



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. 12/2008

Μεταξύ:

ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΤΕΧΝΟΔΟΜΙΚΗ ΤΕΒ Α.Ε. – BILFINGER BERGER
BOT GMBH

Αιτούντων

v.

ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

κ. Ιωάννης Π. Πογιατζής, Πρόεδρος
κ. Μιχαλάκης Χριστοφόρου, Μέλος
κ. Πέτρος Φρακάλας, Μέλος
κ. Άγγελος Αγγελίδης, Μέλος
κ. Χριστόφορος Χριστοφίδης, Μέλος

Αιτούντες:

ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΤΕΧΝΟΔΟΜΙΚΗ ΤΕΒ Α.Ε. –
BILFINGER BERGER BOT GMBH

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. κα Κάτια Κακουλλή, Δικηγόρο
2. κα Μιχαέλλα Χατζηχαμπή, Δικηγόρο
3. κο Λέανδρο Σλάβη, Διευθυντή Παραγωγής
Ελληνικής Τεχνοδομικής ΤΕΒ Α.Ε.
4. κο Αντώνη Κυριακό, Εκπρόσωπο αιτούσας
Κοινοπραξίας
5. κα Βασιλική Κεφαλά, Εκπρόσωπο αιτούσας
Κοινοπραξίας
6. κα Παρασκευή Ξανθοπούλου, Εκπρόσωπο
αιτούσας Κοινοπραξίας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΤΜΗΜΑ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. κα Ειρήνη Νεοφύτου, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. κο Ανδρέα Κακούρη, Μέλος Επιτροπής
Αξιολόγησης, Τμήμα Δημοσίων Έργων
3. κα Ξένια Κλεόπα, Μέλος Επιτροπής
Αξιολόγησης, Τμήμα Δημοσίων Έργων
4. κο Τάσο Προκοπίου } Σύμβουλοι - Μελετητές
5. κο Σωκράτη Πασχάλη } PriceWaterhouse
6. κο Γιάννη Κλεάνθους } Coopers

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 16 Ιουλίου, 2008

ΑΠΟΦΑΣΗ

Η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή στρέφεται κατά της απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής δηλαδή του Τμήματος Δημοσίων Έργων του Υπουργείου Συγκοινωνιών και Έργων που λήφθηκε σαν αποτέλεσμα του διαγωνισμού PS/DBFO/1A και αφορούσε διαδικασία με διαπραγμάτευση *«για το σχεδιασμό, κατασκευή, διαχείριση και συντήρηση του αυτοκινητοδρόμου Πάφου-Πόλης.»*

1. Περιληπτικά τα γεγονότα της υπόθεσης αυτής είναι τα εξής:
 - (α) Η πρόσκληση για εκδήλωση ενδιαφέροντος στάληκε για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων στις 20/10/2006 (αρ. προκήρυξης 2006/S 203-215869). Το είδος της διαδικασίας που ακολουθήθηκε αναλύεται πιο κάτω. Το κριτήριο επιλογής ήταν η πλέον συμφέρουσα προσφορά.
 - (β) Ως τελευταία ημερομηνία υποβολής αιτήσεων για προεπιλογή ορίστηκε η 15^η Δεκεμβρίου, 2006.
 - (γ) Αιτήσεις για προεπιλογή υπόβαλαν πέντε (5) Κοινοπραξίες, μεταξύ των οποίων και οι Αιτητές, οι οποίες και προεπιλέγηκαν και δόθηκαν σ' αυτές τα έγγραφα προσφορών την 1^η Μαρτίου, 2007 και ως ημερομηνία υποβολής των προσφορών είχε οριστεί η 29^η Ιουνίου, 2007, η οποία αργότερα παρατάθηκε μέχρι την 31^η Ιουλίου, 2007.
 - (δ) Από τις πέντε Κοινοπραξίες που προεπιλέγηκαν όπως αναφέρεται στην πιο πάνω παράγραφο η μία από αυτές και συγκεκριμένα η κοινοπραξία I.A.I Consortium κατά τη διάρκεια της διαδικασίας αποσύρθηκε και οι υπόλοιπες τέσσερις κοινοπραξίες υπόβαλαν κανονικά τις προσφορές τους την 31^η Ιουλίου, 2007 σε δύο φακέλους, Τεχνικό και Οικονομικό-Νομικό σύμφωνα με τους όρους του διαγωνισμού.
 - (ε) Η τεχνική αξιολόγηση των προσφορών έγινε από τους ιδιώτες συμβούλους PriceWaterhouseCoopers και τους συνεργάτες τους, σύμφωνα με τα

κριτήρια αξιολόγησης που περιλαμβάνονται στα έγγραφα προσφορών, η οποία στη συνέχεια δόθηκε στην Επιτροπή Αξιολόγησης που διορίστηκε για αξιολόγηση των προσφορών αυτών. Η Επιτροπή Αξιολόγησης στην συνεδρία της ημερομηνίας 26 Σεπτεμβρίου, 2007 ετοίμασε την έκθεση της την οποία υπόβαλε μαζί με την έκθεση των συμβούλων προς το Συμβούλιο Προσφορών του Υπουργείου Συγκοινωνιών και Έργων το οποίο κατά τη συνεδρία του ημερομηνίας 15 Οκτωβρίου, 2007 υιοθέτησε τις εισηγήσεις της Επιτροπής Αξιολόγησης και αποφάσισε το άνοιγμα των Οικονομικών – Νομικών φακέλων και των τεσσάρων προσφορών.

(στ) Η αξιολόγηση των Οικονομικών–Νομικών φακέλων έγινε επίσης από τους ιδιώτες συμβούλους PriceWaterhouseCoopers και τους συνεργάτες τους σύμφωνα με τα κριτήρια αξιολόγησης που περιλαμβάνονται στα έγγραφα προσφορών και η έκθεση αυτή δόθηκε στην Επιτροπή Αξιολόγησης που διορίστηκε για αξιολόγηση των προσφορών αυτών. Κατά τη συνεδρία της ημερομηνίας 14 Ιανουαρίου, 2008 η Επιτροπή Αξιολόγησης ετοίμασε και υπόβαλε προς το Συμβούλιο Προσφορών του Υπουργείου Συγκοινωνιών και Έργων την έκθεση της μαζί με την έκθεση των συμβούλων, το οποίο κατά την συνεδρία του ημερομηνίας 21 Ιανουαρίου, 2008 αποφάσισε ομόφωνα να υιοθετήσει την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης για επιλογή του προτιμητέου προσφέροντα σύμφωνα με την πιο κάτω κατάταξη:

1. Kinyras Consortium	Προτιμητέος Προσφέρων (Preferred Bidder)
2. Strabag-Nemesis	1 ^{ος} Επιλαχών προσφέρων (1 st Reserve Bidder)
3. Elliniki Technodomiki-TEB A.E.- Bilfinger Berger BOT G.m.b.H	2 ^{ος} Επιλαχών προσφέρων (2 nd Reserve Bidder)
4. Pafos Marion	3 ^{ος} Επιλαχών προσφέρων (3 rd Reserve Bidder)

(ζ) Η Αναθέτουσα Αρχή με επιστολή του Διευθυντή του Τμήματος Δημοσίων Έργων προς τους Αιτητές ημερομηνίας 24 Ιανουαρίου, 2008 τους πληροφόρησε για την πιο πάνω απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών του Υπουργείου Συγκοινωνιών και Έργων πληροφορώντας τους ταυτόχρονα ότι: «the decision has been based on the evaluation of the bids, as per Section 6

of the ITN, taking into account Kinyras Consortium`s overall score of 94,04, Strabag-Nemesis Consortium`s overall score of 87,14 and your overall score of 76,42. For your information, Kinyras Consortium`s financial offer is €202,140 million of availability payments in real terms, expressed in net present value terms and Strabag-Nemesis Consortium`s respective offer is €228,070 million».

