



**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. 53/2011**

Μεταξύ:

«STRABAG – NEMESIS» CONSORTIUM

Αιτούντων

v.

ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή  
Προσφορών**

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

**Αιτούντες:**

«STRABAG – NEMESIS» CONSORTIUM

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Νίκο Παπαευσταθίου, Δικηγόρο
2. Βίκη Ξήτα, Εκπρόσωπο αιτούσας Κοινοπραξίας
3. Rainer Allitsch, Legal Affairs Austria

**Αναθέτουσα Αρχή:**

ΤΜΗΜΑ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Ρένα Παπαέτη, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. Ανδρέα Κακούρη, Πρώτο Εκτελεστικό Μηχανικό
3. Ξένια Κλεόπα, Εκτελεστικό Μηχανικό

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 22 Ιουνίου, 2012

## Α Π Ο Φ Α Σ Η

**A.** Με την παρούσα προσφυγή η Κοινοπραξία που αποτελείται από την Εταιρεία STRABAG A.G. και την Εταιρεία ΝΕΜΕΣΙΣ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΛΤΔ (στο εξής «Αιτητές») προσβάλλει την απόφαση του Υπουργείου Συγκοινωνιών και Έργων (στο εξής «Αναθέτουσα Αρχή») να τερματίσει τη μεταξύ τους διαδικασία διαπραγματεύσεων στα πλαίσια του διαγωνισμού υπ' αρ. PS/DBFO/1A για τον «Σχεδιασμό, Κατασκευή, Λειτουργία και Συντήρηση του νέου δρόμου Πάφου-Πόλης Χρυσοχούς σε βάση DBFO (*Design, Construction, Operation and Maintenance of the new Pafos – Polis Motorway on a DBFO basis*)».

### **B. ΓΕΓΟΝΟΤΑ**

1. Η πρόσκληση για εκδήλωση ενδιαφέροντος για το διαγωνισμό στάληκε για δημοσίευση στην Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων στις 20.10.2006 (Αρ. Προκήρυξης 2006/S 203-215869), με τελευταία ημερομηνία υποβολής αιτήσεων για προεπιλογή τη 15.12. 2006. Προεπιλέγηκαν πέντε κοινοπραξίες ανάμεσα στις οποίες και οι Αιτητές. Στις προεπιλεγείσες Κοινοπραξίες δόθηκαν έγγραφα προσφορών την 1.3.2007. Οι τέσσερις από τις προεπιλεγείσες υπέβαλαν προσφορές στις 31.7.2007 σε δύο φακέλους, Τεχνικό και Οικονομικό-Νομικό.

2. Η αξιολόγηση των Τεχνικών Προτάσεων και σε δεύτερο στάδιο των Οικονομικών-Νομικών Προτάσεων έγινε από τους ιδιώτες συμβούλους PricewaterhouseCoopers και τους συνεργάτες τους, σύμφωνα με τα κριτήρια αξιολόγησης που περιλαμβάνονται στα έγγραφα προσφορών. Στη συνέχεια η αξιολόγηση των Συμβούλων εξετάστηκε από την Επιτροπή Αξιολόγησης της Αναθέτουσας Αρχής και σχετική έκθεση στάληκε στο Συμβούλιο Προσφορών, το οποίο κατά τη συνεδρία του στις 21.1.2008 αποφάσισε ομόφωνα να υιοθετήσει την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης για επιλογή του προτιμητέου προσφέροντα, σύμφωνα με την πιο κάτω κατάταξη:

- |                                                                   |                        |
|-------------------------------------------------------------------|------------------------|
| • KINYRAS Consortium                                              | προτιμητέος προσφέρων  |
| • STRABAG – NEMESIS Consortium                                    | 1ος επιλαχών προσφέρων |
| • Elliniki Technodomiki-TEB A.E.-<br>Bilfinger Berger BOT G.m.b.H | 2ος επιλαχών προσφέρων |
| • Pafos Marion Consortium                                         | 3ος επιλαχών προσφέρων |

Οι προσφέροντες ενημερώθηκαν σχετικά με την πιο πάνω κατάταξη στις 24.1.2008. Ακολούθησε η υποβολή προσφυγών επί των οποίων εκδόθηκαν αποφάσεις τόσο από την ΑΑΠ όσο και από το Ανώτατο Δικαστήριο.

3. Το Υπουργικό Συμβούλιο με απόφαση του ημερ. 19.12.2007 διόρισε Διαχειριστική Επιτροπή (ΔΕ) με τους ακόλουθους όρους εντολής:

- (α) Να διεξαγάγει διαπραγματεύσεις με τον προτιμητέο προσφοροδότη ή τους επιλαχόντες προσφοροδότες
- (β) Να εγκρίνει τα τελικά έγγραφα του συμβολαίου,
- (γ) Να εξετάζει και να αποφασίζει για όλα τα θέματα που αφορούν το έργο στο βαθμό που αυτό θα συνάδει με την εν ισχύει νομοθεσία σχετικά με την εκτέλεση δημόσιων συμβάσεων.

4. Η διαδικασία διαπραγμάτευσης με τον Προτιμητέο Προσφέροντα (KINYRAS Consortium) άρχισε στις 9.9.2008 και τερματίστηκε από την Αναθέτουσα Αρχή στις 23.12.2009, αφού έκρινε ότι δεν υπήρχαν περιθώρια για περαιτέρω διαπραγμάτευση. Η ΔΕ αποφάσισε επίσης όπως μετά τον τερματισμό της διαπραγμάτευσης με την κοινοπραξία KINYRAS προχωρήσει στις 15.1.2010 σε έναρξη διαπραγμάτευσης με τον 1<sup>ο</sup> Επιλαχόντα Προσφοροδότη, τους Αιτητές.

5. Ακολούθησε νέος κύκλος προσφυγών στην ΑΑΠ και στο Ανώτατο Δικαστήριο και στις 14.10.2010 επανάρχισε η διαδικασία διαπραγμάτευσης ανάμεσα στην ΔΕ και στους Αιτητές.

6. Με επιστολή ημερομηνίας 1.2.2011 η Αναθέτουσα Αρχή πληροφόρησε τους Αιτητές ότι: «*The Management Committee considering your tender and your confirmation that there will be no change in the tender price has decided that no additional amount can be provided either because of increase in the Consumer Price Index (CPI) or because of Variation of Prices (VOP)*».

7. Στη συνέχεια με επιστολή ημερομηνίας 23.2.2011 η Αναθέτουσα Αρχή πληροφόρησε τους Αιτητές ότι: «*The Management Committee having considered all*

*legal and procurement issues regarding Compensation on Termination on Project Co default, has decided that the relevant clauses 52.8 of the Project Agreement and 2.13 of the ITN will remain as they are in the Tender Documents. Please consider that this decision is irrevocable and non negotiable».*

8. Με επιστολή ημερομηνίας 2.8.2011 η Αναθέτουσα Αρχή επανέλαβε τις πιο πάνω θέσεις της προσθέτοντας τα ακόλουθα:

*«The Management Committee has examined the information and details provided in your letter dated 27.5.2011 regarding the forfeiting structure in the form proposed by your Consortium and has concluded that material amendments are required and/or that it would result in material changes to the Project Agreement and therefore it cannot be accepted. Such material amendments/changes include, but are not limited, to the following:*

- a) *Obligation on the Government to make a direct payment of the debt service element of the Unitary Charge (approximately 65-70% of the full amount) regardless of the performance of the Project and the “Government declares a waiver of objection for this portion of the revenues in relation to the bank”.*
- b) *Limitation on the Government’s ability to make deductions for poor performance from the entirety of the Unitary Charge – this is limited to the Service Charge element which is only approximately 35-30% of the full amount.*
- c) *The proposed financing structure implies Compensation on Termination on ProjectCo default, on the basis of the belief that compensation would be payable on the premise of “unjust enrichment” and that in relation to the lenders to the receivables it equates “at least to the (discounted) value of such receivables on termination”.*
- d) *The incentive for lenders to undertake proper due diligence is undermined, as their debt is not at risk. Lenders during construction phase are likely to have been repaid by the time any latent defect emerges. Lenders to the receivables are guaranteed a direct payment from the Government and are paid whether or not a latent defect emerges.*
- e) *According to the Tender Documents, the responsibility for the monitoring of the Project lies with ProjectCo and the lenders. The proposed financing structure not only results in an increased responsibility for the monitoring of the Project by the Government, but also reduces the incentive for the monitoring and due diligence by the lenders which is a core part of the contractual structure upon which the Government relies.*

*In the light of the above, the Management Committee would ask for your final position as to whether your Consortium can proceed to an agreement based on the provisions of the Tender Documents, including the risk allocation and with the original Amount of your Tender, i.e. Y1AP €32,8 million, on Contract signature.*

*The Management Committee would like to have your response by 31.8.2011, in order to make its final decision for the outcome of the negotiation process».*

9. Η Αναθέτουσα Αρχή σε συνεδρία της στις 12.10.2011 έκρινε ότι είχαν εξαντληθεί όλα τα περιθώρια περαιτέρω διαπραγμάτευσης και ως εκ τούτου αποφάσισε ομόφωνα να προχωρήσει σε τερματισμό της διαδικασίας διαπραγμάτευσης με τους Αιτητές.

10. Στις 18.10.2011 οι Αιτητές καταχώρησαν την παρούσα Προσφυγή προσβάλλοντας την εν λόγω απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής και στις 20.10.2011 η Α.Α.Π. αποφάσισε τη χορήγηση Προσωρινών Μέτρων για αναστολή της διαδικασίας ανάθεσης ή της εκτέλεσης πράξης ή απόφασης της Α.Α. ή της υπογραφής της σύμβασης, μέχρι την έκδοση τελικής απόφασης επί της παρούσας Προσφυγής.

11. Η διαδικασία ενώπιον μας διεξήχθη στις 9.5.2012 και ολοκληρώθηκε στις 10.5.2012. Οι δύο πλευρές κατέθεσαν εκτενείς γραπτές αγορεύσεις και είχαν την ευκαιρία να εκθέσουν και προφορικά με λεπτομέρεια τις θέσεις τους.

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

Οι Αιτητές στα πλαίσια της παρούσας προσφυγής προσβάλλουν την απόφαση τερματισμού των διαπραγματεύσεων, ισχυριζόμενοι ότι οι λόγοι που επικαλείται η Α.Α. είναι αβάσιμοι και δεν νομιμοποιούν την εν λόγω απόφαση της Α.Α.. Πρόσθετα ισχυρίστηκαν ότι η διαδικασία που ακολούθησε η Αναθέτουσα Αρχή για τη λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης πάσχει νομικά. Όπως φαίνεται και από τις

παραγράφους 6, 7 και 8 ανωτέρω, οι τρεις διαφορές που οδήγησαν την Α.Α. στον τερματισμό των διαπραγματεύσεων είναι οι ακόλουθες:

- (α) Αναπροσαρμογή των τιμών με βάση CPI και VOP
- (β) Compensation on Termination (CT)
- (γ) Forfeiting Structure (F.S.)

