



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. 74/2016

Μεταξύ:

PAP MEDICAL LTD

Αιτητών

v.

ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

Έφη Παπαδοπούλου, Πρόεδρος
Λοΐζος Κάππας, Μέλος
Γιώργος Αναστασίου, Μέλος
Σόλων Παπαθεοχάρους, Μέλος
Βασίλης Πάλμας, Μέλος

Αιτητές:

PAP MEDICAL LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Στέλιο Αμερικό, Δικηγόροι για Στέλιο Αμερικό & Σία ΔΕΠΕ και για Chrysses Demetriades & Co LLC
2. Χριστόφορο Τσεκούρα, Δικηγόροι για Στέλιο Αμερικό & Σία ΔΕΠΕ και για Chrysses Demetriades & Co LLC
3. Ανδρέα Πιπερίδη, Εκπρόσωπο αιτούσας εταιρείας
4. Ζωή Πιπερίδου, Εκπρόσωπο αιτούσας εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΤΜΗΜΑ ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Ειρήνη Νεοφύτου, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. Παύλο Γιαβρή, Πρόεδρο Συμβουλίου Προσφορών
3. Ανδρέα Λουκά, Μέλος Συμβουλίου Προσφορών
4. Ανδρέα Μικελλίδη, Μέλος Ad-Hoc Τεχνικής Επιτροπής
5. Ροβέρτο Παπακυριακού, Μέλος Ad-Hoc Τεχνικής Επιτροπής

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 10 Φεβρουαρίου, 2017

Η απόφαση μας δεν είναι ομόφωνη. Με την απόφαση της πλειοψηφίας συμφωνούν η Πρόεδρος κα Έφη Παπαδοπούλου και τα μέλη της Αρχής κ.κ. Γιώργος Αναστασίου, Σόλων Παπαθεοχάρους και Βασίλης Πάλμας. Το Μέλος κος Λοΐζος Κάππας θα εκδώσει χωριστή απόφαση με την ίδια κατάληξη αλλά με διαφορετικό σκεπτικό.

ΑΠΟΦΑΣΗ ΠΛΕΙΟΨΗΦΙΑΣ

Με την παρούσα προσφυγή αμφισβητείται η νομιμότητα της απόφασης του Τμήματος Ηλεκτρομηχανολογικών Υπηρεσιών «η Αναθέτουσα Αρχή» να κρίνει την προσφορά των Αιτητών ως μη πληρούσα ουσιώδεις όρους του διαγωνισμού και στη συνέχεια να ακυρώσει τον διαγωνισμό αρ. 13.25.020.2015 ΗΜΥ για «*Αγορά Θεραπειών Αιμοκάθαρσης με την Παροχή Αναλωσίμων Αιμοκάθαρσης και Συνοδού Εξοπλισμού Αιμοκάθαρσης*».

Η ακύρωση του διαγωνισμού ήταν το αποτέλεσμα μη πλήρωσης των όρων του διαγωνισμού από τους Αιτητές αλλά και άλλους προσφοροδότες. Είναι η δεύτερη φορά που καλούμαστε να εξετάσουμε τον πιο πάνω διαγωνισμό. Προηγήθηκε η Προσφυγή αρ. 20/2016¹ η οποία καταχωρήθηκε από τους Αιτητές στην παρούσα και αμφισβητούσε τη νομιμότητα της κατακύρωσης του διαγωνισμού στην εταιρεία Φαρμακευτική Οργάνωση Κύπρου Λτδ (ΦΟΚ). Η εν λόγω Προσφυγή οδήγησε στην ακύρωση της κατακύρωσης του διαγωνισμού στην ΦΟΚ.

Ακολούθως και σύμφωνα με τα γεγονότα όπως τέθηκαν ενώπιον μας, οι δικηγόροι της ΦΟΚ, η οποία σημειωτέον δεν προσέβαλε την απόφαση στην Προσφυγή 20/2016, απέστειλαν στην Αναθέτουσα Αρχή επιστολή με την οποία αμφισβητούσαν την ορθότητα της απόφασης της Αναθεωρητικής Αρχής

¹ PAP MEDICAL LTD v. ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ, ημερ. 12.9.2016

Προσφορών. Η Ad-Hoc Τεχνική Επιτροπή σε έκθεση της την οποία διαβίβασε στο Συμβούλιο Προσφορών στις 7.11.2016 διαπίστωσε ότι η προσφορά της ΦΟΚ και ακόμη μιας εταιρείας, που δεν ενδιαφέρει εδώ, αλλά και η μία από τις δύο προσφορές των Αιτητών στην Προσφυγή 74/2016 δεν ικανοποιούν τους όρους του διαγωνισμού, ενώ για την άλλη προσφορά των Αιτητών στην Προσφυγή 74/2016 κρίθηκε ότι θα έπρεπε να ζητηθούν πρόσθετες διευκρινίσεις/πληροφορίες.

Η Ad Hoc Τεχνική Επιτροπή στις 17.11.2016 υπέβαλε στο Συμβούλιο Προσφορών συμπληρωματική έκθεση όπου σε σχέση με την προσφορά των Αιτητών που εδώ ενδιαφέρει καταγράφονται τα εξής:

«3. *ΑΠΟΣΑΦΗΝΙΣΕΙΣ/ΔΙΕΥΚΡΙΝΙΣΕΙΣ*

3.1 *Προσφορά 1/5 – Προσφέρων: PAP MEDICAL Ltd*

[...]

8. Στο εδάφιο 10 του Μέρους 2 - Ειδικοί Όροι του Τόμου Β απαιτείται η υποβολή δέσμευσης του κατασκευαστή του εξοπλισμού ότι, αυτός θα αναλάβει να εκπληρώσει τις συμβατικές υποχρεώσεις του Αναδόχου σε περίπτωση που ο Εργοδότης προχωρήσει σε τερματισμό της σύμβασης.

Συγκεκριμένα στην παράγραφο 2(e) ζητείται όπως η εγγραφή δέσμευση του κατασκευαστή να περιλαμβάνει την υποβολή «Κειμένου όπου ρητά θα δεσμεύεται ο κατασκευαστής ότι, σε περίπτωση τερματισμού της σύμβασης από τον Εργοδότη κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 29, Μέρος 1, Τόμος Β τότε θα αναλάβει χωρίς καμία επιφύλαξη και χωρίς κανένα επιπλέον κόστος ή επιβάρυνση για τον Εργοδότη όλες ανεξαιρέτως τις συμβατικές υποχρεώσεις του Ανάδοχου μέχρι τη λήξη της σύμβασης.»

Στην δέσμευση του κατασκευαστή FRESSENIUS MEDICAL CARE, που υποβλήθηκε με την προσφορά αρ. 1 της εταιρείας PAP MEDICAL LTD,

φαίνεται ότι, υπάρχει δέσμευση για ανάληψη από την κατασκευάστρια εταιρεία των υποχρεώσεων του Αναδόχου. Επειδή όμως, η δέσμευση περιλαμβάνει όρους, όπως «commercially reasonable efforts» και “within reasonable lead times” και για αποφυγή αυθαίρετων ερμηνειών, γίνεται εισήγηση για εφαρμογή των προνοιών του άρθρου 56(3) του Νόμου 73.(I)/2016, βάσει των οποίων, για αποσαφήνιση, ζητηθεί η ξεκάθαρη τοποθέτηση της κατασκευάστριας εταιρείας για την ικανοποίηση των απαιτήσεων του εδαφίου 10, παράγραφος 2(e) του Μέρους 2 – ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΣΥΜΒΑΣΗΣ του Τόμου Β των εγγράφων του διαγωνισμού.

[...]

5. Αναφορικά με το Μέρος 2 – Τμήμα Α – Γενικές Απαιτήσεις, τα μέλη της Ad -Hoc Επιτροπής, με εξαίρεση τον κ. Στέλιο Στυλιανίδη, του οποίου οι θέσεις για το συγκεκριμένο θέμα επισυνάπτονται στο Παράρτημα 2 της συμπληρωματικής έκθεσης, θεωρούν ότι οι αποκλίσεις που έχουν παρατηρηθεί δεν επηρεάζουν τη λειτουργία του προσφερόμενου εξοπλισμού.

Τα υπόλοιπα μέλη της ad – hoc επιτροπής θεωρούν ότι, ο διαγωνισμός αφορά στην προμήθεια θεραπειών αιμοκάθαρσης με την παροχή αναλωσίμων αιμοκάθαρσης και συνοδού εξοπλισμού αιμοκάθαρσης. Επισημαίνεται ότι, οι εν λόγω θεραπείες θα παρέχονται/διενεργούνται στους χώρους που καθορίζονται στο εδάφιο 1.2 του άρθρου 1 του Μέρους 2 -ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΣΥΜΒΑΣΗΣ του Τόμου Β. Όλοι οι καθοριζόμενοι στο υπό αναφορά εδάφιο χώροι αφορούν σε εγκαταστάσεις/θαλάμους νοσηλείας που βρίσκονται στα Γενικά Νοσοκομεία Λευκωσίας, Λεμεσού, Λάρνακας και Πάφου. Στους πιο πάνω χώρους διατηρούνται συνθήκες κλιματισμού και υγρασίας, βάσει σχετικών πρωτοκόλλων και προτύπων. Η διατήρηση συγκεκριμένων συνθηκών αφορά τόσο την άνεση των ασθενών, όσο και την τήρηση συνθηκών ασφαλούς θεραπείας των ασθενών.

Δεδομένου τούτου, η απόκλιση που έχει εντοπιστεί για τις συνθήκες λειτουργίας (θερμοκρασία και υγρασία) των μηχανών αιμοκάθαρσης, κρίνεται ως μη ουσιώδης, αφού οι συνθήκες λειτουργίας των μηχανών είναι εντός του πλαισίου των συνθηκών κλιματισμού που τηρούνται στα Νοσοκομεία. Ως εκ τούτου, η απόκλιση κρίνεται μη αποφασιστικής σημασίας για την κατακύρωση της προσφοράς».