2. Οι Αιτητές κατάθεσαν στις 7 Φεβρουαρίου, 2008 την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή με την οποία ζητούν την ακύρωση της πιο πάνω απόφασης όσον αφορά τον επιλεγέντα προσφοροδότη όσο και τον Πρώτο Επιλαχόντα Προσφοροδότη και την οποία βασικά στηρίζουν τους πιο κάτω λόγους:

- (α) Τόσο ο Επιλεγείς Προσφοροδότης όσο και ο πρώτος Επιλαχών Προσφοροδότης δεν τήρησαν, σε ό,τι αφορά στην κατασκευή, δεσμευτικούς όρους των τευχών δημοπράτησης και υποχρεωτικές προδιαγραφές των εν ισχύ Οδηγιών της Ευρωπαϊκής ένωσης, με αποτέλεσμα το Έργο που θα κατασκευασθεί να είναι σημαντικά υποδεέστερο από αυτό για το οποίο όφειλαν να υποβάλουν προσφορές οι Προσφοροδότες και, ως εκ τούτου, με χαμηλότερο κόστος κατασκευής.
- (β) Τόσο ο Επιλεγείς Προσφοροδότης όσο και ο πρώτος Επιλαχών Προσφοροδότης δεν τήρησαν, σε ό,τι αφορά τη λειτουργία και τη συντήρηση του έργου, δεσμευτικούς όρους των τευχών δημοπράτησης και υποχρεωτικές προδιαγραφές των εν ισχύ Οδηγιών της Ευρωπαϊκής Ένωσης, με αποτέλεσμα η λειτουργία και συντήρηση του Έργου να υστερεί σημαντικά εκείνης που όφειλαν να σχεδιάσουν οι Προσφοροδότες και, ως εκ τούτου με χαμηλότερο κόστος.
- (γ) Τα κείμενα με επισήμανση αλλαγών (mark-up) των συμβατικών τευχών που υπέβαλαν τόσο ο Επιλεγείς Προσφοροδότης όσο και ο πρώτος Επιλαχών Προσφοροδότης αποκλίνουν ουσιωδώς από το πλαίσιο που προέβλεπε το Υπουργείο Συγκοινωνιών και Έργων, με βάση τα τελικά πριν από την υποβολή κείμενα των τευχών δημοπράτησης, και ανατρέπουν την κατανομή κινδύνων σε απαράδεκτο βαθμό, με συνέπεια οι

μεν Προσφορές τους να μην είναι συμβατές με τα τεύχη δημοπράτησης, η δε σύγκριση των προσφορών να είναι αδύνατη.

- (δ) Η αποδοχή των προσφορών του Προτιμητέου και Πρώτου Επιλαχόντα Προσφοροδότη παρά τη μη τήρηση και την απόκλιση από τους όρους και προδιαγραφών των Τευχών Δημοπράτησης που καθορίζονται επίσης και από Οδηγίες της Ευρωπαϊκής Ένωσης, συνιστά παραβίαση της κειμένης νομοθεσίας, παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών, εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή των Οδηγιών προς τους Προσφοροδότες και/ή της νομοθεσίας και/ή παραβιάζει το ισχύον δίκαιο και την αρχή της χρηστής διοίκησης.
- (ε) Τόσο ο Επιλεγείς όσο και ο πρώτος Επιλαχών Προσφοροδότης παρέλειψαν να συμμορφωθούν με τις απαιτήσεις της Προσφοράς για Διαπραγματεύσεις (ITN) και να παράσχουν όλες τις απαιτούμενες λεπτομέρειες και στοιχεία σε ότι αφορά το Οικονομικό-Νομικό μέρος της προσφοράς τους με αποτέλεσμα αυτές να μην είναι ολοκληρωμένες και αποδεκτές και άρα άκυρες.

Οι επί μέρους ισχυρισμοί των Αιτητών όσον αφορά ειδικότερα τους δύο πρώτους λόγους, όπως εκτίθενται πιο πάνω, αναφέρονται σε ισχυριζόμενες ελλείψεις, παραλείψεις και ατέλειες των προσφορών τόσο του Προτιμητέου όσο και του Πρώτου Επιλαχόντα Προσφοροδότη όσον αφορά το τεχνικό μέρος της Προσφοράς και επισημαίνουν διάφορα θέματα τα οποία, πάντοτε κατά τους ισχυρισμούς των Αιτητών, συνιστούν ουσιώδεις παραλείψεις συμμόρφωσης με ρητές απαιτήσεις της ITN (Invitation to Negotiate), προβλέψεις και σχεδιασμός λύσεων και στατικών μελετών που δεν ευσταθούν τεχνικά ούτε και καλύπτουν τις απαιτήσεις του Έργου, περίληψη στην προσφορά μη οριστικοποιημένων στοιχείων κόστους του τεχνικού αντικειμένου και ανυπαρξία εκτιμημένων κατανομών και ζημιών εφαρμογής των επιμέρους κατηγοριών εκσκαφής, άμεσης υποστήριξης και τελικής επένδυσης του έργου ανά σήραγγα, όπως επίσης και παντελής έλλειψη γεωτεχνικού σχεδιασμού και τεχνικών δεσμεύσεων στην κατασκευή των υψηλών επιχωμάτων, ορυγμάτων και θεμελίωση γεφυρών.

Οι πιο πάνω παραλείψεις αφορούν βασικά την προσφορά του Προτιμητέου Προσφοροδότη Kinyras Consortium. Όσον αφορά τον Πρώτο Επιλαχόντα Προσφοροδότη Strabag-Nemesis οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι η προσφορά του παραβιάζει επιτακτικές τεχνικές προδιαγραφές όσον αφορά την κατασκευή και ειδικότερα ότι δεν έχει τηρηθεί στην προσφορά του η πρόνοια για διατήρηση υφιστάμενου νερόμυλου, όπως επίσης και ότι η Strabag-Nemesis δεν έχει προβλέψει διακοπή της κεντρικής νησίδας του αυτοκινητόδρομου μπροστά στα στόμια των σηράγγων, όπως απαιτείται από τη σχετική Ευρωπαϊκή Οδηγία (EU Directive 2004/54/EC). Επί του προκειμένου οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι η προσφορά της Strabag-Nemesis θα έπρεπε να είχε αποκλειστεί ή τουλάχιστον να της δοθεί χαμηλότερη βαθμολογία από αυτήν που έλαβε δηλαδή 55.4 βαθμούς. Σημειώνεται ότι σύμφωνα με τους Όρους των εγγράφων για να μπορέσει να προχωρήσει μια προσφορά θα έπρεπε να συγκεντρώσει τουλάχιστον 55 βαθμούς σ' αυτό το μέρος της αξιολόγησης.

Η Αναθέτουσα Αρχή ισχυρίζεται ότι στο στάδιο αυτό των προσφορών η ρητή δέσμευση των δύο προσφοροδοτών ότι θα συμμορφωθούν με την Ευρωπαϊκή Οδηγία 2004/54/EC δεν καθιστά τις οποιεσδήποτε επί μέρους ελλείψεις σαν ουσιαστικές και ότι τα τυχόν παραλειπόμενα θα απαιτηθούν να τηρηθούν στον τελικό σχεδιασμό του αυτοκινητόδρομου. Όσον αφορά την παράλειψη πρόνοιας για διατήρηση του υφιστάμενου νερόμυλου αυτή δεν είναι ουσιαστικής φύσης για να δικαιολογεί την απόρριψη της προσφοράς. Όσα στοιχεία δευτερεύουσας φύσης παραλείφθηκαν θα περιληφθούν στο τελικό κείμενο της συμφωνίας και θα υλοποιηθούν κατά τον τελικό σχεδιασμό του αυτοκινητόδρομου. Εν πάση περιπτώσει η παράλειψη αυτή της Strabag-Nemesis επισημάνθηκε από την Επιτροπή Αξιολόγησης και επί του προκειμένου η βαθμολογία της ήταν χαμηλότερη.

Αποδεχόμαστε τους ισχυρισμούς της Αναθέτουσας Αρχής ότι οι αναφερόμενες παραλείψεις δεν είναι ουσιαστικής φύσης και ότι η διόρθωσή τους δεν θα έχει οποιοδήποτε επιπρόσθετο κόστος για την Αναθέτουσα Αρχή.

Πέραν από τις πιο πάνω αναφερόμενες τεχνικές αποκλίσεις, οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι οι προσφορές τόσο του Επιλεγέντα Προσφοροδότη όσον και του Πρώτου Επιλαχόντα Προσφοροδότη έπρεπε να αποκλειστούν γιατί περιέχουν ανεπίτρεπτες τροποποιήσεις στο κείμενο του Προσχεδίου της συμφωνίας παραχώρησης, οι οποίες ανατρέπουν την

κατανομή κινδύνου μεταξύ Κυβέρνησης και Αναδόχου και αποτελούν συνεπώς ουσιώδεις αλλαγές. Επί του προκειμένου οι Αιτητές απαριθμούν σωρεία τροποποιήσεων τόσο από τη Kinyras όσον και από τη Strabag-Nemesis οι οποίες, όπως ισχυρίζονται, έχουν σαν αποτέλεσμα είτε την αύξηση της ευθύνης της Κυβέρνησης πάνω σε διάφορα θέματα όπως η ευθύνη για αμέλεια, ενέργειες ή παραλείψεις των υπεργολάβων, αντιπροσώπων και εργοδοτούμενων τους, είτε γιατί αυξάνουν την ευθύνη της Κυβέρνησης λόγω άσκησης δικαιώματος με βάση τα Funding Agreements, είτε γιατί καθιερώνουν υποχρέωση της Κυβέρνησης να παράσχει στον Ανάδοχο δικαιώματα πρόσβασης πάνω σε επιπλέον ακίνητη ιδιοκτησία που θα απαιτηθεί, είτε αφορούν την άσκηση της διακριτικής εξουσίας της Κυβέρνησης κατά εύλογο τρόπο, είτε αφορούν το κόστος αλλαγών από τη Κυβέρνηση είτε άλλες ισχυριζόμενες παραβάσεις του Προσχεδίου της συμφωνίας παραχώρησης και τις οποίες δεν θεωρούμε σκόπιμο να καταγράψουμε λεπτομερώς για τους λόγους που αναφέρουμε πιο κάτω.

