



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. 15/2008

Μεταξύ:

ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ STRABAG AG και NEMESIS
CONTRACTING PLC

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 STRABAG AG και NEMESIS
CONTRACTING PLC

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. κο Χριστάκη Μελίδη, Δικηγόρο
2. κο Χρύσανθο Χριστοφόρου, Δικηγόρο
3. κο Wolfgang Freund
4. κο Robert Schedler
5. κο Jo Rommeswinkel
6. κο Matthias Meyer
7. κο Κώστα Βότση

Εκπρόσωποι
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
5. κο Σωκράτη Πασχάλη
6. κο Γιάννη Κλεάνθους

Σύμβουλοι - Μελετητές
PriceWaterhouse
Coopers

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 14 Ιουλίου, 2008

Α Π Ο Φ Α Σ Η

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, and your overall score of 87,14. For your information, Kinyras Consortium`s financial offer is €202,140 million of availability payments in real terms expressed in net present value terms».

2. Οι Αιτητές κατάθεσαν στις 14 Φεβρουαρίου, 2008 την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή με την οποία ζητούν την ακύρωση της πιο πάνω απόφασης όσον αφορά τον επιλεγέντα προσφοροδότη και την οποία βασικά στηρίζουν τους πιο κάτω λόγους:

1. Όσον αφορά τα νομικά επιχειρήματα των Αιτητών αυτά αναφέρονται στο παράνομο της προσβαλλόμενης απόφασης, στο ότι λήφθηκε καθ' υπέρβαση εξουσίας, σαν αντίθετη με τις πρόνοιες του περί Δικαίου Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου, σε παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών και για έλλειψη δέουσας ή επαρκούς αιτιολογίας, όπως επίσης και παράβαση της αρχής της αμεροληψίας, ότι στηρίχθηκε σε λανθασμένα κριτήρια και ότι υπάρχει ουσιώδης πλάνη περί το νόμο και/ή περί τα πράγματα.
2. Σε ότι αφορά το τεχνικό και οικονομικό/νομικό μέρος της προσφοράς του Προτιμητέου Προσφέροντα (Kinyras) οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι αυτός δεν τήρησε τους όρους των τευχών δημοπράτησης όσον αφορά την κατασκευή και οι οποίοι όροι είναι δεσμευτικοί όπως επίσης και τις υποχρεωτικές προδιαγραφές οι οποίες περιλαμβάνονται στις ισχύουσες σχετικές Ευρωπαϊκές Οδηγίες. Σαν συνέπεια αυτού, ισχυρίζονται οι Αιτητές το κατασκευασθησόμενο έργο θα είναι σημαντικά υποδεέστερο από αυτό για το οποίο θα έπρεπε να υποβάλουν προσφορές και ως εκ τούτου είναι επόμενο ότι είναι και χαμηλότερου κατασκευαστικού κόστους και/ή ποιότητας. Πιο συγκεκριμένα οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι η Kinyras κατά παράβαση της Συμφωνίας Έργου, Παράρτημα 2, Μέρος 1, Annex 0/5 «Mandatory Drawings», από τους τύπους σχεδίων τα οποία υποχρεούτο να προσκομίσει, προσκόμισε μόνο τα «Horizontal Road Alignment Drawings» τα

οποία εν πάση περιπτώσει, ήταν κακής ποιότητας τεχνικά. Δεν υποβλήθηκαν «Vertical Road Alignments». Ως εκ τούτου η προσφορά της Kinyras εμπεριέχει σοβαρούς κινδύνους ασφάλειας καθότι προνοεί για μεγαλύτερες κλίσεις κλιτύς από εκείνες που καθορίζονται στο ενδεικτικό σχέδιο. Τούτο, κατά τους Αιτητές, αυξάνει επικίνδυνα τα προβλήματα οδικής ασφάλειας και σταθερότητας των οχημάτων καθώς και προβλήματα με την εδαφολογική σταθερότητα και τους κινδύνους κατολισθήσεων. Περαιτέρω η Kinyras δεν προσκόμισε λεπτομερείς περιγραφές και σχέδια αναφορικά με τα δευτερεύοντα εναλλακτικά σχέδια.

Όσον αφορά τους πιο πάνω ισχυρισμούς των Αιτητών και ειδικότερα για τη μη προσκόμιση «Vertical Road Alignments» η Αναθέτουσα Αρχή ισχυρίζεται ότι η υποβολή αυτών των σχεδίων δεν ήταν υποχρεωτική εφόσον δεν υπήρχε διαφορά με τα βασικά σχέδια (illustrative designs) τα οποία ήταν μέρος των εγγράφων προσφοράς. Και στην περίπτωση αυτή δεν υπήρχε διαφορά στην προσφορά της Kinyras με τα σχέδια που υπήρχαν στα έγγραφα του διαγωνισμού.

