



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. 58/2012

Μεταξύ:

1. VOUROS HEALTHCARE LTD
2. ATI ENVIROINDUSTRIALS LTD

Αιτούντων

v.

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΥΓΕΙΑΣ, ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΑΓΟΡΩΝ ΚΑΙ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ

Αναθέτουσα Αρχή

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

Ζαχαρίας Τουλούρας, Πρόεδρος
Ανδρέας Χριστοφή, Μέλος
Ιωσήφ Ιωσηφίδης, Μέλος
Κυριάκος Συρίμης, Μέλος

Αιτητές:

1. VOUROS HEALTHCARE LTD,
 2. A.T.I. ENVIROINDUSTRIALS LTD
- Αντιπροσωπεύθηκαν από τους:
1. Χαράλαμπος Προύντζο, Δικηγόρο
 2. Ελένη Χριστοφή, Εκπρόσωπο αιτούσας εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΥΓΕΙΑΣ, ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΑΓΟΡΩΝ ΚΑΙ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ
Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Αριάδνη Ζερβού, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. Ανδρέα Μιαμηλιώτη, Συντονιστή Προσφορών

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 4 Ιουνίου 2013

Α Π Ο Φ Α Σ Η

A. Με την παρούσα Προσφυγή, με αριθμό 58/2012, οι εταιρείες Vouros Healthcare Ltd και A.T.I Enviroindustrials Ltd, (στο εξής Αιτητές), στρέφονται εναντίον της απόφασης της Διεύθυνσης Αγορών και Προμηθειών του Υπουργείου Υγείας (στο εξής Αναθέτουσα Αρχή ή Α.Α.) να απορρίψει το αίτημα τους για τροποποίηση των όρων του Διαγωνισμού με αριθμό Σ.Υ 54/2012, που αφορά την *«Παροχή Υπηρεσιών για τη Διαχείριση Επικίνδυνων Ιατρικών Αποβλήτων Μολυσματικού και Τοξικού Χαρακτήρα (ΕΙΑ-MTX) και επικίνδυνων Ιατρικών Αποβλήτων Τοξικού Χαρακτήρα (ΕΙΑ-TX) για περίοδο δύο χρόνων με δικαίωμα ανανέωσης για ακόμα ένα χρόνο»*.

B. ΓΕΓΟΝΟΤΑ

1. Στις 7.9.2012 η Α.Α. προκήρυξε τον πιο πάνω Διαγωνισμό στο ηλεκτρονικό σύστημα σύναψης συμβάσεων (e-Procurement), στην επίσημη εφημερίδα της Δημοκρατίας και στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Τελευταία ημερομηνία υποβολής της προσφορών ορίστηκε η 19.10.2012

2. Ακολουθήθηκε η ανοικτή διαδικασία με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή ανά είδος αποβλήτων, νοουμένου ότι πληρούνται οι όροι και οι προδιαγραφές των εγγράφων του Διαγωνισμού.

3. Το αντικείμενο του Διαγωνισμού αφορά τρία είδη αποβλήτων:

ΕΙΔΟΣ Α: Επικίνδυνα Ιατρικά Απόβλητα Μολυσματικού και ταυτόχρονα Τοξικού Χαρακτήρα (ΕΙΑ-MTX) – Κωδικοί 18.01.03 και 18.01.06 (Ιστοί συντηρημένοι στη φορμαλίνη),

ΕΙΔΟΣ Β: Επικίνδυνα Ιατρικά Απόβλητα Τοξικού Χαρακτήρα (ΕΙΑ-TX) – Κωδικοί 18.01.06,

ΕΙΔΟΣ Γ: Κυτταροτοξικές, Κυτταροστατικές, Φαρμακευτικές ουσίες με κωδικό 18.01.08 και αμαλγάματα οδοντιατρικής – Κωδικός 18.01.10.

4. Πριν την ημερομηνία υποβολής των προσφορών, υποβλήθηκαν σχόλια/εισηγήσεις από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς.

5. Οι Αιτητές στις 28.9.2012 απέστειλαν γραπτώς προς την Α.Α. αίτημα τους για τροποποίηση συγκεκριμένων όρων του Διαγωνισμού.
6. Η Α.Α. αφού μελέτησε τα σχόλια των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων και αυτών των Αιτητών, απάντησε με επιστολή της ημερομηνίας 12.10.2012.
7. Στις 17.10.2012 οι Αιτητές καταχώρησαν την παρούσα Προσφυγή στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών προσβάλλοντας την πιο πάνω πράξη/απόφαση της Α.Α.
8. Στις 24.10.2012 η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών αποφάσισε τη μη χορήγηση προσωρινών μέτρων για αναστολή της διαδικασίας ανάθεσης ή της εκτέλεσης πράξης ή απόφασης ή της υπογραφής της σύμβασης, στο διαγωνισμό με Αρ. Σ.Υ. 54/2012 για του λόγους που καταγράφονται στην απόφαση εκείνη.

Γ. ΠΡΟΞΕΤΑΣΤΙΚΕΣ ΕΝΣΤΑΣΕΙΣ

Η Α.Α. κατά την ενώπιον μας διαδικασία παράθεσε τις πιο κάτω προξεταστικές ενστάσεις:

(α) Η παρούσα Προσφυγή έχει καταστεί άνευ αντικειμένου και/ή η θεραπεία την οποία οι Αιτητές επιδιώκουν είναι αλυσιτελής και ως εκ τούτου οι Αιτητές στερούνται του αναγκαίου έννομου συμφέροντος στην προώθηση της παρούσας προσφυγής. Η Α.Α. προς υποστήριξη της θέσης της ανέφερε ότι συνεπεία της μη χορήγησης προσωρινών μέτρων και δεδομένου του ότι η Α.Α. προχώρησε με υπογραφή της σύμβασης με την επιτυχούσα, ακόμα και στην περίπτωση κατά την οποία κριθεί βάσιμη η παρούσα Προσφυγή θα υπάρχει αντικειμενική αδυναμία συμμόρφωσης και αποκατάστασης των πραγμάτων στην προτέρα κατάσταση. Επισημάνθηκε δε, ότι οι Αιτητές μέχρι και σήμερα δεν έχουν εξασφαλίσει την σχετική άδεια Διαχείρισης Επικίνδυνων Αποβλήτων που απαιτείται από τους όρους του διαγωνισμού, με αποτέλεσμα να μην έχουν συμφέρον να τους ανατεθεί η σύμβαση, αλλά ούτε να νομιμοποιούνται διεκδίκηση αποζημιώσεων δυνάμει του άρθρου 33 του Ν.104(Ι)/2010.

