



**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. 17/2019**

Μεταξύ:

MILTIADES NEOPHYTOU CIVIL ENGINEERING CONTRACTORS  
& DEVELOPERS LTD

Αιτητών

v.

ΔΗΜΟΥ ΠΑΦΟΥ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή  
Προσφορών**

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

**Αιτητές:**

MILTIADES NEOPHYTOU CIVIL ENGINEERING  
CONTRACTORS & DEVELOPERS LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Κωνσταντίνο Μιχαήλ, Δικηγόρο για Προύντζος & Προύντζος ΔΕΠΕ
2. Σταύρο Αλετρά, Εκπρόσωπο Αιτήτριας Εταιρείας

**Αναθέτουσα Αρχή:**

ΔΗΜΟΣ ΠΑΦΟΥ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Μιχάλη Κυριακίδη, Δικηγόρο για Χάρης Κυριακίδης ΔΕΠΕ
2. Ελένη Νεοπολέμου, Δικηγόρο για Χάρης Κυριακίδης ΔΕΠΕ
3. Χρίστια Μίτλεττον, Δικηγόρο για Elias Neocleous & Co LLC
4. Φαίδωνα Φαίδωνος, Δήμαρχο Πάφου
5. Θέμη Φιλίππιδη, Δημοτικό Γραμματέα

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 29 Ιουλίου, 2019

## Α Π Ο Φ Α Σ Η

Αντικείμενο της παρούσας προσφυγής είναι η απόφαση του Δήμου Πάφου («η Αναθέτουσα Αρχή») ημερ. 24.4.2019, με την οποία οι Αιτητές, οι οποίοι είχαν υποβάλει προσφορά στο Διαγωνισμό αρ. 108/2018 «*Δημιουργία Δικτύου Υποδομών Δημοσίων Συγκοινωνιών και Δημόσιας Υγιεινής στην Πάφο και τη Γεροσκήπου με τη μέθοδο Μελέτη – Κατασκευή - Συντήρηση*», με επιστολή ημερ. 30.4.2019 ειδοποιήθηκαν ότι:

*«Πρόσκληση συμμετοχής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης στη βάση των Εγγράφων του Διαγωνισμού υπ' αρ. 108/2018: Δημιουργία δικτύου υποδομών δημοσίων συγκοινωνιών και δημόσιας υγιεινής στην Πάφο και τη Γεροσκήπου με τη μέθοδο Μελέτη – Κατασκευή - Συντήρηση*

---

Αξιότιμοι κύριοι,

Θα ήθελα να σας πληροφορήσω ότι κατά τη συνεδρία του ημερ. 24.4.2019, το Συμβούλιο Προσφορών του Δήμου Πάφου, ασκώντας την εξουσία που του παρέχεται δυνάμει του άρθρου 23 του περί της Ρύθμισης των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και για Συναφή Θέματα Νόμου του 2016 και του Κανονισμού 25 των περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών (Δημοτικών) Κανονισμών του 2012, αποφάσισε τα εξής:

(1) Να ακυρώσει το Διαγωνισμό υπ' αρ. 108/2018 επειδή και οι δύο υποβληθείσες προσφορές κρίθηκαν απαράδεκτες. Συγκεκριμένα, η προσφορά σας απορρίφθηκε ως μη συμφέρουσα λόγω της μεγάλης απόκλισής της από την προεκτιμηθείσα αξία, η οποία ανέρχεται σε 18,0774%.

(2) Να εγκρίνει τη χρησιμοποίηση της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης στη βάση των Έγγραφων του υπό αναφοράν Διαγωνισμού.

Προς υλοποίηση της εν λόγω απόφασης, με την παρούσα καλείστε όπως συμμετάσχετε στη διαδικασία με διαπραγμάτευση στη βάση των εξής προϋποθέσεων:

- (α) Μέχρι την Παρασκευή 3 Μαΐου και ώρα 12.00, θα επιβεβαιώσετε το ποσό της προσφοράς σας ή θα υποβάλετε νέα προσφορά.
- (β) Εντός της ίδιας προθεσμίας, θα προσκομίσετε κατάλληλα στοιχεία προς τεκμηρίωση της ορθότητας των στοιχείων που δηλώνετε στην προσφορά σας σε σχέση με το γενικό κύκλο εργασιών για τα έτη 2015-2017 (παράγραφος 3.3.9Α των Οδηγιών προς τους Οικονομικούς Φορείς και Παράρτημα 6Α).
- (γ) Δεν είναι δυνατή η ουσιώδης τροποποίηση των όρων που καθορίζονται στα Έγγραφα Διαγωνισμού.
- (δ) Η διαπραγμάτευση θα διεξαχθεί στο πλαίσιο συνάντησης η οποία θα πραγματοποιηθεί στο Δημοτικό Μέγαρο Πάφου».

Ο Διαγωνισμός προκηρύχθηκε στις 19.12.2018, αλλά λόγω της πολυπλοκότητας του έργου, η προθεσμία υποβολής προσφορών παρατάθηκε μέχρι την 29.3.2019. Ως προϋπολογιζόμενη δαπάνη καθορίστηκε το ποσό των €7.230.000,00 πλέον ΦΠΑ. Για το διαγωνισμό υποβλήθηκαν δύο προσφορές. Των Αιτητών, για το ποσό των €8.537.000 και της Παναγιώτης Μιχαλίτσης Ανώνυμη Τεχνική-Οικοδομική-Εργοληπτική-Εμπορική & Ενεργειακή Εταιρεία με δ.τ. ΛΑΚΩΝ ΑΤΕ («ΛΑΚΩΝ ΑΤΕ»), για το ποσό των €6.498.870. Οι προσφορές αξιολογήθηκαν πρώτα από Ιδιώτη Σύμβουλο και ακολούθως από την Επιτροπή Αξιολόγησης, η οποία αφού μελέτησε την Έκθεση του Ιδιώτη Συμβούλου, προχώρησε στις δικές της εισηγήσεις. Συγκεκριμένα για την προσφορά της ΛΑΚΩΝ ΑΤΕ, έκρινε ότι παρουσίαζε

απόκλιση από τις «απαιτήσεις των εγγράφων του διαγωνισμού ως προς τα στοιχεία του έργου που δηλώθηκε για τους σκοπούς πλήρωσης της παραγράφου 3.3.9.B.2.ζ.ii του Τόμου Α', με βάση την οποία ο Πολιτικός Μηχανικός που θα εκπονήσει μελέτη οδοποιίας και θα έχει την επίβλεψη της εκτέλεσης των εργασιών (κατασκευής και συντήρησης) θα πρέπει να έχει συμπληρώσει επιτυχώς κατά τα τελευταία πέντε χρόνια (από 01.01.2014 μέχρι και 31.12.2018) τη **μελέτη και επίβλεψη** ενός έργου οδοποιίας τουλάχιστον 2.000.000 Ευρώ. Είχε προσκομιστεί μεν βεβαίωση για έργο οδοποιίας με προϋπολογιζόμενη δαπάνη €5.000.000 (άρα σε επίπεδο εγγράφων, υπήρξε η υποβολή του απαιτούμενου εγγράφου), το οποίο αναφέρονταν μόνον σε εκπόνηση μελέτης και όχι και σε επίβλεψη. Η προσφορά, η οποία πληρούσε τις τυπικές προϋποθέσεις, θεωρήθηκε, για το σκοπό αυτό, **μη κανονική**». Η προσφορά των Αιτητών κρίθηκε απαράδεκτη καθότι ήταν κατά 18.0774% υψηλότερη από την προκαταρκτική εκτίμηση του έργου.

