



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. 61/2008

Μεταξύ:

VOUROS CONSORTIUM

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:

VOUROS CONSORTIUM

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. κ. Αλέκο Μαρκίδη, Δικηγόρο
2. κ. Πάνο Παναγιώτου, Δικηγόρο
3. κα Αρετή Ροδίτη, Εσωτερική Νομική Σύμβουλο αιτούσας κοινοπραξίας
4. κα Μαρία Βούρου, Εκπρόσωπο αιτούσας κοινοπραξίας
5. κ. Αντώνη Βούρο, Εκπρόσωπο αιτούσας κοινοπραξίας
6. κ. Ντίνο Σιακόλα, Εκπρόσωπο αιτούσας κοινοπραξίας
7. κ. Τεύκρο Χαρμαντά, Εκπρόσωπο αιτούσας κοινοπραξίας
8. κ. Παντελή Λουκαΐδη, Εκπρόσωπο αιτούσας κοινοπραξίας
9. κα Ελένη Χριστοφή, Εκπρόσωπο αιτούσας κοινοπραξίας
10. κ. Νικόλα Μιλουτίνοβιτς, Εκπρόσωπο αιτούσας κοινοπραξίας
11. κ. Πέτρο Λιασή, Εκπρόσωπο αιτούσας κοινοπραξίας
12. κ. Λεωνίδα Καταβελάκο, Εκπρόσωπο αιτούσας κοινοπραξίας
13. κ. Ευθύβουλο Ιακωβίδη, Εκπρόσωπο αιτούσας κοινοπραξίας

Αναθέτουσα Αρχή:

Υπουργείο Συγκοινωνιών και Έργων
Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. κα Ειρήνη Νεοφύτου, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. κ. Οδυσσέα Μιχαηλίδη, Μέλος Συμβουλίου Προσφορών
3. κα Αγάθη Χρίστου, Μέλος Επιτροπής Αξιολόγησης
4. κα Στάλω Αριστείδου, Εκτελεστικό Μηχανικό Υπουργείου Συγκοινωνιών και Έργων

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 28 Νοεμβρίου, 2008

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Το Υπουργείο Συγκοινωνιών και Έργων (Αναθέτουσα Αρχή) δημοσίευσε την 25.10.2005 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης ειδοποίηση για την προκήρυξη διαγωνισμού με τον τίτλο «*Larnaka Port and Marina Re-Development Project*».

Καθορίστηκε σαν τελευταία ημερομηνία υποβολής αιτήσεων για προεπιλογή, κατόπιν σχετικής παράτασης, η 23^η Δεκεμβρίου, 2005. Αιτήσεις προεπιλογής υπέβαλαν τρεις κοινοπραξίες, μεταξύ των οποίων και οι Αιτητές, οι οποίες και προεπιλέγησαν. Ακολούθως δόθηκαν σ' αυτές τα έγγραφα προσφορών στις 30.11.2006 και κλήθηκαν όπως υποβάλουν τις προσφορές τους τελικά μέχρι την 31.7.2007 αφού η προθεσμία αυτή είχε παραταθεί δύο φορές προηγουμένως. Μεταξύ των προεπιλεγισών κοινοπραξιών οι οποίες στη συνέχεια υπέβαλαν προσφορά ήταν και οι Αιτητές. Σημειώνεται ότι το είδος της διαδικασίας ήτο η διαδικασία με διαπραγμάτευση και το κριτήριο επιλογής ήτο η πλέον συμφέρουσα προσφορά. Σύμφωνα με τη διαδικασία αυτή μετά την επιλογή του επιτυχόντα προσφοροδότη σύμφωνα με τους όρους του διαγωνισμού θα ακολουθήσει διαπραγμάτευση μαζί του ως προτιμητέου προσφοροδότη (preferred bidder) όπως ορίζεται στους όρους 3.2.4, 3.2.5 και 3.2.6 των εγγράφων του διαγωνισμού.

Η Αναθέτουσα Αρχή με επιστολή της ημερομηνίας 18.7.2008, κοινοποίησε στους Αιτητές ότι αποφάσισε να κατακυρώσει την πιο πάνω προσφορά στην κοινοπραξία ΖΗΝΩΝ. Σημειώνεται παρενθετικά ότι η τρίτη προεπιλεγείσα κοινοπραξία η οποία και υπέβαλε

προσφορά, η κοινοπραξία ΚΑΡΑΠΑΤΑΚΗΣ, απεκλείσθη από το διαγωνισμό γιατί δεν υπέβαλε πρωτότυπη τραπεζική εγγύηση συμμετοχής.

Οι Αιτητές προσβάλλουν την πιο πάνω απόφαση κατακύρωσης και αιτούνται την ακύρωση της. Συνακόλουθα αιτούνται όπως η προσφορά κατακυρωθεί σε αυτούς. Σαν λόγους ακύρωσης, συνολικά δεκαεννέα, οι Αιτητές αναφέρονται σε σωρεία παραβάσεων ουσιωδών προδιαγραφών του διαγωνισμού οι οποίες, ως ισχυρίζονται, θα έπρεπε να οδηγήσουν σε αποκλεισμό την προσφορά της κοινοπραξίας ΖΗΝΩΝ. Οι αιτιάσεις των Αιτητών όσον αφορά τις παραβάσεις ουσιωδών προδιαγραφών ήταν ότι η επιλεγείσα κοινοπραξία δεν πληρούσε τους όρους και τις προδιαγραφές του διαγωνισμού και οι οποίες καταγράφονται συνοπτικά ως ακολούθως:

