



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. 10/2021

Μεταξύ:

ERNST AND YOUNG CYPRUS LTD – SALFO and Associates S.A. Engineering and
Management Consultants – MARNET SA

Αιτητών

v.

ΥΦΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΤΟΥΡΙΣΜΟΥ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

Έφη Παπαδοπούλου, Πρόεδρος
Λοΐζος Κάππας, Μέλος
Γιώργος Αναστασίου, Μέλος
Σόλων Παπαθεοχάρους, Μέλος
Δήμος Θωμά, Μέλος

Αιτητές:

ERNST AND YOUNG CYPRUS LTD – SALFO and Associates S.A. Engineering
and Management Consultants – MARNET SA

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Κωνσταντίνο Μιχαήλ, Δικηγόρο για Προύντζος & Προύντζος
ΔΕΠΕ

Αναθέτουσα Αρχή:

ΥΦΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΤΟΥΡΙΣΜΟΥ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Στεφάνια Χατζηστεφάνου, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. Μόνικα Λιατήρη, Τουριστικό Λειτουργό Α', Συντονίστρια
Επιτροπής Αξιολόγησης
3. Δέσπω Καλλή, Ανώτερο Λογιστικό Λειτουργό

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 13 Ιουλίου 2021

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Αντικείμενο της παρούσας προσφυγής είναι η απόφαση του Υφυπουργείου Τουρισμού («η Αναθέτουσα Αρχή») να απορρίψει στο στάδιο του ελέγχου προϋποθέσεων συμμετοχής την προσφορά των ERNST AND YOUNG CYPRUS LTD-SALFO AND ASSOCIATES S.A ENGINEERING AND MANAGEMENT CONSULTANTS – MARKET S.A («οι Αιτητές») για το διαγωνισμό αρ. 6/2020 «*Competition for the provision of services for a comprehensive feasibility study of a combined marine development (marina and infrastructure that can accommodate cruise ships) in Kissonerga area, Paphos*».

Ο διαγωνισμός προκηρύχθηκε στις 02/04/2020 με τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών την 30/07/2020 και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάση βέλτιστης σχέσης τιμής – ποιότητας.

Από την επιστολή γνωστοποίησης αποτελεσμάτων ημερομηνίας 11.03.2021 που απέστειλε η Αναθέτουσα Αρχή στους Αιτητές προκύπτει ότι η προσφορά των Αιτητών απορρίφθηκε γιατί δεν πληροί την παράγραφο 6.4.2 του μέρους Α των εγγράφων του διαγωνισμού αναφορικά με τον εμπειρογνώμονα 1.

Οι Αιτητές υποστηρίζουν ότι η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής να απορρίψει την προσφορά τους είναι εσφαλμένη και/ή παράνομη και/ή παράτυπη και/ή αποτέλεσμα άνισης μεταχείρισης των προσφοροδοτών.

Συγκεκριμένα, υποστηρίζουν, ότι προς πλήρωση του όρου 6.4.2(b) των εγγράφων του διαγωνισμού που αφορά τον Key Expert 1: Financial Expert υπέβαλαν δύο έργα. Το «Project Amphitrite: (Λιμάνι και Μαρίνα Λάρνακας)» και το «Project c: (Nicosia Mall)». Για το δεύτερο έργο κατά την ενώπιόν μας διαδικασία απέσυραν όλους τους ισχυρισμούς τους.

Σχετικά με το «Project Amphitrite » σημείωσαν ότι η Αναθέτουσα Αρχή το απέρριψε επειδή έκρινε ότι το συμβόλαιο δεν είχε υπογραφεί κατά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών.

Είναι θέση τους ότι από τον σχετικό όρο 6.4.2(b) δεν προκύπτει με σαφήνεια το χρονικό σημείο κατά το οποίο έπρεπε να έχει υπογραφεί το συμβόλαιο «transaction closing» και ως εκ τούτου δεν έπρεπε να απορριφθεί η προσφορά τους από τη στιγμή μάλιστα που κατά το χρόνο αξιολόγησης των προσφορών είχε υπογραφεί η σχετική σύμβαση. Από την επιστολή ημερ. 13.07.2020, πρόσθεσαν, η οποία υπογράφεται από το ίδιο το Υπουργείο Μεταφορών, Επικοινωνιών και Έργων και η οποία είχε υποβληθεί με την προσφορά τους προκύπτει ότι ήταν θέμα χρόνου η υπογραφή της

σύμβασης, αφού οι συζητήσεις με τον επενδυτή είχαν ουσιαστικά ολοκληρωθεί.

Αναφέρετο συγκεκριμένα:

«...The Project is currently at the final stages of the negotiations between the MTCW and the preferred bidder and a preliminary agreement has already been reached between the two parties. It is expected that the preferred bidder will proceed with an investment of approx. EUR 1 billion throughout the Project's concession period...».

