



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. 51/2013

Μεταξύ:

ΚΩΣΤΑΣ ΧΡΙΣΤΟΔΟΥΛΟΥ ΛΤΔ

Αιτητών

v.

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΥΓΕΙΑΣ, ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΑΓΟΡΩΝ ΚΑΙ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτητές:

ΚΩΣΤΑΣ ΧΡΙΣΤΟΔΟΥΛΟΥ ΛΤΔ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Αχιλλέα Αιμιλιανίδη, Δικηγόρο
2. Μιχάλη Κυθραιώτη, Εκπρόσωπο αιτούσας εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

**ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΥΓΕΙΑΣ, ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΑΓΟΡΩΝ ΚΑΙ
ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ**

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Δάφνη Νικολάτου, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. Χριστίνα Παραδεισιώτη, Προϊστάμενη Ομάδας Αγοράς Αναλωσίμων
3. Χρυστάλλα Μιχάλη, Συντονίστρια Επιτροπής Αξιολόγησης

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 13 Μαΐου, 2014

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Οι Αιτητές με την παρούσα Προσφυγή ζητούν όπως κηρυχθεί άκυρη η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής ημερ. 21.11.2013 με την οποία ο διαγωνισμός για την προμήθεια ακτινολογικών φιλμ για τις ανάγκες των κρατικών νοσηλευτηρίων κατακυρώθηκε στην εταιρεία Carestream Health Hellas Μ. ΕΠΕ («ο επιτυχών προσφοροδότης»).

Σύμφωνα με τα γεγονότα, ο εν λόγω διαγωνισμός προκηρύχθηκε τον Φεβρουάριο του 2013 και με απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών του Υπουργείου Υγείας κατακυρώθηκε στον επιτυχόντα προσφοροδότη. Εναντίον της κατακύρωσης καταχωρήθηκε από τους Αιτητές ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών η Προσφυγή αρ. 28/2013. Για ακύρωση της εν λόγω κατακύρωσης οι Αιτητές πρόβαλαν τρεις λόγους ακυρότητας. Συγκεκριμένα ισχυρίστηκαν ότι ο επιτυχών προσφοροδότης δεν είχε υποβάλει έγκυρη εγγυητική, ότι δεν πληρούσε τις απαιτούμενες προδιαγραφές του όρου 8.3.2.4 των εγγράφων του διαγωνισμού και ότι, ως προς τα ακτινολογικά φιλμ Dryview, κατάθεσε λανθασμένα και αντιφατικά στοιχεία. Σ' ότι αφορά τον πρώτο λόγο ακυρότητας, ο οποίος αφορούσε στην υποβολή άκυρης εγγυητικής, η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών κατέληξε ότι αυτός δεν ήταν βάσιμος.

Σ' ότι αφορά την παράβαση του όρου 8.3.2.4 των εγγράφων του διαγωνισμού σύμφωνα με τον οποίον:

«Μπορούν να λάβουν μέρος σε διαγωνισμούς προμηθειών του Δημοσίου καταρχήν όλα τα προϊόντα χωρών εκτός E.E. αρκεί να κυκλοφορούν τουλάχιστον σε μία (1) αγορά κράτους – μέλους της E.E. και/ή η εισαγωγή και διάθεση τους στα κράτη μέλη της Ένωσης, να επιτρέπεται χωρίς περιορισμούς ή αφού προηγουμένως εξασφαλιστεί σχετική άδεια. Σε περίπτωση προσφοράς προϊόντος που κατασκευάζεται σε χώρα εκτός E.E., να προσκομιστεί δήλωση στην οποία να αναφέρεται σε ποια(ες) αγορά(ες) κράτους μέλους κυκλοφορεί το προσφερόμενο προϊόν και παράλληλα να προσκομιστούν αποδεικτικά στοιχεία με τη μορφή καταλόγου, το περιεχόμενο του οποίου καθορίζεται στις διατάξεις του άρθρου 54(2) (α)(ii) του Ν.12(Ι)/2006 από τα οποία να προκύπτει ότι η εισαγωγή και διάθεση του προϊόντος στα κράτη μέλη της E.E. επιτρέπεται χωρίς περιορισμούς καθώς και πίνακα πελατών ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία με τις πωλήσεις του εν λόγω προϊόντος, είτε από τον ίδιο είτε από τον κατασκευαστή»

ανέφερε τα εξής:

«Είναι αναντίλεκτο ότι από το έντυπο το οποίο κατατέθηκε προς συμμόρφωση ελλείπουν τόσο τα ποσά όσο και οι σχετικές ημερομηνίες.