1. Το θέμα της επεκτάσεως του Λιμανιού και του κύκλου περιστροφής (turning circle)
2. Το θέμα του κυματισμού
3. Προσθήκη νέου μέλους στην επιλεγείσα κοινοπραξία μετά το στάδιο της προεπιλογής
4. Η ευθύνη για την ανάπτυξη και λειτουργία του Εμπορικού Λιμένα
5. Συντελεστής δόμησης
6. Χερσαία ανάπτυξη
7. Λειτουργία και συντήρηση χερσαίας ανάπτυξης
8. Διαχωρισμός Μαρίνας-Λιμανιού
9. Μη υπολογισμός Φ.Π.Α. στο κόστος της ανάπτυξης γης
10. Χρόνος εκμετάλλευσης του ξενοδοχείου
11. Παραβίαση της παραγράφου 2.8.5 του Ι.Τ.Τ. αναφορικά με την εγγύηση του χρόνου καταβολής του Concession Payment
12. Παράγραφος 2.8.6 Ι.Τ.Τ. αναφορικά με τη βάση υπολογισμού του Concession Payment
13. Μη τήρηση Port Development Reserve Account
14. Commentary on legal documentation
15. Μη υποβολή των Φακέλων της Προσφοράς σε ηλεκτρονική μορφή
16. Port operator
17. Παροχές ρεύματος και τηλεφώνου
18. Θαλάσσια είσοδος στη Μαρίνα
19. Εμπειρία σε παραλαβή διοίκησης υφιστάμενης Μαρίνας

Επί πλέον των πιο πάνω αιτιάσεων, οι Αιτητές ισχυρίζονται μη επαρκή και δέουσα αιτιολογία της επίδικης απόφασης και αιτώνται την ακύρωση της σαν αναιτιολόγητη. Ο ισχυρισμός αυτός των Αιτητών διακρίνεται σε δύο σκέλη:

- (α) και αν ακόμα, παρά τους ισχυρισμούς των Αιτητών, το Συμβούλιο Προσφορών είχε διακριτική ευχέρεια να αποκλείσει ή όχι την προσφορά της επιτυχούσας κοινοπραξίας δεν υπάρχει καμία αιτιολογία γιατί η διακριτική ευχέρεια ασκήθηκε υπέρ του μη αποκλεισμού
- β) το δεύτερο σκέλος του εν προκειμένω ισχυρισμού των Αιτητών αναφέρεται στην αλλαγή της βαθμολογίας τόσο των Αιτητών όσο και της επιτυχούσας κοινοπραξίας από το Συμβούλιο Προσφορών όσον αφορά το κριτήριο Financial II.

Θεωρούμε σκόπιμο να εξετάσουμε αρχικά τον ισχυρισμό αυτό, αφού παραθέσουμε πρώτον τα γεγονότα που αφορούν την απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών για αλλαγή της βαθμολογίας των Αιτητών και του επιτυχόντα προσφοροδότη.

Μετά την προεπιλογή των προσφοροδοτών, όπως αναφέρεται και πιο πάνω, ακολούθησε η υποβολή των προσφορών. Οι προσφορές υποβλήθηκαν σε δύο φακέλους (Α και Β). Ο Φάκελος Α αποτελείται από τα ακόλουθα μέρη: Τεχνικό και Λειτουργικό Μέρος (Technical and Operational), Επιχειρησιακό Σχέδιο (Business Plan), Νομικό μέρος (Legal) και περίληψη (Executive Summary). Η βαρύτητα όσον αφορά τη βαθμολογία του Φακέλου Α περιλαμβανομένου και του κριτηρίου για τη φιλοσοφία του έργου (Project Concept) ήτο 65%.

Ο οικονομικός φάκελος αποτελείται από δύο κριτήρια. Το κριτήριο Financial I (Bid prices με βαρύτητα 30%) και το κριτήριο Financial II (Financial Robustness με βαρύτητα 3% και Deliverability με βαρύτητα 2%). Όσον αφορά τα δύο τελευταία κριτήρια στους όρους του εγγράφου I.T.T. καθορίζονται υποκριτήρια χωρίς ξεχωριστή βαθμολογία αλλά τα υποκριτήρια αυτά τίθενται με φθίνουσα σειρά βαρύτητας (in decreasing order of importance). Τα υποκριτήρια αυτά είναι τα ακόλουθα:

1. Financial Robustness

- (i) Overall ability to achieve the NPV of guaranteed concession payments purposed
- (ii) Robustness of the financial assumptions concerning revenues within the financing proposals
- (iii) Robustness of operating, maintenance and capital costs
- (iv) Assumptions relating to taxation and availability of capital allowances
- (v) Completeness and comparability of the bid

2. Deliverability

- (i) Overall feasibility of the financing plan
- (ii) Level of commitment of funders as demonstrated in the Bid Submission
- (iii) Clarity and readiness of the plans for equity and debit funders to carry out further due diligence.
- (iv) Feasibility of the timetable to obtain approvals from funders

Η αξιολόγηση των υποβληθεισών προσφορών ανετέθη σε ιδιώτες συμβούλους και την Επιτροπή Αξιολόγησης όπως ορίζεται στην παράγρ. 6.1.6 του Ι.Τ.Τ. («*The evaluation will be undertaken by the government advisors and the Evaluation Committee to be appointed by the Tender Board ...*»)

Η διαδικασία που ακολουθήθηκε ήταν η ακόλουθη: Οι προσφορές αξιολογήθηκαν από τους ιδιώτες συμβούλους, η έκθεση αξιολόγησης των οποίων εδόθη στην Επιτροπή Αξιολόγησης η οποία σύμφωνα με τον κανονισμό 9(4) της ΚΔΠ 201/2007 έχει καθήκον να «*ελέγχει την έκθεση αξιολόγησης των ιδιωτών συμβούλων ή μελετητών ως προς την ορθότητά της σε σχέση με τα έγγραφα του διαγωνισμού και τις προσφορές που λήφθηκαν και προβαίνει στις ενέργειες που αναφέρονται στην παράγραφο (2), υποπαράγραφος (α) ή (β), ανάλογα με την περίπτωση.*»

