



ΑΝΑΘΕΩΡΗΤΙΚΗ ΑΡΧΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ
TENDERS REVIEW AUTHORITY

Λεωφ. Γρίβα Διγενή 81-83, 2ος όροφος, Τ.Θ. 24820, 1304 Λευκωσία
Τηλ.: 22445100, Φαξ: 22445107, Email: tra@aap.gov.cy, Web: www.tra.gov.cy

Προσφυγή Αρ. 31/2023

Μεταξύ:

A. POTAMITIS MEDICARE LIMITED

Αιτητών

v.

ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΥ ΚΡΑΤΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΥΓΕΙΑΣ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών:**

Γιώργος Αναστασίου, Προεδρεύων
Λοΐζος Κάππας, Μέλος
Δήμος Θωμά, Μέλος

Αιτητές:

A. POTAMITIS MEDICARE LIMITED

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Άννα Κ. Χρίστου, Δικηγόρο για Ιωαννίδης Δημητρίου ΔΕΠΕ
2. Δημήτρη Καϊλή, Δικηγόρο για Ιωαννίδης Δημητρίου ΔΕΠΕ
3. Μιχάλη Ποταμίτη, Εκπρόσωπο Αιτήτριας Εταιρείας
4. Κίμωνα Καλόγλου, Εκπρόσωπο Αιτήτριας Εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΚΡΑΤΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΥΓΕΙΑΣ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Μιχάλη Κούρο Λοϊζίδη, Δικηγόρο για Γιώργος Ζ. Γεωργίου & Συνεργάτες ΔΕΠΕ
2. Λία Δημητρίου, Εκπρόσωπο Ο.Κ.Υπ.Υ
3. Στέλιο Παπαδόπουλο, Εκπρόσωπο Ο.Κ.Υπ.Υ

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης : 19 Οκτωβρίου 2023

Η απόφαση μας δεν είναι ομόφωνη. Με την απόφαση της πλειοψηφίας συμφωνούν τα μέλη της Αρχής κ.κ. Λοΐζος Κάππας και Δήμος Θωμά.

Ο Προεδρεύων κος Γιώργος Αναστασίου έχει διαφορετική απόφαση.

ΑΠΟΦΑΣΗ ΠΛΕΙΟΨΗΦΙΑΣ

Η παρούσα διαδικασία αφορά την Προσφυγή με αριθμό 31/2023 που καταχωρήθηκε από την εταιρεία A. POTAMITIS MEDICARE LIMITED (οι Αιτητές), αναφορικά με το Διαγωνισμό αρ. Α.Ο. 15/23 «*Προμήθεια και συντήρηση ενδοσκοπικών πύργων και ενδοσκοπίων για τις ανάγκες των ενδοσκοπικών γαστρεντερολογικών τμημάτων των νοσηλευτηρίων του Ο.Κ.Υπ.Υ*», (ο Διαγωνισμός), όπως αυτός δημοσιεύτηκε στις 02/08/2023 και, προσβάλλει την απόφαση του ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΥ ΚΡΑΤΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΥΓΕΙΑΣ, Ο.Κ.Υπ.Υ, (η Αναθέτουσα Αρχή) «*να προκηρύξει και να δημοσιεύσει τον άνω Διαγωνισμό με συγκεκριμένους όρους και/ή προδιαγραφές και/ή χαρακτηριστικά και/ή απαιτήσεις*».

Ο συγκεκριμένος διαγωνισμός προκηρύχθηκε μετά την ακυρωτική απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών στην Προσφυγή Αρ. 20/2022, η οποία καταχωρήθηκε από την εταιρεία A. Paraetis Services Ltd.

Στον προηγούμενο διαγωνισμό είχαν υποβληθεί συνολικά δύο (2) προσφορές, από τους Οικονομικούς φορείς A.POTAMITIS MEDICARE LTD και A. PAPAETIS SERVICES LIMITED. Η εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης ήταν για κατακύρωση του Είδους στον φθηνότερο και εντός των όρων του διαγωνισμού A.POTAMITIS MEDICARE LTD. Η προσφορά της εταιρείας A. Paraetis Services Ltd, δεν είχε επιλεγεί λόγω υψηλότερης προσφερθείσας τιμής.

Στα πλαίσια του νέου διαγωνισμού, όπως αυτός επαναπροκηρύχθηκε στις 02/08/2023, η 31/8/2023 ορίστηκε ως η καταληκτική ημερομηνία υποβολής σχολίων, ερωτήσεων και εισηγήσεων από τους ενδιαφερόμενους Οικονομικούς Φορείς, ενώ η 7/9/2023 ορίστηκε ως καταληκτική ημερομηνία αποστολής των απαντήσεων από την Αναθέτουσα Αρχή. Η προθεσμία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 14/9/2023.

Στις 11 Αυγούστου 2023 οι Αιτητές υπέβαλαν στην Αναθέτουσα Αρχή σχόλια, εισηγήσεις και ερωτήσεις επί των όρων του Διαγωνισμού ενώ την ίδια μέρα καταχώρησαν και την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή με αρ. 31/2023, προσβάλλοντας την προκήρυξη και τους όρους του Διαγωνισμού.

ΘΕΣΕΙΣ ΑΙΤΗΤΩΝ

Βασική θέση των Αιτητών είναι ότι οι όροι και/ή οι προδιαγραφές του επίδικου Διαγωνισμού, για τους οποίους ζητούν την τροποποίηση με την παρούσα προσφυγή, δεν ευνοούν και/ή δεν βοηθούν τον ελεύθερο ανταγωνισμό, αντιθέτως τον περιορίζουν, ενώ φωτογραφίζεται κατά την άποψη τους συγκεκριμένος οικονομικός φορέας και/ή συγκεκριμένος κατασκευαστής και/ή προμηθευτής. Είναι επίσης ισχυρισμός τους ότι σε τούτο συνηγορεί και το ότι οι εν λόγω όροι και/ή προδιαγραφές έχουν τροποποιηθεί και/ή αλλάξει σε τέτοιο βαθμό και έκταση σε σχέση με τους αντίστοιχους όρους και/ή προδιαγραφές, ως είχαν προκηρυχθεί με τον Διαγωνισμό αρ.45/21, χωρίς να έχει υπάρξει οποιαδήποτε διαφοροποίηση που να δικαιολογεί την τροποποίηση και/ή αλλαγή τους.

Ο πρώτος λόγος ακύρωσης που προβάλλουν είναι ότι:

«Η απόφαση είναι παντελώς αναιτιολόγητη εφόσον για τις διαφοροποιήσεις και/ή αλλαγές των όρων από την Αναθέτουσα Αρχή σε σχέση με τους όρους που προκηρύχθηκαν με το Διαγωνισμό αρ. 45/21 δεν δόθηκε οποιαδήποτε και/ή δέουσα και/ή επαρκής και/ή ορθή αιτιολογία και/ή δεν υπήρξε οποιαδήποτε συνθήκη και/ή κατάσταση που να δικαιολογούσε τις εν λόγω τροποποιήσεις και/ή αλλαγές και/ή επιλογές της Αναθέτουσας Αρχής.»

Ισχυρίζονται επίσης ότι στον διοικητικό φάκελο δεν υπάρχει οποιαδήποτε αιτιολόγηση για τον καθορισμό των συγκεκριμένων προδιαγραφών και/ή χαρακτηριστικών και/ή απαιτήσεων ούτε επεξηγείται πως κρίθηκαν αναγκαίες και απαραίτητες οι συγκεκριμένες επιλογές προδιαγραφών και/ή απαιτήσεων και/ή χαρακτηριστικών και πως τούτο εξυπηρετεί καλύτερα το σκοπό του Διαγωνισμού, με αποτέλεσμα να περιοριστεί ο ελεύθερος ανταγωνισμός, με τον αποκλεισμό σχεδόν όλων των εν δυνάμει προσφοροδοτών εκτός ενός. Αναφορά γίνεται επίσης και στο ότι, σε αντίθεση με τον διαγωνισμό αρ.45/21, αυτή την φορά δεν υπήρξε διαβούλευση τουλάχιστον με τις εταιρείες που είχαν υποβάλει τότε προσφορά. Πρόθεση της Αναθέτουσας Αρχής κατά την άποψη τους ήταν ο αποκλεισμός τους μέσω της διαμόρφωσης των προδιαγραφών, με τρόπο ώστε μόνο ένας συγκεκριμένος προσφοροδότης να είναι σε θέση να ανταποκριθεί. Παραπομπή γίνεται στην υπόθεση A P DIAGNOSTIKA CHEMICALS LTD v. ΚΥΠΡΙΑΚΗΣ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ ΜΕΣΩ ΚΕΝΤΡΙΚΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ, Υπόθεση Αρ. 519/2003, 22 Οκτωβρίου, 2004 και στην απόφαση της ΑΑΠ στην προσφυγή VITAEMED LTD v. ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΥΓΕΙΑΣ, Αίτηση 50/2018, 22/3/2019.

Ο δεύτερος λόγος που προβάλλουν οι Αιτητές είναι ότι η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην συμπερίληψη των επίδικων όρων χωρίς την διεξαγωγή οποιασδήποτε έρευνας, με αποτέλεσμα ο καθόλα ικανοποιητικός εξοπλισμός της προσφοράς των Αιτητών στα πλαίσια του Διαγωνισμού 45/21, οκτώ μήνες προηγουμένως, να καθίσταται τώρα απορριπτέος. Παραθέτουν επίσης σχετική νομολογία προς ενίσχυση της θέσης ότι η διεξαγωγή δέουσας έρευνας αποτελεί βασικό πυλώνα του διοικητικού δικαίου και ότι πράξη και/ή απόφαση της διοίκησης η οποία στερείται δέουσας έρευνας δεν δύναται να θεωρηθεί έγκυρη, Πετρώνας Ανδρέας και Άλλοι ν. Κυπριακής Δημοκρατίας, (1999) 4 Α.Α.Δ. 507, όπου λέχθηκε ότι:

«Η αρχή η οποία επιτάσσει δέουσα έρευνα συνιστά βέβαια θεμελιακό αξίωμα στο διοικητικό δίκαιο και δεν χρειάζεται ανάπτυξη. Εξυπακούει δε τόσο αντίληψη όλων των σχετικών στοιχείων [...] ως τα νομολογιακά καθιερωμένα κριτήρια επιλογής, όσο και ορθή αξιολόγηση τους, αποκλεισμένης έτσι πλάνης περί τα πράγματα και υπέρβασης των ορίων της διακριτικής εξουσίας του διοικητικού οργάνου».