Ουδείς περαιτέρω εισηγήθηκε ότι ο εν λόγω όρος δεν αποτελεί ουσιώδη του Διαγωνισμού όρο. Δεν θα μπορούσε άλλωστε κάτι τέτοιο να γίνει αποδεκτό αφού τίθεται προς διαφύλαξη της ποιότητας των προσφερόμενων προϊόντων τα οποία προέρχονται από χώρες εκτός Ευρωπαϊκής Ένωσης. Είναι δε περαιτέρω γνωστό ότι δεν είναι νοητή επουσιώδης απόκλιση από ουσιώδη όρο. Το αν τελικά εκ του περισσού προβλέπονται οι εν λόγω

αναφορές είναι κάτι που θα μπορούσε να τεθεί μόνο στην προσβολή του επίμαχου όρου στο κατάλληλο στάδιο, πράγμα που δεν έγινε. Ακόμα όμως κι αν θα μπορούσαμε να παρακάμψουμε την αναφορά στα ποσά –ως εκ του περισσού τεθέν αφού το ποσό δεν αποτελεί εν προκειμένω σε καμία περίπτωση κριτήριο- εντούτοις η μη αναγραφή της ημερομηνίας δημιουργεί πρόβλημα αφού δεν μπορεί να διαπιστωθεί η προβλεπόμενη τριετία.

Από την άλλη, ο ισχυρισμός της Αναθέτουσας Αρχής ότι η αναφορά που γίνεται στο άρθρο 54(2)(α)(ii) του Ν.12(Ι)/2006 αφορά αποκλειστικά το περιεχόμενο του καταλόγου που ζητείται ως αποδεικτικό στοιχείο και ως εκ τούτου δεν τίθεται θέμα υποχρέωσης υποβολής των πιστοποιητικών που αναφέρονται στο άρθρο 54 του Ν.12(Ι)/2006, δεν ευρίσκει οποιοδήποτε λογικό νόημα και ούτε δύναται να δράσει υποβοηθητικά.

.....

Βεβαίως η εκ μέρους της επιτυχούσας υποβολή του καταλόγου ως έχει σε συνδυασμό με άλλα στοιχεία της επιστολής, όπως η αναγραφή της ημερομηνίας σύνταξης της επιστολής και η παροχή δήλωσης στο τέλος αυτού περί της συνέχισης μέχρι και την ημερομηνία σύνταξης της, συντήρησης των εν λόγω προϊόντων από αυτή είναι, θεωρούμε, επαρκής για να δώσει το έναυσμα για επιζήτηση διευκρινίσεων εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής για να διαπιστωθούν τα παραλειπόμενα με δεδομένο ότι από τα ήδη εισαχθέντα στοιχεία αναδύεται ότι η «εισαγωγή και διάθεση του προϊόντος στα κράτη μέλη της Ε.Ε. επιτρέπεται χωρίς περιορισμούς».

Σ' ότι αφορά τον τρίτο λόγο ακυρότητας τον αποδέχθηκε επειδή από την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής ελλείπει η αιτιολογία που οδήγησε στη λήψη

της απόφασης. Η κατακύρωση του εν λόγω διαγωνισμού με απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών ημερ. 4.10.2013 ακυρώθηκε.

Ακολούθησε επανεξέταση από την Αναθέτουσα Αρχή και κατακύρωση του διαγωνισμού στον επιτυχόντα προσφοροδότη.

