



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. 38/2016

Μεταξύ:

CYBARCO LTD

Αιτητών

v.

ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών:**

Έφη Παπαδοπούλου, Πρόεδρος
Λοΐζος Κάππας, Μέλος
Γιώργος Αναστασίου, Μέλος
Σόλων Παπαθεοχάρους, Μέλος
Βασίλης Πάλμας, Μέλος

Αιτητές:

CYBARCO LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Άννα Χρίστου, Δικηγόρο για Ιωαννίδης Δημητρίου ΔΕΠΕ
2. Μαρίζα Καϊλή, Ασκούμενη Δικηγόρο για Ιωαννίδης Δημητρίου ΔΕΠΕ
3. Σύλβια Ζίττη, Ασκούμενη Δικηγόρο για Ιωαννίδης Δημητρίου ΔΕΠΕ
4. Βαρνάβα Λάμπρου, Διευθυντή Συμβατικών Υποθέσεων στην Αιτούσα Εταιρεία

Αναθέτουσα Αρχή:

ΤΜΗΜΑ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Ελίτα Γαβριήλ, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. Ελένη Κιούση, Ασκούμενη Δικηγόρο
3. Δώρα Λεύτον, Εκπρόσωπο Αναθέτουσας Αρχής
4. Ελένη Τσιαπίνη, Εκπρόσωπο Αναθέτουσας Αρχής

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 28 Νοεμβρίου, 2016

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Το Τμήμα Δημοσίων Έργων «η Αναθέτουσα Αρχή» με επιστολή του ημερ. 15.7.2016 γνωστοποίησε στους Αιτητές ότι ο διαγωνισμός «*Μελέτη και Κατασκευή του Κάθετου Δρόμου που συνδέει το Νέο Λιμάνι Λεμεσού με τον αυτοκινητόδρομο Λεμεσού – Πάφου, Φάση II - Τμήμα Β (Παράλληλος Δρόμος)*» κατακυρώθηκε στην εταιρεία Nemesis Asphalt Co. Ltd («ο επιτυχών») η προσφορά της οποίας παρουσίαζε τη χαμηλότερη τιμή. Ο διαγωνισμός κατακυρώθηκε αντί του ποσού των €12.285.000 πλέον ΦΠΑ. Η προσφορά των Αιτητών δεν επιλέγηκε λόγω ψηλότερης προσφερθείσας τιμής.

Οι Αιτητές καταχώρησαν την παρούσα προσφυγή ισχυριζόμενοι ότι η προσφορά του επιτυχόντα δεν πληροί ουσιώδη όρο του διαγωνισμού και συνεπώς η κατακύρωση θα πρέπει να ακυρωθεί.

Τα γεγονότα της υπόθεσης όπως προκύπτουν από το διοικητικό φάκελο σε συντομία έχουν ως εξής:

Ο υπό εξέταση διαγωνισμός ο οποίος έχει προϋπολογιζόμενη δαπάνη €17.000.000 και κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή κατακυρώθηκε αρχικά στους Αιτητές αφού η προσφορά του επιτυχόντα είχε από το στάδιο της τεχνικής αξιολόγησης αποκλεισθεί για λόγους που δεν ενδιαφέρουν εδώ. Ο επιτυχών αμφισβήτησε τη

νομιμότητα του αποκλεισμού της προσφοράς του με την Προσφυγή 48/2015¹ η οποία είχε επιτυχή κατάληξη. Ο αποκλεισμός της προσφοράς του ακυρώθηκε.

Ακολούθως και ενόψει του ακυρωτικού αποτελέσματος στην πιο πάνω προσφυγή η Αναθέτουσα Αρχή προχώρησε στο άνοιγμα του οικονομικού φακέλου του επιτυχόντα και όσων προσφοροδοτών είχαν ανανεώσει με επιστολή τους την ισχύ της προσφοράς τους. Μεταξύ των εν λόγω προσφοροδοτών ήσαν και οι Αιτητές.

Η Επιτροπή Αξιολόγησης αφού ολοκλήρωσε την οικονομική αξιολόγηση των προσφορών με επιστολή της ημερ. 16.6.2016 και αφού έκρινε ότι το ποσό της προσφοράς του επιτυχόντα είναι κατά 27,73% χαμηλότερο από την εκτίμηση του Τμήματος ζήτησε από αυτόν όπως επιβεβαιώσει γραπτώς ότι είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση και όπως δώσει εξηγήσεις αναφορικά (α) με τα οικονομικά χαρακτηριστικά της μεθόδου κατασκευής και (β) τις επιλεγείσες τεχνικές λύσεις ή τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που διαθέτει για την εκτέλεση του έργου.