Επί αυτού του σημείου οι Αιτητές καταλήγουν ως εξής:

«Εν προκειμένω, για τους λόγους που επεξηγήθηκαν αναλυτικά ανωτέρω, η Καθ' ης η Αίτηση κατά τη λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης δεν προέβη σε οποιαδήποτε έρευνα και/ή οποιαδήποτε επαρκή έρευνα, ώστε να έχει ενώπιον της όλα τα ουσιώδη στοιχεία που αφορούσαν τις επιλογή των προσβαλλόμενων όρων και προδιαγραφών του Διαγωνισμού. Ενήργησε δηλαδή με βάση ανεπαρκή, λανθασμένα και/ή αυθαίρετα συμπεράσματα και χωρίς να ερευνήσει όλες τις πτυχές του ζητήματος, έτσι ώστε να εκπληρώσει το καθήκον της για δέουσα έρευνα σχετικά με την αναγκαιότητα των συγκεκριμένων προδιαγραφών.»

Ο τρίτος λόγος που προβάλλουν οι Αιτητές είναι ότι «η Αναθέτουσα Αρχή και/ή η Επιτροπή Προδιαγραφών και/ή οποιαδήποτε άλλα εμπλεκόμενα στη διαδικασία

διοικητικά όργανα δε συμμορφώθηκαν με την υποχρέωσή που τους επιβάλλει το άρθρο 24 του Περί Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου, Ν. 158(Ι)/99 να τηρούν *άρτια και λεπτομερή πρακτικά.*» Αναφέρουν επίσης ότι δεν εντόπισαν οποιοδήποτε πρακτικό στον διοικητικό φάκελο που να ακυρώνει ή να ανακαλεί την προκήρυξη του προηγούμενου (45/21) διαγωνισμού, ή που να αιτιολογεί τις προτεινόμενες νέες προδιαγραφές και της διαδικασίας που οδήγησε στον καθορισμό τους, ή που να εγκρίνει κατόπιν αιτιολόγησης και συζήτησης τις σχετικές προδιαγραφές και να προκηρύσσει τον επίδικο διαγωνισμό, καθιστώντας έτσι αδύνατο τον δικαστικό έλεγχο. Παρέθεσαν σχετική νομολογία¹.

Ως τέταρτο λόγο οι Αιτητές προβάλλουν ότι *«οι τροποποιήσεις και/ή αλλαγές και/ή οι προσθήκες των συγκεκριμένων όρων και/ή ειδών και/ή προδιαγραφών και/ή χαρακτηριστικών από την Αναθέτουσα Αρχή είναι φωτογραφικές και προσβλέπουν στην εξυπηρέτηση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα και/ή προσφοροδότη και/ή προσφοροδοτών, κατασκευαστή και/ή κατασκευαστών. Συνεπώς, η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής λήφθηκε προς εξυπηρέτηση αλλότριου σκοπού ξένου προς το Δημόσιο Συμφέρον και πρέπει να τροποποιηθεί.»* Οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι τις καθοριζόμενες προδιαγραφές και απαιτήσεων του Είδους 1 μπορεί να εξυπηρετήσει μόνο ένας προμηθευτής και συγκεκριμένα η εταιρεία Paraetis (μέσω του κατασκευαστικού οίκου Olympus), ενώ για το Είδος 2 στη βάση της εκτίμησης

¹ ANDREAS MIKALLOS HOTELS LTD v. ΚΥΠΡΙΑΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ, ΜΕΣΩ ΥΠΟΥΡΓΙΚΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ κ.α., Υπόθεση Αρ. 169/2016, 29/7/2020, Σβανάς v. Δημοκρατίας (2011) 3 Α.Α.Δ. 576, Georghiades v. Republic (1966) 3 C.L.R. 252, Medcon Construction and others v. Republic (1968) 3 C.L.R. 535.

δαπάνης για τα πλυντήρια ενδοσκοπίων και με τον αποκλεισμό των Αιτητών, στη βάση των επίδικων προδιαγραφών, φωτογραφίζεται ο ίδιος προσφοροδότης, εφόσον η τρίτη εταιρεία που θα μπορούσε ενδεχομένως να πληροί τις προδιαγραφές του πλυντηρίου κοστολόγησε πολύ υψηλότερα από αυτόν.

Ο πέμπτος λόγος που προβάλλουν οι Αιτητές είναι ότι η επιλογή των προσβαλλόμενων όρων των εγγράφων του Διαγωνισμού νοθεύει τον Ανταγωνισμό κατά παράβαση των Γενικών Αρχών του Ευρωπαϊκού Δικαίου και/ ή της ημεδαπής νομοθεσίας εφόσον οι προσβαλλόμενες απαιτήσεις όρων και/ή ειδών και/ή προδιαγραφών και/ή χαρακτηριστικών είναι φωτογραφικές και δεν δίνεται δυνατότητα σε μεγαλύτερο αριθμό οικονομικών φορέων να συμμετέχουν. Αποτέλεσμα αυτού είναι η νόθευση του ανταγωνισμού και ο αποκλεισμός προϊόντων αντίστοιχης ποιότητας.

Ο έκτος λόγος που προβάλλουν οι Αιτητές είναι ότι *«η επίδικη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής για την επιλογή των προσβαλλόμενων όρων των εγγράφων του Διαγωνισμού, λήφθηκε κατά παράβαση των γενικών αρχών του διοικητικού δικαίου, των αρχών της χρηστής διοίκησης και καλής πίστης, της διαφάνειας, της αρχής της αναλογικότητας, αλλά και της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικούμενου.»* Οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι οι επίδικες τροποποιήσεις αποφασίστηκαν *«χωρίς να ληφθούν υπόψη γεγονότα, που έπρεπε να είχαν ληφθεί υπόψη και/ ή λήφθηκαν υπόψη γεγονότα, που δεν έπρεπε να είχαν ληφθεί υπόψη...για αλλότριους σκοπούς και/ή προς*

εξυπηρέτηση και/ή υποβοήθηση και/ή προώθηση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα και/ή κατασκευαστή και/ή προμηθευτή».

Οι Αιτητές προβαίνουν τέλος σε εκτενή και λεπτομερή παράθεση των εισηγήσεων/απαιτήσεων τους, ως αυτοί υπεβλήθησαν και στην Αναθέτουσα Αρχή στις 11/08/2023, αναλυτική επανάληψη των οποίων δεν εξυπηρετεί αλλ'ούτε και αποτελούν θέματα τα οποία, ως κατ'έξοχή τεχνικά, είναι σε θέση η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών να χειριστεί. Σημειώνεται όμως η κατ'επανάληψη συγκριτική αναφορά από τους Αιτητές, όρων του διαγωνισμού 45/2021 σε σχέση με τους επίδικους όρους που προσβάλλονται στην παρούσα προσφυγή, η οποία προβάλλει την απαίτηση των Αιτητών για τροποποίηση έκαστης προδιαγραφής και την αιτιολογία τους γιατί η έκαστη προδιαγραφή είναι φωτογραφική ή γιατί δεν είναι αναγκαία για τον σκοπό τον οποίο καλείται να καλύψει. Ειδική αναφορά κάνουν σε θέση τους ότι, σε αντίθεση με τις προδιαγραφές του ακυρωθέντα διαγωνισμού Σ.Υ.45/21 που είχαν καθοριστεί κατόπιν έρευνας και διαβουλεύσεων, οι επίδικοι όροι και προδιαγραφές δεν αποφασίστηκαν μετά από παρόμοια διαδικασία, ενώ υιοθετήθηκε και ο Ειδικός Όρος 7 (για τα υποείδη 1.1. μέχρι 1.15 του Είδους 1), που προβλέπει ότι θα πρέπει όλα τα εν λόγω υποείδη να είναι του ίδιου κατασκευαστή ή επίσημου συνεργάτη, με αποτέλεσμα οι Αιτητές να αποκλείονται εκ προοιμίου από τη δυνατότητα υποβολής έγκυρης προσφοράς. Τούτο, κατά τους Αιτητές, εξυπηρετεί μόνο την εταιρεία Paracetis Services Ltd, αφού μόνο η Olympus μπορεί να κατασκευάσει τα εν λόγω υποείδη με τις συγκεκριμένες προδιαγραφές.

ΘΕΣΕΙΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ

Κατ' αρχήν η Αναθέτουσα Αρχή προβάλλει προδικαστική ένσταση ισχυριζόμενη ότι η Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως πρόωρη και αντίθετη με την διαδικασία των όρων του Διαγωνισμού, εφόσον αυτοί προβλέπουν την υποβολή σχολίων/ ερωτήσεων/ εισηγήσεων για τροποποίηση των όρων του Διαγωνισμού μέχρι τις 31.08.2023, ακολούθως της αποστολής απαντήσεων από την ΑΑ μέχρι την 07.09.2023 και η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στις 14.09.2023. Επιπρόσθετα στο σημείο «5.2. – Έγγραφο Υποβολή Ερωτήσεων από τους Ενδιαφερόμενους», των εγγράφων του Διαγωνισμού, προνοείται ότι αν ο Οικονομικός Φορέας διαπιστώσει απόκλιση συγκεκριμένου όρου των Τεχνικών Προδιαγραφών από την Εθνική ή Κοινοτική Νομοθεσία οφείλει να ενημερώσει γραπτώς την ΑΑ εντός της πιο πάνω προθεσμίας (31.08.2023). (Υπογραμμίσεις από την Αναθέτουσα Αρχή). Οι Αιτητές υπέβαλαν τα σχόλια και τις εισηγήσεις τους αναφορικά με την τροποποίηση των όρων στις 10.08.2023 και ακολούθως στις 11.08.2023 καταχώρησαν την παρούσα Προσφυγή, προτού εκπνεύσει ο χρόνος της Αναθέτουσας Αρχής για να απαντήσει επί των σχολίων που έχουν τεθεί ενώπιον της από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς.

Η Αναθέτουσα Αρχή υιοθέτησε τη θέση της μειοψηφίας² στην απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών 40/2019, όσο και στην απόφαση των προσωρινών

² «Η κατάλληλη στιγμή για την προσφυγή στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών θα ήταν μετά από τέτοια εξέταση από την Αναθέτουσα Αρχή, νοουμένου ότι ο Οικονομικός Φορέας θα εξακολουθούσε να παραμένει ανικανοποίητος ως προς την νομιμότητα των όρων του Διαγωνισμού στην τελική τους μορφή.

μέτρων της παρούσας Προσφυγής ημερομηνίας 21.08.2023 και υποστηρίζει την θέση ότι από την στιγμή που ο Διαγωνισμός προβλέπει την υποβολή ερωτημάτων και εισηγήσεων για τροποποιήσεις των όρων, τότε οι πρόνοιες των άρθρων 21(4)³ και 25(2)(γ)⁴ του Ν.104(Ι)/2010 θα πρέπει να ερμηνεύονται και να εφαρμόζονται αφού αποφασιστεί η τελική διαμόρφωση των όρων από την Αναθέτουσα Αρχή, ως προβλέπεται από την παρούσα Διαδικασία. Ως εκ τούτου σε ουδεμία περίπτωση θα καταστρατηγούνταν οι πρόνοιες των εν λόγω διατάξεων, αλλά ούτε οι Αιτητές θα έχαναν το δικαίωμα τους να αμφισβητήσουν τους όρους του Διαγωνισμού με την καταχώρηση προσφυγής ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών. Τα χρονοδιαγράμματα του Διαγωνισμού παρέχουν την ευχέρεια σε ενδιαφερόμενο

Χρονικά η προσφυγή του Οικονομικού Φορέα κρίνεται απαράδεκτη και άρα απορριπτέα αφού αφορά απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής η οποία δεν έχει ακόμη οριστικοποιηθεί και η προθεσμία για υποβολή παρατηρήσεων επί των όρων του Διαγωνισμού δεν έχει ακόμη παρέλθει.

