



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

Ιεραρχική Προσφυγή Αρ. 38/2005

Μεταξύ:

CYBARCO LTD & CARAMONDANI BROS LTD

Αιτούντων

v.

Υπουργείου Συγκοινωνιών και Έργων

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:

CYBARCO LTD & CARAMONDANI BROS LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. κα Κάτια Κακουλλή, Δικηγόρο
2. κο Παύλο Παλαικουθρίτη, εκπρόσωπο αιτουσών εταιρειών

Αναθέτουσα Αρχή:

Υπουργείο Συγκοινωνιών και Έργων

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. κα Ελεονώρα Νικολαΐδου, Ανώτερη Δικηγόρο της Δημοκρατίας (27.7.2005)
2. κο Γιώργο Τριανταφυλλίδη, Δικηγόρο (19.8.2005)
3. κα Νάταλη Παρτασίδου, Δικηγόρο (19.8.2005)
4. κο Αλέκο Μιχαηλίδη, Πρώτο Εκτελεστικό Μηχανικό, Υπουργείο Συγκοινωνιών και Έργων

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 8 Σεπτεμβρίου, 2005

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή στρέφεται εναντίον της απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής να μη προκηρύξει διαγωνισμό προσφορών για εργασίες ανακαίνισης και βελτίωσης των υφιστάμενων αερολιμένων Λάρνακας και Πάφου αλλά να προχωρήσει σε ανάθεση του έργου απευθείας στην Κοινοπραξία HERMES.

Η αιτούμενη από τους Αιτητές θεραπεία όπως καταγράφεται στην Ιεραρχική Προσφυγή είναι επί λέξει η ακόλουθη: *«Ακύρωση της πράξης ή απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής να αναθέσει το έργο απευθείας στην Κοινοπραξία Hermes χωρίς προκήρυξη διαγωνισμού προσφορών».*

Κατά την έναρξη της ενώπιόν μας διαδικασία η εκπρόσωπος της Αναθέτουσας Αρχής έθεσε σειρά προδικαστικών ενστάσεων που αφορούσαν βασικά την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος των Αιτητών γιατί αυτοί δεν έχουν υποστεί ζημία ή ενδέχεται να υποστούν ζημία, όπως επίσης ότι η προσφυγή εστερείτο αντικειμένου γιατί όταν αυτή καταχωρήθηκε δεν είχε υπογραφεί συμφωνία. Διαζευκτικά ετέθη θέμα εκπρόθεσμου της Προσφυγής γιατί οι Αιτητές ε γνώριζαν για την προσβαλλόμενη απόφαση, όπως φαίνεται από επιστολές τους ημερ. 23.2.2005 και 10.3.2005.

Με απόφασή μας ημερ. 1^{ης} Αυγούστου, 2005 όλα τα προδικαστικά θέματα ή ενστάσεις που εγέρθηκαν από την Αναθέτουσα Αρχή απορρίφθηκαν. Ενόψει και του αποτελέσματος της προσφυγής δεν θεωρούμε σκόπιμο να ασχοληθούμε με λεπτομέρειες των προδικαστικών θεμάτων, ούτε και τους λόγους απόρριψής τους.

Τα γεγονότα πάνω στα οποία στηρίζεται η παρούσα προσφυγή, όσο πιο συνοπτικά μπορούν να εκτεθούν, έχουν ως ακολούθως:

Τον Ιούλιο του 2002 η Κυβέρνηση προκήρυξε προσφορές για την ανάπτυξη και λειτουργία των αεροδρομίων Λάρνακας και Πάφου με τη μέθοδο γνωστή ως Β.Ο.Τ.. Με βάση τους όρους των εγγράφων προσφοράς είχε καθοριστεί σαν σκοπούμενη ημέρα κατακύρωσης της προσφοράς (target date for contract award) η 30^η Μαΐου, 2003 και

σαν ημέρα έναρξης της ισχύος της συμφωνίας (target date for contract commencement) η 2^α Ιουνίου, 2003.