Ο επιτυχών με επιστολή του ημερ. 24.6.2016 έδωσε σχετικές εξηγήσεις οι οποίες κρίθηκαν από την Επιτροπή Αξιολόγησης ικανοποιητικές και οδήγησαν σε εισήγηση προς το Συμβούλιο Προσφορών για κατακύρωση του διαγωνισμού στον επιτυχόντα. Η εισήγηση έγινε αποδεκτή και το Συμβούλιο Προσφορών στις 30.6.2016 αποφάσισε την κατακύρωση του διαγωνισμού σ' αυτόν.

¹ NEMESIS ASPHALT CO LTD v. Τμήματος Δημοσίων Έργων ημερ. 4.4.2016

Οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι η πιο πάνω απόφαση πρέπει να ακυρωθεί για δύο λόγους οι οποίοι είναι άρρηκτα συνδεδεμένοι. Πρώτο γιατί η προσφορά του επιτυχόντα παραβιάζει ουσιώδη όρο του διαγωνισμού και δεύτερο επειδή η Αναθέτουσα Αρχή πεπλανημένα και αυθαίρετα έκρινε ότι η προσφορά του πληροί τις απαιτήσεις των εγγράφων του διαγωνισμού και ειδικότερα του Παραρτήματος 16Α - Ανάλυση Οικονομικής (Συνολικού Ποσού) Προσφοράς, στο οποίο, υπό σημείο 3, αναφέρεται ότι *«το ποσό για τη συντήρηση να μην είναι λιγότερο από 6% του συνολικού ποσού προσφοράς αφαιρουμένων των ποσών προνοίας»*.

Οι Αιτητές αναφερόμενοι στους όρους 4, 5.6.2 και 7.5.3 Οδηγίες προς Οικονομικούς Φορείς Μέρος Α ως και το Παράρτημα 16Α του Μέρους Α υποστηρίζουν ότι η σημαντικότητα και σπουδαιότητα της συντήρησης του έργου είναι αδιαμφισβήτητη αφού αυτό δεν αφορά μόνο μελέτη και κατασκευή αλλά και 5ετή συντήρηση μετά την παράδοση του. Η διασφάλιση της καλής λειτουργίας του όλου έργου και ιδιαίτερα της αποχέτευσης των ομβρίων, της τοποτεχνικής και των αντλιοστασίων, αναφέρουν, σε τέτοιου είδους έργο είναι αναγκαία και μπορεί να διασφαλιστεί μόνο με τη συντήρηση του. Στην προσφορά του επιτυχόντα το συνολικό ποσό συντήρησης το οποίο καταγράφεται είναι πολύ μικρότερο του απαιτούμενου από το Παράρτημα 16Α 6% του συνολικού ποσού της προσφοράς, κάτι που και η ίδια η Επιτροπή Αξιολόγησης διαπίστωσε.

Οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι το αναγραφέν ποσό στο Παράρτημα 16Α της προσφοράς του επιτυχόντα δεν είναι αριθμητικό λάθος ώστε να δικαιολογείται η ανάγκη διόρθωσης όπως έπραξε η Αναθέτουσα Αρχή κατ' επίκληση του όρου 7.5.3 του Μέρους Α. Η Αναθέτουσα Αρχή, ανέφεραν, καίτοι στην έκθεση αξιολόγησης της ημερ. 28.6.2016 διαπίστωσε ότι το δηλωθέν με την προσφορά του επιτυχόντα ποσό συντήρησης ήταν κατά πολύ μικρότερο του προβλεπόμενου, υπό πλάνη και/ή αυθαίρετα θεώρησε ότι παρείχεται έδαφος για διόρθωση του δηλωθέντος ποσού ώστε αυτό να είναι σύμφωνο με το σημείο 3 του Παραρτήματος 16Α. Η κρίση της Επιτροπής Αξιολόγησης, ότι εφόσον δεν υπάρχει πρόνοια για απόρριψη προσφοράς όταν το εν λόγω ποσό συντήρησης είναι μικρότερο του 6% και ότι παρείχεται δυνατότητα διόρθωσης του χωρίς να επηρεάζεται το συνολικό ποσό της προσφοράς, είναι πεπλανημένη.