(β) Οι Αιτητές δεν νομιμοποιούνται στην προώθηση της παρούσας Προσφυγής συνεπεία της ανεπιφύλακτης υποβολής προσφοράς από την εταιρεία A.T.I. Enviroindustrials Ltd.

(γ) Άνευ επηρεασμού των ανωτέρω προεξεταστικών ενστάσεων, η επιδιωκόμενη με την παρούσα Προσφυγή τροποποίηση των όρων του διαγωνισμού ήταν εκτός των αρμοδιοτήτων και/ή εξουσιών της Α.Α.Π. Η Α.Α. υποστήριξε ότι ο όρος ο οποίος προσβάλλεται με την παρούσα προσφυγή δεν συνιστά τεχνική, οικονομική ή χρηματοοικονομική προδιαγραφή για να μπορεί η Α.Α.Π. να ασκήσει τις αρμοδιότητες της με βάση το άρθρο 25(2) του Ν.104(Ι)/2010. Επίσης, δεν είναι πλέον δυνατή η έκδοση απόφασης με την οποία να διατάσσεται η τροποποίηση των επίδικων όρων του Διαγωνισμού αλλά ούτε αποδεικνύεται οποιαδήποτε παραβίαση οποιασδήποτε διάταξης του ισχύοντος δικαίου.

Οι Αιτητές απάντησαν στις προδικαστικές ενστάσεις της Α.Α. με τα πιο κάτω:

(α) Η πρώτη προεξεταστική ένσταση της Α.Α. πρέπει να απορριφθεί καθότι δεν βρίσκει έρεισμα στο Ν.104(Ι)/2010 ούτε στα πραγματικά γεγονότα της υπόθεσης. Τόνισαν ότι κατέστη αντικειμενικά αδύνατο να συμμετάσχουν στον Διαγωνισμό συνεπεία της τροποποίησης των όρων του από την Α.Α. μετά από εισήγηση της επιτυχούσας. Η ζημιά, ανέφεραν, την οποία υπέστησαν και συνεχίζουν να υφίστανται από την προσβαλλόμενη πράξη ήταν η αφαίρεση του δικαιώματος συμμετοχής στον επίδικο διαγωνισμό και διεκδίκησης της κατακύρωσης της επίδικης σύμβασης. Περαιτέρω, ισχυρίστηκαν ότι η επιφύλαξη του άρθρου 24 (2) ρητά αναφέρει ότι *«[...] η απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών να μην χορηγήσει προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει ο ενδιαφερόμενος προσφέρων ή υποψήφιος που έχει προσφύγει στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών»*.

Καταλήγουν δε, ότι ο Νομοθέτης έχει προβλέψει περιπτώσεις όπως την παρούσα όπου ελλείψει προσωρινών μέτρων η σύναψη της σύμβασης έχει προχωρήσει. Στην περίπτωση, λοιπόν, δικαίωσης τους οι Αιτητές έχουν ως μόνη θεραπεία την διεκδίκηση αποζημίωσης και την αποκατάσταση της νομικής τάξης για μεταγενέστερες διαδικασίες

παρόμοιας ή ταυτόσημης φύσης. Απέρριψαν, επίσης, την θέση της Α.Α. ότι οι Αιτητές δεν έχουν συμφέρον να τους ανατεθεί η σύμβαση ισχυριζόμενοι ότι το ζήτημα έχει ήδη τύχει εξέτασης και τελεσίδικης απόφασης από τη Α.Α.Π. στα πλαίσια εξέτασης του προσωρινού μέτρου στις 24.10.2012 .

(β) Απαντώντας στην δεύτερη προεξεταστική ένσταση της Α.Α. οι Αιτητές υποστήριξαν ότι δεν υπέβαλαν προσφορά στο Διαγωνισμό, αλλά προσφορά υποβλήθηκε από την Κοινοπραξία Α.Τ.Ι. Enviroindustrials Ltd - Αποτεφρωτήρας Α.Ε., άλλος δηλαδή προσφοροδότης από τους Αιτητές.

(γ) Προς απάντηση της τρίτης προεξεταστικής ένστασης οι Αιτητές ανέφεραν ότι η κατοχή της άδειας είτε θα έχει υπεισέλθει ως τεχνική προδιαγραφή είτε η εισαγωγή τέτοιου κριτηρίου θα ήτο αυθαίρετη από την Α.Α. Επίσης, παραπέμποντας στις ρητές πρόνοιες του άρθρου 25(3) του Ν.104(Ι)/2010 υποστήριξαν ότι άλλο είναι η αποκατάσταση της νομιμότητας και άλλο η προώθηση της Προσφυγής με τη δυνατότητα κατακύρωσης της Σύμβασης στους Αιτητές. Τα δύο δεν ταυτίζονται απαραίτητα γι' αυτό και ο Νομοθέτης ξεκαθαρίζει ότι ακόμη και σε περίπτωση επιτυχίας των Αιτητών η συναφθείσα σύμβαση δεν επηρεάζεται. Τέλος, ανέφεραν ότι το ζήτημα παραβίασης ισχύοντος δικαίου αποτελεί θέμα ουσίας της προσφυγής κάνοντας ειδική μνεία στη νομολογία του ΔΕΚ η οποία και αποτελεί βεβαίως διάταξη του ισχύοντος δικαίου συνεπεία του Άρθρου 1Α του Συντάγματος.

Αφού ακούσαμε τα δύο μέρη αναφορικά με τις προεξεταστικές ενστάσεις και μελετήσαμε τα σχετικά στοιχεία του διοικητικού φακέλου της υπόθεσης καταλήγουμε στα ακόλουθα:

(α) Σε σχέση με την πρώτη προεξεταστική ένσταση της Α.Α., θεωρούμε ότι η απάντηση δίδεται μέσα από το άρθρο 19 του Ν.104(Ι)/2010, το οποίο προνοεί, μεταξύ άλλων, ότι *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και ο οποίος υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία, από πράξη ή απόφαση της αναθέτουσας αρχή ή του αναθέτοντος φορέα που προηγείται της σύναψης της σύμβασης και για την οποία εικάζεται ότι παραβιάζει οποιαδήποτε διάταξη του ισχύοντος δικαίου, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος Νόμου»*. Επιπλέον, σημαντική είναι η επιφύλαξη

του άρθρου 24(2) του Ν.104(Ι)/2010 όπου ρητά προνοεί ότι «[...] η απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών να μην χορηγήσει προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει ο ενδιαφερόμενος προσφέρων ή υποψήφιος που έχει προσφύγει στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών». Συνεπώς, συμφωνούμε με την θέση των Αιτητών ότι η μη χορήγηση προσωρινών μέτρων και η επακόλουθη υπογραφή σύμβασης δεν καθιστά την Προσφυγή άνευ αντικειμένου αλλά ούτε θίγει τα δικαιώματα των Αιτητών. Πέραν τούτου, το γεγονός ότι οι Αιτητές μέχρι σήμερα δεν έχουν εξασφαλίσει άδεια διαχείρισης επικίνδυνων αποβλήτων κρίνουμε ότι αυτό είναι θέμα το οποίο εξακριβώνεται από την Α.Α. μετά την υποβολή και άνοιγμα των προσφορών κατά το στάδιο της αξιολόγησης. Δεν μπορεί η Α.Α. να επικαλείται στοιχεία ή πληροφορίες εκτός της διαδικασίας του διαγωνισμού και εκτός του διοικητικού φακέλου, ιδιαίτερα κατά το παρόν στάδιο που αφορά προσβολή όρων του Διαγωνισμού, πριν την υποβολή των προσφορών.

