



**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

**Ιεραρχική Προσφυγή Αρ. 20/2010**

Μεταξύ:

ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ «ΜΝ LIMASSOL WATER CO.»

Αιτούντων

v.

ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΑΝΑΠΤΥΞΕΩΣ ΥΔΑΤΩΝ

Αναθέτων Φορέα

**Αναθεωρητική Αρχή  
Προσφορών**

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

**Αιτούντες:**

ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ ΜΝ LIMASSOL WATER CO.

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Αλέκο Μαρκίδη, Δικηγόρο
2. Πάνο Παναγιώτου, Δικηγόρο

**Αναθέτων Φορέας:**

ΤΜΗΜΑ ΑΝΑΠΤΥΞΕΩΣ ΥΔΑΤΩΝ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Άννη Πανταζή, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. Φρόσω Λουκά-Γερμανού, Ανώτερη Υδραυλικό Μηχανικό

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 8 Δεκεμβρίου, 2010

## Α Π Ο Φ Α Σ Η

**A.** Με την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή με αρ. 20/2010 η Κοινοπραξία MN LIMASSOL WATER CO (στο εξής οι Αιτητές) στρέφεται κατά της απόφασης του Υπουργείου Γεωργίας, Φυσικών Πόρων και Περιβάλλοντος του Τμήματος Αναπτύξεως Υδάτων (ΤΑΥ στο εξής Αναθέτων Φορέας ή Α.Φ.) να αυξήσει χωρίς προκήρυξη Διαγωνισμού την αποδοτικότητα της μόνιμης σταθερής μονάδας στο Βασιλικό από 50.000 κυβικά μέτρα νερού ημερησίως σε 60.000.

### **B. ΓΕΓΟΝΟΤΑ**

1. Στις 07.07.2008, εγκρίθηκε από το Υπουργικό Συμβούλιο η πρόταση 751/2008 του Υπουργείου Γεωργίας, Φυσικών Πόρων και Περιβάλλοντος (ΥΓΦΠ&Π) για «Κατασκευή μονάδας αφαλάτωσης στο χώρο Ηλεκτροπαραγωγικού Σταθμού του Βασιλικού από την Αρχή Ηλεκτρισμού Κύπρου (ΑΗΚ)» και να υπογραφεί σχετικό Μνημόνιο Συναντίληψης και Συνεργασίας μεταξύ της ΑΗΚ και της Κυπριακής Δημοκρατίας.
2. Στις 28.11.2008 υπογράφηκε το ως άνω Μνημόνιο το οποίο προέβλεπε μεταξύ των υποχρεώσεων της Α.Η.Κ. την προκήρυξη διαγωνισμού για εγκατάσταση μόνιμης μονάδας αφαλάτωσης που θα παρήγαγε περί τα 50.000 κυβικά μέτρα νερού ημερησίως και προσωρινής μονάδας η οποία θα παρήγαγε 20.000 κυβικά μέτρα νερού ημερησίως.
3. Στις 13.03.2009 υπογράφηκε η σχετική Συμφωνία (Σύμβαση ΤΑΥ 10/2009), μεταξύ του ΤΑΥ (Αγοραστής) και της ΑΗΚ (Προμηθευτής). Η Σύμβαση προέβλεπε την πώληση από την Α.Η.Κ. προς το Τ.Α.Υ., 20.000 κυβικών μέτρων αφαλατωμένου νερού την ημέρα, για περίοδο 69 βδομάδων, από την κινητή μονάδα αφαλάτωσης, στην τιμή των €2,55/m<sup>3</sup> και 50.000 κυβικών μέτρων αφαλατωμένου νερού την ημέρα, για περίοδο 20 ετών, από τη μόνιμη μονάδα

αφαλάτωσης, στην τιμή των €0,823/m<sup>3</sup>. Το ως άνω Μνημόνιο αποτέλεσε μέρος της ως άνω συμφωνίας.

4. Στις 04.02.2010 υπογράφηκε η Σύμβαση ΤΑΥ 10/2010 μεταξύ του ΤΑΥ (Αγοραστής) και της ΑΗΚ (Προμηθευτής) η καλούμενη «τροποποίηση συμβολαίου ΤΑΥ 10/2009» η οποία προέβλεπε την κατάργηση της προσωρινής μονάδας και την αύξηση της αποδοτικότητας της μόνιμης σταθερής μονάδας στο Βασιλικό από 50.000 κυβικά μέτρα νερού ημερησίως σε 60.000 υιοθετώντας τοιούτοτρόπως τα όσα αναγράφονται στην επιστολή 3.2.2010 του ΤΑΥ προς την ΑΗΚ.
5. Οι Αιτητές μετά την υποβολή προσφοράς και την κατακύρωση σε αυτούς της προσφοράς με τίτλο «Design, build, operation and maintenance of the Limassol Desalination Project and supply water to the Water Development Department for the period of the agreement», υπέγραψαν τη σχετική σύμβαση με το Τμήμα Αναπτύξεως Υδάτων η οποία προνοεί τη δημιουργία μονάδας αφαλάτωσης για την παραγωγή 40.000 κυβικών μέτρων νερού ημερησίως με προοπτική για αύξηση της παραγωγής στις 60.000 κυβικών μέτρων νερού ημερησίως, υπό μορφή δικαιώματος προαιρέσεως εκ μέρους της Κυβέρνησης της Κυπριακής Δημοκρατίας.
6. Οι Αιτητές την 01.02.2010 πληροφορήθηκαν για την απόφαση του Α.Φ. να αυξήσει την αποδοτικότητα της μόνιμης σταθερής μονάδας στο Βασιλικό από 50.000 κυβικά μέτρα νερού ημερησίως σε 60.000 κυβικά μέτρα νερού ημερησίως.
7. Οι Αιτητές με επιστολή τους ημερομηνίας 04.02.2010 απέστειλαν ειδοποίηση στον Α.Φ., με ταυτόχρονη κοινοποίηση στην Αρμόδια Αρχή, για την πρόθεση τους να ασκήσουν Ιεραρχική Προσφυγή εναντίον της απόφασης του Α.Φ. να αυξήσει την αποδοτικότητα της μόνιμης σταθερής μονάδας στο Βασιλικό από 50.000 κυβικά μέτρα νερού ημερησίως σε 60.000 κυβικά μέτρα νερού ημερησίως.
8. Ο Α.Φ. δεν απάντησε στην επιστολή των Αιτητών ημερομηνίας 04.02.2010.
9. Οι Αιτητές καταχώρησαν την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή στις 19.02.2010 μαζί με Αίτηση για έκδοση προσωρινών μέτρων αναστολής της προσβαλλόμενης

απόφασης μέχρι της εκδικάσεως της ουσίας της Προσφυγής. Σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία το διάταγμα εκδόθηκε την 19.02.2010 και ορίστηκε στις 23.02.2010 για ακρόαση ούτως ώστε οι διάδικοι να εκθέσουν τις απόψεις τους επί της συνέχισης ή όχι της ισχύος του διατάγματος.

