



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. 6/2016

Μεταξύ:

VOUROS HEALTHCARE LTD

Αιτητών

v.

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΥΓΕΙΑΣ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτητές:

VOUROS HEALTHCARE LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Νικολέτα Θεοδώρου, Δικηγόρο για Ηρακλής Ν. Κυριακίδης ΔΕΠΕ
2. Έλενα Χριστοφή, Εκπρόσωπο αιτούσας εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΥΓΕΙΑΣ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Ιάση Τσιντίδου, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. Μαρία Ζαχαρίου, Συντονίστρια Προσφοράς

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 16 Σεπτεμβρίου, 2016

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Αντικείμενο της παρούσας Προσφυγής είναι η απόφαση του Υπουργείου Υγείας («η Αναθέτουσα Αρχή») ημερ. 21.1.2016 με την οποία η προσφορά των Αιτητών για το Διαγωνισμό με αριθμό Σ.Υ. 48/15, «Προσφορά για την αγορά *Επικαλυμμένων Νάρθηκων Στεφανιαίας Αγγειοπλαστικής με φάρμακο για τις ανάγκες των επεμβατικών καρδιολογικών εργαστηρίων*» δεν επιλέγηκε σε σχέση με την Κατηγορία Γ για τον λόγο ότι κρίθηκε εκτός προδιαγραφών και παρουσιάζει ακριβότερη προσφερθείσα τιμή. Ο διαγωνισμός για την εν λόγω κατηγορία κατακυρώθηκε στον οικονομικό φορέα L.G. Biomed Solutions Ltd («η επιτυχούσα») η προσφορά του οποίου ήταν η φθηνότερη και εντός προδιαγραφών.

Ο διαγωνισμός προκηρύχθηκε στις 24.8.2015 στο ηλεκτρονικό σύστημα σύναψης δημοσίων συμβάσεων με ανοικτή διαδικασία και με κριτήριο ανάθεσης την «χαμηλότερη τιμή» υπό την προϋπόθεση ότι πληρούνταν οι όροι και οι τεχνικές προδιαγραφές του Διαγωνισμού. Τελευταία ημερομηνία υποβολής προσφορών μετά από παρατάσεις ορίστηκε η 4.12.2015.

Για την Κατηγορία Γ του Διαγωνισμού υποβλήθηκαν συνολικά 10 προσφορές, μεταξύ των οποίων και η προσφορά των Αιτητών.

Ακολούθησε η αξιολόγηση των προσφορών και η ετοιμασία από την Επιτροπή Αξιολόγησης της Έκθεσης της με εισήγηση την κατακύρωση του διαγωνισμού στην επιτυχούσα. Σύμφωνα με την εκτίμηση κόστους η εν λόγω προσφορά παρουσίαζε μείωση κατά 58,86%, ενώ από την προηγούμενη τιμή αγοράς παρουσίαζε μείωση κατά 63.05%. Η προσφορά των Αιτητών, αντιπροσώπων της κατασκευάστριας εταιρείας MICROPORTFIREHAWK, κρίθηκε ως εκτός προδιαγραφών για τον λόγο ότι δεν πληρούσε τον Ειδικό Όρο 4 των Εγγράφων του Διαγωνισμού και επίσης ήταν όγδοη φθηνότερη υποβληθείσα προσφορά.

Το Συμβούλιο Προσφορών σε συνεδρία του στις 28.12.2015 υιοθέτησε την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης και κατακύρωσε τον Διαγωνισμό για την κατηγορία Γ στην επιτυχούσα.

Οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι ο ειδικός όρος 4 του διαγωνισμού στη βάση του οποίου απορρίφθηκε η προσφορά τους είναι επουσιώδης και συνεπώς δεν έπρεπε να αποκλεισθεί. Η απαίτηση του ειδικού όρου 4, τονίζουν, ο οποίος προβλέπει *«όπως όλα τα προσφερόμενα προϊόντα να περιλαμβάνονται ονομαστικά στις τελευταίες κατευθυντήριες γραμμές και συστάσεις της Ευρωπαϊκής Καρδιολογικής Εταιρείας 2014»* εκτός από το ότι είναι επουσιώδης, θέτει εμπόδια και

