



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. 39/2016

Μεταξύ:

ELINCOU DIAGNOSTICS LTD

Αιτητών

v.

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΥΓΕΙΑΣ, ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΑΓΟΡΩΝ ΚΑΙ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ για
Ιατρικές Υπηρεσίες και Υπηρεσίες Δημόσιας Υγείας

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτητές:

ELINCOU DIAGNOSTICS LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Ανδρέα Κλεάνθους, Δικηγόρο
2. Νίκο Κουρκουλή, Διευθυντή αιτούσας εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΥΓΕΙΑΣ, ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΑΓΟΡΩΝ ΚΑΙ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ
για Ιατρικές Υπηρεσίες και Υπηρεσίες Δημόσιας Υγείας

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Ειρήνη Νεοφύτου, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. Χρίστο Περικλέους, Μέλος Επιτροπής Αξιολόγησης
3. Γιώργο Μιτή, Μέλος Επιτροπής Αξιολόγησης

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 13 Δεκεμβρίου, 2016

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Με την παρούσα προσφυγή η εταιρεία ELINCOU DIAGNOSTICS LTD («οι Αιτητές») ζητούν την ακύρωση της απόφασης του Υπουργείου Υγείας, Διεύθυνση Αγορών και Προμηθειών για Ιατρικές Υπηρεσίες και Υπηρεσίες Δημόσιας Υγείας («η Αναθέτουσα Αρχή») να κατακυρώσει την προσφορά για την «Αγορά αντιδραστηρίων για τον έλεγχο του επιπέδου βιταμίνης Δ στο αίμα, για τις ανάγκες των ανοσολογικών εργαστηρίων των Γενικών Νοσοκομείων Λευκωσίας, Λεμεσού και Λάρνακας» μέσω της διαδικασίας διαπραγμάτευσης στην εταιρεία C & V Kritikos Suppliers Ltd («ο επιτυχών»). Ζητούν επίσης όπως η υπογραφείσα αριθμός 17/16 Σύμβαση κηρυχθεί ανενεργή.

Η Αναθέτουσα Αρχή διενήργησε τον υπό εξέταση Διαγωνισμό με τη διαδικασία διαπραγμάτευσης με τον επιτυχόντα χωρίς δημοσίευση για την προμήθεια αντιδραστηρίων ελέγχου της Βιταμίνης Δ στα ανοσολογικά εργαστήρια των πόλεων Λευκωσίας, Λεμεσού και Λάρνακας στις οποίες βρίσκεται εγκατεστημένος ο εξοπλισμός ο οποίος έχει την δυνατότητα διενέργειας αυτής της ανάλυσης.

Σύμφωνα με τα γεγονότα στις 22.10.2015 παραλήφθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή επιστολή του Διευθυντή των Ιατρικών Υπηρεσιών και Υπηρεσιών Δημόσιας

Υγείας, στην οποία αναφέρετο ότι τα αντιδραστήρια για την διεκπεραίωση της εξέτασης για τη Βιταμίνη Δ θα εξαντληθούν μέσα στον επόμενο μήνα.

Μετά από σχετικά αιτήματα στο Συμβούλιο Προσφορών του Υπουργείου Υγείας («το Συμβούλιο Προσφορών») για να εγκριθεί διενέργεια διαγωνισμού με τη διαδικασία διαπραγμάτευσης, το Συμβούλιο Προσφορών το οποίο είχε κατ' επανάληψη αναβάλει τη συζήτηση του θέματος, στις 7.6.2016 σε συνεδρία του αφού μελέτησε το αίτημα της Αναθέτουσας Αρχής ενέκρινε ομόφωνα τη διενέργεια διαγωνισμού με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης.

Στις 14.6.2016 στάλθηκαν με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο τα έγγραφα του διαγωνισμού, στον επιτυχόντα και η ημερομηνία υποβολής της προσφοράς καθορίστηκε η 16.6.2016.

Στις 17.6.2016 ολοκληρώθηκε η Έκθεση Αξιολόγησης του διαγωνισμού και σε συνεδρία του το Συμβούλιο Προσφορών στις 21.6.2016 αποφάσισε την κατακύρωση της προσφοράς σύμφωνα με την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης.

Στις 30.6.2016 η Αναθέτουσα Αρχή μέσω του συστήματος e-procurement δημοσίευσε προκήρυξη για λόγους εκούσιας εκ των προτέρων διαφάνειας για την

ανάθεση της σύμβασης με διαπραγμάτευση χωρίς προκήρυξη. Ακολούθως στις 12.7.2016 λήφθηκε επιστολή από τους Αιτητές με την οποία διαμαρτύροντο για τη διαδικασία που ακολουθείτο και στις 28.7.2016 υπογράφηκε η Σύμβαση με Αρ.193/2016 με τον επιτυχόντα.