10. Συνεπεία της δήλωσης του Α.Φ. ότι η σύμβαση είχε υπογραφεί την 04.02.10 οι Αιτητές στις 23.02.2010 απέσυρε την αίτηση της για έκδοση διατάγματος αναστολής της προσβαλλόμενης πράξης.
11. Οι Αιτητές στήριξαν το έννομο συμφέρον τους στο ότι η πιο πάνω απόφαση θίγει τα συμφέροντα τους πρώτον διότι για την ανάθεση του έργου δεν προκηρύχθηκε διαγωνισμός και δεύτερο διότι με την προσβαλλόμενη απόφαση καθίσταται ανενεργή η πρόνοια της σύμβασης μεταξύ του Α.Φ. και των Αιτητών για αύξηση της παραγωγής στις 60.000 κυβικών μέτρων νερού ημερησίως, υπό μορφή δικαιώματος προαιρέσεως εκ μέρους της Κυβέρνησης της Κυπριακής Δημοκρατίας.
12. Κατά την ενώπιον μας διαδικασία ο Α.Φ. υπέβαλε προδικαστικές ενστάσεις οι οποίες τέθηκαν αρχικά με την έκθεση γεγονότων και αργότερα αναπτύχθηκαν δια των αγορεύσεων των μερών. Οι ενστάσεις επικεντρώνοντο κατά πρώτον στον ισχυρισμό ότι η επίμαχη συμφωνία υπήρξε τροποποιητική της αρχικής κατά τρόπο που προβλεπόταν εξ αρχής στην αρχική συμφωνία ως επιτρεπτή, κατά δεύτερο ότι αποτελεί η εν λόγω σύμβαση εξαίρεση δυνάμει του άρθρου 25(α) του Ν. 11(Ι)/2006 και κατά τρίτο στην έλλειψη έννομου συμφέροντος των Αιτητών στην προσβολή της παρούσας. Ορθό κρίνουμε όπως επιληφθούμε κατά το αρχικό στάδιο της εξέτασης μας τις προδικαστικές ενστάσεις κατά σειρά αφού τυχόν αποδοχή οιασδήποτε εκ των τριών θα έχει ως αποτέλεσμα τη λήξη του όλου θέματος χωρίς την ανάγκη περαιτέρω εξέτασης της προσφυγής.

**Γ. 1<sup>Η</sup> ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗ ΕΝΣΤΑΣΗ ΑΠΑΡΑΔΕΚΤΟΥ:** Η πράξη που προσβάλλεται δεν αποτελεί πράξη που προηγείται της σύναψης της σύμβασης αλλά πράξη τροποποίησης της σύμβασης του 2009 μεταξύ ΤΑΥ-ΑΗΚ, η οποία τροποποίηση ήταν εξ' αρχής επιτρεπτή με βάση τους όρους της σύμβασης και συνεπακόλουθα αποτελεί πράξη στο πλαίσιο της εκτέλεσης της σύμβασης, δηλ. πράξη που έπεται της σύναψης της σύμβασης.

**ΘΕΣΕΙΣ ΑΝΑΘΕΤΟΝΤΑ ΦΟΡΕΑ ΑΝΑΦΟΡΙΚΑ ΜΕ ΤΗΝ 1<sup>Η</sup> ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗ ΕΝΣΤΑΣΗ ΑΠΑΡΑΔΕΚΤΟΥ:**

Η εκπρόσωπος του Α.Φ. εστίασε στην ενώπιον μας διαδικασία στο εάν η επίμαχη συμφωνία διαλαμβάνει συμφωνία τροποποίησης της αρχικής κατά τρόπο που προβλεπόταν εξ' αρχής στην αρχική συμφωνία ως επιτρεπτή, έτσι ώστε να πρόκειται για πράξη εκτέλεσης της αρχικής συμφωνίας ή αν πρόκειται τελικά για σύναψη νέας σύμβασης αποτελεί κεντρικό θέμα της όλης υπόθεσης το οποίο εγείρεται και προδικαστικά ως δυνάμενο να καθορίσει την πορεία της υπόθεσης από ένα πολύ αρχικό σημείο αφού ανάγεται στις ίδιες τις προϋποθέσεις ανάληψης αρμοδιότητας από την ΑΑΠ, με βάση το άρθρο 55(1) του Ν.101(Ι)/2003.

Μόνο εάν η προσβαλλόμενη συμφωνία που υπεγράφη συνιστά σύναψη νέας σύμβασης, η Α.Α.Π. θα μπορεί να επιληφθεί της ιεραρχικής προσφυγής για να εξετάσει εάν η απόφαση που προηγείται της σύναψής της, δηλαδή η απόφαση ανάθεσής της λήφθηκε μέσα από σύννομη διαδικασία. Είναι στο πλαίσιο αυτό που θα μπορεί να αρχίσει η συζήτηση του θέματος εάν η κατ' ισχυρισμόν νέα σύμβαση εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν.11(Ι)/2006, έτσι ώστε η Α.Α.Π. να δικαιούται να ελέγξει τη νομιμότητα της διαδικασίας ανάθεσής της ή εάν εξαιρείται από το πεδίο εφαρμογής του Ν.11(Ι)/2006 λόγω του ότι εμπίπτει σε μία από τις ειδικές εξαιρέσεις που προβλέπει ο εν λόγω Νόμος αναλόγως του αντικειμένου της σύμβασης – εν προκειμένω στο άρθρο 25(α) αυτού - με αποτέλεσμα να μην υπόκειται σε έλεγχο από την Α.Α.Π. Πάντως, η ένσταση απαραδέκτου, η οποία συνδέεται με το εφαρμόσιμο ή μη της εξαίρεσης δυνάμει του άρθρου 25(α), ουδέποτε εγκαταλείφθηκε από τον Αναθέτοντα Φορέα.

Στήριξε επίσης τις ως άνω θέσεις της στο γεγονός ότι οι όροι 7.1, 7.4 και 10.1 της αρχικής σύμβασης έδιδαν την ευχέρεια στον Α.Φ. όπως αυξηθεί η αρχικά προσδιοριζόμενη ποσότητα, ορίζοντας τις αρχικά οριζόμενες ως ελάχιστες προβλεπόμενες ποσότητες και δίδοντας περαιτέρω το δικαίωμα υπό ορισμένες προϋποθέσεις να υπάρξουν κάποιες διαφοροποιήσεις.