περιορισμούς στη διάθεση και έναρξη χρήσεως προϊόντων που φέρουν την σήμανση CE και τα οποία έχουν αποτελέσει αντικείμενο αξιολόγησης και πιστότητας σύμφωνα με τις Οδηγίες και Κανονισμούς της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Επιπρόσθετα, τα προσφερόμενα από τους Αιτητές προϊόντα, εκτός από τη σήμανση CE που φέρουν με τα στοιχεία και τις λεπτομέρειες που δόθηκαν, έδιδαν ισοδύναμη λύση ταύτισης του προσφερόμενου προϊόντος με ότι η Αναθέτουσα Αρχή απαιτούσε. Για στήριξη της επιχειρηματολογίας τους οι Αιτητές παραπέμπουν στις αποφάσεις της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών με αριθμούς 5/2015 *E&E Ιατρικά Ltd v. Υπουργείου Υγείας, Διεύθυνση Αγορών και Προμηθειών* και 40/2013 *Scientronics Ltd v. Φαρμακευτικών Υπηρεσιών*, καθώς και στα άρθρα 23(2) και (4) της Ευρωπαϊκής Οδηγίας 2004/18 και στην παράγραφο 29 (Προσίμιο) της Οδηγίας, η οποία καταργήθηκε και αντικαταστάθηκε από την Οδηγία 2014/24, η οποία όμως υιοθέτησε τις πρόνοιες των πιο πάνω άρθρων.

Σ' ότι αφορά την απόρριψη της προσφοράς τους λόγω ψηλότερης τιμής οι Αιτητές υποστηρίζουν ότι οι υπόλοιπες υποβληθείσες προσφορές είναι υπερβολικά χαμηλές και ότι η Αναθέτουσα Αρχή σύμφωνα με τις αρχές που υιοθετήθηκαν από το Δικαστήριο Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων και ενσωματώθηκαν στην Ευρωπαϊκή

Νομοθεσία έπρεπε να τις ελέγξει. Η προσφορά της επιτυχούσας, αναφέρουν, παρουσιάζει απόκλιση 58,86% από την εκτίμηση κόστους της σύμβασης και η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε να ζητήσει διευκρινίσεις και να απαιτήσει προσκόμιση σχετικών δικαιολογητικών, κάτι το οποίο δεν έγινε ούτε από το Συμβούλιο Προσφορών.

Άλλος λόγος για τον οποίο οι Αιτητές θεωρούν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση θα πρέπει να ακυρωθεί είναι διότι υπήρχε παράβαση της διαφάνειας και του υγιούς ανταγωνισμού. Συγκεκριμένα αναφέρονται στην απουσία των προσφοροδοτών κατά τη διαδικασία αποσφράγισης των προσφορών. Με παραπομπή σε απόφαση του ΔΕΚ, C-359/93 *Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών* και στο Παράρτημα VII της Ευρωπαϊκής Οδηγίας 2004/18, υποστήριξαν ότι στην προκήρυξη ανοικτού διαγωνισμού θα πρέπει να αναγράφονται τα πρόσωπα που επιτρέπεται να παρίστανται κατά την αποσφράγιση των προσφορών όσο και η ημερομηνία, ο χώρος και η ώρα αποσφράγισης τους. Στην προκήρυξη του διαγωνισμού, υπέδειξαν, καίτοι αναγράφεται ημερομηνία ανοίγματος των προσφορών, αναφορικά με τα πρόσωπα στα οποία θα επιτραπεί να παραστούν σημειώνεται «όχι».

Περαιτέρω οι Αιτητές θεωρούν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί και λόγω μη τήρησης άρτιων πρακτικών. Από τους διοικητικούς φακέλους, τονίζουν, δεν φαίνεται αν η Επιτροπή Σύνταξης Προδιαγραφών τοποθετήθηκε αναφορικά με αιτούμενες τροποποιήσεις όρων και προδιαγραφών από οικονομικούς φορείς. Επίσης δεν τηρήθηκαν πρακτικά για τις αποφάσεις που λήφθηκαν σε σχέση με τα ερωτήματα των οικονομικών φορέων. Με την απουσία των πιο πάνω καταλήγουν, υπάρχει παραβίαση της αρχής της διαφάνειας, της δέουσας έρευνας και αιτιολογίας και η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί. (Βλέπε άρθρο 24(1) του Ν.158(Ι)/1999, *Αντώνη Ράφτη ν. Κυπριακής Δημοκρατίας* (2002) 3 Α.Α.Δ.)

