



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. 7/2010

Μεταξύ:

IACOVOU – PAPAELLINAS JOINT VENTURE

Αιτητών

v.

ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΚΑΙ
ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΥΓΕΙΑΣ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτητές:

IACOVOU – PAPAELLINAS JOINT VENTURE

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Πάμπο Ιωαννίδη, Δικηγόρο
2. Μάρκο-Γρηγόρη Δράκο, Δικηγόρο
3. Άννα Χρίστου, Δικηγόρο
4. Ευύχιο Βακανά, Εκπρόσωπο αιτούσας Κοινοπραξίας
5. Νίκο Μυλωνά, Εκπρόσωπο αιτούσας Κοινοπραξίας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΤΜΗΜΑ ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΚΑΙ
ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΥΓΕΙΑΣ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Άννη Πανταζή-Λάμπρου, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. Δρα Ανδρέα Γεωργίου, Πρώτο Ιατρικό Λειτουργό,
Προϊστάμενο Τομέα Προσφορών

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 25 Μαΐου, 2010

ΑΠΟΦΑΣΗ

A. Με την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή αρ. 7/2010 η Κοινοπραξία ΙΑΚΟΝΟΥ – ΡΑΡΑΕΛΛΙΝΑΣ JOINT VENTURE (στο εξής Αιτητές) στρέφεται κατά της απόφασης του Τμήματος Ιατρικών Υπηρεσιών και Υπηρεσιών Δημόσιας Υγείας (στο εξής Αναθέτουσα Αρχή ή Α.Α.) ημερ. 18.12.2009 όπως τροποποιήσει τον προϋπολογισμό για το Διαγωνισμό με αρ. Σ.Υ. 29/08 με αντικείμενο τη «*Δημιουργία Ακτινοθεραπευτικού/ Ογκολογικού Κέντρου στο Νέο Γενικό Νοσοκομείο Λεμεσού*» με τη μέθοδο 'Μελέτη, Κατασκευή, Συντήρηση' περιλαμβανομένης της προμήθειας εγκατάστασης και συντήρησης του ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού, από €22.788.000 εξαιρουμένου του Φ.Π.Α. σε €18.288.000 εξαιρουμένου του Φ.Π.Α..

B. ΓΕΓΟΝΟΤΑ

1. Στις 09.01.2009 προκηρύχθηκε ο ως άνω διαγωνισμός με δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας.
2. Η ημερομηνία υποβολής προσφορών καθορίστηκε αρχικά στις 20.03.2009 και παρατάθηκε μέχρι την 17.7.2009.
3. Προσφορά υπέβαλαν οι Αιτητές και άλλοι δύο προσφοροδότες.
4. Μετά την υποβολή των προσφορών και συγκεκριμένα στις 18.12.2009 η Α.Α. πληροφόρησε τους Αιτητές ότι αποφάσισαν την τροποποίηση του όρου 2.3 του Τόμου Α των εγγράφων του διαγωνισμού μειώνοντας τον προϋπολογισμό της σύμβασης από €22.788.000 εξαιρουμένου του Φ.Π.Α. σε €18.288.000 εξαιρουμένου του Φ.Π.Α.. Η ως άνω τροποποίηση αποφασίστηκε αφού λήφθηκε υπόψη επιστολή της Γενικής Ελέγκτριας ημερ. 26.10.2009 όπου γίνοντο παρατηρήσεις σχετικά με το ποσό της εκτιμώμενης δαπάνης παραθέτοντας στοιχεία για δαπάνη για την αγορά παρόμοιου εξοπλισμού από άλλο Ογκολογικό Κέντρο το Νοέμβριο του 2008, και αφού η Α.Α. προέβη σε συγκριτική ανάλυση της εκτίμησης κόστους της αρχικά τεθείσας προϋπολογιζόμενης δαπάνης και των στοιχείων που παρέθεσε η Γενική Ελέγκτρια.