Στον ισχυρισμό ότι κατά τη διαδικασία που προηγήθηκε της σύναψης της τροποποιητικής συμφωνίας δεν έγινε ρητή, ονομαστική, επίκληση στους όρους 7.1, 7.4 και 10.1 της αρχικής σύμβασης, για να υπάρχει νομική βεβαιότητα ότι το ΤΑΥ ενεργούσε στη βάση εκείνων των όρων η δικηγόρος του Α.Φ. ανέφερε ότι σύμφωνα με το άρθρο 31 του περί Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου του 1999, Ν.158(Ι)/99, όταν για την έκδοση μιας διοικητικής πράξης η διοίκηση δίδει εσφαλμένη νομική αιτιολογία, αυτό καθ' εαυτό το σφάλμα δεν οδηγεί σε ακύρωση της πράξης, αν η πράξη μπορεί να έχει άλλο νομικό έρεισμα. Στην παρούσα υπόθεση ισχυρίστηκε, οι όροι 7.4 και 10.1 παρείχαν νομικό έρεισμα για τη σύναψη τροποποιητικής συμφωνίας και διασφαλίζουν τη νομιμότητα της πράξης, ανεξαρτήτως του αν δεν υπήρξε ρητή επίκληση των όρων αυτών.

Αναφορικά με τον ισχυρισμό ότι πρόκειται περί απόφασης ανάθεσης νέας σύμβασης διότι: (α) έχει τροποποιηθεί το τίμημα της σύμβασης, και (β) έχει αλλάξει ριζικά το αντικείμενο της σύμβασης *«εφόσον στην μεν πρώτη σύμβαση προνοείτο η κατασκευή δύο μονάδων, ενώ στη δεύτερη σύμβαση καταργείται η μία μονάδα (προσωρινή) και αυξάνεται η παραγωγικότητα της μόνιμης μονάδας»* προέβαλε τα εξής:

- (α) Η σύμβαση του 2009 αφορούσε στην προμήθεια νερού και όχι στην κατασκευή μονάδων αφαλάτωσης. Δεν μπορεί επομένως να θεωρηθεί ότι άλλαξε ριζικά το αντικείμενο της σύμβασης μεταξύ της ΑΗΚ και του ΤΑΥ. Η μη κατασκευή κινητής μονάδας αφαλάτωσης είναι αλλαγή που αφορά τη συμβατική σχέση μεταξύ της ΑΗΚ και ιδιώτη οικονομικού φορέα, την οποία όμως οι Αιτητές δεν έχουν προσβάλει μέχρι στιγμής ούτε δύνανται να προσβάλουν μέσω της παρούσας ιεραρχικής προσφυγής.

- (β) Ο όρος 10.1 της αρχικής σύμβασης, ο οποίος επιτρέπει στον αγοραστή να ζητήσει διαφοροποιήσεις της σύμβασης, είναι διατυπωμένος κατά τρόπο γενικό. Δεν αποκλείει οποιοδήποτε είδος μεταβολής της αρχικής σύμβασης.
- (γ) Η εφαρμογή του όρου 10.1 διαλαμβάνει τα εξής:
- (α) να ζητείται η αλλαγή της αρχικής σύμβασης από τον αγοραστή,
  - (β) αυτό να συμβαίνει πριν από την ημερομηνία παράδοσης ή πριν από τη λήξη της περιόδου παράδοσης,
  - (γ) είτε με εντολή του αγοραστή προς τον προμηθευτή είτε με αίτημα για υποβολή πρότασης (προσφοράς).

Στην παρούσα υπόθεση, ο αγοραστής – το ΤΑΥ – ζήτησε από τον προμηθευτή – την ΑΗΚ – εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας να υποβάλει πρόταση. Το ότι ορίστηκε επιτροπή για την αξιολόγηση της πρότασης αυτής δεν αναιρεί την εφαρμογή του όρου 10.1.

- (δ) Ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι, με την επιστολή με αρ. φακ. 13.25.16.52.1 και ημερομηνία 20/01/2010, το ΤΑΥ ζητούσε από την ΑΗΚ να υποβάλει νέα εγγυητική επιστολή (σελ. 5, 2<sup>η</sup> παράγραφος, 3<sup>η</sup> γραμμή) και ότι αυτό επίσης δηλώνει την πρόθεση σύναψης νέας σύμβασης, δεν είναι ακριβής, καθότι αμέσως η επόμενη φράση της επιστολής αναφέρει «..... ή να τροποποιήσετε ανάλογα την υφιστάμενη», όπως και έγινε.
- (ε) Για να είναι η μεταβολή στο τίμημα της σύμβασης ουσιώδης, πρέπει η μεταβολή αυτή να είναι τέτοια που να ανατρέπεται την οικονομική ισορροπία της συμβάσεως υπέρ του επιλεγέντος μειοδότη κατά τρόπο μη προβλεπόμενο στην αρχική σύμβαση (βλ. σκέψη 37 της απόφασης του ΔΕΚ, της 19<sup>ης</sup> Ιουνίου 2008, στην υπόθεση C-454/2006, *Presstext*). Στην παρούσα υπόθεση, υπήρξε κάποια μεταβολή στο τίμημα της αρχικής σύμβασης, αλλά υπέρ του αναθέτοντος φορέα και όχι υπέρ του αναδόχου. Συνεπακόλουθα, δεν συντρέχει η πιο πάνω προϋπόθεση της απόφασης του ΔΕΚ για να κριθεί ότι υπήρξε σύναψη νέας

σύμβασης. Οι άλλες δύο προϋποθέσεις της απόφασης του ΔΕΚ δεν εφαρμόζονται στην περίπτωση της επίμαχης συμφωνίας: πρώτον, η συμπληρωματική παράδοση νερού ήταν εξ' αρχής προβλεπόμενη στην αρχική σύμβαση (βλ. σκέψη 36 της απόφασης του ΔΕΚ) και, δεύτερον, η αρχική σύμβαση δεν αποτέλεσε αντικείμενο ανοικτού διαγωνισμού, έτσι ώστε να εγείρονται ζητήματα όπως εκείνα που αναφέρονται στη σκέψη 35 της απόφασης του ΔΕΚ, εφόσον αποτελούσε σύμβαση που εμπίπτει στις διατάξεις του άρθρου 25(α) του Ν.11(Ι)/2006, πράγμα που αναφέρθηκε ρητά από το ΤΑΥ στην αλληλογραφία του με την ΑΗΚ στο στάδιο της επιδιωκόμενης τροποποίησης. Οι Αιτητές δε στην παρούσα προσφυγή δεν προσέβαλαν ποτέ τη νομιμότητα της αρχικής σύμβασης του 2009.