Το περιεχόμενο των εκθέσεων της Ad-Hoc Τεχνικής Επιτροπής συζητήθηκε από το Συμβούλιο Προσφορών σε συνεδρίες του στις 23.11.2016 και 24.11.2016, ημερομηνία που λήφθηκε και η προσβαλλόμενη απόφαση. Το Συμβούλιο Προσφορών στα πρακτικά του ημερ. 24.11.2016 σε σχέση με την προσφορά των Αιτητών, διαφώνησε με τις θέσεις της Ad-Hoc Τεχνικής Επιτροπής. Στο εν λόγω πρακτικό για ότι εδώ έχει σημασία καταγράφονται τα εξής:

«5. Οι συνθήκες περιβάλλοντος που καθορίστηκαν από την αναθέτουσα αρχή, στην προκειμένη περίπτωση η θερμοκρασία και η σχετική υγρασία, καθορίζουν και τη σκοπούμενη χρήση (*intended use*) της μηχανής αιμοκάθαρσης και επηρεάζουν τα κατασκευαστικά και τεχνικά χαρακτηριστικά της, ώστε να διασφαλίζεται ότι η μηχανή θα παραμείνει ασφαλής, θα λειτουργεί ορθά και δεν θα αποτελέσει δυνητική εστία κινδύνου και πρόκλησης βλάβης, σε όλο το εύρος των συνθηκών αυτών. Το Συμβούλιο Προσφορών διαφωνεί με τη θέση της πλειοψηφίας της Ad Hoc Επιτροπής, η οποία παρόλο ότι εντόπισε αποκλίσεις από τις καθορισμένες συνθήκες περιβάλλοντος στις προσφορές αρ. 1/5, 2/5 και 4/5, λαμβάνοντας λανθασμένα υπόψη τις συνθήκες «κλιματισμού που τηρούνται στα Νοσοκομεία» έκρινε τις αποκλίσεις αυτές «ως μη ουσιώδεις» και «μη αποφασιστικής σημασίας για την κατακύρωση της προσφοράς», θέση που παραγνωρίζει ότι πρόκειται για τις αντικειμενικές συνθήκες περιβάλλοντος που αφορούν στο σχεδιασμό, την κατασκευή και τον έλεγχο των μηχανών αιμοκάθαρσης και μέσα στις οποίες αυτές πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να λειτουργούν, ως αυτόνομος εξοπλισμός, συμμορφούμενες με τις απαιτήσεις λειτουργίας και ασφάλειας. Ως εκ τούτου, το Συμβούλιο Προσφορών θεωρεί ουσιώδεις τις αποκλίσεις των προσφερόμενων μηχανών αιμοκάθαρσης, από τον όρο του διαγωνισμού που αφορά στις καθορισμένες συνθήκες περιβάλλοντος.

6. Όσον αφορά στην έγγραφη δέσμευση του κατασκευαστή, η παράγραφος 2(e) του εδάφιου 10, του Μέρους 2-Ειδικοί όροι του Τόμου Β, είναι σαφής ως προς το περιεχόμενο της ρητής δέσμευσης του κατασκευαστή, ότι δηλαδή στην περίπτωση που θα κληθεί να αναλάβει τις υποχρεώσεις του αναδόχου, θα πρέπει να το πράξει «χωρίς καμιά επιφύλαξη». Το Συμβούλιο Προσφορών θεωρεί ότι, οι όροι “*commercially reasonable efforts*” και “*within reasonable lead times*” που περιλαμβάνονται στη δήλωση του κατασκευαστή Fresenius (προσφορές 1/5 και 2/5) αποτελούν χωρίς αμφιβολία επιφυλάξεις από μέρους του, με τις οποίες παραβιάζεται ουσιαστικά η σχετική απαίτηση των όρων της

προσφοράς, και ότι δεν απαιτείται αποσαφήνισή τους, ως η εισήγηση της Ad-Hoc Επιτροπής Επιπρόσθετα με τα πιο πάνω έχει διαπιστωθεί ότι στη δήλωση του κατασκευαστή Fresenius περιλαμβάνεται και επιφύλαξη, η οποία αφορά στους όρους πληρωμής του, σύμφωνα με την οποία, “ *The Ministry shall not be entitled to withhold or decrease in any way any such payments owed to us*”, η οποία επίσης παραβιάζει την πιο πάνω απαίτηση των όρων της προσφοράς.

7. Σε σχέση με θέσεις και τοποθετήσεις της Ad/Hoc Επιτροπής, το Συμβούλιο Προσφορών συμφωνεί με αυτές και τις υιοθετεί.

[...]

9. Συγκεκριμένα, οι προσφορές παρουσιάζουν τις ακόλουθες ουσιώδεις αποκλίσεις:

9.1 Οι προσφορές αρ. 1/5 και 2/5 του προσφέροντα PAP MEDICAL LTD παρουσιάζουν ουσιώδεις αποκλίσεις σε σχέση με τις συνθήκες περιβάλλοντος και τα κριτήρια εγκυρότητας σχετικά με την έγγραφη δέσμευση του κατασκευαστή, όπως αναλύονται στις παραγράφους 5 και 6 των παρόντων πρακτικών».

Η Αναθέτουσα Αρχή με επιστολή της ημερ. 28.11.2016 πληροφόρησε τους Αιτητές ότι:

«2. Οι δύο προσφορές σας κρίθηκαν μη παραδεκτές και ως εκ τούτου έχουν απορριφθεί για τους πιο κάτω λόγους:

- (α) Οι μηχανές αιμοκάθαρσης που έχει προσφέρει παρουσιάζουν αποκλίσεις από τις συνθήκες περιβάλλοντος που καθορίζονται στα έγγραφα διαγωνισμού.
- (β) Η έγγραφη δέσμευση του κατασκευαστή των προσφερόμενων μηχανών αιμοκάθαρσης που έχετε υποβάλει δεν ικανοποιεί την απαίτηση του εδαφίου 10 του Μέρους 2 – Ειδικοί Όροι του Τόμου Β αφού περιλαμβάνει όρους και επιφυλάξεις.

Παρακαλώ σημειώστε ότι, βάσει των στοιχείων που έχετε υποβάλει με την προσφορά σας, για αρκετά άλλα σημεία δεν έχει εντοπιστεί η τεκμηρίωση με τις

απαιτήσεις των όρων και προδιαγραφών του διαγωνισμού, αλλά αποφασίστηκε η μη ζήτηση διευκρινίσεων, λόγω των πιο πάνω ουσιωδών αποκλίσεων.

Σε σχέση με την προσφορά 2/5, τα πιο πάνω αναφερόμενα στοιχεία είναι επιπρόσθετα των όσων αναφέρονται στην απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών στην προσφυγή αρ. 20/2016».

Οι Αιτητές με την προσφυγή τους διατείνονται ότι η Αναθέτουσα Αρχή κατά παράβαση της νομολογίας μετά την ακυρωτική απόφαση στην Προσφυγή 20/2016 δεν επανέφερε τα πράγματα στη θέση στην οποία βρίσκονταν πριν από την έκδοση της ακυρωτικής απόφασης αλλά επαναξιολόγησε όλες τις προσφορές. Επίσης ότι δεν είχε δικαίωμα να υποβάλει σε επανεξέταση την προσφορά των Αιτητών η οποία είχε ήδη κριθεί καθόλα έγκυρη και δεν αμφισβητήθηκε από οποιοδήποτε. Η προσβαλλόμενη απόφαση, υποστηρίζουν, λήφθηκε κατά κατάχρηση εξουσίας και για λόγο άλλο από αυτό που καταγράφεται στα πρακτικά του Συμβουλίου Προσφορών. Ειδικότερα αναφέρουν ότι παρά την ορθή και δεσμευτική απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών στην Προσφυγή 20/2016 το Συμβούλιο Προσφορών μετά από εισήγηση των δικηγόρων της ΦΟΚ της οποίας η προσφορά κρίθηκε εκτός προδιαγραφών, αποφασίζει να διορίσει Ad-Hoc Τεχνική Επιτροπή για να αξιολογήσει την ήδη κριθείσα από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών άκυρη προσφορά της ΦΟΚ ως και την έγκυρη προσφορά των Αιτητών. Ουσιαστικά το Συμβούλιο Προσφορών χωρίς επαρκή λόγο προχωρά στο διορισμό Ad hoc Τεχνικής Επιτροπής και στη συνέχεια ακυρώνει το διαγωνισμό. Σημείωσαν ότι τόσο η πρώτη Επιτροπή Αξιολόγησης όσο και η Ad-Hoc Τεχνική Επιτροπή οι οποίες απαρτίζονται από ειδικούς, έκριναν ότι η προσφορά των Αιτητών είναι εντός

προδιαγραφών. Με αναφορά σε νομολογία² του Ανωτάτου Δικαστηρίου εισηγήθηκαν ότι το Συμβούλιο Προσφορών υπό πλάνη περί το νόμο και τα πράγματα αποφάσισε και χωρίς προηγουμένως να προχωρήσει σε ανάκληση της προγενέστερης απόφασης του να συστήσει Ad hoc Τεχνική Επιτροπή για να επανεξετάσει την προσφορά της ΦΟΚ που κρίθηκε με δεσμευτική απόφαση ως εκτός προδιαγραφών.

Από την πλευρά της η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε το καθόλα νόμιμο της διαδικασίας που ακολουθήθηκε και συγκεκριμένα το διορισμό της Ad hoc Τεχνικής Επιτροπής. Η απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών, υπέδειξε, για διορισμό Ad hoc Τεχνικής Επιτροπής είναι πλήρως αιτιολογημένη τόσο λόγω της παραδοχής της Επιτροπής Αξιολόγησης ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών στα πλαίσια της Προσφυγής 20/2016 ως προς τη διάπραξη λάθους κατά την αξιολόγηση των προσφορών όσο και από την ίδια την απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών όπου διαπιστώθηκε ότι στους διοικητικούς φακέλους υπήρχαν στοιχεία στα οποία ούτε οι Αιτητές ούτε η Αναθέτουσα Αρχή αναφέρθηκαν. Ο διορισμός της Ad-Hoc Τεχνικής Επιτροπής η οποία έγινε με βάση τον Κανονισμό 20 της ΚΔΠ 201/2007 έγινε μετά που το Συμβούλιο Προσφορών έλαβε υπόψη του την απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών και την επιστολή των Δικηγόρων της ΦΟΚ.