Θεωρούμε σκόπιμο να εξετάσουμε πρώτα τους ισχυρισμούς των Αιτητών που αφορούν τη διαδικασία που ακολουθήθηκε από την Α.Α.

Οι Αιτητές ισχυρίστηκαν ότι ο διορισμός της Διαχειριστικής Επιτροπής από το Υπουργικό Συμβούλιο με απόφαση του ημερομηνίας 19.12.2007 έγινε κατά παράβαση των Κανονισμών 16 και 19 των περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών (Γενικών Κανονισμών) του 2007. Αυτό γιατί ανάμεσα στα διορισθέντα μέλη ήταν και ο κος Ανδρέας Λαμπριανού, Διευθυντής Ελέγχου – Υπουργείο Συγκοινωνιών και Έργων ως Παρακαθήμενος. Οι Αιτητές επεσήμαναν ότι το εδάφιο (1) του Κανονισμού 16 προβλέπει ρητά για τη συγκρότηση των Διαχειριστικών Επιτροπών τα ακόλουθα :

*«16.-(1) Κάθε Διαχειριστική Επιτροπή απαρτίζεται από-*

- (α) Ένα Πρόεδρο με μισθολογική κλίμακα Α14 ή και ανώτερη,*
- (β) έναν Αναπληρωτή Πρόεδρο με μισθολογική κλίμακα Α14 ή και ανώτερη*
- (γ) δύο μέχρι έξι μέλη με μισθολογική κλίμακα Α10 ή και ανώτερη και*
- (δ) ένα Γραμματέα και έναν Αναπληρωτή Γραμματέα χωρίς δικαίωμα ψήφου».*

Είναι φανερό, ανέφεραν, ότι το Υπουργικό Συμβούλιο δεν είχε εξουσία διορισμού «παρακαθήμενου μέλους» της ΔΕ εφόσον ουδεμία νομοθετική ή κανονιστική διάταξη του παρέχει τέτοια εξουσία και συνεπώς με την επίδικη απόφαση του παραβίασε τη συγκεκριμένη και ρητή Κανονιστική ρύθμιση.

Πρόσθετα οι Αιτητές υποστήριξαν ότι παραβιάζεται και ο Κανονισμός 19 της ΚΔΠ 201/2007 ο οποίος προβλέπει ότι: *«Ο Γενικός Εισαγγελέας της Δημοκρατίας, ο Γενικός Ελεγκτής της Δημοκρατίας και ο Γενικός Λογιστής της Δημοκρατίας, ως προϊστάμενος της Αρμόδιας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων ή ο εκπρόσωπος εκάστου εξ' αυτών, έχουν δικαίωμα να παρακάθονται στις συνεδρίες των Συμβουλίων Προσφορών, των Επιτροπών Αξιολόγησης, και των Διαχειριστικών Επιτροπών ως*

*ανεξάρτητοι παρατηρητές, να εκφράζουν τις απόψεις τους και να ζητούν όπως αυτές καταγράφονται ανάλογα με την περίπτωση, στα δυνάμει των Κανονισμών 7, 11 ή/και 17 τηρούμενα πρακτικά ή στην έκθεση αξιολόγησης που προβλέπεται στον Κανονισμό 33». Σύμφωνα με τους Αιτητές η παρανομία είναι ακόμη πιο έντονη αφού η ΔΕ από μόνη της και χωρίς οποιαδήποτε άλλη ή νεώτερη απόφαση του Υπουργικού Συμβουλίου «αντικατέστησε» τον κο Ανδρέα Λαμπριανού με τον κο Οδυσσέα Μιχαηλίδη, ο οποίος μεταγενέστερα διορίστηκε στη θέση του κου Α. Λαμπριανού. Είναι η θέση των Αιτητών ότι ο κος Ο. Μιχαηλίδης όχι μόνο δεν διορίστηκε αλλά και δεν μπορούσε να διοριστεί ως μέλος και σίγουρα δεν μπορούσε να διοριστεί ως «παρακαθήμενο μέλος». Η παράνομη συμμετοχή του κου Μιχαηλίδη σε όλες τις συνεδρίες της ΔΕ καθιστά, όπως υποστήριξαν άκυρη την όλη διαδικασία και κατά συνέπεια την προσβαλλόμενη απόφαση.*

Οι Αιτητές υποστήριξαν ότι στην παρούσα υπόθεση κατά παράβαση των σχετικών νόμων και κανονισμών, πρόσωπα παντελώς αναρμόδια και μη μέλη της ΔΕ παρίσταντο σε όλες τις συνεδρίες της, τόσο σε αυτές που έλαβε χώρα η διαπραγμάτευση με τους Αιτητές όσο και στις εσωτερικές της ίδιας της ΔΕ κατά τις οποίες λαμβάνονταν σημαντικές και καθοριστικές αποφάσεις. Ειδικότερα ανέφεραν ότι συμμετείχαν, μεταξύ άλλων, τα πιο κάτω πρόσωπα:

- (1) Οδυσσέας Μιχαηλίδης, Ανώτερος Λειτουργός Ελέγχου
- (2) PricewaterhouseCoopers με συμμετοχή των Γ. Προκοπίου, Σ. Πασχάλη και Γιάννη Κλεάνθους.

Παραπέμποντας στο περιεχόμενο των διοικητικών φακέλων, οι Αιτητές υποστήριξαν ότι αφενός δεν υπάρχει οποιαδήποτε γραπτή ειδοποίηση προς τα πιο πάνω πρόσωπα, για ποιο συγκεκριμένο λόγο καλούνταν και για ποιο λόγο κρίθηκε αναγκαία η συμβουλή τους προς την ΔΕ και αφετέρου ενώ ως παρακαθήμενος ο κος Ο. Μιχαηλίδης δεν μπορούσε να εκφράζει απόψεις, από τα πρακτικά των συνεδριών της ΔΕ προκύπτει ότι ήταν το πιο δραστήριο και επηρεάζον μέλος της.

Οι Αιτητές επεσήμαναν μάλιστα ότι η Δικηγόρος της Δημοκρατίας που παρίστατο στη συνεδρία της ΔΕ ημερ. 25.9.2009 υπέδειξε το παράνομο της διαδικασίας όταν γίνεται

στην παρουσία προσώπων που δεν προβλέπονται, παραπέμποντας στο ακόλουθο απόσπασμα:

*«[...] Σε προβληματισμό του Γενικού Διευθυντή του Υπουργείου Συγκοινωνιών κ. Μ. Κωνσταντινίδη αν θα πρέπει να εξασφαλίσουν τη γνώμη και/ή σύμφωνο γνώμη της Αρμόδιας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων η κα Νικολαΐδου ανέφερε ότι:*

*(1) Η Διαχειριστική Επιτροπή ως όργανο που λαμβάνει αποφάσεις/ συλλογικό όργανο δεν μπορεί να ζητά τη γνώμη/σύμφωνο γνώμη οποιουδήποτε άλλου, όταν τούτο δεν προβλέπεται ρητά από το νόμο. Διαφορετικά οι αποφάσεις τους θα πάσχουν λόγω ανεπίτρεπτου επηρεασμού από αναρμόδιο όργανο. Η Αρμόδια Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων δεν έχει εν πάση περιπτώσει τέτοια αρμοδιότητα με βάση το Νόμο [...].»*

Οι Αιτητές υποστήριξαν ότι κατά παράβαση του άρθρου 21(2) του περί Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου 158(Ι)/99, από κάθε συνεδρία της ΔΕ απουσίαζε τουλάχιστον ένα μέλος, γεγονός που όπως ισχυρίζονται πλήττει το κύρος και τη νομιμότητα της ληφθείσας απόφασης. Αναφορά έγινε και στην παραίτηση του κου Α. Μιχαηλίδη από τη θέση του Αναπληρωτή Προέδρου της Διαχειριστικής Επιτροπής, η οποία τελικά αποσύρθηκε με επιστολή ημερομηνίας 28.2.2011, σε σχέση με την οποία οι Αιτητές ισχυρίστηκαν ότι δεν μπορούσε να επανέλθει το εν λόγω πρόσωπο χωρίς τον εκ νέου διορισμό του από το Υπουργικό Συμβούλιο.

Οι Αιτητές ανέφεραν ότι δεν προκύπτει με οποιοδήποτε τρόπο ότι τα απόντα μέλη έλαβαν γνώση της διαδικασίας στη συνεδρία που απουσίαζαν σε οποιαδήποτε από τις επόμενες συνεδρίες ή στην τελική και επιπλέον σημείωσαν ότι μετά την αφυπηρέτηση του Προέδρου της ΔΕ του Μ. Κωνσταντινίδη δεν πληρώθηκε ούτε προωθήθηκε η διαδικασία πλήρωσης της θέσης του.

Αναφορά έγινε επίσης στην απόφαση του Ανωτάτου Δικαστηρίου στην προσφυγή με αρ. 1462/2008 την οποία καταχώρησαν οι Αιτητές εναντίον προηγούμενης απόφασης της ΑΑΠ στα πλαίσια του παρόντος διαγωνισμού. Το Ανώτατο Δικαστήριο αποδεχόμενο την προσφυγή των Αιτητών τόνισε ότι η παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής να προβεί σε κατάλληλη διερεύνηση της σχέσης των Συμβούλων PWC με τους άλλους προσφοροδότες ήταν παράνομη και ακύρωσε την επίδικη διοικητική πράξη. Οι Αιτητές υποστήριξαν ότι η Αναθέτουσα Αρχή είχε



υποχρέωση και καθήκον να διερευνήσει το θέμα της αμεροληψίας και να λάβει απόφαση για τη συνέχιση της συμμετοχής ή μη των Συμβούλων της PWC στην μετέπειτα διαδικασία, ζήτημα με το οποίο δεν ασχολήθηκε.