Επιπλέον ισχυρίστηκε ότι η κατάργηση της 1<sup>ης</sup> φάσης της αρχικής σύμβασης, η οποία αφορούσε μία μεταβατική/προσωρινή λύση προμήθειας ύδατος από κινητή μονάδα για 69 μόλις εβδομάδες (δηλ. 1 χρόνο και κάτι) έναντι της διατήρησης της 2<sup>ης</sup> φάσης της αρχικής σύμβασης, η οποία αφορούσε τη μόνιμη λύση προμήθειας ύδατος από σταθερή μονάδα για 20 χρόνια δεν αποτελεί ριζική μεταβολή του αντικειμένου της σύμβασης κάτι που θα επισυνέβαινε αν καταργείτο η μόνιμη θέση. Εξάλλου, ο όρος 7.2 της αρχικής σύμβασης παρείχε στον Αγοραστή την ευχέρεια να ζητά το προσωρινό κλείσιμο (shut down) οποιασδήποτε μονάδας. Αυτό το οποίο ζήτησε το ΤΑΥ ήταν το κλείσιμο της προσωρινής μονάδας, αφού, με δεδομένο ότι ήταν προσωρινή και εφόσον δεν είχε ακόμη αρχίσει να λειτουργεί, δεν είχε νόημα να δώσει οδηγίες για «προσωρινό» κλείσιμό της, αλλά για κατάργησή της. Το κριτήριο για το αν η σύναψη συμπληρωματικής συμφωνίας για την τροποποίηση υφιστάμενης συμφωνίας αποτελεί σύναψη νέας σύμβασης δεν είναι υποκειμενικό: δεν εξαρτάται από το τί θεωρούν ότι πράττουν οι αντισυμβαλλόμενοι. Είναι αντικειμενικό το κριτήριο: υπάρχει νέα σύμβαση εάν «*οι όροι που προβλέπει η συμπληρωματική συμφωνία διαφοροποιούνται ουσιαστικώς από εκείνους της αρχικής συμβάσεως*». Εάν, αντικειμενικά, συντρέχει τέτοια περίπτωση, τότε τεκμαίρεται ότι οι αντισυμβαλλόμενοι είχαν βούληση να



αναδιαπραγματευθούν τους ουσιώδεις όρους της σύμβασης. Οι δε όροι της αρχικής σύμβασης καταδεικνύουν το αντίθετο.

### **ΘΕΣΕΙΣ ΤΩΝ ΑΙΤΗΤΩΝ ΑΝΑΦΟΡΙΚΑ ΜΕ ΤΗΝ 1<sup>Η</sup> ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗ ΕΝΣΤΑΣΗ ΑΠΑΡΑΔΕΚΤΟΥ:**

Επεξηγώντας την ουσία της ένστασης του Α.Φ. οι δικηγόροι των Αιτητών εισηγήθηκαν ότι η τελευταία θα πρέπει να απορριφθεί και η Α.Α.Π. θα πρέπει να εξετάσει την υπόθεση στην ουσία της, καθότι η σύμβαση αυτή παρά τα όσα υποστηρίζει ο Α.Φ., δεν είναι τροποποίηση της αρχικής, αλλά στην ουσία είναι νέα σύμβαση.

Είναι αποδεκτό για τους Αιτητές ότι η σύμβαση στον όρο 7.4 προβλέπει ότι ο αγοραστής, δηλαδή το ΤΑΥ μπορεί να αγοράσει ποσότητες νερού, μεγαλύτερες από αυτές που προβλέπονται ως ελάχιστες στη σύμβαση, ενώ ο όρος 10.1 δίδει το δικαίωμα στον αγοραστή για μεταβολές (right to vary). Σημείωσαν όμως ότι πουθενά στον διοικητικό φάκελο που το ΤΑΥ απέστειλε στην Α.Α.Π. γίνεται οποιαδήποτε αναφορά στους συγκεκριμένους όρους κατά τη διαδικασία που προηγήθηκε της σύναψης της νέας σύμβασης, και σε κανένα έγγραφο δεν υπάρχει οποιαδήποτε αναφορά στους όρους αυτούς και ότι δυνάμει των όρων αυτών το ΤΑΥ προχώρησε στην «τροποποίηση της σύμβασης». Επομένως ισχυρίστηκαν η αναφορά αυτή δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη από την Α.Α.Π. καθότι αποτελεί εκ των υστέρων σκέψη, η οποία δεν προκύπτει από τον σχετικό διοικητικό φάκελο.

Αυτό που επίσης προκύπτει από το διοικητικό φάκελο επισήμαναν οι Αιτητές είναι το ότι ενώ αρχικά το ίδιο το Τμήμα έκανε αναφορά σε νέα σύμβαση και ζητούσε από την ΑΗΚ να υποβάλει νέα εγγυητική επιστολή, στο τέλος εμφανίζεται η σύμβαση, η οποία αναφέρει ότι είναι τροποποίηση της σύμβασης του 2009 και μια εγγυητική, η οποία επεκτείνει την κάλυψη για μεγαλύτερο χρονικό διάστημα και στην οποία διορθώνεται το ποσό της σύμβασης, στην οποία αναφέρεται ότι οι υπόλοιποι όροι της εγγυητικής ισχύουν και παραμένουν οι ίδιοι με τους όρους της εγγυητικής που δόθηκε για την σύμβαση του 2009, εφόσον η σύμβαση αυτή είναι τροποποίηση της σύμβασης του

2009. Η απορία που δημιουργείται επισήμαναν ως προς το τι μεσολάβησε για την ως άνω αλλαγή αφήνει την εν λόγω πράξη έκθετη.

Η εκδοχή των Αιτητών για τα κυριότερα γεγονότα έχει ως εξής: Η επιθυμία του ΤΑΥ για κατάργηση της προσωρινής μονάδας αφαλάτωσης, συνάντησε την αντίδραση της ΑΗΚ καθότι όταν το ΤΑΥ εξέφρασε την επιθυμία του αυτή, η ΑΗΚ βρισκόταν στο στάδιο αξιολόγησης των προσφορών που είχαν υποβληθεί και θεώρησε ότι η απόφαση θα δημιουργούσε νομικά προβλήματα. Στη συνέχεια το θέμα επανήλθε περί το τρίτο τρίμηνο του 2009 οπότε και πάλι η ΑΗΚ ήταν αρνητική, φοβούμενη ότι η εταιρεία που είχε επιλεγεί να εκτελέσει την προσφορά θα αξίωνε αποζημιώσεις λόγω της ακύρωσης της προσωρινής μονάδας αφαλάτωσης. Ως εκ τούτου για να καμφθούν οι αντιρρήσεις της εν λόγω εταιρείας αποφασίστηκε να αυξηθεί η παραγωγικότητα της σταθερής μονάδας από τις 50.000 κ.μ νερού ημερησίως στις 60.000 κ.μ. νερού ημερησίως με μείωση της τιμής ανά κυβικό μέτρο κατά 1 σεντ του ευρώ, ήτοι από €0.823 σε €0.813.