² AT MULTITECH CORPORATION LTD v. ΚΥΠΡΙΑΚΗΣ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ ΜΕΣΩ ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΠΑΙΔΕΙΑΣ ΚΑΙ ΠΟΛΙΤΙΣΜΟΥ, Υπόθεση Αρ. 1791/2007, 21 Ιανουαρίου 2010
AGF TRADING ENGINEERING LTD v. ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΥΓΕΙΑΣ, Υπόθεση Αρ.1252/2005, 17 Σεπτεμβρίου 2007
AGF TRADING ENGINEERING LTD v. ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΥΓΕΙΑΣ ΔΙΑ ΤΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ ΤΩΝ ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΚΑΙ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΔΗΜΟΣΙΑ ΥΓΕΙΑΣ, Υπόθεση Αρ. 1253/2005, 7 Μαρτίου 2007

Το γεγονός ότι λήφθηκε υπόψη η εν λόγω επιστολή δεν οδηγεί στο συμπέρασμα ότι το Συμβούλιο Προσφορών βασίστηκε αποκλειστικά σε αυτή. Από την ίδια την απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών προέκυπταν ερωτήματα τα οποία συνηγορούσαν στην αναγκαιότητα διορισμού της. Η Αναθέτουσα Αρχή, ανέφερε, συμμορφώθηκε πλήρως με το δεδικασμένο της απόφασης στην Προσφυγή 20/2016 και ότι τα όποια σχόλια έγιναν σε σχέση με την προσφορά της ΦΟΚ αυτά ήταν επιπρόσθετα των αποφασισθέντων από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών και δεν συνιστούν παραβίαση του δεδικασμένου της απόφασης.

Θα εξετάσουμε πρώτα τους πιο πάνω ισχυρισμούς των Αιτητών, παραθέτοντας πρώτα αποσπάσματα από τη συνεδρία του Συμβουλίου Προσφορών ημερ. 29.9.2016 κατά την οποία λήφθηκε η απόφαση για τη σύσταση της Ad hoc Τεχνικής Επιτροπής:

«[...] Στη συνέχεια, σε συνεδρία του το Συμβούλιο στις 31/03/2016, αποφάσισε ομόφωνα όπως υιοθετήσει την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης και να αναθέσει τη σύμβαση στον προσφέροντα «Φαρμακευτική Οργάνωση Κύπρου ΑΤΔ», που υπέβαλε τη χαμηλότερη προσφορά που ικανοποιεί τις απαιτήσεις και τους όρους του διαγωνισμού, για το ποσό των €20.240.000, πλέον Φ.Π.Α.

5. *Στη συνέχεια, το Συμβούλιο Προσφορών μελέτησε:*

I. την απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών στην Προσφυγή αρ. 20/2016, με βάση την οποία ακυρώνεται η απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών για ανάθεση της σύμβασης στον προσφέροντα «Φαρμακευτική Οργάνωση Κύπρου ΑΤΔ».

II. Την επιστολή από το δικηγορικό γραφείο «Μαρκίδη, Μαρκίδη & Σία» με αρ. φακέλου Γ1525 ημερομηνίας 21/09/2016.

6. Το Συμβούλιο παρατήρησε ότι, κατά τη λήψη των αποφάσεων που έλαβε για τον εν λόγω διαγωνισμό στηρίχτηκε στις Εκθέσεις Αξιολόγησης που είχε ενώπιόν του, οι οποίες με βάση τα στοιχεία που εξετάστηκαν κατά τη συνεδρία, φαίνεται ότι, δεν αναφέρουν όλα τα στοιχεία και δεδομένα. Ενδεικτικά αναφέρθηκε από τον Πρόεδρο ότι, δεν έχει γίνει αναφορά στην Έκθεση Αξιολόγησης (τεχνικό Μέρος), ότι ζητήθηκε από ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς πριν την υποβολή των προσφορών αλλαγή της απαίτησης για τον κατασκευαστή του διαλύματος καθαρισμού, κάτι που δεν έγινε αποδεκτό από την Αναθέτουσα Αρχή.

7. Ως εκ των πιο πάνω, το Συμβούλιο αποφάσισε ομόφωνα όπως συστήσει *ad-hoc* Επιτροπή, με βάση τον Κανονισμό 20 των Κ.Δ.Π. 201/2007, με σκοπό τη μελέτη της Έκθεσης Αξιολόγησης και την υποβολή σχετικής Έκθεσης λαμβάνοντας υπόψη την απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών στην Ιεραρχική Προσφυγή αρ. 20/2016 και την επιστολή από το δικηγορικό γραφείο «Μαρκίδη, Μαρκίδη & Σία». Στην εν λόγω *ad-hoc* Επιτροπή αποφασίστηκε να συμμετέχουν οι ακόλουθοι λειτουργοί:

[...]».

Σε σχέση με την εμβέλεια των αποφάσεων της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών στην **A.G.F. Trading and Engineering Ltd v. Υπουργείου Υγείας**, Συνεκδικασθείσες Υποθ. Αρ. 1257/2005 και 1258/2005 ο Κωνσταντινίδης Δ. ανέφερε ότι:

«Τα αρμόδια διοικητικά όργανα δεν παραμένουν εσαεί δεσμευμένα προς όποια προηγούμενη κρίση τους. Είναι παγίως νομολογημένο πως μπορούν να διαφοροποιήσουν αρχικές κρίσεις, νοουμένου ότι βασίμως αιτιολογούν ειδικά τη μεταστροφή».

Τα ίδια λέχθηκαν και στην **A. Papaetis Medical Co Ltd v. Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών κ.ά.**, Υπόθ. Αρ. 52/2014, ημερ. 30.9.2015. Επίσης στη **Vouros Healthcare Ltd v. Υπουργείου Γεωργίας, Φυσικών Πόρων και Περιβάλλοντος** (2012) 3ΑΑΔ σελ. 316:

«Εξετάσαμε τις αντίστοιχες θέσεις και έχουμε καταλήξει ότι η εξομοίωση που εισηγείται ο ευπαίδευτος συνήγορος των εφεσείοντων των αποφάσεων ενός διοικητικού οργάνου με αποφάσεις του Ανωτάτου Δικαστηρίου ούτως ώστε, στην περίπτωση που μια απόφαση της διοίκησης είναι ακυρωτική, να ισχύουν οι ίδιες αρχές επανεξέτασης, δεν μπορεί να γίνει δεκτή. Τα άρθρα 57 και 58 του Νόμου 158(Ι)/99 στα οποία βασικά στηρίχθηκαν οι εφεσείοντες έχουν ως εξής:

«57. Έπειτα από ακυρωτική απόφαση η πράξη εξαφανίζεται και η διοίκηση υποχρεούται να επαναφέρει τα πράγματα στη θέση στην οποία βρίσκονταν πριν από την έκδοση της πράξης που ακυρώθηκε.

58. Κατά την επανεξέταση πράξης της που έχει ακυρωθεί, η διοίκηση οφείλει να λάβει υπόψη το πραγματικό και νομικό καθεστώς που ίσχυε κατά το χρόνο που εκδόθηκε η σχετική απόφασή της. Κατ' εξαίρεσιν και τηρουμένων των διατάξεων οποιουδήποτε άλλου νόμου είναι εφαρμοστέο το κατά το χρόνο της έκδοσης της νέας πράξης νομικό καθεστώς, όταν το νεότερο νομοθέτημα είναι αναδρομικής ισχύος ή όταν προκύπτει από αυτό ότι ο νομοθέτης δεν ανέχεται στο εξής την εφαρμογή των παλαιών διατάξεων.»

Είναι σαφές τόσο από λεκτικό των πιο πάνω άρθρων όσο και από το μέρος του Νόμου στο οποίο περιέχονται ότι αυτά αναφέρονται σε ακυρωτικές αποφάσεις Ανωτάτου Δικαστηρίου. Το άρθρο είναι κάτω από τον τίτλο: ΜΕΡΟΣ ΧΙ - ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗ ΤΗΣ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ ΣΤΙΣ ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΑΝΩΤΑΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ ΚΑΙ ΔΕΛΙΚΑΣΜΕΝΟ.»

Το ερώτημα εδώ λοιπόν το οποίο πρέπει να απαντηθεί είναι κατά πόσο μετά την ακυρωτική απόφαση και στη βάση όσων αναφέρονται σ' αυτή δικαιολογημένα το Συμβούλιο Προσφορών προχώρησε στη σύσταση της Ad-Hoc Τεχνικής Επιτροπής.

Μελέτη όσων καταγράφονται στο πρακτικό του Συμβουλίου Προσφορών καθιστά την απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών για σύσταση της Ad-Hoc Τεχνικής Επιτροπής δικαιολογημένη. Από την ακυρωτική απόφαση (σελ. 10-13) αλλά και τη θέση που η Αναθέτουσα Αρχή δια των εκπροσώπων της τήρησε ενώπιον μας

κατά την ακρόαση της Προσφυγής 20/2016 η οποία και πάλι καταγράφεται στην απόφαση, δικαιολογημένα έκρινε ότι υπήρχε ανάγκη μελέτης της Έκθεσης Αξιολόγησης από Ad-Hoc Τεχνική Επιτροπή. Ο Κανονισμός 20 της ΚΔΠ 201/2007 δεν περιορίζει χρονικά τη δυνατότητα διορισμού της. Συνεπώς το γεγονός ότι είχε ήδη προηγηθεί αξιολόγηση δεν εμπόδιζε το Συμβούλιο Προσφορών να συστήσει Ad-Hoc Τεχνική Επιτροπή για να ελέγξει την ορθότητα της έκθεσης της Επιτροπής Αξιολόγησης, ενόψει των αναφορών στην ακυρωτική απόφαση ότι δεν είχαν τεθεί ενώπιον του Συμβουλίου Προσφορών όλα τα πρακτικά των συνεδριάσεων της Επιτροπής Αξιολόγησης.