Οι Αιτητές με αναφορά στην έκθεση της Επιτροπής αξιολόγησης όπου για άλλο προσφέροντα (Ο.Φ ΡΟΓΚΑΝ & ΣΥΝΕΡΓΑΤΕΣ ΑΕ & Rebel Group International BV), ο οποίος με επιστολή του ενημέρωνε ότι η σύμβαση του ανατέθηκε αλλά η υπογραφή της αναβλήθηκε λόγω του COVID-19 καίτοι η προσφορά του αποκλείστηκε η Επιτροπή Αξιολόγησης προέβη στην παρατήρηση ότι η μη υπογραφή του συμβολαίου δεν οφείλεται σε ανωτέρα βία ως αποτέλεσμα του COVID-19, αφού η σύμβαση δεν είχε υπογραφεί ούτε μέχρι τον Οκτώβριο του 2020, φανερώνει ότι έτυχαν άνισης μεταχείρισης, αφού στην περίπτωση τους δεν εξετάστηκε κατά πόσο η μη υπογραφή της σύμβασης για το «Project Amphitrite» οφείλεται στη νόσο COVID-19. Παρά το γεγονός ότι η Επιτροπή Αξιολόγησης για άλλο προσφοροδότη ήταν διατεθειμένη να εξετάσει το ενδεχόμενο αποδοχής ενός έργου σε σχέση με την εκπλήρωση των κριτηρίων του 6.4.2(b) του Μέρους Α αν η υπογραφή της σύμβασης ολοκληρώνετο μέχρι τον Οκτώβριο του 2020, στην περίπτωσή τους εισηγήθηκε ότι η μη ύπαρξη υπογεγραμμένου συμβολαίου (signed concession contract) συνιστά απόκλιση από τις απαιτήσεις των εγγράφων του Διαγωνισμού.

Οι Αιτητές μας παραπέμπουν επίσης στην απάντηση τους μετά από διευκρινιστικό ερώτημα της Αναθέτουσας Αρχής ημερ. 6.10.2020 όπου σημείωσαν ότι:

«...In addition, we note again that Project Amphitrite besides the port and marina element involves, among others, extensive residential and commercial real estate development. As already noted, the Ministry of Transport, Communications and Works has already announced an agreement with the Bidder, with the actual Concession Agreement expected to be signed within October 2020...».

Είναι θέση τους ότι η Αναθέτουσα Αρχή επέδειξε αντιφατική συμπεριφορά.

Ο τρόπος, ισχυρίζονται, με τον οποίο ενήργησε δεικνύει άنيση μεταχείριση μεταξύ προσφοροδοτών για όμοια ζητήματα και σε σχέση με πανομοιότυπο όρο. Εφόσον εισηγούνται, η Αναθέτουσα Αρχή ήταν διατεθειμένη να αποδεχτεί έργα τα οποία θα υπογράφονταν και μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, έπρεπε να θεωρούσε έγκυρο και το έργο των Αιτητών το οποίο είχε προκαταρκτική συμφωνία (preliminary agreement) πριν την υποβολή της προσφοράς τους, η δε σύμβαση υπεγράφη πριν ακόμη η Αναθέτουσα Αρχή ανακοινώσει τα αποτελέσματα του Διαγωνισμού.

Προς υποστήριξη της θέσης τους για παραβίαση του δικαιώματος ίσης μεταχείρισης οι Αιτητές μας παρέπεμψαν στο άρθρο 4 του Ν.73(Ι)/2016, στα άρθρα 38, 44, 45 και 52 του Ν. 158(Ι)/1999 και στην απόφαση *Medcon Construction and Others v. Δημοκρατίας* (1968) 3 Α.Α.Δ σελ. 535, 534.

Άλλο θέμα που εγείρουν οι Αιτητές είναι η μη διασφάλιση επαρκούς ανταγωνισμού. Είναι θέση τους ότι με τη διαδικασία που ακολουθήθηκε δεν διασφαλίζεται ο απαραίτητος ανταγωνισμός στο πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων, ούτε υπάρχουν τα εχέγγυα της όλης διαδικασίας επιλογής.

Για τον καθορισμό της εκτιμώμενης δαπάνης, αναφέρουν, αλλά και σε σχέση με την απαιτούμενη εμπειρία των εμπειρογνομόνων στα πλαίσια έρευνας της αγοράς ζήτησε τις απόψεις δύο φορέων (market players). Της Deloitte και της PWC. Από τις έξι προσφορές που υποβλήθηκαν μόνο η προσφορά της Deloitte δεν απορρίφθηκε ενώ η PWC από την οποία ζητήθηκαν απόψεις δεν υπέβαλε προσφορά.

Λαμβάνοντας υπόψη τις πρόνοιες του Κανονισμού 34(5)(β) της Κ.Δ.Π.201/2007 υποστηρίζουν η Αναθέτουσα Αρχή έπρεπε να ακυρώσει το διαγωνισμό.