Παραπέμποντας στον Κανονισμό 22 της ΚΔΠ 201/2007, ο οποίος διαλαμβάνει ρητά τις περιπτώσεις κατά τις οποίες δεν είναι επιτρεπτή η ταυτόχρονη συμμετοχή μέλους Διαχειριστικής Επιτροπής Συμβουλίου Προσφορών, Επιτροπής Αξιολόγησης και Ad-Hoc Τεχνικής Επιτροπής, οι Αιτητές επεσήμαναν ότι ο κος Ανδρέας Κακούρης ενήργησε και ως μέλος της Επιτροπής Αξιολόγησης και ως μέλος της Διαχειριστικής Επιτροπής κατά πρόδηλη παράβαση του εν λόγω Κανονισμού. Είναι η θέση των Αιτητών ότι η συμμετοχή του πιο πάνω μέλους και στα δύο συλλογικά όργανα πλήττει την εγκυρότητα και νομιμότητα της συγκρότησης της Διαχειριστικής Επιτροπής. Η συγκρότηση είναι παράνομη αφού όπως ρητά προβλέπεται στο άρθρο 20 του περί Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου (Ν.158(Ι)/99): *«Για να είναι νόμιμο ένα συλλογικό όργανο πρέπει να είναι συγκροτημένο από όλα τα πρόσωπα που καθορίζει ο Νόμος»*.

Τέλος, οι Αιτητές προέβαλαν τον ισχυρισμό ότι η Αναθέτουσα Αρχή με την παράλειψη της να ζητήσει την ανανέωση της ισχύος της προσφοράς τους ενήργησε κακόπιστα, καθώς και ότι η προσβαλλόμενη πάσχει λόγω έλλειψης αιτιολογίας η οποία δεν συμπληρώνεται από το διοικητικό φάκελο.

Η Αναθέτουσα Αρχή απαντώντας στους πιο πάνω ισχυρισμούς των Αιτητών ανέφερε ότι ο Κανονισμός 20(4) της ΚΔΠ 201/2007 ορίζει ότι *«Τα Συμβούλια Προσφορών, οι Επιτροπές Αξιολόγησης και οι Διαχειριστικές Επιτροπές έχουν εξουσία να καλούν στις συνεδρίες τους οποιουσδήποτε κρίνουν σκόπιμο για παροχή συμβουλών ή επεξηγήσεων σε θέματα της ειδικότητας τους, οι οποίες κρίνονται αναγκαίες για την ορθή λήψη των αποφάσεων τους»*. Πρόσθεσε μάλιστα ότι ο κος Α. Λαμπριανού σε ουδεμία συνεδρία της ΔΕ με τους Αιτητές παρευρέθηκε, αλλά κλήθηκε από τη ΔΕ δυνάμει του Κανονισμού 20(4) για παροχή συμβουλών ή επεξηγήσεων σε θέματα της ειδικότητας του. Σημείωσε επίσης ότι ο κος Λαμπριανού αφυπηρέτησε από την δημόσια υπηρεσία πριν την έναρξη των διαπραγματεύσεων με τους Αιτητές και συνεπώς η ΔΕ ουδέποτε τον αντικατέστησε. Απλώς μετά την

αφυπηρέτηση του κ. Λαμπριανού από την δημόσια υπηρεσία, η ΔΕ προσκαλούσε δυνάμει του Κανονισμού 20(4) της ΚΔΠ 201/2007, τον κ. Οδυσσέα Μιχαηλίδη, υπό την ιδιότητα του ως Αναπληρωτή Διευθυντή Ελέγχου, ο οποίος μεταγενέστερα και κατά την διάρκεια της διαπραγμάτευσης διορίστηκε στη θέση Διευθυντή Ελέγχου.

Η Αναθέτουσα Αρχή επαναλαμβάνοντας ότι ο κ. Οδυσσέας Μιχαηλίδης, παρακάθισε στις συνεδριάσεις της ΔΕ υπό την ιδιότητα του ως ο Αναπληρωτής Διευθυντής Ελέγχου, αρχικά και στην συνέχεια ως Διευθυντής Ελέγχου κατόπιν γραπτής πρόσκλησης η οποία περιλαμβάνεται στο διοικητικό φάκελο, δυνάμει του κανονισμού 20(4) της ΚΔΠ 201/2007, ανέφερε ότι το ίδιο ισχύει και για τους εκπροσώπους των Συμβούλων PricewaterhouseCoopers. Επεσήμανε μάλιστα ότι τόσο οι κ.κ. Οδ. Μιχαηλίδης και οι Σύμβουλοι όσο και όλοι οι άλλοι παριστάμενοι που δεν ήταν μέλη της ΔΕ αποχωρούσαν πριν τη λήψη αποφάσεων από τη Δ.Ε., γεγονός που είναι παραδεκτό και από τους Αιτητές.

Απορρίπτοντας τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι ο κ. Ο. Μιχαηλίδης έπρεπε να παρακάθεται απλώς, χωρίς να μιλά και χωρίς να δικαιούται να εκφράζει τις απόψεις του επί των εγερθέντων θεμάτων, η Αναθέτουσα Αρχή ανέφερε ότι αυτός, τουλάχιστον, στερείται οποιουδήποτε νομίμου υποβάθρου, καθότι στον Κανονισμό 20(4) της ΚΔΠ 201/2007, ρητά διαλαμβάνεται ότι *«οι Διαχειριστικές Επιτροπές έχουν εξουσία να καλούν στις συνεδρίες τους οποιουδήποτε κρίνουν σκόπιμο για παροχή συμβουλών ή επεξηγήσεων σε θέματα της ειδικότητας τους, οι οποίες κρίνονται αναγκαίες για την ορθή λήψη των αποφάσεων τους»*. Επομένως δεν είναι δυνατόν να καλείται οποιοδήποτε άτομο, το οποίο η ΔΕ κρίνει σκόπιμο για παροχή συμβουλών ή επεξηγήσεων σε θέματα της ειδικότητας του, οι οποίες κρίνονται αναγκαίες για την ορθή λήψη των αποφάσεων της, και να μην έχει το δικαίωμα να μιλήσει ή να εκφέρει τις απόψεις του επί των εγερθέντων θεμάτων, ως είναι η εισηγήση των Αιτητών.

Αναφορικά με τη γνωμάτευση της Δικηγόρου της Δημοκρατίας, η Αναθέτουσα Αρχή απάντησε ότι αυτή είχε δοθεί σε ημερομηνία προγενέστερη της έναρξης της διαδικασίας διαπραγμάτευσης και αφορούσε άλλη διαδικασία και άλλα γεγονότα.

Επομένως ουδεμία εφαρμογή έχει στην παρούσα επειδή εδώ δεν τίθεται θέμα λήψης της συμφώνου γνώμης κανενός άλλου πέραν από αυτή των μελών της ΔΕ.

Αναφορικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι η απουσία συγκεκριμένων μελών, τα ονόματα των οποίων καταγράφονται, από κάποιες συνεδρίες, πλήττει τη νομιμότητα της προσβαλλόμενης απόφασης, η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι τα πρακτικά των συνεδριάσεων αποστέλλονταν σε όλα τα μέλη περιλαμβανομένων και των απόντων μελών και συνεπώς τεκμαίρεται ότι τα απόντα μέλη λάμβαναν γνώση των διαμειθέντων στην προηγούμενη συνεδρία και μπορούσαν κάλλιστα να εκφράσουν ενδεχόμενη διαφωνία τους κατά την επόμενη τους παρουσία σε συνεδρία.

Η Αναθέτουσα Αρχή ανέφερε ότι η παραίτηση του κου Αλέκου Μιχαηλίδη ουδέποτε προωθήθηκε προς το Υπουργικό Συμβούλιο, που είναι το όργανο που τον διόρισε και ως εκ τούτου το μόνο όργανο που θα μπορούσε να τον παύσει ή να κάνει αποδεκτή την παραίτηση του. Συναφώς ουδέποτε έγινε αποδεκτή η παραίτηση και επομένως νομικά θεωρείται ότι ουδέποτε παραιτήθηκε. Επομένως, σύμφωνα με την Αναθέτουσα Αρχή δεν τίθεται θέμα χρεΐας της θέσης ή παράνομης σύνθεσης ή και συγκρότησης του διοικητικού οργάνου.

Πέραν των πιο πάνω, αναφορικά με τη σύνθεση της ΔΕ η Αναθέτουσα Αρχή ανέφερε ότι είναι πάγια νομολογημένο ότι ισχυρισμοί για μεροληψία θα πρέπει να αποδεικνύονται με μαρτυρία και η έλλειψη αμεροληψίας πρέπει να προκύπτει σαφώς από τα στοιχεία του φακέλου, ιδίως στις περιπτώσεις όπου ο ισχυρισμός για έλλειψη αμεροληψίας αφορά έχθρα του οργάνου προς τον ενδιαφερόμενο, η οποία και θα πρέπει να αποδεικνύεται. Περαιτέρω υπέδειξε ότι εφόσον για τους Αιτητές τίθεται θέμα μεροληψίας, ως προς την συμμετοχή των Συμβούλων PWC λόγω της απόφασης του Ανωτάτου Δικαστηρίου στην προσφυγή αρ. 1462/08 που εκδόθηκε στις 14.5.2010, και δεδομένου του γεγονότος ότι η διαδικασία διαπραγμάτευσης με τους Αιτητές επανάρχισε στις 14.10.2010, οι Αιτητές θα μπορούσαν κάλλιστα, εάν το επιθυμούσαν, να προβάλουν το θέμα αυτό τότε, αφού το γνώριζαν και εφόσον οι Σύμβουλοι παρευρίσκονταν στις περισσότερες συνεδρίες.

Σχετικά με το πιο πάνω ζήτημα η Αναθέτουσα Αρχή υπέδειξε ότι οι περιπτώσεις ασυμβίβαστου καταγράφονται ξεκάθαρα στον Κανονισμό 22 της ΚΔΠ 201/2007 και η περίπτωση στην οποία αναφέρονται οι Αιτητές δεν περιλαμβάνεται στον Κανονισμό αυτό. Πρόσθεσε μάλιστα ότι στην παρούσα υπόθεση ο κος Α. Κακούρης, δεν μετείχε στο Συμβούλιο Προσφορών, σημειώνοντας ότι η τελική αξιολόγηση των προσφορών έγινε από το Συμβούλιο Προσφορών του Υπουργείου Συγκοινωνιών και Έργων και όχι από τη Διαχειριστική Επιτροπή. Η διαδικασία διαπραγμάτευσης είναι μία εντελώς ανεξάρτητη διαδικασία από τη διαδικασία αξιολόγησης μιας προσφοράς, διευκρίνισε η Αναθέτουσα Αρχή.

Τέλος αναφορικά με το θέμα της κατ' ισχυρισμό των Αιτητών κακοπιστίας εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, η τελευταία ανέφερε ότι η μη ανανέωση της προσφοράς, αφορά γεγονός μεταγενέστερο της προσβαλλόμενης απόφασης και περαιτέρω αποτελεί το αντικείμενο της Προσφυγής αρ. 57/2011, η οποία επίσης βρίσκεται ενώπιον της ΑΑΠ. Επίσης η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι η αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης καταγράφεται ευθέως και ευκρινώς στο πρακτικό λήψης της, είναι επαρκής για σκοπούς δικαστικού ελέγχου και όλα τα στοιχεία τα οποία οδήγησαν στην λήψη της περιλαμβάνονται στον διοικητικό φάκελο.