(β) Ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς μπορούν να υποβάλουν προσφορά είτε ως φυσικά ή νομικά πρόσωπα, είτε ως κοινοπραξία φυσικών ή/και νομικών προσώπων. Ειδικά στον παρόντα Διαγωνισμό δεν υπάρχει κάποια πρόνοια στους όρους που να εμποδίζει ή να απαγορεύει σε ένα νομικό πρόσωπο να συμμετέχει ταυτόχρονα σε δύο Κοινοπραξίες οι οποίες υποβάλουν ή που προτίθενται να υποβάλουν προσφορά. Συνεπώς, ο προσφοροδότης Κοινοπραξία ATI Enviroindustrial Ltd – Αποτεφρωτήρας Α.Ε. στον οποίο αναφέρεται η Α.Α. και που σύμφωνα με τον ισχυρισμό της υπέβαλε προσφορά ανεπιφύλακτα δεν είναι ο ίδιος με τον προσφεύγοντα κατά την ενώπιον μας διαδικασία (1. Vouros Healthcare Ltd και 2. ATI Enviroindustrial Ltd). Εξάλλου, το στοιχείο αυτό δεν μπορεί να επιβεβαιωθεί από το περιεχόμενο του διοικητικού φακέλου αφού αυτό που εξετάζουμε χρονικά προηγείται της υποβολής των προσφορών και δεν εξετάζουμε το τι ακολούθησε. Οπότε κρίνουμε ότι δεν ευσταθεί ο ισχυρισμός της Α.Α. περί του δόγματος επιδοκίμασας και αποδοκίμασας.

(γ) Η τρίτη προδικαστική ένσταση η οποία εγείρεται από την Α.Α. ότι η επιδιωκόμενη με την παρούσα Προσφυγή τροποποίηση των όρων του διαγωνισμού είναι εκτός των αρμοδιοτήτων και/ή εξουσιών της Α.Α.Π., διότι ο όρος ο οποίος προσβάλλεται με την παρούσα προσφυγή δεν συνιστά τεχνική, οικονομική ή χρηματοοικονομική προδιαγραφή, αλλά ούτε αποδεικνύεται οποιαδήποτε παραβίαση οποιασδήποτε

διάταξης του ισχύοντος δικαίου. Αυτό, θεωρούμε ότι είναι ζήτημα το οποίο θα πρέπει να εξετασθεί μέσα στα πλαίσια εξέτασης της ουσίας της Προσφυγής και όχι προεξεταστικά. Συνεπώς και αυτή η ένσταση της Α.Α. απορρίπτεται.

Με βάση τα πιο πάνω, οι τρεις προεξεταστικές ενστάσεις της Α.Α. απορρίπτονται και θα προχωρήσουμε να εξετάσουμε την ουσία της Προσφυγής με την οποία οι Αιτητές επιδιώκουν την τροποποίηση ή ακύρωση συγκεκριμένου όρου του Διαγωνισμού με βάση το άρθρο 25(2)(γ) του Νόμου 104(Ι)/2010.

Δ. ΘΕΣΕΙΣ ΑΙΤΗΤΩΝ

Οι Αιτητές με την παρούσα προσφυγή προσβάλλουν την απόφαση της Α.Α. να απορρίψει το αίτημα τους για τροποποίηση συγκεκριμένου όρου του Διαγωνισμού. Συγκεκριμένα οι Αιτητές ζήτησαν όπως η Α.Α. διευκρινίσει την αντίφαση μεταξύ του λεκτικού των όρων 4.2Α και Ζ.3 του Μέρους Δ των Εγγράφων του Διαγωνισμού, σελ. 65 και 69 αντίστοιχα, οι οποίοι αναφέρουν τα εξής:

Όρος 4.2Α: Ο προσφοροδότης θα πρέπει να επισυνάψει αντίγραφα όλων των αδειών ή αιτήσεων διαχείρισης επικίνδυνων αποβλήτων από το Υπουργείο Γεωργίας, Φυσικών Πόρων και Περιβάλλοντος, κατά την υποβολή της προσφοράς.

Όρος Ζ.3: Ο Ανάδοχος πρέπει να υποβάλλει κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς πρωτότυπα ή πιστά αντίγραφα άδειας/ών διαχείρισης Επικίνδυνων Αποβλήτων την/τις οποία/ες θα πρέπει να έχει ήδη εξασφαλίσει από το Τμήμα Περιβάλλοντος του Υπουργείου Γεωργίας, Φυσικών Πόρων και Περιβάλλοντος [...]»

Επιπλέον, οι Αιτητές ζήτησαν τροποποίηση του όρου Ζ.3 του Μέρους Δ των Εγγράφων του Διαγωνισμού, σελ.69 (ο οποίος βρίσκεται σε αντίθεση με τον πιο πάνω όρο 4.2Α) ούτως ώστε οι προσφοροδότες να δικαιούνται να υποβάλουν τις αιτήσεις για άδειες διαχείρισης Επικίνδυνων Αποβλήτων στο στάδιο υποβολής των Προσφορών, ενώ τα αντίγραφα των εκδοθέντων αδειών να υποβάλλονται μετά την κατακύρωση και κατά την υπογραφή σύμβασης.

Η απάντηση της Α.Α. για τα εν λόγω ζητήματα δόθηκε με το Διορθωτικό Έγγραφο Αρ. 1, επιστολή 12.10.2012 όπου ξεκαθαρίστηκε ότι αυτό το οποίο ισχύει είναι η υποβολή των

αδειών και όχι αιτήσεων διαχείρισης Επικίνδυνων Αποβλήτων κατά την υποβολή των προσφορών. Ειδικότερα, διαμορφώθηκαν οι πιο πάνω όροι ως ακολούθως:

«Ο Προσφοροδότης πρέπει να υποβάλει κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς πρωτότυπα ή πιστά αντίγραφα άδειας/ων διαχείρισης Επικίνδυνων Αποβλήτων [...]»