Το Συμβούλιο Προσφορών στα πρακτικά του ημερ. 24.4.2019 μετά που εξέτασε τις σχετικές εκθέσεις αποφάσισε:

- «(1) Να ακυρώσει το Διαγωνισμό υπ' αρ. 108/2018 επειδή η μεν προσφορά του Προσφέροντος 1 κρίθηκε απαράδεκτη, η δε προσφορά του Προσφέροντος 2 μη κατάλληλη, για τους λόγους που εκτίθενται στην έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης.
- (2) Να εγκρίνει την εισήγηση του Δημοτικού Γραμματέα για χρησιμοποίηση της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση σύμφωνα με τις πρόνοιες του άρθρου 23(1)(γ)(ν) του περί της Ρύθμισης

των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και για Συναφή Θέματα Νόμου του 2016 [Ν. 73(Ι)/2016] και του Κανονισμού 25 των περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών (Δημοτικών) Κανονισμών του 2012, στη βάση των εξής:

- (α) Στη διαδικασία με διαπραγμάτευση να προσκληθούν να συμμετάσχουν και οι δύο οικονομικοί φορείς που υπέβαλαν προσφορά στο πλαίσιο του Διαγωνισμού υπ' αρ. 108/2018, δηλαδή οι εταιρείες *Militiades Neophytou Civil Engineering Contractors & Developers Ltd* (Προσφέρων 1) και *Παναγιώτης Μιχαλίτσης Ανώνυμος Τεχνική Οικοδομική – Εργοληπτική Εμπορική και Ενεργειακή Εταιρεία με δ.τ. Λάκων Α.Τ.Ε.* (Προσφέρων 2).
- (β) Στόχος της διαπραγμάτευσης είναι η εξασφάλιση της τιμής της προσφοράς του Προσφέροντος 2 ή τουλάχιστον τιμής η οποία να μην αποκλίνει από την εκτιμημένη δαπάνη σε ποσοστό μεγαλύτερο του 10%.
- (γ) Η διαπραγμάτευση να διεξαχθεί από Ομάδα Διαπραγμάτευσης αποτελούμενη από τον Δημοτικό Γραμματέα ως Πρόεδρο και μέλη τον Λειτουργό Τεχνικών Υπηρεσιών κ. Πορτίδη και την Τεχνικό Μαρίνα Σπύρου.
- (δ) Η διαπραγμάτευση να διεξαχθεί σε χωριστές συναντήσεις στα Γραφεία του Δήμου.

*Το Συμβούλιο υιοθέτησε τη θέση της Επιτροπής Προσφορών ότι δεν συντρέχουν λόγοι για τον αποκλεισμό των προσφερόντων ούτε ακαταλληλότητας των προσφορών, οι οποίες πληρούν τις τυπικές απαιτήσεις της διαδικασίας».*

Οι Αιτητές, ενόψει αναφορών στη γραπτή αγόρευση της Αναθέτουσας Αρχής περί εγκατάλειψης από τους Αιτητές των λόγων ακύρωσης σε σχέση με την ακύρωση του διαγωνισμού, και την κρίση της προσφοράς τους ως απαράδεκτης, κατά την ενώπιον μας συζήτηση της υπόθεσης παραπέμποντας στο έντυπο της προσφυγής υποστήριξαν ότι δεν έχουν εγκαταλείψει οποιοδήποτε από τους εγχειρόμενους με την

προσφυγή λόγους ακύρωσης. Οι ίδιοι αναφέρουν, έχουν και/ή είχαν, συμφέρον να τους ανατεθεί η εν λόγω Σύμβαση, γι' αυτό και αμφισβητούν τόσο την απόφαση ακύρωσης της διαδικασίας του ανοικτού Διαγωνισμού, όσο και την απόφαση προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης και/ή την συμπερίληψη του φορέα ΛΑΚΩΝ ΑΤΕ στην εν λόγω διαδικασία. Ισχυρίζονται ότι στη διαδικασία του ανοικτού διαγωνισμού, η οποία εσφαλμένα ακυρώθηκε, ήταν οι μόνοι έγκυροι προσφοροδότες και η Αναθέτουσα Αρχή μπορούσε να προχωρήσει σε κατακύρωση του Διαγωνισμού σε αυτούς, αφού δεν υπάρχει περιορισμός στην ανάθεση σύμβασης σε προσφορά που υπερβαίνει την τιμή της προϋπολογιζόμενης δαπάνης ή να προσκαλέσει μόνο αυτούς σε διαπραγμάτευση.

Υποστηρίζουν, ότι εάν η ακύρωση του διαγωνισμού ήθελε κριθεί ορθή, τότε εσφαλμένα η Αναθέτουσα Αρχή περιέλαβε στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση την ΛΑΚΩΝ ΑΤΕ, η προσφορά της οποίας όπως η ίδια η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε παραβιάζει ουσιώδεις όρους του διαγωνισμού. Συγκεκριμένα, δεν πληρούσε τα κριτήρια των άρθρων 57 έως 64 του περί της Ρύθμισης των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και για Συναφή Θέματα Νόμου του 2016, Ν. 73(I)/2016, («ο Νόμος») και/ή δεν πληρούσε τις τυπικές απαιτήσεις της διαδικασίας σύναψης σύμβασης. Στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης ανέφεραν (άρθρο 23 του Νόμου) καλούνται μόνο οι προσφέροντες που πληρούν προϋποθέσεις όπως (α) την καταλληλότητα για την

άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας, (β) την χρηματοοικονομική επάρκεια και (γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα όπως προνοείται στο άρθρο 58 του σχετικού Νόμου. Εφόσον η εν λόγω προσφοροδότης δεν πληρούσε απαίτηση σε σχέση με την Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα, όπως προνοείται στον όρο 3.3.9.Β.2.ζ.ii του Τόμου Α, δεν πληρούσε τις προϋποθέσεις του άρθρου 58 του Νόμου. Το γεγονός αυτό υπέδειξαν τεκμηριώνεται τόσο μέσα από την Έκθεση Αξιολόγησης των Συμβούλων – Μελετητών όπου καταγράφεται ότι η βεβαίωση της ΛΑΚΩΝ ΑΤΕ, αναφέρεται μόνον σε εκπόνηση Μελέτης και όχι σε Επίβλεψη έργου οδοποιίας, όσο και από τα πρακτικά του Συμβουλίου Προσφορών ημερ. 22.4.2019, όπου καταγράφεται ότι σύμφωνα με την έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης η συγκεκριμένη απόκλιση είναι ουσιώδης. Με δεδομένο ότι η προσφορά της ΛΑΚΩΝ ΑΤΕ, κρίθηκε από τους Σύμβουλους-Μελετητές, την Επιτροπή Αξιολόγησης και συνακόλουθα το Συμβούλιο Προσφορών ως έχουσα ουσιώδη απόκλιση αυτή έπρεπε να απορριφθεί στη βάση του όρου 7.2 του Μέρους Α των Εγγράφων του Διαγωνισμού, ο οποίος προβλέπει ότι:

*«...ουσιαστικά ανταποκρινόμενες προσφορές θεωρούνται οι προσφορές που συμμορφώνονται προς όλους τους όρους, προϋποθέσεις και προδιαγραφές των εγγράφων Διαγωνισμού, χωρίς να παρουσιάζουν ουσιωδώς απόκλιση ή επιφύλαξη.*

[...]

**3. Σε περίπτωση που διαπιστωθούν προσφορές που δεν καλύπτουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής ή συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 3.3.6(α)**

*και (γ)-(ι), και έχοντας εξετάσει τις οποιασδήποτε ενέργειες έχουν δηλωθεί σύμφωνα με το εδάφιο 8 της παρ. του 3.3, η Αναθέτουσα Αρχή χαρακτηρίζει τις προσφορές αυτές απορριπτές, η τεχνική και οικονομική προσφορά δεν αξιολογείται. Οι προσφορές αυτές απορρίπτονται διά του αρμοδίου οργάνου της Αναθέτουσας Αρχής».*

Σύμφωνα με τη νομολογία<sup>1</sup>, υπέδειξαν, η προσφορά της ΛΑΚΩΝ ΑΤΕ έπρεπε να απορριφθεί και όχι ο διαγωνισμός να ακυρωθεί.

Η συμμόρφωση με τους όρους του διαγωνισμού πρέπει να υφίσταται κατά την υποβολή των προσφορών και ο κρίσιμος χρόνος για την διαπίστωση της ύπαρξης των προϋποθέσεων για συμμετοχή σε διαγωνισμό είναι η τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Συνεπώς δεν είναι εφικτή η εκ των υστέρων υποβολή πιστοποιητικών και/ή εγγράφων κατά την διαδικασία της ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση με σκοπό την θεραπεία ουσιώδους απόκλισης από όρο των Εγγράφων του Διαγωνισμού.

Σε σχέση με την προσφορά τους, υποστηρίζουν ότι το γεγονός και μόνο ότι αυτή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της σύμβασης, δεν αποτελεί λόγο απόρριψης, γεγονός που προκύπτει από την ίδια την απόφαση ακύρωσης του διαγωνισμού και προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης. Δεν υπάρχει ακύρωση του

<sup>1</sup> Αναθεωρητική Έφεση αρ.1951, ημερ. 13.2.1998, Υπόθεση υπ. αρ. 1305/2005 Digicom Ltd v. Αρχής Τηλεπικοινωνιών Κύπρου, ημερ. 1.11.2007, Υπόθεση υπ. αρ. 681/2009 KB IMPULS SYSTEM GMBH και ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΔΙΚΑΙΟΣΥΝΗΣ ΚΑΙ ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΤΑΞΗΣ ΜΕΣΩ 1. ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ και 2. ΔΙΕΥΘΥΝΣΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΚΛΑΔΟΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΑΡΧΗΓΕΙΟΥ ΑΣΤΥΝΟΜΙΑΣ.



διαγωνισμού και νέα προκήρυξη, αλλά η τιμή της προσφοράς τους αποτελεί ζήτημα το οποίο θα συζητηθεί στα πλαίσια της διαπραγμάτευσης. Η συμπερίληψη όμως στη διαδικασία διαπραγμάτευσης της ΛΑΚΩΝ ΑΤΕ η προσφορά της οποίας παραβιάζει ουσιώδη όρο του διαγωνισμού έρχεται σε αντίθεση με τη Συνταγματική Αρχή της Ισότητας, Άρθρο 28 του Συντάγματος, τις αρχές που επιβάλλουν στις αναθέτουσες αρχές να αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις όπως επίσης την θεμελιώδη αρχή της καλής πίστης. Αβάσιμο θεωρούν επίσης τον ισχυρισμό της Αναθέτουσας Αρχής ότι στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση δεν επιτρέπεται η ύπαρξη μόνο ενός οικονομικού φορέα.

Από την πλευρά της η Αναθέτουσα Αρχή, εγείρει ζήτημα έλλειψης εννόμου συμφέροντος των Αιτητών. Υποστηρίζει ότι στερούνται εννόμου συμφέροντος να προωθούν την παρούσα προσφυγή σε σχέση με την παρούσα απόφαση. Η προσφορά των Αιτητών, αναφέρουν, με βάση το άρθρο 23(1)(γ)(ν), ήταν σε κάθε περίπτωση απαράδεκτη, αφού απέκλινε της προεκτιμηθείσας αξίας κατά 18.0774%. Επομένως οι Αιτητές δεν έχουν έννομο συμφέρον να προσβάλλουν την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής να επιλέξει τη διαδικασία της ανταγωνιστικής διαπραγμάτευσης. Ούτε νομιμοποιούνται να αμφισβητούν την προσφορά της ΛΑΚΩΝ ΑΤΕ καθότι αυτή δεν είναι επιτυχών προσφέρων ούτε και έχουν δικαίωμα να προσβάλλουν την απόφαση επιλογής των προσφερόντων που θα

διαπραγματευτεί η Αναθέτουσα Αρχή. Οι Αιτητές ουσιαστικά ζητούν να κριθεί η προσφορά του άλλου προσφέροντος κατά τρόπο που η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών να καταλήξει σε ευρήματα εναντίον της κλήσης του στην ανταγωνιστική διαπραγμάτευση ενώ ο άλλος προσφέρων δεν μετέχει στη διαδικασία ως ενδιαφερόμενο πρόσωπο. Κατά την ενώπιον μας συζήτηση της υπόθεσης η Αναθέτουσα Αρχή σε σχέση με το έννομο συμφέρον των Αιτητών να αμφισβητήσουν την ακύρωση του διαγωνισμού διευκρίνισε ότι:

*«Ναι όσον αφορά το θέμα της ακύρωσης του διαγωνισμού δεν αμφισβητούμε ότι κανονικώς εχόντων των πραγμάτων ένας προσφοροδότης έχει δικαίωμα να το προσβάλει το πρόβλημα εδώ ποιο είναι. Το πρόβλημα εδώ είναι ότι η επιχειρηματολογία που προβάλλεται ότι μια προσφορά είναι ακατάλληλη θα οδηγούσε στην συνέπεια αυτόματα να ακυρωθεί ο διαγωνισμός. Δεν θα μπορούσαμε να πάμε με διαπραγμάτευση αυτή είναι η επιχειρηματολογία η δική μας. Δεν είχαμε επιλογή παρά να ακυρώσουμε το διαγωνισμό εάν η σκέψη του συναδέλφου είναι σωστή που δεν είναι σωστή η σκέψη του συναδέλφου ότι η προσφορά της ΛΑΚΩΝ ΑΤΕ ήταν ακατάλληλη γιατί διάβασα προηγουμένως τι σημαίνει ακατάλληλη προσφορά.*

*Μια ακατάλληλη προσφορά και ο ίδιος το είπε είναι μια άσχετη προσφορά, ο συνάδελφος την χαρακτήρισε σαν να μην υποβλήθηκε, μπορεί να μην είναι αυτό ακριβώς αλλά είναι μια προσφορά η οποία είτε είναι άσχετη με τη σύμβαση, είτε είναι προδήλως ανίκανη χωρίς ουσιαστικές αλλαγές να ικανοποιήσει τις ανάγκες και τις απαιτήσεις της Αναθέτουσας Αρχής και εγώ ερωτώ δηλαδή αυτή η εταιρεία η ΛΑΚΩΝ ΑΤΕ από ένα πιστοποιητικό τους δεν τεκμηριώνει τους όρους του διαγωνισμού εξισώνεται με μια προσφορά η οποία είναι άσχετη με τη σύμβαση και είναι προδήλως ανίκανη να ικανοποιήσει τις ανάγκες της σύμβασης.*

*Πως μπορεί να μπει μέσα σε αυτό τον ορισμό μια προσφορά που απορρίφθηκε λόγω προβλήματος του λεκτικού του πιστοποιητικού τους. Όχι αυτή η προσφορά είναι μη κανονική είναι ξεκάθαρη. Αυτή είναι η θέση μου».*

Η Αναθέτουσα Αρχή ανέφερε ότι σε περίπτωση που δεν καλούσε την ΛΑΚΩΝ ΑΤΕ στην ανταγωνιστική διαπραγμάτευση, δεν θα μπορούσε ούτε να κατακυρώσει τον διαγωνισμό στους Αιτητές διότι ο όρος ανταγωνιστική διαπραγμάτευση προϋποθέτει την ύπαρξη περισσότερων του ενός προσφοροδότη. Ούτε οι Αιτητές μπορούν να εξαναγκάσουν την Αναθέτουσα Αρχή να αποδεχθεί την προσφορά τους ενώ υπερβαίνει την προεκτιμηθείσα αξία του έργου κατά 18.0774%.

Σ' ότι αφορά την ουσία της προσφυγής υποστηρίζει ότι η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής είναι καθόλα νόμιμη και στη βάση ορθής εφαρμογής του άρθρου 23(1)(γ)(v) του Νόμου.

Η ακύρωση του Διαγωνισμού υποστηρίζει συνιστά τυπική και διαδικαστική προϋπόθεση, για να προσφύγει, η Αναθέτουσα Αρχή, στη διαδικασία του άρθρου 23(1)(γ)(v) καθότι η προηγούμενη διαδικασία δεν ήταν γόνιμη. Η πρόσκληση σε διαδικασία διαπραγμάτευσης δεν συνιστά εκτελεστή διοικητική πράξη εναντίον της οποίας να μπορεί να καταχωριστεί Προσφυγή. Πρόκειται για διαδικασία που βρίσκεται σε εξέλιξη ενώ δεν αποκλείεται να καταλήξει σε κατακύρωση της προσφοράς στους Αιτητές. Συνεπώς, η προσφυγή των Αιτητών σε αυτό το στάδιο είναι πρόωρη. Οι Αιτητές θα έχουν έννομο συμφέρον και θα μπορούν να προσβάλουν την τελική πράξη, δηλαδή την κατακύρωση μέσα από τη διαδικασία της ανταγωνιστικής διαπραγμάτευσης.

Είναι η θέση της ότι το άρθρο 23(1)(γ)(ν) του Νόμου δεν διαχωρίζει μεταξύ απαράδεκτων προσφορών και/ή μεταξύ απαράδεκτων και μη κανονικών προσφορών. Τόσο οι Αιτητές όσο και η ΛΑΚΩΝ ΑΤΕ πληρούσαν τα κριτήρια και τις τυπικές απαιτήσεις των άρθρων 57 - 64 γι' αυτό και κλήθηκαν στη διαπραγμάτευση. Η ερμηνεία αναφέρει που προωθούν οι Αιτητές θα οδηγούσε στο παράλογο και παράδοξο αποτέλεσμα να μην εφαρμόζεται σχεδόν ποτέ η εν λόγω διάταξη, ενώ θα ερχόταν σε αντίθεση τόσο με το γράμμα του Νόμου όσο και με το σκοπό του. Τονίζει ότι δεν υπάρχουν ούτε συντρέχουν οι οποιοδήποτε υποχρεωτικοί ή δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού της ΛΑΚΩΝ ΑΤΕ από τη διαδικασία.

Οι Αιτητές ουσιαστικά αμφισβητούν την τεχνική και επαγγελματική επάρκεια της ΛΑΚΩΝ ΑΤΕ, θεωρώντας ότι δεν διαθέτει την τεχνική και επαγγελματική επάρκεια, για να μπορεί να κληθεί σε διαδικασία διαπραγμάτευσης, για να παρακαμφθεί η δημοσίευση. Η ορθή ερμηνεία του άρθρου 23(1)(γ)(ν) του Νόμου, αναφέρει, για προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης είναι ότι οι προσφοροδότες πρέπει να πληρούν τις διατάξεις των άρθρων 57 έως 64 του Νόμου και όχι τις διατάξεις και τα κριτήρια που θέτει η κάθε αναθέτουσα αρχή μέσα από τα κριτήρια του διαγωνισμού. Συνεπώς η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών δεν μπορεί να επιληφθεί ζητημάτων που σχετίζονται με την προσφορά μέρους που δεν συμμετέχει στη διαδικασία για να αποφανθεί για την τεχνική και επαγγελματική του επάρκεια. Αναφορικά με τον ισχυρισμό για την τεχνική και/ή επαγγελματική

ικανότητα της ΛΑΚΩΝ ΑΤΕ, υποστηρίζει ότι η βεβαίωση που προσκομίζεται για τεκμηρίωση ύπαρξης αναγκαίων ανθρώπινων και τεχνικών πόρων/πείρας συνιστά μέσο απόδειξης και η ΛΑΚΩΝ ΑΤΕ δεν εμποδίζεται σε μεταγενέστερο στάδιο με βάση σχετικά άρθρα του Νόμου να στηριχθεί σε οποιαδήποτε άλλα κατάλληλα μέσα για να αποδείξει ότι κατά την εκτέλεση του έργου θα έχει τους αναγκαίους πόρους στη διάθεσή της. Άρα, δεν απορρίπτεται μια προσφορά εάν λ.χ. υπάρχει περιθώριο αντικατάστασης φορέα στον οποίο προτίθεται να στηριχθεί ένας οικονομικός φορέας, με άλλον που να πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής.