Είναι επίσης η θέση των Αιτητών ότι υπάρχει ανεπαρκής αιτιολογία και/ή έλλειψη αιτιολογίας όπως και ελλιπής τήρηση πρακτικών. Από κανένα σημείο των πρακτικών και/ή της έκθεσης αξιολόγησης και/ή της απόφασης του Συμβουλίου Προσφορών, αναφέρουν, δεν προκύπτει να έχει απασχολήσει την Αναθέτουσα Αρχή το ζήτημα ότι ένας και μόνον προσφοροδότης έχει περάσει το στάδιο των Προϋποθέσεων Συμμετοχής ούτε το γεγονός ότι οι Αιτητές με την υποβολή της προσφοράς τους έκαναν ξεκάθαρο το ότι για το «Project Amphitrite» υπήρχε ήδη προκαταρκτική συμφωνία (preliminary agreement) με το Υπουργείο Μεταφορών, Επικοινωνιών και

Έργων και ότι η σχετική τελική συμφωνία θα υπογραφόταν εντός του αμέσως επόμενου χρονικού διαστήματος.

Από την πλευρά της η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτει όλους τους ισχυρισμούς των Αιτητών.

Συγκεκριμένα για τον όρο 6.4.2(b), αναφέρει ότι πριν από την υποβολή των προσφορών τέθηκαν ερωτήσεις από ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, περιλαμβανομένων και των Αιτητών, οι οποίες και απαντήθηκαν. Συγκεκριμένα, η ερώτηση υπ' αριθμό 40 υπεβλήθη από τους ίδιους τους Αιτητές οι οποίοι, και μετά την απάντηση στο ερώτημά τους, και ειδικότερα για το τι συνιστά «transaction closing» αλλά και όλων των απαντήσεων επί του συγκεκριμένου όρου, δεν αμφισβήτησαν τους όρους του Διαγωνισμού ούτε έθεσαν αίτημα τροποποίησης του όρου. Ως εκ τούτου, καταλήγει, με βάση το δόγμα επιδοκμασίας – αποδοκμασίας, οι Αιτητές κωλύονται να αμφισβητούν είτε τον ίδιο τον όρο είτε τον τρόπο με τον οποίο αυτός ερμηνεύτηκε από την Αναθέτουσα Αρχή, δεδομένου ότι και η ερμηνεία του ενυπήρχε σε αυτόν.

Σύμφωνα με την Αναθέτουσα Αρχή οι Αιτητές όχι μόνο κωλύονται να εγείρουν εκ των υστέρων ζητήματα σε σχέση με τους όρους του διαγωνισμού αλλά και δεν νομιμοποιούνται να ισχυρίζονται ότι οι προδιαγραφές του Διαγωνισμού δεν διασφάλιζαν επαρκή ανταγωνισμό και ότι ο Διαγωνισμός έπρεπε να ακυρωθεί καθότι

οι προδιαγραφές οδηγούσαν σε συγκεκριμένο οικονομικό φορέα. Υπό το φως της νομολογίας, ισχυρίζεται, αποκλεισθείς προσφοροδότης έχει έννομο συμφέρον να προσβάλει τη νομιμότητα του αποκλεισμού του και τίποτε πέραν τούτου. Περαιτέρω ισχυρίζεται ότι οι Αιτητές κωλύονται να εγείρουν ζητήματα που αφορούν άλλους οικονομικούς φορείς, όπως είναι οι αναφορές τους για τους «ΡΟΓΚΑΝ ΚΑΙ ΣΥΝΕΡΓΑΤΕΣ Α.Ε.».

Η Αναθέτουσα Αρχή ανεξάρτητα από τα προδικαστικά που εμμέσως έθεσε, υποστήριξε ότι με σκοπό τη διασφάλιση επαρκούς ανταγωνισμού, πριν από την προκήρυξη του Διαγωνισμού και κατ' εφαρμογή και του άρθρου 37 του περί της Ρύθμισης των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και για Συναφή Θέματα Νόμου του 2016, Ν. 73(I)/2016, ζήτησε από τις εταιρείες PWC και Deloitte να πληροφορηθεί κατά πόσο, στην ευρύτερη περιοχή της Μεσογείου και/ ή αλλού, υλοποιήθηκαν έργα πέραν των γνωστών έργων των Μαρίνων στην Κύπρο, ώστε να επιβεβαιωθεί ότι υπάρχουν οικονομικοί φορείς που θα μπορούσαν να ανταποκριθούν στις απαιτήσεις που είχαν ήδη αποφασιστεί και τεθεί από την Αναθέτουσα Αρχή. Στα πλαίσια της εν λόγω διερεύνησης, πρόσθεσε, διαπιστώθηκε ότι υπάρχει σημαντικός αριθμός αναπτύξεων σε λιμενικά έργα στη Μεσόγειο και στις χώρες του Αραβικού κόλπου και ότι κατ' επέκταση ήταν δυνατή η εξασφάλιση της εμπειρίας που είχε τεθεί στους όρους του Διαγωνισμού. Συνεπώς καταλήγει η αναφορά των Αιτητών ότι αποτάθηκε στην PWC και Deloitte «για να ζητήσει την άποψη της ως προς το ποια θα

έπρεπε να ήταν η ελάχιστη απαιτούμενη εμπειρία των εμπειρογνομόνων που ασχολήθηκαν στο παρελθόν με παρόμοια έργα» είναι εσφαλμένη και/ή παραπλανητική.