Όπως έχουμε αναφέρει πιο πάνω το σύνολο των ισχυρισμών των Αιτητών και οι πολύ λεπτομερείς αναλύσεις στις οποίες προέβησαν όσον αφορά τους δύο πρώτους λόγους της προσφυγής καταδεικνύουν ότι αναμφίβολα πρόκειται για εξειδικευμένα τεχνικά θέματα για τα οποία ούτως ή άλλως δεν έχουμε τη δυνατότητα παρέμβασης, σύμφωνα με την καθορισμένη Νομολογία, εκτός αν διαπιστώνεται πλάνη περί τα πράγματα, έλλειψη αιτιολογίας ή κακή χρήση διακριτικής ευχέρειας (Αναθεωρητική Έφεση 3017, ημερ. 5.6.2002, Α. Ράφτης ν. Κυπριακής Δημοκρατίας κ.ά.). Και επί της ουσίας αλλά και λαμβάνοντας υπόψη τη φύση του παρόντος διαγωνισμού, για τους λόγους που αναφέρουμε πιο κάτω, δεν έχουμε διαπιστώσει ούτε πλάνη περί τα πράγματα, ούτε έλλειψη αιτιολογίας ούτε και κακή χρήση διακριτικής ευχέρειας.

Για τους άλλους δύο λόγους ακυρότητας που επικαλούνται, λόγοι (γ) και (δ) πιο πάνω, οι Αιτητές παρότι και σ' αυτούς εγείρονται θέματα καθαρά τεχνικής φύσεως εντούτοις υπάρχουν και ισχυρισμοί για παράβαση της κειμένης νομοθεσίας, παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών και της αρχής της χρηστής διοίκησης λόγω της μη τήρησης των όρων και προδιαγραφών των Τευχών Δημοπράτησης που καθορίζονται επίσης και από οδηγίες της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Στον πέμπτο και τελευταίο λόγο, οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι τόσο ο Επιλεγείς όσο και ο πρώτος Επιλαχών Προσφοροδότης παρέλειψαν να συμμορφωθούν με τις απαιτήσεις της

Προσφοράς για Διαπραγμάτευση (ITN) και να παράσχουν όλες τις απαιτούμενες λεπτομέρειες και στοιχεία σε ότι αφορά το Οικονομικό-Νομικό μέρος της προσφοράς τους με αποτέλεσμα αυτές να μην είναι ολοκληρωμένες και συνεπώς έπρεπε να κηρυχθούν άκυρες.

Και για τους δυο πιο πάνω λόγους (γ) και (δ) οι Αιτητές και πάλιν προβάλλουν σωρεία ισχυρισμών και λεπτομερή καταγραφή αυτών που δεν θεωρούμε σκόπιμο στο σημείο αυτό να τους καταγράψουμε λεπτομερειακά, αλλά θα αναφερθούμε σ' αυτούς πιο κάτω.

Είναι σκόπιμο να αναλυθεί η φύση και ο σκοπός του παρόντος διαγωνισμού για να γίνει πιο κατανοητή η βαρύτητα και η σημασία των όρων του και η επιδιωκόμενη συμμόρφωση με αυτούς. Όπως αναφέρουμε πιο πάνω η διαδικασία που ακολουθήθηκε στον παρόντα διαγωνισμό ήταν η διαδικασία με διαπραγμάτευση με δημοσίευση του διαγωνισμού. Σύμφωνα με τον ορισμό στο άρθρο 2 του Ν. 12(Ι)/2006 (ο Νόμος) *«Διαδικασία με διαπραγμάτευση σημαίνει τη διαδικασία στο πλαίσιο της οποίας οι αναθέτουσες αρχές διαβουλεύονται με τους οικονομικούς φορείς της επιλογής τους και διαπραγματεύονται τους όρους της σύμβασης με ένα ή περισσότερους από αυτούς»*. Το άρθρο 32 του Νόμου καθορίζει τις περιπτώσεις στις οποίες οι αναθέτουσες αρχές δύνανται να συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, αφού προηγηθεί δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού. Η παρούσα διαδικασία εμπίπτει στο εδάφιο (1)(β) του άρθρου 32 του Νόμου. Το εδάφιο (2) του ιδίου άρθρου καθορίζει ότι στις περιπτώσεις που αναφέρονται στο εδάφιο (1) οι αναθέτουσες αρχές διαπραγματεύονται με τους προσφέροντες τις προσφορές που αυτοί υποβάλλουν, προκειμένου να τις προσαρμόζουν στις προδιαγραφές που περιέχονται στην προκήρυξη του διαγωνισμού, στα έγγραφα του διαγωνισμού και στα ενδεχόμενα συμπληρωματικά έγγραφα και να αναζητείται η καλύτερη προσφορά σύμφωνα με το εδάφιο (1) του άρθρου 59. Το άρθρο 59 καθορίζει τα κριτήρια βάσει των οποίων οι αναθέτουσες αρχές αναθέτουν τις δημόσιες συμβάσεις. Τα κριτήρια αυτά είναι η ανάθεση να γίνεται στην πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, οπότε στην περίπτωση αυτή πρέπει να καθορίζονται τα κριτήρια και η στάθμιση που προσδίδεται σε καθένα από αυτά, είτε να επιλέγεται αποκλειστικά η χαμηλότερη τιμή.

Στον παρόντα διαγωνισμό, όπως και σε άλλους παρόμοιους, όπου δηλαδή ακολουθείται η πιο πάνω διαδικασία, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προβλέπουν ότι η διαδικασία

διεξάγεται σε διαδοχικές φάσεις. Οι αναθέτουσες αρχές διαπραγματεύονται με τους προσφοροδότες τις προσφορές οι οποίες υποβλήθηκαν προκειμένου να τις προσαρμόζουν στις προδιαγραφές που περιέχονται στην προκήρυξη του διαγωνισμού, και στα διάφορα έγγραφα του διαγωνισμού με σκοπό να επιλεγεί η πλέον συμφέρουσα προσφορά. Ως εκ τούτου οι προδιαγραφές που περιλαμβάνονται στην προκήρυξη του διαγωνισμού και τα διάφορα έγγραφα αποτελούν προϊόν διαπραγμάτευσης μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και των προσφοροδοτών και τα οποία τροποποιούνται σαν αποτέλεσμα των διαπραγματεύσεων αυτών. Το ίδιο ακριβώς γίνεται και με το προσχέδιο συμβολαίου που περιλαμβάνεται στα έγγραφα του διαγωνισμού.

Όπως καθορίζεται στον όρο 1.1.5 των εγγράφων του διαγωνισμού μετά την ολοκλήρωση της αξιολόγησης των υποβληθέντων προσφορών επιλέγονται ο Επιλεγείς Προσφοροδότης (Preferred Bidder) και ο πρώτος Επιλαχών Προσφοροδότης (1st Reserve Bidder). Θα ακολουθήσουν τελικές διαπραγματεύσεις με τον Επιλεγέντα Προσφοροδότη και τον πρώτο Επιλαχόντα Προσφοροδότη εάν θεωρηθεί αναγκαίο με σκοπό να επιτευχθεί το τελικό συμβόλαιο και να ολοκληρωθεί η ανάθεση του διαγωνισμού. Σε περίπτωση που οι διαπραγματεύσεις με τον Επιλεγέντα Προσφοροδότη και τον πρώτο Επιλαχόντα Προσφοροδότη αποτύχουν η Κυβέρνηση επιφυλάττει το δικαίωμα της να προχωρήσει σε διαπραγμάτευση με τον επόμενο σε ψηλότερη βαθμολογία προσφοροδότη. Μετά την οριστικοποίηση κατά τις διαπραγματεύσεις του Draft Project Agreement θα υπογραφεί η σύμβαση και θα ακολουθήσει ο τελικός σχεδιασμός του αυτοκινητόδρομου. Στη συνέχεια θα ακολουθήσει έλεγχος της μελέτης και του τελικού σχεδιασμού από ανεξάρτητο checker, ο οποίος προτείνεται από τον προσφοροδότη και είναι οίκος του εξωτερικού. Η Κυβέρνηση διατηρεί το δικαίωμα να ορίσει δικό της checker.

