



ΑΝΑΘΕΩΡΗΤΙΚΗ ΑΡΧΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ
TENDERS REVIEW AUTHORITY

Λεωφ. Γρίβα Διγενή 81-83, 2ος όροφος, Τ.Θ. 24820, 1304 Λευκωσία
Τηλ.: 22445100, Φαξ: 22445107, Email: tra@aap.gov.cy, Web: www.tra.gov.cy

Προσφυγή Αρ. 11/2023

Μεταξύ:

N. GAVRIEL & SONS LTD

Αιτητών

v.

ΔΗΜΟΥ ΠΑΦΟΥ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτητές:

N. GAVRIEL & SONS

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Άννα Κ. Χρίστου, Δικηγόρο για Ιωαννίδης Δημητρίου ΔΕΠΕ
2. Χάρι Χριστοπούλου, Δικηγόρο για Ιωαννίδης Δημητρίου ΔΕΠΕ

Αναθέτουσα Αρχή:

ΔΗΜΟΣ ΠΑΦΟΥ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Μιχάλη Κυριακίδη, Δικηγόρο για Χάρης Κυριακίδης
2. Τάνια Κολλακίδου, Δικηγόρο για Χάρης Κυριακίδης

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 23 Μαΐου, 2023

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Η απόφαση του Δήμου Πάφου (η Αναθέτουσα Αρχή) ημερομηνίας 03.03.2023 για ακύρωση του διαγωνισμού αρ. 45/2022 με τίτλο «*Δημιουργία του Κέντρου Ιστορικής Τεκμηρίωσης Πόλεως Πάφου και Διαμόρφωση του Περιβάλλοντος Χώρου*» («ο Διαγωνισμός») και η έγκριση της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, με τους δύο οικονομικούς φορείς που υπέβαλαν προσφορά, είχε ως αποτέλεσμα την καταχώρηση από την εταιρεία N. GAVRIEL & SONS LTD («οι Αιτητές») της παρούσας Προσφυγής. Ο διαγωνισμός ακυρώθηκε για το λόγο ότι οι δύο προσφορές που υποβλήθηκαν κρίθηκαν απαράδεκτες λόγω της μεγάλης απόκλισης τους από την προεκτιμηθείσα αξία της σύμβασης.

Σύμφωνα με τα γεγονότα ο διαγωνισμός προκηρύχθηκε στις 20.12.2022 με τελευταία ημερομηνία υποβολής προσφορών την 20.02.2023 και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής. Η εκτιμώμενη δαπάνη της σύμβασης καθορίστηκε στο ποσό των εννέα εκατομμυρίων και τριάντα χιλιάδων ευρώ (€9.030.000,00).

Εμπρόθεσμα υποβλήθηκαν δύο προσφορές μεταξύ των οποίων η προσφορά των Αιτητών.

Μετά την αξιολόγηση των προσφορών και την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης για ακύρωση του Διαγωνισμού, επειδή η χαμηλότερη προσφορά

κρίθηκε ως μη συμφέρουσα λόγω απόκλισης από την προϋπολογισθείσα εκτίμηση του έργου, η οποία υιοθετήθηκε από την Επιτροπή Προσφορών, το Συμβούλιο Προσφορών σε συνεδρία του αποφάσισε την ακύρωση του διαγωνισμού. Σύμφωνα με την απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών και οι δύο προσφορές κρίθηκαν απαράδεκτες λόγω της μεγάλης απόκλισης τους από την προεκτιμηθείσα αξία του έργου. Αποφασίστηκε επίσης η προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης με τους δύο οικονομικούς φορείς.

Ως πρώτο λόγο ακύρωσης οι Αιτητές προβάλλουν τον ισχυρισμό ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι προϊόν πλάνης περί το Νόμο. Η Αναθέτουσα Αρχή, αναφέρουν, έχει ερμηνεύσει λανθασμένα τη σχετική νομοθεσία, και συγκεκριμένα το Άρθρο 34(5) των περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Συμβάσεων (Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών) (Γενικών) Κανονισμών του 2007 (Κ.Δ.Π. 201/2007).

Σύμφωνα με τους Αιτητές η τιμή της προσφοράς τους παρά το γεγονός ότι σε κανένα στάδιο δεν χαρακτηρίστηκε ως «εξωπραγματική», όπως προνοεί το άρθρο 34(5) της ΚΔΠ 201/2007, η Αναθέτουσα Αρχή τη μεταχειρίστηκε ως εξωπραγματική και την έκρινε απαράδεκτη. Σημείωσαν επίσης ότι σύμφωνα με τα πρακτικά οι προσφορές θεωρήθηκαν απαράδεκτες *«επειδή οι τιμές τους υπερβαίνουν σε σημαντικό βαθμό τον προϋπολογισμό της Αναθέτουσας Αρχής»*, ενώ δόθηκε σε αυτές ο χαρακτηρισμός *«μη συμφέρουσες»*. Είναι πρόδηλο αναφέρουν ότι η Αναθέτουσα Αρχή εσκεμμένα

επιλέγει να μην χαρακτηρίσει τις προσφορές ως εξωπραγματικές – ενδεχομένως γνωρίζοντας ότι η απόκλιση δεν είναι τόσο μεγάλη ή ότι δεν δικαιολογείται, ώστε αυτή να καλύπτεται από την έννοια του εξωπραγματικού σύμφωνα με τη νομολογία.