Με βάση τους όρους των προσφορών η Αναθέτουσα Αρχή είχε το δικαίωμα μετά την κατακύρωση της προσφοράς και την υπογραφή του συμβολαίου παραχώρησης να ζητήσει από τον επιτυχόντα προσφοροδότη την ανακαίνιση των υφιστάμενων αεροδρομίων Λάρνακας και Πάφου. Σύμφωνα με τους όρους των εγγράφων προσφοράς οι προσφοροδότες θα κατετάσσοντο κατά σειρά ανάλογα με τη βαθμολογία τους. Ο πρώτος στη βαθμολογία προσφοροδότης («προτιμητέος προσφοροδότης») θα εκαλείτο για διαπραγμάτευση με σκοπό την κατάληξη σε συμφωνία και την κατακύρωση σε αυτόν της προσφοράς και εφόσον οι σχετικές διαπραγματεύσεις τελεσφορούσαν η προσφορά θα εκατακυρώνετο σε αυτόν. Σε περίπτωση κατά την οποία οι διαπραγματεύσεις δεν κατέληγαν σε συμφωνία τότε θα άρχιζαν διαπραγματεύσεις με το δεύτερο προτιμητέο προσφοροδότη με κατάληξη την ίδια διαδικασία.

Στην προκείμενη περίπτωση σαν πρώτος προτιμητέος προσφοροδότης επιλέγηκε η Κοινοπραξία Alterra με την οποία άρχισαν διαπραγματεύσεις το Νοέμβριο του 2003 αλλά χωρίς θετικό αποτέλεσμα γιατί η Κοινοπραξία αυτή αποχώρησε της διαδικασίας τον Ιούλιο του 2004.

Ακολούθως το Σεπτέμβριο του 2004 άρχισαν διαπραγματεύσεις με το δεύτερο προτιμητέο προσφοροδότη την Κοινοπραξία HERMES. Οι διαπραγματεύσεις κατέληξαν σε συμφωνία και η συμφωνία κατακυρώθηκε στην HERMES την 13^η Ιουνίου, 2005. Ακολούθως υπογράφηκε με την HERMES την 8^η Ιουλίου, 2005 η σχετική σύμβαση.

Κατά τη χρονική διάρκεια από την προκήρυξη των προσφορών και πριν την κατάληξη της συμφωνίας η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε ότι υπήρχε ανάγκη για την ανακαίνιση και βελτίωση των αεροδρομίων Λάρνακας και Πάφου λόγω της αυξημένης κίνησης ιδίως στο αεροδρόμιο Λάρνακας.

Με βάση τα έγγραφα προσφοράς η Αναθέτουσα Αρχή είχε δικαίωμα να ζητήσει από τον επιτυχόντα προσφοροδότη την ανακαίνιση των υφιστάμενων αεροδρομίων μετά την κατακύρωση της προσφοράς και την υπογραφή του συμβολαίου παραχώρησης.

Κατά την ενώπιόν μας διαδικασία έχει κατατεθεί και από τις δύο πλευρές ένας όγκος επιχειρημάτων, εγγράφων και δικαστικών αποφάσεων.

Τα βασικά επιχειρήματα των Αιτητών μπορούν να συνοψισθούν ως ακολούθως:

- (α) Το υπό αναφορά έργο δεν περιλαμβάνετο στις εργασίες που προβλέπουν τα έγγραφα προσφορών για το έργο της ανάπτυξης και διαχείρισης των αερολιμένων Λάρνακας και Πάφου.
- (β) Η Αναθέτουσα Αρχή ουδέποτε προκήρυξε διαγωνισμό για το έργο αυτό κατά παράβαση του περί της Σύναψης Συμβάσεων (Προμήθειες, Έργα και Υπηρεσίες) Νόμου, Ν. 101(Ι)/2003, και των σχετικών οδηγιών της Ευρωπαϊκής Ένωσης.
- (γ) Εκτός του ότι το έργο δεν περιλαμβάνετο στην πρόσκληση προς τους προσφοροδότες σε σχέση με το έργο της Ανάπτυξης και Διαχείρισης των αερολιμένων αλλά ούτε και αφορά εργασίες που κατέστησαν αναγκαίες λόγω απρόβλεπτων περιστάσεων.
- (δ) Ακόμα και σε περίπτωση που δεν ίσχυε ο αμέσως πιο πάνω λόγος δεν θα ήταν εν πάση περιπτώσει δυνατή η ανάθεση και εκτέλεση του έργου πριν την υπογραφή τελικής συμφωνίας.