Οι Αιτητές για ακύρωση της εν λόγω κατακύρωσης ισχυρίζονται ότι η αναζήτηση από τον επιτυχόντα προσφοροδότη διευκρινίσεων σε σχέση με τα προβλεπόμενα στον όρο 8.3.2.4 των εγγράφων του διαγωνισμού έγινε κατά παράβαση των αποφασισθέντων από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών. Η Αναθέτουσα Αρχή με τις διευκρινιστικές ερωτήσεις της έδωσε την ευκαιρία στον επιτυχόντα προσφοροδότη να συμπληρώσει στοιχεία στα υποβληθέντα με την προσφορά του δικαιολογητικά. Ο όρος 8.3.2.4 ο οποίος κρίθηκε από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ουσιώδης όρος του διαγωνισμού προέβλεπε όπως με την προσφορά υποβληθούν συγκεκριμένα δικαιολογητικά και *«Σε περίπτωση που δεν υποβληθούν μαζί με την προσφορά η προσφορά θα απορρίπτεται»*. Η τελευταία αναφορά, υπέδειξαν οι Αιτητές, δεν αναφέρεται στην απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών. Εφόσον, υπέβαλαν, ο όρος κρίθηκε από την Αναθεωρητική Αρχή ότι είναι ουσιώδης και ότι ο επιτυχών δεν είχε υποβάλει συγκεκριμένα από τα απαιτούμενα δικαιολογητικά η Αναθέτουσα Αρχή δεν είχε άλλη επιλογή από τον αποκλεισμό του επιτυχόντα προσφοροδότη. Η μη συμμόρφωση της προσφοράς του με τις διατάξεις του όρου 8.3.2.4 είχε ήδη κριθεί από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ως

πραγματικό γεγονός και η εκ των υστέρων υποβολή στοιχείων παραβιάζει την αρχή της χρηστής διοίκησης και την αρχή της ισότητας. Σε σχέση με τα αναφερόμενα στην απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών, ότι δηλαδή η εκ μέρους του επιτυχόντα προσφοροδότη υποβολή του καταλόγου σε συνδυασμό με άλλα στοιχεία της επιστολής ήσαν επαρκή για να δώσουν το έναυσμα για επιζήτηση διευκρινίσεων εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, υπέβαλαν ότι αυτά αποτελούν *obiter* ή *per incuriam*, δεν ήσαν λειτουργικά ευρήματα δεσμευτικά για την Αναθέτουσα Αρχή.

Εκ διαμέτρου αντίθετη είναι η θέση της Αναθέτουσας Αρχής η οποία θεωρεί ότι η προσφορά του επιτυχόντα ήταν καθόλα νόμιμη, εντός προδιαγραφών και το συγκεκριμένο απόσπασμα αποτελεί μέρος του σκεπτικού της απόφασης. Οι διευκρινίσεις που ζητήθηκαν αφορούσαν αποσαφήνιση στα ήδη υποβληθέντα δικαιολογητικά και όχι συμπλήρωση άκυρης προσφοράς, ως είναι η θέση των Αιτητών. Καταληκτικά, υπέβαλαν ότι εκείνο το οποίο κρίθηκε με την απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών στα πλαίσια της Προσφυγής αρ. 28/2013 είναι ότι ο όρος 8.3.2.4 των εγγράφων του διαγωνισμού είναι ουσιώδης, χωρίς διαπίστωση ότι ο επιτυχών προσφοροδότης δεν πληρούσε ουσιώδη όρο του διαγωνισμού.

Η εμβέλεια των αποφάσεων της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών εξετάστηκε στις Συνεκδικαζόμενες Υποθέσεις *1257/2005 και 1258/2005, AGF Trading & Engineering Ltd v. Υπουργείου Υγείας, δια του Συμβουλίου*

Προσφορών των Ιατρικών Υπηρεσιών και Υπηρεσιών Δημόσιας Υγείας,

ημερ. 4.12.2007, όπου αναφέρονται τα εξής:

«Απασχόλησε ερώτημα ως προς την εμβέλεια των αποφάσεων της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών. Ειδικά αν εξ αυτών συναγόταν ανατροπή και της κρίσης του Συμβουλίου Προσφορών σε σχέση με τη μη ανταπόκριση ορισμένων από τις προσφορές προς τον όρο αναφορικά με τη διάρκεια της εγγύησης και είναι σε σχέση με αυτή την πτυχή που κυρίως συζητήθηκαν οι προαναφερθείσες αποφάσεις των συναδέλφων μου. Στην AGF Trading & Engineering Ltd v. Υπουργείου Υγείας, Προσφυγή 1253/2005, ημερομηνίας 7.3.07 ο αδελφός δικαστής Χατζηχαμπής έκρινε πως ενυπήρχε στην απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών, σε εκείνη την περίπτωση, τέτοια ανατροπή.»