5. Με επιστολή τους ημερ. 22.12.2009 οι Αιτητές ενημέρωσαν εγγράφως την Α.Α. με ταυτόχρονη κοινοποίηση στο Γενικό Λογιστήριο της Δημοκρατίας για την πρόθεση τους να ασκήσουν Ιεραρχική Προσφυγή.
6. Οι Αιτητές καταχώρησαν την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή στις 8.1.2010 και ζήτησαν τη λήψη προσωρινού μέτρου αναστολής του έργου που δόθηκε στις 12.1.2010.

Γ. ΠΡΟΞΕΤΑΣΤΙΚΟ ΘΕΜΑ

Η Α.Α. έθεσε δια μέσου της γραπτής της αγόρευσης αλλά και προφορικά κατά την ενώπιον μας διαδικασία ζήτημα έννομου συμφέροντος αναφορικά με την προσφυγή των Αιτητών. Συγκεκριμένα υποστήριξαν οι εκπρόσωποι της, ότι δεν έχει ένας διαγωνιζόμενος πριν την αξιολόγηση των προσφορών, σε χρόνο δηλαδή που δεν είναι βέβαιο αν η δική του προσφορά είναι έγκυρη, έννομο συμφέρον στην προσφυγή της εκάστοτε απόφασης. Για να είχαν οι Αιτητές έννομο συμφέρον σύμφωνα πάντα με τους ίδιους, κατά την έννοια του άρθρου 56(1) του Ν. 101(Ι)/2003, θα έπρεπε να *«υπέστησαν ή ενδέχεται να υποστούν ζημιά από την πράξη ή απόφαση της Α.Α.»*. Αλλά αυτό εξυπακούει ότι η προσφορά τους ήταν έγκυρη και επ' αυτού υπάρχει σειρά αποφάσεων του ΔΕΚ, του ΑΔΚ και της ΑΑΠ. Ισχυρίστηκαν ότι για να επιληφθεί της προσφυγής, η ΑΑΠ θα έπρεπε να είχε προηγουμένως πεισθεί ότι οι Αιτητές υπέβαλαν έγκυρη προσφορά ώστε να εγείρουν και ζήτημα ίσης μεταχείρισης θεωρώντας πρόωρη τοιουτοτρόπως την προσφορά των Αιτητών.

Εισηγήθηκαν περαιτέρω πως κάτι τέτοιο θα μπορούσε να γίνει μόνο αναφορικά με τις τεχνικές προδιαγραφές, μεταγενέστερη τροποποίηση των οποίων ηδύνατο να επηρεάσει την ικανότητα τους όπως υποβάλουν έγκυρη προσφορά.

Εν προκειμένω ισχυρίστηκαν ότι αυτό που προσβάλλεται είναι η τροποποίηση της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, πράγμα που δεν λαμβάνεται υπόψη κατά την τεχνική

αξιολόγηση αλλά, αν χρειασθεί, κατά την οικονομική αξιολόγηση, η οποία θα αρχίσει μόνο αφού προηγουμένως ολοκληρωθεί η τεχνική αξιολόγηση.

Με δεδομένο ότι οι Αιτητές είναι διαγωνιζόμενοι των οποίων η προσφορά είναι αμφίβολα έγκυρη, η ζημιά που κατ' ισχυρισμό θα υποστούν συναρτάται με την οικονομική αξιολόγηση της προσφοράς τους η οποία θα αρχίσει μόνο κατόπιν ολοκλήρωσης της τεχνικής αξιολόγησης, αφού σ' αυτό το στάδιο οι Αιτητές αδυνατούν να προσδιορίσουν υπό ποία έννοια ενδέχεται να υποστούν ζημιά ή δυσμενή μεταχείριση στο στάδιο της οικονομικής αξιολόγησης. Επιπλέον, στην αγόρευσή τους οι Αιτητές αναγνωρίζουν ότι *«οι οικονομικοί φάκελοι δεν έχουν ακόμη ανοιχθεί και κατ' επέκταση δεν μπορούμε να μιλούμε με ακρίβεια πώς επιδρά η μείωση της εκτιμώμενης αξίας»*.

Οι Αιτητές από την άλλη υποστήριξαν ότι με βάση τα υπάρχοντα δεδομένα το έννομο τους συμφέρον δεν μπορεί να αμφισβητηθεί δεδομένης και της πιθανής επέλευσης ζημιάς.