Μελετώντας τις θέσεις των δύο πλευρών αναφορικά με τα διαδικαστικά θέματα όπως αυτά αναπτύσσονται πιο πάνω καταλήγουμε στα ακόλουθα:

Όσον αφορά στο θέμα της συγκρότησης της ΔΕ είναι η θέση των Αιτητών ότι αυτή πάσχει λόγω του διορισμού του κ. Λαμπριανού ως Παρακαθήμενου μέλους. Αντίθετα, η Αναθέτουσα Αρχή ισχυρίζεται ότι ο κος Λαμπριανού κλήθηκε από τη ΔΕ δυνάμει του Κανονισμού 20(4) για παροχή συμβουλών ή επεξηγήσεων σε θέματα της ειδικότητας του και εν πάση περιπτώσει ο κος Λαμπριανού αφυπηρέτησε από την δημόσια υπηρεσία πριν την έναρξη των διαπραγματεύσεων με τους Αιτητές και συνεπώς η ΔΕ ουδέποτε τον αντικατέστησε. Θα πρέπει να σημειώσουμε ότι μελετώντας τη νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου που σχετίζεται με το ζήτημα των παρακαθήμενων προσώπων, διαπιστώνουμε ότι η παρουσία τους κατά τη λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης επηρεάζει τη νομιμότητα της. Ωστόσο είναι σαφές ότι η απουσία μέλους το οποίο δεν είναι ένα εκ των μελών του συλλογικού οργάνου

αλλά χαρακτηρίζεται ως παρακαθήμενο, δεν καθιστά παράνομη τη συγκρότηση του. Επομένως, αυτός ο λόγος ακύρωσης απορρίπτεται.

Προχωρώντας στο θέμα της σύνθεσης της ΔΕ παρατηρούμε ότι από τα πρακτικά των συνεδριών της επιβεβαιώνεται η θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι πριν από τη λήψη οποιασδήποτε απόφασης αποχωρούσαν τόσο ο κος Ο. Μιχαηλίδης όσο και οι εκπρόσωποι των Συμβούλων PricewaterhouseCoopers. Η εισήγηση των Αιτητών ότι ο κος Ο. Μιχαηλίδης ήταν το αποφασίζον μέλος της ΔΕ δεν βρίσκει έρεισμα στα πρακτικά των συνεδριών και ο ισχυρισμός ότι «*ως παρακαθήμενος ο κος Μιχαηλίδης δεν μπορούσε να εκφράζει απόψεις*» είναι αβάσιμος και έρχεται σε πλήρη αντίθεση με τις διατάξεις του Κανονισμού 20(4) που ρητά ορίζει ότι τα εν λόγω πρόσωπα καλούνται για παροχή συμβουλών ή επεξηγήσεων. Από τα πρακτικά των συνεδριών συνάγεται το συμπέρασμα ότι ο κος Οδυσσέας Μιχαηλίδης εξέφραζε την άποψη του όπως του ζητήθηκε από τη ΔΕ, εφόσον αυτός ακριβώς ήταν και ο λόγος για τον οποίο κλήθηκε ενώπιον της. Η έκφραση άποψης δεν συνιστά από μόνη της λήψη απόφασης ή καθοδήγηση του συλλογικού οργάνου, καθότι γίνεται σαφές ότι πριν από τη λήψη της απόφασης το εν λόγω πρόσωπο αποχωρούσε από τις συνεδρίες. Ως εκ τούτου δεν στοιχειοθετείται ούτε αυτός ο λόγος ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης.

Σε σχέση με τις απουσίες συγκεκριμένων μελών, η θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι εφόσον υπάρχει απαρτία κατά τη συνεδρία συλλογικού οργάνου και τα απόντα μέλη ενημερώνονται για τα διαμειφθέντα στις συνεδρίες που απουσίαζαν, δεν υπάρχει κακή σύνθεση, μας βρίσκει σύμφωνους. Όπως προκύπτει από το διοικητικό φάκελο, τα πρακτικά αποστέλλονταν τόσο στα παρόντα όσο και στα απόντα μέλη και συνεπώς η παρούσα υπόθεση διαφοροποιείται από την Ι.Π. 89/2008 στην οποία αναφέρθηκαν οι Αιτητές. Επομένως κρίνουμε νόμιμη τη σύνθεση της ΔΕ και ο αντίθετος ισχυρισμός των Αιτητών απορρίπτεται.

Όσον αφορά στην παραίτηση του κ. Αλ. Μιχαηλίδη, η Αναθέτουσα Αρχή ισχυρίζεται ότι αυτή ουδέποτε προωθήθηκε στο Υπουργικό Συμβούλιο, το οποίο ήταν το διορίζον όργανο της ΔΕ και ως εκ τούτου το μόνο αρμόδιο για να κάνει αποδεκτή την παραίτηση του. Πράγματι θεωρούμε ότι για να ανακύπτει ζήτημα

χρησίας της θέσης και κατ' επέκταση παράνομης σύνθεσης ή και συγκρότησης του διοικητικού οργάνου θα πρέπει το μέλος που παραιτείται να προβεί σε ενέργειες που ουσιαστικά θα φέρουν σε γνώση του διορίζοντος οργάνου το γεγονός της παραίτησης του. Στην παρούσα περίπτωση διαπιστώνουμε ότι ο κος Αλ. Μιχαηλίδης περιορίστηκε σε προφορικές αναφορές περί παραίτησης στα πλαίσια των συνεδριών της ΔΕ, αλλά δεν προχώρησε να υλοποιήσει την πρόθεση του με επίσημη ενημέρωση προς το Υπουργικό Συμβούλιο το οποίο με τη σειρά του θα έπρεπε να λάβει νέα απόφαση με την οποία θα την αποδεχόταν. Επομένως, θεωρούμε ότι η εν λόγω παραίτηση ουδέποτε πραγματοποιήθηκε και απορρίπτουμε τον ισχυρισμό των Αιτητών.

Όσον αφορά στην εισήγηση των Αιτητών ότι η Αναθέτουσα Αρχή παρέλειψε εκ νέου να διερευνήσει τη σχέση της εταιρείας PWC με άλλους προσφοροδότες, παραπέμπουμε στο ακόλουθο απόσπασμα της απόφασης του Ανωτάτου Δικαστηρίου στην προσφυγή 1462/2008 που επικαλέστηκαν οι Αιτητές:

*«Για όλους τους πιο πάνω λόγους κρίνω ότι η παράλειψη των εμπλεκόμενων στη διαδικασία οργάνων όπως διερευνήσουν το θέμα της ύπαρξης σχέσης μεταξύ των συμβούλων και συμμετεχόντων στην Κοινοπραξία που είχε υποβάλει προσφορά και τελικά επιλέγηκε, ήταν από απόψεως διοικητικού δικαίου εσφαλμένη, όπως επίσης και συνακόλουθα η απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών η οποία επικύρωσε την παράλειψη εκείνη».*

Αυτό που διαπιστώνουμε από το πιο πάνω απόσπασμα είναι ότι στα πλαίσια της πιο πάνω προσφυγής το Ανώτατο Δικαστήριο έκρινε ότι υπήρχαν λόγοι που συνηγορούσαν στη δημιουργία υποχρέωσης της Αναθέτουσας Αρχής να διερευνήσει περαιτέρω τη σχέση της Εταιρείας PWC με τον προσφοροδότη Kinyras Consortium. Κρίνουμε ότι τα δεδομένα πλέον έχουν διαφοροποιηθεί, καθότι οι διαπραγματεύσεις με τον Kinyras είχαν ολοκληρωθεί και εκκίνησε διαδικασία διαπραγμάτευσης με τους Αιτητές, οι οποίοι ουδέποτε ανέφεραν κατά τις συνεδρίες ότι είχαν οποιαδήποτε ένσταση στη συμμετοχή σε αυτές των συμβούλων της PWC. Ενόψει τούτου θεωρούμε ότι δεν μπορούν να προβάλλουν ισχυρισμό για αμεροληψία σε αυτό το στάδιο, τον οποίο απορρίπτουμε ως αβάσιμο.

Αναφορικά με την κατ' ισχυρισμό των Αιτητών παραβίαση του Κανονισμού 22 της ΚΔΠ 201/2007 λόγω συμμετοχής του κου Κακούρη τόσο στην Επιτροπή

Αξιολόγησης όσο και στη Διαχειριστική Επιτροπή, παρατηρούμε ότι πράγματι, όπως εισηγείται η Αναθέτουσα Αρχή ο Κανονισμός 22 δεν απαγορεύει την συμμετοχή ενός προσώπου στα δύο αυτά συλλογικά όργανα. Επομένως, απορρίπτουμε και αυτό τον ισχυρισμό των Αιτητών.

Τέλος, σημειώνουμε ότι ο ισχυρισμός για έλλειψη καλής πίστης εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής λόγω παράλειψης της να ζητήσει την ανανέωση της ισχύος της προσφοράς των Αιτητών αποτελεί αντικείμενο της προσφυγής υπ' αρ. 57/2011 και ως εκ τούτου δεν θα εξεταστεί στα πλαίσια της παρούσας προσφυγής.