Θεωρούμε ότι η θέση αυτή της Αναθέτουσας Αρχής είναι ορθή και επιβεβαιώνεται από τους σχετικούς όρους των εγγράφων προσφοράς. Είναι χαρακτηριστικό να αναφερθεί ότι στο Annex F: Bid Submission Checklist, σελ. 88 των όρων προσφοράς αναφέρεται σαν ένα από τα απαιτούμενα στοιχεία «Revised plans and documentation where these differ from the illustrative design». Επιπλέον η παράγρ. 14 του Addendum 9 αναφέρει επιλέξει «drawings should only be submitted where they differ from the illustrative design». Για τους σχετικούς ισχυρισμούς των Αιτητών που αφορούν την ασφάλεια του δρόμου λόγω μεγαλύτερων κλίσεων κλιτύς, πέραν του ότι είναι καθαρά τεχνικής φύσεως θέματα για τα οποία δεν έχουμε τη δυνατότητα παρέμβασης σύμφωνα με καθιερωμένη Νομολογία, εκτός αν διαπιστώνεται πλάνη περί τα πράγματα, έλλειψη αιτιολογίας ή κακή χρήση διακριτικής ευχέρειας. Και επί της ουσίας όμως 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. Θεωρούμε σκόπιμο, όχι μόνο για τον πιο πάνω ισχυρισμό των Αιτητών, αλλά και για τους επόμενους 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 ίδιου 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 αντικείμενο 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 διαπραγματεύσεως θα στερείτο του δικαιώματος να αποδεχθεί ή να απορρίψει αυτές τις αλλαγές. Δεν πρέπει να διαφεύγει της προσοχής μας ότι ο τελικός σχεδιασμός του αυτοκινητόδρομου θα ακολουθούσε στο τέλος των διαπραγματεύσεων και ο σχεδιασμός αυτός θα ήταν αποτέλεσμα των διαπραγματεύσεων.

3. Οι Αιτητές ισχυρίστηκαν ότι η προσφορά της Kinyras ήταν λίγο χαμηλότερη από την προσφορά των ιδίων λόγω του ότι στηρίχθηκε στην υπόθεση και/ή βεβαιότητα ότι θα της εκατακυρώνετο και ο δρόμος Στρουμπίου – Πόλεως απ' όπου θα απεκόμιζε επιπλέον κέρδη. Ο ισχυρισμός αυτός δεν τεκμηριώθηκε με οποιοδήποτε τρόπο και δεν γίνεται αποδεκτός.
4. Είναι ισχυρισμός των Αιτητών ότι η Kinyras δεν ετήρησε τους δεσμευτικούς όρους των τευχών δημοπράτησης που αναφέρονται στη χρηματοδότηση, τιμολόγηση, λειτουργία και συντήρηση του έργου. Πιο συγκεκριμένα οι Αιτητές επισημαίνουν τις πιο κάτω ισχυριζόμενες παραβάσεις των όρων:
 - (α) Δεν υποβλήθηκαν στοιχεία και πληροφορίες αναφορικά με την Τιμολόγηση του έργου ως επίσης και για τα Έξοδα Λειτουργίας και Συντήρησης (Pricing and Operation & Maintenance Costs) όπως προβλέπεται στο Invitation to Negotiate (I.T.N.) 4.3.1. Συγκεκριμένα δεν υποβλήθηκαν στοιχεία που αφορούν την ανάλυση λειτουργικών εξόδων, ανάλυση κεφαλαιουχικών εξόδων, έξοδα λειτουργίας και συντήρησης, περιοδική συντήρηση, συντήρηση ρουτίνας, χορηγία για σκοπούς συντήρησης, έξοδα επιθεώρησης και έξοδα διαχείρισης.

Ο πιο πάνω ισχυρισμός των Αιτητών κρίνεται αβάσιμος γιατί στη χρηματοοικονομική μελέτη της Kinyras στο Volume B, section 1.1, όλα τα πιο πάνω κόστα που ζητούνται στον όρο 4.3.1 είναι καταγραμμένα (Proforma 5 και 6). Επίσης στο Volume A (Τεχνική Προσφορά) γίνεται περιγραφή των κόστων αυτών και δίδονται λεπτομέρειες.
 - (β) Κατά παράβαση της ITN 4.3.18 η Kinyras δεν συμπεριέλαβε στην προσφορά της, καταστάσεις αναφορικά με sources and uses of funding and financing ratios appropriate to the capital structure.

Και αυτός ο ισχυρισμός των Αιτητών δεν γίνεται αποδεκτός γιατί όπως υπέδειξε η Αναθέτουσα Αρχή τα πιο πάνω αναφερόμενα από τους Αιτητές περιλαμβάνονται στο Τμήμα RO4 – Summary 1 του χρηματοοικονομικού μοντέλου της Kinyras.

5. Οι Αιτητές ισχυρίστηκαν ότι το μέλος της Κοινοπραξίας Kinyras, Joannou & Paraskevaides Ltd (J & P Ltd) δεν υπέβαλε εξελεγμένους λογαριασμούς και/ή ετήσιες εκθέσεις μετά το έτος 2003 κατά παράβαση του άρθρου 51 του Νόμου 12(Ι)/2006. Κατά την ακρόαση διευκρινίστηκε ότι η J & P Ltd σαν συνιστώσα εταιρεία της Κοινοπραξίας J & P Overseas Joint Venture που μετέχει στην Κοινοπραξία Kinyras, υπέβαλε εξελεγμένους λογαριασμούς μέχρι και το έτος 2006. Έτσι ο ισχυρισμός αυτός των Αιτητών καθίσταται άνευ αντικειμένου.
6. Ο επόμενος ισχυρισμός των Αιτητών είναι ότι ενώ η Kinyras εδήλωσε κίνδυνο μηδέν (no risk) αυτό δεν αξιολογήθηκε σωστά και/ή καθόλου από την Αναθέτουσα Αρχή.