Τυχόν αποδοχή της προσφυγής στο χρονικό στάδιο που υποβάλλεται και δη προ της μελέτης των αιτημάτων του Οικονομικού Φορέα και της τελικής απόφασης από την Αναθέτουσα Αρχή, ουδέν όφελος προσφέρει στον ίδιο αλλά, αντιθέτως, θέτει αχρείαστα προσκόμματα στην εν εξελίξει διαδικασία της προσφοράς, παραβιάζοντας έτσι το Δημόσιο Συμφέρον.

Επιπρόσθετα αναφέρομαι στο άρθρο 19.(1) του Ν 104(Ι)/2010 όπου δικαίωμα άσκησης προσφυγής προβλέπεται μόνο εναντίον πράξης ή απόφασης που προηγείται της σύμβασης. Στην παρούσα περίπτωση η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής αναφορικά με την τελική μορφή των όρων του Διαγωνισμού ουδέποτε ελήφθη, αφού η προσφυγή προηγήθηκε της προβλεπόμενης από τους όρους ημερομηνίας τελικής απάντησης επί ερωτήσεων ή εισηγήσεων.»

³ Άρθρο 21(4) του Ν.104(Ι)/2010:

«Προθεσμίες άσκησης προσφυγής

(4) Στις περιπτώσεις πράξεων ή αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα που περιέχονται στην προκήρυξη ή στα έγγραφα του διαγωνισμού ή σε οποιοδήποτε άλλο έγγραφο σχετικό με τη διαδικασία του» διαγωνισμού και αναφέρονται σε τεχνικές, οικονομικές και χρηματοοικονομικές προδιαγραφές, οι οποίες αποφάσεις δεν υπόκεινται σε ειδική κοινοποίηση, η προσφυγή στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ασκείται εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερολογιακών ημερών από την ημερομηνία δημοσίευσης της πράξης ή της απόφασης.

⁴ Άρθρο 25(2)(γ) του Ν.104(Ι)/2010:

«Λήψη αποφάσεων επί της προσφυγής

(2) Η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών, με βάση τα υποβληθέντα σε αυτήν στοιχεία, δύναται να εκδώσει οποιαδήποτε από τις ακόλουθες αποφάσεις-

(γ) να ακυρώσει ή να διατάξει την τροποποίηση, οποιουδήποτε όρου, που περιέχεται στην προκήρυξη ή στα έγγραφα του διαγωνισμού ή σε οποιοδήποτε άλλο έγγραφο σχετικό με την διαδικασία του διαγωνισμού και αναφέρεται σε τεχνικές, οικονομικές και χρηματοοικονομικές προδιαγραφές πριν την υποβολή των αιτήσεων συμμετοχής ή των προσφορών, λόγω παραβίασεως οποιασδήποτε διάταξης του ισχύοντος δικαίου.»

οικονομικό φορέα, μετά την απάντηση της Αναθέτουσας Αρχής επί των εισηγήσεων των όρων του Διαγωνισμού, να λάβει τα μέτρα που προβλέπει το άρθρο 21(4) του Ν.104(Ι)/2010, αφού η απάντηση από την ΑΑ θα εδίδετο στις 07.09.2023 και η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ήταν στις 14.09.2023, δηλαδή 7 μέρες μετά. Στην παρούσα διαδικασία υπάρχουν ερωτήματα και εισηγήσεις για τροποποιήσεις των όρων από ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, οι οποίοι όροι δυνατόν να τύχουν χειρισμού και ενδεχομένως μεγάλο μέρος των εισηγήσεων να ικανοποιηθεί εντός του πλαισίου του Διαγωνισμού, καθώς επίσης οι όροι θα καταστούν τελικοί κατόπιν της τελικής απάντησης της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία έχει καθοριστεί στις 07.09.2023.

Η Αναθέτουσα Αρχή αντέκρουσε επίσης όλους τους λόγους ακύρωσης που προέβαλαν οι Αιτητές στην γραπτή τους αγόρευση.

Αναφορικά με τον πρώτο λόγο, είχε την θέση ότι οποιαδήποτε επίκληση σε όρους του προηγούμενου διαγωνισμού (αρ.45/21), ο οποίος ακυρώθηκε δυνάμει απόφασης της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών λόγω αναρμοδιότητας του οργάνου που προκήρυξε τον εν λόγω διαγωνισμό, δεν μπορεί να έχει οποιοδήποτε έρεισμα και ισχύ και συνεπώς ο εν λόγω ισχυρισμός και η σχετική επιχειρηματολογία είναι ανυπόστατη. Σχετικά είναι τα όσα αναφέρονται στο σύγγραμμα της **Κοντόγιωργα-Θεοχαροπούλου «Αι συνέπειαι της Ακυρώσεως Διοικητικής Πράξεως έναντι της Διοικήσεως**, Έκδοση 1988, σελ. 126-127, τα οποία υιοθετήθηκαν στην απόφαση της

έντιμης Προέδρου του Διοικητικού Δικαστηρίου (όπως ήταν τότε) [3*] **ANNA ΜΙΣΙΑΟΥΛΗ v. ΔΗΜΟΥ ΤΣΕΡΙΟΥ – Υπόθεση Αρ.1234/2013**⁵. Παρέπεμψε επίσης και στα όσα σχετικά λέχθηκαν στην απόφαση [4*] **ΛΟΥΚΑΣ ΜΑΡΚΙΑΗΣ v. ΑΡΧΗΣ ΤΗΛΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΩΝ ΚΥΠΡΟΥ – (1993) 4Γ ΑΑΔ 2017**⁶.

⁵ **ANNA ΜΙΣΙΑΟΥΛΗ v. ΔΗΜΟΥ ΤΣΕΡΙΟΥ – Υπόθεση Αρ.1234/2013**

«Εν προκειμένω όφειλε το Δημοτικό Συμβούλιο να ανακαλέσει όχι μόνο την ακυρωθείσα πράξη του αλλά και κάθε μεταγενέστερη πράξη του που αποτελούσε «πράξη-συνέπεια» της ακυρωθείσας πράξης και η έκδοσή της είχε ως προϋπόθεση την ακυρωθείσα ή βασίστηκε πάνω στην ακυρωθείσα (βλ. Ν. Χαραλάμπους: «Εγχειρίδιο Κυπριακού Διοικητικού Δικαίου, Δεύτερη Έκδοση, σελ. 311 και εκεί παραπομπές, ανάμεσα σε αυτές η απόφαση *Δημοκρατία v. Κλεόπα (2004) 3 ΑΑΔ, 669*).

Τα ίδια προβλέπονται στο σύγγραμμα της **Κοντόγιωργα-Θεοχαροπούλου «Αι συνέπειαι της Ακυρώσεως Διοικητικής Πράξεως έναντι της Διοικήσεως**, Έκδοση 1988, σελ. 126-127, από το οποίο παραθέτω το κατωτέρω απόσπασμα:

«Εφ' όσον η πράξις η αποτελούσα «την προϋπόθεσιν» προς νόμιμον έκδοση της προσβαλλομένης τοιαύτης ηκυρώθη, η τελευταία **αυτή καθίσταται «άνευ ερείσματος»** και είναι ακυρωτέα, ή ότι η Διοίκησις υποχρεούται ν' ανακαλέση και πάσαν πράξιν «τελούσαν εν στενώ συνδέσμω προς την ακυρωθείσαν», ή ότι «ακυρωμένης αποφάσεως τινος, είναι συνακυρωτέα και η εις εκτέλεσιν αυτής εκδοθείσα».

Επίσης εκρίθη ότι η κατάργησις ακυρωθείσης πράξεως «επεκτείνεται» επί πάσης πράξεως «εν τω μεταξύ» εκδοθείσης και «εχούσης προϋπόθεσιν» την ακυρωθείσαν¹². Ή ότι ακυρωμένης πράξεως «συνακυρούνται» πάσαι «αι μεταγενέστεραι αι επί εκείνης στηριζόμεναι», επέρχεται δε ακυρότης «μόνον των επιγενομένων ουχί δε και των προηγηθεισών πράξεων».

Δηλαδή, η νομολογία του ΣτΕ απαιτεί στενόν σύνδεσμον μεταξύ της ακυρωθείσης πράξεως και της επιγενομένης ή συγχρόνου αυτής εκτελεστής πράξεως, τον οποίον όμως αναγνωρίζει ότι υφίσταται οσάκις η δευτέρα πράξις έχει ως «προϋπόθεσιν» τηη ακυρωθείσαν ή «εστηρίχθη» ή «ερείδεται» ή εξεδόθη «επί τη βάσει» της ακυρωθείσης.

¹² **ΣτΕ. 1063/39, 608/45, 1586/48** δια της οποίας αποφάσεως εκρίθη ότι **πάσα διοικητική πράξις εκδοθείσα κατά το ενδιάμεσον διάστημα μεταξύ του χρόνου της εκδόσεως της ακυρωθείσης πράξεως και του χρόνου εκδόσεως της ακυρωτικής αποφάσεως, στηριζόμενη δε εις την ακυρωθείσαν ή έχουσα ταύτην ως προϋπόθεσιν, είναι ωσαύτως άκυρος.»»**

(η έμφαση δική μας)

⁶ **ΛΟΥΚΑΣ ΜΑΡΚΙΑΗΣ v. ΑΡΧΗΣ ΤΗΛΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΩΝ ΚΥΠΡΟΥ – (1993) 4Γ ΑΑΔ 2017**

«Παρόμοιο θέμα εξετάστηκε και απορρίφθηκε σε προηγούμενες πρόσφατες αποφάσεις του Δικαστηρίου σε προσφυγές εναντίον της Αρχής. Η ακύρωση της τελικής πράξεως συμπαράσφρει σ' ακυρότητα κι' όλες τις ενδιάμεσες προπαρασκευαστικές πράξεις. Σχετικές είναι οι υποθέσεις: **Ορθοδόξον και Άλλοι v. Αρχής Τηλεπικοινωνιών Κύπρου (1992) 4 Α.Α.Δ. 2374, Δημητριάδης και Άλλοι v. Αρχής Τηλεπικοινωνιών Κύπρου (1992) 4 Α.Α.Δ. 2582, Γεωργίου v. Αρχής Τηλεπικοινωνιών Κύπρου (1992) 4 Α.Α.Δ. 2569 και Χ'Ιωάννου και Άλλου v. Αρχής Τηλεπικοινωνιών Κύπρου (1993) 4 Α.Α.Δ. 661**).