Το γεγονός ότι στο πρακτικό του Συμβουλίου Προσφορών καταγράφεται ότι αυτό για την απόφαση διορισμού Ad-Hoc Τεχνικής Επιτροπής έλαβε υπόψη και την επιστολή του δικηγόρου της ΦΟΚ δεν επηρεάζει τη νομιμότητα της απόφασης διορισμού Ad- Hoc Τεχνικής Επιτροπής δεδομένου ότι η προσφορά της ΦΟΚ είχε ήδη κριθεί ως εκτός προδιαγραφών. Τα περί κατ' ισχυρισμό παραβίασης του δεδικασμένου δεν μας βρίσκουν σύμφωνους. Παραβίαση δεδικασμένου θα υπήρχε εάν η Αναθέτουσα Αρχή παρά την απόφαση περί μη πλήρωσης των συγκεκριμένων όρων από την προσφορά της ΦΟΚ, κατά την επανεξέταση έκρινε ότι οι συγκεκριμένοι όροι πληρούντο. Συνεπώς δεν θα μας απασχολήσει περαιτέρω το όλο ζήτημα. Άλλωστε καθώς προκύπτει η Ad-Hoc Τεχνική Επιτροπή, είχε οδηγίες να ελέγξει την έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης στο σύνολό της, γι' αυτό και ασχολήθηκε με όλες τις προσφορές περιλαμβανομένης και της προσφοράς των

Αιτητών αρ. 2/5, τον αποκλεισμό της οποίας οι Αιτητές δεν αμφισβήτησαν. Αντίθετα και ενώπιον μας στα πλαίσια της Προσφυγής 20/2016 δέχθηκαν ότι ορθά αυτή κρίθηκε ως εκτός προδιαγραφών.

Με την απόρριψη των ισχυρισμών των Αιτητών ως προς τη διαδικασία που ακολουθήθηκε κατά την επανεξέταση σε σχέση με το διορισμό Ad-Hoc Τεχνικής Επιτροπής προχωρούμε να εξετάσουμε τους ισχυρισμούς των Αιτητών σε σχέση με τον αποκλεισμό της προσφοράς τους παραθέτοντας πρώτα τις θέσεις των δύο πλευρών και τους σχετικούς όρους των εγγράφων του διαγωνισμού. Τις θέσεις της Ad-Hoc Επιτροπής και του Συμβουλίου Προσφορών τις έχουμε ήδη παραθέσει.

Οι Αιτητές σ' ότι αφορά τους λόγους για τους οποίους η προσφορά τους αποκλείστηκε ισχυρίζονται ότι το Συμβούλιο Προσφορών πεπλανημένα έκρινε ότι οι μηχανές αιμοκάθαρσης παρουσιάζουν ουσιώδεις αποκλίσεις από τις συνθήκες περιβάλλοντος που καθορίζονται στα έγγραφα του διαγωνισμού. Η όποια απόκλιση υπάρχει, υποστηρίζουν, αφορά σε επουσιώδη απαίτηση των εγγράφων του διαγωνισμού ενόψει και των πραγματικών συνθηκών λειτουργίας των μηχανών.

Σύμφωνα με τα έγγραφα του διαγωνισμού Τόμος Γ, Μέρος 2, Συνοδός εξοπλισμός Αιμοκάθαρσης, Τμήμα Α οι μηχανές αιμοκάθαρσης όταν λειτουργούν σε θερμοκρασίες περιβάλλοντος θα πρέπει να έχουν θερμοκρασία μεταξύ +10° C και +35° C και υγρασία 15%-80% (non condensing). Οι μηχανές αιμοκάθαρσης της προσφοράς των Αιτητών σε συνθήκες περιβάλλοντος λειτουργούν σε θερμοκρασία

+15° C και +35° C και υγρασία 25% έως 75%. Η Ad-Hoc Τεχνική Επιτροπή, τόνισαν, η οποία απαρτίζεται από ειδικούς ορθά έκρινε την σχετική απαίτηση επουσιώδη εφόσον οι θεραπείες αιμοκάθαρσης θα παρέχονται στους χώρους που καθορίζονται στο εδάφιο 1.2 του άρθρου 1 του Μέρους 2, δηλαδή σε εγκαταστάσεις /θαλάμους νοσηλείας που βρίσκονται στα Νοσοκομεία Λευκωσίας, Λεμεσού, Λάρνακας και Πάφου όπου διατηρούνται συνθήκες κλιματισμού και υγρασίας βάσει σχετικών πρωτοκόλλων και προτύπων που εφαρμόζονται σ' αυτά. Η απαίτηση για λειτουργία των μηχανών σε διαφορετικές από τις θερμοκρασίες που καθορίζονται στα σχετικά πρωτόκολλα και πρότυπα και εφαρμόζονται στα νοσοκομεία, ανέφεραν, δεν εξυπηρετεί οποιοδήποτε σκοπό εφόσον εάν γίνουν αιμοκαθάρσεις σε διαφορετικές θερμοκρασίες από τις καθοριζόμενες στα πρότυπα τίθεται σε κίνδυνο η υγεία των ασθενών.

Με αναφορά στην απόφαση στην Προσφυγή 19/2015³ όπου αναφέρθηκε ότι το κατά πόσο όρος είναι ουσιώδης ή όχι κρίνεται στη βάση αντικειμενικών κριτηρίων και εξαρτάται από τη σημασία που ο όρος έχει για την κατακύρωση της προσφοράς εισηγήθηκαν ότι η σχετική απαίτηση είναι επουσιώδης.

Σ' ότι αφορά τον δεύτερο λόγο αποκλεισμού της προσφοράς τους ο οποίος αφορά στην έγγραφη δέσμευση του κατασκευαστή (εδάφιο 10(2) Μέρος 2, Τόμος Β) ότι σε περίπτωση που ο ανάδοχος αδυνατεί να εκτελέσει τις συμβατικές του

³ CYFIELD DEVELOPMENT PUBLIC LTD v. ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟΥ ΚΥΠΡΟΥ, ημερ. 25.6.2015

υποχρεώσεις και η Αναθέτουσα Αρχή τερματίσει τη σύμβαση τότε ο ίδιος ο κατασκευαστής αναλαμβάνει να εκτελέσει όλες τις υποχρεώσεις του αναδόχου μέχρι τη λήξη της σύμβασης χωρίς επιπλέον κόστος ή επιβάρυνση, εισηγήθηκαν ότι εφόσον δεν υπήρχε καθορισμένο έγγραφο στα έγγραφα του διαγωνισμού η κατασκευάστρια εταιρεία με τη δήλωση που υπέβαλε κάλυπτε τόσο τις ουσιαστικές όσο και τις τυπικές απαιτήσεις του όρου 10 των εγγράφων του διαγωνισμού και ότι οι όποιες αναφορές στη δήλωση κρίθηκαν από την Αναθέτουσα Αρχή ως επιφυλάξεις λανθασμένα κρίθηκαν. Εν πάση περιπτώσει, καταλήγουν, για το συγκεκριμένο ζήτημα η Αναθέτουσα Αρχή μπορούσε να ζητήσει διευκρίνιση όπως εισηγήθηκε και η Ad-Hoc Τεχνική Επιτροπή στη συμπληρωματική της έκθεση.

Κατά τους Αιτητές και λαμβανομένων υπόψη όσων κατά τη διαδικασία εξέτασης του ενδεχόμενου χορήγησης προσωρινών μέτρων η Αναθέτουσα Αρχή ανέφερε προς υποστήριξη της ένστασης της δηλαδή ότι υπάρχει άμεση ανάγκη να προχωρήσει στην προκήρυξη νέου διαγωνισμού με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης στην οποία θα κληθούν όσοι οικονομικοί φορείς έλαβαν μέρος στο διαγωνισμό ώστε να εξασφαλιστούν οι θεραπείες αιμοκάθαρσης σε 3 ½ μήνες φανερώνουν τη σκοπιμότητα με την οποία ενήργησε η Αναθέτουσα Αρχή για ακύρωση του διαγωνισμού. Μήπως, ισχυρίζονται, εφόσον όλες οι προσφορές κρίθηκαν άκυρες είναι να μειωθεί το επίπεδο των απαιτούμενων ελαχίστων τεχνικών χαρακτηριστικών και το επίπεδο της παρεχόμενης υγείας κατά τρόπο που να μπορεί να συμμετάσχει στο διαγωνισμό η ΦΟΚ, η προσφορά της οποίας και με

την απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών αλλά και για επιπλέον λόγους σύμφωνα με την Ad-Hoc Τεχνική Επιτροπή κρίθηκε άκυρη.

Οι Αιτητές με τη γραπτή τους αγόρευση αναφέρονται και σε ζητήματα που αφορούν την προσφορά της ΦΟΚ. Δεν θα αναφερθούμε σ' αυτά αφού δεν τίθεται ζήτημα εξέτασης τους. Η προσφορά της ΦΟΚ έχει ήδη κριθεί στα πλαίσια της Προσφυγής 20/2016 ως εκτός προδιαγραφών. Το γεγονός ότι κατά την επανεξέταση η Ad-Hoc Τεχνική Επιτροπή και το Συμβούλιο Προσφορών ασχολήθηκαν και με την προσφορά της από μόνο του για τους λόγους που έχουμε αναφέρει δεν συνιστά παράβαση δεδικασμένου.

Η Αναθέτουσα Αρχή υπεραμύνθηκε της απόφασης της για αποκλεισμό της προσφοράς των Αιτητών λόγω μη πλήρωσης από την προσφορά τους της απαίτησης των εγγράφων του διαγωνισμού σε σχέση με τη θερμοκρασία και την υγρασία των μηχανών αιμοκάθαρσης. Προς υποστήριξη του ουσιώδους του όρου παρέπεμψε στην θέση του Συμβουλίου Προσφορών όπως διατυπώνεται στα πρακτικά της συνεδρίας του ημερ. 24.11.2016 και εξήγησε ότι *«Οι συνθήκες κλιματισμού και υγρασίας στους χώρους όπου θα λειτουργούν οι μηχανές αιμοκάθαρσης δεν συνδέονται με τις συνθήκες που έχουν καθοριστεί από την Αναθέτουσα Αρχή. Οι τελευταίες οι οποίες αφορούν σε ουσιώδη απαίτηση των εγγράφων του διαγωνισμού είναι θεμελιώδεις για το σχεδιασμό, την κατασκευή και τον έλεγχο του εξοπλισμού και τη συμμόρφωση του με την ισχύουσα νομοθεσία για την ασφάλεια και τη διάθεση του*

εξοπλισμού στην αγορά». Ότι η Αναθέτουσα Αρχή απέδιδε μεγάλη σημασία στις συνθήκες περιβάλλοντος προκύπτει, υπέδειξε, και από το γεγονός ότι αίτημα οικονομικού φορέα για διαφοροποίηση του συγκεκριμένου όρου απορρίφθηκε.