Σε ό,τι αφορά το ζήτημα ακύρωσης του Διαγωνισμού, στα πλαίσια της κατ' ισχυρισμόν μη επαρκούς διασφάλισης του ανταγωνισμού, η Αναθέτουσα Αρχή ισχυρίζεται ότι ο Καν. 35(5)(β) των περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών (Γενικών) Κανονισμών του 2007, Κ.Δ.Π 201/2007 και ο όρος 10.3.2(b) του Μέρους Α των εγγράφων του διαγωνισμού δεν τυγχάνουν εδώ εφαρμογής, εφόσον οι προϋποθέσεις του όρου 6.4.1 του Μέρους Α ικανοποιούνται από 3 προσφοροδότες. Η αναφορά τόσο στον Κανονισμό όσο και στα έγγραφα του Διαγωνισμού σε «συγκεκριμένο οικονομικό φορέα», αναφέρει, ορθά ερμηνευόμενη δεν σημαίνει «σε έναν οικονομικό φορέα». Ακόμη, αναφέρει, και εάν, ήθελε θεωρηθεί ότι ο Κανονισμός αναφέρεται σε «έναν» προσφοροδότη, και πάλι στον Κανονισμό όπως και στα έγγραφα του Διαγωνισμού χρησιμοποιείται η λέξη δύναται, «may», πράγμα που καταδεικνύει ότι η Αναθέτουσα Αρχή έχει δυνατότητα και όχι υποχρέωση ακύρωσης διαγωνισμού.

Σε σχέση με τον λόγο απόρριψης της προσφοράς των Αιτητών, όρος 6.4.2(b) του Μέρους Α' των εγγράφων του διαγωνισμού, ισχυρίζεται ότι ολόκληρος ο όρος 6.4.1 και 6.4.2 περιλαμβανομένης της απαίτησης του όσον αφορά στο «transaction closing» όσο και σε σχέση με το «development and management of housing»

αποτελεί ουσιώδη απαίτηση, καθώς αφορά την τεχνική ικανότητα του προσφέροντα να υλοποιήσει το αντικείμενο της σύμβασης και είναι αποφασιστικής σημασίας για τις ανάγκες της. Σ' ότι αφορά την κρίση όρου ως ουσιώδους παραπέμπει σε σχετική νομολογία¹.

Η απαίτηση του όρου 6.4.2(b) του Μέρους Α των εγγράφων του διαγωνισμού, σημείωσε, αφορά απαίτηση που συνδέεται με το δικαίωμα συμμετοχής και συνιστά ουσιώδη απαίτηση. Τυχόν μη εφαρμογή της συνιστά άνιση μεταχείριση και έλλειψη διαφάνειας στη διαδικασία τόσο σε σχέση με τους προσφοροδότες όσο και σε σχέση με τους δυνητικούς προσφοροδότες, λαμβάνοντας υπόψη και την απάντηση της Αναθέτουσας Αρχής στο ερώτημα αρ. 40.

Σε ότι αφορά το «Project Amphitrite» για το οποίο οι Αιτητές, ισχυρίζονται ότι εσφαλμένα δεν λήφθηκε υπόψη, η Αναθέτουσα Αρχή παραπέμπει στην έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης και στα πρακτικά του Συμβουλίου Προσφορών κατά τις συνεδρίες του στις 20.1.2021 και 25.1.2021, αλλά και στο σύνολο του διοικητικού φακέλου από τα οποία αναφέρει προκύπτει ότι οι ισχυρισμοί των Αιτητών είναι αβάσιμοι, αφού το τι συνιστά ολοκληρωμένη σύμβαση (transaction closing) έγινε

¹ Αναθεωρητική Έφεση Αρ. 903, Tamassos Tobacco Suppliers and Co v Δημοκρατίας, Αναθεωρητική Έφεση Αρ. 3295, Ε. Φιλίππου Λτδ v Κυπριακής Δημοκρατίας, PAIR QUALITYLINK LTD v. ΚΥΠΡΙΑΚΗΣ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ, ΜΕΣΩ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΕΥΗΜΕΡΙΑΣ, Υπόθεση Αρ. 136/2012 ημερ. 28/6/2013, ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ ΠΑΝΑΓΙΩΤΗΣ ΧΑΠΕΣΙΗΣ & ΚΩΣΤΑΣ Α. ΖΑΧΑΡΙΑΣ ΛΤΔ v. ΚΥΠΡΙΑΚΗΣ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ, μέσω 1. Υπουργείου Δικαιοσύνης και Δημοσίας Τάξεως 2. Αρχηγού Αστυνομίας, Υπόθ. 1243/2013 ημερ. 18.03.2015, CH KOUNOUNAS CONSTRUCTIONS LTD v. ΚΥΠΡΙΑΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ, ΜΕΣΩ ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΣΥΓΚΟΙΝΩΝΙΩΝ ΚΑΙ ΕΡΓΩΝ κ.α., Αναθεωρητική Έφεση Αρ. 28/2014 ημερ. 28/7/2020

ξεκάθαρο μετά από διευκρινιστικό ερώτημα που είχε τεθεί από τους ίδιους τους Αιτητές.