Δ. ΘΕΣΕΙΣ ΤΩΝ ΑΙΤΗΤΩΝ

Οι Αιτητές ισχυρίστηκαν τόσο δια μέσου της γραπτής τους αγόρευσης όσο και κατά την ενώπιον μας διαδικασία, ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι παράνομη και αντίθετη προς την αρχή της διαφάνειας, της ισότητας και του υγιούς ανταγωνισμού που πρέπει να διέπουν κάθε δημόσιο διαγωνισμό.

Ιδιαίτερη αναφορά έγινε από τους Αιτητές στο άρθρο 21 του Ν.12(Ι)/2006 που προνοεί ότι ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, όπως προεκτιμάται από την Α.Α. και ότι η εκτιμώμενη αυτή αξία πρέπει να ισχύει κατά την αποστολή της προκήρυξης του διαγωνισμού σύμφωνα με το άρθρο 39 ή σε περιπτώσεις όπου δεν απαιτείται τέτοια προκήρυξη, τη στιγμή που η αναθέτουσα αρχή αρχίζει τη διαδικασία ανάθεσης.

Περαιτέρω ο Κανονισμός 24(1) της Κ.Δ.Π.201/2007, προνοεί ότι η προκήρυξη γίνεται από την Α.Α. αφού αυτή προηγουμένως βεβαιωθεί ότι έχουν διασφαλιστεί οι αναγκαίες πιστώσεις.

Οι Αιτητές συμφώνησαν με την Α.Α. ότι η εκτιμώμενη αξία αποτελεί εκτίμηση και δεν είναι τελικά η τιμή κατακύρωσης, αλλά ισχυρίστηκαν ότι η Α.Α. δεν έχει την ευχέρεια να ανεβοκατεβάζει την εκτιμώμενη αξία κατά το δοκούν. Κάτι τέτοιο θα δυσχέραινε και τους προσφοροδότες να αποφασίσουν αν θα συμμετάσχουν στο διαγωνισμό. Θα ήταν δύσκολο γι' αυτούς να εξετάσουν το αντικείμενο του διαγωνισμού σε σχέση με το προϋπολογιζόμενο ποσό και κατά πόσο είναι εφικτό εμπορικά να ανταποκριθούν στις τεχνικές απαιτήσεις του διαγωνισμού σε ποσό παραπλήσιο του εκτιμώμενου. Κατά τους Αιτητές μια μείωση της τάξεως των €4,5 εκ. αποτελεί απειλή για κάποιες προσφορές γιατί κινδυνεύουν να αποκλειστούν ως πολύ ακριβές. Αντίθετα, προσφορές που είναι κατά τόσο μεγάλο ποσό χαμηλότερες από το αρχικά εκτιμώμενο θα ευνοηθούν από τη μείωση της αξίας. Συνεπώς εγείρεται θέμα ίσης μεταχείρισης και αμεροληψίας, αλλά και κλονισμού της εμπιστοσύνης του διοικούμενου προς τη διοίκηση.

Σύμφωνα με τους όρους το κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά και για τον υπολογισμό της δίδονται οι τύποι από τον όρο 4.2 (Τεχνική Αξιολόγηση) και τον όρο 6.4 (Οικονομική Αξιολόγηση) καθιστώντας με αυτό τον τρόπο καθοριστική την οικονομική προσφορά κάθε προσφοροδότη.

Ισχυρίζονται δε οι Αιτητές ότι η Ελεγκτική Υπηρεσία στην έκθεση της προβαίνει σε ερμηνεία των όρων του Διαγωνισμού όταν συγκρίνει τον ιατρικό εξοπλισμό που αγοράστηκε από το Ογκολογικό της Τράπεζας Κύπρου για να καταλήξει ότι πρόκειται για τον ίδιο που ζητεί ο παρόντας Διαγωνισμός. Έτσι, όμως, αντικαθιστά την ΕΑ, ενέργεια ανεπίτρεπτη και παράνομη για τη διαδικασία απ' αυτό το στάδιο και εφεξής.