Με βάση τα πιο πάνω γεγονότα και/ή δεδομένα οι Αιτητές υποστήριξαν ότι ο Διαγωνισμός κατέστη φωτογραφικός και/ή κλειστός στον ανταγωνισμό και/ή αδικαιολόγητα αφαιρέθηκε από τους Αιτητές το δικαίωμα συμμετοχής στο Διαγωνισμό, γεγονός που επιβεβαιώθηκε εν τέλει με την κατακύρωση του στην εταιρεία «Advance Medical Waste Management Limited» (στο εξής επιτυχούσα). Παρέπεμψαν σε σχετική νομοθεσία και νομολογία επί του θέματος τονίζοντας ότι η μη τροποποίηση των εν λόγω όρων κλείνει την αγορά αφού δημιουργεί αδικαιολόγητους φραγμούς στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό, μη εξασφαλίζοντας ταυτόχρονα ισότιμη πρόσβαση σε όλους τους οικονομικούς φορείς. Επομένως, η προσβαλλόμενη πράξη/απόφαση της Α.Α. είναι παράνομη και/ή εσφαλμένη και/ή αντίκειται στο Ν.12(Ι)/2006, στο Ν.158(Ι)/1999, στο Κοινοτικό Δίκαιο και στη νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου και του ΔΕΚ.

Υποστήριξαν ότι υπάρχει μόνο μία (1) αδειοδοτημένη εταιρεία και για τα τρία είδη των αποβλήτων (Α, Β και Γ) και συνολικά δύο (2) αδειοδοτημένες εταιρείες για την διαχείριση αποβλήτων Β και Γ, ως οι όροι του Διαγωνισμού, γεγονός το οποίο επιβεβαιώνεται και από την Α.Α. (επιστολή της με ημερ. 18.10.2012). Η μία εκ των δύο εταιρειών, όμως, όπως οι Αιτητές ανέφεραν ουδέποτε συμμετείχε στο παρελθόν σε διαδικασίες σύναψης Συμβάσεων της Δημοκρατίας, ενώ δεν διερευνήθηκε ποτέ από την Α.Α. πιθανές προθέσεις της δεύτερης αδειοδοτημένης εταιρείας σε σχέση με το συγκεκριμένο Διαγωνισμό. Συνεπώς, ανέφεραν, ότι αυτό το οποίο προκύπτει είναι ότι την σχετική περίοδο η κατακύρωση οδηγείτο μόνο σε μια αδειοδοτημένη εταιρεία για διαχείριση των αποβλήτων κατηγορίας Α, Β και Γ (η οποία όπως τόνισαν ήταν η μοναδική που κατείχε άδεια διαχείρισης των αποβλήτων κατηγορίας Α).

Οι Αιτητές ισχυρίστηκαν, επίσης, ότι η προσβαλλόμενη πράξη/απόφαση είναι παράνομη και/ή εσφαλμένη και/ή αντιφατική καθότι στον Διαγωνισμό με αρ. Σ.Υ. 10/2011 που είχε

παρόμοιο αντικείμενο (ταυτόσημο κωδικό CPV), η Α.Α. λειτούργησε με τρόπο που συνάδει πλήρως με το αίτημα των Αιτητών επικαλούμενοι τις αρχές του υγιούς ανταγωνισμού και του ανοίγματος των αγορών αποδεχόμενη προσκόμιση των σχετικών αδειών διαχείρισης αποβλήτων κατά την υπογραφή της σύμβασης. Επιπλέον, οι Αιτητές, επικαλούμενοι την απόφαση της Α.Α.Π. στην Προσφυγή με αρ. 65/2011 ισχυρίστηκαν ότι η Α.Α. ενήργησε με τρόπο ασυνεπή, αντιφατικό και κακόπιστο με αποτέλεσμα να δώσουν εμπορικό πλεονέκτημα στην επιτυχούσα στον υπό εξέταση διαγωνισμό.

Πέραν των πιο πάνω, οι Αιτητές ισχυρίστηκαν ότι η προσβαλλόμενη πράξη/απόφαση λήφθηκε χωρίς δέουσα και/ή επαρκή έρευνα και/ή με πλάνη περί τα πράγματα αφού δεν διερευνήθηκαν δεόντως και/ή επαρκώς και/ή δεν λήφθηκαν υπόψη ουσιώδη γεγονότα και/ή δεν έλαβαν υπόψη τη σοβαρότητα και την επικινδυνότητα της Σύμβασης η οποία έχει ως αντικείμενο τα ιατρικά απόβλητα μολυσματικού και τοξικού χαρακτήρα. Επίσης, η απόφαση της Α.Α. να απορρίψει το αίτημα τους, ισχυρίστηκαν ότι είναι ανατιολόγητη.

Καταληκτικά, οι Αιτητές υποστήριξαν ότι η Α.Α. δεν ενήργησε, κατά τη λήψη της προσβαλλόμενης πράξης/απόφασης και/ή οποιωνδήποτε ενεργειών προπαρασκευαστικών, προγενέστερων και/ή ενδιάμεσων με νόμιμη σύνθεση και/ή συγκρότηση καθότι η Διοικητική πράξη διορισμού του Γενικού Διευθυντή του Υπουργείου Υγείας έχει ακυρωθεί από το Ανώτατο Δικαστήριο, γεγονός που έχει επιμολύνει και θα πρέπει να οδηγήσει σε ακυρότητα την προσβαλλόμενη πράξη και/ή απόφαση και/ή το Διαγωνισμό.

Ε. ΘΕΣΕΙΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ

Η Α.Α. κατά την ενώπιον μας διαδικασία απέρριψε όλους τους ισχυρισμούς των Αιτητών αναφέροντας τα ακόλουθα:

Καταρχήν, η Α.Α. υποστήριξε ότι 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 (Θεοφάνους ν Δημοκρατίας (1990) 3 Β ΑΑΔ 1033, 1037). Επιπλέον, όπως τόνισε, η κρίση της διοίκησης σε τεχνικά θέματα είναι γενικά ανέλεγκτη εφόσον δεν συντρέχει πλάνη περί τα πράγματα ή κακή χρήση διακριτικής εξουσίας, η δε ουσιαστική κρίση της διοίκησης δεν ελέγχεται ακυρωτικώς και δεν μπορεί να υποκατασταθεί από την κρίση των διοικουμένων ή ακόμα και από αυτή του αναθεωρητικού Δικαστηρίου (Λαμπριανίδης ν Δήμου Λάρνακας (1990) 3 Α.Α.Δ. 664, Ράφτης ν Δημοκρατίας (2002) 3 Α.Α.Δ. 345, Πορίσματα Νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας 1929-1959, σελ. 227, Κυριακόπουλου "Ελληνικόν Διοικητικόν Δίκαιον", 4^η Έκδοση, Τόμος Γ' σελ. 376).