Στην περίπτωση του «Project Amphitrite» η υπογραφή της προκαταρκτικής συμφωνίας με κανένα τρόπο δεν συνιστά υπογεγραμμένη σύμβαση, γεγονός που και οι ίδιοι οι Αιτητές αναγνωρίζουν. Όμως για να καταστεί δυνατή η υπογραφή της σύμβασης όπως και στην επιστολή του Υπουργείου Μεταφορών, Επικοινωνιών και Έργων ημερομηνίας 13.7.2020 αναφέρεται θα έπρεπε να ολοκληρωθούν οι σχετικές διαπραγματεύσεις.

Περαιτέρω και σε ό,τι αφορά στο χρονικό σημείο κατά το οποίο θα έπρεπε να υπάρχει υπογεγραμμένη σύμβαση αυτό ήταν σαφές με βάση τα ίδια τα έγγραφα του διαγωνισμού και μεταξύ άλλων με βάση τον όρο 6.4 του Μέρους Α των εγγράφων του διαγωνισμού.

Αναφορικά με την ερμηνεία που δίδουν οι Αιτητές στα όσα καταγράφονται στην έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης για τον προσφέροντα ΡΟΓΚΑΝ και τα οποία επικαλούνται για να καταδείξουν άνιση μεταχείριση, η Αναθέτουσα Αρχή υποστηρίζει ότι αυτά αποτελούν αυθαίρετα συμπεράσματα των Αιτητών. Για την ΡΟΓΚΑΝ στην έκθεση αξιολόγησης ξεκάθαρα και ρητά αναφέρεται ότι το θέμα ανωτέρας βίας δεν εξετάστηκε ούτε διευκρινίσθηκε από την επιτροπή, παρά το γεγονός ότι ο συγκεκριμένος προσφοροδότης σε επιστολή του ημερομηνίας

13.10.2020 για τη μη υπογραφή της σύμβασης επικαλέστηκε την πανδημία. Η αναφορά σημείωσε η οποία γίνεται για την πανδημία, είναι επειδή έγινε επίκλησή της από το συγκεκριμένο προσφοροδότη οπότε η Επιτροπή Αξιολόγησης είχε υποχρέωση να αναφερθεί σ' αυτό. Ουδέποτε όμως έκρινε ότι θα μπορούσε να γίνει αποδεκτή σύμβαση η οποία δεν είχε υπογραφεί. Σε κάθε περίπτωση, καταλήγει, οι Αιτητές δεν μπορούν να στηρίζουν επιχειρήματά για άνιση μεταχείριση σε υποθέσεις ως προς το ποια θα ήταν η απόφαση της Επιτροπής Αξιολόγησης εάν λάμβανε χώρα ένα υποθετικό σενάριο δηλαδή εάν η σύμβαση υπογράφετο μέχρι τον Οκτώβριο του 2020.

Τέλος αβάσιμο θεωρεί και τον ισχυρισμό των Αιτητών για έλλειψη αιτιολογίας.

Έχουμε μελετήσει με προσοχή τις θέσεις των δύο πλευρών υπό το φως πάντοτε του περιεχομένου του διοικητικού φακέλου. Θα εξετάσουμε τους λόγους ακύρωσης που προβάλλονται με πρώτο τον ισχυρισμό σε σχέση με τον αποκλεισμό της προσφοράς τους με τον οποίο διασυνδέεται και ο ισχυρισμός για άνιση μεταχείριση ο οποίος στηρίζεται στα λεχθέντα από την Επιτροπή Αξιολόγησης σε σχέση με την προσφορά της ΡΟΓΚΑΝ.

Ο όρος 6.4 του Μέρους Α των εγγράφων του διαγωνισμού, ο οποίος προβλέπει και για τον εμπειρογνώμονα 1 έχει ως εξής:

«6.4 Technical and professional ability

To participate in the tender procedure, interested economic operators must meet the following requirements concerning their technical and professional ability.

- 1. They must, during the last five (5) years (the five years expiring on the date specified as the deadline for the submission of the tenders), have completed successfully at least **two (2)** contracts, with a value amounting to at least **€250.000** euro (advisory fees) each and having as a scope the preparation of the feasibility studies for the development of infrastructure projects, with a minimum participation rate of 60%.*

The term «completed» shall mean that implementation of the respective contract is at least 80% complete.

- 2. They must include in the proposed Project Team which will be responsible for the implementation of the Contract Scope, as key experts, personnel whose qualifications cover the minimum required as follows:*

Key Expert 1: Financial Expert

- Head Financial Advisor: (a) in at least one project involving the preparation of comprehensive feasibility studies regarding the development of a marina or a port prior to their construction with a total project value exceeding €100.000.000 (b) in at least one transaction closing of a concession project that includes the development and management of commercial real estate and housing, to an investor for at least 20 years. Eligible projects for the purposes of this expertise will be considered those that contracts have already been signed and were of value exceeding €100.000.000».*

Σημειώνεται ότι υπήρξαν τροποποιητικά σημειώματα και ο όρος συμπληρώθηκε ως ακολούθως:

«Addition/Correction 2

In Part A, section 6.4.2 – Key expert 1: Financial Expert, the following text is added:

The term ‘Concession project’ means a ‘works concession’ which is a contract for pecuniary interest concluded in writing by means of which one or more contracting authorities or contracting entities entrust the execution of works to one or more economic operators the consideration for which consists either solely in the right to exploit the works that are the subject of the contract or in that right together with payment.