Η Αναθέτουσα Αρχή προς υποστήριξη της απόφασής της προέβαλε τα ακόλουθα επιχειρήματα:

- (α) Οι αναφερόμενες εργασίες ανακαίνισης δεν μπορούσαν να διαχωριστούν από τη σύμβαση παραχώρησης γιατί θα εδημιουργούντο σοβαρά προβλήματα που η σύμβαση παραχώρησης θα υπογράφετο με την HERMES και οι εργασίες ανακαίνισης ανατίθεντο σε τρίτο με τις κανονικές διαδικασίες σύναψης συμβάσεων και παράλληλα ετίθετο σε εφαρμογή η σύμβαση παραχώρησης.

- (β) Υπήρξε μια καθυστέρηση 25 περίπου μηνών από την αρχική προβλεφθείσα προθεσμία κατακύρωσης της προσφοράς η οποία ήταν η 30^η Μαΐου, 2003. Ο ισχυρισμός αυτός προβάλλεται σε συνάρτηση με το άρθρο 23(2)(γ) του Ν. 101(Ι)/2003, οι προϋποθέσεις του οποίου, όπως ισχυρίζεται η Αναθέτουσα Αρχή, ισχύουν στην παρούσα περίπτωση και τούτο επέβαλλε το δημόσιο συμφέρον.
- (γ) Ο νόμος που ίσχυε κατά την προκήρυξη των προφορών ήταν ο Ν. 102(Ι)/1997. Σύμφωνα με το νόμο αυτό ήταν δυνατή για το δημόσιο η διαδικασία με διαπραγμάτευση σύμφωνα με τους όρους και προϋποθέσεις που προβλέποντο στους Κανονισμούς. Και σύμφωνα με τον Κανονισμό 30 της Κ.Δ.Π. 104/99 που ίσχυε τότε (δηλαδή προ της 1^{ης} Απριλίου, 2004 που τέθηκε σε εφαρμογή ο Νόμος 101(Ι)/2003 και οι σχετικοί Κανονισμοί Κ.Δ.Π. 71/2004) η Αναθέτουσα Αρχή είχε δικαίωμα να προσφύγει στη διαδικασία με διαπραγμάτευση μεταξύ άλλων αν οι προθεσμίες που επιβάλλεται να τηρηθούν για την ανοιχτή ή κλειστή διαδικασία ήταν αδύνατο να τηρηθούν λόγω του κατεπείγοντος χαρακτήρα των αναγκών και αν συνέτρεχαν άλλοι ειδικοί λόγοι για τους οποίους η ζήτηση προσφορών με ανοιχτή ή κλειστή διαδικασία δεν ήταν πρακτικά εφικτές και τούτο σε συνάρτηση με το άρθρο 67 του Ν. 101(Ι)/2003 που προνοεί ότι η εφαρμογή του Νόμου αυτού σε εκκρεμείς διαδικασίες δεν μπορεί να αφαιρέσει από οποιοδήποτε οικονομικό φορέα οποιοδήποτε δικαίωμα θα αποκτούσε με βάση τον προηγούμενο Νόμο, δηλαδή το Ν. 102(Ι)/97. Η κατακλείδα του επιχειρήματος αυτού είναι ότι εφόσον ο υπό αναφορά διαγωνισμός κατά το χρόνο προκήρυξης του διέπετο από τις πρόνοιες του Ν. 102(Ι)/97 και των σχετικών Κανονισμών της ΚΔΠ 104/99, βάσει των οποίων το έργο θα μπορούσε να ανατεθεί στη Hermes βάσει του προαναφερθέντος Κανονισμού 30 της ΚΔΠ 104/99, δεν είναι δυνατό η Κοινοπραξία Hermes να στερηθεί του πιο πάνω αναφερόμενου δικαιώματος της.
- (δ) Κατ' εφαρμογή του άρθρου 4 του Ν. 101(Ι)/2003 το Υπουργικό Συμβούλιο σε συνεδρία του ημερομηνίας 30 Μαρτίου, 2005 αποφάσισε να εξαιρέσει από την εφαρμογή του Νόμου την επίδικη σύμβαση και ως εκ τούτου ο Νόμος δεν έχει εφαρμογή στην αναφερόμενη σύμβαση.