.....

«Τα μέρη συμφώνησαν ενώπιον μου πως, τελικά, και να είχε η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών επεκταθεί και στο ζήτημα της ανταπόκρισης της προσφοράς του ενδιαφερομένου ενόψει του ελλείμματος της εγγύησης, εξακολουθεί η όποια επ' αυτού κρίση της να τελεί υπό αναθεωρητικό έλεγχο. Συναφώς πως και να εμπεριείχε η απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών κρίση πως η προσφορά του ενδιαφερομένου ανταποκρινόταν προς τους όρους ή ότι η μη ανταπόκρισή

της δεν ήταν ουσιώδης, η συνακόλουθη δέσμευση του Συμβουλίου Προσφορών από αυτή, δεν θα σήμαινε ανυπερθέτως και αποτυχία της προσφυγής αφού και η τέτοια κρίση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών, ως στοιχείο που θα συνέθετε την εν τέλει εκτελεστή πράξη της κατακύρωσης, υπόκειται στον αναθεωρητικό έλεγχο.

Κάτω από αυτό το ορθό, όπως κρίνω, πρίσμα, ο τρόπος με τον οποίο η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών προσέγγισε το ζήτημα, προσλαμβάνει σημασία μόνο στο βαθμό που παρέχει την εξήγηση για τη μετέπειτα ενέργεια του Συμβουλίου Προσφορών. Τα αρμόδια διοικητικά όργανα δεν παραμένουν εσαεί δεσμευμένα προς όποια προηγούμενη κρίση τους. Είναι παγίως νομολογημένο πως μπορούν να διαφοροποιήσουν αρχικές κρίσεις, νοουμένου ότι βασίμως αιτιολογούν ειδικά τη μεταστροφή.

.....

Η μετέπειτα αλλαγή, έστω υπαγορευθείσα από τη στάση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών επί του θέματος, δεν περιλαμβάνει οποιαδήποτε αιτιολογία ενώ και η απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών δεν περιλαμβάνει είτε κατ' ευθείαν κρίση επί της ουσίας του θέματος είτε, πολύ λιγότερο, οποιαδήποτε αιτιολογία πέραν από τη γενική παραπομπή στη χρηστή διοίκηση ή έστω και στο δημόσιο συμφέρον, αναφορικά με το γιατί τέτοια απόκλιση θα έπρεπε να αγνοηθεί».

Το ερώτημα που εδώ πρέπει να απαντηθεί δεν είναι εάν η αναφορά της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών ότι υπήρχαν στοιχεία επαρκή για να δώσουν το έναυσμα για αναζήτηση διευκρινίσεων από μέρους της Αναθέτουσας Αρχής αποτελεί μέρος του σκεπτικού της απόφασης αλλά εάν με την αναζήτηση των συγκεκριμένων διευκρινίσεων άκυρη προσφορά μετατράπηκε σε έγκυρη.

Δεν έχει αμφισβητηθεί και ορθά από τη δικηγόρο της Αναθέτουσας Αρχής η αρχή ότι δεν υπάρχει επουσιώδης απόκλιση από ουσιώδη όρο διαγωνισμού. Στα πλαίσια της Προσφυγής αρ. 28/2013 θέση της Αναθέτουσας Αρχής, όπως αυτή καταγράφεται στην απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών, ήταν ότι ο επιτυχών προσφοροδότης πληρούσε τις απαιτούμενες προδιαγραφές του όρου 8.3.2.4 των εγγράφων του διαγωνισμού και ότι η μη συμπερίληψη στον υποβληθέντα με την προσφορά του κατάλογο των ποσών, των ημερομηνιών και των πιστοποιητικών και βεβαιώσεων των δημόσιων ή ιδιωτικών παραληπτών δεν συνιστά παράβαση ουσιώδους όρου. Ισχυρίστηκε ότι από τη στιγμή που ο επιτυχών προσφοροδότης προσκόμισε δήλωση και κατάθεσε κατάλογο από τα οποία προκύπτει ξεκάθαρα ότι η εισαγωγή και διάθεση του προϊόντος στα κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης επιτρέπεται χωρίς περιορισμούς δεν υπήρξε παράβαση του συγκεκριμένου όρου. Η μη αναφορά σε ποσά ή ημερομηνίες δεν θα μπορούσε να επηρεάσει τη λήψη και το περιεχόμενο της απόφασης για κατακύρωση της προσφοράς εφόσον