Στις σελίδες 1Α-3 του σχετικού φακέλου υπάρχει μια επιστολή του ΤΑΥ προς την ΑΗΚ ημερομηνίας 09.12.09 στην οποία αναφέρεται ότι το Τμήμα αναμένει από την ΑΗΚ να ζητήσει από την Ide (εταιρεία που ανέλαβε το έργο) την υποβολή δύο προτάσεων λόγω κατάργησης της προσωρινής μονάδας. Η πρώτη πρόταση αφορά την αύξηση της δυναμικότητας του εργοστασίου στην ελάχιστη ποσότητα που απαιτείται για να καλυφθούν οι αποζημιώσεις του Εργολάβου λόγω της κατάργησης της προσωρινής μονάδας και η δεύτερη αφορά την αύξηση κατά 10.000 κυβικά μέτρα ημερησίως της παραγωγής της μόνιμης μονάδας. Παράλληλα με την ίδια επιστολή το ΤΑΥ ζητεί όπως ο Εργολάβος υποβάλει τεκμηριωμένα το ποσό των αποζημιώσεων που απαιτεί εξαιτίας της κατάργησης της προσωρινής μονάδας.

Στις σελίδες 3Β-3Γ περιλαμβάνεται επιστολή του Εργολάβου προς την ΑΗΚ ημερομηνίας 14.12.2009, ενώ στη σελίδα 3Δ υπάρχει επιστολή της ΑΗΚ προς τον Εργολάβο ημερομηνίας 10.12.2009 με την οποία η ΑΗΚ μεταφέρει στον Εργολάβο τα όσα είχε ζητήσει το ΤΑΥ με την επιστολή του προς την ΑΗΚ ημερομηνίας 09.12.09.

Στις σελίδες 6-8 περιλαμβάνεται η επιστολή του Εργολάβου προς την ΑΗΚ ημερομηνίας 30.12.2009 με την οποία υποβάλλει αναθεωρημένη πρόταση για την παραγωγή 60.000 κ.μ. ημερησίως από την μόνιμη μονάδα.

Στη σελίδα 12 υπάρχει η επιστολή της ΑΗΚ προς το ΤΑΥ ημερομηνίας 08.01.2010 στην οποία επισυνάπτεται η πρόταση του Εργολάβου με την οποία ο Εργολάβος ζητεί αποζημιώσεις €7.365.000 λόγω της ακύρωσης της προσωρινής μονάδας και αύξηση της κατανάλωσης ενέργειας από 3.1 kwh ανά κυβικό μέτρο σε 3.3 kwh ανά κυβικό μέτρο. Με την ίδια επιστολή της ΑΗΚ ημερομηνίας 08.01.2010 ζητείται από τον ΤΑΥ να δεσμευθεί για την αύξηση της ποσότητας παραγωγής της μόνιμης μονάδας από 50.000 σε 60.000 κ.μ. νερού ημερησίως.

Στη σελίδα 12Γ υπάρχει επιστολή του ΤΑΥ προς την ΑΗΚ ημερομηνίας 12.01.2010 με την οποία το ΤΑΥ δεσμεύεται για την αιτηθείσα αύξηση ζητώντας όμως μείωση της τιμής πώλησης του νερού.

Στη σελίδα 14 υπάρχει επιστολή ημερομηνίας 11.01.2010 του Διευθυντή του ΤΑΥ προς τους Φρόσω Λουκά, Ανδρέα Μανώλη και Χριστάκη Χριστοδουλίδη, με την οποία τους πληροφορεί ότι διορίζονται μέλη της Επιτροπής Διαπραγμάτευσης για το Διαγωνισμό 10/2010.

Στη σελίδα 15 υπάρχει επιστολή της ΑΗΚ προς το ΤΑΥ ημερομηνίας 11.01.2010 με την οποία επιβεβαιώνεται η παρουσία αντιπροσωπείας της ΑΗΚ σε σύσκεψη που συγκλήθηκε στα γραφεία του ΤΑΥ για τις 12.01.2010 και καταγράφεται η διαφωνία της ΑΗΚ για το θέμα της μείωσης της τιμής πώλησης του νερού.

Στη σελίδα 18 υπάρχει επιστολή του Διευθυντή ΤΑΥ προς την ΑΗΚ ημερομηνίας 13.01.2010 στην οποία συνοψίζονται οι θέσεις του ΤΑΥ όπως αναπτύχθηκαν στη σύσκεψη ημερομηνίας 12.01.2010 και οι οποίες ήταν οι ακόλουθες: α) Κατάργηση της προσωρινής μονάδας, β) Αύξηση της παραγωγικότητας της μόνιμης μονάδας από 50.000 σε 60.000 κ.μ. νερού ημερησίως και γ) Μείωσης της τιμής κατά 1 σεντ του ευρώ, ήτοι από €0,823 ανά κυβικό μέτρο σε €0,813 ανά κυβικό μέτρο.

Στις σελίδες 19-71 περιλαμβάνεται επιστολή του ΤΑΥ προς την ΑΗΚ ημερομηνίας 20.01.2010 με συνημμένο το προτεινόμενο συμβόλαιο. Στην εν λόγω επιστολή το ΤΑΥ αναφέρει ότι το προτεινόμενο συμβόλαιο είναι βασισμένο στην προηγούμενη συμφωνία και ενημερώνει την ΑΗΚ ότι θα πρέπει να υποβάλει νέα εγγυητική επιστολή επειδή με την υπογραφή της νέας σύμβασης η σύμβαση του 2009 θα καταργηθεί.

Στη σελίδα 73 υπάρχει υπογεγραμμένο από την ΑΗΚ «Letter of Tender», το οποίο φέρει ημερομηνία 25.01.2010.

Στις σελίδες 74-104 υπάρχει η έκθεση της Επιτροπής Διαπραγμάτευσης που φέρει ημερομηνία 27.01.2010 και στην οποία αφού γίνεται οικονομική σύγκριση των 2 περιπτώσεων, δηλαδή της περίπτωσης που υλοποιείτο η αρχική σύμβαση για μόνιμη και προσωρινή μονάδα και της περίπτωσης που θα υλοποιηθεί μόνο η μόνιμη μονάδα με αύξηση της ημερησίας παραγωγής, η Επιτροπή εισηγείται τη δεύτερη λύση δηλαδή την κατάργηση της προσωρινής μονάδας και την υλοποίηση μόνο της μόνιμης μονάδας με παραγωγή 60.000 κ.μ. νερού ημερησίως. Η εισήγηση της επιτροπής εγκρίνεται με χειρόγραφη σημείωση του Διευθυντή του ΤΑΥ.