Πρόσθετα ισχυρίζονται ότι τα τεχνικά χαρακτηριστικά του εξοπλισμού που ζητείται δεν έχουν καμία σχέση με εκείνον που προμηθεύτηκε το Ογκολογικό της Τράπεζας Κύπρου. Αυτό καταδεικνύει και έλλειψη δέουσας έρευνας από πλευράς της Α.Α. η οποία

στηρίχτηκε μόνο στα ευρήματα της Ελεγκτικής Υπηρεσίας, ενός οργάνου εξωγενούς του Διαγωνισμού για να αποφασίσει τη μείωση της εκτιμώμενης αξίας. Ενισχυτικό αυτού του επιχειρήματος είναι και το περιεχόμενο του σημειώματος του Δρ Α. Γεωργίου προς τον Υπουργό Υγείας ημερομηνίας 8.2.2010.

Η Ελεγκτική Υπηρεσία είχε το δικαίωμα να προβεί στις έρευνες της και να υποβάλει τις εισηγήσεις της στην Α.Α. αλλά αυτή όφειλε, όπως εξάλλου της υπέδειξε και η Ελεγκτική Υπηρεσία, να διερευνήσει ποια ήταν η πιο ενδεδειγμένη πορεία από νομικής άποψης. Οι όροι 4.3 και 4.4. δίδουν περιορισμένη δυνατότητα στην Α.Α. όπως προβαίνει σε τροποποιήσεις μικρού εύρους των όρων του Διαγωνισμού εντός προθεσμίας 15 ημερών πριν από την τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Η εν λόγω τροποποίηση αποτελεί κατά τους Αιτητές έκδηλη παρανομία πρωτοφανή για δημόσιο διαγωνισμό. Η μόνη δε δυνατότητα που υπήρχε στην Α.Α. εάν θεωρούσε ότι η προεκτιμώμενη δαπάνη είναι παράνομη θα ήταν να εξετάσει τις προϋποθέσεις του άρθρου 34 της ΚΔΠ 201/2007.

Για όλους τους πιο πάνω λόγους οι Αιτητές υποστηρίζουν ότι η απόφαση της Α.Α. να μειώσει την προϋπολογιζόμενη αξία της προσφοράς είναι άκυρη και παράνομη.

E. ΘΕΣΕΙΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ

Επί της ουσίας η Α.Α. απέρριψε τις θέσεις των Αιτητών προβάλλοντας τα εξής:

Σημασία του καθορισμού της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης από πλευράς κοινοτικού δικαίου είναι να εντοπίζεται αν υπερβαίνει τα κατώτατα όρια που καθορίζονται στην Οδηγία 2004/18/ΕΚ και αν, ως αποτέλεσμα, υπάγεται στο πεδίο εφαρμογής της εν λόγω Οδηγίας και κατ' επέκταση της 89/665/ΕΟΚ. Η εκ των υστέρων αναθεώρηση της εκτίμησης αυτής δεν επέφερε οποιοδήποτε έννομο αποτέλεσμα αναφορικά με το αν η επίδικη σύμβαση εμπίπτει ή όχι στο πεδίο εφαρμογής των πιο πάνω οδηγιών.

Η 'εκτιμώμενη' ή 'προεκτιμώμενη' αξία της σύμβασης δεν αποτελεί κριτήριο ανάθεσης με βάση τους κοινοτικούς ή εθνικούς κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων. Υπεισέρχεται έμμεσα στην οικονομική αξιολόγηση αν τεθεί θέμα είτε υπερβολικά ψηλών τιμών ή ασυνήθιστα χαμηλών. Μόνο τότε η Α.Α. μπορεί να ανατρέξει στην εκτιμώμενη αξία μεταξύ άλλων για να ελέγξει με αντικειμενικό τρόπο τις τιμές των προσφορών, λαμβανομένου υπόψη και άλλων σχετικών παραγόντων.

Η εκτιμώμενη δε αξία της σύμβασης στο βαθμό που λαμβάνεται υπόψη πρέπει να είναι αντικειμενική σύμφωνα με την πρόνοια του Κανονισμού 26(1)(α) της Κ.Δ.Π. 201/2007. Η μελέτη της Γενικού Ελεγκτή κατέδειξε κατά την Α.Α. ότι η εκτιμώμενη αξία κατά την προκήρυξη του διαγωνισμού δεν ήταν αντικειμενική, με τον ισχυρισμό ότι εξοπλισμός όμοιος με αυτόν που περιλήφθηκε στα έγγραφα του διαγωνισμού προσφέρθηκε στην αγορά σε αξία κατά €4.000.000 περίπου πιο χαμηλά.