Καθίσταται φανερό από τα πιο πάνω ότι η διαδικασία με διαπραγμάτευση διαφέρει σημαντικά από τη συνήθη ανοικτή διαδικασία διαγωνισμού η οποία χρησιμοποιείται συνήθως. Χαρακτηριστικά στο Invitation to Negotiate καθορίζονται οι όροι προκαταρκτικής συμμόρφωσης με αυτό (Preliminary Compliance Checking of ITN Responses). Ο όρος 6.3.1 του Invitation to Negotiate αναφέρει επί λέξει τα ακόλουθα:

«6.3.1 On receipt of the Bids, a preliminary review will be carried out to confirm completeness and identify significant points of clarification and qualifications.

Where Bids are not substantially complete or where inconsistent information is presented, one of the following courses of action, which are not necessarily mutually exclusive, will be taken:

- (i) Information presented will be analysed and, where necessary, specific clarification sought from the bidder;*
- (ii) Clarification responses will be reviewed to determine the consistency and acceptability of the Bid; and*
- (iii) The Bid submission may be rejected at this stage of the evaluation.»*

Είναι κατά την άποψη μας φανερό από τα πιο πάνω ότι η Αναθέτουσα Αρχή έχει ευρεία διακριτική ευχέρεια όσον αφορά την αξιολόγηση, την αποδοχή ή απόρριψη μιας προσφοράς. Είναι βέβαια αναμφισβήτητο ότι η Αναθέτουσα Αρχή είναι υποχρεωμένη να διεξάγει επαρκή ή δέουσα έρευνα για τα πραγματικά στοιχεία και γεγονότα της κάθε περίπτωσης και ασφαλώς να τηρεί και διαφυλάττει τις βασικές αρχές που διέπουν την αξιολόγηση των προσφορών όπως είναι η ίση μεταχείριση, η διαφάνεια και η χρηστή διοίκηση. Είναι επίσης αναγκαίο και απαραίτητο να ερευνάται το ενδεχόμενο πλάνης περί τα πράγματα ή υπέρβαση ή κατάχρηση εξουσίας. Όσον αφορά ειδικότερα το στοιχείο της δέουσας έρευνας, είναι καλά νομολογημένο ότι το τι αποτελεί επαρκή έρευνα εξαρτάται από τα περιστατικά της κάθε υπόθεσης. Είναι η άποψη μας ότι στην παρούσα υπόθεση το βασικό ζητούμενο ήταν η συμμόρφωση με τους βασικούς και ουσιώδεις όρους με τρόπο που δεν θα άλλαζε ουσιαστικά το καθορισμένο περίγραμμα κατασκευής του αυτοκινητόδρομου. Είναι χαρακτηριστικό το γεγονός ότι στους όρους του διαγωνισμού γίνεται σαφές ότι οι προσφοροδότες είχαν δικαίωμα να υποβάλουν διαφορετικές προτάσεις σε συγκεκριμένα σημεία. Όχι βέβαια εναλλακτικές προσφορές αλλά να προτείνουν αλλαγές με την προσφορά τους σε κάποια σημεία. Αυτό δεν σημαίνει ότι η Αναθέτουσα Αρχή κατά το στάδιο της διαπραγμάτευσης στερείται του δικαιώματος να αποδεχθεί ή να απορρίψει αυτές τις αλλαγές. Δεν πρέπει να διαφεύγει της προσοχής μας ότι τελικός σχεδιασμός του αυτοκινητόδρομου θα ακολουθούσε στο τέλος των διαπραγματεύσεων και ο σχεδιασμός αυτός θα ήταν αποτέλεσμα των διαπραγματεύσεων. Είναι γι' αυτό το λόγο που τα πλείστα σημεία που ήγειραν οι Αιτητές στους δύο πρώτους λόγους της προσφυγής τους όπως εκτίθενται πιο πάνω και αφορούν θέματα που σχετίζονται με την κατασκευή εκτός εκείνων που συνιστούν καθαρά τεχνικά θέματα για τα οποία δεν μπορούμε να παρέμβουμε, όπως αναφέρουμε

πιο πάνω, τα υπόλοιπα, όπως τα μειωμένα μήκη οδογεφυρών, πλάτος καταστρώματος γεφυρών, σχεδιασμός σηράγγων κ.ά. είναι θέματα που δεν συνιστούν ουσιαστική παρέκκλιση από τους όρους και θα καθοριστούν στην τελική τους μορφή κατά το στάδιο των διαπραγματεύσεων. Ειδικά στο θέμα σχεδιασμού των σηράγγων και οι δύο προσφοροδότες ανέλαβαν ρητή υποχρέωση για ικανοποίηση της Οδηγίας 2004/54/EK και συνεπώς έχουν αποδεχθεί το οποιοδήποτε κόστος προκύπτει από τον τελικό σχεδιασμό. Όσον αφορά άλλους ισχυρισμούς των Αιτητών ότι οι ελάχιστες απαιτήσεις για επιθεωρήσεις ασφάλειας και περιπολίες, οι υπηρεσίες λειτουργίας και συντήρησης, το ετήσιο πρόγραμμα συντήρησης, χρονοδιάγραμμα έργου, αντικατάστασης τέλους κύκλου ζωής, αντικαταστάσεις οδοστρώματος, διάρκεια ζωής σηράγγων, κόστος μισθοδοσίας κ.ά. δεν έχουν τηρηθεί από τους δύο προσφοροδότες, δεν έχουμε πειστεί ότι είναι ακριβείς. Από το περιεχόμενο των σχετικών φακέλων και τις απαντήσεις της Αναθέτουσας Αρχής γίνεται αντιληπτό ότι δεν υπάρχει οποιαδήποτε ουσιαστική παράλειψη στις προσφορές τόσο του Προτιμητέου όσο και του Πρώτου Επιλαχόντα προσφοροδότη.

Όσον αφορά τον τρίτο λόγο ακύρωσης που επικαλούνται οι Αιτητές και ο οποίος αναλύεται σε πλείστα επί μέρους θέματα επικεντρώνεται στο βασικό ισχυρισμό ότι στις προσφορές και των δύο προσφοροδοτών υπήρξαν ουσιώδεις τροποποιήσεις και αλλαγές στο προσχέδιο συμβολαίου οι οποίες ανατρέπουν την κατανομή του κινδύνου εις βάρος της Κυβέρνησης και συνεπώς έπρεπε να θεωρηθούν ουσιώδεις τροποποιήσεις και ως εκ τούτου έπρεπε να απορριφθούν.

Είναι αναμφισβήτητο το γεγονός, ότι, όπως έχουμε ήδη αναφέρει πιο πάνω, όλοι οι προσφοροδότες είχαν το δικαίωμα να υποβάλουν εισηγήσεις για το προσχέδιο του συμβολαίου που αποτελούσε μέρος των εγγράφων του διαγωνισμού, οι οποίες όμως δεν θα ήταν ουσιώδεις τροποποιήσεις. Η μη αποδοχή ουσιωδών τροποποιήσεων στο προσχέδιο συμβολαίου καθορίζεται μεταξύ άλλων στους όρους των εγγράφων του διαγωνισμού 4.3.33, 6.1.4, 6.2.1(e) και 6.8.1.

Επί του προκειμένου οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι οι τροποποιήσεις στο προσχέδιο συμβολαίου που υπέβαλε τόσο ο Επιλεγείς όσο και ο πρώτος Επιλαχών Προσφοροδότης ανατρέπουν την κατανομή του κινδύνου προς όφελος του αναδόχου

και εις βάρος της Κυβέρνησης. Συγκεκριμένα, για την προσφορά της Kinyras οι Αιτητές αναφέρονται στις ακόλουθες τροποποιήσεις:

(α) **Ευθύνη αναδόχου**

Εις τον όρο 9.1 ProjectCo's Responsibility η Kinyras έχει προσθέσει τη φράση resulting in a breach of ProjectCo's obligation under this Agreement σε τρόπο που ο πιο πάνω όρος έχει ως εξής:

«As between the Parties, ProjectCo shall be responsible for the acts, defaults, omissions and negligence resulting in a breach of ProjectCo's obligation under this Agreement of its contractors, agents, employees and workmen (including without limitation any Contracting Associate) and of the consultants, sub-contractors, agents, employees and workmen of any tier of such persons, as if they were the acts, defaults, omissions or negligence of ProjectCo, and to the extent that any such person discharges on behalf of ProjectCo and the ProjectCo's obligations under this Agreement, such obligations shall be deemed to have been discharged by ProjectCo.....».

Οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι με την πιο πάνω τροποποίηση η ευθύνη του αναδόχου για ενέργειες, παραλείψεις ή αμέλεια των υπεργολάβων, αντιπροσώπων, εργοδοτούμενων του θα θεμελιώνεται μόνο αν αυτές συνιστούν ταυτόχρονα παραβίαση της συμφωνίας. Η θέση της Αναθέτουσας Αρχής είναι ότι η προσθήκη της φράσης «*resulting in a breach of ProjectCo's obligation under this Agreement*» δεν μεταθέτει τον κίνδυνο που αναλαμβάνει η Kinyras από ζημία ή απώλεια που τυχόν προκαλέσουν οι εργολάβοι, υπεργολάβοι ή εργάτες της στην Αναθέτουσα Αρχή. Η ευθύνη του αναδόχου του έργου παραμένει για οποιαδήποτε αμέλεια ή παράλειψη των υποχρεώσεων του αναδόχου του έργου. Η προσθήκη αυτή απλώς αναφέρει ότι αν διαπιστωθεί αμέλεια ή παράλειψη ή πράξη εκ μέρους των εργολάβων, υπεργολάβων, και των εργατών της Kinyras οι οποίες πηγάζουν από τις υποχρεώσεις του αναδόχου βάσει του συμβολαίου τότε είναι υπεύθυνος ο ανάδοχος του έργου. Επίσης, δεν επηρεάζονται με την αναφερόμενη προσθήκη οι όροι 45 και 59.4 του προσχεδίου συμβολαίου που

αφορούν τις υποχρεώσεις του αναδόχου να αποζημιώσει την Κυβέρνηση σε περίπτωση θανάτου ή τραυματισμού κ.ά. συμπεριλαμβανομένων των υπαλλήλων, εκπροσώπων και υπεργολάβων της Κυβέρνησης.

Συμφωνούμε και αποδεχόμαστε τις θέσεις της Αναθέτουσας Αρχής. Δεν αντιλαμβανόμαστε πως η πιο πάνω προσθήκη μεταθέτει το βάρος της ευθύνης του αναδόχου στην Κυβέρνηση. Εν πάση περιπτώσει δεν θεωρούμε ουσιώδη την αναφερόμενη τροποποίηση ή προσθήκη. Όσον αφορά το θέμα των γενικότερων αλλαγών στο προσχέδιο συμβολαίου επαναλαμβάνουμε ότι δεν πρέπει να διαφεύγει της προσοχής μας ότι οι προσφοροδότες είχαν δικαίωμα να υποβάλουν αλλαγές σ' αυτό οι οποίες δεν θα ήταν ουσιώδεις και εν πάση περιπτώσει θα αποτελούσαν αντικείμενο διαπραγματεύσεων.

(β) Project Documents/Financing Agreements

Οι Αιτητές αναφέρονται στη διαγραφή της φράσης «or exercise of a right under any funding» από τον όρο 11.3 του προσχεδίου συμβολαίου. Ο αρχικός όρος 11.3 είχε ως ακολούθως:

«No amendment, waiver or exercise of a right under any Funding Agreements shall have the effect of increasing the Governments obligations or liabilities or prejudice its rights under this Agreement of the Funders Direct Agreement unless:

1.1.1. ProjectCo has obtained the prior written consent of the government;

or

1.1.2. it is a permitted Borrowing».

Οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι με τη διαγραφή της πιο πάνω αναφερόμενης φράσης ο κίνδυνος που ο ανάδοχος και οι δανειστές αναλαμβάνουν σε ότι αφορά την πιθανότητα να μη δημιουργηθούν αυξημένες ευθύνες και υποχρεώσεις της Κυβέρνησης, λόγω άσκησης δικαιώματος με βάση τα Funding Agreements, εκτός και αν η ίδια η Κυβέρνηση έδινε τη συγκατάθεση της, τώρα μπορούν να αυξάνονται οι υποχρεώσεις της Κυβέρνησης λόγω άσκησης ενός δικαιώματος με

βάση τα Funding Agreements, χωρίς να έχει δώσει προηγουμένως η Κυβέρνηση τη συγκατάθεσή της.

Η θέση της Αναθέτουσας Αρχής επί του προκειμένου είναι ότι η διαγραφή της αναφερόμενης φράσης δεν επηρεάζει ουδόλως το δικαίωμα τερματισμού του συμβολαίου εκ μέρους της Κυβέρνησης το οποίο αναφέρεται στο Μέρος 8 του προσχεδίου συμβολαίου και στο Schedule II το οποίο αφορά αποζημίωση σε περίπτωση τερματισμού.

Αποδεχόμαστε τους εν προκειμένω ισχυρισμούς της Αναθέτουσας Αρχής και εν πάση περιπτώσει στην έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης καταγράφεται ότι η αναφερόμενη τροποποίηση δεν γίνεται κατ' αρχάς αποδεκτή και θα αποτελέσει αντικείμενο των τελικών διαπραγματεύσεων. Δεν θεωρούμε ότι πρόκειται για ουσιώδη τροποποίηση που αλλάζει ουσιαστικά το Προσχέδιο Συμφωνίας.

(γ) Sufficiency of Access rights

Οι όροι 31.1 και 31.2 αναφέρονται στο δικαίωμα πρόσβασης του αναδόχου του έργου σε περίπτωση επάρκειας ή ανεπάρκειας της γης για σκοπούς του έργου. Ο όρος 31.2 που αναφέρεται σε Insufficiency of Access Rights και καθορίζει τις προϋποθέσεις απόκτησης επιπλέον γης από την Κυβέρνηση, έτυχε τροποποίησης από την Kinyras με την προσθήκη της ακόλουθης φράσης: «*Once acquired, such land will be deemed to form part of the New Work Site and the Government will grant ProjectCo Access Rights over such land*».

Το επιχείρημα των Αιτητών είναι ότι με την πιο πάνω προσθήκη η Κυβέρνηση θα υποχρεούται τώρα να παράσχει στον ανάδοχο δικαιώματα πρόσβασης πάνω στην επιπλέον ακίνητη ιδιοκτησία που θα απαιτηθεί. Θεωρούμε ότι το πιο πάνω επιχείρημα των Αιτητών στερείται οποιουδήποτε λογικού ή νομικού ερείσματος. Εφόσον στον όρο 31.2 καθορίζεται ρητώς ότι η τυχόν αποκτηθησομένη γη θα γίνεται με έξοδα του αναδόχου και εφόσον η γη αυτή θα είναι αναγκαία για σκοπούς εκτέλεσης του έργου και θα εγγραφεί στο όνομα της Κυβέρνησης, είναι αυτονόητο ο ανάδοχος να έχει δικαίωμα πρόσβασης σ' αυτή. Η αναφερόμενη τροποποίηση είναι διευκρινιστική και απόλυτα λογική.

(δ) Exercise of Statutory powers

Οι Αιτητές αναφέρονται στον όρο 32.3 του Προσχεδίου Συμβολαίου ο οποίος καθόριζε ότι η Κυβέρνηση είχε απόλυτη και ανέλεγκτη κρίση στο να αποδεχτεί ειδοποίηση του Αναδόχου να ασκήσει τις εξουσίες της (statutory powers) για να τον διευκολύνει στην εκτέλεση του έργου. Ο όρος τροποποιήθηκε από την Kinyras με την προσθήκη της φράσης «at its discretion to be exercised reasonably». Με αυτό τον τρόπο, ισχυρίζονται οι Αιτητές, τώρα η διακριτική εξουσία της Κυβέρνησης πρέπει να ασκείται εύλογα και μπορεί ο τρόπος άσκησης της να ελεγχθεί μέσω της Διαδικασίας Επίλυσης Διαφορών ή άλλως.

Τηρουμένων των αναλογιών θεωρούμε ότι και στο σημείο αυτό ισχύουν όσα αναφέρουμε στο στοιχείο (γ) πιο πάνω. Δεν βρίσκουμε οποιοδήποτε έρεισμα στο επιχείρημα αυτό και θεωρούμε ότι η αναφερόμενη προσθήκη δεν επιφέρει οποιαδήποτε ουσιαστική τροποποίηση του προσχεδίου συμβολαίου. Αποδεχόμαστε τον ισχυρισμό της Αναθέτουσας Αρχής ότι ακόμα και αν δεν υφίστατο η εν λόγω τροποποίηση, η μόνη αποδεκτή, σύμφωνα με βασικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ερμηνεία του δικαιώματος της Αναθέτουσας Αρχής να αποδεχθεί ή να απορρίψει την ειδοποίηση που της δίδει ο ανάδοχος σύμφωνα με τον όρο 32.1 είναι ότι πρέπει αυτή να ασκείται εύλογα.