Κατά την ενώπιον μας διαδικασία και σε ερώτηση εάν οι μηχανές αυτές μπορούν να τοποθετηθούν εκτός νοσοκομείων όπου η θερμοκρασία είναι ελεγχόμενη, ο εκπρόσωπος της Αναθέτουσας Αρχής ανέφερε ότι κριτήριο δεν είναι πού θα μπορούσαν να λειτουργήσουν αλλά ποια είναι τα όρια που θέλεις να έχουν ως αντοχές λειτουργίας τους και εξήγησε:

*« [...] ότι είναι η οριοθέτηση των συνθηκών στις οποίες ο κατασκευαστής της μηχανής θα πρέπει να λάβει υπόψη του όταν σχεδιάζει, κατασκευάζει και ελέγχει μια μηχανή και συνήθως αυτές οι συνθήκες περιβάλλοντος θα έλεγα την αγγλική ορολογία είναι *hoperus* δηλαδή συνήθως είναι πιο ακραίες από τις συνθήκες τις οποίες αναμένεται να λειτουργήσει μια μηχανή.*

Ξέρουμε ότι οι συνθήκες λειτουργίας μέσα στα νοσοκομεία ειδικά την σύγχρονη εποχή που είναι κλιματιζόμενα τα νοσοκομεία είναι πιο ελεγχόμενες και οι θερμοκρασίες και οι υγρασίες. Αυτό όμως δεν έχει σχέση με το αντικείμενο της κατασκευής ενός μηχανήματος και με τις απαιτήσεις των εγγράφων της προσφοράς.

Είναι ένα πράγμα που θα βάλω μια μηχανή να δουλέψει και είναι ένα άλλο πράγμα τι απαιτώ από τον κατασκευαστή να λάβει υπόψη του όταν θα κατασκευάσει την μηχανή του ώστε αυτή να ικανοποιεί τις ευρωπαϊκές οδηγίες, τα ευρωπαϊκά πρότυπα και την εναρμονιστική νομοθεσία ώστε να μπορεί να πει διαθέτω ένα προϊόν στην αγορά το οποίο μπορεί να φέρει την σήμανση CE κάτω από αυτές τις συνθήκες.

Επομένως, από την στιγμή που η Αναθέτουσα Αρχή οριοθέτησε αυτές τις συνθήκες αυτό που εξετάζουμε είναι εάν οι μηχανές ικανοποιούσαν αυτές τις συνθήκες και υπήρχε κατασκευαστής που τις ικανοποιούσε.

Εάν θα έπρεπε να μπουν αυτές οι συνθήκες μέσα στην προσφορά ή εάν θα έπρεπε οι συνθήκες να ήταν άλλες είναι άλλο θέμα. Από την στιγμή που μπήκαν ήταν μια ουσιώδης απαίτηση διότι πάνω σε αυτές τις απαιτήσεις, θα σχεδιάσει, θα κατασκευάσει και θα του στοιχίσει του κατασκευαστή αυτή η μηχανή. Να πω ότι υπάρχουν πρότυπα γι' αυτές τις μηχανές.

Σε παλαιότερες εποχές οι συνθήκες οι οποίες απαιτούντο για να κατασκευάζονται οι μηχανές και αυτό αφορούσε όλους τους κατασκευαστές ώστε να δηλώσουν ότι συμμορφώνονται με την ευρωπαϊκή νομοθεσία και τα πρότυπα όσον αφορά την θερμοκρασία ήταν 10-40 βαθμοί και η υγρασία ήταν 30-75.

Σταδιακά το πρότυπο τροποποιήθηκε βάζει κάποιες συνθήκες καθορισμένες για συγκεκριμένους ελέγχους και εκεί που δεν βάζει συγκεκριμένες συνθήκες το αφήνει στους κατασκευαστές και σε αυτούς που θα αγοράσουν και θα χρησιμοποιήσουν τις μηχανές να αποφασίσουν τι συνθήκες θέλουν και μόνο όταν πληρούνται αυτές οι συνθήκες τις οποίες έχει απαιτήσει ο αγοραστής αυτός ο οποίος θα πάρει την μηχανή μπορεί κάποιος κατασκευαστής να ισχυριστεί ότι η μηχανή του ικανοποιεί το πρότυπο εφόσον οι συνθήκες αυτές έχουν τεθεί και έπρεπε να ληφθούν υπόψη στο στάδιο του σχεδιασμού και της κατασκευής και λέει το πρότυπο ότι τα ιατρικά μηχανήματα γενικά πρέπει να παραμένουν ασφαλή και να λειτουργούν ορθά κάτω από αυτές τις συνθήκες. Τι σημαίνει αυτό το πράγμα;

Σημαίνει ότι ο κατασκευαστής ο οποίος ορίζει πιο χαλαρές συνθήκες περιβάλλοντος δεν μπορεί να σου διασφαλίσει και ούτε επικαλείται ότι το μηχανήμα του θα είναι ασφαλές και θα λειτουργεί όπως πρέπει να λειτουργεί μέσα στις συνθήκες τις οποίες απαίτησε.

[...]

Αυτό που θέλω να εξηγήσω είναι ότι σε κάποιες φορές τα πρότυπα αφήνουν ανοικτές κάποιες παραμέτρους να καθοριστούν και επομένως σίγουρα οι μηχανές οι οποίες έχουν προσφέρει φέρουν την σήμανση CE και συμμορφώνονται με την ευρωπαϊκή οδηγία υπό τις συνθήκες περιβάλλοντος τις οποίες επικαλούνται. Δεν συμμορφώνονται υπό τις συνθήκες περιβάλλοντος τις οποίες απαίτησαν τα έγγραφα και αυτό το επιτρέπει το πρότυπο στην συγκεκριμένη περίπτωση.

[...]

Πρόεδρος: Θέλω να δω τις συνθήκες περιβάλλοντος πως τις επιλέγει μια Αναθέτουσα Αρχή;

Α. Λουκά: Ναι αυτό είναι ένα θέμα. Μερικές φορές δεν χρειάζεται να τις επιλέξει γιατί καθορίζονται στα πρότυπα, κάποιες άλλες φορές τις επιλέγει η ίδια ανάλογα με τη χρήση στην οποία θέλει να βάλει την μηχανή ανάλογα με το τι προσφέρεται στην αγορά ή με κάποια κριτήρια στα οποία θα πρέπει να αποφασίσει η ίδια. Αυτή τη φορά επέλεξε καλώς ή κακώς να βάλει αυτά τα κριτήρια γι' αυτό είχαμε πει δεν κρίνουμε τις μηχανές εάν είναι κατάλληλες για το νοσοκομείο που είναι αλλά για το τι μηχανές ζητήσαμε εμείς οι οποίες θα έπρεπε να λειτουργούν σε ποιο ακραίες συνθήκες.

Το γεγονός ότι οι συνθήκες που ζητήθηκαν είναι πιο ακραίες καταλήγει στο συμπέρασμα ότι η ασφάλεια και η σωστή λειτουργία δεν διασφαλίζεται κάτω από άλλες θερμοκρασίες.

[...]

Επομένως, το κριτήριο μας είναι αυτό όχι το που θα μπορούσε να λειτουργήσουν αλλά ποια είναι τα άνω όρια που θέλεις να έχουν ως αντοχές λειτουργίας οι μηχανές γι' αυτό όπως είπε και ο κύριος έχει να κάνει με την ποιότητα κατασκευής και τη διασφάλιση της λειτουργίας και της ασφάλειας όλων που είναι γύρω από την μηχανή κάτω από τις συνθήκες αυτές.

Πρόεδρος: Αυτές οι συνθήκες περιβάλλοντος όπως καθορίζονται και στα πρότυπα έχουν να κάνουν και με τη βιωσιμότητα των μηχανών;

Α. Λουκά: Με τη μακροζωία και τη δυνατότητα να αντέχουν και κάτι περισσότερο από αυτό το οποίο θέλουν βέβαια και με το κόστος των υλικών που θα χρησιμοποιήσει.

Αυτές οι θερμοκρασίες καθορίζονται σε όλους τους εξοπλισμούς και συνήθως τα μηχανήματα που δεν είναι κάτω από ελεγχόμενες συνθήκες μπαίνουν από τα πρότυπα ακραίες συνθήκες περιβάλλοντος.

Εδώ αφέθηκε μια ευελιξία την οποία η Αναθέτουσα Αρχή επέλεξε να την αξιοποιήσει με τον συγκεκριμένο τρόπο δεν είπε σαράντα βαθμοί, είτε τριάντα πέντε, δεν είπε εβδομήντα πέντε υγρασία είτε ογδόντα το έβαλε.»

Σε σχέση με τη δέσμευση του κατασκευαστή υποστήριξε ότι οι επιφυλάξεις που ο κατασκευαστής του προσφερόμενου είδους των Αιτητών διατύπωσε στην επιστολή

του έθεταν την προσφορά των Αιτητών εκτός του όρου 10(1) του Μέρους 2, Τόμου Β των εγγράφων του διαγωνισμού. Δεχόμενη η Αναθέτουσα Αρχή ότι δεν υπάρχει τυπικό έγγραφο για την υποβολή της έγγραφης δέσμευσης του κατασκευαστή υποστήριξε ότι το περιεχόμενο του του όρου 10(2) του Μέρους 2, Τόμου Β καθορίζει επακριβώς τι πρέπει να περιλαμβάνει το εν λόγω έγγραφο καθώς και τη μορφή που πρέπει αυτό να έχει. Τη θέση της Ad-Hoc Τεχνικής Επιτροπής για αναζήτηση διευκρινίσεων την απέρριψε λέγοντας ότι δεν ετίθετο θέμα ασάφειας ή αοριστίας. Και πρόσθεσε ότι κάτι τέτοιο θα ισοδυναμούσε ουσιαστικά με την εκ των υστέρων συμπλήρωση της προσφοράς των Αιτητών και παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών.