Όσα οι Αιτητές αναφέρουν σε σχέση με το χρόνο διαπίστωσης τήρησης των όρων του διαγωνισμού δεν είναι σχετικά αφού ο Διαγωνισμός ακυρώθηκε και δεν θα διορθωθεί οτιδήποτε στο πλαίσιο του. Ακολουθήθηκε μία νέα διαδικασία, η ανταγωνιστική διαδικασία διαπραγμάτευσης του άρθρου 23(1)(γ)(ν) που παραπέμπει στο άρθρο 26. Όσα αναφέρονται θα ήταν σχετικά εάν η Αναθέτουσα Αρχή επιχειρούσε σε ανοικτή διαδικασία να διορθώσει ουσιώδη απόκλιση μετά την υποβολή των προσφορών (είτε του άλλου προσφέροντος είτε του Αιτητή) κατά την αξιολόγηση προσφορών. Στην προκειμένη περίπτωση, δεν επιχείρησε να διορθώσει οτιδήποτε, εξ ου και ακύρωσε το Διαγωνισμό 108/2018.

Ούτε η θέση των Αιτητών για παραβίαση της αρχής της ισότητας ευσταθεί. Ο νομοθέτης προβλέπει ίση μεταχείριση των μη κανονικών και των απαράδεκτων

προσφορών, δηλαδή των απορριπτέων και μη έγκυρων προσφορών, εάν θα παρακαμφθεί η δημοσίευση στη διαδικασία της ανταγωνιστικής διαπραγμάτευσης του άρθρου 23(1)(γ)(ν). Εάν η Αναθέτουσα Αρχή δεν καλούσε την ΛΑΚΩΝ ΑΤΕ η ενέργεια της αυτή θα συνιστούσε παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης.

Από τα ενώπιον μας τεθέντα κρίνουμε ότι προέχει για εξέταση ο ισχυρισμός της Αναθέτουσας Αρχής ότι η ακύρωση του διαγωνισμού συνιστά «τυπική και διαδικαστική προϋπόθεση» για προσφυγή της Αναθέτουσας Αρχής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση, και ότι η προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία του άρθρου 23(1)(γ)(ν) του Νόμου δεν συνιστά εκτελεστή διοικητική πράξη.

Κατά τη μελέτη της υπόθεσης διαπιστώσαμε ζήτημα το οποίο δεν έχει τεθεί, κρίναμε όμως, ότι ως θέμα δημόσιας τάξης, μπορούμε να το εξετάσουμε.

Το άρθρο 23(1)(γ)(ν) του Νόμου στη βάση του οποίου προχώρησε η Αναθέτουσα Αρχή προβλέπει τα εξής:

*«23.-(1) Με την επιφύλαξη του άρθρου 29, εφόσον έχει δημοσιευθεί προκήρυξη διαγωνισμού σύμφωνα με τον παρόντα Νόμο, οι αναθέτουσες αρχές δύνανται να εφαρμόζουν:*

*(α) Ανοικτές ή κλειστές διαδικασίες, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 24 και 25*

(β) [...]

(γ) ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση ή ανταγωνιστικό διάλογο, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 26 και 27, όσον αφορά έργα, προμήθειες ή υπηρεσίες εφόσον πληρούνται ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα κριτήρια:

[...]

(ν) έπειτα από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, υποβάλλονται μόνο μη κανονικές ή απαράδεκτες προσφορές. Στις περιπτώσεις αυτές, οι αναθέτουσες αρχές δύνανται να μη δημοσιεύουν προκήρυξη σύμβασης, εφόσον στη διαδικασία περιλαμβάνουν αποκλειστικά όλους τους προσφέροντες, οι οποίοι πληρούν τα κριτήρια των άρθρων 57 έως 64 και, κατά την προηγούμενη ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, υπέβαλαν προσφορές σύμφωνες προς τις τυπικές απαιτήσεις της διαδικασίας σύναψης σύμβασης:

*Νοείται ότι, για τους σκοπούς της παρούσας υποπαραγράφου, μη κανονικές θεωρούνται οι προσφορές που δεν πληρούν τις προϋποθέσεις των εγγράφων της διαδικασίας σύναψης σύμβασης ή παρελήφθησαν καθυστερημένα ή κρίνονται από την αναθέτουσα αρχή ασυνήθιστα χαμηλές και όπου, υπάρχουν αποδεικτικά στοιχεία συμπαιγνίας ή διαφθοράς:*

*Νοείται περαιτέρω ότι, για τους σκοπούς της παρούσας υποπαραγράφου, απαράδεκτες θεωρούνται οι προσφορές που υποβάλλονται από προσφέροντες, οι οποίοι δεν διαθέτουν τα απαιτούμενα προσόντα ή προσφέροντες των οποίων η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της αναθέτουσας αρχής, όπως καθορίστηκε και τεκμηριώθηκε πριν από την έναρξη της διαδικασίας σύναψης σύμβασης».*

Στην παρούσα περίπτωση, όπως προκύπτει, η Αναθέτουσα Αρχή για το διαγωνισμό ο οποίος προκηρύχθηκε στις 19.12.2018 επέλεξε την ανοικτή διαδικασία η οποία όμως για τους λόγους που εκτίθενται στην απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών κρίθηκε ότι δεν έπρεπε να ολοκληρωθεί αλλά να ακυρωθεί ο ανοικτός διαγωνισμός.