Η υποπαράγραφος (β) που ισχύει στην παρούσα περίπτωση ορίζει ότι η Επιτροπή Αξιολόγησης «*υποβάλλει τις εισηγήσεις της μέσω του προϊστάμενου της αναθέτουσας αρχής ή του αντιπροσώπου του, ανάλογα με την περίπτωση στο αρμόδιο Συμβούλιο Προσφορών.*»

Ο προϊστάμενος της Αναθέτουσας Αρχής, στην προκείμενη περίπτωση ο Γενικός Διευθυντής του Υπουργείου Συγκοινωνιών και Έργων, σύμφωνα με τον κανονισμό 14(3) της ΚΔΠ διαβιβάζει την έκθεση αξιολόγησης που ετοίμασε η Επιτροπή Αξιολόγησης στο Συμβούλιο Προσφορών. Σύμφωνα με την παράγρ. (4) του κανονισμού 14, «ο προϊστάμενος της αναθέτουσας αρχής έχει το δικαίωμα να εκφέρει την άποψή του επί του εξεταζόμενου θέματος. Παραπομπή της έκθεσης αξιολόγησης στο Συμβούλιο Προσφορών χωρίς σχόλια, σημαίνει αποδοχή, από μέρους του προϊσταμένου της αναθέτουσας αρχής των θέσεων και απόψεων της Επιτροπής Αξιολόγησης.» Στην προκείμενη περίπτωση, η έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης υπεβλήθη στο Συμβούλιο Προσφορών χωρίς σχόλια από τον Προϊστάμενο της Αναθέτουσας Αρχής.

Η τελική βαθμολογία την οποίαν έδωσαν οι ιδιώτες σύμβουλοι ήταν η ακόλουθη:

1. Αιτητές 75/100 (42.2 στον τεχνικό φάκελο από τα 65/100 και 32.8 στον οικονομικό φάκελο από τα 35/100)
2. Επιτυχών προσφοροδότης 74.3/100 (46.2 στον τεχνικό φάκελο και 27.9 στον οικονομικό φάκελο).

Η Επιτροπή Αξιολόγησης υιοθέτησε ομόφωνα την πιο πάνω βαθμολογία. Το Συμβούλιο Προσφορών υιοθέτησε και δέχτηκε τις βαθμολογίες των συμβούλων και της Επιτροπής Αξιολόγησης όσον αφορά τον τεχνικό φάκελο και το κριτήριο Financial I του Οικονομικού Φακέλου. Το κριτήριο Financial II, το οποίο είχε συνολική βαθμολογία 5% και το οποίο όπως αναφέρεται πιο πάνω αποτελείται από δύο υποκριτήρια, το Financial Robustness με βαρύτητα 3% και το Deliverability με βαρύτητα 2%, οι σύμβουλοι και η Επιτροπή Αξιολόγησης έδωσαν τις ακόλουθες βαθμολογίες:

- (α) Financial Robustness
Αιτητές 1,6% - Επιτυχούσα Κοινοπραξία 1,9%
- (β) Deliverability
Αιτητές 1,2% - Επιτυχούσα Κοινοπραξία 1,2%

Προφανώς το Συμβούλιο διαφώνησε με την πιο πάνω βαθμολογία στο αναφερόμενο κριτήριο. Όπως αναφέρει στην απόφαση του (παραγρ. 8) «*Το κριτήριο αυτό, αν και εξ ανάγκης*

βαθμολογείται μετά το άνοιγμα των οικονομικών φακέλων, δεν προκύπτει από μαθηματικές πράξεις, αλλά από αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών. Έχει δηλαδή την ιδιαιτερότητα ότι βαθμολογείται μετά που θα είναι γνωστές οι βαθμολογίες των προσφορών σε όλα τα άλλα σημεία. Τούτο καθιστά ιδιαίτερα επιτακτική την προσεκτική και πλήρως αιτιολογημένη βαθμολόγηση του κριτηρίου αυτού, ώστε να αντικρουστεί τυχόν επιχείρημα ότι η βαθμολογία καθορίστηκε έτσι ώστε να καθοριστεί έμμεσα και η σειρά των προφοροδοτών ... »

Στη συνέχεια το Συμβούλιο σημείωσε ότι «παρά το γεγονός ότι το κριτήριο *Financial II* σταθμίζεται μόνο με 5 μονάδες, εντούτοις είναι πολύ σημαντικό γιατί αφορά την ευρωστία του δανειστή και την ικανότητά του να εκτελέσει το έργο και να καταβάλλει στην κυβέρνηση το ποσό που της έχει προσφέρει (*Concession Fee*)».