Η ενέργεια της Αρχής να επανεξετάσει το θέμα αρχίζοντας τη διαδικασία από την αρχή, ήταν ορθή και νόμιμη. Ο λόγος αυτός ακυρότητας απορρίπεται.»

Παρέπεμψε επίσης, προς απάντηση στον δεύτερο λόγο ακύρωσης των Αιτητών περί έλλειψης έρευνας, στον Διοικητικό Φάκελο– Ερυθρό. 9 - 13, όπου φαίνεται ότι τόσο η Επιτροπή Σύνταξης Προδιαγραφών (ΕΣΠ), όσο και η Προϊστάμενη Μονάδας Αγορών και Προμηθειών ΟΚΥΠΥ (ΠΜΑΠ), αποτάθηκαν γραπτώς σε ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, συμπεριλαμβανομένων και των Αιτητών, ζητώντας τεχνικές προδιαγραφές με σκοπό τη διαμόρφωση των τεχνικών προδιαγραφών του Διαγωνισμού και βάσει των αναγκών της Αναθέτουσας Αρχής. Περαιτέρω, η έρευνα, όπως προκύπτει από το ηλεκτρονικό μήνυμα της ΠΜΑΠ ημερομηνίας 06.02.2023 – Ερ. 10, άρχισε πολύ νωρίτερα από την σύσταση της ΕΣΠ, με σκοπό την διασφάλιση και κατάρτιση ακριβέστερων όρων για τις ανάγκες του Διαγωνισμού. Επιπρόσθετα και κατόπιν της έρευνας και των πληροφοριών που συλλέγηκαν από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς ως προς τις τεχνικές προδιαγραφές, (Ερ.12 – κατάλογοι προδιαγραφών από ενδιαφερόμενους οικονομικού φορείς) ζητήθηκε και η άποψη ειδικού γιατρού και χρήστη του εξοπλισμού που προτίθεται να προμηθευτεί η Αναθέτουσα Αρχή– Δρ. Ελευθέριου Δροσάκη με σκοπό τη διασφάλιση των όρων ότι θα καλύπτουν και θα εξυπηρετούν τις ανάγκες της Αναθέτουσας Αρχής. Καταλήγοντας, η Αναθέτουσα Αρχή σημειώνει ότι ο καθορισμός των προϋποθέσεων ενός Διαγωνισμού και ο καταρτισμός των όρων ανάγονται στη διακριτική ευχέρεια της Αρμόδιας Αρχής η οποία είναι γνώστης των αναγκών και σε ιδανική θέση να καθορίσει τις προδιαγραφές για πλήρωσή τους. Παραπέμπει σχετικά στην Απόφαση [5*] ΧΡΙΣΤΟΔΟΥΛΟΣ ΘΕΟΦΑΝΟΥΣ ν. ΚΥΠΡΙΑΚΗΣ

*ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ - (1990) 3 ΑΑΔ 1033, ημερομηνίας 24.03.1990*⁷, η οποία υιοθετήθηκε και στην Αναθεωρητική Έφεση [6*] *ΚΥΠΡΙΑΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ, ΜΕΣΩ ΤΟΥ ΚΕΝΤΡΙΚΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ ν. Α.Κ. ΧΑΤΖΗΩΑΝΝΟΥ & ΥΙΟΙ – (2005) 3 ΑΑΔ 467.*

Αναφορικά με τον τρίτο λόγο που προβάλλεται από τους Αιτητές, απορρίπτοντας τον η Αναθέτουσα Αρχή αναφέρει, πρώτον, ότι η απόφαση ανάκλησης ή ακύρωσης του προηγούμενου διαγωνισμού (45/21) δεν θα βρεθεί στον φάκελο του παρόντος διαγωνισμού αλλά στον φάκελο του 45/21 και, δεύτερον, η Επιτροπή Σύνταξης Προδιαγραφών ως μη θεσμοθετημένο αλλά άτυπο όργανο δεν έχει υποχρέωση τήρησης πρακτικών σύμφωνα με τη σχετική νομοθεσία. Εδώ προβαίνει σε παραπομπή στην ΑΑΠ, [9*] *VITAMED LTD ν ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΥΓΕΙΑΣ, Αρ. 50/2018 ημερομηνίας 22.10.2019*, όπου καταγράφεται:

«Μας έχει απασχολήσει και η ύπαρξη ή όχι νομοθετικής ρύθμισης για την Επιτροπή Προδιαγραφών. Έχουμε καταλήξει, μετά από σχετική μελέτη, ότι η συγκεκριμένη επιτροπή δεν είναι εκ του Νόμου, Ν.158(Ι)/1999 και 73(Ι)/2016 και των Κανονισμών ΚΔΠ 201/2007, θεσμοθετημένο σώμα.»

⁷ *ΧΡΙΣΤΟΔΟΥΛΟΣ ΘΕΟΦΑΝΟΥΣ ν. ΚΥΠΡΙΑΚΗΣ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ - (1990) 3 ΑΑΔ 1033, ημερομηνίας 24.03.1990*
 «Ο καθορισμός των προϋποθέσεων για συμμετοχή σε πλειοδοτικό διαγωνισμό και ο καταρτισμός των όρων των προσφορών ανάγονται στη διακριτική ευχέρεια της αρμόδιας αρχής η οποία είναι γνώστης των αναγκών και σε ιδανική θέση να καθορίσει τις προδιαγραφές για πλήρωσή τους. Ο κρίσιμος χρόνος για τον προσδιορισμό της ύπαρξης των προϋποθέσεων για συμμετοχή είναι εκείνος που καθορίζεται για την υποβολή των προσφορών και εν πάση περιπτώσει δεν επεκτείνεται πέραν της τελευταίας ημερομηνίας υποβολής των προσφορών. Η θέση αυτή βρίσκει έρεισμα και στην απόφαση της Ολομέλειας στη Republic v. Pericleous and Others (1984) 3 C.L.R. 577, 585.»

Παραπομπή γίνεται επίσης και στην απόφαση [10*] *LOUIS HOTELS PUBLIC COMPANY LTD* ν. *ΚΥΠΡΙΑΚΗΣ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ* κ.α, Υπόθεση 1072/2013, ημερομηνίας 18.12.2015, όπου αποφασίστηκε σχετικά:

«[...] Όλα τα πιο πάνω οδηγούν στην συνακόλουθη επίπτωση ότι η ΕΜΕ δεν διέπεται αυστηρά από τους κανόνες που ορίζουν τη λειτουργία ενός θεσμοθετημένου διοικητικού οργάνου ώστε να ισχύουν οι σχετικές νομολογιακές αρχές όπως αυτές έχουν κωδικοποιηθεί στον Νόμο αρ.158(Ι)/99. Αυτό περιλαμβάνει και την τήρηση των πρακτικών. Εκείνο που έχει τελικώς σημασία είναι το αναθεωρητικό Δικαστήριο να μπορεί να προβεί σε δικαστικό έλεγχο μέσα από την κατακλείδα των θέσεων της ΕΜΕ».

Απαντώντας επί του τέταρτου λόγου ακύρωσης, η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτει τους ισχυρισμούς και παραπέμποντας στον όρο 7 του Εντύπου 8,

«Όρος 7: όλος ο προσφερόμενος εξοπλισμός (κυρίως κορμός και περιφερικά) που ζητείται στο έντυπο 8, Πίνακα προσφοράς και συμμόρφωσης με τις τεχνικές προδιαγραφές (υποείδη 1.1 – 1.15), πρέπει να είναι της ίδιας κατασκευάστριας εταιρείας. Σε περίπτωση που η κατασκευάστρια εταιρεία δεν διαθέτει το αντίστοιχο προϊόν, θα πρέπει αυτό τουλάχιστο να είναι από τον επίσημο συνεργάτη της. Η επιβεβαίωση θα πρέπει να γίνει είτε με επιστολή από την κατασκευάστρια εταιρεία είτε μέσω των τεχνικών φυλλαδίων και καταλόγων του προσφερόμενου προϊόντος.»

υποδεικνύει την ξεκάθαρη μνεία ότι θα μπορούσε να προσφερθεί ισοδύναμο υποείδος άλλου κατασκευαστή, αρκεί να προσκομιστεί βεβαίωση ότι το ισοδύναμο είδος είναι από επίσημο συνεργάτη της κατασκευάστριας εταιρείας που προσφέρει ο κάθε οικονομικός φορέας. Αυτό επιβεβαιώνεται και με την εκτίμηση δαπάνης που δόθηκε από τους Αιτητές στις 29.06.2023 κατά την έρευνα αγοράς που έχει διενεργηθεί. Σκοπός του όρου δεν είναι να περιορίσει τον Διαγωνισμό σε συγκεκριμένη

κατηγορία/κατασκευαστή, αλλά να διαφυλάξει ότι κάθε ισοδύναμο υποείδος άλλης κατασκευάστριας εταιρείας που προσφέρεται λειτουργεί και είναι απόλυτα συμβατό με τα προϊόντα της κατασκευάστριας εταιρείας που προσφέρει ο κάθε οικονομικός φορέας.

Απαντώντας επί του πέμπτου και έκτου λόγου ακύρωσης, η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτει τους ισχυρισμούς ως αβάσιμους, ατεκμηρίωτους και απλές εικασίες, αναφέροντας ότι, μέσα από τις αποφάσεις του Ανωτάτου Δικαστηρίου, προκύπτει ότι κάθε έλλειψη αμεροληψίας πρέπει να αποδεικνύεται με επαρκή και/ή ικανοποιητική βεβαιότητα από γεγονότα που εμφανίζονται στους διοικητικούς φακέλους ή από λογικά συμπεράσματα που τεκμαίρονται από τα γεγονότα αυτά (βλ. [11*] **ΦΕΙΔΙΑΣ ΕΚΤΩΡΙΔΗΣ v. ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ – (1990) 3 Α.Α.Δ. 922**). Το δε βάρος απόδειξης σε τέτοιες περιπτώσεις φέρει ο διάδικος που επικαλείται την ύπαρξη μεροληψίας ή προκατάληψης (βλ. [12*] **MEDCON CONSTRUCTION CO LTD v. ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ – (2002) 3 ΑΑΔ 441**).

Η Αναθέτουσα Αρχή καταλήγει ότι θεωρείται αυτονόητο πως το δημόσιο συμφέρον θα εξυπηρετηθεί καλύτερα με την αγορά προϊόντος που θα ικανοποιεί τις ανάγκες της, τις οποίες μόνο η ίδια η ΑΑ είναι σε θέση να γνωρίζει, όπως γνωρίζει και δύναται να καθορίζει και τις προδιαγραφές που πρέπει να έχουν τα συστήματα που επιθυμεί να αγοράσει. Οι ισχυρισμοί για έλλειψη αμεροληψίας και η κατ' ισχυρισμό παραβίαση των αρχών του διοικητικού δικαίου ουδόλως αποδεικνύονται. Επιπλέον εάν οι

προδιαγραφές έχουν τεθεί και είναι νόμιμες και σύμφωνες με το Νόμο τότε δεν υπάρχει οτιδήποτε μεμπτό. Όπως έχουν καταγραφεί (βλέπε έκθεση της ΠΜΑΠ Ερυθρό 14 του Διοικητικού Φακέλου), οι προδιαγραφές κατόπιν έρευνας της ΕΣΠ απευθύνονται σε προηγμένα και υψηλής απόδοσης συστήματα ενδοσκόπησης. Οι Αιτητές πρέπει να αποδείξουν αν κάτι που περιέχουν οι όροι παραβαίνει το Νόμο και κάτι τέτοιο δεν έχουν πράξει.