συμμορφώθηκε με τον όρο που επέβαλλε την προσκόμιση δήλωσης ή καταλόγου από τον οποίο συνάγεται η συμμόρφωση με τους ουσιώδεις όρους του διαγωνισμού. Ακόμη υπέβαλε, κι' αν ο κατάλογος δεν ήταν πλήρης η απόκλιση είναι επουσιωδέστατη.

Η πιο πάνω θέση εξετάστηκε και δεν έγινε δεκτή. Έχουμε την άποψη ότι η αναφορά στην απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών «*η μη αναγραφή της ημερομηνίας δημιουργεί πρόβλημα...*» λαμβανομένων υπόψη όσων προηγούμενα αναφέρονται δεν μπορεί να σημαίνει οτιδήποτε άλλο από το ότι στην προσφορά του επιτυχόντα διαπιστώθηκε απόκλιση από ουσιώδη όρο του διαγωνισμού. Σαφώς από το πιο πάνω απόσπασμα προκύπτει ανατροπή της απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής ότι ο επιτυχών προσφοροδότης πληρούσε τον όρο 8.3.2.4 των εγγράφων του διαγωνισμού ο οποίος σημειωτέον ρητά προέβλεπε ότι «*Σε περίπτωση που δεν υποβληθούν μαζί με την προσφορά τα παραπάνω δικαιολογητικά η προσφορά θα απορρίπτεται*». Η απουσία αναφοράς στην απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών της ρήτρας αποκλεισμού προφανώς είναι εκείνη που οδήγησε και στην υπόδειξη για αναζήτηση διευκρινίσεων.

Κι' αν ακόμη όμως ήθελε γίνει δεκτό ότι δεν υπήρξε στην απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών διαπίστωση ότι ο επιτυχών προσφοροδότης δεν πληρούσε ουσιώδη όρο του διαγωνισμού και πάλι η κατάληξη μας θα ήταν η ίδια στη βάση του γεγονότος ότι ο όρος 8.3.2.4 είναι ουσιώδης και ο επιτυχών

προσφοροδότης με την προσφορά του δεν είχε υποβάλει όλα τα στοιχεία (ποσά, ημερομηνίες πιστοποιητικά και βεβαιώσεις των δημοσίων ή ιδιωτικών παραληπτών των προϊόντων) που απαιτούσε ο σχετικός όρος ο οποίος προέβλεπε ρητά για αποκλεισμό όσων προσφορών δεν κατέθεταν τα συγκεκριμένα στοιχεία. Η εκ των υστέρων υποβολή τους, εφόσον ο όρος ήταν ουσιώδης και τα απαιτούμενα δεν προέκυπταν από τα υποβληθέντα στοιχεία ώστε να μπορεί να γίνει λόγος για ασάφεια ή αοριστία, δεν ήταν δυνατή. Η Διοίκηση δεν μπορεί να επεμβαίνει για να διορθώνει λάθη ή παραλείψεις ενός προσφοροδότη όταν μια τέτοια ενέργεια δεν δικαιολογείται από τους όρους του διαγωνισμού. Ουσιαστικά με τις διευκρινίσεις που δόθηκαν συμπληρώθηκαν ελλείψεις στην προσφορά του επιτυχόντα προσφοροδότη, πράγμα ανεπίτρεπτο. (Βλ. *Tamassos Tobacco Suppliers Co v. Δημοκρατίας* (1992) 3 AAD 60).

Ενόψει των πιο πάνω η παρούσα Προσφυγή επιτυγχάνει και η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής ακυρώνεται.