Αφού κρίναμε τη διαδικασία ως νόμιμη και κανονική θα προχωρήσουμε στην εξέταση των υπολοίπων θεμάτων που αποτελούν τις ουσιαστικές διαφορές μεταξύ των δύο πλευρών:

#### Αναπροσαρμογή των τιμών με βάση CPI και VOP

Με την κατάρρευση των διαπραγματεύσεων με τον Προτιμητέο Προσφοροδότη (KINYRAS CONSORTIUM) η Διαχειριστική Επιτροπή του Έργου απηύθυνε επιστολή στην Κοινοπραξία των Αιτητών (STRABAG – NEMESIS CONSORTIUM) με προφανή σκοπό την έναρξη διαπραγματεύσεων μεταξύ τους, δεδομένου ότι ήταν ο πρώτος επιτυχών προσφοροδότης. Το περιεχόμενο της εν λόγω επιστολής ημερ. 28.7.2009 παρατίθεται αυτούσιο και έχει ως εξής:

*«As you are aware you were appointed the reserve bidder on this Project by our letter dated 24.1.2008 and you have since that date renewed your bid validity and bid guarantee (the latest renewal of the validity and guarantee was given on 13<sup>th</sup> July 2009 until 27<sup>th</sup> January 2010 for the bid validity and 30 days beyond this date for the tender guarantee). Although we have been negotiating with the Preferred Bidder the Kinyras consortium) since September 2008, we now need clarification from you on your proposals which are the subject of the confirmed bid validity and tender guarantee.*

*Accordingly, we would be grateful if you would confirm to us, by 12 noon Cyprus time on 21<sup>st</sup> August 2009, that your consortium would proceed to financial close on the basis of your ITN Submission of 31<sup>st</sup> July 2007 in particular in terms of the Year 1 Availability Payments of €32.8 million and the Net Present Value of total Availability Payments of €228.070 million, your technical solution and no material amendments to the Project Agreement. However, it is accepted that you may not be able to provide letters of support from the same funders as per your ITN Submission and if there is a change in this regard then we would expect replacement letters of support from your new*

*funders with your confirmation. Please note that if your response is in any way qualified, subject to any condition, or changes your ITN Submission (other than in relation to the funders letter of support) then it will be considered to be a confirmation as requested above. If we do not hear from you by 12 noon Cyprus time on 21<sup>st</sup> August 2009 we will assume that you are not able to give such a confirmation.*

*The Management Committee will take into consideration any confirmation or non confirmation in making its final decisions».*

Στην πιο πάνω επιστολή η Κοινοπραξία των Αιτητών απάντησε με δική της επιστολή ημερ. 3.9.2009 (μετά από παράταση που της δόθηκε για να απαντήσει), της οποίας το περιεχόμενο επίσης παρατίθεται αυτούσιο και έχει ως ακολούθως:

*«We hereby confirm that the STRABAG – NEMESIS CONSORTIUM (the “Consortium”) is willing to proceed to financial close on the basis of its ITN Submission of 31<sup>st</sup> July 2007, the resulting Year 1 Availability Payment of EUR 32.8 million, the Net Present Value of total Availability Payments of EUR 228.070 million, the technical solution and no material amendments to the Project Agreement».*

Μετά τη λήψη της εν λόγω απαντητικής επιστολής ορίσθηκε και πραγματοποιήθηκε την 15.1.2010 η πρώτη συνάντηση της ΔΕ με την Κοινοπραξία των Αιτητών, στην οποία επαναλήφθηκε από τη ΔΕ το ίδιο, ουσιαστικά, ερώτημα που περιέχεται στην επιστολή της ημερ. 28.7.2009 και επειδή η σχετική απάντηση της Κοινοπραξίας κρίθηκε ικανοποιητική και το όλο ζήτημα ξεκαθαρισμένο, ακολούθησε η επιστολή της ΔΕ ημερ. 18.1.2010 με την οποία επιβεβαίωνε στους Αιτητές την απόφασή της να ορίσει την Κοινοπραξία τους ως τον επόμενο Προτιμητέο Προσφοροδότη.

Στη διαπραγμάτευση, όμως, που ακολούθησε διαπιστώθηκε πως παρά το υποβληθέν ερώτημα και τη δοθείσα απάντηση δεν υπήρχε συναντίληψη και κοινά αποδεκτή θέση στο συγκεκριμένο θέμα και η κάθε πλευρά έδινε τη δική της ερμηνεία και υποστήριζε τη δική της εκδοχή.

Συγκεκριμένα οι Αιτητές υποστήριξαν και υποστηρίζουν ότι η καθυστέρηση και η εξ αυτής χρονική μετάθεση της υπογραφής του συμβολαίου κατά τέσσερα χρόνια, παράλληλα με την απουσία οποιασδήποτε σχετικής πρόβλεψης στα έγγραφα ITN, γεννά θέμα συζήτησης, διαπραγμάτευσης και διευκρίνισης των όρων του Συμβολαίου σε σχέση με την εκ των πραγμάτων διαφοροποίηση καταστάσεων και πραγμάτων στην περίοδο των τεσσάρων χρόνων.



Υπέδειξαν ότι οι ίδιοι δεν έχουν καμία ευθύνη για την καθυστέρηση και υπέβαλαν ότι εδικαιούνται σε αναπροσαρμογή τιμών για την περίοδο των τεσσάρων χρόνων στη βάση της οποιασδήποτε αύξησης του Consumer Price Index (CPI) και στη διαφοροποίηση τιμών (VOP - Variation of Prices). Υπογράμμισαν ότι η οποιαδήποτε αύξηση του Consumer Price Index δεν ήταν θέμα απαίτησης ή αιτήματος της Κοινοπραξίας, αλλά μέρος της προσφοράς τους, αφού αποτελούσε μέρος του Financial Model που υπέβαλαν οι Αιτητές και συνόψισαν επί του θέματος με τα εξής:

- (i) με βάση ορθή ερμηνεία των όρων του ITN εδικαιούνται και δικαιούνται σε πληρωμή λόγω αύξησης CPI αφού αυτό αποτελούσε μέρος του Οικονομικού Μοντέλου της προσφοράς τους και
- (ii) με βάση ορθή ερμηνεία των όρων του ITN, με βάση και τον Κυπριακό Νόμο εδικαιούνται και δικαιούνται σε πληρωμή VOP.

Η Αναθέτουσα Αρχή δεν αποδέχεται και απορρίπτει τη θέση αυτή των Αιτητών και υποστηρίζει ότι η ΔΕ, αφού έλαβε υπόψη την καθυστέρηση από το γεγονός ότι η υπό εξέταση διαπραγμάτευση άρχισε τον Ιανουάριο του 2010 φρόντισε να διευκρινίσει την οικονομική πτυχή της προσφοράς από την πρώτη συνεδρία με τους Αιτητές στις 15.1.2010. Θεωρεί ότι το εν λόγω θέμα έτυχε πλήρους διευκρίνισης και οριστικού ξεκαθαρίσματος κατά την εν λόγω συνεδρία και προς τεκμηρίωση του ισχυρισμού της παραθέτει το πιο κάτω σχετικό απόσπασμα από τα πρακτικά της εν λόγω συνεδρίας.

*«The Chairman of the Management Committee, Permanent Secretary of the Ministry of Communications and Works Mr. **M. Constantinides**, welcomed the Strabag-Nemesis Consortium representatives and introduced the Management Committee and the Consultants. He pointed out that Strabag was invited to negotiate in accordance with our letter dated 11.1.2009 and on the basis of their bid submitted at 31.7.2007 and their letter dated 3.9.2009, by which they confirmed that their bid was valid.*

*Mr **Constantinides** also noted that no particular issues will be anticipated with the technical and legal issues. He said that the financial issue is the important one and asked a confirmation of the validity of the NPV and the Y1AP as originally submitted, but the NPV calculated with the date of Contract signature as the base date. He explained that this can be viewed in two ways: the one way is to say that the APs will be kept the same as submitted, but with payments starting about 2,5 years later, and the other way is to say that*

*the NPV will be the same as originally submitted in July 2007, but calculated with the date of Contract signature as the base date.*

Mr **Kremser** said that the answer is **yes.**»

Διατείνεται ότι το οριστικό αυτό ξεκαθάρισμα της οικονομικής πτυχής αποτέλεσε και τη βάση διαπραγμάτευσης και ότι σε περίπτωση που οι Αιτητές δεν συμφωνούσαν με την διευκρίνιση που έθεσε η ΔΕ με την έναρξη της διαπραγμάτευσης δεν θα υπήρχε έδαφος για περαιτέρω διαπραγμάτευση και η διαδικασία θα τερματιζόταν εκεί. Απέρριψε ειδικότερα τη θέση των Αιτητών περί απουσίας οποιασδήποτε πρόβλεψης στα έγγραφα που να αφορά την οικονομική πτυχή και παρέπεμψε στον όρο 5.2.1 των εγγράφων όπου κατά τον ισχυρισμό της υπάρχει σαφής πρόνοια για τα δικαιώματα της Κοινοπραξίας αναφορικά με το χρονικό διάστημα από την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς μέχρι την υπογραφή του Συμβολαίου και περιορίζονται σε δικαίωμα αναπροσαρμογής της τιμής από τη διαφοροποίηση του «Base Interest Rate» μόνο και δεν υπάρχει καμιά πρόνοια για αναπροσαρμογή λόγω αύξησης του CPI και λόγω VOP για την περίοδο αυτή. Όσον αφορά την αναπροσαρμογή των πληρωμών λόγω αύξησης του πληθωρισμού (CPI) από την ημερομηνία έναρξης αυτή καθορίζεται στα έγγραφα και στην προσφορά και αφορά τη χρονική έκταση του Συμβολαίου και όχι τον χρόνο που μεσολαβεί πριν την υπογραφή του Συμβολαίου όπως ζητούν οι Αιτητές. Η δε 1.1.2008 τίθεται από τα έγγραφα του διαγωνισμού ως υποθετική ημερομηνία έναρξης για σκοπούς ετοιμασίας του οικονομικού μοντέλου μόνο, έτσι ώστε να υπάρχει κοινή χρονική βάση για όλους τους προσφοροδότες.

Από τις πιο πάνω βασικές θέσεις των δύο πλευρών γίνεται σαφές πως η γενεσιουργός αιτία της διαφοράς αυτής είναι η μετάθεση του χρονικού ορίζοντα έναρξης και αποπεράτωσης του έργου και η συναρτημένη με αυτή έναρξη καταβολής των πληρωτέων δόσεων.

Κατ' αρχήν να σημειώσουμε ότι η κοινή συναινέσει μετάθεση των ημερομηνιών έναρξης και αποπεράτωσης του έργου στα πλαίσια μιας τέτοιας διαπραγμάτευσης ή/και στα πλαίσια οποιουδήποτε διαγωνισμού, δεν θεωρείται και δεν αποτελεί ανεπίτρεπτη επιλογή, ούτε και σπάνια περίπτωση. Αρκεί να μην προσκρούει σε πρόνοιες των όρων του διαγωνισμού και η συγκεκριμένη μετάθεση να μην

συμπαράσχει σε διαφοροποιήσεις και αλλαγές άλλες σημαντικές και ουσιώδεις παραμέτρους του διαγωνισμού για τις οποίες δεν χωρεί ή δεν επιτρέπεται διαπραγμάτευση.

Στην παρούσα περίπτωση και σύμφωνα με τους Αιτητές η συγκεκριμένη χρονική μετάθεση συναντά πρόβλημα διαφοροποίησης δεδομένων στα οποία βασίστηκε η προσφορά τους και συγκεκριμένα την αύξηση του Consumer Price Index (CPI) και την διαφοροποίηση τιμών (VOP – Variation of Prices) και ως εκ τούτου επιβάλλεται η συζήτηση, διαπραγμάτευση και διευκρίνιση με σκοπό την αναπροσαρμογή τιμών για την περίοδο που μεσολαβεί από 1.1.2008, ημερομηνία την οποία προφανώς θεωρούν ως πραγματική και οριστική για την υπογραφή του Συμβολαίου και την έναρξη των πληρωμών, μέχρι την ημερομηνία που πράγματι θα υπογραφεί το Συμβόλαιο.