Στη συνέχεια το Συμβούλιο προβαίνει σε μια μακρά σειρά ανάλυσης των ευρημάτων των ιδιωτών συμβούλων και το δικό του εύρημα είναι ότι οι οικονομικές προβλέψεις της Αιτήτριας ήσαν αισιόδοξες ενώ της επιλεγείσας κοινοπραξίας ήσαν συντηρητικές. Τούτο, κατά το Συμβούλιο, δυνατόν να επηρεάζει καθοριστικά τα έσοδα της Κυβέρνησης. Δηλαδή, εάν οι «αισιόδοξες» προβλέψεις των Αιτητών δεν πραγματοποιηθούν «τα έσοδα της Κυβέρνησης καθίστανται λιγότερα σε σχέση με αυτά που προκύπτουν από τις συντηρητικές προβλέψεις της Zenon Consortium». Ακολούθως το Συμβούλιο προβαίνει στην ανάλυση διαφόρων σεναρίων όπως π.χ. εάν ο ετήσιος ρυθμός ανάπτυξης της τιμής των ακινήτων αποδειχθεί στην πράξη να είναι 2% και όχι 5% όπως πρόβλεψαν οι Αιτητές οπότε στην περίπτωση των Αιτητών θα μειωθούν τα έσοδα των κατά 25% οπότε ανάλογα θα μειωθούν και τα έσοδα της Κυβέρνησης, όπως επίσης και σε αποσπασματικές αναφορές στην έκθεση των συμβούλων όπου καταγράφονται κάποια μειονεκτήματα της προσφοράς των Αιτητών. Τελικά το Συμβούλιο (παράγρ. 20 των πρακτικών) καταγράφει τα ακόλουθα: «Λαμβάνοντας υπόψη ξεχωριστά για κάθε υποκριτήριο τα πλεονεκτήματα και μειονεκτήματα της κάθε προσφοράς και τη σημασία του κάθε υποκριτηρίου που προκύπτει από το ITT (καταγραφή κατά φθίνουσα σειρά) και συνεκτιμώντας όλες τις Εκθέσεις και Σημειώματα που έχουν τεθεί ενώπιον του, το Συμβούλιο αποφάσισε να δώσει τις πιο κάτω βαθμολογίες στους δύο προσφοροδότες».

Οι βαθμολογίες αυτές είναι ως ακολούθως:

- (α) Financial Robustness (3%)
Αιτητές 1,5% (προηγούμενη βαθμολογία 1,6)

- Επιτυχούσα Κοινοπραξία 2,4% (προηγούμενη βαθμολογία 1,9%)
- (β) Deliverability
- Αιτητές 1,2% (ως η προηγούμενη βαθμολογία)
- Επιτυχούσα Κοινοπραξία 1,5% (προηγούμενη βαθμολογία 1,2%)

Με την πιο πάνω βαθμολόγηση από το Συμβούλιο, του Κριτηρίου Financial II, οι Αιτητές έλαβαν 2,7% και η Επιτυχούσα Κοινοπραξία 3,9%. Σαν αποτέλεσμα τούτου άλλαξε και η τελική βαθμολογία των δύο προσφοροδοτών και διαμορφώθηκε ως ακολούθως:

Αιτητές 74,90%

Επιτυχούσα Κοινοπραξία 75,17%

Πρέπει στο στάδιο αυτό να αναφερθεί ότι το Συμβούλιο απευθύνθηκε επανειλημμένα στους ιδιώτες συμβούλους και στην Επιτροπή Αξιολόγησης και τους ζήτησε να τεκμηριώσουν τις θέσεις τους για τις βαθμολογίες που έδωσαν στο υπό αναφορά κριτήριο και τόσο οι ιδιώτες σύμβουλοι όσο και η Επιτροπή Αξιολόγησης έδωσαν απαντήσεις τις οποίες προφανώς το Συμβούλιο δεν εθεώρησε ικανοποιητικές, αφού μεταξύ άλλων τις χαρακτήρισε «αντιφατικές» και χωρίς αιτιολογία.

Έχει υποστηριχθεί από την Αναθέτουσα Αρχή ότι το Συμβούλιο Προσφορών δεν αρκείται σε απλές επικυρώσεις και δεν ενεργεί ως «rubber stamp» ούτε στα τεχνικά και ειδικά θέματα. Έχει εξουσία να αποκλίνει από οποιαδήποτε εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης επί οποιουδήποτε τεχνικού ή άλλου θέματος και τελικά να αποφασίσει το ίδιο σε ποίον θα αναθέσει τη σύμβαση. Εάν υπάρχει απόκλιση από σχετική εισήγηση και ειδικά πάνω σε τεχνικό ή ειδικό θέμα για το οποίο το Συμβούλιο δεν έχει τεχνική γνώση, απαιτείται ειδική αιτιολογία.

Οι πιο πάνω θέσεις μπορεί να είναι ορθές και να βρίσκουν έρεισμα στη Νομολογία. Όμως το θέμα είναι αν πράγματι η απόφαση του Συμβουλίου είναι αιτιολογημένη και επίσης αν το Συμβούλιο Προσφορών υπερέβη τα όρια της παρεχόμενης από το Νόμο εξουσίας του. Θεωρούμε σκόπιμο να αναφερθούμε στις νομοθετικές πρόνοιες που διέπουν τις εξουσίες των οργάνων που εμπλέκονται στη διαδικασία αξιολόγησης και κατακύρωσης προσφορών. Κατ' αρχήν σημειώνουμε ότι όπως ορίζεται στους όρους των προσφορών (παράγρ. 6.1.6 του ΙΤΤ)

η αξιολόγηση των προσφορών ανατίθεται σε ιδιώτες συμβούλους και στην Επιτροπή Αξιολόγησης. Το άρθρο 10 της Κ.Δ.Π. 201/2007 (ο Κανονισμός) ορίζει ότι «*Τα μέλη κάθε Επιτροπής αξιολόγησης είναι κρατικοί υπάλληλοι που κατέχουν την τεχνική ή/και επαγγελματική κατάρτιση επί του εξεταζόμενου θέματος ...*». Παράλληλα το άρθρο 9(4) του Κανονισμού αναφέρει ότι «*Στις περιπτώσεις που η αξιολόγηση προσφορών ανατίθεται σε ιδιώτες συμβούλους ή σε μελετητές, η Επιτροπή Αξιολόγησης ελέγχει την έκθεση αξιολόγησης των ιδιωτών συμβούλων ή μελετητών ως προς την ορθότητά της σε σχέση με τα έγγραφα του διαγωνισμού ...*».