Ως τελευταίο λόγο για ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης οι Αιτητές προβάλλουν θέμα ασυμβίβαστου. Ειδικότερα αναφέρουν ότι κατά παράβαση του άρθρου 22 της ΚΔΠ 201/2007 περί Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών και για Συναφή Θέματα τα μέλη της Επιτροπής Σύνταξης Προδιαγραφών είναι τα ίδια με τα μέλη της Επιτροπής Αξιολόγησης.

Η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτει όλους τους λόγους ακυρότητας που προβάλλουν οι Αιτητές. Το έννομο συμφέρον των Αιτητών αναφέρει να καταχωρήσουν την

παρούσα προσφυγή περιορίζεται μόνον ως προς το κατά πόσον η προσφορά τους νόμιμα αποκλείστηκε, εφόσον προσφοροδότης του οποίου η προσφορά δεν είναι σύμφωνη με τους όρους της προκήρυξης είναι άκυρη, και ο ίδιος στερείται εννόμου συμφέροντος να προσβάλει την κατακύρωση σε άλλη έγκυρη προσφορά.

Σ' ότι αφορά τον Ειδικό Όρο 4, αυτός, υποστηρίζει, είναι ουσιώδης. Τόσο η φύση του Όρου (Τεχνικές Προδιαγραφές), ο τρόπος γραφής του, είναι τονισμένος με μαύρα γράμματα, αλλά και το λεκτικό του σε σχέση με το αντικείμενο του διαγωνισμού, φανερώνουν το ουσιώδες του. Ο εν λόγω όρος εμπεριέχεται στο Ειδικό Έντυπο 5 το οποίο κάθε προσφοροδότης κλήθηκε να συμπληρώσει, τιτλοφορείται ως *«ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΚΑΙ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ ΜΕ ΤΙΣ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ»* και που αν διαβαστεί σε συνδυασμό με το *«ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ: ΟΡΟΙ ΕΝΤΟΛΗΣ – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ»* αβίαστα οδηγεί στο συμπέρασμα ότι η τήρηση του είναι αναντίλεκτα υποχρεωτική προκειμένου μια προσφορά να γίνει εκ πρώτης όψεως αποδεκτή. Άλλωστε ως θέμα γενικής αρχής, η κρίση της διοίκησης σε θέματα τεχνικής φύσεως ή ειδικών γνώσεων είναι ανέλεγκτη.

Ούτε, ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι ο όρος είναι παράνομος ως περιορίζων τη χρήση προϊόντων με σήμανση CE ευσταθεί. Οι Αιτητές από τη στιγμή που δεν

αμφισβήτησαν την νομιμότητα του εν λόγω όρου ως παράνομου, αλλά υπέβαλαν αδιαμαρτύρητα προσφορά και/ή χωρίς επιφύλαξη, παρά την απόρριψη αιτήματος τους για τροποποίηση του, φανερώνει ότι αποδέχτηκαν και/ή συμφώνησαν με τους όρους του Διαγωνισμού. Στην παρούσα περίπτωση, ανέφερε, τυγχάνει εφαρμογής το δόγμα της επιδοκίμασίας – αποδοκίμασίας.

Ανεξάρτητα από τα πιο πάνω η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτει και τους ισχυρισμούς ότι ο Ειδικός Όρος 4 έρχεται σε αντίθεση με το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Οι περιορισμοί στο εμπόριο και στην ελεύθερη κυκλοφορία προϊόντων, ανέφερε, επιτρέπονται όταν αυτοί δικαιολογούνται για λόγους ποιότητας και ασφάλειας του προϊόντος. Υποστηρίζει ότι η πλέον αξιόπιστη αρχή και/ή οργανισμός αναφορικά με την ποιότητα και/ή ασφάλεια συναφών με τα προσφερόμενα προϊόντα του Διαγωνισμού είναι η Ευρωπαϊκή Καρδιολογική Εταιρεία. Εάν οι Αιτητές διαφωνούσαν με τον όρο έπρεπε να τον αμφισβητήσουν με προσφυγή ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών και όχι μετά που υπέβαλαν αδιαμαρτύρητα προσφορά.