Η ακύρωση διαγωνισμού και η διαδικασία που ακολουθείται προβλέπεται από τον Καν. 32(5) και τον Καν. 33(1) των περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημόσιων Συμβάσεων Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών (Δημοτικών) Κανονισμών του 2012, ΚΔΠ 243/2012, οι οποίοι προβλέπουν ότι:

*32.(5) Η απόφαση για ακύρωση της διαδικασίας του διαγωνισμού θα πρέπει να είναι δεόντως αιτιολογημένη και να συνάδει με τις βασικές αρχές του κοινοτικού δικαίου στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων.*

*33.-(1) Η Αναθέτουσα Αρχή ενημερώνει γραπτώς, το συντομότερο δυνατό, όλους τους οικονομικούς φορείς που έλαβαν μέρος στο διαγωνισμό για τη ληφθείσα απόφαση και τους λόγους αυτής.*

Σκοπός της ενημέρωσης των οικονομικών φορέων που λαμβάνουν μέρος στο διαγωνισμό δεν μπορεί να είναι άλλος από την εξέταση από αυτούς του ενδεχόμενου άσκησης των δικαιωμάτων που τους παρέχονται από το Σύνταγμα και τον περί των Διαδικασιών Προσφυγής στον Τομέα της Σύναψης των Δημοσίων Συμβάσεων Νόμου του 2010, Ν. 104(Ι)/2010, το άρθρο 19(1) του οποίου προβλέπει ότι:

*19.-(1) Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και ο οποίος υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία, από πράξη ή απόφαση της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα που προηγείται της σύναψης της σύμβασης και για την οποία εικάζεται ότι παραβιάζει οποιαδήποτε διάταξη του ισχύοντος δικαίου, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος Νόμου.*



*(2) Οι διατάξεις του εδαφίου (1) δε θίγουν το δικαίωμα του ενδιαφερομένου να ασκήσει προσφυγή στο Διοικητικό Δικαστήριο δυνάμει του Άρθρου 146 του Συντάγματος αντί να προσφύγει στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών».*

Για την άσκηση προσφυγής σχετικό είναι το άρθρο 21(3)(β) στο οποίο για ότι εδώ ενδιαφέρει προβλέπει ότι:

*«(3) Η αναφερόμενη στο εδάφιο (2) κοινοποίηση της απόφασης της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα σε όλους τους ενδιαφερόμενους προσφέροντες και υποψηφίους συνοδεύεται από:*

*(α) [...] και*

*(β) σαφή δήλωση της επακριβούς ανασταλτικής προθεσμίας που ισχύει με βάση το άρθρο 22 του παρόντος Νόμου».*

Το άρθρο 22 του Νόμου το οποίο προβλέπει για την ανασταλτική προθεσμία προβλέπει ότι:

*«22.-(1) Τηρουμένων των διατάξεων του άρθρου 23, η προθεσμία για άσκηση προσφυγής που καθορίζεται στο εδάφιο (1) του άρθρου 21 και η προθεσμία των δύο (2) εργασίμων ημερών που προβλέπεται στο εδάφιο (1) του άρθρου 24, κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης.*

*(2) Σε περίπτωση άσκησης προσφυγής, η περίοδος που κωλύει τη σύναψη της σύμβασης που προβλέπεται στο εδάφιο (1), παρατείνεται μέχρι την ημερομηνία της απόφασης της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών για έκδοση προσωρινών μέτρων».*

Λαμβανομένων υπόψη των πιο πάνω θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι η ανασταλτική προθεσμία ισχύει μόνο σε σχέση με την υπογραφή της σύμβασης κάτι

όμως που καθιστά χωρίς νόημα τα προβλεπόμενα σε σχέση με το ενδεχόμενο λήψης προσωρινών μέτρων, άρθρο 24(1)(β)(α) του Νόμου:

*24.-(1) Τηρουμένων των διατάξεων του άρθρου 20, η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών, μέσα σε προθεσμία δύο (2) εργασίμων ημερών από την καταχώριση της προσφυγής, κοινοποιεί στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα την προσφυγή και ζητά από αυτήν ή αυτόν-*

*(α) σε περίπτωση που με το έντυπο της προσφυγής ζητείται η λήψη προσωρινού μέτρου, να παρουσιαστεί ενώπιόν της εντός δύο (2) εργασίμων ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης της προσφυγής στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα, για να εκθέσει τις απόψεις της/του για το ενδεχόμενο λήψης προσωρινού μέτρου για αναστολή της διαδικασίας ανάθεσης ή της εκτέλεσης πράξης ή απόφασης της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα ή της υπογραφής της σύμβασης. Στη συνάντηση, για να εκφέρει τις απόψεις του, καλείται να παρουσιαστεί και ο ενδιαφερόμενος προσφέρων ή υποψήφιος που έχει προσφύγει στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών, ή αντιπρόσωπός του.»*

Έχοντας υπόψη τα προβλεπόμενα στο άρθρο 24(1)(α) του Νόμου θεωρούμε ότι η ανασταλτική προθεσμία εφαρμόζεται για κάθε απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής σε σχέση με διαδικασία διαγωνισμού.

Στην **Παπαλουκά κ.ά ν. Επιτροπής Σιτηρών Κύπρου (1998) ΑΑΔ 356** σε σχέση με παράβαση τύπου αναφέρονται τα εξής:

*"Είναι γενική αρχή του Διοικητικού Δικαίου, την οποία υιοθετεί τόσο η ελληνική όσο και η κυπριακή νομολογία, ότι η παράβαση διατεταγμένου τύπου (ή τυπικής διατάξεως) επάγεται την ακυρότητα της πράξεως μόνον εφ' όσον ήθελε θεωρηθεί ότι, στην υπό εξέταση συγκεκριμένη περίπτωση, ο τύπος ο*

οποίος δεν τηρήθηκε ήταν ουσιώδης. Αν δεν ήταν ουσιώδης, η πράξη δεν υπόκειται σε ακύρωση, παρά την παράβαση. Με άλλα λόγια, ανεξάρτητα από το εξ αντικειμένου ουσιώδες του τύπου, αν διαπιστωθεί ότι η παράβαση του δεν είχε δυσμενείς επιπτώσεις για τον διοικούμενο, τότε, για τους σκοπούς της συγκεκριμένης περίπτωσης, αυτός θεωρείται επουσιώδης με αποτέλεσμα η παράβαση του να μην επάγεται την ακυρότητα της πράξεως.

Όπως παρατηρεί ο Σ. Δεληκωστόπουλος στη μονογραφία του "**Η παράβασις ουσιώδους τύπου ως λόγος ακυρώσεως διοικητικών πράξεων**" (1970), στη σελ. 82:

*'Εφ' όσον ούτως ή άλλως η πράξις της διοικήσεως και αν ετηρούντο οι τύποι θα είχε το αυτό περιεχόμενον, διότι η παράλειψις ουδεμίαν επ' αυτού επίδρασιν έσχε, δεν παρίσταται ως ουσιώδης ο μη τηρηθείς τύπος.'*

Πάνω στην ίδια βάση, ο Θ. Τσάτσος στο σύγγραμμα του "**Η Αίτησις Ακυρώσεως ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας**", 3η έκδοση (1971), στη σελ. 228, αναφέρει τα ακόλουθα:

*'Η παράβασις του τύπου τούτου καθιστά την πράξιν, την ούτω εκδοθείσαν, δηλαδή άνευ προηγουμένης κλήσεως, ή μετά τοσούτον ελλιπή δημοσίευσιν ή κοινοποίησιν αυτής ώστε να εξισούται προς εντελή έλλειψιν, ακυρωτέαν, εκτός εάν παρά την έλλειψιν κλήσεως ή το ουσιωδώς ελλιπές αυτής, υδυνήθη να πράξη ο ενδιαφερόμενος ό,τι θα έπραττε και αν η κλήσις εγίνετο κατά τρόπον απολύτως άμεμπτον ή εγίνετο άνευ ουσιωδών ελλείψεων.'*

.....