Το αξιοσημείωτο είναι επισήμαναν οι Αιτητές ότι και στην έκθεση της επιτροπής γίνεται σε δύο περιπτώσεις αναφορά σε νέα συμφωνία που θα υπογραφεί και όχι σε τροποποίηση της υφιστάμενης.

Συγκεκριμένα οι αναφορές αυτές γίνονται στη σελίδα 97 «.. η νέα συμφωνία που θα υπογραφεί..» και στις εισηγήσεις της επιτροπής όπου αναφέρεται ότι «*επιτυγχάνεται με τη νέα συμφωνία καλύτερη μοναδιαία τιμή του νερού με αποτέλεσμα εξοικονομήσεις για τα επόμενα χρόνια*».

Στη συνέχεια το ΤΑΥ αλλάζει στάση και με επιστολή που αποστέλλει με ημερομηνία 03.02.2010 προς την ΑΗΚ (σελίδα 150) την πληροφορεί ότι η πρόταση της ημερομηνίας 25.01.2010 γίνεται αποδεκτή και ότι θα πρέπει να υπογραφεί η συμφωνία ΤΑΥ 10/2010 η οποία είναι συμπληρωματική της συμφωνίας ΤΑΥ 10/2009. Στη σελίδα 151 υπάρχει η τροποποίηση της εγγυητικής ημερομηνίας 12.03.2009 στην οποία αναφέρεται ότι «*All other terms and conditions remain unchanged and apply to contract no. TAY 10/2010 (which is an amendment to contract no. TAY 10/2009)*».

Είναι πασιδηλο από το περιεχόμενο του διοικητικού φακέλου ισχυρίστηκαν οι Αιτητές ότι η νέα σύμβαση υπογράφηκε για να ικανοποιήσει τον Εργολάβο, ο οποίος είχε συμβληθεί με την ΑΗΚ και ο οποίος θα αξίωνε αποζημιώσεις σε περίπτωση που απλά καταργείτο η κατασκευή της προσωρινής μονάδας χωρίς ο ίδιος να ελάμβανε κάποιο αντάλλαγμα. Όσα δε προβάλλονται περί των όρων της σύμβασης 7.1, 7.4 και 10

αποτελούν εκ των υστέρων σκέψεις, εφόσον σε καμία περίπτωση δεν έγινε επίκλησή τους όταν αποφασιζόταν η υπογραφή της νέας σύμβασης.

Περαιτέρω προκύπτει από τις αλλαγές που επισυνέβησαν στην πρώτη σύμβαση, ότι η σύμβαση 10/2010 είναι μια νέα σύμβαση εφόσον υπήρχαν ουσιώδεις μεταβολές. Πρώτον υπήρχε μικρή μείωση της τιμής και δεύτερον και ουσιαστικότερο υπήρχε ουσιώδης αλλαγή στο αντικείμενο της σύμβασης, εφόσον η πρώτη σύμβαση προνοούσε την κατασκευή 2 μονάδων, μόνιμης και προσωρινής, ενώ η δεύτερη σύμβαση καταργεί την προσωρινή και προβλέπει την κατασκευή μόνο της μόνιμης μονάδας αφαλάτωσης.

Στην υπόθεση C-454/06, επί της οποίας εκδόθηκε απόφαση στις 19 Ιουνίου 2008 και αντικείμενο της οποίας η αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως σε σχέση με την Οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου για τον συντονισμό των διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών και τις σκέψεις 34 και 76 της εν λόγω απόφασης όπου αναφέρονται τα ακόλουθα:

*«34. Προς διασφάλιση της διαφάνειας των διαδικασιών και της ίσης μεταχειρίσεως των υποβαλλόντων προσφορές, οι τροποποιήσεις διατάξεων δημοσίας συμβάσεως κατά τη διάρκεια της ισχύος της συνιστούν σύναψη νέας συμβάσεως κατά την έννοια της οδηγίας 92/50, όταν οι όροι που προβλέπουν διαφοροποιούνται ουσιαστικώς από εκείνους της αρχικής συμβάσεως υποδηλώνοντας τη βούληση των συμβαλλομένων να αναδιαπραγματευθούν τους ουσιώδεις όρους της συμβάσεως αυτής (βλ., υπ' αυτή την έννοια, απόφαση της 5ης Οκτωβρίου 2000, C-337/98, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλογή 2000, σ. I-8377, σκέψεις 44 και 46).*

*76. Όπως προκύπτει από τη σκέψη 34 της παρούσας αποφάσεως, προκειμένου να καθοριστεί αν η συμφωνία περί μιας τέτοιας ρήτηρας ισοδυναμεί με σύναψη νέας συμβάσεως, πρόσφορο κριτήριο είναι το αν η ρήτρα αυτή μπορεί να θεωρηθεί ως ουσιώδης τροποποίηση της αρχικής συμβάσεως (βλ., υπ' αυτή την έννοια, προαναφερθείσα απόφαση Επιτροπή κατά Γαλλίας, σκέψεις 44 και 46)».*

Οι τροποποιήσεις εν προκειμένω ισχυρίστηκαν ήταν τέτοιας μορφής, σύμφωνα με την προαναφερθείσα απόφαση του ΔΕΚ, που είχαν ως αποτέλεσμα την κατάργηση της σύμβασης του 2009 και τη σύναψη μιας νέας αφού έχει τροποποιηθεί το τίμημα και έχει αλλάξει ριζικά το αντικείμενο της σύμβασης εφόσον στην μεν πρώτη σύμβαση προνοείτο η κατασκευή δύο μονάδων, ενώ στη δεύτερη σύμβαση καταργείται η μία μονάδα (προσωρινή) και αυξάνεται η παραγωγικότητα της μόνιμης μονάδας.

Αναφορικά δε με τα όσα αναφέρθηκαν στην αγόρευση του Α.Φ. σε αναγωγή στο άρθρο 31 του περί Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου του 1999, Ν.158(Ι)/99 περί εσφαλμένης νομικής αιτιολογίας υπέβαλαν ότι στην παρούσα περίπτωση δε δόθηκε οποιαδήποτε αιτιολογία για να τίθεται θέμα μη ακύρωσης της πράξης λόγω ύπαρξης άλλου νομικού ερείσματος.