Η απαίτηση, όπως οι προσφοροδότες κατέχουν σχετική άδεια διαχείρισης αποβλήτων κατά την υποβολή της προσφοράς τους ήταν επιβεβλημένη, συνεπεία της φύσης του αντικειμένου του Διαγωνισμού. Η Α.Α. τόνισε την σημασία και αναγκαιότητα συλλογής Επικίνδυνων Ιατρικών Αποβλήτων Μολυσματικού και Τοξικού Χαρακτήρα (ΕΙΑ-MTX) και Επικίνδυνων Ιατρικών Αποβλήτων Τοξικού Χαρακτήρα (ΕΙΑ-TX) και την επικινδυνότητα τους να παραμένουν εκτεθειμένα στα νοσηλευτήρια θέτοντας σε κίνδυνο ανθρώπινη υγεία. Όφειλε, ανέφερε, να διασφαλίσει πλήρως ότι ο Ανάδοχος θα πληροί όλες τις προϋποθέσεις για τη συλλογή των αποβλήτων πριν την υπογραφή οποιασδήποτε σύμβασης, για αποφυγή καθυστερήσεων στη συλλογή των αποβλήτων και δημιουργία σημαντικών λειτουργικών προβλημάτων στην εύρυθμη λειτουργία των κρατικών νοσηλευτηρίων. Για να ενισχύσει δε τον ισχυρισμό της για την σημαντικότητα του προσβαλλόμενου όρου του Διαγωνισμού, υιοθέτησε τα κριθέντα επί της απόφασης της Α.Α.Π. επί της αιτήσεως των Αιτητών για προσωρινά μέτρα.

Με βάση τα πιο πάνω υποστήριξε ότι στην υπό εξέταση περίπτωση δεν συντρέχει οποιαδήποτε παραβίαση οποιασδήποτε διάταξης του ισχύοντος δικαίου, η οποία θα δικαιολογούσε την τροποποίηση, δυνάμει του άρθρου 25(2)(γ) του Ν.104(Ι)/2010, των επίδικων όρων του διαγωνισμού.

Στην συνέχεια ανέφερε ότι ο ισχυρισμός των Αιτητών περί φωτογραφικού όρου δεν υφίσταται, καθότι για τον Διαγωνισμό υποβλήθηκαν τρεις προσφορές. Πέραν τούτου, ούτε ο ισχυρισμός για τροποποίηση των όρων του διαγωνισμού εις βάρος των Αιτητών

και του ανταγωνισμού και φωτογραφική ανάθεση σε συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μπορεί να ευσταθήσει αφού όπως ανέφερε:

«Ο διαγωνισμός αφορούσε τρεις κατηγορίες αποβλήτων (είδη Α, Β και Γ), το δε κριτήριο ανάθεσης ήταν η χαμηλότερη τιμή ανά κατηγορία. Όπως προκύπτει από τα έγγραφα διαγωνισμού (σελ 97, παράγραφο 7.1.), οι εκτιμώμενες ποσότητες των επικίνδυνων ιατρικών αποβλήτων των ειδών Α, Β, Γ έχουν ως εξής:

- *ΕΙΔΟΣ Α: 10.000 κιλά για 2 χρόνια ± 20% για 2 χρόνια*
- *ΕΙΔΟΣ Β: 800.000 λίτρα για 2 χρόνια ± 20% για 2 χρόνια*
- *ΕΙΔΟΣ Γ: 25.000 κιλά για 2 χρόνια ± 20% για 2 χρόνια.*

Περαιτέρω, σύμφωνα με την εκτίμηση δαπάνης σε σχέση με το διαγωνισμό (διοικητικός φάκελος υπ' αρ. 13.25.003.001.085, Ερ. 124), η συνολική εκτιμώμενη τιμή, μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α., των ειδών Α, Β, Γ ήταν η ακόλουθη:

- *ΕΙΔΟΣ Α: €37.500,00*
- *ΕΙΔΟΣ Β: €3.000.000,00*
- *ΕΙΔΟΣ Γ: €125.000,00*

Ευσεβάστως, δηλαδή, υποβάλλεται ότι η εκτιμώμενη ποσότητα και η συνολική εκτιμώμενη τιμή για το Είδος Α του διαγωνισμού, είδος για το οποίο πράγματι υπάρχει μόνο μία αδειοδοτημένη εταιρεία, αφορά σε ποσοστό λιγότερο του 2% τόσο της εκτιμώμενης ποσότητας όσο και της εκτιμώμενης τιμής. Σε σχέση δε με τα δύο είδη που αφορούν το μεγαλύτερο μέρος του διαγωνισμού (Είδη Β και Γ) υπάρχουν δύο αδειοδοτημένες εταιρείες».

Η Α.Α. υπέβαλε ότι δεύτερη αδειοδοτημένη εταιρεία, ήτοι η εταιρεία Envirochem Cyprus Ltd, υπέβαλε προσφορά για το διαγωνισμό η οποία απορρίφθηκε για λόγους που δεν αφορούν στην παρούσα διαδικασία. Εν πάση περιπτώσει, όμως, εφόσον για τα δύο Είδη Β και Γ υπήρχαν δύο αδειοδοτημένες εταιρείες η Α.Α. δεν είχε υποχρέωση να ερευνήσει τις προθέσεις των εν λόγω εταιρειών σε σχέση με το Διαγωνισμό, ώστε να προσαρμόσει ανάλογα και τους όρους του διαγωνισμού.

Η κατοχή της απαιτούμενης από τη νομοθεσία άδειας, ώστε να είναι νομικώς επιτρεπτή η διαχείριση τοξικών αποβλήτων, δεν θα μπορούσε να χαρακτηριστεί ως «τυπική προϋπόθεση» ούτε, βεβαίως, θα ήταν νομικώς επιτρεπτό να επιτραπεί στους προσφέροντες «να αποδείξουν με ισοδύναμο τρόπο ότι πληρούσαν τις ελάχιστες τεχνικές απαιτήσεις του διαγωνισμού». Ούτε η κατοχή τέτοιας άδειας αποτελεί τεχνική προδιαγραφή που να δημιουργεί αδικαιολόγητους φραγμούς στο άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό.