Σ' ότι αφορά τα στοιχεία τα οποία επικαλέστηκαν οι Αιτητές ότι αποδεικνύουν ισοδύναμη λύση και/ή μέτρο ταύτισης του προσφερόμενου με όσα απαιτούνται, η Αναθέτουσα Αρχή ανέφερε ότι δεν μπορεί να στηριχτεί σε προϊόντα όπου γίνεται

απλά αναφορά αξιολόγησης και σύστασης από γιατρούς της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η δε πιστοποίηση CE, που επικαλούνται οι Αιτητές, αποτελεί υποχρεωτικό Ειδικό Όρο του Διαγωνισμού (Ειδικός όρος 7). Συνεπώς δεν αποτελεί ισοδύναμη λύση ταύτισης η εισήγηση των Αιτητών και ορθά η Αναθέτουσα Αρχή δεν την αποδέχτηκε για σκοπούς εξέτασης στη θέση του Ειδικού Όρου 4.

Η Αναθέτουσα Αρχή υποστηρίζει ότι, η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών δεν πρέπει να προβεί σε εξέταση οιασδήποτε επιπρόσθετων ζητημάτων που θέτουν οι Αιτητές εφόσον η προσφορά τους είναι εκτός προδιαγραφών.

Περαιτέρω σε περίπτωση που ήθελε κριθεί ότι οι Αιτητές έχουν έννομο συμφέρον, η Αναθέτουσα Αρχή υποστηρίζει ότι το κατά πόσο μια προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή είναι ζήτημα πραγματικό και αρμόδια να αποφασίσει γι' αυτό είναι η Αναθέτουσα Αρχή σύμφωνα με την παράγραφο 46 του προοιμίου της Οδηγίας 2004/18 και την *A.E. 153/2009, Logicom Public Ltd v. Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών κ.α*, ημερομηνίας 14.1.2014.

Με δεδομένο ότι τα προσφερόμενα προϊόντα συστήνονται στις τελευταίες συστάσεις της Ευρωπαϊκής Καρδιολογικής Εταιρείας (2014) η προσφορά της επιτυχούσας δεν ήταν ασυνήθιστα και/ή αδικαιολόγητα χαμηλή (€174.00 ανά

τεμάχιο). Ο λόγος που δεν έκρινε σκόπιμο να ζητήσει διευκρινίσεις αναφορικά με την προσφερθείσα τιμή ήταν γιατί έκρινε ότι δεν ήταν ασυνήθιστα χαμηλή λαμβανομένων υπόψη και των τιμών των προσφορών των υπολοίπων οικονομικών φορέων. Οι δε μειώσεις που παρουσιάζονται σε σχέση με προηγούμενες τιμές αγοράς δεν παραβλέφθηκαν. Λήφθηκε όμως υπόψη ο μεγάλος αριθμός προσφορών που υποβλήθηκαν, γεγονός που αντικατοπτρίζει τον ανταγωνισμό.

Η Αναθέτουσα Αρχή σε απάντηση των ισχυρισμών των Αιτητών για παράβαση των αρχών της διαφάνειας και του υγιούς ανταγωνισμού ανέφερε ότι οι Αιτητές εάν επιθυμούσαν να παραστούν, μπορούσαν να υποβάλουν εισηγήσεις/σχόλια επί των εγγράφων του διαγωνισμού πράγμα που δεν έπραξαν. Στην προκήρυξη του διαγωνισμού καταγράφεται ότι δεν γίνεται αποδεκτή η παρουσία προσφοροδοτών στην αποσφράγιση των προσφορών (Όρος 9.1 -«*ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΔΙΕΝΕΡΓΕΙΑΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ*»).