Όσον αφορά δε τον ισχυρισμό ότι δεν άλλαξε ριζικά το αντικείμενο της σύμβασης αφού η σύμβαση του 2009 αφορούσε στην προμήθεια νερού και όχι στην κατασκευή μονάδων αφαλάτωσης απάντησαν ότι ενώ η σύμβαση του 2009 αφορούσε την προμήθεια νερού από την ΑΗΚ προς το ΤΑΥ 20,000 m<sup>3</sup> αφαλατωμένου νερού την ημέρα, για περίοδο 69 εβδομάδων, από κινητή μονάδα αφαλάτωσης, στην τιμή των €2,55/m<sup>3</sup> και 50,000 m<sup>3</sup> αφαλατωμένου νερού την ημέρα, για περίοδο 20 ετών, από μόνιμη μονάδα αφαλάτωσης, στην τιμή των €0,823/m<sup>3</sup>, με τη νέα σύμβαση η ΑΗΚ αναλαμβάνει την υποχρέωση να παρέχει στο ΤΑΥ 60.000m<sup>3</sup> αφαλατωμένου νερού την ημέρα, για περίοδο 20 ετών, από μόνιμη μονάδα αφαλάτωσης, στην τιμή των €0,813/m<sup>3</sup> και την κατάργηση της προσωρινής μονάδας αφαλάτωσης. Ως εκ τούτου τα βασικά στοιχεία της σύμβασης, ήταν η ποσότητα νερού, το τίμημα και οι δύο μονάδες αφαλάτωσης. Στην παρούσα περίπτωση όλα τα στοιχεία της σύμβασης άλλαξαν και ως εκ τούτου δεν μπορεί να γίνει δεκτή η θέση του Α.Φ. ότι πρόκειται περί τροποποίησης και όχι περί σύναψης νέας σύμβασης.

Αναφορικά με την επίκληση του όρου 10.1 της αρχικής σύμβασης, ο οποίος επιτρέπει στον αγοραστή να ζητήσει διαφοροποιήσεις της σύμβασης πρόταξαν ότι η γενικότητα του όρου δεν δίδει σε καμία περίπτωση τη δυνατότητα για ριζικές μεταβολές.

Συγκεκριμένα η εφαρμογή του όρου 10.1 διαλαμβάνει τα εξής:

- (i) να ζητείται η αλλαγή της αρχικής σύμβασης από τον αγοραστή,
- (ii) αυτό να συμβαίνει πριν από την ημερομηνία παράδοσης ή πριν από τη λήξη της περιόδου παράδοσης,
- (iii) είτε με εντολή του αγοραστή προς τον προμηθευτή είτε με αίτημα για υποβολή πρότασης (προσφοράς).

Στην παρούσα υπόθεση, ναι μεν ο αγοραστής – το ΤΑΥ – ζήτησε από τον προμηθευτή – την ΑΗΚ – εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας να υποβάλει πρόταση παρατηρείται όμως ότι ο ίδιος ο Α.Φ., θεωρούσε ότι θα προχωρούσε στη σύναψη νέας σύμβασης όπως φαίνεται και από τα παραδείγματα που έχουν τεθεί παραπάνω.

Η θέση δε του ΤΑΥ ως αναθέτοντος φορέα στην επιστολή ημερομηνίας 20.01.2010 προς την ΑΗΚ ήταν ότι η νέα σύμβαση θα καταργούσε την σύμβαση του 2009 και ως εκ τούτου θα αποτελούσε νέα σύμβαση πράγμα που θα απέτρεπε το να αντικατασταθεί με τροποποίηση της καταργηθείσας αλλά μόνο με τη σύναψη μιας νέας σύμβασης σε αντικατάσταση της καταργηθείσας.

Αναφορικά τέλος με τον ισχυρισμό ότι για να είναι η μεταβολή στο τίμημα ουσιώδης πρέπει να είναι τέτοια που να ανατρέπεται την οικονομική ισορροπία της συμβάσεως υπέρ του επιλεγέντος μειοδότη κατά τρόπο μη προβλεπόμενο στην αρχική σύμβαση (βλ. σκέψη 37 της απόφασης του ΔΕΚ, της 19<sup>ης</sup> Ιουνίου 2008, στην υπόθεση C-454/2006, *Presstext*), ενώ στην παρούσα υπόθεση, η όποια μεταβολή στο τίμημα της αρχικής σύμβασης ήτο υπέρ του αναθέτοντος φορέα και όχι υπέρ του αναδόχου ΑΗΚ με αποτέλεσμα να μην συντρέχει η πιο πάνω προϋπόθεση της απόφασης του ΔΕΚ για να κριθεί ότι υπήρξε σύναψη νέας σύμβασης προέταξαν ότι ναι μεν οι Αιτητές δεν θα μπορούσαν σε καμία περίπτωση να προσβάλουν τη νομιμότητα της αρχικής σύμβασης του 2009, εφόσον θεωρούν την παρούσα σύμβαση ως νέα σύμβαση και όχι τροποποιητική αυτής του 2009. Περαιτέρω σε σχέση με το ζήτημα της μείωσης του τιμήματος, υποστήριξαν ότι αυτό δεν μπορεί να επηρεάσει την τύχη της προδικαστικής ένστασης καθότι δεν είναι μόνο το τίμημα που άλλαξε αλλά και άλλοι ουσιώδεις όροι της

αρχικής συμφωνίας με αποτέλεσμα η υπό εξέταση σύμβαση να αποτελεί νέα σύμβαση και όχι τροποποίηση της παλιάς.

**Δ. Αφού ακούσαμε τις θέσεις των δυο πλευρών και κατόπιν ενδελεχούς μελέτης των σχετικών στοιχείων του Διοικητικού Φακέλου της υπόθεσης καταλήγουμε στα ακόλουθα:**

Η πρώτη προδικαστική ένσταση που ηγέρθη από τον Αναθέτοντα Φορέα είναι ότι η πράξη που προσβάλλεται δεν αφορά στη σύναψη νέας σύμβασης, παρά μόνο σε συμπληρωματική συμφωνία για, εξ' ύπαρξης επιτρεπτή και μη ουσιώδη, τροποποίηση της Σύμβασης που συνήφθη το 2009 μεταξύ του Αναθέτοντος Φορέα ΤΑΥ και της ΑΗΚ.

Η κρίση μας για το εάν η επίμαχη συμφωνία αποτελεί επιτρεπτή συμπληρωματική συμφωνία ή συγκεκριμένη νέα σύμβαση αποτελεί το επίκεντρο της παρούσας υπόθεσης αφού τυχόν αποδοχή της προδικαστικής ενστάσεως καθιστά τον έλεγχο της ως άνω πράξης εκτός της κατά νόμο αρμοδιότητας μας.

Κριτήριο για την απόφασή μας θ' αποτελέσει το εάν ή όχι οι επίμαχες τροποποιήσεις *«συνιστούν σύναψη νέας συμβάσεως κατά την έννοια της οδηγίας 92/50»* πράγμα που επισυμβαίνει σύμφωνα και με τη σχετική απόφαση επί της υπόθεσης C-454/06, επί της οποίας εκδόθηκε απόφαση στις 19 Ιουνίου 2008 και αντικείμενο της οποίας ήταν η αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως σε σχέση με την Οδηγία 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου για τον συντονισμό των διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, *«όταν οι όροι που προβλέπουν διαφοροποιούνται ουσιαστικώς από εκείνους της αρχικής συμβάσεως υποδηλώνοντας τη βούληση των συμβαλλομένων να αναδιαπραγματευθούν τους ουσιώδεις όρους της συμβάσεως αυτής»*.