Στην *Christoco Constructions LTD v. Συμβουλίου Αποχετεύσεων Πάφου (ΣΑΠΑ)*, Υπόθεση Αρ. 1184/2019, ημερ. 29/3/2023, συνεχίζουν, κρίθηκε ότι αν δεν γίνεται χρήση από την Αναθέτουσα Αρχή της φράσης «εξωπραγματική τιμή», εννοιολογικά, αυτή καλύπτει και την «υπέρβαση του προϋπολογισμού». Με βάση την νομολογία¹, εξωπραγματικές χαρακτηρίζονται τιμές με απόκλιση πέραν του 18% από την εκτιμώμενη δαπάνη.

Ουδέποτε, τονίζουν, απόκλιση της τάξεως του 12,75% χαρακτηρίστηκε ως εξωπραγματική και παρέπεμψαν σε σχετικές αποφάσεις αναφορικά με τη έννοια του εξωπραγματικού².

Τα περιστατικά, αναφέρουν, τα οποία οδήγησαν στη μικρή απόκλιση από την εκτιμηθείσα δαπάνη δεν προκύπτει να αξιολογήθηκαν ή να επηρέασαν την κρίση της Αναθέτουσας Αρχής η οποία και μέσα από την Έκθεση του Συμβούλου Επιμετρητή κ. Κυριακίδη γνώριζε ότι το ύψος των προσφορών επηρεάστηκε

¹ Α.Λούτσιος & Υιοί Λτδ v. Τμήματος Ηλεκτρομηχανολογικών Υπηρεσιών, Προσφ. Αρ. 41/2015, ημερ. 18.1.2016, ΙΑΚΟΒΟΥ CONSTRUCTION LTD v. Τμήματος Αναπτύξεως Υδάτων, Προσφ. Αρ. 12/2019.

² 1. CYFIELD DEVELOPMENT PUBLIC LTD v. Τμήματος Αναπτύξεως Υδάτων, Προσφ. Αρ. 13/2019, ημερ. 8.8.2019

2. Flecha Contracting Ltd v. Κυπριακής Δημοκρατίας (2011) 3 Α.Α.Δ. 602

3. LOGICOM SOLUTIONS LTD v. Υπουργείου Εργασίας Πρόνοιας και Κοινωνικών Ασφαλίσεων, Προσφ. 10/2015, ημερ. 6.8.2015.

αρνητικά από την «αβεβαιότητα που επικρατεί τον τελευταίο καιρό στις τιμές των καυσίμων και βασικών κατασκευαστικών υλικών σε συνδυασμό με τη μη εφαρμογή στη Σύμβαση του όρου που επιτρέπει την αυξομείωση των τιμών.»

Η Αναθέτουσα Αρχή, καταλήγουν οι Αιτητές, λανθασμένα και υπό πλάνη αναφορικά με τις πρόνοιες του άρθρου 34(5) της Κ.Δ.Π. 201/2007 και της σχετικής νομολογίας, θεώρησε ότι η απόκλιση των προσφορών από τον προϋπολογισμό κατά 12,75% δικαιολογεί την ακύρωση του διαγωνισμού στη βάση του ότι η τιμή είναι εξωπραγματική ή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό.

Δεύτερος λόγος ακύρωσης που προβάλλεται είναι ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι παντελώς αναιτιολόγητη, αυθαίρετη και παραβιάζει τις αρχές της χρηστής διοίκησης.

Σύμφωνα με πάγια αρχή του διοικητικού δικαίου και του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, η Αναθέτουσα Αρχή έχει διακριτική ευχέρεια να ακυρώσει ένα διαγωνισμό υπό την προϋπόθεση ότι δεν παραβιάζονται οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, μεταξύ των οποίων της χρηστής διοίκησης, της διαφάνειας και της συνέπειας (*Τουμαζής ν. Δημοκρατίας (1997) 3 ΑΑΔ 416*). Η Αναθέτουσα Αρχή, έχει υποχρέωση να εξηγήσει τους λόγους για τους οποίους ο διαγωνισμός ακυρώνεται αλλά και να διασφαλίζει ότι σε όλα τα στάδια της διαδικασίας, το σκεπτικό που αναπτύσσει και οι πράξεις στις οποίες προβαίνει εξηγούνται από τα πρακτικά της.