Οι Αιτητές υποστηρίζουν ότι η Αναθέτουσα Αρχή προχώρησε σε διαδικασία διαπραγμάτευσης με τον επιτυχόντα χωρίς να προβεί σε δέουσα έρευνα. Αναφέρουν ότι ούτε το αίτημα της Αναθέτουσας Αρχής για προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση αιτιολογείται αλλά ούτε και η απόφαση για έγκριση του από το Συμβούλιο Προσφορών. Ενώ, αναφέρουν, στην προκήρυξη του Διαγωνισμού σημειώνεται ως αιτιολογία για την επιλογή της διαδικασίας με διαπραγμάτευση ότι *«Τα έργα/ αγαθά/ υπηρεσίες μπορούν να εκτελεστούν/ παραδοθούν/ παρασχεθούν μόνον από συγκεκριμένο υποψήφιο για λόγους τεχνικούς»* (άρθρο 33(α) (ii) του Ν.12(I)/2006 – αντίστοιχο άρθρο 31(1)(β) της Οδηγίας 18/2004/EK), στην ίδια σελίδα της προκήρυξης ως λοιπές αιτιολογήσεις αναφέρεται ότι *«Η αλλαγή προμηθευτή θα υποχρέωνε την Αναθέτουσα Αρχή να αποκτήσει προμήθειες με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά, τα οποία θα προκαλούσαν ασυμβατότητα ή δυσανάλογες τεχνικές δυσχέρειες στη χρήση και τη συντήρηση»* (άρθρο 33(β)(ii) του Ν.12(I)/2006 – αντίστοιχο άρθρο 31(2)(β) της Οδηγίας 18/2004/EK). Οι Αιτητές υποστηρίζουν ότι εάν η Αναθέτουσα Αρχή ερευνούσε θα διαπίστωνε ότι δεν υπήρχε μόνο ένας οικονομικός φορέας που μπορούσε να

αναλάβει την εκπλήρωση της σύμβασης. Η ελλιπής έρευνα της Αναθέτουσας Αρχής προκύπτει από το γεγονός ότι ενώ γνώριζε από άλλους παρόμοιους διαγωνισμούς την δυνατότητα των Αιτητών να προσφέρουν την εξέταση της Βιταμίνης Δ δεν ήλθε σε επαφή μαζί τους ούτε τους ρώτησε. Υποστηρίζουν ότι από το διοικητικό φάκελο και την επιστολή ημερομηνίας 19.5.2016 στην οποία γίνεται επίκληση του άρθρου 33(β) (ii) του Ν.12(I)/2006 δεν προκύπτει ότι η αλλαγή προμηθευτή θα υποχρέωνε την Αναθέτουσα Αρχή να προμηθευτεί υλικό με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά. Επομένως, με βάση τα στοιχεία του φακέλου κατά το χρόνο λήψης της απόφασης δεν δικαιολογείται η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής να προσφύγει στην διαδικασία διαπραγμάτευσης. Η συμπεριφορά αυτή της Αναθέτουσας Αρχής αντίκειται στις αρχές της χρηστής διοίκησης και καλής πίστης και/ή προστατευμένης εμπιστοσύνης του διοικουμένου. Με παραπομπή στις επιστολές της Αναθέτουσας Αρχής με ημερομηνίες 17.2.2016, 19.2.2016, 24.2.2016 και 19.5.2016 καθώς και στις σχετικές αποφάσεις του Συμβουλίου Προσφορών επί των εν λόγω αιτημάτων υποστηρίζουν ότι οι διαφορετικές κάθε φορά νομικές βάσεις για προσφυγή σε διαδικασία με διαπραγμάτευση φανερώνουν σκοπιμότητα στις ενέργειες της.

Η Αναθέτουσα Αρχή, αναφέρουν, καίτοι στα πλαίσια του αιτήματος της 19.5.2016 για έγκριση από το Συμβούλιο Προσφορών για προσφυγή με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση βάσισε το αίτημα της στο άρθρο 29(3) (ii) του Ν. 73(I)/2016 και στο

Διαγωνισμό με αρ. Γ.Τ. 54/16 που είχε κατακυρωθεί στον επιτυχόντα, η προσφορά του επιτυχόντα για τον εν λόγω διαγωνισμό δεν υπήρχε ενώπιον του Συμβουλίου Προσφορών και ως εκ τούτου δεν μπορεί να δικαιολογηθεί η αναγκαιότητα για την έγκριση του αιτήματος αλλά ούτε η κρίση του Συμβουλίου Προσφορών για κατακύρωση της παρούσας προσφοράς στον επιτυχόντα. Επιπλέον, η Αναθέτουσα Αρχή στα πλαίσια προώθησης του αιτήματος της (επιστολή ημερ. 19.2.2016) αναφέρει ότι θα διαπραγματευτεί μείωση ποσοστού 10% στην προηγούμενη τιμή, η οποία δεν αναφέρεται, ενώ η τιμή ανά test που στοχεύει αναφέρει ότι είναι κατά 21% χαμηλότερη από τη δηλωμένη τιμή του επιτυχόντα που και πάλι δεν υπάρχει στον διοικητικό φάκελο.

Οι Αιτητές αναφέρουν επίσης ότι η Αναθέτουσα Αρχή καίτοι έλαβε επιστολή από τους ίδιους ημερ. 12.7.2016 και επιστολή από τον Γενικό Ελεγκτή ημερ. 22.7.2016 για το υπό εξέταση ζήτημα, επέλεξε να μην απαντήσει και προχώρησε με την υπογραφή της Σύμβασης στις 28.7.2016.

Με αναφορά στην Οδηγία 2004/18/EK και την εθνική νομοθεσία υποστήριξαν ότι η Αναθέτουσα Αρχή είναι υποχρεωμένη να ορίζει ρητά ως κριτήριο ανάθεσης είτε τη χαμηλότερη τιμή είτε την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά (όπου υπάρχουν και κριτήρια). Συνεπώς στην παρούσα περίπτωση όπου ως προϋπολογιζόμενη δαπάνη τέθηκε το ποσό των €402.000, η Αναθέτουσα Αρχή

δεν έπρεπε να αποδεχθεί την προσφορά του επιτυχόντα που ήταν υψηλότερη (€405.000) αλλά έπρεπε να προβεί στις δέουσες ενέργειες για εντοπισμό πιο φθηνού οικονομικού φορέα.