Η Αναθέτουσα Αρχή παραδέχεται ότι πράγματι η Kinyras εδήλωσε κίνδυνο μηδέν αλλά τούτο δεν σημαίνει ότι δεν το έλαβε υπόψη ή ότι δεν το συμπεριέλαβε στην προσφορά της. Περαιτέρω δεν υπήρχε καμιά υποχρέωση να δηλωθεί ο κίνδυνος. Ο όρος 2.3.8 των όρων του διαγωνισμού αναφέρει ότι «... *Bidders are required to accept all ground condition risks as set out in the contract*». Εξάλλου ο τρόπος κοστολόγησης των διαφόρων προσφοροδοτών δεν είναι ο ίδιος. Άλλοι ενσωματώνουν τους κινδύνους μέσα στα rate και άλλοι τους βάζουν χωριστά.

Πέραν του γεγονότος ότι έχουμε αμφιβολία εάν πρόκειται για ουσιώδη όρο, είμαστε επιπλέον πεπεισμένοι ότι είναι ορθή η θέση της Αναθέτουσας Αρχής. Η παράλειψη να δηλωθεί ποσό για τους κινδύνους όσον αφορά τη γεωλογική κατάσταση του εδάφους και άλλα σχετικά, η παράλειψη του προσφοροδότη να καταγράψει το σχετικό ποσό για τους κινδύνους δεν σημαίνει ότι δεν επιβαρύνεται με τους κινδύνους αυτούς ή ότι δεν μπορεί να υπολογίσει το ποσό του κινδύνου μέσα στα γενικότερα rates. Επιπλέον ο όρος 2.3.8 όπως αναφέρθηκε πιο πάνω δεν καθιερώνει καμιά υποχρέωση να δηλωθεί ο κίνδυνος.

7. Οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι υπάρχει παράβαση των όρων, της αρχής της ισότητας και των αρχών της χρηστής διοίκησης για τους ακόλουθους λόγους:

- (α) Οι Κατάλογοι Ελέγχου Εγγράφων (Checklists) δεν κατατέθηκαν υπογεγραμμένοι όπως ορίζεται στην παράγραφο 4.2.2 της ITN, η οποία ορίζει ότι «...*The Bid Submission Checklist should be signed and included in every separate copy of Volume A submitted by the bidder*».

Η θέση της Αναθέτουσας Αρχής είναι ότι το Checklist δεν είναι υπογεγραμμένο το ίδιο αλλά είναι υπογεγραμμένο το Executive Summary που το Checklist είναι μέρος του. Δεν είναι ουσιώδες έγγραφο ή ουσιώδες μέρος της προσφοράς και συνεπώς και ο σχετικός όρος που προνοεί για υπογραφή του δεν είναι ουσιώδης. Ο σκοπός αυτού του checklist είναι ουσιαστικά για διευκόλυνση των προσφοροδοτών για να τους δοθεί η ευκαιρία να επιβεβαιώσουν σ' αυτό ότι έχουν υποβάλει όλα τα ουσιώδη έγγραφα. Απόδειξη του μη ουσιώδους χαρακτήρα του checklist, το οποίο όπως προαναφέρθηκε, είναι μέρος του Executive Summary είναι ότι ο όρος 4.2.3 ο οποίος αναφέρει ότι οποιαδήποτε πληροφορία περιέχεται στο Executive Summary δεν θα ληφθεί υπόψη για σκοπούς αξιολόγησης.

Έχουμε την άποψη ότι το Checklist δεν είναι πράγματι ουσιώδες έγγραφο, και η υπογραφή του δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ουσιώδης όρος.

Είναι καλά νομολογημένο ότι το ουσιώδες ενός όρου εξαρτάται από τη σημασία που ενέχει ο όρος στη λήψη της συγκεκριμένης απόφασης. Είναι φανερό ότι το Checklist που αποτελούσε μέρος του Executive Summary ήταν περισσότερο διευκολυντικό για τους προσφοροδότες. Εξάλλου το Executive Summary είναι υπογεγραμμένο. Το ότι ο όρος για υπογραφή του checklist δεν είναι ουσιώδης, προκύπτει και από τον όρο 4.2.3 στον οποίο καθορίζεται ότι οι περιεχόμενες πληροφορίες στο Executive Summary δεν λαμβάνονται υπόψη για σκοπούς αξιολόγησης. Ως εκ τούτου και το επιχείρημα αυτό των Αιτητών δεν γίνεται αποδεκτό.

- (β) Τα Approvals in Principle (A.I.P) τα οποία υποβλήθηκαν από την Kinyras με επιστολή 3 Ιουλίου, 2007 ήταν ελλιπή και έφεραν σφραγίδα λήψης από το Τμήμα Δημοσίων Έργων 10 Ιουλίου, 2007, συνεπώς η διορία της 3^{ης} Ιουλίου, 2007 δεν τηρήθηκε όπως ορίζεται στην παράγραφο 3.3.20 και 3.3.21 της I.T.N.

Ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι τα Approvals in Principle ήταν ελλιπή δεν έχει αποδειχθεί με οποιοδήποτε τρόπο. Όσον αφορά τις ημερομηνίες η Αναθέτουσα Αρχή ισχυρίστηκε ότι όλα τα A.I.P. κατετέθησαν στις 2 και 3 Ιουλίου, 2007. Η Kinyras παρέδωσε δια χειρός το A.I.P. στις 3 Ιουλίου, 2007. Η σφραγίδα παραλαβής αναφέρει 10 Ιουλίου και το πρόβλημα είναι γραφειοκρατικό. Η σφραγίδα αυτή μπαίνει την ημέρα που θα πάει η επιστολή στο αρχείο. Η θέση αυτή της Αναθέτουσας Αρχής επιβεβαιώνεται και από το γεγονός ότι υπάρχει επιστολή των ιδίων των Αιτητών με ημερομηνία 4 Ιουλίου και η σφραγίδα λήψης είναι ημερομηνίας 13 Ιουλίου. Ως εκ τούτου αποδεχόμαστε ότι πράγματι το A.I.P. της Kinyras παρεδόθη την ημερομηνία που αναφέρεται σ' αυτό, δηλαδή την 3^η Ιουλίου, 2007.