Με βάση την προαναφερόμενη απόφαση του ΔΕΚ στην υπόθεση C-454/06, τροποποίηση σύμβασης είναι ουσιαστική και κατά συνέπεια συνιστά νέα σύμβαση στις ακόλουθες τρεις περιπτώσεις (βλ. σκέψεις 34 έως 37 της απόφασης):



1. Όταν με την τροποποίηση προστίθενται όροι οι οποίοι αν είχαν γνωστοποιηθεί κατά τη διαδικασία σύναψης της αρχικής σύμβασης, θα επιτρεπόταν η συμμετοχή στη διαδικασία άλλων διαγωνιζομένων πέραν αυτών που αρχικά συμμετείχαν, ή θα επιλεγόταν προσφορά άλλη από την επιλεγείσα,
2. Όταν η τροποποίηση διευρύνει σημαντικά το αντικείμενο της σύμβασης περιλαμβάνοντας υπηρεσίες που δεν είχαν προβλεφθεί αρχικά, και
3. Όταν μεταβάλλεται η οικονομική ισορροπία της σύμβασης υπέρ του επιλεγέντος προσφοροδότη κατά τρόπο μη προβλεπόμενο στην αρχική σύμβαση.

Στην παρούσα υπόθεση, διαπιστώνουμε ότι οι τροποποιήσεις οι οποίες επήλθαν με τη νέα συμφωνία είναι οι εξής:

1. Τροποποίηση του τιμήματος
2. Κατάργηση της μίας εκ των δύο μονάδων (προσωρινής) και αύξηση της παραγωγικότητας της δεύτερης μονάδας (μόνιμης).

Η αρχική σύμβαση του 2009 αφορούσε στην προμήθεια νερού από την ΑΗΚ προς το ΤΑΥ 20,000 m<sup>3</sup> αφαλατωμένου νερού την ημέρα, για περίοδο 69 βδομάδων, από κινητή μονάδα αφαλάτωσης, στην τιμή των €2,55/m<sup>3</sup>. και 50,000 m<sup>3</sup> αφαλατωμένου νερού την ημέρα, για περίοδο 20 ετών, από μόνιμη μονάδα αφαλάτωσης, στην τιμή των €0,823/m<sup>3</sup>. Η τροποποίηση που επήλθε κατέστησε την ΑΗΚ υπόχρεη να παρέχει στο ΤΑΥ 60.000 m<sup>3</sup> αφαλατωμένου νερού την ημέρα, για περίοδο 20 ετών, από μόνιμη μονάδα αφαλάτωσης, στην τιμή των €0,813/m<sup>3</sup> και την κατάργηση της προσωρινής μονάδας αφαλάτωσης.

Υπό το φως της απόφασης του ΔΕΚ στην υπόθεση C-454/06, παρατηρούμε αναφορικά με την πρώτη περίπτωση ότι η τροποποίηση δεν είχε ως αποτέλεσμα να έχουν προστεθεί όροι οι οποίοι ενδεχομένως να επέτρεπαν σε επιπλέον οικονομικούς φορείς να συμμετάσχουν, εφόσον αυτοί δεν συμμετείχαν αρχικά. Επομένως, η πρώτη από τις περιπτώσεις που τέθηκαν διαζευκτικά δεν ισχύει.

Προχωρώντας στη δεύτερη περίπτωση, κρίνουμε ότι με την τροποποίηση που πραγματοποιήθηκε δεν έχει διευρυνθεί ουσιωδώς το αντικείμενο της σύμβασης, καθότι δεν περιλήφθηκαν υπηρεσίες που δεν είχαν αρχικά προβλεφθεί, αλλά αντίθετα καταργήθηκε η κινητή μονάδα αφαλάτωσης και ταυτόχρονα αυξήθηκε η προσφερόμενη ποσότητα αφαλατωμένου νερού κατά 20%.

Όσον αφορά δε την τρίτη περίπτωση, κρίνουμε ότι με δεδομένη τη μεταβολή στο τίμημα της αρχικής σύμβασης αλλά και την ταυτόχρονη κατάργηση της κινητής μονάδας, η οικονομική ισορροπία της σύμβασης δεν έχει μεταβληθεί υπέρ του επιλεγέντος προσφοροδότη. Κατά συνέπεια θεωρούμε ότι η διενεργηθείσα τροποποίηση δεν εμπίπτει σε οποιαδήποτε από τις τρεις περιπτώσεις στις οποίες αναφέρθηκε το ΔΕΚ στην υπόθεση C-454/06.

Το εύρημά μας αυτό υποστηρίζεται και από το λεκτικό των όρων της αρχικής σύμβασης τους οποίους επικαλέστηκε ο αναθέτων φορέας. Ειδικότερα παραπέμπουμε στον όρο 7.2 της αρχικής σύμβασης ο οποίος παρείχε στον Αγοραστή την ευχέρεια να ζητά το προσωρινό κλείσιμο (shut down) οποιασδήποτε μονάδας στην περίπτωση που η τελευταία δεν είχε ακόμη αρχίσει να λειτουργεί, καθώς και στον όρο 10.1 ο οποίος επιτρέπει στον αγοραστή να ζητήσει διαφοροποιήσεις της σύμβασης υπό ορισμένες προϋποθέσεις. Νοείται βέβαια ότι οι τροποποιήσεις δεν θα πρέπει να οδηγούν σε νέα σύμβαση, γεγονός που θεωρούμε ότι με όσα πιο πάνω παραθέσαμε δεν ισχύει.

Τέλος, το γεγονός ότι από σειρά εγγράφων στα οποία μας παρέπεμψαν οι Αιτητές διαφαίνεται πρόθεση του αναθέτοντα φορέα όπως συνάψει νέα σύμβαση, δεν επηρεάζει την απόφασή μας καθότι παρά τις αρχικές του προθέσεις τελική κατάληξη υπήρξε η τροποποίηση της αρχικής σύμβασης.

Ενόψει της κατάληξης μας στην πρώτη προεξεταστική ένσταση του Αναθέτοντα Φορέα και η οποία έγινε αποδεκτή, δεν κρίνουμε σκόπιμη την εξέταση των υπόλοιπων θεμάτων και/ή ενστάσεων που ηγέρθησαν από τις δύο πλευρές.

Ως εκ τούτου αποφασίζουμε ομόφωνα ότι η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή απορρίπτεται και η προσβαλλομένη απόφαση επικυρώνεται.

Δεν επιδικάζονται έξοδα επί της διαδικασίας.