Από τα στοιχεία του διοικητικού φακέλου, αναφέρουν, προκύπτει έλλειψη αιτιολογίας και προχειρότητα στους χειρισμούς της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία σε διάφορα χρονικά διαστήματα αυξομειώνει το ύψος του προϋπολογισμού. Χωρίς να υποστηρίζουν ότι η μεταβολή αυτή ως ζήτημα τεχνικής φύσεως ελέγχεται, υποδεικνύουν ότι σε κανένα στάδιο δεν εξηγήθηκε τί η Επιτροπή Προσφορών και η Επιτροπή Αξιολόγησης έλαβαν υπόψη τους, προκειμένου να μεταβάλουν κατά 5 σχεδόν εκατομμύρια τον προϋπολογισμό του έργου. Ενώ αρχικά η εκτιμηθείσα δαπάνη για το έργο ήταν €14.568.000 ακολούθως εκτιμήθηκε σε €9.030.000 χωρίς οποιαδήποτε αιτιολογία για την μεγάλη απόκλιση και παρέπεμψε σε σχετική απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών³.

Η μεταβολή, αναφέρουν, στην εκτιμηθείσα δαπάνη επηρεάζει άμεσα και δυσμενώς τους Αιτητές, αφού είναι η μεταβολή αυτή που κατέστησε την προσφορά τους απαράδεκτη. Η απουσία αιτιολογίας ως προς τον παράγοντα που μεσολάβησε για την δυσμενή μεταβολή των συμφερόντων των Αιτητών, οδηγεί σε ακύρωση της απόφασης ως αντιβαίνουσας στις Γενικές Αρχές του Διοικητικού Δικαίου, και δη στην υποχρέωση παροχής επαρκούς αιτιολογίας και παρέπεμψαν σε νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου⁴. Τονίζουν, επίσης, με αναφορά σε νομολογία⁵ ότι η

³ SCIENTRONICS LIMITED v. Υπουργείου Υγείας, Διεύθυνση Αγορών και Προμηθειών, Προσφ. Αρ. 35/2017, ημερ. 13.2.2018

⁴ C-244/02, Kauppatalo Hansel Oy v. Imatran kaupunki, ημερ.16/10/2003

⁵ α) CYFIELD DEVELOPMENT PUBLIC LTD v. Τμήμα Αναπτύξεως Υδάτων, Προσφ. Αρ. 13/2019, ημερ. 8.8.2019
β) R & M Ressourcen & Management GmbH v. Κυπριακής Δημοκρατίας, Συνεκδικασθείσες Υποθέσεις 1384/2008 κ.ά. ημερ. 5.3.2012,

γ) GCC Computers Ltd v. Αρχής Ηλεκτρισμού Κύπρου, Υπόθεση Αρ. 899/2014, ημερ. 31.10.2019

δ) A. Panayides Contracting Public Ltd v. Δήμου Λευκωσίας, Προσφυγή Αρ. 32/2014, ημερ. 12.8.2014

διαφάνεια δεν διασφαλίζεται με απλή επίκληση «μη συμφέρουσας τιμής» χωρίς να εξειδικεύεται επαρκής και ικανοποιητικός λόγος που να δικαιολογεί ακύρωση του διαγωνισμού.

Είναι επίσης θέση των Αιτητών ότι τα έγγραφα του διαγωνισμού εγκρίθηκαν σε συνεδρίαση του Συμβουλίου Προσφορών στις 14.09.2022 με προεκτίμηση δαπάνης 10 εκ. και αφορούσαν ολόκληρο το έργο. Παράλληλα ζητήθηκε εκτίμηση της δαπάνης από τον Σύμβουλο Επιμετρητή κ. Κυριακίδη. Ακολούθως, στις 24.10.2022 σε νέα συνεδρία το Συμβούλιο Προσφορών ενώπιον του οποίου τέθηκε η εκτίμηση δαπάνης του Συμβούλου Επιμετρητή που αφορούσε το σύνολο του έργου και ανερχόταν σε €14.568.000, την οποία και ενέκρινε. Συνεπώς στη συνεδρίαση αυτή έχει εγκριθεί η δαπάνη για ολόκληρο το έργο ύψους €14.568.000 και έγινε επαναβεβαίωση της απόφασης για επικύρωση των εγγράφων του διαγωνισμού. Στη συνέχεια, συνεχίζουν, η Αναθέτουσα Αρχή παρουσίασε πρακτικό συνεδρίας του Συμβουλίου Προσφορών ημερομηνίας 14.11.2022, το οποίο κατά την επιθεώρηση από τους Αιτητές δεν υπήρχε στους διοικητικούς φακέλους, στο οποίο αναφέρεται ότι το έργο θα χωριστεί σε δύο έργα και η δαπάνη για το πρώτο έργο είναι €9.030.000. Είναι θέση των Αιτητών ότι το πρακτικό ημερομηνίας 14.11.2022 κατασκευάστηκε εκ των υστέρων.

Τέλος είναι θέση των Αιτητών ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί λόγω κατάχρησης εξουσίας, αφού στην πραγματικότητα η Αναθέτουσα Αρχή δεν ακύρωσε τον επίδικο διαγωνισμό επειδή θεώρησε ότι η προσφορά που υποβλήθηκε ήταν εξωπραγματική, αλλά για να οδηγηθεί σκοπίμως σε διαδικασία διαπραγμάτευσης προς εξασφάλιση χαμηλότερης προσφοράς αλλά και ίσως για να συμμετέχει ακόμα ένας προσφοροδότης που συμβάλλεται με την Αναθέτουσα Αρχή προ πολλού.