- (γ) Ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι οι συστατικές επιστολές που προσκόμισε η Kinyras αποκλείουν την εφαρμογή τους σε υποχρεώσεις προς τρίτα μέρη άλλα από την Κοινοπραξία όπως και για την επιστολή των ελεγκτών δεν έχει τεκμηριωθεί με οποιοδήποτε τρόπο και δεν γίνεται αποδεκτός.
- (δ) Δεν υποβλήθηκαν εξελεγμένοι (audited) λογαριασμοί για της μητρικές εταιρείες. Η αναφορά εν προκειμένω γίνεται για την Vinchi Group η οποία είναι μητρική της Vinchi Concessions η οποία μετέχει στην Κοινοπραξία. Είναι παραδεκτό ότι για τη Vinchi Group δεν υποβλήθηκαν εξελεγμένοι λογαριασμοί. Η θέση της Αναθέτουσας Αρχής είναι ότι η Vinchi Concessions υπάρχει και λειτουργεί από αρκετά χρόνια και έχει δηλώσει η ίδια και έχει επαληθευτεί στην αξιολόγηση ότι είναι αυτάρκης και δεν χρειάζεται parent guarantee από τη μητρική. Τα οικονομικά της δεδομένα είναι τέτοια που της επιτρέπουν να συμμετέχει από μόνη της σε τέτοιου

είδους προσφορές. Θεωρούμε λογική και αποδεχόμαστε την απάντηση της Αναθέτουσας Αρχής. Είναι κατά την άποψή μας, προφανές ότι ο λόγος που απαιτούνται οι εξελεγμένοι λογαριασμοί της μητρικής εταιρείας είναι για να διακριβωθεί ότι η θυγατρική εταιρεία είναι σε θέση να ανταποκριθεί στις γενικότερες οικονομικές απαιτήσεις του διαγωνισμού. Εφόσον η θυγατρική εταιρεία αποδεικνύει τη δική της οικονομική επάρκεια για εκτέλεση ή συμμετοχή στο έργο δεν είναι ουσιαστικό στοιχείο η ανυπαρξία λογαριασμών της μητρικής εταιρείας. Με αυτή την έννοια ο σχετικός όρος δεν θεωρείται ουσιώδης όρος των εγγράφων.

- (ε) Οι ακόλουθοι ισχυρισμοί των Αιτητών ότι δηλαδή:
- (αα) δεν υποβλήθηκαν εξελεγμένοι λογαριασμοί για τις μητρικές εταιρείες,
 - (ββ) η επιστολή του Οικονομικού Συμβούλου της Kinyras δεν αναφέρει και δεν προσφέρει κανένα στερεό υπόβαθρο για περαιτέρω χρηματοδότηση εάν χρειασθεί,
 - (γγ) η Kinyras δυνατόν να έχει προβληματική χρηματοδότηση από τους δηλωθέντες σαν χρηματοδότες του έργου και/ή δεν υπάρχει επιβεβαίωση οικονομικής ευρωστίας από ελεγκτή για την J & P Ltd, και
 - (δδ) δεν υπάρχει ξεχωριστή επιστολή/γνωμάτευση από εγκεκριμένο ελεγκτή για την J & P Joint Venture,

δεν έχουν τεκμηριωθεί με οποιοδήποτε τρόπο και δεν γίνονται αποδεκτοί.

- (στ) Τα πρακτικά του Διοικητικού Συμβουλίου του μέλους της Kinyras VINCHI ημερ. 16.3.2007 δεν επιβεβαιώνουν την ύπαρξη ικανοποιητικών διαθέσιμων κεφαλαίων ως προς την προσφορά σε αντίθεση με την παράγραφο 4.3.6 της Ι.Τ.Ν. Ο ισχυρισμός αυτός των Αιτητών κρίνεται αβάσιμος γιατί από τα κατατεθέντα πρακτικά του Διοικητικού Συμβουλίου προκύπτει σαφώς ότι υπάρχει συμμόρφωση προς την παράγραφο 4.3.6 της Ι.Τ.Ν.

- (ζ) Οι σύμβουλοι της Kinyras Consortium και/ή κάποιου ή κάποιων εκ των μελών που την απαρτίζουν ήταν και σύμβουλοι της Αναθέτουσας Αρχής. Η αναφορά γίνεται για τους συμβούλους της Αναθέτουσας Αρχής PriceWaterhouseCoopers (PWC) Κύπρου οι οποίοι κατά τον ουσιώδη χρόνο ήταν ελεγκτές της J & P Ltd και η οποία είναι συνεταιίρος στο Joint Venture J & P JV η οποία με την J & P (Overseas) Ltd ανήκουν στην Κοινοπραξία Kinyras. Επίσης η PWC έχει υποβάλει πιστοποιήσεις με επιστολές για την εταιρεία Cybarco Plc η οποία είναι επίσης μέλος της Kinyras. Τούτο, κατά τους Αιτητές, παραβιάζει την αρχή της ίσης μεταχείρισης, την αρχή της διαφάνειας, ως επίσης και των Κοινοτικών Οδηγιών 89/665 και 92/13. Επί του προκειμένου οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν προέβη στη δέουσα έρευνα για πιθανή σύγκρουση συμφερόντων.