Η Γενικός Ελεγκτής, ισχυρίστηκαν, δεν αποτελεί όργανο εξωγενές προς τη διαδικασία σύναψης της σύμβασης αλλά ως αναφέρεται και στον ως άνω αναφερόμενο κανονισμό είναι όργανο που νομιμοποιείται να παραλάβει στοιχεία για την εκτίμηση της αξίας της σύμβασης και να ασκήσει έλεγχο σύμφωνα με τις εξουσίες που της παρέχει ο νόμος.

Περαιτέρω επισήμαναν ότι είναι η Α.Α. που έχει την ευθύνη της αντικειμενικής προεκτίμησης της αξίας της σύμβασης και όχι η Ε.Α. Οπότε και ορθά η Γενικός Ελεγκτής αποτάθηκε στην Α.Α., και όχι στην Ε.Α. (που απλά θεωρεί αντικειμενική την εκτίμηση που της δίδει η Α.Α.) γιατί μόνο η ίδια η Α.Α. μπορούσε να αναθεωρήσει την τιμή. Η Α.Α. δεν μπορεί να εμποδίζεται να αναθεωρήσει την αξία από τη στιγμή που διαπίστωσε τη διάσταση μεταξύ της δικής της εκτίμησης και των δεδομένων της αγοράς, διαφορετικά, θα τελούσε σε πλάνη περί τα πράγματα.

Συνεπώς είναι πρόωρο, κατέληξε η Α.Α., να ομιλούν οι Αιτητές για άνιση μεταχείριση μεταξύ των υφιστάμενων διαγωνιζομένων σημειώνοντας ότι οι άλλοι δύο διαγωνιζόμενοι δεν έχουν προσβάλει στο παρόν στάδιο την απόφαση της Α.Α. να μειώσει την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης.

Ούτε παραβιάσθηκε η αρχή της διαφάνειας γιατί η Α.Α. δεν αναθεώρησε σιωπηρά την εκτίμησή της κατά το χρόνο διεξαγωγής της οικονομικής αξιολόγησης. Δόθηκε δημοσιότητα, εξ' ου και οι Αιτητές είναι σε θέση να αμυνθούν εγείροντας θέμα νομιμότητας για την αναθεώρηση της εκτιμώμενης αξίας.

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

Είναι παγίως νομολογημένο και βασική αρχή του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων ότι η προκήρυξη του Διαγωνισμού και οι όροι του, αποτελούν πράξη κανονιστικού περιεχομένου που δεσμεύει, τόσο τη διοίκηση όσο και τους διαγωνιζομένους. Οι όροι δε της προκήρυξης θεωρούνται ουσιαστικά ως διατάξεις νόμων και η παράβαση τους συνιστά κατ' ουσία παράβαση κανόνα δικαίου (Paraetis Medical Co Ltd v. Δημοκρατίας(1998) 3 ΑΑΔ 97, Αιμίλιος Έλληνας & Σία Λτδ v. Υπουργείου Οικονομικών (1990) 3 ΑΑΔ 181).

Σύμφωνα με τον οικείο νόμο η εκτίμηση της αξίας πρέπει να ισχύει κατά την αποστολή της προκήρυξης του διαγωνισμού ή αν δεν απαιτείται προκήρυξη, κατά το χρονικό σημείο έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης.

Το άρθ. 21 του περί Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών Νόμου, Ν.12(Ι)/2006 προνοεί ρητά τα ακόλουθα:

*«(1) Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μίας δημόσιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, εκτός Φ.Π.Α., όπως **προεκτιμάται** από την αναθέτουσα αρχή. [...]*

*(2) Η εκτίμηση της αξίας της σύμβασης **πρέπει να ισχύει κατά την αποστολή της προκήρυξης** του διαγωνισμού, όπως προβλέπεται στο εδάφιο (1) του άρθρου 39 ή, στις περιπτώσεις όπου δεν απαιτείται τέτοια προκήρυξη, τη*

στιγμή που η αναθέτουσα αρχή αρχίζει τη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης.»