Η διοίκηση είναι υποχρεωμένη να εξασφαλίζει την ευρύτερη δυνατή δημοσιότητα των αποφάσεων και των ενεργειών της. Οι διαπραγματεύσεις πρέπει να διοργανώνονται με τρόπο που να αποκλείεται η προνομιακή μεταχείριση ενός υποψηφίου. Η Αναθέτουσα Αρχή με βάση τα πιο πάνω ακολούθησε μια διαδικασία που δεν εξασφάλιζε την αρχή της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών και την αρχή της διαφάνειας.

Ως εκ των ανωτέρω είναι η θέση τους ότι η παρούσα σύμβαση πρέπει να κηρυχθεί ανενεργός για το λόγο ότι δεν τηρήθηκαν οι προϋποθέσεις που θέτει το άρθρο 29 του Ν.104(Ι)/2010. Ούτε στοιχειοθετείται οποιοσδήποτε λόγος εφαρμογής των προνοιών του άρθρου 28 του Νόμου 104(Ι)/2010 διότι η Αναθέτουσα Αρχή έχει στη διάθεση της διάφορες νόμιμες διαδικασίες για αντιμετώπιση επειγόντων θεμάτων που δυνατόν να προκύψουν κατά τη διάρκεια της χρονικής περιόδου που μεσολαβεί από την λήξη της παρούσας και έναρξης μιας νέας. Με την εγκατάσταση των νέων αναλυτών θα μπορούσαν να καλυφθούν οι ανάγκες αυτές και μπορεί η Αναθέτουσα Αρχή σύντομα να κινήσει τις διαδικασίες ανοιχτού διαγωνισμού (βλ. επιστολές της Αναθέτουσας Αρχής ημερομηνίας 19.2.2016 και 19.5.2016).

Η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτοντας τους ισχυρισμούς των Αιτητών για απουσία δέουσας έρευνας αναφέρει ότι έγινε έρευνα αγοράς από τον επιτυχόντα και δύο άλλες εταιρείες που δραστηριοποιούνται στον τομέα αυτό. Ο λόγος εξήγησε που στην προκήρυξη ως αιτιολόγηση για την επιλογή με διαπραγμάτευση έχει αναφερθεί ότι για τεχνικούς λόγους τα αγαθά μπορούν να παρασχεθούν από συγκεκριμένο υποψήφιο είναι διότι στα εργαστήρια υπήρχε συγκεκριμένος εξοπλισμός στον οποίο μπορούσαν να εφαρμοστούν συγκεκριμένα αντιδραστήρια, της ίδιας κατασκευάστριας εταιρείας. Επομένως, δεν ήταν εφικτή λόγω ασυμβατότητας η προμήθεια αντιδραστηρίων από άλλη κατασκευάστρια εταιρεία. Πρόσθετα υπό τον τίτλο *«Λοιπές αιτιολογήσεις όσον αφορά την ανάθεση σύμβασης άνευ προκαταρκτικής δημοσίευσης προκήρυξης διαγωνισμού στην ΕΕΕ»* καταγράφεται ότι η αλλαγή προμηθευτή θα προκαλούσε τεχνικές δυσχέρειες στη χρήση και συντήρηση διότι θα δημιουργείτο πρόβλημα στην καθημερινή εύρυθμη λειτουργία των εργαστηρίων, σε περίπτωση εγκατάστασης νέου εξοπλισμού εντός του περιορισμένου χώρου τους, λόγοι που αφορούν τεχνικές δυσχέρειες στη χρήση του υλικού.

Σε σχέση με τους ισχυρισμούς για αλλαγή στην αιτιολόγηση της επιλογής της διαδικασίας, υποστηρίζει ότι στην αρχική επιστολή ημερομηνίας 19.2.2016 προς το Συμβούλιο Προσφορών εκ παραδρομής είχε γίνει η χρήση του άρθρου 33(α)(ii) του

N. 12(I)/2006 κάτι το οποίο όμως διορθώθηκε στην αμέσως επόμενη επιστολή ημερομηνίας 24.2.2016. Ακολούθως η επιστολή ημερομηνίας 19.5.2016 αναφέρεται στο άρθρο 29(3)(β) του Ν. 73(I)/2016 το οποίο είναι το αντίστοιχο του 33(β)(ii) μετά την κατάργηση του Ν. 12(I)/2006.

Ο λόγος, υποστηρίζει η Αναθέτουσα Αρχή, που δεν αποτάθηκε στους Αιτητές είναι διότι αυτοί στα πλαίσια άλλου διαγωνισμού, του Σ.Υ.71/14 είχαν παρουσιάσει αναλυτή (Liaison XL) μεγάλης δυναμικότητας, μεγάλου όγκου και πολύ μεγαλύτερης αξίας, γεγονός που επιβεβαιώθηκε και σε νέα έρευνα αγοράς σε μεταγενέστερο διαγωνισμό, με αριθμό Σ.Υ.87/15. Επομένως, οποιαδήποτε αντιδραστήρια και αναλώσιμα χρειαζόνταν για τις παγκύπριες ανάγκες για ένα χρόνο, θα χρεώνονταν σαν επιπρόσθετο κόστος από τον εξοπλισμό, πλέον το κόστος των συντηρήσεων και πιθανών διορθωτικών ενεργειών που μετακυλείται στα αναλώσιμα τα οποία αγοράζονται. Ο λόγος που χρησιμοποιήθηκε το άρθρο 33(β)(ii) του Ν. 12(I)/2006 είναι διότι αυτό δηλωνόταν στα έγγραφα του διαγωνισμού Σ.Υ.71/14 και αφορά ουσιαστικά την επέκταση των προμηθειών του εν λόγω διαγωνισμού. Ο διαγωνισμός Γ.Τ.54/16 είχε θέμα την προμήθεια αντιδραστηρίων στα εργαστήρια της Λευκωσίας, Λεμεσού και Λάρνακας για τη διενέργεια της Βιταμίνης Δ στους υφιστάμενους αναλυτές, μέχρι την ολοκλήρωση της εγκατάστασης των νέων αναλυτών που προνοούσε ο διαγωνισμός Σ.Υ.71/14 την έκβαση του οποίου γνώριζε αφού είχαν ήδη ανοιχτεί οι οικονομικοί φάκελοι.