Αναφορικά με τον ισχυρισμό ότι η προσβαλλόμενη πράξη/απόφαση είναι αντιφατική αφού η Α.Α. λειτούργησε με αντίθετο τρόπο σε άλλο ταυτόσημο διαγωνισμό, η τελευταία υιοθέτησε τα κριθέντα στην απόφαση της Α.Α.Π. επί της αιτήσεως των Αιτητών για προσωρινά μέτρα, ότι δηλαδή εάν η Α.Α. υπέπεσε σε προηγούμενο λάθος όχι μόνο δεν υποχρεούται αλλά και δεν δικαιούται να το επαναλάβει. Επανέλαβε ότι λόγω της επικινδυνότητας των αποβλήτων αυτών η υιοθέτηση αυστηρότερων όρων ήταν για την Α.Α. ευλόγως επιτρεπτή.

Περαιτέρω, η Α.Α. εισηγήθηκε ότι οι όποιοι ισχυρισμοί των Αιτητών περί παραβίασης της αρχής της ισότητας και καταστρατήγησης της ύπαρξης ελεύθερου και υγιούς ανταγωνισμού καταρρίπτονται από το γεγονός ότι οι ίδιοι ούτε είχαν ούτε και μέχρι σήμερα έχουν εξασφαλίσει σχετική άδεια, ώστε να τίθεται ζήτημα ομοιότητας και να στοιχειοθετείται η ισχυριζόμενη διάκριση.

Αναφορικά με τους ισχυρισμούς για αναιτιολόγητη απόφαση η Α.Α. παρέπεμψε σχετικά στην επιστολή ημερομηνίας 12.10.2012 (σε σχέση με τις εισηγήσεις των Αιτητών για τους επίδικους όρους) και στην απάντηση στην εισήγηση 7 (στην επιστολή δηλαδή του οικονομικού φορέα 1, ημερομηνίας 20.9.2012). Με την αποδοχή της εισήγησης του εν λόγω οικονομικού φορέα από την Α.Α. η απόφαση της είναι δεόντως αιτιολογημένη καθότι στην εισήγηση, αφενός, καταγράφεται η διαπίστωση της διάστασης των όρων του διαγωνισμού και, αφετέρου, γίνεται εισήγηση ως προς την ορθή επίλυση του θέματος, με την παράθεση και συγκεκριμένων λόγων που συνηγορούν υπέρ αυτής.

Τέλος, σε σχέση με τους ισχυρισμούς των Αιτητών για την ακύρωση του διορισμού του Γενικού Διευθυντή του Υπουργείου Υγείας, η Α.Α. ανέφερε ότι με απόφαση δημοσιευθείσα στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας ημερομηνίας 2.11.2012 και αριθμό 653, μετά την ακύρωση του διορισμού του από το Ανώτατο Δικαστήριο, ο κ. Δ. Μαυρονικόλας διορίστηκε στην ίδια θέση αναδρομικά από τις 15.3.2010, ο δε αναδρομικός διορισμός σημαίνει ότι αυτός ουδέποτε έπαυσε, από την ημερομηνία του διορισμού του, να κατέχει τη θέση του Γενικού Διευθυντή.

Συμπερασματικά, η Α.Α. εισηγήθηκε ότι οι Αιτητές απέτυχαν να καταδείξουν οποιονδήποτε βάσιμο λόγο ακύρωσης και συγκεκριμένα απέτυχαν να καταδείξουν την παραβίαση οποιασδήποτε διάταξης του ισχύοντος δικαίου, η οποία θα δικαιολογούσε την τροποποίηση των επίδικων όρων.

ΣΤ. Αφού ακούσαμε τις θέσεις των δυο πλευρών και κατόπιν ενδελεχούς μελέτης των σχετικών στοιχείων του Διοικητικού Φακέλου της υπόθεσης καταλήγουμε στα ακόλουθα:

Με επιστολή τους ημερ. 28.9.2012 οι Αιτητές ζήτησαν από την Αναθέτουσα Αρχή να διευκρινισθεί κατά πόσο η Άδεια Διαχείρισης Αποβλήτων απαιτείται από τους όρους του διαγωνισμού να υποβληθεί από τον προσφοροδότη με την υποβολή της προσφοράς του ή από τον ανάδοχο κατά την υπογραφή της σύμβασης και τούτο γιατί στους όρους υπήρχαν αντιφατικές πρόνοιες ως προς το θέμα αυτό. Η απάντηση στο αίτημα των Αιτητών δόθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή με αποστολή Διορθωτικού Εγγράφου αρ.1 και με επιστολή ημερομηνίας 12.10.2012. Στο Διορθωτικό Έγγραφο αρ.1, καθορίστηκαν τα ακόλουθα:

Η προδιαγραφή Παράγραφος 3 σελ.69 και 98 διαμορφώνεται ως εξής:

«Ο Προσφοροδότης πρέπει να υποβάλει κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς πρωτότυπα ή πιστά αντίγραφα άδειας/ών διαχείρισης Επικίνδυνων Αποβλήτων την/τίς οποία/ες θα πρέπει να έχει ήδη εξασφαλίσει από το Τμήμα Περιβάλλοντος του Υπουργείου Γεωργίας, Φυσικών Πόρων και Περιβάλλοντος.»

Και η προδιαγραφή Παράγραφος 2Α σελ.65 και 93 διαμορφώνεται ως εξής:

«Ο προσφοροδότης θα πρέπει να επισυνάψει αντίγραφα όλων των αδειών διαχείρισης επικίνδυνων αποβλήτων από το Υπουργείο Γεωργίας, Φυσικών Πόρων και Περιβάλλοντος, κατά την υποβολή της προσφοράς.»

Η πιο πάνω απάντηση δεν ικανοποίησε τους Αιτητές οι οποίοι καταχώρησαν την παρούσα Προσφυγή με κεντρικό αίτημα την τροποποίηση των πιο πάνω όρων κατά τρόπον ώστε η Άδεια Διαχείρισης Επικίνδυνων Αποβλήτων να μην απαιτείται να υποβληθεί από τους προσφοροδότες με την προσφορά τους, αλλά από τον επιτυχόντα πριν από την υπογραφή της σύμβασης και να είναι αρκετό με την προσφορά να

κατατίθεται μόνο βεβαίωση υποβολής αίτησης στην Αρμόδια Αρχή για απόκτηση της εν λόγω άδειας.

Είναι προφανές πως η κατοχή της απαιτούμενης από τους επίμαχους όρους άδειας είναι ουσιώδους σημασίας επειδή ακριβώς καθορίζει και τεκμηριώνει την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του προσφοροδότη να ανταποκριθεί στις υποχρεώσεις που αναλαμβάνει και να υλοποιήσει το αντικείμενο της σκοπούμενης από το διαγωνισμό σύμβασης. Ούτε λίγο ούτε πολύ, χωρίς την άδεια αυτή όχι μόνο δεν θα μπορεί να ανταποκριθεί ικανοποιητικά στις υποχρεώσεις του, αλλά ούτε καν νομιμοποιείται να καταπιαστεί με το αντικείμενο της σύμβασης.