Ούτε ο ισχυρισμός για μη τήρηση άρθρων πρακτικών από την Επιτροπή Σύνταξης Προδιαγραφών κατά την Αναθέτουσα Αρχή ευσταθεί. Από το διοικητικό φάκελο προκύπτει ότι η Αναθέτουσα Αρχή συμμορφώθηκε με το άρθρο 49 του Ν. 12(Ι)/2006. Κατόπιν σχολίων και εισηγήσεων από διάφορους οικονομικούς φορείς προγραμματίσει συναντήσεις με την Επιτροπή Σύνταξης Προδιαγραφών για μελέτη

των εν λόγω σχολίων, ακολούθησε δε η ανάρτηση των Διορθωτικών Εγγράφων στο ηλεκτρονικό σύστημα Δημοσίων Συμβάσεων.

Αβάσιμος, ανέφερε η Αναθέτουσα Αρχή είναι και ο ισχυρισμός των Αιτητών περί ασυμβίβαστης συμμετοχής μέλους της Επιτροπής Αξιολόγησης. Τα πρόσωπα τα οποία διορίστηκαν στην Επιτροπή Σύνταξης Προδιαγραφών διορίστηκαν και στην Επιτροπή Αξιολόγησης ακριβώς λόγω της εξειδίκευσής τους στα ζητούμενα επεμβατικά αναλώσιμα. Η Επιτροπή Αξιολόγησης προέβη σε εισηγήσεις μόνο μέσα στα πλαίσια της αξιολόγησης των προσφορών. Αρμόδιο όργανο για τη λήψη της απόφασης κατακύρωσης του διαγωνισμού είναι το Συμβούλιο Προσφορών όπως και έγινε στην παρούσα περίπτωση.

Ο Ειδικός Όρος 4 αφορά σε τεχνικές προδιαγραφές του Διαγωνισμού και προβλέπει ότι□

«Οι ενδιαφερόμενοι Οικονομικοί Φορείς θα πρέπει να υποβάλουν στοιχεία για τη χρησιμοποίηση των προϊόντων τους σε ανάλογα κέντρα ή κλινικές στην Κύπρο ή άλλες χώρες της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Η Αναθέτουσα Αρχή έχει το δικαίωμα να αξιολογήσει και να αποφασίσει για την καταλληλότητα των προσφερόμενων προϊόντων με βάση 24μηνια δημοσιεύματα ή/και κλινικά αποτελέσματα ή/και άλλη διεθνή βιβλιογραφία τα οποία θα πρέπει να υποβληθούν με την προσφορά του κάθε Οικονομικού Φορέα. Όλα τα προσφερόμενα προϊόντα (επικαλυμμένοι νάρθηκες με φάρμακο) θα πρέπει να περιλαμβάνονται ονομαστικά στις τελευταίες κατευθυντήριες γραμμές και συστάσεις της Ευρωπαϊκής Καρδιολογικής Εταιρείας (2014).

Τα υποβληθέντα είδη θα πρέπει να έχουν Κλινική χρήση βασισμένα σε πολλαπλές τυχαιοποιημένες μελέτες με πρωτογενή κλινικά καταληκτικά αποτελέσματα».

Οι Αιτητές στις 2.10.2015 με επιστολή τους προς την Αναθέτουσα Αρχή σε σχέση με τον ειδικό όρο 4 ανέφεραν τα εξής:

«Σύμφωνα με τον ειδικό όρο 4:

ΧΡΗΣΗ ΕΠΙΚΑΛΥΜΜΕΝΩΝ ΝΑΡΩΗΚΩΝ ΣΕ ΑΛΛΑ ΚΕΝΤΡΑ Ή ΚΛΙΝΙΚΕΣ

Οι ενδιαφερόμενοι Οικονομικοί Φορείς θα πρέπει να υποβάλουν στοιχεία για τη χρησιμοποίηση των προϊόντων τους σε ανάλογα κέντρα ή κλινικές στην Κύπρο ή άλλες χώρες της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Η Αναθέτουσα Αρχή έχει το δικαίωμα να αξιολογήσει και να αποφασίσει για την καταλληλότητα των προσφερόμενων προϊόντων με βάση 24μηνια δημοσιεύματα ή/και κλινικά αποτελέσματα ή/και άλλη διεθνή βιβλιογραφία τα οποία θα πρέπει να υποβληθούν με την προσφορά του κάθε Οικονομικού Φορέα. Όλα τα προσφερόμενα προϊόντα (επικαλυμμένοι νάρθηκες με φάρμακο) θα πρέπει να περιλαμβάνονται ονομαστικά στις τελευταίες κατευθυντήριες γραμμές και συστάσεις της Ευρωπαϊκής Καρδιολογικής Εταιρείας (2014).