Στην προκείμενη περίπτωση, η μη προκήρυξη των θέσεων δεν μπορεί να θεωρηθεί ως παράβαση ουσιώδους τύπου αφού, παρά τη μη προκήρυξη, λήφθηκαν υπόψη και εξετάστηκαν, όπως αναφέραμε, όλες οι υποψηφιότητες, τόσο των αιτητών όσο και των ενδιαφερομένων μερών."

Ανάλογα αναφέρονται στη **Γεωργίου κ.ά ν. Ε.Ε.Υ (1989) 3 ΑΑΔ σελ. 1443 Πρέζας ν. Δημοκρατίας (1990) 3 ΑΑΔ 2533, Ηλία Μ. Πετρίδη κ.ά ν. Αρχής Ηλεκτρισμού Κύπρου, Συνεκδικαζόμενες Υποθέσεις 321/98 και 392/98, ημερ. 17.3.1999.**

Επανερχόμενοι στα γεγονότα της παρούσας ό,τι προκύπτει από το πρακτικό του Συμβουλίου Προσφορών ημερ. 24.4.2019 είναι ότι η Αναθέτουσα Αρχή χωρίς να αναμένει την ολοκλήρωση της διαδικασίας ακύρωσης του ανοικτού διαγωνισμού προχώρησε στην πρόσκληση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία με διαπραγμάτευση γεγονός που προκύπτει και από την προς τους Αιτητές και την ΛΑΚΩΝ ΑΤΕ επιστολή. Στην ουσία η ακύρωση έγινε ταυτόχρονα με την πρόσκληση συμμετοχής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση η οποία διαδικασία όσο και αν συνδέεται με τη διαδικασία του ανοικτού διαγωνισμού αποτελεί νέα χωριστή απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής.

Η ακύρωση του διαγωνισμού όσο και να μπορεί να θεωρηθεί τυπική, αφού ο διαγωνισμός εδώ θα συνεχίσει με τους ίδιους όρους δεν παύει να αποτελεί απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής για την οποία πρέπει να τηρούνται οι πρόνοιες της νομοθεσίας όταν μάλιστα θα υποβληθούν νέες προσφορές.

Μας απασχόλησε κατά πόσο η μη αναφορά στην ειδοποίηση τόσο των Αιτητών όσο και της ΛΑΚΩΝ ΑΤΕ της ύπαρξης της ανασταλτικής προθεσμίας, η οποία συνιστά ουσιώδη παράλειψη υπό τις περιστάσεις της υπόθεσης, επιδρά στη νομιμότητα της απόφασης ακύρωσης του διαγωνισμού. Κρίναμε, αφού εξετάσαμε με προσοχή όλα τα ενώπιον μας τεθέντα και ειδικότερα σ' ότι αφορά τους Αιτητές, ότι αυτοί

καταχώρησαν προσφυγή πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής προσφορών στη διαδικασία με διαπραγμάτευση, χορηγήθηκαν προσωρινά μέτρα έτσι ώστε η διαδικασία δεν προχώρησε, και σε σχέση με την ΛΑΚΩΝ ΑΤΕ, ότι αυτή στην επιστολή της ημερ. 2.5.2019, προς την Αναθέτουσα Αρχή σε απάντηση της επιστολής της τελευταίας ημερ. 30.4.2019, με την οποία την πληροφορούσε για την ακύρωση του διαγωνισμού και τους λόγους που την οδήγησαν σε αυτή, δεν εκφράζει διαμαρτυρία για την ακύρωση του διαγωνισμού στα έγγραφα του οποίου γίνεται σαφής αναφορά για το δικαίωμα προσφυγής ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών και παρατίθεται η ιστοσελίδα για περαιτέρω πληροφόρηση (όρος 8.3.8.4 του Τόμου Α) ότι υπό τις περιστάσεις δεν δικαιολογείται ακύρωση της απόφασης ακύρωσης του διαγωνισμού για το λόγο αυτό. Συνεπώς θα προχωρήσουμε να εξετάσουμε εάν ορθά ο διαγωνισμός ακυρώθηκε.

Όπως έχουμε ήδη προαναφέρει ακύρωση διαγωνισμού σύμφωνα με τον Καν. 32(5) της ΚΔΠ 243/2012 πρέπει να είναι δικαιολογημένη και συνάδει με τις αρχές του κοινοτικού δικαίου.

Είναι καλά νομολογημένο ότι η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ελέγχει κατά πόσο η διαδικασία παραγωγής της απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής είναι νόμιμη και η τελική απόφαση εύλογη και εντός της διακριτικής της ευχέρειας. Όπως το

Δικαστήριο έτσι και η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών δεν ελέγχει τους ουσιαστικούς λόγους μιας προσφοράς ή τα τεχνικά ή τα οικονομικά ζητήματα που προκύπτουν.

Δεν έχει αμφισβητηθεί ότι η προσφορά των Αιτητών ήταν κατά 18.0774% πιο ψηλή από τον προϋπολογισμό της σύμβασης. Συγκεκριμένα στην Έκθεση Αξιολόγησης ημερ. 24.4.2019 καταγράφεται ότι *«η προσφορά είναι κατά 18.0774% ψηλότερη από την προκαταρκτική εκτίμηση του έργου και κρίνεται ως μη συμφέρουσα [...]»*. Η διαπίστωση αυτή εύλογα εντάσσει την περίπτωση σε σχέση με την αιτιολογία στον Καν. 32(5) της ΚΔΠ 243/2012. Ο χαρακτηρισμός της στα πρακτικά του Συμβουλίου Προσφορών ως *«απαράδεκτη»* είναι πρόδηλο ότι έγινε για σκοπούς προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση σύμφωνα με τις πρόνοιες του άρθρου 23(1)(γ) του Νόμου και δεν μεταβάλλει την καθόλα εύλογη κατάληξη για ακύρωση του ανοιχτού διαγωνισμού. Ο χαρακτηρισμός της προσφοράς των Αιτητών ως *απαράδεκτης* δεν συμφωνούμε με τους Αιτητές ότι δεν δικαιολογείται επειδή σε άλλες περιπτώσεις είτε η ίδια η Αναθέτουσα Αρχή είτε άλλες αναθέτουσες αρχές κατακύρωσαν διαγωνισμούς σε ψηλότερη τιμή από την προϋπολογισθείσα δαπάνη.

Η κατακύρωση διαγωνισμού σε ψηλότερη από την προϋπολογισθείσα δαπάνη επαφίεται πάντοτε στη διακριτική ευχέρεια της Αναθέτουσας Αρχής και δεν σημαίνει ότι όταν δεν ασκηθεί υπέρ της κατακύρωσης του διαγωνισμού, η απόφαση δεν είναι εύλογη. Η Αναθέτουσα Αρχή είναι που γνωρίζει από τη μια τις ανάγκες του διαγωνισμού και από την άλλη τις οικονομικές της δυνατότητες. Όπως είναι καλά γνωστό, δεν υπάρχει υποχρέωση της Αναθέτουσας Αρχής εφόσον προκηρύξει διαγωνισμό να τον ολοκληρώσει ή να παραμείνει δεσμευμένη ασχέτως αλλαγών που επέρχονται στο μεταξύ και καθιστούν εκ των υστέρων επιβεβλημένη την ακύρωση του. Όπου υπάρχουν επαρκείς λόγοι που δικαιολογούν ακύρωση διαγωνισμού αυτός μπορεί να ακυρωθεί.

Η ακύρωση βέβαια του ανοιχτού διαγωνισμού προέκυψε, όχι μόνο από την τιμή της προσφοράς των Αιτητών, αλλά και για λόγους που αφορούν τη δεύτερη προσφορά της ΛΑΚΩΝ ΑΤΕ, η οποία στην έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης ημερ. 24.4.2019 κρίνεται ως μη έγκυρη και μη αποδεκτή καθότι παρουσιάζει ουσιώδη απόκλιση από τους όρους των εγγράφων του διαγωνισμού, και εδώ είναι το παράπονο των Αιτητών ότι έπρεπε να αποκλεισθεί και όχι να κληθεί σε διαπραγμάτευση. Από τα πρακτικά του Συμβουλίου Προσφορών προκύπτει ότι αυτό προτού καταλήξει έλαβε υπόψη του την έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης ημερ. 24.4.2019, την επιστολή του Δημοτικού Γραμματέα και την εισήγηση της

Επιτροπής Προσφορών όπου πράγματι γίνεται λόγος για άκυρη προσφορά και για προσφορά που παραβιάζει ουσιώδη όρο του διαγωνισμού.

Η ακύρωση του διαγωνισμού καθώς προκύπτει από το πρακτικό του Συμβουλίου Προσφορών ημερ. 24.4.2019 και η προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση ήταν επιλογή για να μην ακυρωθεί ο ανοιχτός διαγωνισμός και να επαναπροκηρυχθεί γεγονός που θα επέφερε καθυστέρηση στην εκτέλεση του έργου. Το εάν καλώς ή κακώς η προσφορά της ΛΑΚΩΝ ΑΤΕ δεν αποκλείστηκε από το διαγωνισμό δεδομένου ότι ο λόγος για τον οποίο η προσφορά των Αιτητών δικαιολογεί την ακύρωση του διαγωνισμού δεν είναι του παρόντος να εξετασθεί όταν μάλιστα η ΛΑΚΩΝ ΑΤΕ δεν αμφισβητεί την απόφαση. Η διαδικασία του άρθρου 23(1) του Νόμου η οποία θα ακολουθήσει εφόσον έχει ως προϋπόθεση την ακύρωση του διαγωνισμού θεωρούμε ότι δεν στερεί τους Αιτητές του δικαιώματος με την κατάληξη της διαδικασίας να ασκήσουν τα εκ του νόμου δικαιώματα τους σ' ότι αφορά την κατακύρωση του διαγωνισμού, οι διαδικασίες του οποίου καίτοι διακριτές δεν είναι ασύνδετες μεταξύ τους, η δεύτερη προϋποθέτει την πρώτη.

Στην απόφαση του Γενικού Δικαστηρίου (έκτο Τμήμα), *T-126/13, Direct Way, Directway Worldwide v. Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου*, ημερ. 29.10.2015, σχετικά με το ζήτημα αυτό αναφέρονται τα εξής:



«Επιπλέον, επιβάλλεται η επισήμανση ότι, μολονότι η διαδικασία με διαπραγμάτευση μπορεί να κινηθεί μόνον αν συντρέχουν ειδικές περιστάσεις, όπως ενδεικτικώς σε περίπτωση παράτυπων ή απαράδεκτων προσφορών στο πλαίσιο ανοικτής διαδικασίας μετά την ολοκλήρωση αυτής, τις οποίες προβλέπει το άρθρο 127, παράγραφος 1, στοιχείο α', του κανονισμού (ΕΚ, Ευρατόμ) 2342/2002 της Επιτροπής, της 23ης Δεκεμβρίου 2002, για τη θέσπιση των κανόνων εφαρμογής του κανονισμού (ΕΚ, Ευρατόμ) 1605/2002 του Συμβουλίου, για τη θέσπιση του Δημοσιονομικού Κανονισμού που εφαρμόζεται στο γενικό προϋπολογισμό των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (ΕΕ L 357, σ. 1, στο εξής: κανόνες εφαρμογής), εντούτοις, συνιστά αυτοτελή και διακριτή διαδικασία σε σχέση με κάθε άλλη διαδικασία για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως και, ειδικότερα, σε σχέση με την ανοικτή διαδικασία, κατά την έννοια του άρθρου 91 του κανονισμού (ΕΚ, Ευρατόμ) 1605/2002 του Συμβουλίου, της 25ης Ιουνίου 2002, για τη θέσπιση του Δημοσιονομικού Κανονισμού που εφαρμόζεται στο γενικό προϋπολογισμό των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (ΕΕ L 248, σ. 1, στο εξής: Δημοσιονομικός Κανονισμός) (διάταξη της 16ης Δεκεμβρίου 2009, Bull κ.λπ. κατά Επιτροπής, T-333/08, EU:T:2009:514, σκέψη 14)».

Για την πιο πάνω κατάληξη μας λάβαμε επίσης υπόψη τα πιο κάτω από το Σύγγραμμα της Professor Sue Arrowsmith, THE LAW OF PUBLIC AND UTILITIES PROCUREMENT, Regulation in the EU and UK, Volume 1:

*«Thus although no new notice is needed, the procedure is still in general required to be a competitive one held in accordance with the requirements of the negotiated procedure with a notice that governs the award<sup>98</sup>.*

-----

<sup>98</sup> *Under the 2014 directive the applicable procedure is the competitive procedure with negotiation or competitive dialogue Art.26(4)(b)».*

Σ' ότι αφορά τη θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι η κλήση σε διαπραγμάτευση δεν αποτελεί εκτελεστή πράξη ή απόφαση ώστε να είναι δεκτική προσβολής

συμφωνούμε. Εκτελεστή και συνεπώς δεκτική προσβολής είναι η όποια τελική απόφαση προκύψει από τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης που θα τρέξει.

Ενόψει όλων όσων πιο πάνω προσπαθήσαμε να εξηγήσουμε, ομόφωνα, αποφασίζουμε ότι η προσφυγή δεν ευσταθεί και απορρίπτεται χωρίς οποιαδήποτε άλλη διαταγή.