Είναι σαφής λοιπόν η πρόνοια του νόμου για αποκρυστάλλωση της εκτιμώμενης δαπάνης στις περιπτώσεις προκήρυξης από εκείνο το αρχικό της διαδικασίας του Διαγωνισμού χρονικό σημείο. Ο λόγος είναι προφανής κατά την κρίση μας, παραπέμποντας όχι μόνο σε όσα μας παρέπεμψε η Α.Α. σχετικά με τον εντοπισμό ως προς το κατά πόσον υπερβαίνει η εκάστοτε προϋπολογιζόμενη δαπάνη τα κατώτατα όρια που καθορίζονται στην Οδηγία 2004/18/EK και αν, ως αποτέλεσμα, υπάγεται στο πεδίο εφαρμογής της εν λόγω Οδηγίας και κατ' επέκταση της 89/665/ΕΟΚ, αλλά κατά κύριο λόγο στην καταγραφή μιας σταθεράς, βάσει της οποίας θα δώσουν την προσφορά τους οι εκάστοτε διαγωνιζόμενοι. Δεν συμφωνούμε με την Α.Α. ότι η σημασία της εκτιμώμενης δαπάνης περιορίζεται στην οικονομική αξιολόγηση και μόνο αν τεθεί θέμα είτε υπερβολικά ψηλών τιμών ή ασυνήθιστα χαμηλών, αλλά θεωρούμε ότι στον παρόντα τύπου διαγωνισμό με το συγκεκριμένο κριτήριο κατακύρωσης επίπτωση έχει και στην ποιότητα και το είδος της προσφοράς του κάθε προσφοροδότη. Με δεδομένη την προϋπολογιζόμενη δαπάνη, οι τελευταίοι, θα προσπαθήσουν να υποβάλουν προσφορές στην ανώτερη δυνατή ποιότητα σε τιμή κοντά στην προϋπολογιζόμενη δαπάνη ώστε να καταστήσουν την προσφορά τους περισσότερο ανταγωνιστική. Η προς τα κάτω τροποποίηση της προϋπολογιζόμενης δαπάνης δεν φέρει απλώς τον κίνδυνο να θεωρηθούν προσφορές που υπεβλήθησαν βάσει της προηγούμενης υπολογιζόμενης δαπάνης ως πολύ υψηλές αλλά αλλάζει τα δεδομένα σε τέτοιο βαθμό που θα ήταν πλέον αμφίβολο να διαγνωστεί κατά πόσο οι προσφοροδότες θα υπέβαλλαν ταυτόσημη με την ήδη υποβληθείσα προσφορά με την αλλαγή αυτού του δεδομένου.

Η επίκληση από την Α.Α. απουσίας έννομου συμφέροντος από τους Αιτητές δεν μας βρίσκει σύμφωνους, αφού η ύπαρξη ζημιάς αρκεί, αν είναι ενδεχόμενη, πράγμα που στοιχειοθετείται στην παρούσα φάση καίτοι δεν έχει ολοκληρωθεί η αξιολόγηση. Ας μη ξεχνάμε δε, ότι μη προσβολή στο παρόν στάδιο, του εν λόγω όρου θα μας έφερνε ίσως στη συνέχεια αντιμέτωπους με το δόγμα της ανεπίτρεπτης επιδοκίμασας και αποδοκίμασας. Περαιτέρω το δικαίωμα κάθε διαγωνιζόμενου να προσφύγει κατά όρου του Διαγωνισμού κατοχυρώνεται πλήρως στο Ν. 101(Ι)/2003.