Οι Αιτητές υποστηρίζουν ότι εάν γίνει δεκτός ο τρόπος με τον οποίο η Αναθέτουσα Αρχή λειτούργησε σημαίνει ότι ο κάθε προσφοροδότης είναι ελεύθερος να μην ακολουθεί τους όρους του διαγωνισμού και η Αναθέτουσα Αρχή να επεμβαίνει με τον τρόπο που η ίδια κρίνει ορθό έτσι ώστε η προσφορά να καθίσταται έγκυρη και εντός προδιαγραφών. Η παράλειψη αναφοράς στα έγγραφα ότι η μη συμμόρφωση με το συγκεκριμένο όρο θα έχει ως αποτέλεσμα τον αποκλεισμό της προσφοράς δεν επηρεάζει από τη στιγμή που ο όρος είναι ουσιώδης. Το δε ουσιώδες του όρου προκύπτει τόσο από το λεκτικό του όσο και από το σκοπό που αυτός επιδιώκει που δεν είναι άλλος από τη διασφάλιση της Αναθέτουσας Αρχής ότι ο ανάδοχος θα

εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του κατά τη διάρκεια της 5ετούς περιόδου συντήρησης.

Η Αναθέτουσα Αρχή προς υποστήριξη της νομιμότητας της απόφασης υπέδειξε ότι ο συγκεκριμένος διαγωνισμός δεν περιλαμβάνει δελτία ποσοτήτων και ότι η σύγκριση των προσφορών έγινε όπως προνοείται στον όρο 7.5 Αξιολόγηση Οικονομικών Προσφορών και Κατάταξη τους. Η σύγκριση των προσφορών, ανέφερε, δεδομένου ότι κριτήριο ανάθεσης είναι αποκλειστικά η χαμηλότερη τιμή γίνεται με βάση το συνολικό ποσό προσφοράς όπως αυτό προκύπτει μετά τη διόρθωση οποιωνδήποτε λαθών από μεταφορά. Οι προσφέροντες, τόνισε, όφειλαν να υποβάλουν με την προσφορά τους ένα μόνο ποσό, το συνολικό ποσό προσφοράς το οποίο και καθορίζει και τη σύγκριση των προσφορών μεταξύ τους. Για τους σκοπούς του συγκεκριμένου διαγωνισμού, ο οποίος δεν περιλαμβάνει δελτία ποσοτήτων στο Παράρτημα 16Α - Ανάλυση Οικονομικής (Συνολικού Ποσού) Προσφοράς περιγράφονται ονομαστικά οι διάφορες εργασίες που καταγράφονται στον Τόμο Γ των εγγράφων του διαγωνισμού και που ο προσφέρων οφείλει να εκτελέσει καθορίζοντας προς τούτο συγκεκριμένο ποσό για μία έκαστη εργασία. Η σύγκριση όμως των προσφορών μεταξύ τους γίνεται με αναφορά στο συνολικό ποσό και όχι με το ποσό/τιμή που προσδιορίζεται στο Παράρτημα 16Α για κάθε εργασία που ο ανάδοχος οφείλει να εκτελέσει. Το Παράρτημα 16Α θεσπίστηκε στα έγγραφα και ως βοηθητικό για τη ρύθμιση των πληρωμών του εργολάβου κατά το στάδιο υλοποίησης του έργου και όχι για τη σύγκριση των προσφορών μεταξύ τους

κατά το στάδιο της αξιολόγησης. Επίσης στο Παράρτημα 16Α δεν προβλέπεται ποινή απόρριψης σε περίπτωση που το ποσό για τη συντήρηση είναι μικρότερο από το 6% του συνολικού ποσού προσφοράς. Στην απουσία ποινής αποκλεισμού η παράλειψη δεν οδηγεί σε απόρριψη αλλά διόρθωση της κατανομής των ποσών. Κατά την Αναθέτουσα Αρχή όσα καταγράφονται στις σημειώσεις του Παραρτήματος 16Α δεν συνιστούν ουσιώδεις όρους αλλά είναι κάποια ποσοστά που καθορίστηκαν και για τα οποία έχει δικαίωμα προσαρμογής τους εφόσον δεν αλλάζει το συνολικό ποσό της προσφοράς. Ειδικότερα για τη σημείωση 3 υποστήριξε ότι εφόσον σε περίπτωση μηδενικής καταγραφής μπορούσε με βάση τον όρο 5.7.3 του Μέρους Α να προχωρήσει σε αναπροσαρμογή με βάση τα ποσοστά που είχαν τεθεί, γιατί να μην μπορεί να το πράξει όταν το ποσό που τέθηκε είναι μικρότερο του προβλεπόμενου ποσοστού; Υποστήριξε ότι η Επιτροπή Αξιολόγησης ορθά στη συμπληρωματική της έκθεση καίτοι διαπίστωσε ότι το ποσοστό της συντήρησης που δηλώθηκε με την προσφορά του επιτυχόντα ήταν κατά πολύ μικρότερο του προβλεπόμενου, 0.76% αντί του προβλεπόμενου 6% του συνολικού ποσού προσφοράς, προχώρησε στη διόρθωση ώστε αυτό να είναι σύμφωνο με τα καθορισμένα ποσοστά. Η Αναθέτουσα Αρχή προς υποστήριξη της επιχειρηματολογίας της παραπέμπει στην *Προσφυγή Αρ. 41/2014, Vouros Healthcare Ltd v. Τμήματος Ηλεκτρομηχανολογικών Υπηρεσιών*, ημερ. 12.1.2015 και στις *Συνεκδικαζόμενες Υποθέσεις 1620/08 και 1646/08, Caramondani*