The terms contracting authorities or contracting entities have the meaning ascribed to them in Directive 2014/23/EU. It is clarified that Works Concessions of these contracting authorities or contracting entities before 26.2.2014 are also eligible.

Addition/Correction 4

In Part A, 6.4.2- Key Expert 1: Financial Expert, the following phrase is added:

Provided that a project fulfils both requirements (a) and (b) as stated in Part A, 6.4.2, it could be the same project»

Επίσης, σε σχέση με τον υπό κρίση όρο τέθηκε η πιο κάτω ερώτηση η οποία απαντήθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή:

«QUESTION 40

PART A – 6.4. 2 - Key Expert 1: Financial Expert

Part (b) of the minimum qualifications of the Head Financial Advisor specify that this expert must have led ‘one transaction closing of a concession project that includes the development and management of commercial real estate and housing, to an investor for at least 20 years’.

Please clarify whether the term ‘transaction closing’ could be met by applying that the implementation of the respective contract is at least 80% complete as per the provisions of paragraph 6.4.1 above.

Answer 40

The requirement in paragraph 6.4.2 of part A of the tender documents regarding Key Expert 1 does not refer to any percentage of implementation of the contract for the advisory services. The said paragraph requires a “transaction closing” which means that the concession contract should be signed».

Πρώτο ζήτημα που πρέπει να αποφασισθεί είναι κατά πόσο ο όρος 6.4.2 του Μέρους Α αποτελεί ουσιώδη όρο του διαγωνισμού.

Στην *Pair Qualitylink Ltd v. Κυπριακής Δημοκρατίας, μέσω Υπηρεσιών Κοινωνικής Ευημερίας*, Υποθ. Αρ. 136/2012, ημερ. 28.6.2013 σε σχέση με τους όρους δημόσιου διαγωνισμού αναφέρονται τα εξής:

«[...] Παρά το ότι γενικώς οι όροι διαγωνισμού θεωρούνται ουσιώδεις, οι επί μέρους όροι δυνατόν να διακρίνονται σε ουσιώδεις η επουσιώδεις, ανάλογα με τη σημασία που κρίνονται ότι έχουν στην όλη συμμετοχή και διαδικασία του διαγωνισμού, (Tamassos Tobacco Suppliers Ltd v. Δημοκρατίας (1992) 3 Α.Α.Δ. 60). Η κρίση κατά πόσον όρος είναι ή όχι ουσιώδης ανήκει στο Δικαστήριο στη βάση αντικειμενικών κριτηρίων που προδήλως σχετίζονται με τη σημασία που έχει ο όρος για την κατακύρωση της προσφοράς, έχοντας υπόψη ταυτόχρονα ότι ένας δημόσιος διαγωνισμός αποσκοπεί στην εξυπηρέτηση του ευρύτερου δημόσιου συμφέροντος με την παραγωγή έργων κοινής ωφελείας, (Ε. Φιλίππου Ατδ v. Δημοκρατίας (2004) 3 Α.Α.Δ. 389 και Κοινοπραξία Tasni Enviro Ltd και Telmen Ltd v. Δημοκρατίας, υπόθ. αρ. 862/2005, ημερ. 4.3.2010).

Η νομολογία επίσης έχει εδραιώσει ότι από τη στιγμή που ένας όρος θεωρείται ουσιώδης και κρίνεται ως τέτοιος από το αναθεωρητικό Δικαστήριο, δεν χωρεί οποιαδήποτε διαφοροποίηση μεταξύ ουσιώδους ή επουσιώδους απόκλισης από τον όρο αυτό, (Αρχή Ηλεκτρισμού Κύπρου v. Bulk Oil A.G. (1997) 3 Α.Α.Δ. 182 και KB Impuls System Grubh v. Υπουργείου Δικαιοσύνης, υπόθ. αρ. 681/09, ημερ. 30.11.2010). Και όπως λέχθηκε και στην Multi Klima Maliotis Engineering Ltd v. Δημοκρατίας (2002) 3 Α.Α.Δ. 401, «Η τελική κρίση για το ουσιώδες όρου μειοδοτικού διαγωνισμού ανήκει στο Δικαστήριο.»».