Οι εξουσίες του Συμβουλίου Προσφορών καθορίζονται από το άρθρο 34(1) του Κανονισμού ως ακολούθως:

«Το Συμβούλιο Προσφορών έχει εξουσία, αφού μελετήσει την Έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης, την έκθεση της ad-hoc επιτροπής (όπου εφαρμόζεται) και οποιαδήποτε άλλα στοιχεία τεθούν ενώπιόν του, να αποφασίζει ανάλογα με την περίπτωση:

- *να αναθέσει τη σύμβαση σε συγκεκριμένο προσφέροντα*
- *να απορρίψει οποιαδήποτε προσφορά ή*
- *να ακυρώσει το διαγωνισμό.»*

Είναι φανερό από τη διατύπωση του Κανονισμού ότι τα Συμβούλια Προσφορών δεν μπορούν σε καμία περίπτωση να προβαίνουν σε αξιολογήσεις προσφορών στο σύνολό τους ή σε τμήματα ή μέρη των προσφορών. Μπορεί τα Συμβούλια να απαρτίζονται από πρόσωπα ψηλών βαθμολογικών κλιμάκων με προφανή σκοπό να διαθέτουν ανάλογο κύρος και εχέγγυα αμεροληψίας αλλά αναμφίβολα η ψηλότερη βαθμολογική κλίμακα δεν προσδίδει από μόνη της εμπειρογνωμοσύνη και γνώση όλων των εξειδικευμένων θεμάτων. Ούτε άλλωστε και ο Κανονισμός που διέπει τη σύστασή τους απαιτεί την κατοχή εξειδικευμένων επιστημονικών ή τεχνικών προσόντων. Στην παρούσα περίπτωση τα μέλη του Συμβουλίου Προσφορών είναι και τα πέντε μηχανικοί διαφόρων ειδικοτήτων. Δεν μπορεί βεβαίως να αμφισβητηθεί ότι το Συμβούλιο Προσφορών έχει την εξουσία να αναθέσει τη σύμβαση σε συγκεκριμένο προσφέροντα. Αλλά είναι αυτονόητο ότι η εξουσία αυτή πρέπει να ασκείται σύμφωνα με τις αρχές που διέπουν την αξιολόγηση των προσφορών και τις γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου και τηρουμένων πάντοτε των σχετικών διατάξεων του Νόμου και των Κανονισμών. Δεν μπορεί επίσης να αμφισβητηθεί ότι το Συμβούλιο Προσφορών μπορεί να έχει διαφορετική

άποψη και από τους ιδιώτες συμβούλους και από την Επιτροπή Αξιολόγησης. Στις περιπτώσεις αυτές όπου η διαφωνία συνίσταται στο εάν ένας όρος των εγγράφων των προσφορών είναι ή όχι ουσιώδης ή εάν η εγγύηση συμμετοχής είναι ή όχι έγκυρη. Στην παρούσα περίπτωση η διαφωνία εστιάζετο σε εξειδικευμένα οικονομικά θέματα για τα οποία προφανώς απαιτείτο και εξειδικευμένη γνώση. Και, κατά τεκμήριο, τη γνώση αυτή είχαν και οι ιδιώτες σύμβουλοι αλλά και η Επιτροπή Αξιολόγησης σε βαθμό ψηλότερο του Συμβουλίου Προσφορών. Δοθέντος όμως ότι παρόλον τούτο είναι δυνατή η διαφωνία του Συμβουλίου, ο Νόμος, κατά την άποψή μας, προσφέρει διεξόδους. Το άρθρο 20 του Κανονισμού προβλέπει τα ακόλουθα:

«(1) Τα Συμβούλια Προσφορών δύνανται να συστήνουν ad-hoc, τριμελείς τουλάχιστον, τεχνικές επιτροπές για μελέτη αξιολογήσεων, διεξαγωγή ειδικών ερευνών και υποβολή εκθέσεων σε εξειδικευμένα τεχνικά θέματα.»

(2) Τα μέλη των ad-hoc τεχνικών επιτροπών είναι πρόσωπα που κατέχουν τεχνικές γνώσεις, προσόντα και πείρα σχετικά με το εξεταζόμενο θέμα.»

Επί πλέον, η παράγρ. (4) του άρθρου 20 προνοεί ότι: *«Τα Συμβούλια Προσφορών, οι Επιτροπές Αξιολόγησης και οι Διαχειριστικές Επιτροπές έχουν εξουσία να καλούν στις συνεδρίες τους οποιουσδήποτε κρίνουν σκόπιμο για παροχή συμβούλων ή επεξηγήσεων σε θέματα της ειδικότητάς τους, οι οποίες κρίνονται αναγκαίες για την ορθή λήψη των αποφάσεών τους.»*

Το Συμβούλιο δεν έπραξε οτιδήποτε εκ των ανωτέρω και ειδικότερα δεν προέβη σε σύσταση ad-hoc τεχνικής επιτροπής εφ' όσον επρόκειτο για πολύ εξειδικευμένο θέμα. Με βασικό επιχείρημα ότι η βαθμολογία των ιδιωτών συμβούλων και της Επιτροπής Αξιολόγησης ήταν αναπαισιολόγητη όσον αφορά τα καθορισμένα υποκριτήρια προέβη το ίδιο σε αλλαγή της βαθμολογίας αφού επικαλέστηκε αποσπάσματα από τις σχετικές εκθέσεις και αξιολογήσεις. Αλλά το Συμβούλιο δεν έδωσε καμία αιτιολογία για τη συγκεκριμένη βαθμολογία που έδωσε το ίδιο. Πουθενά δεν αναφέρεται στην απόφαση του γιατί άλλαξε τη βαθμολογία των Αιτητών στο Financial Robustness από 1,6% σε 1,5% και γιατί αύξησε τη βαθμολογία του επιτυχόντα προσφοροδότη από 1,9% σε 2,4% και τη βαθμολογία του κριτηρίου deliverability από 1,2% που ήτο η αρχική στη βαθμολογία του επιτυχόντα προσφοροδότη σε 1,5% ή γιατί δεν μείωσε

μόνο τη βαθμολογία των Αιτητών αλλά αύξησε και τη βαθμολογία του επιτυχόντα προσφοροδότη.