Η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτει τους ισχυρισμούς των Αιτητών ως αβάσιμους και ανεδαφικούς.

Αναφορικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών περί λανθασμένης ερμηνείας της σχετικής νομοθεσίας, απαντά ότι στο παρόντα διαγωνισμό δεν τυγχάνει εφαρμογής η ΚΔΠ 201/2007 αλλά οι περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Συμβάσεων Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών (Οργανισμοί Δημοσίου Δικαίου και Κοινότητες (ΚΔΠ 243/2012) και συγκεκριμένα ο Κανονισμός 32, ο οποίος στην ουσία επαναλαμβάνεται στον όρο 10.4 του Τόμου Α των εγγράφων του Διαγωνισμού.

Ακριβώς, αναφέρει, επειδή στον Κανονισμό 32 δεν γίνεται αναφορά σε εξωπραγματικές τιμές ή ότι οι προσφορές ήταν προϊόν συνεννόησης δεν επικαλέστηκε κάτι τέτοιο, ώστε να καταστρατηγείται η έννοια του υγιούς ανταγωνισμού. Αντίθετα, ανέφερε ότι οι τιμές που υποβλήθηκαν υπερβαίνουν του

προϋπολογισμού της για το συγκεκριμένο έργο και γι' αυτό δεν μπορεί να προχωρήσει με κατακύρωση.

Σύμφωνα με την Αναθέτουσα Αρχή οι Αιτητές, ενώ γνώριζαν την προϋπολογιζόμενη δαπάνη, σε κανένα στάδιο της διαδικασίας υποβολής διευκρινιστικών ερωτημάτων ή με την υποβολή της προσφοράς τους δεν έθεσαν ζήτημα που να αφορά στο ύψος του προϋπολογισμού. Αντίθετα, υπέβαλαν ανεπιφύλακτα την προσφορά τους, με αποτέλεσμα οι ισχυρισμοί που τώρα εγείρονται προσκρούουν στο δόγμα επιδοκίμασίας - αποδοκίμασίας και ως τέτοιοι, σύμφωνα με τα αποφασισθέντα στην *Cyfield Development Public Ltd v. Τμήματος Αναπτύξεως Υδάτων, Προσφυγή 13/2019, ημερ. 8.8.2019*, θα πρέπει να απορριφθούν.

Σε σχέση με την έκθεση του Συμβούλου Επιμετρητή, αναφέρει ότι, από το σύνολο της έκθεσης εκείνο το οποίο προκύπτει είναι ότι ο Σύμβουλος διαπίστωσε, μέσω αναφοράς σε συγκεκριμένες εργασίες, ότι το γενικό επίπεδο των τιμολογήσεων και των δύο προσφορών κυμαίνεται γενικά σε πιο ψηλά επίπεδα σε σύγκριση με την προεκτίμηση της Αναθέτουσας Αρχής.

Η απόκλιση του 12,75%, αφορά σε περίπου €1 εκατ. και δεν μπορεί μία τέτοια απόκλιση να κρίνεται ως «μικρή» ώστε η Αναθέτουσα Αρχή να υποχρεωθεί να κατακυρώσει και παρέπεμψε στην απόφαση του Ανωτάτου Δικαστηρίου *Christoco Constructions Ltd v. Συμβουλίου Αποχετεύσεων Πάφου (ΣΑΠΑ)*, (πιο πάνω), όπου

κρίθηκε ότι απόκλιση ύψους 11% δικαιολογούσε την ακύρωση του εκεί διαγωνισμού. Συνεπώς, καταλήγει, ο πρώτος λόγος ακύρωσης θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος και ανεδαφικός.

Σ' ότι αφορά τον δεύτερο λόγο ακύρωσης που επικαλούνται οι Αιτητές απαντά ότι η απόφαση της για ακύρωση του Διαγωνισμού είναι επαρκώς αιτιολογημένη και ότι οι σχετικοί λόγοι έχουν κοινοποιηθεί στους οικονομικούς φορείς με την επιστολή της ημερομηνίας 03.03.2023.

Αναφορικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών για αυξομείωση του προϋπολογισμού, σημειώνει ότι το Δημοτικό Συμβούλιο εξέτασε το ζήτημα του προϋπολογισμού δαπάνης του έργου σε διάφορες συνεδριάσεις του. Αρχικά έγινε εκτίμηση της δαπάνης σε €10 εκατ. ενώ η μελέτη του Συμβούλου είχε εκτίμηση γύρω στα €14 εκατ. Στη συνέχεια, ενόψει των προβλημάτων που ανέκυψαν αλλά και των προβλημάτων χρηματοδότησης του έργου, αυτό περιορίστηκε, με αποτέλεσμα να μειωθεί και ο προϋπολογισμός του. Αποτέλεσμα ήταν και η μείωση των εργασιών που τελικά προκηρύχθηκαν, όπως ξεκάθαρα προκύπτει από το τελικό κείμενο που προωθήθηκε με τους όρους του Διαγωνισμού.