Desalination Plants Ltd v. Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών, ημερομηνίας 4.5.2010.

Απαντώντας στον ισχυρισμό των Αιτητών ότι από τα έγγραφα του διαγωνισμού απουσιάζει η πρόνοια των προτύπων εγγράφων του Γενικού Λογιστηρίου για τις δημόσιες συμβάσεις έργων αναφορικά με ψηλές ή χαμηλές τιμολογήσεις ανέφερε ότι για τον παρόντα διαγωνισμό ο οποίος αφορά μελέτη, κατασκευή και συντήρηση δεν υπάρχουν πρότυπα έγγραφα.

Όπως έχει κατ' επανάληψη αναφερθεί από τη νομολογία η προκήρυξη διαγωνισμού και οι όροι του αποτελούν πράξη κανονιστικού περιεχόμενου που δεσμεύει τόσο τη διοίκηση όσο και τους διαγωνιζόμενους. Οι όροι προκήρυξης διαγωνισμού κατ' ουσίαν θεωρούνται διάταξη νόμου, η δε παράβαση τους συνιστά παράβαση κανόνα δικαίου. Σε κάθε περίπτωση τόσο η διοίκηση όσο και οι διαγωνιζόμενοι δεσμεύονται από τους όρους οι οποίοι πρέπει να ερμηνεύονται στενά και αυστηρά. (*Αιμίλιος Έλληνα και Σία v. Υπουργείου Οικονομικών* (1990) 3 ΑΑΔ 181, *Δημοκρατία v. S. Kyriakos Euromarket Ltd* (2000) 3ΑΑΔ 692).

Είναι επίσης καλά νομολογημένο ότι δεν είναι όλοι οι όροι ενός διαγωνισμού ουσιώδεις. Το ουσιώδες του όρου εξαρτάται από τη σημασία που αυτός έχει για τη λήψη της τελικής απόφασης. Στην *Tamassos Tobacco Suppliers and Co. v. Δημοκρατίας* (1992) 3 ΑΑΔ 60 υποδεικνύεται ότι «*όρος της προσφοράς συνιστά, ανάλογα με τη σημασία του, ουσιώδη ή επουσιώδη προδιαγραφή για συμμετοχή στο*

διαγωνισμό. Προσφορά η οποία δεν πληροί και δεν ανταποκρίνεται σε ουσιώδη όρο του διαγωνισμού, είναι άκυρη και κατ' επέκταση δεν μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο εξέτασης». Υποδεικνύεται επίσης ότι «Η κρίση κατά πόσο ο τύπος ο οποίος παραβιάζεται αποτελεί ουσιώδη ή επουσιώδη πρόνοια, ανήκει στο δικαστή (Σπηλιωτόπουλος, «Εγχειρίδιον Διοικητικού Δικαίου», έκδοση 1977, σελ. 404-404). Η νομολογία βεβαιώνει ότι κριτήριο για τον καθορισμό της σημασίας και υπόστασης όρου πλειοδοτικού διαγωνισμού, είναι η σημασία που ενέχει η τήρηση του για την απόφαση για κατακύρωση της προσφοράς. Ουσιώδης είναι ο όρος η τήρηση του οποίου είναι αποφασιστικής σημασίας για τη λήψη και το περιεχόμενο της απόφασης για την κατακύρωση της προσφοράς».