Η ακύρωση του διαγωνισμού, κατέληξε, ήταν το φυσικό επακόλουθο από τη στιγμή που διαπιστώθηκε ότι δεν υπήρχε προσφορά που ανταποκρίνεται στους όρους και τις προδιαγραφές των εγγράφων του διαγωνισμού σύμφωνα με τον Κανονισμό 34(5)(β) των περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών (Γενικών) Κανονισμών του 2007, ΚΔΠ 201/2007.

Απέρριψε επίσης ως υποθετικό σενάριο όσα οι Αιτητές ανέφεραν σε σχέση με τη διαδικασία που θα ακολουθηθεί μετά την έκδοση απόφασης στην παρούσα προσφυγή. Η περίοδος των 3 ½ μηνών που λέχθηκε κατά το στάδιο της διαδικασίας

εξέτασης του ενδεχόμενου χορήγησης ή μη προσωρινών μέτρων ήταν ένας υπολογισμός στη βάση προηγούμενης εμπειρίας της Αναθέτουσας Αρχής.

Για εξέταση του πρώτου λόγου απόρριψης της προσφοράς των Αιτητών παραθέτουμε τον σχετικό όρο στο βαθμό που εδώ ενδιαφέρει.

*«Τόμος Γ: Τεχνικές Προδιαγραφές
Μέρος 2: Συνοδός Εξοπλισμός Αιμοκάθαρσης
Τμήμα Α: Γενικές Απαιτήσεις*

[...]

6. Ο συνοδός εξοπλισμός πρέπει να πληροί τις γενικές απαιτήσεις (Τμήμα Α) και τις τεχνικές προδιαγραφές (Τμήμα Β) του Μέρους 2, Τόμος Γ των εγγράφων του διαγωνισμού ως ακολούθως όταν λειτουργεί σε θερμοκρασίες περιβάλλοντος:

1. Μηχανές αιμοκάθαρσης: μεταξύ $+10^{\circ}\text{C}$ και $+35^{\circ}\text{C}$ και σχετική υγρασία 15%-80% (non condensing)

[...]».

Είναι φανερό από τα όσα έχουμε παραθέσει πιο πάνω ότι η θερμοκρασία και η υγρασία των μηχανών αιμοκάθαρσης όταν λειτουργούν σε «θερμοκρασίες περιβάλλοντος», και χρησιμοποιούμε τη φρασεολογία που καταγράφεται στην συγκεκριμένη απαίτηση και όχι «συνθήκες περιβάλλοντος» που καταγράφεται στην απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών, δεν ικανοποιούν τις καθορισθείσες «ακραίες» όπως τις χαρακτήρισε ο εκπρόσωπος της Αναθέτουσας Αρχής απαιτήσεις των εγγράφων του διαγωνισμού. Το Συμβούλιο Προσφορών διαφωνώντας με την Ad-Hoc Τεχνική Επιτροπή χαρακτήρισε την συγκεκριμένη απαίτηση ουσιώδη για το

λόγο ότι η συγκεκριμένη απαίτηση δεν διασυνδέεται με τις θερμοκρασίες των χώρων όπου προορίζονται οι εν λόγω μηχανές, δηλαδή τα νοσοκομεία της Κύπρου, αλλά με τις καθ' αυτό μηχανές για τις οποίες και τέθηκε η συγκεκριμένη απαίτηση.

Όπως είναι καλά γνωστό οι όροι διαγωνισμού υπέχουν θέση πράξεων κανονιστικού περιεχομένου η παράβαση των οποίων επιφέρει ακυρότητα. Παρά το ότι οι όροι διαγωνισμού θεωρούνται ουσιώδεις οι επιμέρους όροι δυνατόν να διακρίνονται σε ουσιώδεις ή επουσιώδεις ανάλογα με τη σημασία που κρίνεται ότι έχουν στην όλη συμμετοχή και διαδικασία του διαγωνισμού. (*Tamasos Tobacco Suppliers Ltd v. Δημοκρατίας* (1992) 3ΑΑΔ 60). Ως ουσιώδης θεωρείται ο όρος που συνιστά παράγοντα αποφασιστικής σημασίας για το περιεχόμενο της απόφασης για την κατακύρωση του διαγωνισμού. Συνεπώς, η απόφαση κατά πόσο ένας όρος είναι ουσιώδης συνδέεται με τα γεγονότα κάθε υπόθεσης και τους όρους της προκήρυξης.

Το γεγονός ότι ένας όρος περιλαμβάνεται στους όρους του διαγωνισμού δεν καθιστά αυτόματα τον όρο ουσιώδη. Η κρίση κατά πόσο ο όρος είναι ή όχι ουσιώδης ανήκει στο δικαστήριο στη βάση αντικειμενικών κριτηρίων που σχετίζονται με την σημασία που αυτός έχει για την κατακύρωση του διαγωνισμού έχοντας υπόψη ταυτόχρονα ότι ένας δημόσιος διαγωνισμός αποσκοπεί στην εξυπηρέτηση του ευρύτερου δημόσιου συμφέροντος (*Ε. Φιλίππου Ατδ v. Δημοκρατίας* (2004) 3ΑΑΔ 389).

Έχουμε με μεγάλη προσοχή εξετάσει τα ενώπιον μας τεθέντα. Σε συμφωνία με την Ad-Hoc Τεχνική Επιτροπή κρίνουμε ότι η σχετική απαίτηση δεν είναι ουσιώδης. Οι

μηχανές αιμοκάθαρσης ρητά στα έγγραφα του διαγωνισμού προβλέπεται ότι θα εγκατασταθούν στα νοσοκομεία όπου η θερμοκρασία και η υγρασία είναι ελεγχόμενη. Η υπό κρίση απαίτηση για τις μηχανές αιμοκάθαρσης δεν μπορεί να ερμηνευτεί κατά τρόπο ασύνδετο και ανεξάρτητο από τους χώρους που αυτές προορίζονται να εγκατασταθούν. Άλλωστε και στα έγγραφα του διαγωνισμού γίνεται λεπτομερής πρόβλεψη για την εγκατάσταση των μηχανών και τους χώρους εγκατάστασης τους (Τόμος Β, Μέρος 2 των εγγράφων του διαγωνισμού).

Η συγκεκριμένη απαίτηση, έχοντας υπόψη τα έγγραφα του διαγωνισμού στο σύνολό τους, δεν μπορεί να ερμηνευτεί ανεξάρτητα από τον προορισμό των μηχανών που είναι η παροχή θεραπειών σε συγκεκριμένους ασθενείς και σε συγκεκριμένους χώρους εντός των νοσοκομείων της Κύπρου. Ότι στα νοσοκομεία η θερμοκρασία και η υγρασία είναι ελεγχόμενες στη βάση σχετικών πρωτοκόλλων και προτύπων δεν έχει ούτε από το Συμβούλιο Προσφορών αμφισβητηθεί αλλά ούτε και ενώπιον μας τέθηκε ισχυρισμός περί του αντιθέτου. Άλλωστε, υπάρχουν ευρωπαϊκές οδηγίες στις οποίες καθορίζονται οι συνιστώμενες συνθήκες σχεδιασμού για κλιματιζόμενους χώρους τόσο για νοσοκομεία όσο και για άλλα κτίρια. Ότι οι μηχανές είναι κατάλληλες για νοσοκομεία και πληρούν τα ευρωπαϊκά πρότυπα ο εκπρόσωπος της Αναθέτουσας Αρχής το επιβεβαίωσε κατά τρόπο σαφή.

Η αιτιολογία την οποία έδωσε το Συμβούλιο Προσφορών για να διαφωνήσει με τη θέση των ειδικών έρχεται σε αντίθεση τόσο με το γράμμα όσο και με το πνεύμα των

εγγράφων του διαγωνισμού. Άλλωστε, όπως ο ίδιος ο εκπρόσωπος της Αναθέτουσας Αρχής εξήγησε, οι μηχανές αιμοκάθαρσης που προσφέρουν οι Αιτητές πληρούν το ευρωπαϊκό πρότυπο και είναι κατάλληλες για τα νοσοκομεία. Το γιατί θα έπρεπε οι μηχανές να λειτουργούν στις «ακραίες συνθήκες» όπως ζητήθηκαν δεν έχει επεξηγηθεί ώστε να μπορεί να υποστηριχθεί ότι ο όρος είναι ουσιώδης αλλά ούτε και προκύπτει από την απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών. Το γεγονός και μόνο ότι έτσι τις οριοθέτησε η Αναθέτουσα Αρχή από μόνο του δεν καθιστά τον όρο ουσιώδη. Συνεπώς η απαίτηση ελέγχεται ως επουσιώδης και ο αποκλεισμός της προσφοράς των Αιτητών για τον πιο πάνω λόγο δεν ευσταθεί.

Σ' ότι αφορά τον δεύτερο λόγο αποκλεισμού της προσφοράς των Αιτητών παρατηρούμε τα εξής. Σύμφωνα με τον όρο 10(2)e, Τόμος Β, Μέρος 2, ο κατασκευαστής θα πρέπει εγγράφως και ρητά να δεσμευτεί ότι *«σε περίπτωση τερματισμού της σύμβασης από τον Εργοδότη κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 29, Μέρος Ι, Τόμος Β τότε θα αναλάβει χωρίς καμιά επιφύλαξη και χωρίς κανένα επιπλέον κόστος ή επιβάρυνση για τον Εργοδότη όλες ανεξαιρέτως τις συμβατικές υποχρεώσεις του Ανάδοχου μέχρι τη λήξη της σύμβασης.»*

Η έγγραφη δήλωση του κατασκευαστή η οποία υποβλήθηκε με την προσφορά των Αιτητών για ότι εδώ ενδιαφέρει αναφέρει:

«[...] and the Tender Contract is then terminated by the Ministry, we will provide commercially reasonable efforts to fulfil (either directly or indirectly via an affiliate or third party contractor) any pending primary obligations of

the Contractor relating to the delivery of the products specified in the Tender Contract («Tender Products») within reasonable lead times until the end date specified in the Tender Contract at the latest.