Τόνισε επίσης ότι οι αλλαγές αυτές έλαβαν χώρα πριν την ολοκλήρωση των εγγράφων του Διαγωνισμού και σε καμία περίπτωση δεν υπήρξε μετά την προκήρυξη του Διαγωνισμού οποιαδήποτε τροποποίηση.

Σε συμφωνία με τους Αιτητές, σημείωσε ότι το ζήτημα του ύψους της εκτιμηθείσας δαπάνης και το ποσό του προϋπολογισμού, αποτελούν ζητήματα που εμπίπτουν στη διακριτική ευχέρεια της Αναθέτουσας Αρχής και δεν μπορούν να ελεγχθούν από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών.

Αναφορικά με την αιτιολογία της απόφασης για ακύρωση του διαγωνισμού, παραπέμπει στην *Elnia Ltd v. Οργανισμού Κρατικών Υπηρεσιών Υγείας, Προσφ. 34/202, ημερ. 24.2.2022*, όπου σημειώνει απόκλιση της τάξεως του 35%, το οποίο αναλογούσε σε ποσό περίπου €500.000, κρίθηκε ότι δικαιολογημένα οδήγησε σε ακύρωση.

Η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτει και τον τελευταίο ισχυρισμό των Αιτητών για κατάχρηση εξουσίας και ότι η ακύρωση του διαγωνισμού έγινε για να οδηγηθεί ο διαγωνισμός σε διαδικασία διαπραγμάτευσης προς εξασφάλιση χαμηλότερης προσφοράς και ίσως για να συμμετέχει ένας προσφοροδότης που ήδη συμβάλλεται με την Αναθέτουσα Αρχή. Πρόκειται αναφέρει για εικασία. Δεν υπάρχει οτιδήποτε που να υποδεικνύει από πού προκύπτουν οι εν λόγω ισχυρισμοί.

Αναφορικά με τη διαδικασία διαπραγμάτευσης, σημειώνει ότι δεν προσβάλλεται και δεν μπορεί να προσβάλλεται με την παρούσα προσφυγή, συνεπώς, δεν μπορεί η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών να αξιολογήσει εάν νόμιμα ή όχι κλήθηκαν οι προσφοροδότες σε διαπραγμάτευση.

Έχουμε εξετάσει τις θέσεις των μερών και έχουμε μελετήσει με προσοχή τους διοικητικούς φακέλους.

Με τη θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι η απόφαση όπως οι δύο οικονομικοί φορείς προσκληθούν σε διαπραγμάτευση δεν προσβάλλεται δεν συμφωνούμε. Τόσο από το έντυπο της Προσφυγής όσο και από τη γραπτή αγόρευση των Αιτητών και των ενώπιόν μας συζητηθέντων αβίαστα προκύπτει ότι προσβάλλεται τόσο η απόφαση ακύρωσης του διαγωνισμού όσο και η απόφαση για χρησιμοποίηση της διαδικασίας με διαπραγμάτευση με τους δύο οικονομικούς φορείς που έλαβαν μέρος στο διαγωνισμό.

Συγκεκριμένα, οι Αιτητές με το Έντυπο της προσφυγής τους μεταξύ άλλων ισχυρίζονται ότι:

- «3. [...] έκνομα και παράτυπα η Αναθέτουσα Αρχή προχώρησε σε ακύρωση του διαγωνισμού και σε έγκριση χρησιμοποίησης της διαδικασίας με διαπραγμάτευση, αφού η προσφορά της Αιτήτριας είναι η πλέον έγκυρη και οικονομικά συμφέρουσα προσφορά και πλήττονται τα έννομα της συμφέροντα.
4. Είναι επίσης θέση της Αιτήτριας ότι η απόφαση για ακύρωση του επίδικου Διαγωνισμού είναι έκδηλα παράνομη αφού παραβιάζει τους όρους των εγγράφων του Διαγωνισμού».

Αναφορές σε σχέση με την πρόσκληση σε διαπραγμάτευση υπάρχουν και στη γραπτή αγόρευση των Αιτητών.

Με την κατάληξή μας πιο πάνω προχωρούμε να εξετάσουμε κατά πόσο οι λόγοι ακύρωσης που προβάλλονται ευσταθούν.

Σε συμφωνία με την Αναθέτουσα Αρχή κρίνουμε ότι στην παρούσα περίπτωση εφαρμογής τυγχάνει η ΚΔΠ 243/2012 η οποία αφορά στους Δήμους, χωρίς βέβαια όπου η ακύρωση οφείλεται στο ύψος των τιμών των προσφορών να μην λαμβάνεται υπόψη και η σχετική με εξωπραγματικές τιμές νομολογία στην οποία θα αναφερθούμε πιο κάτω.