Δεν υπάρχει αμφιβολία πως η παρέλευση του χρόνου επιφέρει κατά κανόνα αλλαγές και διαφοροποιήσεις και δεν αποκλείουμε καθόλου και στην παρούσα περίπτωση να έχει επιφέρει αλλαγές και διαφοροποιήσεις στα δεδομένα στα οποία είχε βασισθεί η προσφορά των Αιτητών. Δεν αποκλείουμε, επίσης, μεγαλύτερες ακόμη διαφοροποιήσεις να έχει επιφέρει σε θέματα, που αφορούν και ενδιαφέρουν την Αναθέτουσα Αρχή. Πρόκειται για μια χρονική περίοδο κατά την οποία σημειώθηκαν σεισμικές οικονομικές δονήσεις και ανατροπές παγκόσμιας έκτασης με την Κύπρο πολύ κοντά στο επίκεντρο τους. Παρά ταύτα θεωρούμε ότι το ζήτημα δεν κρίνεται στη βάση της διαπίστωσης ότι πράγματι κατά το συγκεκριμένο χρονικό διάστημα σημειώθηκαν αλλαγές και διαφοροποιήσεις που επηρέασαν τα δεδομένα στα οποία στηρίχθηκε το μέρος αυτό της προσφοράς των Αιτητών. Η βάση κρίσης είναι οι ίδιοι οι όροι του διαγωνισμού και η ορθή ερμηνεία τους. Το ζήτημα δηλαδή που τίθεται ενώπιον μας για απόφαση είναι αν οι όροι του διαγωνισμού κάλυπταν και/ή προέβλεπαν την αναπροσαρμογή της προσφερθείσας τιμής και κατ' αντιστοιχία των πληρωτέων δόσεων με βάση τις συνθήκες και περιστάσεις που επικαλούνται οι Αιτητές και περιγράφονται ανωτέρω.

Θεωρούμε ότι με ανάλογο σκεπτικό θα πρέπει να κριθεί και η θέση της Αναθέτουσας Αρχής περί ξεκαθαρίσματος της οικονομικής πτυχής της προσφοράς μέσα από

διευκρινιστική ερώτηση κατά την πρώτη – πρώτη συνεδρία της κοινοπραξίας των Αιτητών με την Δ.Ε., την 15.1.2010. Κατά συνέπεια και παρά το γεγονός ότι ύστερα από μελέτη και αξιολόγηση του περιεχομένου των επιστολών που ανταλλάγησαν μεταξύ των μερών (παρατίθενται πιο πάνω), καθώς και του περιεχομένου του αποσπάσματος των πρακτικών της συνεδρίας ημερ. 15.1.2010 (παρατίθεται επίσης πιο πάνω) φαίνεται η πλάστιγγα να γέρνει αποφασιστικά προς την πλευρά και τη θέση της Αναθέτουσας Αρχής, εντούτοις θεωρούμε ότι η οποιαδήποτε διευκρίνιση εδόθη ή ακόμη και η οποιαδήποτε «διευθέτηση» επετεύχθη μεταξύ των δύο πλευρών στο στάδιο διαπραγμάτευσης δεν μπορεί να είναι δεσμευτικής και αποφασιστικής σημασίας αφού δεν φαίνεται να καλύπτεται από τους όρους του διαγωνισμού. Η Α.Α. και ο προσφοροδότης δεν έχουν το ελεύθερο να προβαίνουν σε διευθετήσεις μεταξύ τους πέραν και εκτός των όρων του διαγωνισμού. Στην παρούσα περίπτωση δεν μας έχει υποδειχθεί ο όρος ούτε μας έχει εξηγηθεί η νομική βάση πάνω την οποία να μπορούμε να δικαιολογήσουμε την δεσμευτικότητα του «ξεκαθαρίσματος» που επικαλείται η Α.Α. Τονίζουμε ότι δεν πρόκειται για διευκρίνιση με την έννοια του Κανονισμού 25 της Κ.Δ.Π. 201/2007 επί των όρων του διαγωνισμού, που λαμβάνει χώρα πριν από την υποβολή των προσφορών, αποτελεί αναπόσπαστο μέρος των όρων του, απευθύνεται προς όλους ταυτόχρονα τους προσφοροδότες και δεσμεύει τόσο την Αναθέτουσα Αρχή όσο και τους προσφοροδότες. Πρόκειται σαφώς για διαφορετικά πράγματα και θεωρούμε ότι στο μόνο που μπορεί να βοηθά η σχετική συζήτηση είναι να κατανοήσουμε καλύτερα τη θέση της κάθε πλευράς επί των όρων του διαγωνισμού αναφορικά με το επίμαχο ζήτημα. Εκείνη δηλαδή της Αναθέτουσας Αρχής η οποία θεωρεί ανεπίτρεπτη από τους όρους την αναπροσαρμογή του ποσού πληρωμής ή/και των πληρωτέων δόσεων και εκείνη των Αιτητών που θεωρεί όχι μόνο επιτρεπτή από τους όρους την αναπροσαρμογή, αλλά και η επιβαλλόμενη υπό τις περιστάσεις.

Επαναλαμβάνουμε λοιπόν ότι η διαφορά θα πρέπει να κριθεί με βάση τους όρους του διαγωνισμού και της σωστής τους ερμηνείας και απόλυτα σχετικό θεωρούμε τον όρο 5.1 του ITN κάτω από τον τίτλο Bid Assumptions (Υποθέσεις προσφοράς) στον οποίο προνοούνται τα ακόλουθα:

*«5.1 Bidders are required to construct their financial models using the following assumptions:*

*i) Financial close occurs on 1 January 2008;*

- ii) *Model start date of 1 January 2008;*
- iii) *The Contract is of a fixed length of 30 years ending 31 December 2037. The 30-year period of the Contract includes the design and construction of the Motorway with an expected construction period of 54 months;*
- iv) *ProjectCo's accounting /financial year is the year from 1 January to 31 December; and*
- v) *All input cost data to be specified at the start date of the model».*

Από τον πιο πάνω όρο προκύπτει ως λογικό συμπέρασμα ότι όλοι οι προσφοροδότες, μεταξύ των οποίων και η Κοινοπραξία των Αιτητών, προκειμένου να ανταποκριθούν στις απαιτήσεις του, ετοίμασαν και υπέβαλαν το οικονομικό τους μοντέλο με βάση τις υποθέσεις που καταγράφονται σε αυτόν. Η πρώτη στη σειρά από τις υποθέσεις αυτές αναφέρεται στην 1.1.2008 ως την ημερομηνία έναρξης του συμβολαίου.

Είναι φανερό και τούτο επιβεβαιώνεται και από άλλους όρους του διαγωνισμού (Annex A – Pro Forma 1: 1 January, 2008 – For financial modeling purposes only) πως η εν λόγω ημερομηνία τίθεται από τον όρο ως υποθετική μόνο ημερομηνία υπογραφής του συμβολαίου με ουσιαστικό σκοπό να τεθεί και να υπάρχει κοινή και σταθερή βάση για όλους τους προσφοροδότες στην ετοιμασία του οικονομικού τους μοντέλου. Η κοινή και σταθερή βάση που δημιουργείται από την εν λόγω ημερομηνία μαζί και με όλες τις άλλες υποθέσεις που καταγράφονται στον όρο 5 του ITN είναι ουσιώδους και ύψιστης σημασίας για το διαγωνισμό, αφού, αποτελούν τη βάση πάνω στην οποία ετοιμάζονται και υποβάλλονται οι προσφορές, οι οποίες στη συνέχεια αξιολογούνται, συγκρίνονται μεταξύ τους και παίρνουν τη σειρά κατάταξής τους.

Η απαίτηση των Αιτητών για αναπροσαρμογή και παραχώρηση αύξησης στο ποσό της προσφοράς τους, για την περίοδο των τεσσάρων χρόνων, στη βάση της οποιασδήποτε διαφοροποίησης του Consumer Price Index (CPI) και ιδιαίτερα του κατασκευαστικού κόστους (VOP) ισοδυναμεί στην ουσία με απαίτηση ανατροπής και παραμερισμού της κοινής βάσης στην οποία οι προσφορές ετοιμάστηκαν, αξιολογήθηκαν και συγκρίθηκαν μεταξύ τους για σκοπούς κατάταξης σε σειρά προτίμησης και τυχόν αποδοχή της θα οδηγούσε σε διαδικασίες διαπραγμάτευσης πέραν και εκτός των όρων του διαγωνισμού όπου η αξιολόγηση και η σύγκριση θα

γινόταν όχι μεταξύ των διαφόρων προσφορών, αλλά μεταξύ της αρχικής προσφοράς και της νέας πρότασης του ίδιου προσφοροδότη. Με δεδομένο μάλιστα τον τύπο του διαγωνισμού ο οποίος δεν επιτρέπει την παράλληλη διαπραγμάτευση, αλλά επιβάλλει τη χωριστή και διαδοχική με ένα έκαστο των προσφοροδοτών κατά σειρά προτίμησης και με γνωστές και προβλεπτές τις καθυστερήσεις που κατά κανόνα προκαλούνται από τις διαδικασίες προσφυγών για κάθε μια από τις σχετικές αποφάσεις της Αναθέτουσας Αρχής, εύκολα μπορεί να αντιληφθεί κανείς πού μπορούν να οδηγηθούν τα πράγματα με την αποδοχή μιας τέτοιας ή ανάλογης προσέγγισης όταν τυχόν η Αναθέτουσα Αρχή βρεθεί σε διαπραγμάτευση με τον τρίτο ή και τον τέταρτο στη σειρά προσφοροδότη.

Θεωρούμε λοιπόν ότι η επιμονή των Αιτητών στην αντίληψη ότι η 1.1.2008 θα πρέπει να αξιολογείται και να θεωρείται ως πραγματική ημερομηνία έναρξης, παρά τον ρητό και κατηγορηματικό καθορισμό της από τον ίδιο τον όρο ως υποθετικής είναι λανθασμένη και δεν επαληθεύεται από τους όρους και την ορθή ερμηνεία τους.