Εξάλλου οι ίδιοι οι όροι του Διαγωνισμού προβλέπουν το ζήτημα μιας πιθανής τροποποίησης περιορίζοντας το μόνο σε μικρού εύρους διορθώσεις δυνάμενες να πραγματοποιηθούν εντός συγκεκριμένης προθεσμίας. Συγκεκριμένα προνοούνται τα ακόλουθα:

«4.4. Τροποποιήσεις των Εγγράφων Διαγωνισμού

- 1. Η Αναθέτουσα Αρχή δύναται να προβαίνει σε μικρού εύρους προσθήκες, διορθώσεις ή τροποποιήσεις επί των όρων των Εγγράφων Διαγωνισμού, τις οποίες δεσμεύεται να αποστέλλει, με γραπτή επιστολή ή με τηλεμοιότυπο, σε όλους τους Ενδιαφερομένους Οικονομικούς Φορείς εντός της προθεσμίας της παρά. 2.13».*

Στην παρά. 2.13 προνοείται ως προθεσμία για αποστολή απαντήσεων από την Α.Α. και των τροποποιήσεων μέχρι τις 13 Μαρτίου, 2009 και ώρα 2.00 μ.μ. ήτοι δηλαδή την πέμπτη ημέρα πριν την τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών σύμφωνα με το σχετικό κανονισμό, προθεσμία που σαφώς παρήλθε σε σημείο μάλιστα να έχει γίνει πέντε μήνες περίπου μετά την τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών.

Στον όρο 2 δε που αναγράφονται τα βασικά στοιχεία του Διαγωνισμού αναφέρεται μεταξύ άλλων και η προϋπολογιζόμενη δαπάνη, καθιστώντας έτσι άστοχο τον ισχυρισμό ότι η πρόβλεψή της αποτελεί απλώς πληροφόρηση όπως η αναγραφή του Αρμόδιου Λειτουργού κ.λ.π.

Καταλήγοντας φρονούμε ότι η αρχή της διαφάνειας και δη της προστασίας της καλώς νοούμενης εμπιστοσύνης των διοικουμένων προς τη Διοίκηση αποτρέπει την τελευταία όπως ενεργεί ακόμη και με κάποιες δικαιολογίες έξω από τα πλαίσια της νομιμότητας με τρόπο δυνάμενο να προκαλέσει έστω αμφιβολίες ως προς τους σκοπούς της. Αυτό που θα μπορούσε να αξιολογηθεί με βάση τα ως άνω δεδομένα και χωρίς να παρεισφρήσουμε στο ζήτημα του επιτρεπτού ή όχι της παρέμβασης της Γενικού

Ελεγκτή είναι κατά πόσον θα ήταν πρόπον εν προκειμένω να ακυρωθεί ο επίμαχος Διαγωνισμός.

Παραπέμπουμε επίσης στην απόφαση της Α.Α.Π. στην Ιεραρχική Προσφυγή 94/2007 όπου η και μόνο εκ τυπογραφικού λάθους λανθασμένη αναγραφή της εκτιμώμενης δαπάνης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στο ποσό των Λ.Κ. 4.000.000 αντί €4.000.000 αποτέλεσε επαρκή λόγο για ακύρωση του Διαγωνισμού, αφού τούτο θεωρήθηκε ότι *«συνιστά σοβαρό και απρόβλεπτο λόγο κατά την έννοια του Κανονισμού 34(5)(ε) της Κ.Δ.Π. 201/2007 και συνεπώς από μόνος του ο λόγος αυτός είναι επαρκής λόγος ακύρωσης του Διαγωνισμού. Τούτο σημαίνει ότι αν ανοίγοντο οι οικονομικοί φάκελοι δεν θα ήταν δυνατό να απορριφθεί οποιαδήποτε προσφορά £4.000.000 και τούτο θα συνιστούσε κατασπατάληση δημοσίου χρήματος αφενός και αφετέρου προσφορές μέχρι €4.000.000 θα θεωρούντο ως υπερβολικά χαμηλές με κίνδυνο τον αποκλεισμό τους.»*

Τα ως άνω αποτρέπουν τόσο την εκ των υστέρων μεταβολή της προϋπολογιζόμενης δαπάνης όσο θέτουν ως μόνη δυνατή διαδικασία «διόρθωσης» την ακύρωση του διαγωνισμού εάν και εφόσον πληρούνται όλες οι προϋποθέσεις του σχετικού νόμου.

Με βάση τα ως άνω ευρήματα μας ομόφωνα αποφασίζουμε ότι η Ιεραρχική Προσφυγή αρ. 7/2010 επιτυγχάνει η δε προσβαλλομένη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής ακυρώνεται.