Σύμφωνα με τον Καν. 32(5) της ΚΔΠ 243/2012 η απόφαση ακύρωσης διαγωνισμού *«([...] θα πρέπει να είναι δεόντως αιτιολογημένη και να συνάδει με τις βασικές αρχές του κοινοτικού δικαίου στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων)»*. Τα ίδια επαναλαμβάνονται και στον όρο 10.4⁶ του Τόμου Α των εγγράφων του διαγωνισμού.

Υποστηρίζουν οι Αιτητές ότι η τιμή τους δεν είναι εξωπραγματική και συνεπώς δεν παρείχεται δυνατότητα ακύρωσης του διαγωνισμού.

⁶ «2. Ακύρωση μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής των Προσφορών δύναται να αποφασιστεί νοουμένου ότι τέτοια απόφαση είναι δεόντως αιτιολογημένη και συνάδει με τις βασικές αρχές του κοινοτικού δικαίου στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων».

Εδώ εκείνο που θα εξεταστεί είναι κατά πόσο η απόκλιση της τιμής της προσφοράς των Αιτητών κατά €1.151.081 ποσοστό 12.75% περίπου από την εκτιμώμενη δαπάνη, δικαιολογούσε τη λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης.

Όσον αφορά τη δυνατότητα ανάκλησης δημόσιου διαγωνισμού στην *Tasni Enviro Ltd v. Κυπριακής Δημοκρατίας* (2013) 3 ΑΑΔ 162 αναφέρονται τα εξής:

«Σε κάθε περίπτωση, η διοίκηση έχει κατ' αρχήν δικαίωμα ανάκλησης ή ακύρωσης δημόσιου διαγωνισμού προσφορών. Η άσκηση αυτού του δικαιώματος, υπόκειται στους κανόνες της χρηστής διοίκησης και της καλής πίστης που η διοίκηση καθηκόντως πρέπει να επιδεικνύει στις συναλλαγές της με το κοινό. Βλ. *Τουμαζής v. Δημοκρατίας* (1997) 3 Α.Α.Δ. 408 και *Χ.Π.Θ. Αλεξάνδρου Ατδ v. Δημοκρατίας* (2002) 3 Α.Α.Δ. 409.

Στη *Flecha Contracting Ltd v. Κυπριακής Δημοκρατίας* (2011) 3 Α.Α.Δ. 602 σε σχέση με τις εξωπραγματικές τιμές αναφέρονται τα εξής:

«Η έννοια του «εξωπραγματικού» δεν έχει, κρίνεται, κάποια ιδιαίτερη τεχνική σημασία, αλλά είναι λέξη η οποία μπορεί να περιλάβει προσφορές και τιμές που είναι έξω από το μέτρο το οποίο προϋπολογίζει ή καθορίζει κατά την εκτίμηση του το αρμόδιο Τμήμα».

Στην παρούσα περίπτωση η αιτιολογία της Αναθέτουσας Αρχής για ακύρωση του διαγωνισμού και χρησιμοποίηση της διαδικασίας με διαπραγμάτευση στην ουσία είναι ότι οι προσφορές είναι απαράδεκτες λόγω της μεγάλης απόκλισης των τιμών τους από την προϋπολογισθείσα δαπάνη. Δηλαδή οι τιμές ήσαν έξω από το μέτρο της προϋπολογισθείσας δαπάνης. Με άλλα λόγια εξωπραγματικές.

Το κατά πόσο η απόκλιση των τιμών των προσφορών δικαιολογούσε την ακύρωση προϋποθέτει την εξέταση των ισχυρισμών των Αιτητών κατά πόσο η έγκριση της προϋπολογιζόμενης δαπάνης ανταποκρίνεται με το ποσό της δαπάνης στην προκήρυξη.

Οι Αιτητές υποστηρίζουν ότι ενώ η έγκριση που δόθηκε στη βάση των υπολογισμών του ιδιώτη Συμβούλου της Αναθέτουσας Αρχής στις 24.10.2022 ανερχόταν στο ποσό των €14.568.000 η προκήρυξη έγινε για το ποσό των €9.030.000. Δηλαδή το ποσό μειώθηκε χωρίς αιτιολογημένη απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου.

Σ' ότι αφορά τη χρησιμοποίηση της διαδικασίας με διαπραγμάτευση το άρθρο 23(1)(γ)(ν) του Ν. 73(I)/2016 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) [...]

(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:

(i) [...],

(ii) [...],

(iii) [...]

(iv) [...],

- (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 προηγηθείσα 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».

Καθώς προκύπτει από το διοικητικό φάκελο το έργο το οποίο εγκρίθηκε στις 24.10.2022 είναι διαφορετικό από το έργο της προκήρυξης. Το έργο της 24.10.2022 αφορούσε την Ανάπλαση της περιοχής που περιλαμβάνει τον Παλιό Κεντρικό Αστυνομικό Σταθμό Πάφου, τον Δημόσιο Κήπο και την Πλατεία Μουσαλλά – Μετατροπή του Σταθμού σε Κέντρο Ιστορικής Τεκμηρίωσης Πόλεως Πάφου. Στο εν λόγω πρακτικό καταγράφεται ότι:

«Ενώπιον του Συμβουλίου τίθεται σημείωμα του Μελετητή Μ. Κυριακίδη με την τελική επιμέτρηση. Το συνολικό τελικό κόστος ανέρχεται σε €14.568,00 πλέον ΦΠΑ.