Θα θέλαμε να σας ενημερώσουμε πως η Κατασκευάστρια Εταιρεία κατέχει πιστοποίηση CE από τον Ιανουάριο του 2015, παρόλα αυτά όμως δεν έχει ακόμα πωλήσεις σε χώρες της Ασίας, Κίνας και Λατινικής Αμερικής. Επίσης το Δεκέμβριο 2015 θα γίνουν κλινικές δοκιμές όπου θα εμπλακούν 20 κέντρα της Ευρωπαϊκής Καρδιολογικής Εταιρείας (2014). Όμως τα προσφερόμενα προϊόντα έχουν χρησιμοποιηθεί από γιατρούς της Ευρωπαϊκής Ένωσης οι οποίοι μπορούν να μας δώσουν αναφορά αξιολόγησης και σύστασης για τα προσφερόμενα προϊόντα. Παρακαλούμε όπως γίνουν οι πιο κάτω αλλαγές (οι αλλαγές φαίνονται υπογραμμισμένες) στον Ειδικό όρο 4:

Οι ενδιαφερόμενοι Οικονομικοί Φορείς θα πρέπει να υποβάλουν στοιχεία για τη χρησιμοποίηση των προϊόντων τους σε ανάλογα κέντρα ή κλινικές στην Κύπρο ή άλλες χώρες της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή άλλες χώρες της Ασίας, Κίνας και Λατινικής Αμερικής.

Η Αναθέτουσα Αρχή έχει το δικαίωμα να αξιολογήσει και να αποφασίσει για την καταλληλότητα των προσφερόμενων προϊόντων με βάση 24μηνια δημοσιεύματα ή/και κλινικά αποτελέσματα ή/και άλλη διεθνή βιβλιογραφία τα οποία θα πρέπει να υποβληθούν με την προσφορά του κάθε Οικονομικού Φορέα. Όλα τα προσφερόμενα προϊόντα (επικαλυμμένοι νάρθηκες με φάρμακο) θα πρέπει να περιλαμβάνονται ονομαστικά στις τελευταίες κατευθυντήριες γραμμές και συστάσεις της Ευρωπαϊκής Καρδιολογικής Εταιρείας (2014). Γίνονται και αποδεκτές αναφορές αξιολόγησης και σύστασης για τα προσφερόμενα προϊόντα από γιατρούς της Ευρωπαϊκής Ένωσης.»

Σημειώνουμε εδώ ότι στο αντίγραφο της προσφοράς που οι Αιτητές επεσύναψαν στην Προσφυγή τους περιλαμβάνεται επιστολή ημερ. 10.9.2015 η οποία προφανώς επισυνάφθηκε ως η επιστολή που στάληκε στην Αναθέτουσα Αρχή η οποία όμως εκτός από την ημερομηνία η οποία είναι διαφορετική διαφέρει και ως προς το σημείο που αφορά τον Ειδικό Όρο 4. Συγκεκριμένα η τελευταία αναφορά στην επιστολή τους διαφοροποιείται ως εξής:

«Όλα τα προσφερόμενα προϊόντα (επικαλυμμένοι νάρθηκες με φάρμακο) θα πρέπει να περιλαμβάνονται ονομαστικά στις τελευταίες κατευθυντήριες γραμμές και συστάσεις της Ευρωπαϊκής Καρδιολογικής Εταιρείας (2014) και να υποβληθεί με την Υπογραφή της Σύμβασης.»

Η πιο πάνω βέβαια διαπίστωση μας δεν επηρεάζει καθ' οιονδήποτε τρόπο την κατάληξη μας, σημειώθηκε όμως έτσι ώστε στο μέλλον να μην τίθενται ενώπιον μας έγγραφα άλλα από τα έγγραφα που περιλαμβάνονται στους διοικητικούς φακέλους.