Παράλληλα θα πρέπει να σημειωθεί πως η παραχώρηση της συγκεκριμένης άδειας από την Αρμόδια Αρχή και η εξασφάλισή της από τον οικονομικό φορέα/προσφοροδότη δεν είναι θέμα απλό και εύκολο. Πέραν των θεμάτων τεχνογνωσίας του προσωπικού απαιτούνται ειδικές και κατάλληλες εγκαταστάσεις για τις οποίες έχουν ρόλο και λόγο διάφορα κατά σειρά αρμόδια κυβερνητικά τμήματα. Είναι λοιπόν σαφές πως δεν πρόκειται για άδεια που εξασφαλίζεται από την μια μέρα στην άλλη, ούτε πρόκειται για περίπτωση ανάλογη με υφιστάμενη άδεια της οποίας απαιτείται τυπική ανανέωση με την καταβολή από το δικαιούχο του νενομισμένου ετήσιου ή άλλου τέλους.

Σημειώνουμε ακόμη το γεγονός ότι πολύ σπάνια οι διαγωνισμοί του δημοσίου αφήνουν απαιτήσεις των όρων να ικανοποιηθούν και/ή τεκμηριωθούν από τον επιτυχόντα πριν από την υπογραφή της σύμβασης ή από τον ανάδοχο μετά την υπογραφή της. Σημειώνουμε περαιτέρω ότι ακόμη και γι' αυτά κατά κανόνα απαιτείται από τους όρους όπως ο προσφοροδότης υποβάλει με την προσφορά του δήλωση συμμόρφωσης και βεβαίωση/δέσμευση ότι θα προσκομίσει και θα παρουσιάσει τα σχετικά αποδεικτικά και/ή πιστοποιητικά κατά το οριζόμενο στάδιο.

Κρίνουμε επομένως πως ο επίμαχος όρος από την απευθείας σκοπιά ιδωμένος θα πρέπει να κριθεί ως λογικά άτρωτος και καθόλα νόμιμος και ότι πολύ ορθά η Αναθέτουσα Αρχή έχει χειρισθεί το ζήτημα αναφορικά με αυτόν. Όμως οι Αιτητές κατά την ενώπιόν μας διαδικασία στήριξαν περαιτέρω τη θέση τους και την αξίωσή τους για τροποποίησή του επικαλούμενοι συγκεκριμένες ιδιαιτερότητες του παρόντος

διαγωνισμού, οι οποίες, όπως υποστηρίζουν, όχι μόνο δικαιολογούν αλλά επιβάλλουν την τροποποίηση του, κατά τρόπο που να ανταποκρίνεται στην εισήγησή τους. Οι ιδιαιτερότητες αυτές όπως έχουν αναπτυχθεί ενώπιόν μας είναι δύο και μπορούν, συνοπτικά, να αποδοθούν με τα ακόλουθα:

Η πρώτη αναφέρεται στο γεγονός πως η Αναθέτουσα Αρχή σε προηγούμενο ανάλογο διαγωνισμό ακολούθησε την εντελώς αντίθετη γραμμή και ζήτησε την προσκόμιση της άδειας διαχείρισης των τοξικών αποβλήτων πριν από την υπογραφή της σύμβασης, ενώ στον παρόντα διαγωνισμό η άδεια ζητείται να κατατεθεί με την προσφορά, πράγμα το οποίο, κατά τον ισχυρισμό τους, συνιστά ασύγγνωστη και ανεπίτρεπτη ασυνέπεια.

Η δεύτερη προβάλλεται με τον ισχυρισμό πως ο επίμαχος όρος είναι και, αν δεν τροποποιηθεί σύμφωνα με την εισήγησή τους, θα παραμείνει φωτογραφικός επειδή ένας μόνο οικονομικός φορέας στην Κύπρο κατέχει άδεια διαχείρισης τοξικών αποβλήτων.

Θα εξετάσουμε λοιπόν την αξίωση των Αιτητών σε συνάρτηση με την κάθε μια από τις δύο προβαλλόμενες ιδιαιτερότητες του διαγωνισμού.

Αναφορικά με την πρώτη θέλουμε να τονίσουμε εμφαντικά πως η Αναθέτουσα Αρχή δεν μπορεί να παραμένει δέσμια του οποιουδήποτε προηγούμενου λάθους της και εν ονόματι της συνέπειας υποχρεωμένη να επαναλαμβάνει και να διαιωνίζει το ίδιο λάθος. Εδώ καταφανώς πρόκειται περί λάθους το οποίο η Αναθέτουσα Αρχή όχι μόνο είχε δικαίωμα αλλά και υποχρέωση να διορθώσει. Εξάλλου η αναμενόμενη από τη διοίκηση συνέπεια έχει σχέση άμεση και πρωτίστως με την αρχή της ίσης μεταχείρισης και σίγουρα η διοίκηση δεν είναι επιτρεπτόν στις σχέσεις της με τους πολίτες να εφαρμόζει για το ίδιο ή παρόμοιο θέμα δύο μέτρα και δύο σταθμά. Στους διαγωνισμούς όμως, από την φύση τους, τα θέματα κρίνονται μεταξύ αυτών που μετέχουν ή/και θα μπορούσαν να μετέχουν στο συγκεκριμένο διαγωνισμό και επομένως κατά βάση και πρωτίστως μεταξύ αυτών έχει υποχρέωση η Αναθέτουσα Αρχή να διασφαλίζει ίση μεταχείριση.

Αναφορικά με τη δεύτερη κρίνουμε σκόπιμο να διευκρινίσουμε από την αρχή πως δεν δεχόμαστε ότι το θέμα σχετίζεται ή έχει να κάνει με την αποκαλούμενη φωτογραφική προδιαγραφή την οποία πραγματεύεται και ρυθμίζει το άρθρο 25(8) του Νόμου 12(Ι)/2006. Εκεί πρόκειται για τεχνική προδιαγραφή που θέτει η Αναθέτουσα Αρχή και η οποία αναφέρεται στο αντικείμενο της σύμβασης κατά τρόπο τέτοιο που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Στην παρούσα υπόθεση δεν πρόκειται για τεχνική προδιαγραφή που αναφέρεται στο αντικείμενο της σύμβασης, αλλά για προδιαγραφή που αναφέρεται στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του προσφοροδότη να υλοποιήσει το αντικείμενο της σκοπούμενης σύμβασης. Στην παρούσα υπόθεση επίσης δεν πρόκειται για προδιαγραφή που έχει επινοήσει η Αναθέτουσα Αρχή και επιβάλλει με τους όρους του διαγωνισμού της, αλλά πρόκειται για νομοθετική ρύθμιση με γενική και υποχρεωτική εφαρμογή ανεξάρτητα από τον παρόντα ή οποιοδήποτε άλλο διαγωνισμό και την οποία καθυκόντως η Αναθέτουσα Αρχή έπρεπε να περιλάβει και έχει περιλάβει στο διαγωνισμό της.