Η Αναθέτουσα Αρχή ισχυρίζεται ότι τίποτε το επιλήψιμο δεν υπάρχει στη συγκεκριμένη περίπτωση. Πρόκειται για πρακτική η οποία ακολουθείται διεθνώς για οργανισμούς του μεγέθους της PWC αλλά και για παρομοίου μεγέθους έργα.

Η αμεροληψία των συμβούλων στην προκειμένη περίπτωση καθορίζεται από το International Institute of Accountants και τα independence rules and regulations. Εάν ακολουθηθεί διαφορετική λογική θα πρέπει όποια εταιρεία υποβάλλει έργο στο οποίο τυγχάνει να έχει επιλέξει η Κυβέρνηση συμβούλους ελεγκτές θα πρέπει να αλλάζει τον ελεγκτή της ή πρέπει να αλλάζει η Κυβέρνηση τους συμβούλους της.

Η σχέση της PWC με τις αναφερθείσες εταιρείες που συμμετέχουν στην Κοινοπραξία ήταν γνωστή από το στάδιο της προεπιλογής αφού οι ελεγμένοι λογαριασμοί των αναφερομένων εταιρειών ήταν εκεί. Η δημοσίευση της προκήρυξης του διαγωνισμού έγινε στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 29.4.2006 και στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας στις 5.5.2006. Οι Κανονισμοί που ίσχυαν

κατά το χρόνο προκήρυξης των προσφορών και συγκεκριμένα ο Κανονισμός 14 της Κ.Δ.Π. 71/2004 δεν απαιτούσαν από τους ιδιώτες συμβούλους δήλωση ευσυνείδητης και αμερόληπτης εκτέλεσης των καθηκόντων τους ούτε δήλωση ιδιάζουσας σχέσης ή συγγένειας σε αντίθεση με τους νέους Κανονισμούς (Κ.Δ.Π. 201/2004) οι οποίοι απαιτούν δήλωση ευσυνείδητης εκτέλεσης από ιδιώτες συμβούλους.

Έχουμε ακούσει με πολλή προσοχή τα επιχειρήματα των μερών επί του προκειμένου θέματος και καταλήγουμε στα ακόλουθα:

- (αα) Πράγματι οι Κανονισμοί που ίσχυαν κατά το χρόνο προκήρυξης των Προσφορών (Κ.Δ.Π. 71/2004) δεν καθορίζουν υποχρέωση δήλωσης ευσυνείδητης και αμερόληπτης εκτέλεσης των καθηκόντων τους από τους ιδιώτες συμβούλους ούτε δήλωση ιδιάζουσας σχέσης ή συγγένειας.
- (ββ) Οι σύμβουλοι και στην προκειμένη περίπτωση και σε άλλες παρόμοιες περιπτώσεις δεν έχουν αποφασιστική εξουσία. Η εξουσία αυτή ανήκει στην Επιτροπή Αξιολόγησης και το Συμβούλιο Προσφορών. Η Έκθεση Αξιολόγησης των συμβούλων ελέγχεται από την Επιτροπή Αξιολόγησης. Όπως ορίζεται στο άρθρο 9(4) της Κ.Δ.Π. 201/2007 *«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 ορθότητα 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».*
- (γγ) Ακόμα και σε περίπτωση ύπαρξης οποιουδήποτε συμφέροντος ή σχέσης των συμβούλων τούτο δεν καθιστά αυτόματα άκυρη την όποια διαδικασία. Σχετικά το άρθρο 21(3) της Κ.Δ.Π. 201/2007 ορίζει τα ακόλουθα:

«Σε περίπτωση ύπαρξης συμφέροντος, σχέσης, συγγένειας ή έχθρας που αναφέρονται στην υποπαράγραφο (α) της παραγράφου (2) από ιδιώτη σύμβουλο ή μελετητή, η αποκάλυψη γίνεται γραπτώς στον προϊστάμενο της αναθέτουσας αρχής, ο οποίος ενημερώνει σχετικά την Επιτροπή Αξιολόγησης και το αρμόδιο Συμβούλιο Προσφορών ή τη Διαχειριστική Επιτροπή, ανάλογα με την περίπτωση, έτσι ώστε η σχέση των συμβούλων και μελετητών με τους προσφέροντες να ληφθεί υπόψη κατά την ανάλυση της έκθεσης των Συμβούλων».

- (δδ) Το βασικό παράπονο των Αιτητών είναι ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν προέβη σε δέουσα έρευνα για την πιθανή σύγκρουση συμφερόντων των συμβούλων PWC. Οι ίδιοι δεν ισχυρίζονται ότι υπάρχει πράγματι σύγκρουση συμφερόντων των συμβούλων. Δοθέντος ότι, όπως προαναφέραμε, δεν υπήρχε υποχρέωση σχετικής δήλωσης από τους συμβούλους και το γεγονός ότι ήταν ελεγκτές της εταιρείας της J&P Ltd η οποία είναι συνεταιίρος στην J&P Joint Venture και δοθέντος ότι το γεγονός αυτό ήταν γνωστό και στην Επιτροπή Αξιολόγησης και στο Συμβούλιο Προσφορών, δεν θεωρούμε ότι υπήρξε οποιαδήποτε παράβαση του Νόμου ή των Κανονισμών εν προκειμένω.