Το αίτημα τους απορρίφθηκε και οι ίδιοι στις 4.12.2015 τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών υπέβαλαν την προσφορά τους χωρίς οποιαδήποτε επιφύλαξη. Ειδικότερα στην επιστολή τους ημερ. 4.12.2015 που περιλαμβάνεται στην υποβληθείσα προσφορά τους δηλώνουν ρητά ότι «*αποδεχόμαστε όλους τους όρους των εγγράφων της προσφοράς*». Εις δε το Έντυπο 1 ΕΝΤΥΠΟ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ανέφεραν τα εξής:

«Αφού μελετήσαμε τα Έγγραφα Διαγωνισμού και αφού έχουμε αποκτήσει πλήρη αντίληψη του Αντικείμενου της Σύμβασης, εμείς οι υποφαινόμενοι, αναλαμβάνουμε να υλοποιήσουμε το Αντικείμενο της Σύμβασης, σύμφωνα με τα Έγγραφα Διαγωνισμού και τη συνημμένη Τεχνική Προσφορά μας και με την τιμή που δηλώνουμε στην Οικονομική Προσφορά μας».

Στη *Δημοκρατία ν. China Wanbao Engineering Corporation (2000) 3 AAD* σελ. 406 στην οποία τέθηκε ζήτημα ότι η αιτήτρια η οποία υπέβαλε προσφορά σύμφωνα με τους περί Αποθηκών Κανονισμούς χωρίς διαμαρτυρία εμποδίζεται και/ή δεν έχει έννομο συμφέρον να προβάλει ως λόγο ακύρωσης τη

συνταγματικότητα των Κανονισμών τους οποίους η ίδια εκμεταλλεύτηκε προκειμένου να υποβάλει προσφορά, λέχθηκαν τα εξής:

*«Έχουμε την άποψη, με κάθε εκτίμηση προς το συνάδελφο που επιλήφθηκε της υπόθεσης πρωτόδικα, ότι δεδομένης της εν προκειμένω συμμετοχής της αιτήτριας στο διαγωνισμό, αυτή δεν μπορούσε να προβάλει μετ' εννόμου συμφέροντος ζήτημα αντισυνταγματικότητας των εν λόγω Κανονισμών. Αποκομίζοντας το όφελος της συμμετοχής στη διαδικασία δεν μπορούσε εν συνεχεία, επειδή η προσδοκία της δεν πραγματοποιήθηκε, να επιδιώξει τη μηδένιση της διαδικασίας. Δηλαδή, να επιδοκιμάζει και να αποδοκιμάζει: βλ. την απόφαση της Πλήρους Ολομέλειας στην **Ηλία κ.ά. ν. Δημοκρατίας** (1999) 3 Α.Α.Δ. 884, όπως και την πιο πρόσφατη απόφαση της Ολομέλειας στην υπόθεση **Κυπριακό Διύλιστηρίο Πετρελαίου Ατδ ν. Δήμου Λάρνακας κ.ά.** (2000) 3 Α.Α.Δ. 345. Σε σχέση, πιο συγκεκριμένα, με το υπό αναφορά ζήτημα η Ολομέλεια πρόσφατα στην **Αναστασίου ν. Δήμου Παραλιμνίου** (2000) 3 Α.Α.Δ. 339, επιδοκίμασε την ακόλουθη υπόμνηση στην οποία είχε προβεί ο Κωνσταντινίδης Δ. στην **Αναστασίου ν. Κ.Ο.Τ.**, Υπόθ. Αρ. 571/95, ημερ. 16 Σεπτεμβρίου 1996:*

"Όχι μόνο η προσφυγή αλλά και οι λόγοι ακυρότητας πρέπει να προβάλλονται "μετ' εννόμου συμφέροντος" για να είναι παραδεκτοί."».