Τα έγγραφα είχαν εγκριθεί σε συνεδρία του Συμβουλίου Προσφορών ημερ. 14.9.2022 ενώ αναμενόταν η τελική επιμέτρηση η οποία τίθεται σήμερα ενώπιον των Μελών.

Ο Δήμαρχος ενημέρωσε ότι το έργο θα συγχρηματοδοτηθεί από Ευρωπαϊκά κονδύλια της περιόδου 2021-2027 ή/και από δανεισμό του Δήμου καθώς όπως έχει ενημερωθεί από τον Οικονομικό Διευθυντή, οι οικονομικοί δείκτες μας επιτρέπουν το εν λόγω Έργο να χρηματοδοτηθεί μέσω δανεισμού.

(Αποχωρούν οι υπηρεσιακοί)

Μετά από ανταλλαγή απόψεων τα μέλη αποφασίζουν την έγκριση του ποσού της προεκτίμησης δαπάνης όπως αυτό προήλθε μέσω της τελικής επιμέτρησης».

Το έργο του υπό κρίση διαγωνισμού όπως περιγράφεται στην προκήρυξη είναι Δημιουργία Κέντρου Ιστορικής Τεκμηρίωσης Πόλεως Πάφου και διαμόρφωση περιβάλλοντος χώρου, φαίνεται δηλαδή να είναι μέρος του έργου που εγκρίθηκε στις 24.10.2022.

Από την περιγραφή του έργου στο πρακτικό του Δημοτικού Συμβουλίου ημερ. 24.10.2022 και την περιγραφή στα έγγραφα προκήρυξης του εδώ διαγωνισμού με σαφήνεια προκύπτει ότι το έργο δεν είναι το ίδιο.

Σύμφωνα με την Αναθέτουσα Αρχή πριν την προκήρυξη του διαγωνισμού το Δημοτικό Συμβούλιο όπως καταγράφεται στο πρακτικό ημερ. 14.11.2022, (η γνησιότητα του ως προς την ημερομηνία σύνταξής του αμφισβητείται από τους Αιτητές), μετά από επαναξιολόγηση των δεδομένων σύμφωνα με ότι καταγράφεται σ' αυτό, αποφάσισε όπως διαχωρίσει τα έργα και προχωρήσει στην προκήρυξη του υπό κρίση το οποίο ήταν πλήρως έτοιμο με εκτιμώμενο κόστος €9.030.000.

Είναι γεγονός ότι το πρακτικό ημερ. 14.11.2022 με το οποίο στην ουσία τα εγκριθέντα στις 24.10.2022 διαφοροποιούνται δεν περιλαμβάνεται στους διοικητικούς φακέλους οι οποίοι κατατέθηκαν στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών στις 15.3.2023 ούτε και στους φακέλους οι οποίοι σύμφωνα με τους Αιτητές επιθεωρήθηκαν. Το πρακτικό ημερ. 14.11.2022 κατατέθηκε στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών στις 11.4.2023 δηλαδή μετά την αγόρευση των Αιτητών, η οποία καταχωρήθηκε στις 3.4.2023. Η απουσία του εν λόγω πρακτικού, καθώς προκύπτει από το ηλεκτρονικό μήνυμα των Δικηγόρων των Αιτητών ημερ. 11.4.2023, διαπιστώθηκε από τους Δικηγόρους της Αναθέτουσας Αρχής, οι οποίοι και ζήτησαν από το Δήμο Πάφου όπως κατατεθεί. Σύμφωνα με την επιστολή των Δικηγόρων της Αναθέτουσας Αρχής προς την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ημερ. 11.4.2023 *«Κατά τη μελέτη της υπόθεσης ερωτήθηκε ο Δήμος Πάφου αν υπήρχε σχετικό πρακτικό Δημοτικού Συμβουλίου και διαπιστώθηκε ότι διατηρείτο σε ξεχωριστό φάκελο. Ως εκ τούτου, ζητήσαμε ο εν λόγω φάκελος, που αφορά πρακτικά του Δημοτικού Συμβουλίου σχετικά με τον προϋπολογισμό του Δήμου και το συγκεκριμένο έργο, να τεθεί ενώπιον της Αρχής».*

Οι Αιτητές για το συγκεκριμένο πρακτικό, το οποίο καθώς προκύπτει από το τηλεομοιότυπο των Αιτητών ημερ. 10.4.2023 προς την Αρχή, έλαβαν γνώση μέσω ηλεκτρονικού μηνύματος των Δικηγόρων της Αναθέτουσας Αρχής και ότι αυτό ήταν στη διάθεσή τους για επιθεώρηση. Οι Αιτητές ζήτησαν από την Αρχή άδεια όπως καταχωρήσουν συμπληρωματική αγόρευση. Το αίτημα τους δεν έγινε δεκτό αφού

τα όσα ήθελαν να προωθήσουν με τη γραπτή τους αγόρευση θα είχαν την ευκαιρία να τα θέσουν υπόψη της Αρχής κατά την ακρόαση της υπόθεσης.