Στη **Δημοκρατία ν. CH Heat-Flow Mechanical Contractors Ltd** (2005) 3ΑΑΔ 363 αναφέρθηκε ότι δεν χωρεί διαφοροποίηση μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους απόκλισης όταν ο όρος κρίνεται ουσιώδης.

Προτού εξετάσουμε τους ισχυρισμούς που εδώ εγείρονται παραθέτουμε τους όρους των εγγράφων του διαγωνισμού του Μέρους Α που θεωρούμε σημαντικούς για ότι εδώ ενδιαφέρει.

Όρος 4:

«4. Στοιχεία Εγγράφων Διαγωνισμού

4.1 Περιεχόμενα εγγράφων διαγωνισμού

1. Τα πιο κάτω έγγραφα, όπως ενδεχομένως να διευκρινιστούν ή τροποποιηθούν με βάση τις παραγράφους 4.3 και 4.4 πιο κάτω, συνιστούν τα Έγγραφα Διαγωνισμού:

[...].

- Μέρος 3 – Αριθμημένα Παραρτήματα, Ειδικοί Όροι και Ειδικές Πρόνοιες».

Όρος 5.6.2:

«5.6.2 Περιεχόμενα Υποφάκελου «Οικονομική Προσφορά»

1. Ο Υποφάκελος «Οικονομική Προσφορά» θα περιέχει δεόντως συμπληρωμένο το Έντυπο Οικονομικής Προσφοράς που επισυνάπτεται ως Παράρτημα 16 και την Ανάλυση Οικονομικής Προσφοράς που επισυνάπτεται ως Παράρτημα 16Α».

Όρος 5.7.3:

«5.7 Ποσότητες και Τιμές Μονάδος

[...]

3. Σε περίπτωση που ο Προσφέρων δεν τιμολογήσει οποιαδήποτε εργασία ή άρθρο, αυτό θα ερμηνεύεται ότι η αξία της εργασίας αυτής έχει συμπεριληφθεί σε άλλες εργασίες».

Όρος 7.5:

«7.5 Αξιολόγηση Οικονομικών Προσφορών και Κατάταξη Προσφορών

.....

3. Οι προσφορές θα ελεγχθούν με σκοπό να εντοπιστούν οποιαδήποτε αριθμητικά λάθη και/ή λάθη από μεταφορά, τα οποία και θα διορθώνονται.

4. Η σύγκριση των Προσφορών θα γίνει με βάση το Συνολικό Ποσό Προσφοράς όπως αυτό προκύπτει μετά τη διόρθωση οποιωνδήποτε αριθμητικών λαθών και/ή λαθών από μεταφορά και μετά την αναγωγή του σε σημερινές τιμές, εάν απαιτείται σύμφωνα με το παραπάνω εδάφιο 2.»

Παράρτημα 16Α:

«ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 16Α
Ανάλυση Οικονομικής (Συνολικού Ποσού) Προσφοράς

<i>A/A</i>	<i>Περιγραφή</i>	<i>Ποσό (€)</i>
1.0	<i>Μελέτη¹</i>
2.0	<i>Κατασκευή</i>
3.0	<i>Μελέτη και κατασκευή αντλιοστασίου/ων²</i>
4.0	<i>Συντήρηση³ (σε μεταφορά από σελίδα 3 από 3)</i>
	<i>Σύνολο</i>
	<i>Ποσό Προσαρμογής</i>
5.0	<i>Ποσά Προνοίας⁴</i>	
5.1	<i>Εργασίες με Απολογισμό (σε μεταφορά από σελίδα 2 από 3)</i>
5.2	<i>Απρόβλεπτα</i>	1.700.000
	<i>Συνολικό Ποσό Προσφοράς⁵</i>	
	<i>Μεταφέρεται στο Έντυπο Οικονομικής Προσφοράς)</i>

Σημειώσεις:

[...]

3. Το ποσό για την συντήρηση να μην είναι λιγότερο από 6% του Συνολικού Ποσού Προσφοράς αφαιρουμένων των Ποσών Προνοίας.»