Ό,τι ο όρος 6.4.2 του Μέρους Α είναι ουσιώδης δεν χωρεί αμφιβολία. Αφορά τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό και ειδικότερα τα κριτήρια επιλογής σ' ότι αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των προσφερόντων. Στην ουσία ο όρος προβλέπει τα νομιμοποιητικά στοιχεία και τις προϋποθέσεις για έγκυρη συμμετοχή στο διαγωνισμό, όπως άλλωστε φανερώνει το ίδιο το λεκτικό του. Η μη πλήρωση του από οικονομικό Φορέα από τη στιγμή που ο όρος είναι ουσιώδης δεν μπορεί παρά να οδηγεί σε απόρριψη της προσφοράς του, αφού όπως είναι καλά νομολογημένο δεν χωρεί διαφοροποίηση μεταξύ ουσιώδους ή επουσιώδους απόκλισης από ουσιώδη όρο. Όπως λέχθηκε στην Εργοληπτική Εταιρεία Αδελφοί Παντελίδη Λτδ ν. Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών, Υπόθ. αρ. 900/2010 ημερ. 22.9.2014

*«Η προκήρυξη του διαγωνισμού και οι όροι του αποτελούν πράξη κανονιστικού περιεχομένου που δεσμεύει τόσο τη διοίκηση, όσο και τους διαγωνιζόμενους. Ως εκ τούτου, η παράβαση ουσιωδών όρων συνεπάγεται ακυρότητα (Βλ. **General Constructions Ltd v. Δήμου Λεμεσού (1998) 3 Α.Α.Δ. 584**). Οι όροι προκήρυξης διαγωνισμού θεωρούνται κατ' ουσία διάταξη νόμου, η δε παράβασή τους συνιστά παράβαση κανόνα δικαίου (βλ. **Αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας 152/39, 245/43**). Σε κάθε περίπτωση η διοίκηση και οι διαγωνιζόμενοι προσφοροδότες δεσμεύονται από τους όρους, οι οποίοι πρέπει να ερμηνεύονται στενά και αυστηρά (Βλ. **Αιμίλιος Έλληνας και Σία Λτδ ν. Υπουργείου Οικονομικών κ.α. (1990) 3 Α.Α.Δ. 181 και Λουκής Π. Λουκαΐδης Λτδ ν. Δημοκρατίας (1990) 3 Α.Α.Δ. 862, Δημοκρατία ν. S. Kyriakos Euromarket Ltd (2000) 3 Α.Α.Δ. 692**).*

Για σκοπούς ίσης μεταχείρισης όλων των προσφοροδοτών, το δημόσιο συμφέρον απαιτεί οι ουσιώδεις όροι του διαγωνισμού να εφαρμόζονται αυστηρά χωρίς να επιτρέπονται παρεκκλίσεις, οι οποίες στις πλείστες περιπτώσεις εγείρουν ερωτηματικά, όσο καλοπροαίρετα και αν φαίνεται ότι ενήργησε η διοίκηση».

Οι Αιτητές με την αναφορά τους ότι η «μόνη εκκρεμότητα» που υπήρχε κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς τους ήταν η υπογραφή της σύμβασης και ότι αυτή εν πάση περιπτώσει υπεγράφη πριν από την κοινοποίηση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού δεν βοηθά αφού καθοριστικό σημείο πλήρωσης των προϋποθέσεων συμμετοχής είναι ο χρόνος υποβολής των προσφορών. Στην ουσία οι Αιτητές ζητούν παρέκκλιση από τις αρχές της νομολογίας. Οι όροι του διαγωνισμού και ειδικότερα η σημασία του σημείου για το οποίο η προσφορά τους αποκλείστηκε είχε διευκρινιστεί πλήρως στα πλαίσια του ερωτήματος 40 και οι ίδιοι υπέβαλαν αδιαμαρτύρητα την προσφορά τους. Σε συμφωνία με την Αναθέτουσα Αρχή κρίνουμε ότι οι Αιτητές δεν νομιμοποιούνται να εγείρουν ζητήματα σε σχέση με τους όρους του διαγωνισμού και κατά πόσο αυτοί διασφαλίζουν ή όχι τον υγιή ανταγωνισμό. Τη θέση τους αυτή είχαν τη δυνατότητα να τη θέσουν και να εξεταστεί τόσο από την Αναθέτουσα Αρχή όσο και από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών σε περίπτωση προσφυγής πράγμα όμως που δεν έπραξαν.

Σ' ότι αφορά τους ισχυρισμούς τους αναφορικά με τον τρόπο που η Επιτροπή Αξιολόγησης χειρίστηκε την προσφορά της ΡΟΓΚΑΝ ούτε αυτοί ευσταθούν. Από όσα καταγράφονται στην έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης όχι μόνο δεν συνάγεται ότι εάν η σύμβαση υπογράφετο μέχρι τον Οκτώβριο του 2020 η Επιτροπή Αξιολόγησης δεν θα απέκλειε την προσφορά της αλλά γιατί κι' εάν η Επιτροπή Αξιολόγησης αποδέχεται σύμβαση που υπεγράφη μετά την υποβολή των προσφορών