Σ' ότι αφορά την μείωση σε ποσοστό 10%, που αναφέρουν οι Αιτητές, αυτή αφορά μείωση που είχε διενεργήσει η Αναθέτουσα Αρχή στην προηγούμενη τιμή κατακύρωσης, για σκοπούς υπολογισμού της εκτίμησης κόστους, όχι ότι θα διαπραγματευόταν μείωση 10%. Η τιμή που είχε θέσει σαν στόχο της ήταν 21% πιο χαμηλή από την τιμή που είχε δηλώσει ο προσφοροδότης στον διαγωνισμό Σ.Υ.71/14. Εάν το Συμβούλιο Προσφορών ζητούσε να δει τις τιμές του προσφοροδότη από τον άλλο διαγωνισμό, θα μπορούσαν να δοθούν τα στοιχεία αυτά.

Ο λόγος της απουσίας από το διοικητικό φάκελο της προσφοράς του επιτυχόντα ανέφερε είναι επειδή τα στοιχεία της δεν αφορούν ούτε τους Αιτητές ούτε την παρούσα Προσφυγή, αφού οι Αιτητές εκείνο που προσβάλλουν είναι την επιλογή της διαδικασίας που ακολουθήθηκε και όχι τους όποιους τεχνικούς λόγους σε πλαίσια ανταγωνιστικά, εφόσον δεν συμμετείχαν στον διαγωνισμό. Σ' ότι αφορά την τελική τιμή και την τιμή ανά τεστ αυτές βρίσκονται στην έκθεση αξιολόγησης την οποία οι Αιτητές έχουν μελετήσει, επομένως ούτε για τα οικονομικά στοιχεία χρειαζόταν να δει την προσφορά του επιτυχόντα η οποία όντως δεν υπάρχει στο διοικητικό φάκελο. Η διαδικασία διαπραγμάτευσης, ανέφερε, είχε επιλεγεί γιατί αυτή ήταν η πλέον συμφέρουσα επιλογή από οικονομικής άποψης. Με αυτή υπάρχει:

- (α) Εξοικονόμηση προσωπικού - δεν θα χρειαζόταν άτομο να ασχολείται αποκλειστικά με την συγκεκριμένη ανάλυση,
- (β) Εξοικονόμηση χώρου - δεν θα χρειαζόταν η εγκατάσταση νέου ανεξάρτητου αναλυτή,
- (γ) Δεν χρειάζονταν να γίνουν κτηριακές αλλαγές στα εργαστήρια για την εγκατάσταση του νέου εξοπλισμού, το κόστος των οποίων αναλαμβάνει ο ανάδοχος και μετακυλά στις τιμές των αναλωσίμων,
- (δ) Δεν χρειαζόταν εγκατάσταση νέων αναλυτών σε τρία νοσηλευτήρια, ούτε το κόστος σύνδεσης με το σύστημα LIS (αρχικά μόνο Λευκωσία, αλλά πιο μετά και στις άλλες δυο πόλεις), σπατάλη ενέργειας (ρεύμα για τρεις νέους αναλυτές), προσωπικού κλπ,
- (ε) Κοινωνικό όφελος για το κοινό, αφού η ανάλυση θα διενεργείται σε τρεις πόλεις και τα αποτελέσματα θα εκδίδονται άμεσα,
- (στ) Άλλοι λόγοι που περιγράφονται στις επιστολές ημερομηνίας 19.2.2016, 24.2.2016 και 19.5.2016 έγκρισης που περιλαμβάνονται στον Διοικητικό Φάκελο.

Σε σχέση με τον ισχυρισμό ότι η κατακύρωση έγινε σε τιμή μεγαλύτερη της εκτίμησης της δαπάνης ανέφερε ότι αυτή αποτελεί μια εκ των προτέρων εκτίμηση,

ή υπολογισμό, για την οικονομική έκταση που μπορεί να λάβει ο διαγωνισμός αλλά δεν είναι το μέγιστο σημείο της επιτρεπόμενης τιμής κατακύρωσης.

Η Αναθέτουσα Αρχή επανέλαβε ότι το ενδιαφέρον των Αιτητών σε άλλους διαγωνισμούς, αφορούσε πάντοτε το αντικείμενο των άλλων συμβάσεων, και όχι για όλες τις αναλύσεις που πιθανόν να διαθέτουν για όλους τους αναλυτές των κατασκευαστριών εταιρειών που αντιπροσωπεύουν. Προς ενίσχυση του επιχειρήματος της, η Αναθέτουσα Αρχή παρέπεμψε στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α της γραπτής αγόρευσης όπου φαίνονται οι τιμές των Αιτητών σε προηγούμενες έρευνες αγοράς, για τους διαγωνισμούς Σ.Υ.71/14 και Σ.Υ.87/15 αλλά και το κόστος του αναλυτή Liaison XL. Υποστήριξε επίσης ότι δεν έχουν παραβιαστεί οι αρχές της Οδηγίας 2004/18/EK και ότι η λύση που ακολουθήθηκε είναι η καλύτερη τόσο τεχνικά όσο και οικονομικά. Η έρευνα που διενεργήθηκε ήταν επαρκής αφού συμπεριλαμβανομένου του επιτυχόντα γνώριζε τις τιμές των αντιδραστηρίων από τρεις εταιρείες που δραστηριοποιούνται στον συγκεκριμένο χώρο.

Τέλος, η Αναθέτουσα Αρχή σημείωσε ότι δεν δικαιολογείται η κήρυξη της σύμβασης ανενεργού. Δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 27 του περί των Διαδικασιών Προσφυγής στον Τομέα της Σύναψης των Δημοσίων Συμβάσεων Νόμου του 2010 (Ν.104(I)/2010). Επιπρόσθετα, είναι η θέση της ότι στην παρούσα περίπτωση, τυγχάνουν εφαρμογής οι διατάξεις του εδαφίου (1) του άρθρου 29 του

N.104(I)/2010. Επίσης δημοσίευσε την προκήρυξη για την πρόθεση της όπως συνάψει την σύμβαση αυτή στην Επίσημη Εφημερίδα της Ε.Ε. με όλες τις σχετικές πληροφορίες, η δε προθεσμία των δέκα ημερών τηρήθηκε.

Είναι παραδεκτό ότι η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην υπογραφή της υπό κρίση σύμβασης μετά από διαπραγμάτευση που είχε με τον επιτυχόντα χωρίς να προηγηθεί δημοσίευση της προκήρυξης διαγωνισμού και ότι η υπογραφή έγινε μετά την πάροδο της προβλεπόμενης προθεσμίας των 10 ημερών.

Έχοντας υπόψη το παράπονο των Αιτητών ότι αναιτιολόγητα και/ή χωρίς δέουσα έρευνα η Αναθέτουσα Αρχή προχώρησε με διαπραγμάτευση μόνο με τον επιτυχόντα και συνεπώς παράνομα προχώρησε σε κατακύρωση ως και το αίτημα θεραπείας στη βάση του άρθρου 27 του περί των Διαδικασιών Προσφυγής στον Τομέα της Σύναψης των Δημοσίων Συμβάσεων Νόμου του 2010 (Ν. 104(I)/2010) θεωρούμε χρήσιμο να παραθέσουμε από το άρθρο ότι εδώ ενδιαφέρει:

«27. Με την επιφύλαξη των διατάξεων των άρθρων 28 και 29, και τηρουμένων των διατάξεων των άρθρων 3 και 20, η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών με απόφασή της αναφορικά με προσφυγή που ασκείται σύμφωνα με το άρθρο 26 κηρύσσει συναφθείσα σύμβαση ανενεργό, εάν διαπιστώσει ότι η σύμβαση αυτή:

*(α) έχει ανατεθεί χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, χωρίς αυτό να επιτρέπεται από την περί σύναψης δημοσίων συμβάσεων νομοθεσία·
[...]*».

Το άρθρο 29(1)(α) του ίδιου Νόμου ορίζει ότι:

29.-(1) Δεν συντρέχει περίπτωση κήρυξης του ανενεργού της σύμβασης βάσει της παραγράφου (α) του άρθρου 27, εφόσον:

(α) η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας αποδεικνύει ότι η ανάθεση σύμβασης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης ήταν επιτρεπτή σύμφωνα με την περί σύναψης δημοσίων συμβάσεων νομοθεσία, και [...]».

Συνεπώς το ερώτημα που θα πρέπει να απαντηθεί πρώτα είναι εάν η Αναθέτουσα Αρχή νόμιμα ακολούθησε τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για την αγορά των συγκεκριμένων αντιδραστηρίων. Εάν η απάντηση στο πιο πάνω ερώτημα είναι καταφατική ότι δηλαδή νόμιμα και δικαιολογημένα ακολουθήθηκε η συγκεκριμένη διαδικασία τότε δεν τίθεται προς εξέταση ζήτημα κήρυξης της σύμβασης ανενεργού.

Το άρθρο 29 του περί της Ρύθμισης των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και για Συναφή Θέματα Νόμος του 2016 (Ν.73(Ι)/2016) ορίζει ρητά τις περιπτώσεις στις οποίες οι αναθέτουσες αρχές δύνανται να συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης. Για ότι εδώ ενδιαφέρει προβλέπει ότι:

«29.-(1) Στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που προβλέπονται στα εδάφια (2) έως (5), οι αναθέτουσες αρχές δύνανται να αναθέτουν δημόσιες συμβάσεις χρησιμοποιώντας τη διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση.

[...]

(3) Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών:

[...]

(β) για συμπληρωματικές παραδόσεις που πραγματοποιούνται από τον αρχικό προμηθευτή και προορίζονται, είτε για τη μερική αντικατάσταση προμηθειών ή εγκαταστάσεων, είτε για επέκταση υφιστάμενων προμηθειών ή εγκαταστάσεων, εφόσον η αλλαγή προμηθευτή θα υποχρέωνε την αναθέτουσα αρχή να αποκτήσει προμήθειες με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά, τα οποία θα προκαλούσαν ασυμβατότητα ή δυσανάλογες τεχνικές δυσχέρειες στη χρήση και τη συντήρηση:

Νοείται ότι, η διάρκεια αυτών των συμβάσεων, καθώς και των επαναλαμβανόμενων συμβάσεων, δεν υπερβαίνει, κατά κανόνα, τα τρία έτη.»

Ένας από τους ισχυρισμούς των Αιτητών είναι ότι η Αναθέτουσα Αρχή παραβίασε τις αρχές της καλής πίστης και αμεροληψίας της διοίκησης. Είναι η θέση των Αιτητών ότι η νομική βάση του αιτήματος για προσφυγή της Αναθέτουσας Αρχής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση ήταν διαφορετική κάθε φορά.

Από μελέτη των στοιχείων του φακέλου και των πιο πάνω επιστολών διαπιστώνουμε ότι για τα εν λόγω αντιδραστήρια υπήρχε δεδηλωμένη από τις Ιατρικές Υπηρεσίες ανάγκη, από το Νοέμβριο του 2015 (επιστολή ημερ. 22.10.2015). Διαπιστώνουμε επίσης ότι πράγματι στην επιστολή της Διεύθυνσης

Αγορών και Προμηθειών του Υπουργείου Υγείας ημερ. 19.2.2016 προς το Πρόεδρο του Συμβουλίου Προσφορών γίνεται αναφορά στο άρθρο 33(α)(ii) του Ν. 12(I)/2006 το οποίο βέβαια η Αναθέτουσα Αρχή ισχυρίστηκε ότι εκ παραδρομής τέθηκε. Από το περιεχόμενο της εν λόγω επιστολής και της παραπομπής στους όρους του διαγωνισμού Σ.Υ. 71/14 είναι πρόδηλο ότι βάση του αιτήματος για προσφυγή σε διαπραγμάτευση είναι το άρθρο 33(β)(ii) του Ν. 12(I)/2006. Συνεπώς αποδεχόμεθα ως ορθή τη θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι εκ παραδρομής τέθηκε το άρθρο 33(α)(ii) του Ν. 12(I)/2006 στην επιστολή ημερ. 19.2.2016. Όσα καταγράφονται στην εν λόγω επιστολή δεν έχουν οποιαδήποτε σχέση με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 33(α)(ii)¹ του Ν. 12(I)/2006.

Με την κατάληξη μας αυτή ότι δηλαδή το άρθρο 33(α)(ii) εκ παραδρομής αναφέρθηκε ως βάση του αιτήματος της Αναθέτουσας Αρχής και ότι το άρθρο 33(β)(ii) το οποίο καταγράφεται στη μεταγενέστερη επιστολή 24.2.2016 είναι το ορθό προχωρούμε να εξετάσουμε κατά πόσο το περιεχόμενο της εν λόγω επιστολής δικαιολογεί την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προκήρυξη. Σημειώνουμε εδώ ότι η έγκριση της διαδικασίας από το Συμβούλιο Προσφορών στις

¹ 33. Οι αναθέτουσες αρχές δύνανται να συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, στις ακόλουθες περιπτώσεις:

(α) Αναφορικά με τις δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών-

- (i) [...]
- (ii) εάν, για λόγους τεχνικούς, καλλιτεχνικούς ή σχετικούς με την προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, η σύμβαση δύναται να ανατεθεί μόνο σε συγκεκριμένο οικονομικό φορέα.

7.6.2016 έγινε στη βάση του άρθρου 29(3)(β) του Ν. 73(Ι)/2016 ο οποίος τέθηκε σε εφαρμογή από 28.4.2016 και ο οποίος κατάργησε και αντικατέστησε τον Ν. 12(Ι)/2006. Το Συμβούλιο Προσφορών στη συνεδρία του ημερ. 21.6.2016 κατά την οποία ενέκρινε το αίτημα για προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση είχε ενώπιον του την επιστολή ημερ. 19.5.2016 στην οποία μεταξύ άλλων αναφέρονται τα εξής:

«Η Διεύθυνση Αγορών και Προμηθειών διαθέτει 2 επιλογές για τη διενέργεια του ελέγχου επιπέδου Βιταμίνης Δ στο αίμα:

1. Να προκηρύξει ανοικτό διαγωνισμό για την αγορά αντιδραστηρίων με την παροχή συνοδού εξοπλισμού για τη διενέργεια της Βιταμίνης Δ, ή
2. Να διενεργήσει διαπραγμάτευση με την εταιρεία C&V KRITICOS LTD για να επεκτείνει τις προμήθειες που παίρνει μέσω του διαγωνισμού Γ.Τ. 54/16.

Πλεονεκτήματα επιλογής 2:

- i) Οι αναλυτές οι οποίοι τοποθετούνται στα εργαστήρια ανοσολογίας μέσω του διαγωνισμού Σ.Υ. 71/14, είναι αναλυτές πολύ μεγάλης αξιοπιστίας και έχουν την ικανότητα να διενεργούν μεγάλο όγκο αναλύσεων ταυτόχρονα, με μικρό χρόνο έκδοσης αποτελεσμάτων.
- ii) Η προσθήκη ακόμη μιας ανάλυσης μέσα στις πολλές που θα διενεργούνται στους εν λόγω αναλυτές, σε καμία περίπτωση δεν θα επιβαρύνει τα εργαστήρια, ούτε σε θέματα χώρου αλλά και ούτε σε θέματα προσωπικού. Ένας αναλυτής μικρής δυναμικότητας θα απαιτούσε τη συνεχή προσοχή ατόμου, αφού εξ ορισμού θα έπρεπε να τοποθετούνται λίγα δείγματα στον αναλυτή, να τελειώνουν και μετά να τοποθετούνται άλλα δείγματα, μόνο για τη διενέργεια μιας ανάλυσης. Αντίθετα, στους μεγάλους αναλυτές θα τοποθετούνται όλα τα δείγματα ταυτόχρονα, μαζί με τις υπόλοιπες αναλύσεις του τμήματος. Ο προγραμματισμός και οι ανάγκες των εργαστηρίων όσον αφορά το προσωπικό και την έκδοση αποτελεσμάτων, δεν θα επηρεαστεί.

- iii) Τα αντιδραστήρια για τη Βιταμίνη Δ θα έρχονται μαζί με όλα τα υπόλοιπα αντιδραστήρια που προνοούνται στο διαγωνισμό Σ.Υ. 71/14, άρα δεν θα υπάρχει διπλή σπατάλη χρημάτων στα μεταφορικά των αντιδραστηρίων.
- iv) Δεν θα σπαταλείται ο χρόνος του προσωπικού για να κάνει παραγγελίες και παραλαβές αντιδραστηρίων από διαφορετικές εταιρείες.
- v) Ο έλεγχος επιπέδου της Βιταμίνης Δ θα διενεργείται και στις τρεις πόλεις όπου έτσι κι αλλιώς θα εγκατασταθούν οι αναλυτές, οι ιατροί θα λαμβάνουν τα αποτελέσματα άμεσα, και θα έχουν άμεση επικοινωνία με το εργαστήριο του νοσηλευτηρίου τους.
- vi) Η συντήρηση των αναλυτών αλλά και οι διορθωτικές ενέργειες σε περίπτωση βλάβης, καλύπτονται από τους αυστηρούς όρους του διαγωνισμού Σ.Υ. 71/14, αφού λόγω της μεγάλης αξίας της σύμβασης (συνολική αξία της σύμβασης είναι €3,117,888) η Αναθέτουσα Αρχή έχει καθορίσει αυξημένες ποσοστιαίες ρήτρες σε ενδεχόμενα προβλήματα. Στην περίπτωση απόκτησης μικρού αναλυτή από νέο ανοικτό διαγωνισμό, οι ρήτρες θα είναι πολύ μικρότερες και όχι τόσο αποτρεπτικές στη δημιουργία προβλημάτων κατά την εκτέλεση της σύμβασης.

[...]

Η εισήγηση από τις Ιατρικές Υπηρεσίες είναι να διενεργείται η εν λόγω εξέταση στους αναλυτές που θα εγκατασταθούν για τον διαγωνισμό Σ.Υ. 71/14 (επισυνάπτεται η επιστολή – Παράρτημα Α).

Μετά από έρευνα αγοράς για την πιθανότητα εγκατάστασης ανεξάρτητου αναλυτή ειδικά για τη διενέργεια της ανάλυσης για τη Βιταμίνη Δ, λάβαμε τις ακόλουθες πληροφορίες:

- a. Από εταιρεία Medisell LTD [...] Αυτές οι τιμές, σύμφωνα με την εταιρεία, δόθηκαν με την προϋπόθεση **αγοράς του εξοπλισμού**, περίπου €20,000 **για κάθε αναλυτή**. Επομένως, το κόστος ανά τεστ είναι πέραν των €8.00, εξαιρουμένου του κόστους αναλυτή (ή αναλυτών αν τα τεστ θα γίνονταν και στις τρεις πόλεις). Η συντήρηση και διορθωτικές ενέργειες δεν συμπεριλαμβάνονται στις πιο πάνω τιμές.
- b. Από εταιρεία Scientronics LTD [...] Η πιο πάνω τιμή αφορά τη διενέργεια της ανάλυσης **σε ένα εργαστήριο μόνο**. Δεν έχει δοθεί κόστος αναλυτή και επίσης δεν έχει συμπεριληφθεί καθόλου το κόστος συντήρησης ή πρόνοια διορθωτικών ενεργειών για τους αναλυτές.

[...] Η Αναθέτουσα Αρχή θα διαπραγματευτεί με τον Οικονομικό Φορέα για να εξασφαλίσει την καλύτερη δυνατή τιμή ανά τεστ, για να διενεργείται η ανάλυση και στις τρεις πόλεις. Για την εκτίμηση κόστους έχει υπολογιστεί 5% μείωση στην προηγούμενη τιμή κατακύρωσης του διαγωνισμού Γ.Τ. 54/16, δηλαδή τιμή ανά τεστ: €6.70. Η τιμή ανά τεστ που στοχεύει η Διεύθυνση Αγορών και Προμηθειών είναι κατά 21% χαμηλότερη από τη δηλωμένη τιμή του προσφοροδότη στη λίστα με τις επιπρόσθετες αναλύσεις που κατέθεσε στην προσφορά Σ.Υ. 71/14, και είναι στα ίδια ή σε πιο χαμηλά επίπεδα από τα quotation που έχουν ληφθεί κατά την έρευνα αγοράς, με τα πλεονεκτήματα που καταγράφονται αναλυτικά πιο πάνω.»