Η πιο πάνω απόφαση έχει επί λέξει ως εξής:

«Αναφορικά με την Απόφαση με αρ. 61.752 και ημερ. 16.3.2005, το Συμβούλιο για λόγους δημόσιας τάξης και για λόγους που οφείλονται σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή και λαμβάνοντας υπόψη ότι ναυάγησαν οι διαπραγματεύσεις με τον αρχικό προτιμητέο προσφοροδότη, ασκώντας τις εξουσίες που παρέχονται σ' αυτό από το άρθρο 4 των περί της Σύναψης Συμβάσεων (Προμήθειες, Έργα και Υπηρεσίες) Νόμων του 2003 και 2004, αποφάσισε να εγκρίνει την προώθηση των εργασιών ανακαίνισης των υφιστάμενων κτιρίων των Αερολιμένων Λάρνακας και Πάφου, συνολικής δαπάνης μέχρι 5 εκ. Ευρώ πριν την υπογραφή της Συμφωνίας Παραχώρησης».

Δεν έχουμε πρόθεση να ασχοληθούμε σε έκταση με όλα τα πιο πάνω θέματα που έχουν εγερθεί κατά τη διαδικασία. Θα επικεντρωθούμε μόνο στα θέματα εκείνα που, κατά την άποψή μας, είναι τόσο βασικά που μπορούν να καθορίσουν το αποτέλεσμα αυτής της Ιεραρχικής Προσφυγής. Ως εκ τούτου καταλήγουμε στα ακόλουθα ευρήματα.

1. Δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 23(2)(γ) του Νόμου γιατί σύμφωνα με το εδάφιο (i) της παραγρ. (γ) και αν ακόμα οι αναφερόμενες εργασίες θεωρηθούν ότι είναι συμπληρωματικές εργασίες, γεγονός για το οποίο αμφιβάλλουμε, εν πάση περιπτώσει δεν έχουν ανατεθεί στον οικονομικό φορέα που εκτελεί το έργο, όπως ρητά προβλέπεται στο πιο πάνω εδάφιο, αλλά ανατέθηκαν σε οικονομικό φορέα που δεν του είχε ανατεθεί η εκτέλεση του βασικού έργου.

Ταυτόσημη διατύπωση υπάρχει και στο άρθρο 61 της Οδηγίας 2004/18/EK όπου σαφώς αναφέρεται ότι είναι προϋπόθεση όπως η ανάθεση συμπληρωματικών έργων χωρίς προκήρυξη διαγωνισμού και με τις προϋποθέσεις που καθορίζονται στο άρθρο αυτό και που δεν διαφέρουν από τις προϋποθέσεις του άρθρου 23(2)(γ) του Ν. 101(Ι)/2003 να γίνεται στον οικονομικό φορέα που εκτελεί το έργο αυτό.

Σημειώνουμε εν προκειμένω ότι η κατακύρωση της προσφοράς για το κυρίως έργο έγινε στη Hermes την 13.6.2005 και η σχετική σύμβαση υπογράφηκε την 8.7.2005 ενώ η επίδικη συμφωνία με την Κοινοπραξία Hermes επιτεύχθηκε στις 14.1.2005.

Συνακόλουθα δεν γίνονται δεκτοί οι ισχυρισμοί της Αναθέτουσας Αρχή για όφελος του δημοσίου από ευνοϊκούς όρους που πέτυχε με την ανάθεση του έργου στη Hermes.