2. In the event we deliver or cause the delivery of Tender Products to the Ministry or any person or entity so designated by the Ministry in fulfilment of our above undertaking, the payments specified in the Tender Contract in consideration for such delivery have to be made directly to us at the terms specified in the Tender Contract. The Ministry shall not be entitled to withhold or decrease in any way any such payments owed to us. [...]».

Έχουμε ήδη παραθέσει τη θέση της Ad-Hoc Τεχνικής Επιτροπής σε σχέση με αυτό το ζήτημα όπως και τη διαφωνία του Συμβουλίου Προσφορών (σελ. 3-6 της απόφασης).

Ό,τι εδώ καλούμαστε να εξετάσουμε είναι την κατάληξη του Συμβουλίου Προσφορών, κατά πόσο δηλαδή η χρησιμοποίηση των φράσεων «*commercially reasonable efforts*», «*within reasonable lead times*» και «*The Ministry shall not be entitled to withhold or decrease in any way any such payments owed to us*» αποτελούν επιφυλάξεις.

Σημαντικό εδώ είναι να εξετασθεί τί ακριβώς ο κατασκευαστής σύμφωνα με τον όρο 10.2.e πιο πάνω θα αναλάβει σε περίπτωση τερματισμού της Σύμβασης από τον Εργοδότη, δηλαδή την Αναθέτουσα Αρχή, και εάν με τα όσα καταγράφονται στην επιστολή ημερ. 15.12.2015 τίθενται όροι ή/και επιφυλάξεις όπως έκρινε το Συμβούλιο Προσφορών.

Όπως ο ίδιος ο όρος καταγράφει ο κατασκευαστής θα πρέπει να αναλάβει όλες ανεξαιρέτως τις συμβατικές υποχρεώσεις του Αναδόχου μέχρι τη λήξη της σύμβασης χωρίς επιπλέον κόστος ή επιβάρυνση για τον εργοδότη. Είναι σαφές ότι ζήτημα ανάληψης συμβατικών υποχρεώσεων από τον κατασκευαστή τίθεται όταν τεθεί σε εφαρμογή το άρθρο 29, του Τόμου Β, Μέρος 1, δηλαδή όταν για τους λόγους που καταγράφονται στο εν λόγω άρθρο ο Εργοδότης τερματίσει τη σύμβαση.

Στον Τόμο Β, Μέρος 1 καταγράφονται με λεπτομέρεια τόσο οι υποχρεώσεις του Εργοδότη όσο και του Αναδόχου. Στις εν λόγω υποχρεώσεις περιλαμβάνονται, μεταξύ άλλων, η υποχρέωση συμμόρφωσης του Αναδόχου με τη Νομοθεσία, η διαδικασία για απόρριψη προϊόντων, πληρωμές και ανάκτηση χρέους από τον Ανάδοχο, Τερματισμός από τον Εργοδότη, Τερματισμός από τον Ανάδοχο κτλ. Μέσα απ' όσα καταγράφονται στον Τόμο Β, Μέρος 1 και 2 εκείνο το οποίο προκύπτει είναι ότι για τα όποια ενδεχόμενα προκύψουν από την εκτέλεση της σύμβασης είτε τίθενται καθορισμένα χρονικά πλαίσια (βλ. άρθρο 21 - Απόρριψη Προϊόντων, άρθρο 22 - Τροποποίηση της Σύμβασης, Τόμος Β, Μέρος 1, άρθρο 2 - Παροχή συνοδού εξοπλισμού αιμοκάθαρσης) είτε γίνεται αναφορά σε εύλογο χρόνο ο οποίος όμως να μην υπερβαίνει συγκεκριμένο χρονικό διάστημα.

Έχουμε εξετάσει τόσο τη θέση της Ad-Hoc Τεχνικής Επιτροπής όσο και τη διαφωνία του Συμβουλίου Προσφορών. Κρίνουμε και τις δύο ερμηνείες που δόθηκαν στις αναφορές της επιστολής της κατασκευάστριας εταιρείας εκτός του γράμματος και του πνεύματος των εγγράφων του διαγωνισμού. Ο κατασκευαστής με τη χρησιμοποίηση των φράσεων οι οποίες κρίθηκαν είτε ότι χρήζουν διευκρίνισης είτε ότι αποτελούν επιφυλάξεις τίποτε περισσότερο και τίποτε λιγότερο δεν θέτουν από ότι οι υποχρεώσεις, που ασφαλώς δεν είναι χωρίς δικαιώματα του Αναδόχου, τις οποίες σε περίπτωση τερματισμού του Συμβολαίου αναλαμβάνει ο κατασκευαστής. Ούτε η φράση «*The Ministry shall not be entitled to withhold or decrease in any way any such payments owed to us*» φαίνεται να παραβιάζει την απαίτηση του όρου. Ότι ο κατασκευαστής εφόσον του οφείλονται χρήματα θα πρέπει να του καταβάλλονται δεν αποτελεί επιφύλαξη αλλά πλεονασμό θα λέγαμε αφού είναι αυτονόητο ότι εφόσον δεν υπάρχει αμφισβήτηση του ποσού που οφείλεται («*owed to us*») αυτό θα πρέπει να καταβληθεί. Περαιτέρω και ανεξάρτητα από τα πιο πάνω, στα έγγραφα του διαγωνισμού δεν έχουμε εντοπίσει οτιδήποτε από το οποίο να προκύπτει ότι η έγγραφη αυτή δέσμευση του κατασκευαστή θα πρέπει να υποβληθεί με την προσφορά έτσι ώστε ακόμη και σε περίπτωση που αυτή δεν υποβληθεί η προσφορά να υπόκειται σε απόρριψη.

Ενόψει όσων έχουμε αναφέρει αποφασίζουμε την ακύρωση του αποκλεισμού της προσφοράς των Αιτητών και συνακόλουθα την ακύρωση της απόφασης ακύρωσης του διαγωνισμού.

.....
Έφη Παπαδοπούλου
Πρόεδρος

.....
Γιώργος Αναστασίου
Μέλος

.....
Σόλων Παπαθεοχάρους
Μέλος

.....
Βασίλης Πάλμας
Μέλος

Α Π Ο Φ Α Σ Η Μ Ε Ι Ο Ψ Η Φ Ι Α Σ

Η παρούσα προσφυγή είναι αποτέλεσμα της απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής να ακυρώσει τον επίδικο διαγωνισμό, ως αποτέλεσμα επαναξιολόγησης των προσφορών μετά την απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών στην Προσφυγή 20/2016. Στην απόφαση της η Αναθεωρητική Αρχή ακύρωσε την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής να κατακυρώσει τον επίδικο διαγωνισμό στην Φαρμακευτική Οργάνωση Κύπρου. Ο λόγος ακύρωσης ήταν αποκλίσεις από ουσιώδεις όρους του διαγωνισμού, 3.2 – 14 (ii) - 8.4.2 (γ) (ii) .

Η απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής δεν περιείχε οποιαδήποτε κρίση ή διαπίστωση ή συμπέρασμα σε σχέση με ελλιπή ή παραπλανητική ενημέρωση του Συμβουλίου Προσφορών, σε σχέση με τις εκθέσεις της Επιτροπής Αξιολόγησης, κατά την συνεδρία του στις 31 Μαρτίου 2016 όπου αποφασίστηκε η κατακύρωση του διαγωνισμού στην Φαρμακευτική Οργάνωση Κύπρου επειδή η προσφορά της ήταν έγκυρη και παρουσίαζε την χαμηλότερη τιμή. Οι προσφορές των άλλων δυο εταιρειών. PAP MEDICAL LTD και ΜΠΑΞΤΕΡ (ΕΛΛΑΣ) Ε.Π.Ε. κρίθηκαν έγκυρες αλλά είχαν ψηλότερες τιμές.

Σε σχέση με τις αποφάσεις της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών και την εμβέλεια και δεσμευτικότητα τους υπάρχει σειρά από νομολογημένες θέσεις και νομοθεσία οι οποίες είναι αρκούντως καθοδηγητικές για την υπό εξέταση υπόθεση, όπως οι πιο κάτω :

---- Οι Αναθέτουσες Αρχές και οι Αναθέτοντες φορείς γνωστοποιούν εγγράφως στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών, εντός εύλογου υπό τις περιστάσεις χρόνου, τα ληφθέντα μέτρα προς συμμόρφωση με κάθε απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών.

Άρθρο 15(2), Ν.104(Ι)/2010

---- Κάθε απόφαση, πράξη ή παράλειψη της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών υπόκειται σε προσφυγή στο Ανώτατο Δικαστήριο, σύμφωνα με τις διατάξεις του Άρθρου 146 του Συντάγματος.

Άρθρο 32, Ν.104(Ι)/2010 , Νόμος που ρυθμίζει τις διαδικασίες προσφυγής.

---- Οι αποφάσεις της Αναθεωρητικής Αρχής είναι αποφάσεις διοικητικού οργάνου και, ως τέτοιες, δεν εξομοιώνονται με τις αποφάσεις του Ανώτατου Δικαστηρίου, ώστε να έχουν τα ίδια αποτελέσματα με αυτές. Κατ' αρχάς αυτές δεσμεύουν τα μέρη στα οποία απευθύνονται.

VOUROS HEALTHCARE LTD v. ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΓΕΩΡΓΙΑΣ, ΦΥΣΙΚΩΝ ΠΟΡΩΝ ΚΑΙ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ ΔΙΑ ΤΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ ΤΟΥ ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΓΕΩΡΓΙΑΣ, ΦΥΣΙΚΩΝ ΠΟΡΩΝ ΚΑΙ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ, ΥΠΟΘΕΣΗ 2406/2006. 03 ΜΑΡΤΙΟΥ 2009.

---- Το Διοικητικό Όργανο έχει την δυνατότητα να επαναδιερευνά όταν διαπιστώνεται λόγος.

ΚΥΠΡΙΑΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ ΜΕΣΩ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΥΠΗΡΕΣΙΑΣ
και ΑΝΔΡΟΥΛΛΑ ΠΕΤΡΟΥ Αναθεωρητική Έφεση 107/2011, 30 Ιουνίου 2016 .

ΙΩΣΗΦΙΔΗΣ κ.α. v. ΔΑΒΕΡΩΝΑ κ.α. (2002) 3 Α.Α.Δ. 147

ΝΑΖΙΡΗΣ v. ΡΙΚ (2007) 3 ΑΑΔ 38

---- Τα αρμόδια διοικητικά όργανα δεν παραμένουν εσαεί δεσμευμένα προς όποια προηγούμενη κρίση τους. Είναι παγίως νομολογημένο πως μπορούν να διαφοροποιήσουν αρχικές κρίσεις, νοουμένου ότι βασίμως αιτιολογούν ειδικά τη μεταστροφή.

A.G.F. TADING AND ENGINEERING LTD v ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΥΓΕΙΑΣ ΔΙΑ ΤΟΥ
ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ ΤΩΝ ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΚΑΙ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ
ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΥΓΕΙΑΣ Συνεκδικαζόμενες Υποθέσεις 1257/2005 και 1258/2005, 04
Δεκεμβρίου 2007

Επιπλέον στην Υπόθεση 1255/2005, AGF TRADING AND ENGINEERING LTD
v ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΥΓΕΙΑΣ ΔΙΑ ΤΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ ΤΩΝ
ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΚΑΙ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΥΓΕΙΑΣ,
ΗΜΕΡΟΜΗΝΙΑΣ 27/07/2007 μεταξύ άλλων αποφασίστηκε:

«Οι καθ' ων η Αίτηση μετά την απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών για ακύρωση του Διαγωνισμού θα έπρεπε να ξεκινήσουν την διαδικασία επανεξέτασης, από το σημείο στο οποίο είχαν μείνει πριν την ακυρωθείσα από την ΑΑΠ απόφαση τους για ακύρωση του σχετικού διαγωνισμού. Το σημείο εκείνο ήταν το σημείο στο οποίο είχε κριθεί πως η προσφορά του ενδιαφερόμενου μέρους ήταν εκτός προδιαγραφών και ότι μόνο δύο προσφορές πληρούσαν τούς όρους και προδιαγραφές του διαγωνισμού, μεταξύ των οποίων ήταν και η προσφορά των Αιτητών».

Το ίδιο σκεπτικό υιοθετήθηκε και στην Υπόθεση 1252/2005 AGF TRADING AND ENGINEERING LTD v ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΥΓΕΙΑΣ ΔΙΑ ΤΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ ΤΩΝ ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΚΑΙ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΥΓΕΙΑΣ, ημερομηνίας 17 Σεπτεμβρίου 2007.

Το Συμβούλιο Προσφορών στη συνεδρία του ημερομηνίας 29/09/2016 μελέτησε την απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών με την οποία ακυρώθηκε η απόφαση του για ανάθεση της Σύμβασης στον προσφέροντα Φαρμακευτική Οργάνωση Κύπρου Λτδ. Στα πρακτικά του Συμβουλίου Προσφορών και σε σχέση με ότι μας αφορά καταγράφονται τα πιο κάτω :

4. Ο Πρόεδρος του Συμβουλίου Προσφορών έκανε μια σύντομη αναφορά και αναδρομή των περασμένων συνεδριών. Συνοπτικά στη συνεδρία ημερομηνίας 10/03/2016 το Συμβούλιο Προσφορών μελετώντας την Έκθεση Αξιολόγησης είχε αποφασίσει ομόφωνα το άνοιγμα των οικονομικών φακέλων των προσφερόντων : PAP MEDICAL LTD, ΜΠΑΞΤΕΡ (ΕΛΛΑΣ) Ε.Π.Ε. και Φαρμακευτική Οργάνωση

Κύπρου ΛΤΔ. Στη συνέχεια, σε συνεδρία του το Συμβούλιο στις 31/03/2016 αποφάσισε ομόφωνα όπως υιοθετήσει την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης και να αναθέσει την σύμβαση στον προσφέροντα « Φαρμακευτική Οργάνωση Κύπρου Λτδ», που υπέβαλε τη χαμηλότερη προσφορά που ικανοποιεί τις απαιτήσεις και τους όρους του διαγωνισμού, για το ποσό των ΕΥΡΩ20.240.000, πλέον Φ.Π.Α.

5. Στη συνέχεια, το Συμβούλιο Προσφορών μελέτησε:

I. Την απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών στην Προσφυγή αρ.20/2016 με βάση την οποία ακυρώνεται η απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών για ανάθεση της σύμβασης στον προσφέροντα «Φαρμακευτική Οργάνωση Κύπρου Λτδ».

II. Την επιστολή από το δικηγορικό γραφείο «Μαρκίδη, Μαρκίδη & Σία» με αρ. φακέλου Γ1525 ημερομηνίας 21/09/2016.

6. Το Συμβούλιο παρατήρησε ότι , κατά τη λήψη των αποφάσεων που έλαβε για τον εν λόγω διαγωνισμό στηρίχτηκε στις Εκθέσεις Αξιολόγησης που είχε ενώπιον του, οι οποίες με βάση τα στοιχεία που εξετάστηκαν κατά τη συνεδρία φαίνεται ότι, δεν αναφέρουν όλα τα στοιχεία και δεδομένα. Ενδεικτικά αναφέρθηκε από τον Πρόεδρο ότι, δεν έχει γίνει αναφορά στην Έκθεση Αξιολόγησης(τεχνικό Μέρος), ότι ζητήθηκε από ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς πριν την υποβολή των

προσφορών αλλαγή της απαίτησης για τον κατασκευαστή του διαλύματος καθαρισμού, κάτι που δεν έγινε αποδεκτό από την Αναθέτουσα Αρχή.

7. Ως εκ των πιο πάνω, το Συμβούλιο αποφάσισε ομόφωνα όπως συστήσει ad-hoc Επιτροπή, με βάση τον Κανονισμό 20 των Κ.Δ.Π. 201/2007, με σκοπό την μελέτη της Έκθεσης Αξιολόγησης και την υποβολή σχετικής Έκθεσης λαμβάνοντας υπόψη την απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών στην Ιεραρχική Προσφυγή αρ. 20/2016 και την επιστολή από το δικηγορικό γραφείο «Μαρκίδη, Μαρκίδη & ΣΙΑ».

Μετά από μελέτη όλων των ενόπιων μας στοιχείων καθώς και των πιο πάνω αναφερόμενων έχω καταλήξει στα πιο κάτω συμπεράσματα:

A) Το Συμβούλιο Προσφορών με τον διορισμό Ad-Hoc Επιτροπής και με οδηγίες προς αυτήν για μελέτη της Έκθεσης Αξιολόγησης και την υποβολή σχετικής έκθεσης, ουσιαστικά είχε αποφασίσει την επαναξιολόγηση των προσφορών. Πώς διαφορετικά θα μελετούσε η Ad-Hoc Επιτροπή την Έκθεση Αξιολόγησης και να καταλήξει μάλιστα σε τελικά συμπεράσματα χωρίς η ίδια να επαναξιολογήσει και στη συνέχεια να συγκρίνει με τα συμπεράσματα της υφιστάμενης Έκθεσης Αξιολόγησης. Είναι χαρακτηριστικό ότι η Ad-Hoc επαναξιολόγησε και τις τέσσερις προσφορές που τέθηκαν ενώπιον της επιτροπής αξιολόγησης στο στάδιο της τεχνικής αξιολόγησης. Έχει δηλαδή παρακάμψει την απόφαση της

Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών που είχε κρίνει την προσφορά της Φαρμακευτικής Οργάνωσης Κύπρου ως μη έγκυρη.

Β) Το Συμβούλιο Προσφορών από τη στιγμή που επέλεξε να επαναξιολογήσει, επαναδιερευνήσει, όφειλε να δώσει, όπως η ισχύουσα νομολογική θέση η οποία καταγράφεται πιο πάνω, εύλογο λόγο για αυτήν του την επιλογή. Από το πρακτικό ημερομηνίας 29/09/2016, σημείο 6, δίδεται η γενική διαπίστωση για τις Εκθέσεις Αξιολόγησης ότι « φαίνεται ότι δεν αναφέρουν όλα τα στοιχεία και δεδομένα» και «ενδεικτικά» αναφέρει «δεν έχει γίνει αναφορά στην Έκθεση Αξιολόγησης (τεχνικό μέρος) ότι ζητήθηκε από ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς πριν την υποβολή των προσφορών αλλαγή της απαίτησης για τον κατασκευαστή του διαλύματος καθαρισμού, κάτι που δεν έγινε αποδεκτό από την Αναθέτουσα Αρχή».

Γ) Κρίνω λοιπόν ότι στη βάση του αιτιολογικού του Συμβουλίου Προσφορών για την διενέργεια επαναξιολόγησης, αυτή ήταν δυνατή στην έκταση που αφορούσε η διαπιστωθείσα μη ενημέρωση του Συμβουλίου σχετικά με το συγκεκριμένο ερώτημα που αφορούσε το Είδος 14(ι). Στην βάση της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών το Συμβούλιο Προσφορών έπρεπε να προβεί σε επαναξιολόγηση των τριών προσφορών που είχαν προκριθεί στο τελικό στάδιο της οικονομικής αξιολόγησης μόνο για το συγκεκριμένο θέμα, το Είδος 14(ι). Βέβαια η επαναξιολόγηση της Φαρμακευτικής Οργάνωσης Κύπρου θα ήταν άνευ σημασίας αφού η προσφορά της είχε κριθεί από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ως μη

έγκυρη και για άλλες δυο αποκλίσεις από ουσιώδεις όρους. Αφού λοιπόν η προσφορά των Αιτητών κρίθηκε ως συμμορφούμενη, και για το Είδος 14(ι) και μετά την επαναξιολόγηση, είναι θέση μου ότι η προσφορά τους ήταν έγκυρη.

Δ) Η προσφυγή πετυχαίνει και η προσβαλλόμενη απόφαση ακυρώνεται.

.....
Λοΐζος Κάππας
Μέλος