Το αίτημα της Αναθέτουσας Αρχής για έγκριση διεξαγωγής διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς να προηγηθεί η δημοσίευση προκήρυξης του διαγωνισμού είναι προφανές ότι βασιζόταν στο γεγονός ότι για λόγους τεχνικούς η αλλαγή προμηθευτή θα την υποχρέωνε να αποκτήσει προμήθειες με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά που θα προκαλούσαν ασυμβατότητα στη χρήση και στην συντήρηση. Ενισχύεται δε η θέση της Αναθέτουσας Αρχής από το γεγονός ότι το άρθρο 33(β)(ii) του Ν.12(Ι)/2006 χρησιμοποιήθηκε διότι δηλωνόταν στα έγγραφα του Διαγωνισμού Σ.Υ. 71/14 και αφορά την επέκταση υφιστάμενων προμηθειών. Συνεπώς δεν βλέπουμε οποιαδήποτε σύγκυση στην αιτιολογία της Αναθέτουσας Αρχής, ως ο σχετικός ισχυρισμός των Αιτητών. Εξάλλου, οι Αιτητές δεν ισχυρίστηκαν ότι μπορούσαν να προσφέρουν τις εν λόγω προμήθειες και/ή συγκεκριμένα συμβατά αναλώσιμα με τον εξοπλισμό που η Αναθέτουσα Αρχή διαθέτει, αλλά με άλλο εξοπλισμό.

Ούτε ο ισχυρισμός των Αιτητών για μη διεξαγωγή δέουσας έρευνας από την Αναθέτουσα Αρχή προτού προσφύγει στην ανωτέρω διαδικασία ευσταθεί. Από τα στοιχεία που παρουσιάστηκαν ενώπιον μας και τεκμηριώνονται από το περιεχόμενο των επιστολών ημερομηνίας 17.2.2016, 19.2.2016, 24.2.2016 και 19.5.2016 του διοικητικού φακέλου προκύπτει ότι η Αναθέτουσα Αρχή αποτάθηκε σε ακόμη δύο εταιρείες Medisell LTD και Scientronics LTD για να υπολογίσει το κόστος αγοράς αναλωσίμων και εγκατάστασης νέου ανεξάρτητου αναλυτή για την ανάλυση της Βιταμίνης Δ στο αίμα.

Είναι πάγια νομολογημένο ότι η έκταση, ο τρόπος και η διαδικασία που ακολουθείται από το διοικητικό όργανο για διεξαγωγή έρευνας ποικίλλει ανάλογα με το υπό εξέταση ζήτημα, ανάγεται δε στη διακριτική ευχέρεια της διοίκησης (*Δημοκρατία ν. Κοινότητας Ποργών κ.α., Α.Ε. 1518/1.11.96, Επιτροπή Εκπαιδευτικής Υπηρεσίας ν. Ζάμπογλου, Α.Ε. 1575/14.7.97 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, ενώ 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. *Επιτροπή Εκπαιδευτικής Υπηρεσίας ν. Ζάμπογλου, Α.Ε. 1575/14.7.97*). Η έρευνα είναι επαρκής εφόσον εκτείνεται στη διερεύνηση

κάθε γεγονός που σχετίζεται με το θέμα που εξετάζεται (Βλ. *Motorways Ltd v. Δημοκρατίας Α.Ε.* 2371/25.6.99). Τα ίδια δε διαλαμβάνονται και στο άρθρο 45 του περί των Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου του 1999 (Ν. 158(Ι)/1999). Ως εκ τούτου η έρευνα που διενεργήθηκε δεν ήταν ελλιπής. Η Αναθέτουσα Αρχή γνώριζε τις τιμές των αντιδραστηρίων από τρεις εταιρείες που δραστηριοποιούνται στον συγκεκριμένο χώρο.

Αναφορικά, τώρα, με το παράπονο των Αιτητών ότι δηλαδή αυτοί δεν ερωτήθηκαν εάν μπορούσαν να προσφέρουν την σχετική με τον διαγωνισμό εξέταση η Αναθέτουσα Αρχή δικαιολογεί πλήρως την επιλογή της αυτή. Αναφέρει ότι μετά από έρευνα της ο εξοπλισμός τον οποίο είχαν παρουσιάσει οι Αιτητές στα πλαίσια του διαγωνισμού Σ.Υ.71/14 (ήτοι ο αναλυτής Liaison XL) είναι ένας αναλυτής μεγάλης δυναμικότητας, μεγάλου όγκου και πολύ μεγαλύτερης αξίας. Το κόστος τριών αναλυτών Liaison XL που είχε δηλωθεί από τους Αιτητές στον προηγούμενο διαγωνισμό Σ.Υ. 71/14 ανέρχεται στις €400,000, γεγονός που επιβεβαιώθηκε και σε νέα έρευνα αγοράς σε μεταγενέστερο διαγωνισμό, με αριθμό Σ.Υ. 87/15, στον οποίο οι Αιτητές δήλωσαν ότι ο συγκεκριμένος εξοπλισμός στοιχίζει €110,000.

Ούτε οι ισχυρισμοί των Αιτητών ότι η κατακύρωση υπερβαίνει την προϋπολογιζόμενη δαπάνη είναι βάσιμος. Δεν έχουν ισχυρισθεί, δεν μπορούσαν

άλλωστε να ισχυρισθούν, ότι ποσό €3.000 μεγαλύτερο της προϋπολογιζόμενης δαπάνης δεν επιτρέπει κατακύρωση.

Ενόψει όλων των πιο πάνω καταλήγουμε ότι εφόσον η σύναψη της παρούσας σύμβασης χωρίς δημοσίευση ήταν επιτρεπτή σύμφωνα με το άρθρο 29 του Ν.73(Ι)/2016 δεν τίθεται ζήτημα κήρυξης της εν λόγω σύμβασης ως ανενεργού.

Με βάση όλα τα πιο πάνω αποφασίζουμε ομόφωνα ότι η παρούσα Προσφυγή απορρίπτεται.

Δεν επιδικάζονται έξοδα.