Ως εκ τούτου και το πιο πάνω επιχείρημα των Αιτητών δεν γίνεται αποδεκτό.

- (η) Το πλήρες όνομα, αριθμός μητρώου, εγγεγραμμένο γραφείο, τηλεφωνικός αριθμός, τηλεομοιότυπο και στοιχεία επικοινωνίας της J&P Ltd δεν δηλώνονται στην προσφορά, κατά παράβαση της παραγρ. 4.3.31 της ITN.

Ο ισχυρισμός αυτός των Αιτητών δεν γίνεται αποδεκτός γιατί η J&P Ltd δεν είναι μέλος της κοινοπραξίας και δεν είχε τέτοια υποχρέωση. Πέραν

τούτου ακόμη και αν ήταν διαφορετικά η παράλειψη αυτή δεν θεωρείται ουσιώδης.

- (θ) Οι σύμβουλοι της Κοινοπραξίας δεν κατονομάζονται κατά παράβαση της παραγρ. 4.3.31 της ITN. Κατά την ακρόαση της Προσφυγής οι Αιτητές παραδέχθηκαν ότι υπάρχουν στοιχεία για legal advisor και financial advisor, δεν υπάρχει όμως Τεχνικός.

Ο ισχυρισμός αυτός των Αιτητών απορρίπτεται από την Αναθέτουσα Αρχή για το λόγο ότι τα μέλη της Κοινοπραξίας ήταν οι ίδιοι τεχνικοί οπότε δεν εχρειάζετο να υποβληθούν στοιχεία για Τεχνικό Σύμβουλο. Επί του προκειμένου ο σχετικός όρος της ITN 4.3.31 (ii) (f) αναφέρει επί λέξει «*names and addresses of legal, technical and financial advisors (if different to those advising the contracting entity)*».

Είναι κατά την άποψη μας, φανερό ότι η θέση της Αναθέτουσας αρχής είναι ορθή και ως εκ τούτου το επιχείρημα αυτό των Αιτητών δεν γίνεται αποδεκτό.

- (ι) Όλα τα σχετικά με την προσφορά αντίτυπα έπρεπε να ήταν δεμένα. Τα έγγραφα που υπέβαλε η Kinyras δεν ήταν δεμένα ούτε συνενωμένα, κατά παράβαση του όρου 7.7.1 της ITN. Ο όρος αυτός προβλέπει ότι θα πρέπει να υποβληθούν πέντε bound sets και ένα unbound set τα οποία πρέπει να είναι “*duly signed where indicated....*”.

Όπως έχουμε παρατηρήσει τα πέντε αντίτυπα υποβλήθηκαν μέσα σε folder και είναι “bound” όπως ορίζεται στο σχετικό όρο και είναι υπογραμμένα. Το άλλο αντίτυπο (unbound set) είναι πράγματι loose. Η εξήγηση που έδωσε η Αναθέτουσα Αρχή ότι ο σκοπός που εξητήθη το έκτο set είναι απλά και μόνο για σκοπούς φωτοτύπησης είναι λογικός και γίνεται αποδεκτός.

- (κ) Ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι η Κοινοπραξία Kinyras δεν απάντησε και/ή δεν ασχολήθηκε με όλες τις ενδιάμεσες ερωτήσεις και σχόλια ως είχε υποχρέωση θεωρούμε ότι δεν έχει στοιχειοθετηθεί με οποιοδήποτε τρόπο, πέραν του γεγονότος ότι και αν ακόμη υπήρχε αυτή η παράλειψη δεν μπορεί να θεωρηθεί σαν ουσιώδης.
- (λ) Η Kinyras δεν συμπεριέλαβε ανάληψη κινδύνου και/ή συμπεριέλαβε μηδενική ανάληψη κινδύνου. Ο ισχυρισμός αυτός των Αιτητών είναι ταυτόσημος με τον ισχυρισμό που αναφέρεται στη παράγρ. 6 πιο πάνω και έχει απαντηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή και έχει κριθεί σαν αβάσιμος.
8. Δεν ερευνήθηκαν και/ή δεν αναλύθηκαν από την Αναθέτουσα Αρχή οι πολύ μεγάλες διαφορές στις τιμές σημαντικών εργασιών του έργου. Το επιχείρημα αυτό δεν έχει τεκμηριωθεί με οποιοδήποτε τρόπο και κρίνουμε ότι είναι αβάσιμο.
9. Η προσφορά των Αιτητών ήταν κατά πολύ καλύτερη από αυτήν της Kinyras η οποία εν πάση περιπτώσει έπασχε τόσο νομικά όσο και τεχνικά και οικονομικά.
- Κρίνουμε ότι πρόκειται για γενικό και αόριστο ισχυρισμό ο οποίος σε επί μέρους σημεία του έχει κριθεί και απαντηθεί προηγουμένως. Για τις αναφορές των Αιτητών σε παρατηρήσεις των εγκεκριμένων ελεγκτών BDO η απάντηση είναι ότι αυτές αναφέροντο σε αρχικές παρατηρήσεις οι οποίες διορθώθηκαν και οι οποίες περιλήφθηκαν στο final report. Κρίνουμε ότι δεν υπάρχει οποιαδήποτε ουσιώδης παράβαση και ο ισχυρισμός αυτός απορρίπτεται.
10. Η προσφορά της Kinyras 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:
- α) η σήραγγα στη Μεσόγη η οποία έχει μήκος 545,18m δεν προνοεί έξοδο κινδύνου,

- β) η προσφορά της Kinyras δεν πληροί και/ή δεν ικανοποιεί την παράγρ. 3.14 του Schedule 2, Part 1,
- γ) Η προσφορά της Kinyras ως έχει είναι αδύνατο να ικανοποιεί την απαίτηση όπως το έργο έχει ζωή διάρκειας 120 ετών.