Τέλος, αναφορικά με τις υπόλοιπες εισηγήσεις των Αιτητών για τροποποίηση στις προδιαγραφές, είναι η θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι αφορούν καθαρά τεχνικά θέματα και τεχνικές προδιαγραφές, που όπως πολύ καλά έχει νομολογηθεί «η σοφία της διοίκησης σε σχέση με τους όρους του Διαγωνισμού δεν υπόκειται σε έλεγχο, εφόσον αυτή είναι ο αποκλειστικός γνώστης των αναγκών της» ενώ θέματα τεχνικής φύσεως δεν ελέγχονται από το ακυρωτικό Δικαστήριο. Επιπρόσθετα οι Αιτητές σε ουδεμία περίπτωση δεν έχουν αποδείξει οποιαδήποτε παράβαση νόμου, αλλά ούτε έχουν αποδείξει πως παραβιάζεται η αρχή της ισότητας.

Αναφορικά με την προδικαστική ένσταση την οποία εγείρει η Αναθέτουσα Αρχή ότι η Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως πρόωρη και αντίθετη με την διαδικασία και των όρων του Διαγωνισμού παραθέτουμε αρχικά το σχετικό άρθρο 5 του Μέρους Α΄ Οδηγίες προς Οικονομικούς Φορείς των όρων του επίδικου διαγωνισμού στο οποίο αναφέρονται τα ακόλουθα:

*«5. ΠΑΡΟΧΗ ΔΙΕΥΚΡΙΝΙΣΕΩΝ ΕΠΙ ΤΩΝ ΕΓΓΡΑΦΩΝ ΤΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ**5.1. Διευκρινίσεις από την Αναθέτουσα Αρχή*

- 1. Η Αναθέτουσα Αρχή δύναται να προβαίνει σε μικρού εύρους προσθήκες, διορθώσεις ή τροποποιήσεις επί των όρων των Εγγράφων Διαγωνισμού, τις οποίες θα δημοσιεύει στο Σύστημα (www.eprocurement.gov.cy), ενώ σχετική ειδοποίηση θα αποστέλλεται αυτόματα από το Σύστημα σε όλους τους Ενδιαφερόμενους Οικονομικούς Φορείς που έχουν συσχετιστεί με το διαγωνισμό, εντός της προθεσμίας της παραγράφου 2.11».*

Θέση της Αναθέτουσας Αρχής είναι ότι οι Αιτητές ενώ έχουν υποβάλει τα σχόλια και τις εισηγήσεις τους αναφορικά με την τροποποίηση των όρων του Διαγωνισμού, καταχώρησαν ταυτόχρονα και προσφυγή στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών προτού εκπνεύσει ο χρόνος για να απαντήσει η Αναθέτουσα Αρχή επί των σχολίων που έχουν τεθεί ενώπιον της από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς. Η Αναθέτουσα Αρχή υιοθετεί επίσης την θέση της μειοψηφίας στην Ι.Π. 40/2019 προς υποστήριξη της θέσης της.

Η παρούσα προσφυγή διαφοροποιείται από τα γεγονότα της Ι.Π. 40/2019 μόνο κατά το ότι οι εδώ Αιτητές απέστειλαν, ταυτόχρονα με την παρούσα προσφυγή, και επιστολή με σχόλια και τις εισηγήσεις αναφορικά με την τροποποίηση των όρων του Διαγωνισμού.

Με όλο τον σεβασμό προς την Αναθέτουσα Αρχή κρίνουμε ότι η απόφαση της πλειοψηφίας στην Ι.Π. 40/2019 τυγχάνει εφαρμογής και στην παρούσα προσφυγή

καθότι η αποστολή και επιστολής με σχόλια και εισηγήσεις δεν διαφοροποιεί ουσιαστικά τα όσα σχετικά αναφέρονται στην εν λόγω προσφυγή απόσπασμα της οποίας παραθέτουμε πιο κάτω:

«Σε συμφωνία με τους Αιτητές, κρίνουμε ότι αυτοί νομιμοποιούνται σύμφωνα με τα άρθρα 21(4) και 25(2)(γ) του Ν. 104(Ι)/2010 να υποβάλουν την παρούσα προσφυγή. Το άρθρο 21(4) παρέχει με σαφήνεια το δικαίωμα προσφυγής εντός 10 ημερών, στις περιπτώσεις πράξεων ή αποφάσεων της Αναθέτουσας Αρχής που περιέχονται στην προκήρυξη ή στα έγγραφα του διαγωνισμού και αναφέρονται σε τεχνικές, οικονομικές και χρηματοοικονομικές προδιαγραφές. Στην παρούσα περίπτωση η προσφυγή στρέφεται εναντίον όρων που περιλαμβάνονται στην προκήρυξη του διαγωνισμού και αφορούν τεχνικές προδιαγραφές.

.....
Ο διαγωνισμός βρίσκεται στο στάδιο της προκήρυξης, οι Αιτητές εξέφρασαν ενδιαφέρον να συμμετάσχουν σε αυτόν, δεν υπέβαλαν ακόμη προσφορά και συνεπώς δεν έκαναν ακόμα αποδεκτούς τους όρους του διαγωνισμού ώστε να ισχύει το δόγμα της επιδοκιμασίας και της ταυτόχρονης αποδοκιμασίας, έχουν την άποψη ότι όροι του διαγωνισμού αντίκεινται της κείμενης Νομοθεσίας και επέλεξαν την αμφισβήτηση τους μέσω της οδού που τους παρέχει ο Νόμος 104(Ι)/2010.»

Συνεπώς η προδικαστική ένσταση της Αναθέτουσας Αρχής απορρίπτεται.

Αναφορικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι η απόφαση είναι ανατιολόγητη εφόσον για τις διαφοροποιήσεις και/ή αλλαγές των όρων σε σχέση με τους όρους που προκηρύχθηκαν με το Διαγωνισμό αρ. 45/21 δεν δόθηκε οποιαδήποτε αιτιολογία ούτε υπήρξε δέουσα έρευνα και δεν υπήρξε οποιαδήποτε συνθήκη και/ή κατάσταση που να δικαιολογούσε τις εν λόγω τροποποιήσεις και/ή αλλαγές και/ή επιλογές της Αναθέτουσας Αρχής, θα συμφωνήσουμε με την θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι

οποιαδήποτε επίκληση σε όρους του προηγούμενου διαγωνισμού αρ.45/21, ο οποίος ακυρώθηκε λόγω αναρμοδιότητας του οργάνου που τον προκήρυξε, δεν μπορεί να έχει οποιοδήποτε έρεισμα.

Εδώ πρόκειται για προκήρυξη νέου διαγωνισμού και κάθε διαγωνισμός κρίνεται με τους δικούς του όρους και δεδομένα. Ο προηγούμενος διαγωνισμός 45/2021 έχει ακυρωθεί και επομένως και οι όροι του έχουν παύσει να έχουν οποιαδήποτε ισχύ, συνεπώς δεν βλέπουμε πως υπάρχει υποχρέωση της Αναθέτουσας Αρχής να αιτιολογήσει τις όποιες αλλαγές έχουν επέλθει στους όρους του νέου διαγωνισμού με αρ. 15/23, σε σχέση με τον ακυρωθέντα διαγωνισμό.

Σε συμφωνία επίσης με την Αναθέτουσα Αρχή ο καθορισμός των προϋποθέσεων ενός Διαγωνισμού και ο καταρτισμός των όρων ανάγονται στη διακριτική ευχέρεια της Αρμόδιας Αρχής η οποία είναι γνώστης των αναγκών και σε ιδανική θέση να καθορίσει τις προδιαγραφές για πλήρωσή τους. Παραπέμπουμε σχετικά στην απόφαση μας στην Ι.Π. 28/2021 όπου αναφέρονται τα εξής:

«Όπως είναι καλά νομολογημένο ο καταρτισμός των όρων δημόσιων διαγωνισμών επαφίεται στην αρμόδια αρχή, η οποία ως γνώστης των αναγκών της, βρίσκεται σε καλύτερη θέση να καθορίσει τις προδιαγραφές για πλήρωσή τους. Ο καταρτισμός, βέβαια, των εγγράφων διαγωνισμού από Αναθέτουσα Αρχή δεν είναι χωρίς περιορισμούς⁸.

⁸ 1. Αντωνάκης Οικονομίδης, Τμήμα Πολιτικής Αεροπορία 1233/2012, 1/12/14
2. Θεοφάνους Δημοκρατίας (1990) 3 ΑΑΔ
3. Δημοκρατίας Α.Κ. Ιωάννου (2005) 3 ΑΑΔ 467

Στο σύγγραμμα του Δημήτρη Γ. Ράικου, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Γ' Έκδοση, 2019, σε σχέση με το ζήτημα της ελευθερίας των Αναθέτουσών Αρχών στη σελ. 418, 419 και 420 αναφέρονται τα εξής:

«Οι διατάξεις της οδηγίας 2014/24/ΕΕ παρέχουν – όπως και η προηγούμενη οδηγία 2004/18 – ευχέρεια στις αναθέτουσες αρχές να καθορίσουν όχι μόνο τα ελάχιστα επίπεδα οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, αλλά και για την επιλογή των στοιχείων απόδειξης αυτών. Έτσι, όσον αφορά την επιλογή αυτών των στοιχείων, το άρθρο 60 παρ. 3 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ παρέχει σχετικά μεγάλη ελευθερία στις αναθέτουσες αρχές. [...]

[...]

Πάντως, η ελευθερία αυτή δεν είναι απεριόριστη. Ειδικότερα, το ελάχιστο επίπεδο ικανότητας πρέπει να συνδέεται και να τελεί σε αναλογία προς το αντικείμενο της σύμβασης. Επομένως, τα άρθρα 75 παρ. 3 και 80 παρ. 4 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ έχουν την έννοια ότι, πρώτον, από το στοιχείο ή από τα στοιχεία που επιλέγει η αναθέτουσα αρχή για να καθορίσει το ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας πρέπει να μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα και, δεύτερον, το κατώτατο όριο που έχει καθοριστεί πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη επαρκούς οικονομικής και χρηματοοικονομικής βάσης για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό.

[...]