Ότι το αντικείμενο του διαγωνισμού είναι ένα μεγάλο έργο δεν χωρεί αμφιβολία. Όπως προκύπτει από τα έγγραφα του διαγωνισμού πρόκειται για ένα μεγάλο έργο δημόσιας ωφέλειας, αφού ο συγκεκριμένος δρόμος θα συνδέει το Λιμάνι Λεμεσού, το μεγαλύτερο λιμάνι της Κύπρου, με τον αυτοκινητόδρομο Λεμεσού-Πάφου. Συνεπώς, οτιδήποτε αφορά σε ένα τέτοιο έργο δεν μπορεί παρά να γίνεται με άρτιο τρόπο ώστε να εξυπηρετούνται τα συμφέροντα του ιδιοκτήτη του έργου που στην παρούσα περίπτωση δεν είναι άλλος από το κράτος και κατ' επέκταση του κάθε

πολίτη. Επομένως ένα τέτοιο έργο εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον. Η κατακύρωση κάθε διαγωνισμού αλλά και του συγκεκριμένου όπως είναι αναμενόμενο αποβλέπει στην εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος η οποία θα πρέπει να γίνεται εφόσον πληρούνται οι όροι ενός διαγωνισμού.

Στην παρούσα περίπτωση δεν έχει υποστηριχθεί από την Αναθέτουσα Αρχή ότι ο όρος 5.6.2 Περιεχόμενα Υποφακέλου «Οικονομικής Προσφοράς» είναι επουσιώδης, δεν θα μπορούσε άλλωστε να υποστηριχθεί κάτι τέτοιο, αφού πρόκειται για την οικονομική προσφορά και κριτήριο ανάθεσης την χαμηλότερη τιμή. Υποστηρίχθηκε όμως ότι η σημείωση 3 του Παραρτήματος 16Α είναι χωρίς σημασία για την απόφαση κατακύρωσης και ότι ο λόγος που τέθηκε ήταν απλώς για να βοηθηθούν οι προσφοροδότες.

Έχοντας υπόψη ότι το έργο αποτελείται από τρεις ενότητες (Μελέτη, Κατασκευή, Συντήρηση), τη φύση και την έκταση των εργασιών του μέρους που αφορά στη συντήρηση του έργου όπως αυτές αναλύονται στο Μέρος Γ, δεν συμφωνούμε με τη θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι η σημείωση 3 τέθηκε και για να βοηθηθούν οι προσφοροδότες. Το καθορισθέν ποσοστό του 6% του συνολικού ποσού δεν τέθηκε τυχαία ούτε είναι χωρίς αποφασιστική σημασία για την απόφαση κατακύρωσης, εξ' ου και η Αναθέτουσα Αρχή το διόρθωσε. Τα περί καθορισμού του τρόπου πληρωμής του εργολάβου κατά το στάδιο υλοποίησης του έργου είναι εκ των υστέρων σκέψεις που δεν βοηθούν. Ούτε η απουσία πρόνοιας ποινής αποκλεισμού

υπό τα έγγραφα του διαγωνισμού καθιστά τον όρο επουσιώδη. Είναι άλλωστε καλά γνωστό ότι η παράλειψη προσδιορισμού των συνεπειών μη συμμόρφωσης δεν καθιστά αφ' εαυτής τον όρο επουσιώδη. Το κατά πόσο ένας όρος είναι ουσιώδης συνδέεται με τα γεγονότα κάθε υπόθεσης και τους όρους του διαγωνισμού. Οι εργασίες του Μέρους Γ όπως αυτές καταγράφονται είναι αποφασιστικής σημασίας. Αφορούν θα λέγαμε στη μία από τις τρεις ενότητες του έργου που είναι εξίσου σημαντική όπως οι άλλες δύο.

Ο επιτυχών με την προσφορά του για συντήρηση του έργου στο Παράρτημα 16Α και παρά τη σημείωση αριθμός 3 κατέγραψε αντί ποσό 6% του συνολικού ποσού της προσφοράς πολύ μικρότερο. Ενώ το ελάχιστο που θα μπορούσε να υποβάλει ήταν το ποσό των €632.748,30 υπέβαλε ποσό μόνο €80.000 το οποίο στο Δελτίο 2 ανέλυσε. Συγκεκριμένα για τις εργασίες συντήρησης του συστήματος αποχέτευσης ομβρίων, σύμφωνα με την παράγραφο 3.8.11 του Τόμου Γ, Μέρος 1, εξαιρουμένης της συντήρησης του/των αντλιοστασίου/ων για κάθε έτος κατέγραψε €5.000 και για τις εργασίες συντήρησης τοποιοτέχνησης σύμφωνα με τον Τόμο Γ, Μέρος 5, Παράρτημα Η για κάθε έτος €11.000 και κανένα ποσό για τις εργασίες συντήρησης αντλιοστασίου/ων.