(ε) Κόστος αλλαγών από την Κυβέρνηση

Οι Αιτητές αναφέρονται στην τροποποίηση του όρου 33.12 του Προσχεδίου συμβολαίου με την προσθήκη της φράσης «financing costs», με τον ισχυρισμό ότι μετατίθεται από τον ανάδοχο στην Κυβέρνηση ο κίνδυνος ανάληψης του κόστους, αφού προηγουμένως τα financing costs δεν περιλαμβάνοντο στο κόστος αξιολόγησης κεφαλαίου. Η Αναθέτουσα Αρχή ισχυρίστηκε ότι η πιο πάνω προσθήκη απλά διευκρινίζει τι περιλαμβάνει ο όρος «Capital Costs Increase» προς αποφυγήν αμφισβητήσεων και δεν αποτελεί ουσιώδη τροποποίηση.

Αποδεχόμαστε και υιοθετούμε την άποψη της Αναθέτουσας Αρχής και δεν θεωρούμε σκόπιμο να επεκταθούμε περισσότερο επί του συγκεκριμένου θέματος.

(στ) Government right to approve a ProjectCo Change

Ο ισχυρισμός των Αιτητών αναφέρεται σε προσθήκη στον όρο 34.3 που αναφέρεται σε αλλαγές που τυχόν θα ζητήσει ο ανάδοχος και που στο αρχικό κείμενο αναφέρετο ότι η Κυβέρνηση μπορεί να αρνηθεί κατά την απόλυτη κρίση της. Η προσθήκη έγκειται στη φράση «to be exercised reasonably». Δεν αποδεχόμαστε τους ισχυρισμούς των Αιτητών για μετάθεση του κινδύνου στην Κυβέρνηση και ότι η Κυβέρνηση θα είναι εκτεθειμένη σε διαδικασία ελέγχου του ευλόγου της κρίσης της. Ο ισχυρισμός αυτός δεν γίνεται αποδεκτός και επαναλαμβάνουμε όσα έχουμε αναφέρει στο στοιχείο (δ) πιο πάνω όσον αφορά το exercise of statutory powers.

(ζ) Wilful Breach by ProjectCo

Ο όρος 40.1 του Προσχεδίου Σύμβασης προέβλεπε τα ακόλουθα:

«If ProjectCo wilfully breaches Clause 39.1 (Refinancing) then the Government may terminate the Agreement at any time on or before the Agreement Expiry Date by complying with its obligations under clauses 40.2 to 40.3 below».

Η Kinyras επρόσθεσε μετά τη λέξη «wilfully» τις λέξεις «and materially».

Ο ισχυρισμός των Αιτητών είναι ότι η προσθήκη αυτή έχει σαν αποτέλεσμα ότι για να τερματίσει η Κυβέρνηση δεν αρκεί η παραβίαση να είναι ηθελημένη αλλά πρέπει να είναι και ουσιώδης. Με αυτό τον τρόπο, ισχυρίζονται οι Αιτητές, ενώ προηγουμένως ο ανάδοχος έφερε τον κίνδυνο τερματισμού για κάθε παραβίαση πρόνοιας επαναχρηματοδότησης, τώρα ο κίνδυνος μετατέθηκε στην Κυβέρνηση η οποία θα πρέπει να αποδεικνύει ότι η παραβίαση ήταν ουσιώδης. Η Αναθέτουσα Αρχή απάντησε ότι η προσθήκη της λέξης «materially» δεν γίνεται αποδεκτή από την Κυβέρνηση και αυτό θα τεθεί στις τελικές διαπραγματεύσεις. Ταυτόχρονα δεν συνιστά ουσιώδη αλλαγή εφόσον το ρίσκο των ηθελημένων

παραβάσεων των διατάξεων που αφορούν την επαναχρηματοδότηση (refinancing) ρυθμίζονται από τον όρο 39 του Προσχεδίου και εξακολουθεί να επιβαρύνει τον επιλεγέντα προσφοροδότη.

Συμφωνούμε με την άποψη της Αναθέτουσας Αρχής ότι η προσθήκη της λέξης materially δεν συνιστά ουσιώδη αλλαγή και ότι το ρίσκο των παραβιάσεων που αφορούν το refinancing συνεχίζει να φέρει ο προσφοροδότης. Επιπλέον σημειώνουμε ότι και στην αρχική διατύπωση του όρου η Κυβέρνηση είχε διακριτική εξουσία να τερματίσει τη συμφωνία και είναι λογικό να λεχθεί ότι ο τερματισμός αυτός θα αφορούσε ουσιαστικές παραβάσεις και όχι τυπικές και ασήμαντες. Εν πάση περιπτώσει ο όρος αυτός θα αποτελέσει αντικείμενο διαπραγματεύσεων.

(η) Government Indemnity

Ο όρος 45.4.2 αναφέρεται στο δικαίωμα της Κυβέρνησης να μη αποζημιώσει τον ανάδοχο σε περίπτωση που οποιαδήποτε ευθύνη για πρόκληση θανάτου ή τραυματισμού ή άλλου είδους ζημία οφείλεται σε αμέλεια ή πράξεις του ιδίου του αναδόχου ή αφορά παράβαση των υποχρεώσεων του αναδόχου βάσει του συμβολαίου. Η Kinyras στον όρο 45.4.2(α) πρόσθεσε τις λέξεις «which constitutes» σε τρόπο που ο όρος αυτός διαβάζεται ως ακολούθως: «any liability under clause 45.4.1 to the extent that it arises as a direct result of an act or omission of ProjectCo or which constitutes a breach by ProjectCo of its obligations under this Agreement». Σύμφωνα με τους Αιτητές η προσθήκη αυτή υποχρεώνει την Κυβέρνηση να καλύψει τον ανάδοχο έναντι αξιώσεων τρίτων ακόμα και αν η σωματική βλάβη ή ζημία τρίτου θα οφείλεται σε πράξη ή παράλειψη του ιδίου του Ανάδοχου ή των αντιπροσώπων του, φτάνει η πράξη ή η παράλειψη αυτή να μη συνιστά παραβίαση της Συμφωνίας.

Δεν αποδεχόμαστε την ερμηνεία αυτή των Αιτητών. Η φράση which constitutes τίθεται διαζευκτικά των άλλων προϋποθέσεων για μη καταβολή αποζημιώσεων από την Κυβέρνηση στον ανάδοχο. Όπως καθορίζεται ρητά στον όρο 45.4.1 η υποχρέωση αποζημίωσης του αναδόχου από την Κυβέρνηση περιορίζεται σε ζημιά που προκαλείται από αμέλεια ή πράξη της ίδιας της Κυβέρνησης.

Αποδεχόμαστε εν προκειμένω τους ισχυρισμούς της Αναθέτουσας Αρχής ότι η προτεινόμενη τροποποίηση δεν διαφοροποιεί την κατανομή του κινδύνου μεταξύ αναδόχου και Κυβέρνησης εφόσον η ζημιά που προκαλείται άμεσα από ενέργειες ή παραλείψεις του αναδόχου δεν είναι ζημιά που προκαλείται από αμέλεια ή πράξη της ίδιας της Κυβέρνησης. Συμφωνούμε ότι εν πάση περιπτώσει η πιο πάνω προσθήκη δεν συνιστά ουσιώδη τροποποίηση.

(θ) Government Step- in Rights

Τα άρθρα 50 και 52 του Προσχεδίου αναφέρονται στο δικαίωμα της Κυβέρνησης να υποκαταστήσει τον ανάδοχο και να καταγγείλει τη συμφωνία λόγω παράβασης εκ μέρους του αναδόχου των όρων της συμφωνίας. Στην αναφορά για failure ή breach έχει προστεθεί η λέξη material. Με τον τρόπο αυτό, όπως ισχυρίζονται οι Αιτητές, περιορίζεται δραστικά το δικαίωμα της Κυβέρνησης να υποκαταστήσει τον ανάδοχο και να καταγγείλει τη συμφωνία λόγω παράβασης από αυτόν. Δεν συμφωνούμε με τον ισχυρισμό αυτό και θεωρούμε λογικό το επιχείρημα της Αναθέτουσας Αρχής ότι τα γενικά δικαιώματα υποκατάστασης του αναδόχου από την Κυβέρνηση (step-in right) δεν περιορίζονται ούτε και επηρεάζονται με την τροποποίηση αυτή. Οι προτεινόμενες τροποποιήσεις αφορούν επουσιώδη ζητήματα και δεν θεωρούνται ουσιαστικές.

Οι Αιτητές στη συνέχεια της επιχειρηματολογίας τους για ανεπίτρεπτες τροποποιήσεις στο κείμενο της Συμφωνίας Παραχώρησης, απαριθμούν διάφορες τέτοιες παραβάσεις στην προσφορά του Πρώτου Επιλαχόντα Προσφοροδότη Strabag-Nemesis.