Επίσης σε σχέση με το ζήτημα του εννόμου συμφέροντος στο σύγγραμμα Γλυκερίας Π. Σιούτη «Το Έννομο Συμφέρον στην Αίτηση Ακυρώσεως» αναφέρονται τα εξής:

«Το έννομο συμφέρον αιτούντος για την ακύρωση διακήρυξης δημόσιου πλειοδοτικού διαγωνισμού έχει εκλείψει, εφόσον αυτός μετείχε στο διαγωνισμό, χωρίς να διατυπώσει επιφυλάξεις για το κύρος της προκήρυξης. Αντιθέτως, με έννομο συμφέρον πλήττει όρο της διακήρυξης εταιρία, που συμμετείχε στον διαγωνισμό, αλλά είχε υποβάλει εγκαίρως εξώδικη δήλωση αμφισβητώντας τη νομιμότητα του όρου αυτού (ΣτΕ 1435/88)».

Πανομοιότυπο ζήτημα εξετάστηκε στην *Κυπριακή Δημοκρατία κ.ά. ν. Pharment*

Ltd (2011) 3 AAD σελ. 1 όπου αναφέρονται τα εξής:

«Η Εφεσίβλητη, με επιστολή της ημερομηνίας 28.2.2006 προς την αναθέτουσα αρχή, υπέβαλε ένσταση αναφορικά με την νομιμότητα του όρου. Η αναθέτουσα αρχή με απάντησή της ημερ. 28.7.2006 απέρριψε τη σχετική ένσταση. Στη συνέχεια, η Εφεσίβλητη υπέβαλε προσφορά και υπέγραψε τη Δήλωση Συμμόρφωσης Προσφέροντος, με την οποία αποδεχόταν ανεπιφύλακτα όλους τους όρους και πρόνοιες των εγγράφων του διαγωνισμού. Με την προσφυγή που είχαν καταχωρήσει, ζητούσε ακύρωση της κατακύρωσης της προσφοράς στο ενδιαφερόμενο μέρος αντί στην ίδια.

Οι Εφεσείουσες προβάλλουν τον ισχυρισμό ότι η Εφεσίβλητη θα μπορούσε να υποβάλει ιεραρχική προσφυγή εναντίον του εν λόγω όρου, με βάση το Άρθρο 56(10)(γ) του νόμου, και εφόσον παρέλειψε να το πράξει, δεν μπορεί τώρα να εγείρει τέτοιο ισχυρισμό.

Ο λόγος έφεσης ευσταθεί. Διαφωνούμε με την κατάληξη του πρωτόδικου δικαστηρίου ότι δεν μπορεί να ισχύει στην παρούσα υπόθεση το δόγμα της αποδοκιμασίας και επιδοκιμασίας. Η Εφεσίβλητη είχε υποβάλει ένσταση εναντίον του σχετικού όρου, η οποία απορρίφθηκε. Το γεγονός ότι μετά την απόρριψη της ένστασής της, η Εφεσίβλητη υπέβαλε την προσφορά της χωρίς να υποβάλει οποιαδήποτε διαμαρτυρία της, στερεί το δικαίωμα να προβάλει, μετά την κατακύρωση της προσφοράς στο ενδιαφερόμενο μέρος, παρανομία του όρου».

Στην παρούσα περίπτωση οι Αιτητές μετά την απόρριψη του αιτήματος τους όχι μόνο δεν αμφισβήτησαν τη νομιμότητα του συγκεκριμένου όρου με προσφυγή ενώπιον μας, όπως είχαν κάθε δικαίωμα, αλλά υπέβαλαν προσφορά αποδεχόμενοι πλήρως τους όρους του διαγωνισμού. Οι ενέργειες των Αιτητών θεωρούμε ότι τους εμποδίζουν να αμφισβητούν εκ των υστέρων τόσο τη νομιμότητα του Ειδικού Όρου 4 όσο και τη νομιμότητα της προκήρυξης στην οποία δεν γινόταν αναφορά

σε δυνατότητα να είναι παρόντες κατά το άνοιγμα των προσφορών. Δεν μπορούν από τη μια με την υποβολή προσφοράς να επιδοκιμάζουν τη διαδικασία και από την άλλη να την αποδοκιμάζουν προβάλλοντας το παράνομο της.

Η πιο πάνω κατάληξη μας καθιστά τους λόγους που προβάλλουν για ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης άνευ αντικειμένου και/ή την εξέτασή τους θεωρητική.

Με βάση όλα τα πιο πάνω αποφασίζουμε ομόφωνα την απόρριψη της προσφυγής.