Το γεγονός ότι η σύγκριση γίνεται με το τελικό ποσό θεωρούμε ότι δεν εξουδετερώνει το ουσιώδες του όρου. Ο διαγωνισμός ο οποίος περιλαμβάνει τρία κεφάλαια, μελέτη – κατασκευή – συντήρηση, με τους όρους του σκοπεί να

διασφαλίσει και των τριών κεφαλαίων την άρτια εκτέλεση των εργασιών. Η πρόβλεψη με τη σημείωση 3 του Παραρτήματος 16Α αποτελεί ένα είδος εγγύησης ή εξασφάλισης για τη συντήρηση του έργου 5 χρόνια μετά την παράδοση του.

Με τη διαπίστωση μας ότι ο όρος είναι ουσιώδης και ότι η προσφορά του επιτυχόντα δεν ήταν σύμφωνη με την απαίτηση σε σχέση με το ποσό της συντήρησης του έργου προχωρούμε να εξετάσουμε και το δεύτερο σκέλος, κατά πόσο δηλαδή ο τρόπος με τον οποίο η Αναθέτουσα Αρχή μετά τη διαπίστωση της συγκεκριμένης παρέκκλισης από τον όρο του διαγωνισμού² δικαιολογείται στη βάση των όρων του διαγωνισμού.

Η αναφορά της Αναθέτουσας Αρχής ότι η προσφορά του επιτυχόντα είναι κατά πολύ φθηνότερη από την προσφορά των Αιτητών είναι χωρίς σημασία αφού είναι νομολογημένη αρχή ότι προσφορά που παραβιάζει ουσιώδεις όρους του διαγωνισμού είναι εξ' υπαρχής άκυρη και δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη κατά την αξιολόγηση.

² Στην έκθεση οικονομικής αξιολόγησης αναγράφονται τα εξής:

«Η Επιτροπή Αξιολόγησης έπειτα από έλεγχο του Παραρτήματος 16Α, «Αναθεωρημένο 1», της προσφοράς του Οικονομικού Φορέα NEMESIS ASPHALT CO LIMITED, παρατηρεί τα πιο κάτω:

- i) Το ποσό στο άρθρο 4.0 – Συντήρηση, στην Ανάλυση Οικονομικής (Συνολικού Ποσού) Προσφοράς, είναι μικρότερο από το ποσοστό που αναφέρεται στη Σημείωση 3: «Το ποσό για τη συντήρηση να μην είναι λιγότερο από 6% του Συνολικού Ποσού Προσφοράς αφαιρουμένων των Ποσών Προνοίας.» (επισυνάπτεται ως Παράρτημα Ε αντίγραφο της Σελίδας 1 από 3, ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 16^Α «Αναθεωρημένο 1» από τα Έγγραφα του Διαγωνισμού). Συγκεκριμένα, το ποσό που δηλώθηκε από τον Προσφέροντα στο άρθρο 4.0 – Συντήρηση, ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 16^Α είναι €80.000,00, δηλαδή, 0,76% του Συνολικού Ποσού Προσφοράς αφαιρουμένων των Ποσών Προνοίας, το οποίο είναι κατά πολύ μικρότερο από το 6%.

[...]

η Επιτροπή αποφάσισε όπως εισηγηθεί, στην Ανάλυση Οικονομικής (Συνολικού Ποσού) Προσφοράς (Παράρτημα 16Α, «Αναθεωρημένο 1») του Οικονομικού Φορέα NEMESIS ASPHALT CO LIMITED διορθωθούν οι τιμές ώστε να είναι σύμφωνες με τη Σημείωση 3, ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 16^Α «Αναθεωρημένο 1», ώστε η συντήρηση να μην είναι μικρότερη του 6%, χωρίς να επηρεαστεί το συνολικό ποσό της προσφοράς».

Η Αναθέτουσα Αρχή επικαλούμενη τον όρο 5.7.3 του Μέρους Α υποστήριξε ότι εφόσον όταν δεν υπάρχει τιμολόγηση η προσφορά δεν απορρίπτεται αλλά θεωρείται ότι η αξία της συγκεκριμένης εργασίας που δεν τιμολογήθηκε έχει συμπεριληφθεί σε άλλες εργασίες, γιατί να απορριφθεί η προσφορά όταν υπάρχει διαφορά στο απαιτούμενο ποσό συντήρησης το οποίο μπορεί να διορθώσει στη βάση του όρου 7.5.3 του Μέρους Α; Κατά τη διάρκεια βέβαια της ενώπιον μας συζήτησης η Αναθέτουσα Αρχή διευκρίνισε ότι η αναφορά της στον όρο 5.7.3 έγινε για να καταδειχθεί το επουσιώδες του όρου και όχι ότι κατ' εφαρμογή του έκρινε την προσφορά του επιτυχόντα εντός προδιαγραφών. Η προσφορά του έγινε αποδεκτή στη βάση της διόρθωσης αριθμητικού λάθους (όρος 7.5.3). Με τη διόρθωση, τόνισε, του ποσού Συντήρησης και για να μην διαφοροποιηθεί το συνολικό ποσό μείωσε τα ποσά σε άλλες εργασίες. Αφαίρεσε κάποια ποσά από την Μελέτη και την Κατασκευή και τα ενέταξε στη Συντήρηση.