Πέραν των τεχνικών θεμάτων για τα οποία δεν μπορούμε να παρέμβουμε, έχουμε διαπιστώσει ότι υπάρχει σαφής δέσμευση της Kinyras ότι δεσμεύεται με τις πρόνοιες και Οδηγίες 2004/54/EK και 94/2004. Λαμβάνοντας υπόψη ότι θα ακολουθήσει ο τελικός σχεδιασμός του δρόμου ο οποίος θα ελεγχθεί από checkers, όπως αναφέρουμε πιο πάνω, δεν θεωρούμε ότι υπάρχει παράβαση ουσιώδους όρου των εγγράφων. Ο ισχυρισμός ότι δεν ικανοποιείται η απαίτηση όπως το έργο έχει διάρκεια ζωής 120 έτη δεν έχει τεκμηριωθεί και δεν γίνεται αποδεκτός.

Οι Δικηγόροι των Αιτητών παρέθεσαν εκτεταμένη νομολογία τόσο του Ανωτάτου Δικαστηρίου όσο και του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου προς υποστήριξη των ισχυρισμών τους. 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 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) Ο Προτιμητέος Προσφέρων δεν προσκόμισε τον τύπο σχεδίων “Vertical Road Alignments” που ήταν υποχρεωμένος να προσκομίσει (Παράρτημα 2, Μέρος Ι, Annex 0/5), με αποτέλεσμα η προσφορά του Προτιμητέου Προσφέροντα δυνατόν να εμπεριέχει σοβαρούς κινδύνους ασφαλείας καθότι προνοεί για μεγαλύτερες κλίσεις κλιτός από εκείνες που καθορίζονται στο Ενδεικτικό Σχέδιο. Ο ισχυρισμός της Αναθέτουσας Αρχής ότι η μη προσκόμιση “Vertical Road Alignments” από τον Προτιμητέο Προσφέροντα δεν ήταν υποχρεωτική εφόσον δεν υπήρχε διαφορά με τα “Illustrative Designs” τα οποία ήταν μέρος των εγγράφων προσφοράς δεν μπορεί να γίνει αποδεκτός. Επίσης, η θέση ότι σύμφωνα με το Annex F: bid submission checklist, σελ 88, των όρων προσφοράς αναφέρεται σαν ένα από τα απαιτούμενα στοιχεία “Revised plans and documentation where these differ from the illustrative design” και ότι η παράγραφος 14 του Addendum 9 αναφέρει επί λέξει *“drawings should only be submitted where they differ from the illustrative design”* δεν αλλάζει την ευθύνη του Προτιμητέου Προσφέροντα όσον αφορά την υποβολή με την προσφορά του των υποχρεωτικών σχεδίων “Mandatory Drawings”.
- (β) Οι Κατάλογοι Ελέγχου Εγγράφων (checklists) δεν κατατέθηκαν υπογεγραμμένοι ως η παράγραφος 4.2.2. της ITN ορίζει:

“The Executive Summary should also include a Bid Submission checklist in which bidders are required to verify all information required in volume A and Volume B has been submitted. A format is provided in Annex F of this ITN. The bid Submission checklist should be signed and included in every separate copy of Volume A submitted by the bidder”

- και το οποίο σημειώνεται και στην Έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης. Σύμφωνα με τον πιο πάνω όρο η υπογραφή των Καταλόγων ήταν υποχρεωτική και επομένως ο όρος ήταν κατά την άποψη μας ουσιαστικής σημασίας. Οι ισχυρισμοί της Αναθέτουσας Αρχής ότι αν και πράγματι το Checklist δεν είναι υπογεγραμμένο το ίδιο αλλά είναι υπογεγραμμένο το Executive Summary που το Checklist είναι μέρος του και ότι οποιαδήποτε πληροφορία περιέχεται στο Executive Summary δεν θα ληφθεί υπόψη για σκοπούς αξιολόγησης, δεν μπορούν να διαγράψουν την υποχρέωση προσφέροντα να συμμορφωθεί με υποχρεωτικούς όρους των Εγγράφων του Διαγωνισμού.
- (γ) Είναι παραδεκτό από την Αναθέτουσα Αρχή ότι τα Approvals in Principle τα οποία υποβλήθηκαν από τον Προτιμητέο Προσφέροντα έφεραν σφραγίδα λήψης από το Τμήμα Δημοσιών Έργων ημερ. 10 Ιουλίου, 2007 και συνεπώς η διορία της 3^{ης} Ιουλίου, 2007 δεν τηρήθηκε όπως ορίζεται στην παράγραφο 3.3.20 και 3.3.21 της ITN. Ο ισχυρισμός της Αναθέτουσας Αρχής ότι το πρόβλημα είναι γραφειοκρατικό και ότι υπάρχει και επιστολή της Αιτούσας Κοινοπραξίας με ημερομηνία 4 Ιουλίου και η σφραγίδα είναι ημερομηνίας 13 Ιουλίου δεν μπορεί να γίνει αποδεκτή σαν νόμιμη δικαιολογία.
- (δ) Είναι παραδεκτό από την Αναθέτουσα Αρχή ότι δεν υποβλήθηκαν εξελεγμένες (audited) οικονομικές καταστάσεις όσον αφορά τη μητρική εταιρεία (Vinchi Group) της Vinci Concessions η οποία μετέχει στην Κοινοπραξία του Προτιμητέου Προσφέροντα σύμφωνα με τους όρους του Διαγωνισμού. Ο ισχυρισμός της Αναθέτουσας Αρχής ότι η Vinci Concessions υπάρχει και λειτουργεί από αρκετά χρόνια κα έχει δηλώσει η ίδια ότι είναι αυτόνομη και δεν χρειάζεται parent guarantee από τη μητρική δεν μπορεί να γίνει αποδεκτός. Πουθενά στην Έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης δεν επαληθεύεται ότι η Vinci Concessions είναι οικονομικά αυτόνομη, αλλά έστω και εάν η Επιτροπή Αξιολόγησης επαληθεύει το γεγονός και η θυγατρική εταιρεία αποδεικνύει τη δική της οικονομική επάρκεια για εκτέλεση ή συμμετοχή στο έργο, η υποχρέωση του Προτιμητέου Προσφέροντα, σύμφωνα με τους όρους του Διαγωνισμού, να υποβάλλει με την προσφορά του ελεγμένες οικονομικές καταστάσεις της Vinchi Group δεν παραμερίζεται αλλά