Το εν λόγω πρακτικό η Αναθέτουσα Αρχή ούτε με την επιστολή της ημερ. 10.4.2023 με την οποία πληροφόρησε την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ότι θα αποστείλει διοικητικό φάκελο για το υπό κρίση έργο, αλλά ούτε και ενώπιόν μας, παρά την αμφισβήτηση του πρακτικού ημερ. 14.11.2022 από τους Αιτητές, δεν έδωσε οποιαδήποτε εξήγηση γιατί το συγκεκριμένο πρακτικό που είναι και το μόνο που απουσίαζε από το διοικητικό φάκελο, παρουσιάζεται μετά την καταχώρηση του διοικητικού φακέλου. Η αναφορά στο ηλεκτρονικό μήνυμα των Δικηγόρων της Αναθέτουσας Αρχής προς την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ότι τα πρακτικά του Δημοτικού Συμβουλίου τηρούνται σε χωριστό φάκελο δεν υποστηρίζεται από το φάκελο που κατατέθηκε στις 11.4.2023, εφόσον τα πρακτικά του Δημοτικού Συμβουλίου ημερ. 27.7.2022, 14.9.2022 και 24.10.2022 υπήρχαν στους διοικητικούς φακέλους που καταχωρήθηκαν στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών και επιθεωρήθηκαν από τους Αιτητές.

Όπως είναι καλά νομολογημένο⁷ η υπόθεση κρίνεται από το διοικητικό φάκελο και όχι από στοιχεία τα οποία παρουσιάζονται για πρώτη φορά στο στάδιο των αγορεύσεων.

⁷ Κυπριακή Δημοκρατία ν. Δ. Αυλωνίτης & Υιοί Λτδ (2000) 3 ΑΑΔ 137

Ο διοικητικός φάκελος όπως είναι καλά γνωστό αποτελεί τον μοναδικό οδηγό ως προς την ύπαρξη δεδομένων και γεγονότων. Η κατάθεση του διοικητικού φακέλου, και μ' αυτό νοείται η παρουσίαση όλων των εγγράφων, αποτελεί απαραίτητο στοιχείο για διερεύνηση της εγκυρότητας της πράξης η οποία προσβάλλεται.

Χωρίς να παραβλέπουμε ότι παρέχεται δυνατότητα παρουσίασης πρακτικών και ή άλλων σχετικών με υπόθεση στοιχείων, εφόσον αυτά τηρούνται σε χωριστούς φακέλους, στην παρούσα περίπτωση λαμβάνοντας υπόψη ότι το συγκεκριμένο πρακτικό κατατέθηκε μετά που η Αναθέτουσα Αρχή έλαβε γνώση των λόγων ακύρωσης που πρόβαλαν οι Αιτητές και την απουσία επαρκούς εξήγησης γιατί δεν υπήρχε στους διοικητικούς φακέλους κατά τον χρόνο της επιθεώρησής τους, ενώ όλα τα προηγούμενα υπήρχαν, κρίνουμε ότι τα ερωτηματικά που γεννιούνται, κι' εάν ακόμη αυτό οφείλεται σε προχειρότητα κατά την ετοιμασία του φακέλου και όχι σε σκοπιμότητες, κλονίζουν την εμπιστοσύνη του πολίτη προς τη διοίκηση σε βαθμό που δεν μας επιτρέπουν να το αποδεχθούμε.

Η διαπίστωση μας ότι στη βάση του διοικητικού φακέλου (πρακτικό ημερ. 24.10.2022) το εγκριθέν έργο ήταν διαφορετικό όχι μόνο ως προς το περιεχόμενο αλλά και ως προς τη δαπάνη από το έργο που προκηρύχθηκε αδυνατούμε να δεχθούμε το βάσιμο της προσβαλλόμενης απόφασης.

Η κατάληξή μας αυτή, οδηγεί σε ακύρωση τόσο την απόφαση ακύρωσης του διαγωνισμού για το λόγο ότι η τιμή της προσφοράς των Αιτητών είχε μεγάλη

απόκλιση από την προεκτιμηθείσα δαπάνη της σύμβασης όσο και την απόφαση για χρησιμοποίηση της διαδικασίας με διαπραγμάτευση, εφόσον ο προϋπολογισμός του έργου δεν έχει καθοριστεί και τεκμηριωθεί πριν από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης όπως απαιτεί το άρθρο 23 του Ν. 73(I)/2016 πιο πάνω.

Ενόψει των πιο πάνω η προσφυγή επιτυγχάνει και η προσβαλλόμενη απόφαση ακυρώνεται χωρίς οποιαδήποτε άλλη διαταγή.