Θεωρούμε περαιτέρω ότι οποιαδήποτε προσαρμογή με παραχώρηση αύξησης που να αφορά είτε στο CPI, είτε στο κατασκευαστικό κόστος, για την περίοδο της χρονικής μετάθεσης, θα μπορούσε να γίνει μόνο υπό την ύπαρξη και την κάλυψη συγκεκριμένου όρου των εγγράφων του διαγωνισμού με πρόνοιες τέτοιες που θα διατηρούσαν ή/και θα εξασφάλιζαν την κοινή βάση για όλες τις προσφορές και θα ήταν γνωστές εκ των προτέρων σε όλους τους προσφοροδότες. Όπως ακριβώς συμβαίνει με τους όρους 4.3.26 και 5.2.1 όπου με τον μεν πρώτο ρητά προβλέπεται η αναπροσαρμογή των ετήσιων πληρωμών με παραχώρηση μέρους της αύξησης του CPI και με τον δεύτερο ρητά η Αναθέτουσα Αρχή αναλαμβάνει τον κίνδυνο αύξησης του base interest rate από την υποβολή των προσφορών μέχρι την υπογραφή του συμβολαίου. Κι' εδώ ασφαλώς ο κίνδυνος που αναλαμβάνεται δεν είναι μέχρι την υποθετική ημερομηνία 1.1.2008, αλλά σίγουρα μέχρι την πραγματική ημερομηνία υπογραφής του συμβολαίου.

Αναφορικά με το ζήτημα άνισης μεταχείρισης που εγείρουν οι Αιτητές και αναφέρεται στην προθυμία της Α.Α. να παραχωρήσει το CPI στην KINYRAS ενώ με αυτούς δεν αποδέχθηκε καθόλου σχετική διαπραγμάτευση θεωρούμε ότι θα ετίθετο ίσως ένα

τέτοιο θέμα αν δεν είχαμε κρίνει ως ανεπίτρεπτη από τους όρους την παραχώρηση του CPI για το χρόνο μετάθεσης της υποθετικής υπογραφής του Συμβολαίου. Από τη στιγμή όμως που κρίθηκε ως ανεπίτρεπτη μια τέτοια επιλογή η αποδοχή της σχετικής θέσης των Αιτητών θα ισοδυναμούσε με αναγνώριση ισότητας στην παρανομία.

#### Compensation on Termination (CT)

Αυτή η διαφορά των μερών αφορά στο περιεχόμενο του όρου 52.8 της Σύμβασης (μέρος του ITN) το οποίο κατά τους Αιτητές χρήζει διευκρινίσεων, ενώ κατά την Αναθέτουσα Αρχή ο όρος συζητήθηκε κατά κόρον στο στάδιο υποβολής των προσφορών και δόθηκαν όλες οι απαραίτητες διευκρινίσεις και ότι εκείνο το οποίο στην ουσία ζητούσαν οι Αιτητές κατά το στάδιο της διαπραγμάτευσης ήταν η τροποποίηση του όρου, πράγμα το οποίο θεωρούν νομικά ανεπίτρεπτο.

Το δικαίωμα τερματισμού μιας συμφωνίας αποτελεί δραστικό μέτρο στα χέρια του δικαιούμενου και προβλέπεται συνήθως για μάλλον σοβαρής μορφής παραβιάσεις της συμφωνίας και συνοδεύεται κατά κανόνα και συμπληρώνεται με δικαίωμα αποζημίωσης του αθώου μέρους από τον παραβάτη της συμφωνίας. Πρόκειται στις πλείστες περιπτώσεις για νόμιμες και εύλογες αποζημιώσεις ή ακόμη και για συμφωνημένες αποζημιώσεις αν αυτές δεν συνιστούν κατ' ουσίαν ποινική ρήτρα ή τιμωρητικές αποζημιώσεις. Να λεχθεί ακόμη ότι για συμφωνημένες αποζημιώσεις το ύψος τους μπορεί να φθάσει μέχρι και το συμφωνημένο ποσό αν και εφόσον αποδεικνύονται αλλά δεν μπορεί να το ξεπεράσει έστω και αν αποδεικνύονται.

Στην παρούσα περίπτωση ο επίμαχος όρος 52.8 προνοεί τα ακόλουθα:

*«52.8 If the Agreement is terminated under this Clause 52 for the avoidance of doubt, the Government shall not be liable for compensation to ProjectCo».*

Το πρώτο σχόλιο στον πιο πάνω όρο είναι ότι αυτός δεν αναφέρεται σε αποζημιώσεις που δικαιούται το αθώο μέρος εναντίον του παραβάτη για τυχόν ζημιές του, που μπορεί να προκύψουν από τον τερματισμό της συμφωνίας με υπαιτιότητα του παραβάτη, αλλά, κατά ανάποδο τρόπο, αναφέρεται σε αποζημιώσεις που δεν υποχρεούται να καταβάλει το αθώο μέρος στον υπαίτιο για τυχόν ζημιές που τυχόν θα υποστεί το τελευταίο από τον τερματισμό της συμφωνίας ένεκα της δικής του παράβασης. Υπό αυτή την έννοια μπορεί να λεχθεί ότι ο όρος

τίθεται εκ του περισσού και μόνο για την αποφυγή οποιασδήποτε παρεξήγησης («for the avoidance of doubt»), όπως αναφέρεται και στον ίδιο τον όρο, αφού σε καμιά περίπτωση ο παραβάτης δεν νομιμοποιείται σε αξίωση για αποζημιώσεις σε βάρος του αναίτιου μέρους από ζημιά την οποία υφίσταται από τον τερματισμό της συμφωνίας ένεκα της δικής του παράβασης.

Το δεύτερο το οποίο θα πρέπει να λεχθεί είναι ότι στη νομική του έννοια ο όρος «αποζημίωση», αναφερόμενος σε τερματισμό συμβάσεων, θεωρείται πλήρως ξεκαθαρισμένος από τη νομική επιστήμη και τη νομολογία και μάλλον μονοσήμαντος. Σημαίνει, με λίγα λόγια αυτό που και οι ίδιοι οι Αιτητές αναλύουν στη σελίδα 24 του Περιγράμματος της Αγόρευσης τους, παράγραφος 8.4, την χρηματική κάλυψη της ζημιάς του αθώου μέρους από τον παραβάτη έτσι ώστε το αθώο μέρος να αποκαθίσταται στη θέση που θα βρισκόταν αν η σύμβαση είχε εκτελεσθεί και δεν είχε τερματισθεί ένεκα αθέτησης της από τον παραβάτη.

Μεγαλύτερης, ίσως, σημασίας για το υπό εξέταση θέμα είναι ο βασικός όρος «ζημιά» στην έννοια του οποίου υπάγονται οι διάφορες λεπτομέρειες της, το άθροισμα των οποίων δίδει το σύνολο της ζημιάς που προέκυψε. Το σύνολο της ζημιάς, αφού αποτιμηθεί σε χρήμα αξιώνεται η καταβολή του ως αποζημίωση για την αποκατάσταση του αθώου μέρους στη θέση που θα ευρίσκετο αν εκτελείτο η σύμβαση. Όλες οι λεπτομέρειες της ζημιάς θα πρέπει να έχουν ως κοινή γενεσιουργό αιτία τη διάρρηξη της συγκεκριμένης συμφωνίας, να τελούν σε στενή σχέση με αυτήν και ακόμη να συνιστούν πραγματική απώλεια αποτιμητή σε χρήμα. Η έκταση της ζημιάς προσδιορίζεται και το συνολικό της ύψος υπολογίζεται με βάση τα ιδιαίτερα πραγματικά περιστατικά κάθε υπόθεσης που υπάρχουν και ισχύουν κατά το χρόνο διάρρηξης της συμφωνίας. Τα περιστατικά αυτά, ως μελλοντικά, δεν είναι γνωστά ούτε μπορούν να προβλεφθούν ή να προσδιοριστούν με ακρίβεια κατά τον χρόνο υπογραφής της σύμβασης. Πρόκειται δηλαδή για την περίπτωση των νόμιμων και εύλογων αποζημιώσεων οι οποίες αφήνονται να προσδιορισθούν και να εκτιμηθούν κατά το χρόνο της διάρρηξης όταν πια τα ισχύοντα περιστατικά θα είναι δεδομένα και γνωστά.



Και η έννοια, λοιπόν, του όρου «ζημιά» είναι επίσης ξεκαθαρισμένη και η νόμιμη αξίωση για αποκατάσταση της δεν μπορεί να συγχέεται με άλλης φύσεως αξιώσεις όπως είναι π.χ. η αξίωση για καταβολή του ανταλλάγματος εκτελεσθείσας εργασίας ή η αξίωση για αποκατάσταση ένεκα αδικαιολόγητου πλουτισμού της μιας πλευράς σε βάρος της άλλης. Κατά συνέπεια ο διαφαινόμενος φόβος των Αιτητών ότι είναι πιθανό τέτοιες ή παρόμοιες αξιώσεις τους να αξιολογηθούν ως ζημιά και να απωλεσθούν με βάση τον επίμαχο όρο είναι πέραν από υπερβολικός και κρίνεται ως εντελώς αβάσιμος και δεν δικαιολογεί καθόλου την επίμονη αξίωση τους για παροχή διευκρινίσεων.

Με βάση όλα τα πιο πάνω κρίνουμε ότι ο επίμαχος όρος είναι απλός και σαφής στη διατύπωσή του, δεν επιτρέπει οποιεσδήποτε βάσιμες αμφιβολίες και δεν χρήζει διευκρινίσεων. Εξάλλου το κατάλληλο στάδιο για διευκρινίσεις τοποθετείται από τη νομοθεσία πριν από την υποβολή των προσφορών. Αν οι Αιτητές κατά το κατάλληλο εκείνο στάδιο δεν έμεναν ικανοποιημένοι από τις δοθείσες ή και τις μη δοθείσες διασαφηνίσεις ή ακόμη και από το βαθμό αυστηρότητας του όρου θα έπρεπε να αποταθούν με προσφυγή τους ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών. Κρίνουμε ακόμη τον εν λόγω όρο ως απόλυτα σύμφωνο με την ισχύουσα Κυπριακή Νομοθεσία.

Κατά συνέπεια κρίνουμε ως αδικαιολόγητη την επιμονή των Αιτητών επί του εν λόγω σημείου και πλήρως δικαιολογημένη την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής να τερματίσει τη διαπραγμάτευση και με βάση τον λόγο αυτό.