Είναι κατά την άποψή μας φανερό ότι το Συμβούλιο προέβηκε ουσιαστικά σε επαναξιολόγηση μέρους των προσφορών, έστω και αν, όπως ισχυρίζεται, εστηρίχθη σε ευρήματα τόσο των ιδιωτών συμβούλων όσο και του Συμβουλίου Προσφορών και με αυτόν τον τρόπο υπερέβη τα όρια της διακριτικής εξουσίας του. Επί πλέον θα θέλαμε να τονίσουμε ότι το Συμβούλιο χαρακτηρίζοντας σαν «αισιόδοξες» τις προβλέψεις των Αιτητών σε αντίθεση με τις «συντηρητικές» προβλέψεις του επιτυχόντα προσφοροδότη και η αντιδιαστολή αυτή αφορούσε τα τυχόν μειωμένα έσοδα του Κράτους εάν δεν επιτυγχάνονται οι προβλέψεις των Αιτητών, υπέπεσε σε δύο σοβαρά σφάλματα: Πρώτον, δεν κατανοούμε γιατί μια προσφορά που οι προβλέψεις της χαρακτηρίζονται σαν «αισιόδοξες» να μειονεκτεί έναντι άλλης προσφοράς με «συντηρητικές» προβλέψεις. Άλλο θέμα αν μια πρόβλεψη είναι επισφαλής ή λανθασμένη και άλλο αν είναι αισιόδοξη. Τα ουσιαστικά θέματα που θεμελιώνουν το σύνολο της οικονομικής προσφοράς έχουν αξιολογηθεί και βαθμολογηθεί στον Οικονομικό Φάκελο Ι, όπως αναφέρεται πιο πάνω και η βαθμολογίες αυτές έγιναν αποδεκτές από το Συμβούλιο.

Δεύτερον, το Συμβούλιο στην προσπάθεια του να τεκμηριώσει τη δική του άποψη για την προσφορά των Αιτητών, μεταξύ άλλων αναφέρει στα σημεία 16 της απόφασής τους τα ακόλουθα: « ... εάν ο ετήσιος ρυθμός αύξησης της τιμής των ακινήτων αποδειχθεί στην πράξη 2% και όχι 5% τότε τα ακαθάριστα έσοδα της Vouros Consortium από τις εργασίες ανάπτυξης γης θα μειωθούν κατά 25% οπότε ανάλογα θα μειωθούν και τα έσοδα της Κυβέρνησης. Τούτο αφορά μια μόνο παράμετρο, είναι δε πιθανό και άλλες «αισιόδοξες» προβλέψεις του προσφοροδότη να μην πραγματοποιηθούν. Σημειώνεται ότι, μπορεί ο προσφοροδότης να εγγυάται ότι οι πληρωμές προς την Κυβέρνηση δεν θα είναι μικρότερες από 75% αυτών που προκύπτουν με βάση το οικονομικό του μοντέλο, από τη σελίδα 6 όμως της Έκθεσης των Συμβούλων, ημερομηνίας 27/6/2007, προκύπτει ότι, εάν τα έσοδα του Επενδυτή μειωθούν κάτω από το 75%, δεν θα υπάρχει διαθέσιμο ρευστό για να δοθεί στην Κυβέρνηση το εγγυημένο ποσό και θα ζητηθεί η συνδρομή των μετόχων.»

Δεν αντιλαμβανόμαστε τη θέση του Συμβουλίου. Εφόσον το 75% του ποσού που προβλέπει ο οικονομικός φάκελος των Αιτητών είναι εγγυημένο ποία σημασία έχει για την Κυβέρνηση

εάν ζητηθεί η συνδρομή των μετόχων. Τούτο θα είναι πρόβλημα των μετόχων και όχι της Κυβέρνησης.

Σε συνάρτηση με όλα τα πιο πάνω θέματα θέλουμε να επαναλάβουμε ότι το Συμβούλιο δεν έλαβε υπόψη κανένα από τα θεσμοθετημένα όργανα της διαδικασίας των προσφορών και εκτός από τους ιδιώτες συμβούλους και την Επιτροπή Αξιολόγησης, όπως τον Διευθυντή της Αναθέτουσας Αρχής και Γενικό Διευθυντή του Υπουργείου Συγκοινωνιών και Έργων ο οποίος υιοθέτησε την Έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης, αλλά και τον εκπρόσωπο της Γενικής Ελέγκτριας ο οποίος δυνάμει του άρθρου 19 του Κανονισμού έχει δικαίωμα να προΐσταται στις συνεδρίες του Συμβουλίου Προσφορών και να ζητεί την καταγραφή στα πρακτικά των απόψεών του. Και παρόμοιο δικαίωμα έχει ο Γενικός Εισαγγελέας ή εκπρόσωπός του και ο Γενικός Λογιστής ή εκπρόσωπός του. Και είναι γεγονός ότι οι πιο πάνω αξιωματούχοι δεν λαμβάνουν μέρος στη ψηφοφορία, αλλά δεν μπορεί να υποστηριχθεί ότι οι απόψεις τους δεν έχουν κάποια ουσιαστική σημασία και μπορούν να παραγνωρίζονται εντελώς. Επί του προκειμένου και στη συνεδρία του Συμβουλίου Προσφορών, την 10.7.2008, ο εκπρόσωπος της Γενικής Ελέγκτριας ανέφερε τα ακόλουθα:

«Κατά την άποψη της Ελεγκτικής Υπηρεσίας η αξιολόγηση των Συμβούλων την οποία υιοθέτησε και η Επιτροπή Αξιολόγησης η οποία σύμφωνα με την Κ.Δ.Π. 201/2007 ενεργεί ως ελεγκτικό όργανο για τις εκθέσεις αξιολόγησης των Συμβούλων είναι τεκμηριωμένη και σύμφωνη με τα έγγραφα της προσφοράς. Επίσης οι διευκρινίσεις και επιπρόσθετες αναλύσεις που ζητήθηκαν από το Συμβούλιο Προσφορών και υποβλήθηκαν από τους Συμβούλους, μέσω της Επιτροπής Αξιολόγησης, κατά την επαγγελματική τους κρίση δεν είναι τέτοιες που να διαφοροποιούν την αρχική αξιολόγησή τους. Πέραν των πιο πάνω η πρόθεση των Συμβουλίου Προσφορών να διαφοροποιήσει τη βαθμολόγηση του Financial II, το οποίο αποτελεί μικρό μέρος της βαθμολογίας (5/35) και η αξιολόγηση του οποίου εμπεριέχει υποκειμενικότητα συγκρινόμενο με το Financial I, η αξιολόγηση του οποίου είναι αντικειμενική, με ενδεχόμενο την ανατροπή της σειράς κατάταξης των προσφοροδοτών, κρίνεται από την Ελεγκτική Υπηρεσία ως απρόσφορη.»

Βάσει όλων των πιο πάνω κρίνουμε ότι το Συμβούλιο με τον τρόπο που ενήργησε υπερέβη τα όρια της διακριτικής του εξουσίας και η απόφασή του στερείται ουσιαστικής αιτιολογίας.

Όσον αφορά τις υπόλοιπες αιτιάσεις των Αιτητών όπως αναφέρθηκαν στην αρχή της παρούσας απόφασης έχουμε να παρατηρήσουμε τα ακόλουθα. Οι πλείστες από αυτές αναφέρονται σε τεχνικά και εξειδικευμένα θέματα για τα οποία δεν μπορούμε να παρέμβουμε και για τα οποία δεν έχουμε διαπιστώσει οποιαδήποτε πλάνη. Εξαίρεση από τις αιτιάσεις των Αιτητών που δεν αποτελούν τεχνικά θέματα είναι οι ισχυρισμοί που αφορούν:

(α) Το θέμα της προσθήκης νέου μέλους μετά το στάδιο της προεπιλογής. Ο ισχυρισμός αυτός των Αιτητών αναφέρεται στην εταιρεία K & G Mediterranean Management S.A, η οποία κατά τους Αιτητές περιελήφθη στην επιτυχούσα κοινοπραξία μετά την προεπιλογή της χωρίς τούτο να γνωστοποιηθεί στην Κυβέρνηση όπως απαιτείτο από τον όρο 7.2.1(i) και 7.4. Πέραν του ότι δεχόμαστε τον ισχυρισμό της Αναθέτουσας Αρχής ότι η αναφερθείσα εταιρεία είναι υπεργολάβος και όχι μέλος της κοινοπραξίας, έχουμε την άποψη ότι οι όροι 7.2.1 και 7.4 δεν είναι ουσιώδεις όροι των εγγράφων προσφοράς δηλαδή το ITT

(β) μη υποβολή του Φακέλου Προσφοράς σε ηλεκτρονική μορφή από την επιτυχούσα κοινοπραξία. Ο ισχυρισμός αυτός ελέγχεται σαν αβάσιμος γιατί στην πραγματικότητα ο φάκελος έχει υποβληθεί σε ηλεκτρονική μορφή και πάλιν κρίνουμε ότι πρόκειται για μη ουσιώδη όρο, καθ' ότι η υποβολή της προβολής σε ηλεκτρονική μορφή δεν είναι επιτακτική

(γ) αλλαγή στη σύνθεση του Συμβουλίου Προσφορών. Ο ισχυρισμός αυτός των Αιτητών αναφέρεται στην αντικατάσταση του Προέδρου του Συμβουλίου κ. Α. Χαραλάμπους λόγω διορισμού του στη θέση του Διευθυντή του Τμήματος Ηλεκτρομηχανολογικών Υπηρεσιών και την αντικατάστασή του από τον κ. Σοφό ενώ τη θέση του Προέδρου ανέλαβε το αρχαιότερο μέλος κ. Αδαμίδης. Δεν βλέπουμε καμία ουσία στο επιχείρημα αυτό και δεν διαπιστώνουμε οποιαδήποτε παράβαση του Νόμου και των Κανονισμών

(δ) το θέμα της εγγύησης της επιλεγείσας κοινοπραξίας. Ο ισχυρισμός αυτός αναφέρεται στο γεγονός ότι ο επιτυχών προσφοροδότης εξέδωσε την εγγύηση συμμετοχής επ' ονόματι του Γενικού Λογιστή της Δημοκρατίας. Οι Αιτητές ισχυρίζονται

ότι η τραπεζική αυτή εγγύηση δεν είναι έγκυρη γιατί κανονικά θα έπρεπε να εκδοθεί στο όνομα της Αναθέτουσας Αρχής και με τον τρόπο αυτό δεν εξασφαλίζει το Κράτος.

Δεν αποδεχόμαστε τους πιο πάνω ισχυρισμούς των Αιτητών και συμφωνούμε με τη θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι σύμφωνα με τα άρθρα 126 και 127 του Συντάγματος, ο Γενικός Λογιστής μεταξύ άλλων μπορεί να δέχεται πληρωμές χρημάτων της Δημοκρατίας. Δεν βλέπουμε να υπάρχει οποιοδήποτε πρόβλημα κατάθεσης και είσπραξης της εγγύησης.