παραμένει σε πλήρη ισχύ. Ουσιαστικής σημασίας στην περίπτωση αυτή είναι να αποδείξει και η μητρική εταιρεία την οικονομική της επάρκεια, αφού η Vinchi Concessions σαν εξαρτώμενη εταιρεία της μητρικής (Vinchi Group) εξαρτάται σε μεγάλο βαθμό από την οικονομική επάρκεια της μητρικής εταιρείας, και, μπορεί να χάσει την οικονομική της επάρκεια οποιαδήποτε στιγμή επιθυμήσει η μητρική εταιρεία, ειδικά όταν η μητρική εταιρεία βρίσκεται σε οικονομική αστάθεια ή κίνδυνο.

- (ε) Οι Σύμβουλοι του Προτιμητέου Προσφέροντα και/ή κάποιου ή κάποιων εκ των μελών που την απαρτίζουν ήταν και Σύμβουλοι της Αναθέτουσας Αρχής και το γεγονός αυτό παραβιάζει την αρχή της ίσης μεταχείρισης, την αρχή της διαφάνειας ως επίσης και των Κοινοτικών Οδηγιών 89/665 και 92/13 και η Αναθέτουσα Αρχή δεν προέβη στη δέουσα έρευνα για πιθανή σύγκρουση συμφερόντων και/ή ιδιάζουσας σχέσης μεταξύ των Συμβούλων και του Προτιμητέου Προσφέροντα. Οι νέοι κανονισμοί (ΚΔΠ 201/2007) απαιτούν δήλωση ευσυνειδητής εκτέλεσης από ιδιώτες Συμβούλους. Αν και κατά την ουσιώδη ημερομηνία ίσχυε ο Κανονισμός 71/2004 που δεν απαιτούσε από ιδιώτες συμβούλους δήλωση ευσυνειδητής και αμερόληπτης εκτέλεσης των καθηκόντων τους εντούτοις κατά την ημερομηνία αξιολόγησης της προσφοράς και της εξέτασής της από το Συμβούλιο Προσφορών ίσχυαν οι νέοι Κανονισμοί με τους οποίους κατά πάγια νομολογία έπρεπε οι Σύμβουλοι να συμμορφωθούν. Η Εταιρεία J & P Limited η οποία είναι συνέταρος στο Joint Venture J & P JV η οποία με την J & P (Overseas) Limited ανήκουν στην Κοινοπραξία Kinyras έχει σαν εξωτερικούς ελεγκτές της τους Συμβούλους της Αναθέτουσας Αρχής. Η εταιρεία J & P Limited είναι μια από τις μεγαλύτερες εταιρείες της Κύπρου και οι Σύμβουλοι σαν εξωτερικοί ελεγκτές έχουν επαγγελματικά συμφέροντα. Σαν τέτοια είμαστε της γνώμης ότι οι Σύμβουλοι υπό την ιδιότητα και του εξωτερικού ελεγκτή της J & P Limited είχαν καθήκον σύμφωνα με τον νόμο και τις αρχές της χρηστής διοίκησης, διαφάνειας και αμεροληψίας, να δηλώσουν και να αποκαλύψουν την ειδική αυτή σχέση στον Προϊστάμενο της Αναθέτουσας Αρχής ο οποίος εν συνεχεία ενημερώνει άλλα αρμόδια σώματα για να ληφθεί υπόψη κατά την ανάλυση της Έκθεσης των Συμβούλων. Ουδέποτε έπραξαν τούτο. Ο ισχυρισμός ότι η σχέση αυτή ήταν γνωστή από το στάδιο της προεπιλογής αφού

οι ελεγμένες οικονομικές καταστάσεις των αναφερομένων εταιρειών ήταν «εκεί» δεν μπορεί να θεωρηθεί και να γίνει αποδεκτή σαν σοβαρή και πειστική δικαιολογία.

- (στ) 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

Για όλους 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.

Ενόψει όλων των πιο πάνω, κατά πλειοψηφία, η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή δεν γίνεται αποδεκτή και η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής επικυρώνεται.