2. Ο Ν. 102(Ι)/97 δεν έχει εφαρμογή στην παρούσα περίπτωση, όπως ισχυρίζεται η Αναθέτουσα Αρχή, γιατί ο Νόμος αυτός έπαυσε να ισχύει από 1.4.2004 όταν ετέθη σε εφαρμογή ο Ν. 101(Ι)/2003. Οι διαπραγματεύσεις με τη Hermes άρχισαν μετά την 22.7.2004. Άρα είναι σαφές ότι μέχρι την ημερομηνία αυτή η Hermes δεν είχε αποκτήσει κανένα δικαίωμα και ούτε υπήρχε, καθόσον την αφορά, εκκρεμής διαδικασία για να μπορεί να επικαλείται το άρθρο 67 του Ν. 101(Ι)/2003.

3. Σαν καθοριστικό παραμένει το θέμα της απόφασης του Υπουργικού Συμβουλίου ημερομηνίας 30.3.2005 που πρακτικά εξαίρεσε το επίδικο έργο από τις πρόνοιες του Ν. 101(Ι)/2003 στο βαθμό που απαιτείται η προκήρυξη προσφορών για το αναφερόμενο έργο.

Η απόφαση αυτή δεν έχει προσβληθεί ούτε με την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή ούτε με άλλη διαδικασία. Η Δικηγόρος των Αιτητών ισχυρίστηκε ότι η αναφερόμενη απόφαση δεν χρειάζεται να προσβληθεί, γιατί η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής συνιστά σύνθετη διοικητική πράξη και η προσβολή της τελευταίας περιλαμβάνει και τη σχετική απόφαση του Υπουργικού Συμβουλίου. Ισχυρίστηκε επίσης ότι η απόφαση αυτή είναι παντελώς ανατιολόγητη. Επίσης αναφέρεται σε λόγους δημόσιας τάξης ενώ το άρθρο 4 αναφέρεται σε «προστασία των ουσιωδών συμφερόντων της ασφάλειας της Δημοκρατίας». Για το τελευταίο αυτό επιχείρημα είναι η άποψη μας, ότι δεν μπορούμε να διαχωρίσουμε την έννοια της «δημόσιας τάξης» από την έννοια της «δημόσιας ασφάλειας».

Δεν συμφωνούμε με τη θέση, ότι η απόφαση του Υπουργικού Συμβουλίου μαζί με την προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής συνιστούν σύνθετη διοικητική πράξη. Η απόφαση η οποία καθόρισε και το τελικό αποτέλεσμα, δηλαδή την προσβαλλόμενη πράξη ή απόφαση, είναι μόνο η απόφαση του Υπουργικού Συμβουλίου. Από τη στιγμή που το Υπουργικό Συμβούλιο ασκώντας εκτελεστική εξουσία που του παρέχεται από το Άρθρο 54 του Συντάγματος, αποφάσισε την εξαίρεση της επίδικης σύμβασης από τις πρόνοιες του Ν. 101(Ι)/2003 δυνάμει του άρθρου 4 του Νόμου, η Αναθέτουσα Αρχή δεν είχε άλλη επιλογή παρά να συμμορφωθεί. Είναι βεβαίως καλά νομολογημένη αρχή, ότι η νομιμότητα των αποφάσεων του Υπουργικού Συμβουλίου ελέγχεται από το Ανώτατο Δικαστήριο, αλλά στην προκείμενη περίπτωση, εκτός του ότι έχουμε αμφιβολία εάν έχουμε εξουσία σαν διοικητικό όργανο να ελέγχουμε αυτές τις αποφάσεις, η αναφερόμενη απόφαση του Υπουργικού Συμβουλίου δεν έχει προσβληθεί σε κανένα στάδιο είτε ενώπιόν μας είτε στο Ανώτατο Δικαστήριο. Το εύρημα αυτό καθορίζει και την απόφασή μας εν προκειμένω. Γι' αυτόν και μόνο το λόγο η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή απορρίπτεται και η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής επικυρώνεται. Δεν επιβάλλονται έξοδα της διαδικασίας.