(α) Οι Αιτητές αναφέρονται σε τροποποιήσεις που η Strabag-Nemesis επέφερε στους όρους 33.14, 34.4.2 και 41.6 του Προσχεδίου Συμβολαίου. Η τροποποίηση συνίσταται στην προσθήκη της φράσης «*subject to the approval of the Senior Lenders, such approval not to be unreasonably withheld*». Η αναφορά γίνεται σε σχέση με την περίπτωση που η Κυβέρνηση ζητήσει οποιαδήποτε αλλαγή θα είναι ανάγκη να γίνει αναπροσαρμογή της τιμής μονάδας (monetary charge) και όταν η αναπροσαρμογή θα έχει σαν συνέπεια τη μείωση της τιμής μονάδας θα πρέπει να υπάρχει η έγκριση των Senior Lenders. Σύμφωνα με τους Αιτητές αυτό σημαίνει ότι η Κυβέρνηση φέρει τον κίνδυνο πληρωμής ψηλότερης

τιμής μονάδας από ότι θα πλήρωνε πριν την προσθήκη σε περίπτωση αλλαγής η οποία θα επιφέρει μείωση στην τιμή μονάδας. Η Αναθέτουσα Αρχή σε απάντηση ισχυρίζεται ότι κατ' αρχήν η πιο πάνω τροποποίηση δεν γίνεται δεκτή από την Κυβέρνηση. Πέραν όμως τούτου και όπως προκύπτει από τους όρους 33.12 και 33.13 του προσχεδίου συμβολαίου, οποιαδήποτε αλλαγή η οποία περιλαμβάνει αύξηση του Capital Cost και επιπρόσθετο Senior Debt θα πρέπει να εγκριθεί από τους Senior Lenders. Οι Senior Lenders δεν θα δεχθούν να παραχωρήσουν στον ανάδοχο περαιτέρω κεφάλαια χωρίς να εξετάσουν τις συνέπειες της Τιμής Μονάδας. Επιπλέον ο όρος 33.12 υποχρεώνει τον ανάδοχο να λάβει όλα τα εύλογα μέτρα για την εξασφάλιση μιας ικανοποιητικής προσφοράς για τη χορήγηση του Capital Cost Increase ως αποτέλεσμα αλλαγής εκ μέρους της Κυβέρνησης. Σε περίπτωση που ο ανάδοχος δεν εξεύρει το ποσό που χρειάζεται θα ειδοποιήσει την Κυβέρνηση η οποία σύμφωνα με τον όρο 33.13 θα πληρώσει το Capital Cost Increase της αλλαγής την οποία επέφερε η ίδια. Έχοντας κατά νου ότι, όπως αναφέρεται και πιο πάνω, στο Προσχέδιο Συμβολαίου όπως άλλωστε είναι και η φύση του οι προσφοροδότες είχαν δικαίωμα να προτείνουν αλλαγές, οι οποίες μπορεί να γίνουν ή να μη γίνουν αποδεκτές από την Κυβέρνηση, είτε να αποτελέσουν αντικείμενο διαπραγμάτευσης, αποδεχόμαστε τη θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι οι αναφερόμενες τροποποιήσεις δεν αλλάζουν ουσιαστικά το Προσχέδιο Συμφωνίας. Τηρουμένων των αναλογιών τα ίδια ισχύουν και για τις προσθήκες στους όρους 34.4.2. Τέλος τονίστηκε από την Αναθέτουσα Αρχή ότι όρος 41.6 είναι όρος ο οποίος θα αποτελέσει προϊόν συμφωνίας μεταξύ των μερών όταν εκδοθεί από τον ανάδοχο VFM Report σύμφωνα με τον όρο 41.1 σε περίπτωση που το εν λόγω VFM Report προτείνει αλλαγές στο O&M Requirements, δηλαδή αποτελεί όρο ο οποίος θα συμφωνηθεί σε μεταγενέστερο στάδιο.

(β) Clause 5.1.2 της Funder Direct Agreement-Suspension

Οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι ο όρος αυτός έχει τροποποιηθεί έτσι ώστε η Κυβέρνηση να χάσει το δικαίωμα τερματισμού της σύμβασης σε σχέση με συμβάντα (termination events) πριν το Step-In Date τα οποία δεν ήταν σε γνώση της και τα οποία συνεχίζονταν μετά το Step-in Date, σε αντίθεση με προηγουμένως. Συγκεκριμένα ο ανάδοχος διέγραψε τη φράση «*of which the*

Government is aware (having made reasonable enquiry and whether or not continuing at the Step-in Date).

Η Αναθέτουσα Αρχή δήλωσε ότι η τροποποίηση αυτή δεν γίνεται αποδεκτή από την Κυβέρνηση και θα τεθεί στις τελικές διαπραγματεύσεις. Πέραν όμως τούτου δεν τροποποιείται η κατανομή ρίσκου μεταξύ αναδόχου και της Κυβέρνησης.

Ο όρος αυτός αφορά τις περιπτώσεις που ο funder ενεργεί για να διασώσει το έργο και δεν επηρεάζει τα δικαιώματα τερματισμού του συμβολαίου.

Αποδεχόμαστε τις θέσεις της Αναθέτουσας Αρχής και επαναλαμβάνουμε όσα έχουμε αναφέρει στο στοιχείο (α) ανωτέρω.

Στον τελευταίο λόγο ακύρωσης που επικαλούνται οι Αιτητές αναφέρεται ότι τόσο ο Επιλεγείς όσο και ο Πρώτος Επιλαχών Προσφοροδότης παρέλειψαν να συμμορφωθούν με τις απαιτήσεις της Πρόσκλησης για Διαπραγμάτευση (ITN) και να παράσχουν όλες τις απαιτούμενες λεπτομέρειες και στοιχεία σε ότι αφορά το Οικονομικό/Νομικό μέρος της προσφορά τους. Όσον αφορά την Kinyras οι αιτιάσεις των Αιτητών επικεντρώνονται σε δύο παραλείψεις, κατά τους ισχυρισμούς τους, ότι δηλαδή η Kinyras υπέβαλε μόνο μία ανάλυση κυρίων ποσοτήτων και τιμών μονάδας για το «core bid» η οποία δεν καλύπτει τις απαιτήσεις του όρου 4.3.1 και δεν υπέβαλε οποιαδήποτε ανάλυση για τα ακόλουθα δύο specifications ήτοι Pricing (Construction, Operation & Maintenance) και Operation and Maintenance Costs. Όσον αφορά την πρώτη ισχυριζόμενη παράλειψη η Αναθέτουσα Αρχή απάντησε ότι τα στοιχεία και η ανάλυση που υπεβλήθη από την Kinyras σχετικά με τον όρο 4.3.1 για τη βασική προσφορά «Core Bid» καλύπτουν τις βασικές απαιτήσεις της προσφοράς και πέραν τούτου υπάρχει αναλυτική περιγραφή στα Method Statements. Όσον αφορά τα πιο πάνω αναφερόμενα δύο specifications η Αναθέτουσα Αρχή ισχυρίζεται ότι η υποβολή αυτών δεν είναι δεσμευτική και δεν λαμβάνονται υπόψη στην αξιολόγηση, όπως ορίζεται στον όρο 2.6.2 των εγγράφων του διαγωνισμού. Σχετικά με την Strabag-Nemesis οι Αιτητές ισχυρίζονται τις ακόλουθες ελλείψεις ή παραλείψεις:

- (α) Προτάσσει μια μη κλασική χρηματοδότηση για την περίοδο πέραν της ημερομηνίας άδειας προς χρήση (Permit to Use/PtU date).
- (β) Οι όροι της εν λόγω χρηματοδότησης αναφέρονται ενδεικτικά και όχι περιοριστικά στα αντίστοιχα term sheets.
- (γ) Η υλοποίηση της προϋποθέτει σημαντικές αλλαγές στην κατανομή κινδύνων εις βάρος του Κυπριακού Δημοσίου.
- (δ) Ο βαθμός δέσμευσης της χρηματοδότησης των Δανειστών του μελλοντικού Αναδόχου είναι ελάχιστος.

Οι Αιτητές στη γραπτή αγόρευση τους προέβησαν σε λεπτομερή ανάλυση των πιο πάνω λόγων, αλλά δεν θεωρούμε σκόπιμο να παραθέσουμε όλες τις λεπτομέρειες.

Η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτει όλες τις πιο πάνω αιτιάσεις και ισχυρίζεται ότι δεν υπάρχει οποιαδήποτε παράβαση των όρων του διαγωνισμού ούτε και προκύπτει μετατόπιση κινδύνου εις βάρος του Κυπριακού Δημοσίου.

Δεν έχουμε πειστεί για το βάσιμο των αιτιάσεων των Αιτητών. Τουναντίον θεωρούμε λογικές και σύμφωνες με τους όρους του διαγωνισμού τις ανάλογες εξηγήσεις που έδωσε η Αναθέτουσα Αρχή και τις αποδεχόμαστε. Ειδικότερα όσον αφορά τον υπό στοιχείο (α) ισχυρισμό ο όρος 4.3.8 των εγγράφων δεν περιορίζει τη χρηματοδότηση των προσφοροδοτών ούτε θέτει όρους για το είδος της χρηματοδότησης. Όσον αφορά τον υπό στοιχείο (β) ισχυρισμό ο όρος 4.3.8 των εγγράφων διαγωνισμού δεν καθορίζει συγκεκριμένες προϋποθέσεις αναφορικά με τους όρους διαγωνισμού. Ο όρος ενδεικτικός δεν σημαίνει ότι δεν είναι δεσμευτικοί οι όροι δανεισμού αλλά ότι παρατίθενται περιληπτικά οι κύριοι όροι των τραπεζών-χρηματοδοτών. Σχετικά με τον ισχυρισμό υπό στοιχείο (γ) ανωτέρω η Αναθέτουσα Αρχή με επιστολή της ημερομ. 13.12.2007 ζήτησε σχετικές διευκρινίσεις από την Strabag-Nemesis η οποία με επιστολή της ημερομ. 20.12.2007 επιβεβαίωσε ότι οι χρηματοδοτικές διευθετήσεις της δεν αλλοιώνουν την κατανομή του κινδύνου. Τέλος όσον αφορά τον υπό στοιχείο (δ) ανωτέρω

ισχυρισμό σχετικά με το βαθμό δέσμευσης της χρηματοδότησης των δανειστών της Strabag-Nemesis γίνεται παραπομπή στους όρους 4.3.4 και 6.7.4 των εγγράφων του διαγωνισμού και όπου προκύπτει ότι το «due diligence» που απαιτείται περιλαμβάνεται στις επιστολές δανειακής υποστήριξης.

Η Δικηγόρος των Αιτητών παρέθεσε εκτεταμένη νομολογία τόσο του Ανωτάτου Δικαστηρίου όσο και του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου προς υποστήριξη των ισχυρισμών της. Έχουμε να παρατηρήσουμε ότι οι αναφερόμενες αποφάσεις αφορούν κυρίως τον τύπο προσφορών με ανοικτή διαδικασία και εν πάση περιπτώσει επαναλαμβάνουν τις γνωστές και καθιερωμένες αρχές της αξιολόγησης προσφορών όπως η αρχή της ίσης μεταχείρισης, της μη διάκρισης, της αξιολόγησης βάσει αντικειμενικών κριτηρίων και άλλων καθιερωμένων αρχών αξιολόγησης των προσφορών.

Στην παρούσα περίπτωση, λαμβάνοντας υπόψη και τη φύση του παρόντα διαγωνισμού, δεν έχουμε διαπιστώσει οποιαδήποτε παράβαση είτε των όρων του διαγωνισμού ούτε των βασικών και ουσιαστικών αρχών αξιολόγησης των προσφορών. Επιπλέον και καθόσον αφορά τα τεχνικά θέματα, όπως αναφέρουμε και πιο πάνω, δεν έχουμε διαπιστώσει οποιαδήποτε πλάνη περί τα πράγματα, ούτε κακή χρήση διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής. Επιπλέον θεωρούμε ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι δεόντως αιτιολογημένη. Ως εκ τούτου δεν διαπιστώσαμε οποιαδήποτε παράβαση του ισχύοντος δικαίου. Συνεπώς η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή όσον αφορά και τις δύο προσφορές δηλαδή του Προτιμητέου προσφοροδότη Kinyras Consortium και του Πρώτου Επιλαχόντα Προσφοροδότη Strabag- Nemesis δεν γίνεται αποδεκτή και η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής επικυρώνεται.

Διαφωνώντας με τα υπόλοιπα Μέλη της Αρχής ο Πρόεδρος της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών θεωρεί την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής να επιλέξει την Κοινοπραξία Κινύρας σαν Προτιμητέο Προσφέρων (Preferred Bidder) λανθασμένη, αφού ο Προτιμητέος Προσφέρων δεν τήρησε τους όρους των τευχών δημοπράτησης όσον αφορά την κατασκευή, αλλά και άλλους όρους, και οι οποίοι όροι είναι δεσμευτικοί. Συγκεκριμένα ο Πρόεδρος θεωρεί ότι:

- (α) Είναι παραδεκτό από την Αναθέτουσα Αρχή ότι η προσφορά του Προτιμητέου Προσφέροντα σε σχέση με τις σήραγγες δεν λαμβάνει υπόψη ή/και δεν ικανοποιεί

τις πρόνοιες για θέματα ασφάλειας της Οδηγίας 2004/54/EK σχετικά με τις ελάχιστες απαιτήσεις ασφάλειας και πιο συγκεκριμένα η σήραγγα στη Μεσόγη η οποία έχει μήκος πέραν των 500 μέτρων δεν προνοεί έξοδο κινδύνου σύμφωνα με τις πρόνοιες της πιο πάνω Οδηγίας. Ο ισχυρισμός της Αναθέτουσας Αρχής ότι ο Προτιμητέος Προσφέροντας σαφώς δεσμεύθηκε με τις πρόνοιες και Οδηγίες 2004/54/EK και 94/2004 δεν θεωρούνται επαρκείς, ούτε και συνάδουν με τους όρους του Διαγωνισμού αλλά ούτε και με τις αρχές της ίσης μεταχείρισης αφού οι άλλοι Προσφοροδότες έλαβαν υπόψη την πρόνοια περί θέματα ασφάλειας και περιέλαβαν την έξοδο κινδύνου στα σχέδια που υπόβαλαν και έλαβαν υπόψη και τα επιπλέον κόστη (costs). Η απλή δήλωση του Προτιμητέου Προσφέροντα ότι θα συμμορφωθεί με τους όρους του Διαγωνισμού και τις Οδηγίες όσον αφορά τα θέματα ασφάλειας σε σχέση με τις σήραγγες δεν μπορεί να θεωρηθεί επαρκής ειδικά όταν οι υπόλοιποι προσφοροδότες έλαβαν υπόψη στην οικονομική προσφορά τους τα κόστη της κατασκευής εξόδου κινδύνου.

- (β) Η υποβολή από τον Προτιμητέο Προσφέροντα Project Programme που καλύπτει μόνο την περίοδο Μελέτης Κατασκευής του Έργου χωρίς να αναφέρεται καθόλου στην περίοδο Λειτουργίας και Συντήρησης η οποία αποτελεί αναπόσπαστο μέρος του Έργου, σαν μη σύμφωνη με τους όρους της Πρόσκλησης για Διαπραγμάτευση. Η παράλειψη αυτή θεωρείται σαν σοβαρή και ουσιαστικής σημασίας παράλειψη. Στην Πρόσκληση για Διαπραγμάτευση (ITN) το απαιτούμενο Χρονοδιάγραμμα έπρεπε να καλύπτει όλο το Έργο, δηλαδή την περίοδο Μελέτης – Κατασκευής καθώς και την περίοδο Λειτουργίας και Συντήρησης μέχρι την απόδοση του Έργου από τον Ανάδοχο στον Εργοδότη. Παραδόξως ούτε οι Σύμβουλοι του Έργου δεν αναφέρουν οτιδήποτε πάνω σ' αυτή την ουσιαστικής σημασίας παράλειψη του Προτιμητέου Προσφέροντα στην Έκθεση Αξιολόγησης τους. Σημειώνεται ότι οι Σύμβουλοι εκτός της ιδιότητας των σαν Σύμβουλοι του Έργου ενεργούν και σαν εξωτερικοί επαγγελματίες ελεγκτές ενός εκ των μελών της Κοινοπραξίας.

Για τους πιο πάνω λόγους ο Πρόεδρος είναι της άποψης ότι έχουν γίνει ουσιώδεις παραβάσεις του ισχύοντος δικαίου, των όρων και προδιαγραφών των Εγγράφων της Προσφοράς από τον Προτιμητέο Προσφέροντα καθώς και των βασικών και ουσιαστικών αρχών αξιολόγησης των προσφορών όπως με λεπτομέρεια επεξηγούνται πιο πάνω.

Συνεπώς η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή γίνεται αποδεκτή και η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής ακυρώνεται ως προς τον Προτιμητέο Προσφέροντα.

Ενόψει όλων των πιο πάνω, επικυρώνεται κατά πλειοψηφία, η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής αναφορικά με τον Προτιμητέο Προσφέροντα Kinyras Consortium και ομόφωνα επικυρώνεται η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής ως προς τον Πρώτο Επιλαχόντα Strabag-Nemesis.