Αδυνατούμε να αποδεχθούμε ως ορθό το συλλογισμό και τις μετέπειτα ενέργειες της Αναθέτουσας Αρχής. Εν πρώτοις δεν μπορεί να γίνεται λόγος για αριθμητικό λάθος ή λάθος από μεταφορά. Αριθμητικό λάθος είναι το λάθος που προκύπτει από αριθμητική πράξη κάτι που δεν συμβαίνει εδώ, όπου ο επιτυχών δήλωσε συγκεκριμένο ποσό για τη συντήρηση το οποίο προέκυψε από το Δελτίο 2 του Παραρτήματος 16Α στο οποίο για κάθε έτος χωριστά και για κάθε εργασία χωριστά δήλωσε συγκεκριμένο ποσό, το άθροισμα του οποίου ανήρχετο σε €80.000 και το οποίο ποσό μεταφέρθηκε στο σημείο 4 του Παραρτήματος 16Α. Η Επιτροπή

Αξιολόγησης στην έκθεση της Παράρτημα ΣΤ φαίνεται ότι με την αύξηση του συνολικού ποσού της συντήρησης από €80.000 σε €632.748 και με μείωση των δηλωθέντων ποσών για τη μελέτη και την κατασκευή ώστε να μην μεταβληθεί το συνολικό ποσό της προσφοράς προχώρησε σε τροποποίηση των κατ' έτος και κατ' εργασία δηλωθέντων ποσών στο Δελτίο 2, δηλαδή στην ουσία το Δελτίο 2 τροποποιήθηκε στο σύνολό του. Το γεγονός ότι η σύγκριση γίνεται με το τελικό ποσό δεν παρέχει τη δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 7.5.3 εφόσον δεν υπάρχει αριθμητικό λάθος ή λάθος από μεταφορά.

Ο τρόπος με τον οποίο η Αναθέτουσα Αρχή χειρίστηκε την προσφορά του επιτυχόντα δεν δικαιολογείται στη βάση των όρων του διαγωνισμού. Στην ουσία επενέβη και διόρθωσε την προσφορά ώστε αυτή να συνάδει με τα προβλεπόμενα στο Παράρτημα 16Α.

Τη θέση των Αιτητών ότι ο τρόπος που ενήργησε η Αναθέτουσα Αρχή δεν δικαιολογείται επειδή στους όρους του διαγωνισμού δεν υπάρχει πρόβλεψη για ψηλές ή χαμηλές τιμολογήσεις η οποία υπάρχει στα πρότυπα έγγραφα του Γενικού Λογιστηρίου ενόψει της κατάληξης μας δεν θα το εξετάσουμε. Σημειώνουμε μόνο ότι όντως στα πρότυπα έγγραφα του Γενικού Λογιστηρίου στα οποία οι Αιτητές μας παρέπεμψαν σε σχέση με τον όρο 7.5 ψηλές ή χαμηλές τιμολογήσεις για διαγωνισμούς έργων όπου δεν υπάρχουν δελτία ποσοτήτων υπάρχει εναλλακτική διατύπωση από την οποία οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να καθοδηγούνται κατά

την ετοιμασία των εγγράφων του κάθε διαγωνισμού. Η απουσία προτύπων εγγράφων για το συγκεκριμένο είδος έργου όπως ισχυρίστηκε η Αναθέτουσα Αρχή, δεν την δικαιολογεί να ενεργεί κατά παράβαση των όρων του διαγωνισμού. Άλλωστε δεν υπάρχουν πρότυπα έγγραφα για κάθε συγκεκριμένο διαγωνισμό αλλά για κατηγορίες διαγωνισμών.

Ενόψει όλων όσων έχουμε προαναφέρει η Προσφυγή επιτυγχάνει και η προσβαλλόμενη απόφαση ομόφωνα ακυρώνεται.