#### Forfeiting Structure (F.S.)

Ανυπέρβλητη επίσης διαφορά μεταξύ των δύο πλευρών δημιούργησε και η πρόταση των Αιτητών για Forfeiting Structure (στο εξής F.S.), πρόταση, κατά τους Αιτητές, που υπεβλήθη με την προσφορά τους και με βάση την οποία η Κυβέρνηση, μετά τη συμπλήρωση και παράδοση του έργου, θα αναλάμβανε την πληρωμή των ετήσιων δόσεων (availability payments) απευθείας προς τα τραπεζικά ιδρύματα έναντι των δανείων τους. Οι Αιτητές ισχυρίζονται ακόμη ότι η εν λόγω πρότασή τους αξιολογήθηκε ως εντός προδιαγραφών τόσο από τους Συμβούλους όσο και από την Επιτροπή Αξιολόγησης και παρέμεινε προς συζήτηση και διασαφήνιση από την ΔΕ η

οποία όμως χωρίς οποιαδήποτε μελέτη, εκτίμηση και αξιολόγηση την θεώρησε ως εκτός των όρων των εγγράφων του διαγωνισμού. Δεν έγινε καμιά διαπραγμάτευση και καμιά πρόταση ή αντιπρόταση από την ΔΕ. Σημειώνουν επίσης οι Αιτητές ότι:

- Καμιά μεταφορά κινδύνου (risk transfer) όπως οι ίδιοι οι Σύμβουλοι επιβεβαιώνουν στην έκθεσή τους
- Αφαιρέθηκε από τους Αιτητές ένας βαθμός κατά την αξιολόγηση «due to the deliverability risk».

Η Αναθέτουσα Αρχή από πλευράς της δεν δέχεται τη θέση των Αιτητών ότι η πρότασή τους για F.S. αξιολογήθηκε και έγινε αποδεκτή και επικαλείται την επιστολή της ημερ. 19.7.2007 προς την Κοινοπραξία των Αιτητών από το περιεχόμενο της οποίας προκύπτει ότι η πρόταση είχε γίνει αποδεκτή με τον σαφή όρο ότι αυτή δεν θα περιελάμβανε οποιαδήποτε ουσιαστική αλλαγή στην κατανομή κινδύνων σε σχέση με τα έγγραφα της προσφοράς.

Υποστηρίζει παράλληλα ότι η εν λόγω πρόταση όπως διατυπωνόταν στις προτάσεις της Κοινοπραξίας κατά την υποβολή της προσφοράς της δεν παρείχε όλα και τα ορθά στοιχεία που θα επέτρεπαν είτε στους Συμβούλους, είτε στην Επιτροπή Αξιολόγησης να προβούν σε ορθή και ολοκληρωμένη αξιολόγηση και κάθε άλλο παρά ταυτίζεται με την πρόταση που υποβλήθηκε κατά το στάδιο της διαπραγμάτευσης. Η ολοκληρωμένη πρόταση της Κοινοπραξίας αναφορικά με το F.S. κατατέθηκε κατά το στάδιο της διαπραγμάτευσης οπότε και αξιολογήθηκε ολοκληρωμένη και κρίθηκε ότι απαιτούντο ουσιώδεις αλλαγές και γινόταν αναγκαία η σύναψη απευθείας συμφωνίας μεταξύ του κράτους και του τραπεζικού ιδρύματος με αποτέλεσμα την ανάληψη του χρέους από την Κυβέρνηση, πράγμα το οποίο κρίθηκε ότι αποτελούσε ουσιώδη απόκλιση από τους όρους του διαγωνισμού και την σαφή πλέον μετατόπιση ευθύνης προς την Κυβέρνηση.

Οι βασικές ουσιώδεις αλλαγές που επισημάνθηκαν στην πρόταση της Κοινοπραξίας των Αιτητών και στην ουσία συνιστούσαν την αξιολόγηση της Αναθέτουσας Αρχής επί αυτής, κοινοποιήθηκαν και υποδείχθηκαν στους Αιτητές στην επιστολή της ΔΕ ημερομηνίας 2.8.2011 (το περιεχόμενο της οποίας παρατίθεται πιο πάνω). Θεωρούμε σκόπιμο να μεταφέρουμε εδώ τις εν λόγω αλλαγές όπως παρατίθενται σε

ελληνική γλώσσα στο Περίγραμμα Αγόρευσης της Αναθέτουσας Αρχής που κατατέθηκε ενώπιόν μας:

- Υποχρέωση της Κυβέρνησης για ανάληψη του δανείου και απευθείας πληρωμή στις τράπεζες ανεξάρτητα από την κατάσταση του Έργου δηλ. με αφαίρεση/περιορισμό σημαντικού μέρους του δικαιώματος της για αποκοπές ανάλογα με την κατάσταση του έργου. (Το δικαίωμα αποκοπής μέχρι και 100% της δόσης αποπληρωμής ανάλογα με τη διαθεσιμότητα και τη κατάσταση του δρόμου περιορίζεται στο 25% περίπου.)
- Τούτο σημαίνει παράλληλα και αλλαγή της πρόνοιας των συμβολαίων αναφορικά με το Compensation on Termination on Project Co Default, με παραχώρηση του, από τη στιγμή που θα υπάρξει συμβατική υποχρέωση της Κυβέρνησης προς τους δανειστές/τράπεζες.
- Αφαιρείται/υποβαθμίζεται το ενδιαφέρον των δανειστών για συστηματικό ποιοτικό έλεγχο του έργου και εντοπισμό αποφυγής οποιωνδήποτε μη εμφανών κακοτεχνιών, οι οποίες θα εκδηλωθούν μετά την αποπεράτωση του έργου καθότι με την ολοκλήρωση του έργου τα δάνεια τους παύουν να βρίσκονται σε κίνδυνο. Ο κίνδυνος αυτός μεταφέρεται στην Κυβέρνηση.
- Σύμφωνα με τα έγγραφα προσφορών ή ευθύνη για τον ποιοτικό έλεγχο και την όλη διαχείριση του έργου κατά τη μελέτη, κατασκευή και λειτουργία του έργου για συνολικά 30 χρόνια βρίσκεται στην κοινοπραξία και τους δανειστές. Η προτεινόμενη χρηματοδοτική δομή μειώνει σημαντικά τα κίνητρα για τον ποιοτικό έλεγχο για τους δανειστές, που είναι ένα πολύ βασικό στοιχείο του συμβολαίου και το οποίο αλλάζει άρδην την όλη φιλοσοφία της προκήρυξης.

Στη δική τους επιστολή ημερ. 16.9.2011, που ακολούθησε οι Αιτητές απέφυγαν, σύμφωνα με την Αναθέτουσα Αρχή, να δώσουν απαντήσεις στις συγκεκριμένες αυτές θέσεις της και επανέλαβαν τις δικές τους θέσεις και απαιτήσεις και εξέφρασαν την προθυμία τους να προχωρήσουν σε συμφωνία στη βάση του F.S. στη μορφή που το είχαν προτείνει.

Ύστερα από επισταμένη μελέτη όλων των θέσεων και επιχειρημάτων εκάστης πλευράς επί της παρούσας διαφοράς τους καταλήγουμε στα ακόλουθα συμπεράσματα:

- Η πρόταση για το F.S. που κατέθεσε η Κοινοπραξία των Αιτητών με τα έγγραφα της προσφοράς της παρά το γεγονός ότι αφορά το ίδιο θέμα δεν είναι η ίδια και δεν ταυτίζεται με την πρόταση που κατέθεσε κατά το στάδιο της διαπραγμάτευσης. Η πρώτη ήταν γενικής μορφής και χαρακτηρίζετο από αοριστία ενώ η δεύτερη ήταν ολοκληρωμένη και συγκεκριμένη.
- Από την πιο πάνω διαπίστωση οδηγούμαστε στη δεύτερη ότι δηλαδή πριν από το στάδιο της διαπραγμάτευσης και της κατάθεσης της ολοκληρωμένης πρότασης ούτε οι Σύμβουλοι, ούτε η Επιτροπή Αξιολόγησης είχαν ενώπιόν τους τα απαραίτητα στοιχεία και δεδομένα που θα τους επέτρεπαν να προβούν σε ορθή και τελική αξιολόγηση και να κρίνουν αν η πρόταση ήταν ή όχι συμβατή με τα έγγραφα και την όλη φιλοσοφία του διαγωνισμού.
- Η Αναθέτουσα Αρχή μετά την κατάθεση της ολοκληρωμένης πρότασης για το F.S. προέβηκε σε ολοκληρωμένη αξιολόγηση της πρότασης, κατέληξε σε συγκεκριμένα συμπεράσματα τα οποία ορθά κοινοποίησε στους Αιτητές με επιστολή της ημερ. 2.8.2011 αναμένοντας την δική τους αντίδραση και απάντηση επί ενός εκάστου.
- Στην δική τους επιστολή προς την Αναθέτουσα Αρχή ημερ. 16.9.2011 οι Αιτητές, αντίθετα με ότι λογικά αναμένετο, απέφυγαν πράγματι να τοποθετηθούν επί της ουσίας ενός εκάστου των εν λόγω συμπερασμάτων, περιορίστηκαν σε επανάληψη των δικών τους θέσεων στο θέμα και δήλωσαν την προθυμία τους για υπογραφή της συμφωνίας με βάση την κατατεθείσα πρότασή τους.
- Η θέση της Α.Α. ότι η πρόταση της Κοινοπραξίας για το F.S., όπως κατατέθηκε κατά το στάδιο της διαπραγμάτευσης, δεν είναι συμβατή με τα έγγραφα του διαγωνισμού και οδηγεί στις ουσιώδεις και ανεπίτρεπτες αλλαγές που καταγράφονται στην επιστολή της ημερ. 2.8.2011 είναι ορθή, βάσιμη και ικανοποιητικά τεκμηριωμένη και γίνεται πλήρως αποδεκτή.

Με βάση τα πιο πάνω κρίνουμε ότι η επιμονή των Αιτητών στην πρότασή τους για το F.S. ήταν πλήρως αδικαιολόγητη και αντίθετη με την ίδια την φιλοσοφία του διαγωνισμού και ορθά η Α.Α. προέβη στον τερματισμό των διαπραγματεύσεων για το λόγο αυτό.

Αναφορικά με τον γενικότερο ισχυρισμό των Αιτητών ότι η Α.Α. δεν έκανε ή/και δεν ολοκλήρωσε, ως όφειλε, την διαπραγμάτευση σε κανένα από τα πιο πάνω αναφερόμενα θέματα της διαφοράς τους δεν ανταποκρίνεται στην πραγματικότητα και δεν επαληθεύεται από τα δεδομένα. Η διαπίστωση μας είναι ότι από τις θέσεις που αντηλλάγησαν μεταξύ των πλευρών αποδεικνύεται ότι όλα τα θέματα είχαν εξαντληθεί πλήρως και η διαπραγμάτευση έφθασε σε αδιέξοδο. Δεν πρέπει να συγχέεται η θέληση της Α.Α. για διαπραγμάτευση με την απροθυμία της να προχωρήσει σε οποιουσδήποτε συμβιβασμούς τους οποίους δεν θεωρούσε επιτρεπτούς.

Με βάση όλα τα πιο πάνω ομόφωνα αποφασίζουμε ότι η παρούσα Προσφυγή απορρίπτεται και η προσβαλλόμενη απόφαση επικυρώνεται.

Δεν επιδικάζονται έξοδα επί της διαδικασίας.