLR 542 και Vouniotis & Sons v. Republic (1985) 3 CLR 2355).

Η προβολή δε εκ μέρους της Α.Α. επιχειρήματος ότι πρόκειται στην ουσία για παρατηρήσεις που εξομοιώνονται με παρατηρήσεις που έγιναν για όλους τους προσφοροδότες δεν βρίσκει έρεισμα ούτε και στην αξιολόγηση που προήλθε από την Α.Α. Είναι βεβαίως ουσιώδης η διαφοροποίηση επί παρατηρήσεων που καταλήγουν σε αποδοχή των κριτηρίων και σε παρατηρήσεις που καταλήγουν να κρίνουν αυτά ως μη αποδεκτά. Στην ουσία πρόκειται για ξεκάθαρη κρίση διαχωρισμού ουσιωδών και επουσιωδών παρεκκλίσεων από το Διαγωνισμό που έγιναν από την ίδια την Α.Α. Η τελική κρίση περί τελικής αποδοχής προσφοράς που εκρίθη ως μη αποδεκτή σε προβλεπόμενα κριτήρια τα οποία σύμφωνα με ρητούς όρους του Διαγωνισμού οδηγούν σε απόρριψη της, καθίσταται παράνομη και εγένετο καθ' υπέρβαση των ορίων διακριτικής ευχέρειας της Α.Α.

Περαιτέρω δεν μπορούμε να μη σημειώσουμε ότι η εν λόγω νοητική επεξεργασία καταλήγει σε κρίση, η αιτιολογία της οποίας αφαιρεί από το δικαστήριο τη δυνατότητα ελέγχου. Το κενό που προκύπτει από την αρχική κρίση της μη αποδοχής ως προς τα τρία υπο-κριτήρια και της τελικής κρίσης περί αποδοχής του κριτηρίου Β και συνεπακόλουθα της προσφοράς καθώς και από την αιτιολογία της μη αποδοχής για έκαστο από τα παραβιαζόμενα υπο-κριτήρια όπου εμφανίζονται ως μείζονες οι σημειούμενες αποκλίσεις οι οποίες αξιολογούνται ικανές να παρέμβουν δραστικά στην ορθή αποπεράτωση του έργου, δημιουργεί λογική αντίφαση που καθιστά την ως άνω απόφαση ανατιολόγητη.

Όσον αφορά δε το ζήτημα της κατακύρωσης υπό επιφύλαξη θεωρούμε το εν λόγω πρωτόγνωρο στο πεδίο των Δημοσίων Συμβάσεων. Οι Δημόσιοι Διαγωνισμοί διέπονται από ένα αυστηρό πλαίσιο νόμων και κανονισμών που σκοπό έχουν να διαφυλάξουν τόσο το δημόσιο συμφέρον από την άποψη παροχής εχεγγύων για την ορθή αποπεράτωση των δημοσίων έργων αλλά και την καλώς νοούμενη εμπιστοσύνη

των πολιτών προς τη διοίκηση για τη διεξαγωγή αμετάβλητων διαδικασιών ως προς τη διαχείριση του δημόσιου χρήματος. Στα πλαίσια αυτών η κρίση περί πλήρωσης των όρων εκάστου διαγωνισμού διενεργείται μέχρι την τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Απ' εκεί κι έπειτα συζητούμε πλέον για ανεπίτρεπτη μεταγενέστερη διόρθωση προσφοράς πράγμα που επιφέρει ανεπανόρθωτο ρήγμα σε όλα όσα παραπάνω αναφέραμε και συνιστούν το αυστηρό οικοδόμημα των δημόσιων διαγωνισμών.

Από το «Κυπριακό Δίκαιο των Δημοσίων Συμβάσεων» του Αχ. Αιμιλιανίδη:

*«Η συμμόρφωση με τους όρους της προσφοράς πρέπει να υφίσταται κατά την υποβολή των προσφορών και εκ των υστέρων διόρθωση δεν είναι δυνατή ..... Η υποβολή στοιχείων από τον προσφοροδότη εκ των υστέρων παραβιάζει την αρχή της χρηστής διοίκησης και την αρχή της ισότητας. Δεν είναι επομένως εφικτή υποβολή εγγράφων ή τροποποίηση των εγγράφων που υποβλήθηκαν, ώστε να θεραπεύεται η απόκλιση από ουσιώδη όρο, μέσα από την άσκηση του δικαιώματος της διοίκησης για παροχή διευκρινίσεων».*

*Όπως έχει σημειωθεί από τη νομολογία, από τη στιγμή που ένας όρος θεωρείται και έτσι κρίνεται και από το αναθεωρητικό Δικαστήριο ως ουσιώδης, δεν χωρεί διαφοροποίηση μεταξύ ουσιώδους ή επουσιώδους απόκλισης από ουσιώδη όρο (δέστε Αρχή Ηλεκτρισμού Κύπρου v. Bulk Oil A.G. (1997) 3 Α.Α.Δ. 182 και Tamassos Tobacco Supplies & Co. v. Δημοκρατίας (1992) 3 Α.Α.Δ. 60). Όπως εξηγήθηκε στην τελευταία των προαναφερθεισών υποθέσεων, ουσιώδης είναι ο όρος, η τήρηση του οποίου είναι αποφασιστικής σημασίας για τη λήψη και το περιεχόμενο της απόφασης για την κατακύρωση της προσφοράς. Σημειώθηκε δε και στην Multi Klima Maliotis Engineering Ltd κ.α. v. Δημοκρατίας (2002) 3 Α.Α.Δ. 401, ότι: «Η τελική κρίση για το ουσιώδες του όρου μειοδοτικού διαγωνισμού ανήκει στο Δικαστήριο».*

Τούτο βεβαίως πρέπει να έχει υπόψη η Α.Α. και κατά την επόμενη κατακύρωση σε προσφοροδότη που τυχόν έχουν σημειωθεί αναφορικά με αυτόν παρατηρήσεις. Οι τελευταίες δεν πρέπει να είναι τέτοιας φύσεως που να καταλήγουν σε επανάληψη μιας ανεπίτρεπτης κατακύρωσης υπό επιφύλαξη αφού τυχόν σημεία από τα οποία εξαρτάται κατακύρωση διαγωνισμού δεν μπορούν παρά να θεωρηθούν ουσιώδεις όροι από τους οποίους δεν χωρεί οιαδήποτε παρέκκλιση ή εκ των υστέρων συμμόρφωση.

Ο δε όρος 1.2.3 εδάφιο β' του Τόμου Γ' όπου στα πλαίσια των υποχρεώσεων διαγωνιζομένων και αναδόχων καθορίζει -αφού προηγείται η απαγόρευση τροποποίησης από τον Ανάδοχο της Μελέτης Προσφοράς είτε αλλάζοντας το σχεδιασμό του είτε αλλάζοντας τη διαστασιολόγηση των έργων και του εξοπλισμού προς το έλαττον επικαλούμενος οιαδήποτε αιτία- ότι «Ο Ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να αλλάξει-τροποποιήσει το σχεδιασμό του στα σημεία που θα του υποδείξει ο Μηχανικός, καθώς επίσης είναι υποχρεωμένος να αυξήσει τις διαστάσεις των επί μέρους έργων και του εξοπλισμού του, αν προκύψει ότι η διαστασιολόγηση που είχε γίνει αντιβαίνει τους κανονισμούς που αναφέρονται στα έγγραφα διαγωνισμού του έργου έστω κι αν αυτό δεν έγινε αντιληπτό από την Επιτροπή Αξιολόγησης κατά τη διαδικασία αξιολόγησης της πρότασης του» τον οποίο η Α.Α. προβάλλει προς επίλυση του προβλήματος στην καλύτερη περίπτωση δεν μπορεί να εξεύρει εφαρμογή εν προκειμένω. Είναι ξεκάθαρο πως ο ως άνω όρος προνοεί καταρχήν μόνο για την περίπτωση διόρθωσης επί μεγεθών και δεν θα μπορούσε σε καμία περίπτωση να λειτουργήσει ως η ομπρέλα συγκάλυψης ανεπίτρεπτης μεταγενέστερης διόρθωσης προσφοράς. Μια τέτοια ερμηνεία θα συνιστούσε τεράστιο ρήγμα όπως και προηγουμένως θέσαμε στο αυστηρό οικοδόμημα των δημόσιων διαγωνισμών και θα έπληττε ανεπανόρθωτα τις αρχές της χρηστής διοίκησης και της συνεπακόλουθης καλώς νοούμενης εμπιστοσύνης των πολιτών προς αυτή. Από τη στιγμή που έχει πραγματωθεί ήδη η κρίση μας ως προς το ουσιώδες των παραβιασθέντων υποκριτηρίων η ως άνω πρόνοια τίθεται εκτός εφαρμογής. Και ούτε μπορεί να υποστηριχθεί σοβαρά ότι ο εν λόγω όρος υποχρεώνει την επιτυχούσα όπως προσφέρει εκ των υστέρων πράγματα που δεν προσέφερε με την προσφορά της ή τα οποία μονομερώς ή κατά βούληση αποφασίζει η Α.Α. να απαιτήσει από αυτήν. Πέραν δε τούτου και υπό αυτές τις συνθήκες τίθεται προφανώς σε σοβαρή αμφισβήτηση το δικαίωμα της Α.Α. να αξιώσει κατάσχεση της εγγύησης συμμετοχής στην περίπτωση που ο προσφοροδότης δεν ανταποκριθεί ή και αρνηθεί να προσφέρει όσα θα απαιτηθούν από την Α.Α. ή δεν είχαν προσφερθεί με την προσφορά τους. Διερωτώμαστε όμως επεκτείνοντας τη σκέψη μας και αφού θέσαμε την κρίση μας,

κατά πόσο μια τέτοια πρόνοια καθίσταται χρήσιμη όπως υπάρχει στα έγγραφα οιοδήποτε διαγωνισμού. Κατά την άποψη μας πρόνοιες αυτού του τύπου δημιουργούν στην καλύτερη περίπτωση απλώς σύγχυση που δύναται να αποτελέσει το εφιαλτήριο για αυθαιρεσίες χρησιμοποιούμενη από μη καθαρά χέρια και καθίστανται κατά συνέπεια προβληματικές.

Ως εκ των ανωτέρω καταλήγουμε ότι ευσταθεί ο πρώτος λόγος ακύρωσης που προέβαλαν οι Αιτητές. Μετά το πιο πάνω εύρημα μας, δεν θα προβούμε σε εξέταση των υπόλοιπων λόγων που προβλήθηκαν και συνεπώς αποφασίζουμε ότι η Προσφυγή αρ. 51/2012 επιτυγχάνει η δε προσβαλλομένη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής ακυρώνεται.

**Το Μέλος της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών Ανδρέας Χριστοφή, διαφωνεί με τη πιο πάνω απόφαση της πλειοψηφίας για τους πιο κάτω λόγους:**

1. Οι Αιτητές προσβάλλουν την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, προβάλλοντας έντεκα (11) λόγους ακυρότητας, που έχουν καθαρά σχέση με την αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς της επιτυχούσας.

Αρμόδια Αρχή για την τεχνική αξιολόγηση είναι η Αναθέτουσα Αρχή και η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών σε καμιά περίπτωση δεν μπορεί να υποκαταστήσει το ρόλο της Αναθέτουσας Αρχής.

Η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ουδέποτε έχει ασχοληθεί με τεχνικά θέματα που έχουν σχέση με την τεχνική αξιολόγηση οποιασδήποτε προσφοράς.

Η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ασκεί έλεγχο νομιμότητας και όχι έλεγχο ουσίας.

Στην παρούσα απόφαση φαίνεται καθαρά κατά την άποψή μου η λανθασμένη προσέγγιση της πλειοψηφίας της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών να ασχοληθεί με τεχνικά θέματα, για τα οποία αφ' ενός δεν δύναται να ασχοληθεί και αφ' ετέρου δεν έχουν εξειδικευμένες γνώσεις, για να ασχοληθούν με τεχνικά ζητήματα.

2. Έστω και αν υποθέσουμε ότι η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών, δύναται να ασχοληθεί με τεχνικά ζητήματα (που σε καμία περίπτωση δεν δύναται), η απόφαση είναι λανθασμένη, διότι ίσως δεν έγινε κατανοητή από τα υπόλοιπα Μέλη της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών η μέθοδος της τεχνικής αξιολόγησης όλων των προσφορών.

Στο συγκεκριμένο διαγωνισμό υπήρχαν δύο τεχνικά κριτήρια A και B.

Το κριτήριο A, αποτελείτο από 11 υποκριτήρια και το κριτήριο B από 14 υποκριτήρια. Η μέθοδος της τεχνικής αξιολόγησης των δύο κριτηρίων A και B, ήταν η αξιολόγηση κατά αρχάς των υποκριτηρίων είτε με “Α” (Αποδεκτό) είτε με “Μ” (Μη αποδεκτό), καταλήγοντας στο τέλος στη συνολική αξιολόγηση των κριτηρίων A και B.

Αυτή η αξιολόγηση των κριτηρίων A και B είναι η ουσιώδης και καθοριστική, για την λήψη οποιαδήποτε απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής, για να προχωρήσει ακολούθως την αξιολόγηση της Οικονομικής Προσφοράς.

Στον επίδικο διαγωνισμό η Αναθέτουσα Αρχή αξιολόγησε τόσο την Επιτυχούσα όσον και τους Αιτητές, στα κριτήρια A και B με “Α”, δηλαδή αποδεκτά.

Αυτή είναι και η ουσία της τεχνικής αξιολόγησης και όχι η μερική αξιολόγηση των υποκριτηρίων.

Όσον αφορά την ανάμειξη των άλλων Μελών της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών, σε ζητήματα που έχουν καθαρά σχέση με την αξιολόγηση τεχνικών θεμάτων, την κρίνω άτοπη και πλήρως λανθασμένη.

Εισήγηση μου είναι ότι η παρούσα Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και η προσβαλλόμενη απόφαση να επικυρωθεί.

Ενόψει όλων των πιο πάνω αποφασίζουμε κατά πλειοψηφία ότι η Προσφυγή αρ. 51/2012 επιτυγχάνει και η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής ακυρώνεται.