Σημειωτέον ότι ενώ τα μέσα απόδειξης του άρθρου 60 παρ. 3 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ είναι ενδεικτικά, η δήλωση του κύκλου εργασιών για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις είναι υποχρεωτική, αφού τίθεται «κατ' ανώτατο όριο». Ωστόσο, αν η επιχείρηση λειτουργεί για λιγότερο της τριετίας χρονικό διάστημα, δεν μπορεί να αποκλειστεί από την διαγνωστική διαδικασία για τον λόγο αυτό, εφόσον πάντως προσκομίζεται από τον οικονομικό φορέα (λ.χ. υποψήφιο προμηθευτή) κατάλογος παραδόσεων μόνο για το αντίστοιχο χρονικό διάστημα που λειτουργεί ή διαθέτει τα προϊόντα η επιχείρησή του. Τυχόν αντίθετη ερμηνεία θα περιόριζε τον ανταγωνισμό, καθόσον θα αποκλειόταν η συμμετοχή στο διαγωνισμό επιχειρήσεων, οι οποίες είναι νέες ή οι οποίες έχουν αναλάβει πρόσφατα τη διάθεση και εμπορία των ζητουμένων από τη διακήρυξη προϊόντων.

Αν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που ζητεί η αναθέτουσα αρχή, μπορεί να

αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο στοιχείο, το οποίο η αναθέτουσα αρχή κρίνει κατάλληλο (άρθρο 60 παρ. 3 της οδηγίας)».

Στην παρούσα περίπτωση η Αναθέτουσα Αρχή έχοντας καλύτερη γνώση των οικονομικών παραμέτρων του έργου, έθεσε ως μοναδικό κριτήριο για την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των οικονομικών φορέων συγκεκριμένο απαιτούμενο μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών, ίσο με το υποχρεωτικό μέρος του έργου. Στην ουσία ακολούθησε τις πρόνοιες του άρθρου 58(3)(β) του Ν. 73(Ι)/2016 και δεν μπορούμε να δούμε λόγο που να δικαιολογεί την επέμβασή μας.».

Όσον αφορά τον ισχυρισμό για έλλειψη δέουσας έρευνας από την Αναθέτουσα Αρχή στον καταρτισμό των όρων του Διαγωνισμού, από την μελέτη του διοικητικού φακέλου εντοπίζουμε ότι η Αναθέτουσα Αρχή έλαβε την απόφαση προκήρυξης του Διαγωνισμού στηριζόμενη στην έκθεση της Προϊστάμενης Μονάδας Αγορών και Προμηθειών ημερομηνίας 18.07.2023, την οποία προσυπογράφει και ο Γενικός Εκτελεστικός Διευθυντής, προς το Διοικητικό Συμβούλιο του ΟΚΥΠΥ.

Στην έκθεση διαπιστώνουμε ότι γίνεται αναδρομή σε ιστορικό γεγονότων και την ακύρωση του Διαγωνισμού 45/2021, αναφορά στην υφιστάμενη κατάσταση, ανάλυση των οικονομικών κριτηρίων, υπάρχει εκτίμηση αναγκών και εκτίμηση κόστους, περιλαμβάνει οικονομική μελέτη με γραφικές παραστάσεις για τα Νοσηλευτήρια του ΟΚΥΠΥ, καθώς και περιορισμένη αναφορά σε ποιοτικά κριτήρια και την ανάγκη για νέο καινοτόμο και εξελιγμένο εξοπλισμό. Παράλληλα διαπιστώνουμε ότι η διαβούλευση στηρίχθηκε σε προφορική επικοινωνία του συντονιστή του Διαγωνισμού με τους οικονομικούς φορείς. Κρίνοντας από τις γραπτές απαντήσεις που δόθηκαν

ζητήθηκαν εκτίμηση δαπάνης για τα προϊόντα όπως αυτά προκηρύχθηκαν στον διαγωνισμό 45/21 και επιπρόσθετα επιλογές για οθόνη 4K και αντλίες νερού και CO2 του ίδιου κατασκευαστικού οίκου με τα ενδοσκόπια.

Επιπρόσθετα διαπιστώνουμε ότι η επιτροπή προδιαγραφών έχει καταρτίσει τις προδιαγραφές του Διαγωνισμού στηριζόμενη μόνο στις απόψεις ενός ειδικού ιατρού του Νοσοκομείου Πάφου, ο οποίος και εισηγήθηκε τις νέες προδιαγραφές.

Σε σχέση με την δέουσα έρευνα στην απόφαση του Ανωτάτου Δικαστηρίου στην υπόθεση Αντώνης Ράφτης ν. Κυπριακής Δημοκρατίας ΑΑΔ 345, αναφέρεται:

«Σε σχέση με την εισήγηση περί απουσίας δέουσας έρευνας οι αρχές του διοικητικού δικαίου υπαγορεύουν τη διεξαγωγή έρευνας με σκοπό τη διαπίστωση όλων των ουσιωδών γεγονότων. Ωστόσο η έκταση, ο τρόπος και η διαδικασία που θα ακολουθηθεί ποικίλλει ανάλογα με το υπό εξέταση ζήτημα, ανάγεται δε στη διακριτική ευχέρεια της διοίκησης (Δημοκρατία ν. Κοινότητας Πυργών κ.ά. [\(1996\) 3 A.A.A. 503](#), Επιτροπή Εκπαιδευτικής Υπηρεσίας ν. Ζάμπογλου [\(1997\) 3 A.A.A. 270](#) και Nicolaou ν. Minister of Interior and Another [\(1974\) 3 C.L.R. 189](#)). Η μορφή της έρευνας είναι συνυφασμένη με τα περιστατικά της κάθε υπόθεσης. Η τελική εκτίμηση των γεγονότων και η λήψη της σχετικής απόφασης αποτελεί καθήκον και υποχρέωση του αρμοδίου οργάνου. Το κριτήριο για την πληρότητα της έρευνας έγκειται στη συλλογή και διερεύνηση των ουσιωδών στοιχείων τα οποία παρέχουν βάση για ασφαλή συμπεράσματα (Βλ. Ζάμπογλου, πιο πάνω). Η έρευνα είναι επαρκής εφόσον εκτείνεται στη διερεύνηση κάθε γεγονότος που σχετίζεται με το θέμα που εξετάζεται (Βλ. Motorways Ltd ν. Δημοκρατίας [\(1999\) 3 A.A.A. 447](#)).».

Με βάση τα όσα έχουν τεθεί ενώπιον μας κρίνουμε ότι η έρευνα που διεξήγαγε η Αναθέτουσα Αρχή δεν είναι επαρκής καθότι στηρίχθηκε σε μεγάλο βαθμό σε ποσοτικά κριτήρια και ελάχιστα σε ποιοτικά. Ενώ ζήτησε από τους οικονομικούς φορείς

επαναβεβαίωση του κόστους των προϊόντων που περιλαμβάνονταν στον προηγούμενο διαγωνισμό, προχώρησε σε νέες προδιαγραφές στηριζόμενη μόνο στις απόψεις ενός ειδικού χωρίς να λάβει απόψεις και από άλλους ιατρούς της ίδιας ειδικότητας. Αντιλαμβανόμαστε ότι η τεχνολογία βελτιώνεται συνεχώς και αναβαθμίζεται όμως θα πρέπει να υπάρχει επαρκής έρευνα και τεκμηρίωση για την νέα τεχνολογία και τα οφέλη που προκύπτουν σε σχέση με την βελτίωση των παρεχόμενων υπηρεσιών.

Αναφορικά με τον τρίτο λόγο ακύρωσης περί μη τήρησης πρακτικών από την Επιτροπή Προδιαγραφών και/ή οποιαδήποτε άλλα εμπλεκόμενα στη διαδικασία διοικητικά όργανα και ότι δεν υπάρχει συμμόρφωση με την υποχρέωση που επιβάλλει το άρθρο 24 του Περί Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου, Ν.158(Ι)/199, δεν θα συμφωνήσουμε με τους Αιτητές καθότι η Επιτροπή Προδιαγραφών δεν είναι θεσμοθετημένο σώμα από τον Νόμο, αλλά προπαρασκευαστική επιτροπή, και συνεπώς δεν υπάρχει θεσμική υποχρέωση τήρησης πρακτικών. Παραπέμπουμε στην απόφαση μας στην Ι.Π. 3/2022 όπου αναφέρονται σχετικά τα ακόλουθα:

*«Στην απόφαση επί της προσφυγής 50/2018, **VITAMED LTD ν ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΥΓΕΙΑΣ**, ημερομηνίας 22.10.2019, καταγράφεται σχετικά:*

«Μας έχει απασχολήσει και η ύπαρξη ή όχι νομοθετικής ρύθμισης για την Επιτροπή Προδιαγραφών. Έχουμε καταλήξει, μετά από σχετική μελέτη, ότι η συγκεκριμένη επιτροπή δεν είναι εκ του Νόμου, Ν.158(Ι)/1999 και 73(Ι)/2016 και των Κανονισμών ΚΔΠ 201/2007, θεσμοθετημένο σώμα».

*Στην **Louis Hotels Public Company Ltd ν Κυπριακή Δημοκρατία κ.α.**, Υπόθεση 1072/2013, ημερομηνίας 18.12.2015 αποφασίστηκε σχετικά:*

«[...] Όλα τα πιο πάνω οδηγούν στην συνακόλουθη επίπτωση ότι η ΕΜΕ δεν διέπεται αυστηρά από τους κανόνες που ορίζουν τη λειτουργία ενός θεσμοθετημένου διοικητικού οργάνου ώστε να ισχύουν οι σχετικές νομολογιακές αρχές όπως αυτές έχουν κωδικοποιηθεί στον Νόμο αρ.158(Ι)/99. Αυτό περιλαμβάνει και την τήρηση των πρακτικών. Εκείνο που έχει τελικώς σημασία είναι το αναθεωρητικό Δικαστήριο να μπορεί να προβεί σε δικαστικό έλεγχο μέσα από την κατακλείδα των θέσεων της ΕΜΕ».

Σχετική και η **Θεμιστός Θεμιστού ν. Δημοκρατίας**, Υπόθεση 879/2009, ημερομηνίας 29.03.2011 όπου καταγράφεται σχετικά:

«Εάν η Επιτροπή συγκροτείτο ως συλλογικό όργανο κατά επιταγή νόμου, πιθανό η απόφαση της επί των ενστάσεων, με ιδιαίτερη αναφορά στην ένσταση που υπέβαλε ο αιτητής, να υπόκειται σε ακύρωση εφόσον το συλλογικό όργανο οφείλει να τηρεί χωριστά πρακτικά για κάθε συνεδρία με κύριο στόχο να φανερώνονται με διαφάνεια τα πεπραγμένα σε αυτές περιλαμβανομένων των παρόντων και απόντων κατά περίπτωση μελών, ώστε να είναι εφικτός ο τελικός δικαστικός έλεγχος.

[...]

Ακόμη και η θέση του αιτητή σε σχέση με την έννοια της τήρησης του διατεταγμένου τύπου δηλαδή της οικειοθελούς τήρησης τύπων που δεν επιβάλλονται μεν από το Νόμο, αλλά η διοίκηση οφείλει να τηρήσει εάν εκουσίως ζήτησε τη στήριξη υπηρεσιακού ή άλλου γνωμοδοτικού συμβουλίου, δεν οδηγεί στην ακύρωση της διοικητικής πράξης σε περίπτωση μη αυστηρής συμμόρφωσης με το διατεταγμένο αυτό τύπο. Ορθά, εισηγείται βέβαια ο αιτητής, ότι η ανυπαρξία νομοθετικής διάταξης για τη σύσταση της Επιτροπής δεν της παρέχει και ασυλία για μη συμμόρφωση με τις επιταγές της χρηστής διοίκησης. Όμως, όπως έχει ήδη παρατηρηθεί, η Επιτροπή τήρησε πρακτικό από το οποίο φαίνεται με επάρκεια η εργασία της, καθώς και η κατάληξη της επί κάθε μίας από τις ενστάσεις που υποβλήθηκαν εναντίον της Δήλωσης Πολιτικής.

Παρά το ότι η Επιτροπή Προδιαγραφών δεν διέπεται από κανόνες που ορίζουν την λειτουργία της, ως θεσμοθετημένου συλλογικού οργάνου, εντούτοις το σημαντικό είναι η δυνατότητα ελέγχου των αποφάσεων της Αναθέτουσας Αρχής ως η πιο πάνω νομολογία.»

Στην παρούσα υπόθεση, δεν έχει αμφισβητηθεί, ισχύει η ΚΛΠ 242/2012, «Κανονισμοί δυνάμει του άρθρου 89, για τους Οργανισμούς Δημοσίου Δικαίου και τις Κοινότητες, όπου τα άρθρα 4 και 5 αναφέρουν σχετικά:

«4.- (1) Τηρουμένων των διατάξεων του Νόμου, τα όργανα που έχουν εξουσία να επιλαμβάνονται και χειρίζονται θέματα διαγωνισμών που οδηγούν στην ανάθεση συμβάσεων είναι:-

(α) Σε σχέση με τους Οργανισμούς Δημοσίου Δικαίου που αναφέρονται στο Παράρτημα Ι, το διοικητικό όργανο που συστάθηκε ή διορίστηκε με βάση τον οικείο νόμο με σκοπό τη διοίκηση του εν λόγω Οργανισμού.

(β) Σε σχέση με τις Κοινότητες, το Κοινοτικό Συμβούλιο αυτών, που συστήνεται σύμφωνα με τις πρόνοιες του περί Κοινοτήτων Νόμου.

(2) Τα αρμόδια όργανα που αναφέρονται στο εδάφιο (1) δύνανται, όπου τούτο είναι εφικτό με βάση το νόμο εγκαθίδρυσης και λειτουργίας τους, να συστήνουν άλλα όργανα για να επιλαμβάνονται και χειρίζονται θέματα διαγωνισμών που οδηγούν στην ανάθεση συμβάσεων.

5.- (1) Οι εργασίες των αρμοδίων οργάνων που χειρίζονται διαγωνισμούς που οδηγούν στην ανάθεση συμβάσεων, καταγράφονται με λεπτομέρεια σε πρακτικό το οποίο περιλαμβάνει τουλάχιστον τα στοιχεία που αναφέρονται στο άρθρο 49 του Νόμου.

(2) Με την επιφύλαξη των διατάξεων της παραγράφου (3), ο Πρόεδρος κάθε αρμόδιου οργάνου καταρτίζει την ημερήσια διάταξη κάθε συνεδρίας του αρμοδίου οργάνου και φροντίζει όπως αυτή κοινοποιείται, τουλάχιστον είκοσι τέσσερις ώρες πριν από τη συνεδρία, σε κάθε μέλος καθώς και στους παρατηρητές:

Νοείται ότι, σε περίπτωση επείγουσας ανάγκης η ημερήσια διάταξη μπορεί να κυκλοφορήσει αμέσως πριν από τη συνεδρία.

(3) Όπου το αρμόδιο όργανο αποτελείται από μόνο ένα μέλος τότε τα ενώπιον του προς χειρισμό από αυτά θέματα, κοινοποιούνται στους Παρατηρητές για τις όποιες παρατηρήσεις τους, οι οποίες υποβάλλονται γραπτώς στο μονομελές αρμόδιο όργανο, εντός τακτής προθεσμίας, πριν τη λήψη απόφασης».

Για τον ΟΚΥπΥ αρμόδιο όργανο για τον καθορισμό της διαδικασίας του Διαγωνισμού είναι η Προϊστάμενη Μονάδας Αγορών και Προμηθειών (ΠΜΑΠ). Για την Επιτροπή Προδιαγραφών στη βάση και των πιο πάνω κανονισμών δεν προβλέπεται η σύσταση και ο τρόπος λειτουργίας της. Αντίθετα αναφορά γίνεται μόνο για τα αρμόδια όργανα (άρθρο 5). Συνεπώς δεν είναι θεσμοθετημένο αλλά άτυπο όργανο το οποίο δεν έχει υποχρέωση τήρησης πρακτικών ή πρακτικών σύμφωνα με τη σχετική νομοθεσία. Πέραν τούτου από μελέτη του διοικητικού φακέλου διαπιστώνεται να υπάρχει πρακτικό, ημερομηνίας 14.01.2022, το οποίο καταγράφει τις εισηγήσεις της Επιτροπής, όπως αυτές διαμορφώθηκαν στις συνεδρίες 04.01.2022 και 10.01.2022, είναι υπογεγραμμένο και υπάρχουν οι

σχετικές προσκλήσεις για τις δύο συνεδρίες. Συνεπώς απορριπτέος και ο τελευταίος ισχυρισμός των Αιτητών.».

Σε σχέση με τον ισχυρισμό για έλλειψη του πρακτικού ανάκλησης ή ακύρωσης του προηγούμενου διαγωνισμού αρ. 45/21, σε συμφωνία με την Αναθέτουσα Αρχή κρίνουμε ότι το πρακτικό ακύρωσης του προηγούμενου διαγωνισμού δεν αφορά τον παρόντα Διαγωνισμό και ορθά δεν περιλαμβάνεται στον διοικητικό φάκελο του υπό κρίση διαγωνισμού.

Αναφορικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι οι τροποποιήσεις και/ή αλλαγές και/ή οι προσθήκες των συγκεκριμένων όρων και/ή ειδών και/ή προδιαγραφών και/ή χαρακτηριστικών είναι φωτογραφικές και προσβλέπουν στην εξυπηρέτηση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα το θέμα είναι καθαρά τεχνικό και ως εκ τούτου ανέλεγκτο από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών. Πέραν του ότι ο ισχυρισμός αυτός των Αιτητών είναι γενικός και αόριστος αναφέροντας απλά ότι μόνο ένας προμηθευτής μπορεί να ικανοποιήσει τους όρους και τις προδιαγραφές, δεν έχουμε την τεχνογνωσία να κρίνουμε αν στις προδιαγραφές αυτές μπορεί να ανταποκριθεί μόνο ένας ή περισσότεροι οικονομικοί φορείς.

Σε σχέση με τον ισχυρισμό ότι η επίδικη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής για την επιλογή των προσβαλλόμενων όρων των εγγράφων του Διαγωνισμού νοθεύει τον Ανταγωνισμό κατά παράβαση των Γενικών Αρχών του Ευρωπαϊκού Δικαίου και/ή της ημεδαπής νομοθεσίας σε συμφωνία με την Αναθέτουσα Αρχή ο όρος 7 του Εντύπου 8

παρέχει την δυνατότητα η προμήθεια εξοπλισμού και από άλλους φορείς πέραν από τον κατασκευαστή. Ο όρος 7 του Έντυπου 8 αναφέρει:

«Όρος 7: όλος ο προσφερόμενος εξοπλισμός (κυρίως κορμός και περιφερικά) που ζητείται στο έντυπο 8, Πίνακα προσφοράς και συμμόρφωσης με τις τεχνικές προδιαγραφές (υποείδη 1.1 – 1.15), πρέπει να είναι της ίδιας κατασκευάστριας εταιρείας. Σε περίπτωση που η κατασκευάστρια εταιρεία δεν διαθέτει το αντίστοιχο προϊόν, θα πρέπει αυτό τουλάχιστο να είναι από τον επίσημο συνεργάτη της. Η επιβεβαίωση θα πρέπει να γίνει είτε με επιστολή από την κατασκευάστρια εταιρεία είτε μέσω των τεχνικών φυλλαδίων και καταλόγων του προσφερόμενου προϊόντος.»

Επομένως δεν βλέπουμε πως περιορίζεται ο ανταγωνισμός από την στιγμή που ένας φορέας μπορεί να προμηθευτεί εξοπλισμό και από άλλους φορείς, πέραν του κατασκευαστή, με τον περιορισμό ο κατασκευαστής να διατηρεί σχέση συνεργασίας με αυτούς τους φορείς. Από την στιγμή που ο όρος παρέχει το δικαίωμα να εξασφαλίζει ένας προσφέρων προϊόντα από φάσμα προμηθευτών ο ισχυρισμός των Αιτητών δεν ευσταθεί.

Τέλος σε σχέση με τον ισχυρισμό ότι η επίδικη απόφαση λήφθηκε κατά παράβαση των γενικών αρχών του διοικητικού δικαίου, των αρχών της χρηστής διοίκησης και καλής πίστης, της διαφάνειας, της αρχής της αναλογικότητας, κρίνουμε ότι οι θέσεις αυτές των Αιτητών είναι γενικές και ατεκμηρίωτες.

Αναφορικά με τις λεπτομερείς εισηγήσεις/απαιτήσεις των Αιτητών για τροποποίηση των τεχνικών προδιαγραφών όπως αυτές υποβλήθηκαν στην Αναθέτουσα Αρχή και έχουν τεθεί και ενώπιον μας, αυτές είναι κατ' εξοχή τεχνικής φύσεως θέματα και δεν μπορούν να τύχουν εξέτασης από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών.

Με βάση τα πιο πάνω η προσφυγή επιτυγχάνει ως προς την έλλειψη δέουσας έρευνας από την Αναθέτουσα Αρχή και η προσβαλλόμενη απόφαση ακυρώνεται χωρίς άλλη διαταγή.

.....
Λοΐζος Κάππας
Μέλος

.....
Δήμος Θωμά
Μέλος

ΑΠΟΦΑΣΗ ΜΕΙΟΨΗΦΙΑΣ

Υιοθετώ τις θέσεις και τα γεγονότα όπως καταγράφονται στην απόφαση της πλειοψηφίας.

Η απόφαση Μειοψηφίας που εξέδωσα με την έκδοση της απόφασης της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών για τα Προσωρινά Μέτρα της παρούσας προσφυγής εξακολουθεί να με δεσμεύει απόλυτα. Εξακολουθώ να είμαι της άποψης ότι η ερμηνεία που δόθηκε και εξακολουθεί να δίδεται από τους συναδέλφους μου επί της παρ. 21.(4) του Ν 104(Ι)/2010, την οποία αναλύω κατωτέρω, όχι μόνον είναι λανθασμένη αλλά οδηγεί και σε επικίνδυνες ατραπούς, δίδοντας την δυνατότητα προσφυγής εναντίων όρων διαγωνισμού προτού δοθεί η ευκαιρία στην Αναθέτουσα Αρχή να μελετήσει τις απαιτήσεις/εισηγήσεις και να αποφασίσει για την τελική μορφή των εγγράφων διαγωνισμού. Η ερμηνεία αυτή μπορεί να δώσει ευκαιρία σε προσφυγές «στρατηγικού» τύπου που σκοπό έχουν την καθυστέρηση ή ακύρωση της διαδικασίας και όχι την παραγωγική βελτίωση όρων διαγωνισμού. Στην περίπτωση αυτή μόνος επωφελούμενος είναι ο «στρατηγικός» προσφεύγων και μόνος ζημιωμένος είναι οι Αναθέτουσες Αρχές και, φυσικά, το Δημόσιο Συμφέρον. Ασφαλώς, η πρόθεση του Νομοθέτη δεν ήταν η παροχή τέτοιων αντιπαραγωγικών δυνατοτήτων σε οικονομικούς φορείς με σενάρια «στρατηγικών» χειρισμών αλλά η παροχή δυνατότητας προσφυγής στην δικαιοσύνη όταν έχουν πλέον εξαντληθεί όλα τα προβλεπόμενα μέσα που προσφέρονται από τον διαγωνισμό και όχι προηγουμένως.

Απόφαση Μειοψηφίας στην έκδοση προσωρινών μέτρων της παρούσης προσφυγής:

«Δεν συμφωνώ με την απόφαση των συναδέλφων και είμαι υπόχρεος να υιοθετήσω την δική μου άποψη μειοψηφίας στην απόφαση μου επί της προσφυγής 40/2019, την οποία και παραθέτω αυτούσια κατωτέρω:

« Η έκδοση προσωρινού μέτρου δεν με βρίσκει σύμφωνο. Οι Αιτητές, άνκαι ευρισκόμενοι στο μέσο διαδικασία προσφοροδότησης, και αντι να ακολουθήσουν τις προβλεπόμενες από τον διαγωνισμό διαδικασίες, προβαίνουν σε προσφυγή στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών για τροποποίηση όρων χωρίς να έχουν ενημερώσει την Αναθέτουσα Αρχή για την ένσταση τους στον όρο αυτό και την επιθυμία τους για αναθεώρηση του, όπως προβλέπεται στον όρο 5, Instructions to Economic Operators, του διαγωνισμού. Ο όρος αυτός προνοεί (από έγγραφο που μας παρέδωσαν οι Αιτητές):

5.2.1 “Any clarification questions, recommendations, comments and/or remarks regarding the terms of the Tender Documents shall be submitted by interested economic operators within the period specified in paragraph 2.12...”

...

5.2.4 “If an interested economic operator establishes that specific term of the Tender Documents deviate from the National or Community Legislation, it must inform to this effect the Coordinating Contracting Authority within the deadline expiring on the date specified for the submission of comments, questions or recommendations, by special letter, otherwise such interested economic operator:

a) Shall be deprived of the right to any financial compensation

b) If appointed Contractor, it shall be obliged to join forces with the Coordinating Contracting Authority in the harmonization of the deviating term with the National or Community Legislation, even if this entails the economic operator incurring a financial burden.”

Η επιλογή του Οικονομικού Φορέα να παρακάμψει την προβλεπόμενη διαδικασία είναι ανατιολόγητη από την στιγμή που δεν δόθηκε η προβλεπόμενη ευκαιρία στην Αναθέτουσα Αρχή να εξετάσει τα αιτήματα του και να προβεί σε τυχόν διορθώσεις ή τροποποιήσεις των όρων, λαμβάνοντας υπ’ όψη και τυχόν παρατηρήσεις άλλων Οικονομικών Φορέων. Η κατάλληλη

στιγμή για την προσφυγή στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών θα ήταν μετά από τέτοια εξέταση από την Αναθέτουσα Αρχή, νοουμένου ότι ο Οικονομικός Φορέας θα εξακολουθούσε να παραμένει ανικανοποίητος ως προς την νομιμότητα των όρων του Διαγωνισμού στην τελική τους μορφή.

Χρονικά η προσφυγή του Οικονομικού Φορέα κρίνεται απαράδεκτη και άρα απορριπτέα αφού αφορά απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής η οποία δεν έχει ακόμη οριστικοποιηθεί και η προθεσμία για υποβολή παρατηρήσεων επί των όρων του Διαγωνισμού δεν έχει ακόμη παρέλθει.

Τυχόν αποδοχή της προσφυγής στο χρονικό στάδιο που υποβάλλεται και δη προ της μελέτης των αιτημάτων του Οικονομικού Φορέα και της τελικής απόφασης από την Αναθέτουσα Αρχή, ουδέν όφελος προσφέρει στον ίδιο αλλά, αντιθέτως, θέτει αχρείαστα προσκόμματα στην εν εξελίξει διαδικασία της προσφοράς, παραβιάζοντας έτσι το Δημόσιο Συμφέρον.

Επιπρόσθετα αναφέρομαι στο άρθρο 19 (1) του Ν. 104(Ι)/2010 όπου δικαίωμα άσκησης προσφυγής προβλέπεται μόνο εναντίον πράξης ή απόφασης που προηγείται της σύμβασης. Στην παρούσα περίπτωση η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής αναφορικά με την τελική μορφή των όρων του Διαγωνισμού ουδέποτε ελήφθη, αφού η προσφυγή προηγήθηκε της προβλεπόμενης από τους όρους ημερομηνίας τελικής απάντησης επί ερωτήσεων ή εισηγήσεων.

Αναφέρομαι επίσης στο άρθρο 25 (1)(γ) του Ν. 104(Ι)/2010 βάσει του οποίου η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών δύναται με απόφαση της να ακυρώσει ή να διατάξει την τροποποίηση οποιουδήποτε όρου που περιέχεται στα έγγραφα του διαγωνισμού. Ασφαλώς η πρόνοια αυτή του Νόμου δεν μπορεί να αναφέρεται σε όρους οι οποίοι υπόκεινται ακόμη σε τροποποίηση ή τελική αλλαγή μέσω διαδικασίας που προβλέπεται στα έγγραφα του διαγωνισμού. Ως εκ τούτου η όποια προσφυγή για ακύρωση ή τροποποίηση όρου ή όρων πρέπει να έπεται της τελικής απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής και όχι να προηγείται αυτής.

Για τους πιο πάνω λόγους κρίνω ότι το αίτημα για έκδοση προσωρινού μέτρου και η ίδια η προσφυγή, πρέπει να απορριφθούν.»

Φυσικά, στην απόφαση 40/2019 υπήρχε η σημαντική διαφορά ότι οι παραπονούμενοι είχαν επιλέξει να προσφύγουν στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών χωρίς να περάσουν μέσω της διαδικασίας ερωτήσεων/εισηγήσεων που προέβλεπαν οι όροι του διαγωνισμού.

Στην παρούσα προσφυγή οι Αιτητές απέστειλαν εμπρόθεσμα στην Αναθέτουσα Αρχή γραπτό υπόμνημα με τις ερωτήσεις, σχόλια και εισηγήσεις τους. Τίθεται άρα το ερώτημα, προς τι η παρούσα προσφυγή εφόσον εκκρεμεί ακόμη η απάντηση της Αναθέτουσας

Αρχής στο υπόμνημα τους; Ας σημειωθεί ότι κατά το χρόνο έκδοσης της παρούσας απόφασης δεν έχει παρέλθει καν η ημερομηνία προ της οποίας είναι υποχρεωμένη η Αναθέτουσα Αρχή να απαντήσει. Ενόσω, δε, με δεσμεύει η θέση ότι πρώτα εξαντλούνται οι δυνατότητες που προσφέρει ο διαγωνισμός μέσω των προνοιών τροποποίησης των όρων και μετά ενεργοποιούνται (αν κριθεί αναγκαίο), οι δυνατότητες προσφυγής εναντίων των επίδικων όρων, στην παρούσα προσφυγή τίθεται και θέμα καταχρηστικής άσκησης δικαιωμάτων από πλευράς προσφοροδότη. Αυτό αποτελεί και θέση της Αναθέτουσας Αρχής με την οποία συμφωνώ.

Κρίνω επίσης απαραίτητο να αναφερθώ στο σημείο αυτό και στην επίκληση των προνοιών της παρ. 21.(4) του Ν 104(Ι)/2010, δυνάμει του οποίου προσφυγή ασκείται (μεταξύ άλλων προνοιών):

«(4) Στις περιπτώσεις πράξεων ή αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα που περιέχονται στην προκήρυξη ή στα έγγραφα του διαγωνισμού ή σε οποιοδήποτε άλλο έγγραφο σχετικό με την διαδικασία του διαγωνισμού και αναφέρονται σε τεχνικές, οικονομικές και χρηματοοικονομικές προδιαγραφές, οι οποίες αποφάσεις δεν υπόκεινται σε ειδική κοινοποίηση, η προσφυγή στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ασκείται εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερολογιακών ημερών από την ημερομηνία δημοσίευσης της πράξης ή της απόφασης.»

Η ερμηνεία ότι προσφυγή δύναται να ασκηθεί λόγω διαφωνίας ενδιαφερόμενου φορέα με όρο του διαγωνισμού, χωρίς να προηγηθεί τοποθέτηση της Αναθέτουσας Αρχής επί της διαφωνίας είναι σαφώς λανθασμένη. Για να ενεργοποιηθούν οι πρόνοιες της παρ. 21.(4) πρέπει να προηγηθεί πράξης ή απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής, πράγμα

απολύτως λογικό εφόσον άνευ πράξης ή απόφασης του αρμόδιου οργάνου ουδέν θέμα προσφυγής υφίσταται. Η σαφής πρόθεση του Νομοθέτη με την συμπερίληψη στον Νόμο της παρ. 21.(4) ήταν να δίδει το δικαίωμα προσφυγής επί του περιεχομένου των εγγράφων διαγωνισμού, εφόσον προηγηθεί διοικητική πράξη ή απόφαση.»

Για όλους τους πιο πάνω λόγους συμφωνώ με την προδικαστική ένσταση και κρίνω ότι η προσφυγή είναι πρόωρη και άρα απαράδεκτη και πρέπει να απορριφθεί. Πέραν τούτου όμως, η απόφαση της πλειοψηφίας επί του θέματος έλλειψης δέουσας έρευνας με βρίσκει επίσης αντίθετο ενώ συμφωνώ με την θέση της Αναθέτουσας Αρχής, όπως αυτή περιγράφεται ανωτέρω, αλλά και με την κατάληξη της ότι ο καθορισμός των προϋποθέσεων ενός Διαγωνισμού και ο καταρτισμός των όρων ανάγονται στη διακριτική ευχέρεια της Αρμόδιας Αρχής η οποία είναι γνώστης των αναγκών και σε ιδανική θέση να καθορίσει τις προδιαγραφές για πλήρωσή τους. Ως εκ τούτου η προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί στην ολότητα της.

.....
Γιώργος Αναστασίου
Προεδρεύων