και εισηγείτο αποδοχή της προσφοράς ως έγκυρης, η εισηγησή της, θα εξετάζετο από το κατά νόμο αρμόδιο όργανο δηλαδή το Συμβούλιο Προσφορών το οποίο είναι άγνωστο πως θα ενεργούσε. Εν πάση περιπτώσει κι' εάν ακόμη δεχτούμε τα όσα υποστηρίζουν οι Αιτητές σχετικά με το υποβληθέν έργο της ΡΟΓΚΑΝ, η προσφορά τους δεν μπορεί να θεωρηθεί νόμιμη στη βάση αντινομικής ενέργειας της Αναθέτουσας Αρχής. Σχετικό είναι το άρθρο 39 του περί των Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου του 1999, Ν. 158(I)/99 που προβλέπει ότι δεν αναγνωρίζεται ισότητα στην παρανομία. Όπως έχουμε προαναφέρει ο όρος απαιτούσε όπως κατά την υποβολή των προσφορών έπρεπε να υπάρχει υπογεγραμμένη σύμβαση «concession contract» και αυτή η απαίτηση ήταν δεσμευτική τόσο για την Αναθέτουσα Αρχή, όσο και για τους οικονομικούς φορείς.

Εν πάση περιπτώσει θα πρέπει να σημειωθεί ότι η όποια απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής η οποία έρχεται σε αντίθεση με ουσιώδεις όρους του διαγωνισμού τους οποίους η ίδια προδιόγραψε σε περίπτωση προσφυγής υπόκειται σε απόρριψη.

Τέλος ούτε οι ισχυρισμοί των Αιτητών για ακύρωση του διαγωνισμού ευσταθούν.

Σύμφωνα με τον Καν. 35(5)(β) της ΚΔΠ 201/2007 τον οποίο επικαλούνται οι Αιτητές:

«Ακύρωση διαγωνισμού δύναται να αποφασιστεί [...]

(α) [...]

- (β) *όταν διαπιστώνεται ότι κανένας από τους προσφέροντες δεν μπορεί να ανταποκριθεί στους όρους και στις προδιαγραφές των εγγράφων του διαγωνισμού ή όταν οι προδιαγραφές αυτές οδηγούν κατ' αποκλειστικότητα σε συγκεκριμένο οικονομικό φορέα·*
- (γ) [...]
- (δ) [...]
- (ε) [...]».

Ανεξάρτητα από το ότι οι Αιτητές γνώριζαν τους όρους του διαγωνισμού και υπέβαλαν αδιαμαρτύρητα την προσφορά τους οπότε δεν νομιμοποιούνται εκ των υστέρων, επειδή δεν τους κατακυρώθηκε ο διαγωνισμός, να αμφισβητούν τη νομιμότητα του, στο διαγωνισμό έλαβαν μέρος έξι προσφοροδότες. Το γεγονός ότι μόνο μια προσφορά κρίθηκε ότι πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής δεν συνεπάγεται ότι οι όροι του διαγωνισμού, οι οποίοι δεν αμφισβητήθηκαν, οδηγούσαν στον συγκεκριμένο οικονομικό φορέα. Όπως διαπιστώνεται από την έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης, κάποιων οικονομικών φορέων η προσφορά απορρίφθηκε για λόγους άλλους από τον λόγο που απορρίφθηκε η προσφορά των Αιτητών.

Ούτε ο ισχυρισμός ότι η Αναθέτουσα Αρχή θα έπρεπε να εξετάσει το ενδεχόμενο ακύρωσης του διαγωνισμού ευσταθεί. Όταν σε διαγωνισμό διαπιστωθεί ότι η προσφορά μόνο ενός οικονομικού φορέα είναι έγκυρη δεν δημιουργείται αυτόματα υποχρέωση της Αναθέτουσας Αρχής να ακυρώσει το διαγωνισμό. Αντιθέτως, στην περίπτωση που η Αναθέτουσα Αρχή αποφασίσει ακύρωση του διαγωνισμού έχει υποχρέωση να αποδείξει ότι συντρέχει τουλάχιστον ένας λόγος από τους λόγους που

απαριθμούνται στον κανονισμό 34(5) της Κ.Δ.Π 201/2007. Αυτό ακριβώς είναι που προκύπτει από την απόφαση στην *Leisureland Hotel Enterprises Ltd v. Κυπριακής Δημοκρατίας, μέσω Υπουργικού Συμβουλίου και άλλων (1993) 3ΑΑΔ 538* στην οποία οι Αιτητές μας παρέπεμψαν.

Συνεπώς, οι όποιες αναφορές των Αιτητών σε υποχρέωση της Αναθέτουσας Αρχής για εξέταση του ενδεχόμενου ακύρωσης του διαγωνισμού, και έλλειψη αιτιολογίας και/ή ελλιπή τήρηση πρακτικών καθότι δεν απασχόλησε την Αναθέτουσα Αρχή το γεγονός ότι μόνο ένας οικονομικός φορέας έχει περάσει το στάδιο των προϋποθέσεων συμμετοχής, απορρίπτονται.

Ενόψει όσων έχουμε αναφέρει πιο πάνω ομόφωνα αποφασίζουμε απόρριψη της προσφυγής και επικύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης χωρίς οποιαδήποτε άλλη διαταγή.