Φρονούμε ότι το ζήτημα αυτό ρυθμίζεται από το άρθρο 33 του Ν. 12(Ι)/2006 σε συνάρτηση με τον Κανονισμό 34(5) της Κ.Δ.Π. 201/2007 όπου προβλέπεται πως ύστερα από τη διαπίστωση πως η σύμβαση για τους προβλεπόμενους λόγους δύναται να ανατεθεί μόνο σε συγκεκριμένο οικονομικό φορέα η Αναθέτουσα Αρχή προβαίνει στην ακύρωση του διαγωνισμού και καταφεύγει σε διαδικασία διαπραγμάτευσης. Αυτό βεβαίως ύστερα από εμπειριστατωμένη έρευνα της αγοράς και συμπέρασμα που να τεκμηριώνεται με πειστικά και αδιάβλητα ευρήματα. Ειδικά όμως στην παρούσα περίπτωση ο διαγωνισμός αφορά τρία είδη για τα οποία προνοείται ξεχωριστή για το καθένα ανάθεση και ο ισχυρισμός για ένα μόνο αδειούχο αφορά μόνο το ένα είδος και συγκεκριμένα το είδος Α που το μερίδιό του τόσο στην εκτιμώμενη ποσότητα όσο και στις εκτιμημένες τιμές του αναλογεί μόνο στο 1,2% του συνόλου. Παρά ταύτα η στρεβλωτική τροποποίηση του όρου ζητείται από τους Αιτητές και για τα τρία είδη.

Στο σημείο αυτό κρίνουμε σκόπιμο να υπενθυμίσουμε πως η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών με βάση το άρθρο 25(2)(γ) του Ν. 104(Ι)/2010 δύναται 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 προσφορών, λόγω παραβίασεως οποιασδήποτε διάταξης του ισχύοντος δικαίου.

Είναι κατανοητό το κίνητρο των Αιτητών οι οποίοι προφανώς δεν κατέχουν την απαιτούμενη άδεια και ελπίζουν στην απόκτησή της μέχρι την υπογραφή της σύμβασης. Δεν θεωρούμε όμως πως μεταξύ των εξουσιών της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών περιλαμβάνεται δυνατότητα παρέμβασης και τροποποίησης ενός καθόλα νόμιμου όρου των εγγράφων του διαγωνισμού. Θα πρόκειται στην ουσία για στρέβλωση του όρου και κατ' επέκταση του διαγωνισμού για να χωρέσουν σ' αυτόν σκοπιμότητες που μπορεί να εξυπηρετούν ιδιωτικά συμφέροντα πλην όμως είναι δυνατό να δημιουργήσουν παρενέργειες που να πλήττουν το δημόσιο συμφέρον. Αναφερόμαστε για παράδειγμα στο θέμα της εγγύησης συμμετοχής και εύλογα γεννάται η αμφιβολία και το ερώτημα πως θα μπορέσει η Αναθέτουσα Αρχή να διεκδικήσει και να καρπωθεί το ποσό της εγγύησης στην περίπτωση που ο προσφοροδότης δεν εξασφαλίσει μέχρι την υπογραφή της σύμβασης την εν λόγω άδεια. Είναι δεδομένο ότι η Αναθέτουσα Αρχή γνωρίζει εκ των προτέρων πως ο προσφοροδότης δεν κατέχει την εν λόγω άδεια και σε περίπτωση που δεν την αποκτήσει δεν θα δικαιούται να καταπιαστεί με την υλοποίηση του αντικείμενου της σύμβασης. Είναι επίσης δεδομένο ότι υπάρχει πάντα η πιθανότητα μικρή ή μεγάλη ο προσφοροδότης, να μην έχει εξασφαλίσει μέχρι την υπογραφή της σύμβασης την εν λόγω άδεια. Σε τέτοια περίπτωση και υπό αυτά τα δεδομένα ποια κακοπιστία ή ευθύνη θα αποδώσει η Αναθέτουσα Αρχή στον προσφοροδότη για να νομιμοποιείται στην κάρπωση του ποσού της εγγύησης;

Τέλος, δεν μπορούμε παρά να ασχοληθούμε με τον ισχυρισμό των Αιτητών για κακή σύνθεση/συγκρότηση του αρμοδίου οργάνου λόγω ακύρωσης του διορισμού του Γενικού Διευθυντή του Υπουργείου Υγείας με απόφαση του Ανωτάτου Δικαστηρίου, γεγονός, που όπως υποστηρίζουν, έχει επιμολύνει την προσβαλλόμενη πράξη/απόφαση. Η Α.Α. υπέδειξε ότι έλαβε χώρα αναδρομικός διορισμός του Γενικού Διευθυντή του Υπουργείου Υγείας από τις 15.03.2010.

Βρίσκουμε ότι με βάση αυτά που έχουν τεθεί ενώπιόν μας, δεν έχει υποδειχθεί από τους Αιτητές πώς ακριβώς η ακύρωση του διορισμού του Γενικού Διευθυντή έχει επιμολύνει την προκήρυξη του επίμαχου διαγωνισμού και ούτε έχουμε εντοπίσει οτιδήποτε στο

σχετικό διοικητικό φάκελο που να υποστηρίζει τον ισχυρισμό τους αυτό. Υπενθυμίζουμε ότι με την παρούσα Προσφυγή προσβάλλεται συγκεκριμένος όρος του Διαγωνισμού και επομένως βρισκόμαστε στο στάδιο πριν από την υποβολή των προσφορών και ασφαλώς πριν από οποιαδήποτε συνεδρία οποιουδήποτε αρμοδίου οργάνου. Συνεπώς οι οποιοδήποτε ισχυρισμοί για κακή σύνθεση/συγκρότηση του αρμοδίου οργάνου απορρίπτονται ως απαράδεκτοι αφού αφενός δεν κατονομάζουν το αρμόδιο όργανο για το οποίο αναφέρονται και αφετέρου δεν υπάρχει οποιοδήποτε όργανο για λήψη διοικητικής πράξης/απόφασης στο παρόν στάδιο.

Με βάση όλα τα πιο πάνω αποφασίζουμε ομόφωνα ότι η Προσφυγή 58/2012 απορρίπτεται και η προσβαλλόμενη απόφαση της Α.Α. επικυρώνεται.

Δεν επιδικάζονται έξοδα επί της διαδικασίας.