Βάσει του πιο πάνω ευρήματος ότι το Συμβούλιο Προσφορών με τον τρόπο που ενήργησε όσον αφορά τη βαθμολόγηση του κριτηρίου Financial II υπερέβη τα όρια της διακριτικής του εξουσίας και η απόφασή του στερείται ουσιαστικής αιτιολογίας, κρίνουμε γι' αυτό και μόνο το λόγο ότι υπάρχει παράβαση του ισχύοντος δικαίου και η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής ακυρώνεται.

Τα μέλη Άγγελος Αγγελίδης και Χριστόφορος Χριστοφίδης διαφώνησαν με την πιο πάνω απόφαση και διατύπωσαν την κατωτέρω διαφωνία τους:

Σύμφωνα με τις πρόνοιες του κανονισμού 3(2) της **Κ.Δ.Π. 201/2007** τα Συμβούλια Προσφορών έχουν εξουσία να αποφασίζουν για διαγωνισμούς που οδηγούν στην ανάθεση συμβάσεων απεριόριστης αξίας η κάθε μια και ανεξαρτήτως ποσού.

Σύμφωνα με τον κανονισμό **34(1) της Κ.Δ.Π. 201/2007** το Συμβούλιο Προσφορών έχει εξουσία:

(α) Να αναθέσει τη σύμβαση σε συγκεκριμένο προσφέροντα

(β) Να απορρίψει οποιαδήποτε προσφορά

(γ) Να ακυρώσει τη διαδικασία του διαγωνισμού

αφού μελετήσει την έκθεση αξιολόγησης, την έκθεση της ad-hoc τεχνικής επιτροπής (όπου εφαρμόζεται) και οποιαδήποτε άλλα στοιχεία τεθούν ενώπιόν του.

Από τα πιο πάνω προκύπτει ότι το Συμβούλιο Προσφορών είναι το αποφασίζον όργανο και εξάσκησε την εξουσία που του παρέχει το άρθρο **34(1)**, αναθέτοντας τη σύμβαση σε συγκεκριμένο προσφέροντα δηλαδή την **Κοινοπραξία Zenon**.

Το Συμβούλιο μελέτησε την έκθεση των Ιδιωτών Συμβούλων και την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης και ζήτησε από τους Ιδιώτες Συμβούλους διευκρινίσεις, και υπέβαλε ερωτήματα για το μέρος της οικονομικής αξιολόγησης Financial II. Δεν ικανοποιήθηκε και προχώρησε σε δική του αξιολόγηση και βαθμολόγηση του κριτηρίου Financial (II) χρησιμοποιώντας τις αναλύσεις των Ιδιωτών Συμβούλων και τους πίνακες με τα πλεονεκτήματα και μειονεκτήματα κάθε προσφοράς όπως ετοιμάστηκαν από αυτούς.

Το Συμβούλιο στην 29σέλιδη απόφασή του ημερομηνίας 14 Ιουλίου, 2008, αιτιολογεί πλήρως τη διαφωνία του με την έκθεση των Ιδιωτών Συμβούλων.

Το Συμβούλιο είχε τέτοιο δικαίωμα ως αποφασίζον όργανο και αυτό υποστηρίζεται και από τη νομολογία τόσο του Ανωτάτου Δικαστηρίου όσο και του Συμβουλίου της Επικρατείας. Σχετικά είναι τα πιο κάτω αποσπάσματα:

«Επί απλής γνωμοδοτήσεως το αποφασίζον όργανο δεν οφείλει μεν να συμμορφωθεί προς τη γνωμοδότησιν ή επί πλειόνων γνωμοδοτήσεων προς ωρισμένην εκ τούτων, πλην υποχρεούται να αιτιολογήσει την απόκλισιν του από της ληφθείσας γνώμης και δη εφ' όσον η γνώμη αυτή προέρχεται εξ οργάνου συντεθειμένου εκ προσώπων, κεκτημένων ειδικάς γνώσεις και εμπειρίαν.» (ΣΤΕ 482/1996, 369/1978, 1704/1981).

«168 I. Το Πρακτικό της Επιτροπής Κρατικών Προμηθειών έχει γνωμοδοτικό απλώς χαρακτήρα και δεν κρίνει οριστικώς το ζήτημα της κατακυρώσεως της προμήθειας, διότι το τελικώς αποφασίζον όργανο (εν προκειμένω ο Γενικός Γραμματέας Εμπορίου του Υπουργείου Ανάπτυξης), επιλαμβανόμενο, μετά το άνοιγμα και των οικονομικών προσφορών, προκειμένου να κρίνει την πλέον συμφέρουσα από αυτές και να εκδώσει την κατακυρωτική απόφαση, με την οποία ολοκληρώνεται η σύνθετη διοικητική ενέργεια του διαγωνισμού, δικαιούται, κατ' άρθρο 20 παρ. 2 περ. β' του π.δ. 394/1996, να ελέγξει τη νομιμότητα όλων των προηγούμενων πράξεων της διοικητικής διαδικασίας του διαγωνισμού, από την οποία, άλλωστε εξαρτάται και η νομιμότητα της

κατακυρωτικής πράξεως, και να ανατρέψει τα αποτελέσματα της αξιολογήσεως όχι μόνον των οικονομικών αλλά και των τεχνικών προσφορών.»(ΕΑ 608/2001, βλ. επίσης και Σ.τ.Ε. 1262/1999, ΕΑ 138/201, 221, 42/2000). Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών Νικολάου Κ. Μαρκόπουλου, Έκδοση Σάκκουλα 2004, Σελίς 156.

Εν όψει των πιο πάνω κρίνουμε ότι η απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών ήταν πλήρως αιτιολογημένη και δεν υπερέβη καθ' οιονδήποτε τρόπον τα όρια της διακριτικής του εξουσίας και έπρεπε να επικυρωθεί η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής.

Ως εκ τούτου, η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών αποφασίζει κατά πλειοψηφία όπως ακυρώσει την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής.