

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 20 Αυγούστου 2018 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή-Εισηγήτρια και
Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 19-7-2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)
- Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 682/20-7-2018
προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...»,
νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «...», νόμιμα εκπροσωπούμενης

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «...», νομίμως
εκπροσωπούμενου.

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την
ακύρωση της υπ' αρ.1931/2018 (συνεδρίαση 41^η Θέμα 46^ο) απόφασης της
Οικονομικής Επιτροπής της ... κατά το μέρος με το οποίο απορρίφθηκε η
προσφορά του προσφεύγοντος για τις Ομάδες 1, 3, 5, 6 & 9 του διαγωνισμού
που προκηρύχθηκε με τη με αρ. 3/2018 Διακήρυξη στο πλαίσιο ηλεκτρονικού
άνω των ορίων, διεθνής, ανοικτού διαγωνισμού για την «Προμήθεια και
Εγκατάσταση Μηχανολογικού Εξοπλισμού Νοσοκομείων της ...»
υποδιαιρούμενη σε 12 ομάδες.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός Απόφασης: 703/2018

1. Επειδή για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο (σχ. το με στοιχεία ... ειδικό έντυπο παραβόλου), ποσού 15.000 €, όπως και αποδεικτικό περί πληρωμής του της ΓΓΠΣ, εμπρόθεσμα και παραδεκτά ασκείται κατά τα λοιπά.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αρ. ... Διακήρυξη προκήρυξε ηλεκτρονικό διεθνή ανοικτό διαγωνισμό, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής σε ευρώ ανά ομάδα ειδών για την «Προμήθεια και Εγκατάσταση Μηχανολογικού Εξοπλισμού Νοσοκομείων της ...» που υποδιαιρείται σε 12 ομάδες (CPV: 33100000-1 Ιατρικές Συσκευές), συνολικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 27.395.161,29 ευρώ. Η διακήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 27-4-2018 και δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 2-5-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... και στο ΕΣΗΔΗΣ την 2-5-2018 με συστημικό α/α Στο διαγωνισμό η προσφεύγουσα εταιρία κατέθεσε προσφορά με επιφύλαξη για τους προσβαλλόμενους όρους και προδιαγραφές της διακήρυξης στις ομάδες 1, 2, 3, 4.1., 4.2, 5, 6.1, 6.2, 9, 10 και 11 και κατέθεσε σχετική προδικαστική προσφυγή. Με την υπ' αρ.501/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ έγινε εν μέρει δεκτή η προδικαστική προσφυγή της εταιρίας ... και ακυρώθηκε ο όρος της παρ. 3.6. της ενότητας 3 της Ομάδας 11 της διακήρυξης. Κατά της απόφασης ανωτέρω απόφασης της ΑΕΠΠ η συμμετέχουσα στο διαγωνισμό εταιρία κατέθεσε τη με αρ. ANM295/2018 αίτηση αναστολής ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, η οποία μέχρι σήμερα δεν έχει συζητηθεί. Σε συμμόρφωση με την απόφαση της ΑΕΠΠ, η αναθέτουσα αρχή, με την υπ' αρ. 1805/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της, αποφάσισε τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας ως προς την Ομάδα 11 της διακήρυξης και τη συνέχιση του διαγωνισμού για τις Ομάδες 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 και 12. Με την προσβαλλόμενη απόφαση με αρ. 1931/2018 (συνεδρίαση 41^η Θέμα 46^ο) η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας στις Ομάδες 1, 3, 5, 6 και 9 με την αιτιολογία ότι η κατατεθείσα προσφορά της

προσφεύγουσας δεν συμμορφώνεται με την απαίτηση αποδοχής (αρ.3. Β 1.ι της διακήρυξης), αφού ο προσφέρων έχει δηλώσει ΟΧΙ, αλλά και η προσφορά του έχει κατατεθεί με επιφύλαξη σύμφωνα με τη σχετική Υπεύθυνη Δήλωση της προσφεύγουσας, κατά παράβαση του όρου της παρ.5 του άρθρου 4της διακήρυξης.

3. Επειδή, ο προσφεύγων οικονομικός φορέας παρίσταται ως έχων άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της σχετικής προδικαστικής προσφυγής, αφού με την ιδιότητά του ως εταιρία δραστηριοποιούμενη στην προμήθεια και εγκατάσταση μηχανολογικού εξοπλισμού νοσοκομείων, συμμετείχε στον εν λόγω διαγωνισμό και υπέβαλε προσφορά για τις Ομάδες 1, 3, 5, 6 και 9 και ως εκ τούτου συνιστά προδήλως ενδιαφερόμενο προς ανάθεση σε αυτόν της συγκεκριμένης σύμβασης για τις προαναφερθείσες Ομάδες.

4. Επειδή, ειδικότερα ο προσφεύγων με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του υποστηρίζει ότι, μολονότι η άσκηση προσφυγής και η αίτηση αναστολής δεν εμποδίζουν την συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, πάρα μόνο κωλύουν την σύναψη της σύμβασης, εντούτοις οι αρχές της χρηστής διοίκησης και της αντικειμενικής αξιολόγησης των προσφορών επιτάσσουν η αναθέτουσα αρχή να αναμένει την κρίση των αρμοδίων Δικαστηρίων επί της νομιμότητας των όρων της διακήρυξης. Παραβιάζοντας τις αρχές αυτές, η αναθέτουσα αρχή έσπευσε να απορρίψει την προσφορά της στις Ομάδες 1,3,5,6 και 9 με την αιτιολογία ότι δήλωσε ΟΧΙ στις προδιαγραφές της διακήρυξης, τις οποίες έχει προσβάλλει ως μη νόμιμες, φωτογραφικές κλπ. Αν δεν κριθεί η νομιμότητα των προδιαγραφών που η προσφεύγουσα προσέβαλε νομίμως και εμπροθέσμως στα αρμόδια δικαστήρια παρίσταται ως μη νόμιμη η απόρριψη της προσφοράς της. Υπό αυτή την έννοια η απάντησή της «*ΟΧΙ υπό την ρητή επιφύλαξη των όσων αναφέρουμε στην με αριθμό 469/25.5.2018 προσφυγή μας για την νομιμότητα του όρου της διακήρυξης*» είναι νόμιμη και δεν μπορεί να οδηγήσει σε απόρριψη της προσφοράς της, αφού είναι η μόνη απάντηση που μπορεί να δοθεί από την προσφεύγουσα μετά την προσβολή

των συγκεκριμένων προδιαγραφών της διακήρυξης. Υπό οιαδήποτε άλλη εκδοχή θα ήταν αδύνατη η προστασία της κατά των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης αφού, αν δεν συμμετέχει στο διαγωνισμό η προσφυγή της κατά της διακήρυξης θα απορριφθεί ελλείψει εννόμου συμφέροντος, αν συμμετέχει ανεπιφύλακτα στο διαγωνισμό επίσης η προσφυγή της κατά της διακήρυξης θα απορριφθεί ελλείψει εννόμου συμφέροντος, αν καταθέσει προσφορά υπό επιφύλαξη για την νομιμότητα των όρων της διακήρυξης (όπως έπραξε) και ακολουθηθεί η άποψη της αναθέτουσας αρχής, η προσφορά αυτή πάντα θα απορρίπτεται επειδή δεν καλύπτει τις προδιαγραφές που έχουν προσβληθεί και αναμένεται δικαστική κρίση επί της νομιμότητάς τους, αν δεν προσφύγει κατά της απορριπτικής της προσφοράς της απόφασης, θα καταστεί τρίτη ως προς τον διαγωνισμό και πάλι θα στερείται έννομου συμφέροντος. Επίσης επικαλείται η προσφεύγουσα ότι με την υπ' αριθμ 501/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ απορρίφθηκαν οι προβαλλόμενοι λόγοι της προσφυγής της κατά των συγκεκριμένων προδιαγραφών, επειδή κρίθηκε ότι τα προσφερόμενα προϊόντα της καλύπτουν τις προσβαλλόμενες τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης. Δηλαδή η αναθέτουσα αρχή μολονότι στις απόψεις της προς την ΑΕΠΠ φαίνεται να ισχυρίζεται ότι εσφαλμένα δήλωσε ότι δεν καλύπτει η προσφεύγουσα τις προδιαγραφές της διακήρυξης, με την προσβαλλόμενη απόφαση απορρίπτει την προσφορά της επειδή δηλώνει ότι δεν καλύπτει τις προδιαγραφές αυτές. Με το δεύτερο λόγο της προσφυγής του, αναφορικά με την απόρριψη της προσφοράς της ως υποβληθείσα υπό αίρεση, επισημαίνει ότι η προσφορά που υποβάλλεται υπό αίρεση δεν πρέπει να συγχέεται με την περίπτωση υποβολής προσφοράς με διατύπωση επιφύλαξης για τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης. Τέλος με τον τρίτο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι πλήττεται το δημόσιο συμφέρον από τις προσβληθείσες προδιαγραφές, καθόσον μετά το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών, τούτη θα είχε μειοδοτήσει στις Ομάδες 1,3,4,5,9,10, δηλαδή στις 6 από τις 9 ομάδες στις οποίες συμμετείχε. Ειδικότερα δε για την Ομάδα 9-

Κύκλοτρο, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε ότι χρειάζεται «δύο μικρά κύκλοτρα», ενώ το Κύκλοτρο που τούτη προσέφερε έχει πολύ «μεγαλύτερη δυναμικότητα», «παράγει πολλές δόσεις» κλπ. και προσάρμοσε τις προδιαγραφές προς την κατεύθυνση μικρού και οικονομικού κυκλότρου. Τελικά προσέφερε τα δύο «μεγάλης δυναμικότητας» κύκλοτρα στην συνολική τιμή των 3.680.000 ευρώ, ενώ η εταιρεία ... προσέφερε τα ευνοούμενα από τις προδιαγραφές «μικρά κύκλοτρα» στην τιμή των 4.020.000 ευρώ ακριβώς στο όριο του προϋπολογισμού, για την ακρίβεια με έκπτωση 0,3%. Δηλαδή αν δεν ακυρωθούν οι συγκεκριμένες φωτογραφικές προδιαγραφές, το Δημόσιο θα προμηθευτεί δύο «μικρά κύκλοτρα» ακριβότερα κατά ποσό 340.000 ευρώ, από δύο «μεγάλης δυναμικότητας» κύκλοτρα, περίπτωση που συνιστά παράδειγμα νόθευσης ανταγωνισμού και υπερκοστολογημένης προσφοράς. Κατά την προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών για την αναστολή της υπ' αρ.501/2018 απόφασης της ΑΕΠΠ συνομολόγησε ότι ουσιαστικά έχει προεπιλέξει το συγκεκριμένο σύστημα αναφέροντας επί λέξει: «Όλοι οι ανωτέρω περιορισμοί αλλά και οι πραγματικές ανάγκες των δύο δημόσιων ογκολογικών νοσοκομείων υποχρεωτικά οδηγούν στην διατύπωση προδιαγραφών για την προμήθεια δύο μικρών αποκλειστικά ενδονοσοκομειακών κύκλοτρων με παραγωγή ραδιοφαρμάκου». Η επιλογή αυτή να περιγράψει/φωτογραφίσει το συγκεκριμένο προϊόν, νόθευσε κατάφωρα το διαγωνισμό και έβλαψε το δημόσιο συμφέρον, αφού ο οικονομικός φορέας προσέφερε το προϊόν στο ανώτατο όριο του προϋπολογισμού. Η προσφορά αυτή στο όριο του προϋπολογισμού ήταν αναμενόμενη, αφού ο οικονομικός φορέας γνώριζε ότι μόνο εκείνος μπορεί να καλύψει τις τεθείσες προδιαγραφές.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αρ. 145816/2018 έγγραφο των απόψεών της υποστηρίζει ότι η συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας είναι καθόλα νόμιμη, καθώς η ασκηθείσα αίτηση αναστολής δεν εμποδίζει τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, παρά μόνον κωλύει την υπογραφή

της σύμβασης, την οποία δεν θα πράξει έως τη λήξη της εκκρεμοδικίας. Ως εκ τούτου δεν θίγεται το οποιοδήποτε έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας, πολλώ δε μάλλον δεν παραβιάζονται οι αρχές της χρηστής διοίκησης και της αντικειμενικής αξιολόγησης των προσφορών, ενώ λόγοι δημοσίου συμφέροντος υπαγορεύουν τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας χωρίς καθυστερήσεις. Επίσης επικαλείται η αναθέτουσα αρχή ότι οι τεχνικές προδιαγραφές συντάχθηκαν έτσι ώστε να διασφαλίζουν ένα υψηλό επίπεδο ποιότητας του προς προμήθεια εξοπλισμού σε συνδυασμό με τις πραγματικές ανάγκες των Νοσοκομείων της ..., τις οποίες γνωρίζει η αρμόδια κρατική αρχή (Υπουργείο Υγείας, Υ. ΠΕ.) και ενσωματώνονται στο σώμα των Τεχνικών Προδιαγραφών, όπως συντάχθηκαν από την επιτροπή εμπειρογνομόνων. Κατά το Νόμο αποτελεί αποκλειστική αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής η επιλογή των στοιχείων που συνθέτουν την Τεχνική Προσφορά, δηλαδή των κριτηρίων και των δικαιολογητικών μέσω των οποίων ελέγχεται η τεχνική επάρκεια του προσφερόμενου εξοπλισμού. Κατόπιν αυτού, η Περιφέρεια Αττικής επέλεξε να αποτελείται η Τεχνική Προσφορά των διαγωνιζομένων (βλ. Παράρτημα Ι, άρθρο 3B της Διακήρυξης), μεταξύ άλλων και από τη συμπλήρωση της λέξης ΝΑΙ στο πεδίο αποδοχής των όρων που βρίσκεται στο τέλος της ειδικής ηλεκτρονικής φόρμας του Συστήματος. Το συγκεκριμένο σημείο επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης, καθώς το τεύχος των Τεχνικών Προδιαγραφών συνοποβάλλεται από κάθε διαγωνιζόμενο ψηφιακά υπογεγραμμένο. Παράλληλα, η ηλεκτρονική φόρμα του Συστήματος αναφέρει επί λέξει: *«Ο προσφέρων λαμβάνει γνώση των Τεχνικών Προδιαγραφών του Παραρτήματος ΙΙ της Διακήρυξης 3/2018 και δεσμεύεται ότι αποδέχεται όλους τους όρους των Τεχνικών Προδιαγραφών της/των Ομάδας/ων για την/τις οποία/ες υποβάλει προσφορά, όπως αυτοί περιγράφονται λεπτομερώς στη Διακήρυξη και αποτελούν αναπόσπαστο μέρος αυτής και ότι ο εξοπλισμός που προσφέρει, καλύπτει πλήρως τις Τεχνικές Προδιαγραφές και τους λοιπούς όρους της Διακήρυξης Οι όροι των Τεχνικών Προδιαγραφών είναι απαραίσιμοι και η μη τήρηση αυτών*

συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς». Στη βάση αυτών και αφού η προσφεύγουσα δεν συμμορφώθηκε με την ανωτέρω απαίτηση της διακήρυξης, καθώς δήλωσε ΟΧΙ σε πλήθος απαιτήσεων των τεχνικών προδιαγραφών των Ομάδων 1, 3, 5, 6 και 9, ήταν αδύνατη η αποδοχή της τεχνικής της προσφοράς για τις Ομάδες αυτές και εύλογα αυτή απορρίφθηκε, κατά την αναθέτουσα αρχή. Επί του δεύτερου λόγου της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής η αναθέτουσα επικαλείται ότι εφαρμόσασα τη διάταξη του άρθρου 91 ν.4412/2016 έκανε καταρχήν δεκτή τη συμμετοχή με επιφύλαξη της προσφεύγουσας στο διαγωνισμό, κατά την αξιολόγηση όμως, δεδομένης της με σαφήνεια δήλωσης ΟΧΙ στην πλήρωση συγκεκριμένων τεχνικών προδιαγραφών, νομίμως την απέκλεισε. Τέλος επί του τρίτου λόγου της προσφυγής η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι το επιχείρημα της προσφεύγουσας περί βλάβης του δημοσίου συμφέροντος, προφανώς δεν ευσταθεί, διότι στηρίζεται στην παραδοχή της σύγκρισης τιμών ανόμοιων μηχανημάτων. Συγκεκριμένα, στηρίζεται στη σύγκριση μηχανημάτων που πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, με μηχανήματα που δεν τις πληρούν και τα οποία προφανώς είναι οικονομικότερα στην τιμή. Ούτε νοθεύεται ο ανταγωνισμός, οι δε αιτιάσεις της προσφεύγουσας είναι κατά την αναθέτουσα αβάσιμες διότι για την απαιτούμενη από τις προδιαγραφές ενεργότητα των 10-12mCi έχει ληφθεί υπόψη το γεγονός της προστασίας των χειριστών (ή του χειριστή) και των ασθενών. Οι χειριστές (ή ο χειριστής), θα διαχειρίζονται δόσεις ελάχιστης επικινδυνότητας, με εύκολο τρόπο και αποκλειστικά όταν αυτές απαιτούνται. Για το λόγο αυτό και δεδομένου ότι το FDG είναι εξ ορισμού ένα βραχύβιο ραδιοφάρμακο, δεν υπάρχουν ραδιενεργά κατάλοιπα τέτοια, των οποίων η διαχείριση θα αυξήσει το κόστος του νοσοκομείου υποδοχής, τόσο σε επίπεδο προσωπικού, όσο και στην ανάγκη κατασκευής επιπλέον χώρων. Σε περίπτωση ύπαρξης τιμής πολλαπλάσιας της ζητούμενης των 10-12mCi, αυξάνεται ο κίνδυνος ραδιενεργών καταλοίπων, λόγω της ποσότητας, αλλά και ο κίνδυνος ανεπιθύμητης έκθεσης σε ραδιενέργεια των χειριστών. Ακόμη, δεδομένου του γεγονότος ότι στα

νοσοκομεία υποδοχής που θα εγκατασταθούν τα κύκλωτρα θα λειτουργεί από ένα (1) PET Cr, αλλά υπολογίζοντας και το μικρό χρόνο ημίσειας ζωής του FDG, έχει σαν αποτέλεσμα την απώλεια μεγάλου ποσοστού της πλεονάζουσας παραγόμενης ενεργότητας, που επίσης συνεπάγεται αύξηση του κόστους λειτουργίας του Νοσοκομείου. Επιπλέον, για την κατάρτιση των προδιαγραφών των κύκλωτρων, λήφθηκαν υπόψη και οι περιορισμοί που οφείλονται: α) στην πολύ περιορισμένη διαθεσιμότητα χώρων και ειδικού επιστημονικού προσωπικού των δυο δημόσιων ογκολογικών νοσοκομείων υποδοχής, Αντικαρκινικό Νοσοκομείο Μεταξά και Γ.Ο.Ν,Κ Άγιοι Ανάργυροι, β) στην υπάρχουσα νομοθεσία διακίνησης ραδιοφαρμάκων, γ) στην ύπαρξη ενός μόνο συγκροτήματος PET/CT ανά νοσοκομείο υποδοχής και δ) στην ανάγκη για άμεσα παραγόμενη δόση ανά ασθενή και όχι πολλαπλών δόσεων για διανομή σε πολλαπλά συγκροτήματα PET/CT ή νοσοκομεία. Οι ανωτέρω περιορισμοί, αλλά και οι πραγματικές ανάγκες των δύο δημόσιων ογκολογικών νοσοκομείων, υποχρεωτικά οδηγούν στη διατύπωση προδιαγραφών για την προμήθεια δύο μικρών, αποκλειστικά ενδονοσοκομειακών κύκλωτρων με παραγωγή ραδιοφαρμάκου με δόση ανά ασθενή για ένα μόνο συγκρότημα PET/CT, με απλή μονοφασική παροχή 220 Volt AC/50Hz και ενσωματωμένη αυτοματοποιημένη μονάδα ελέγχου και άμεσης πιστοποίησης ποιότητας του παραγόμενου ραδιοϊσότοπου (Automated QC), Τα κύκλωτρα αυτά θα πρέπει επίσης να μπορούν να παράγουν ραδιοφάρμακο ει δυνατόν και με ένα ειδικό επιστήμονα ανά βάρδια. Η χρήση της αυτόματης ραδιοχημικής μονάδας επιταχύνει και διευκολύνει τη διαδικασία, ενώ μειώνεται δραστικά το κόστος για τη χρήση έξτρα προσωπικού. Συμπερασματικά, κατά την αναθέτουσα αρχή, τούτη έθεσε προδιαγραφές για τα κύκλωτρα, με κριτήριο τις πραγματικές ανάγκες των νοσοκομείων και την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος, προκειμένου ο προς προμήθεια εξοπλισμός να συμβάλλει στη βελτίωση της δημόσιας υγείας και να μην καταλήξει υπολειμμάτων. Ακόμη λήφθηκαν υπόψη θέματα σκοπιμότητας και πολιτικής του Υπουργείου Υγείας και της Διοίκησης για τη

δομή, τη στελέχωση και την αυτοτέλεια εκάστου νοσοκομείου. Άλλωστε, το κάθε νοσοκομείο έχει ως καταστατικό του σκοπό την παροχή υπηρεσιών υγείας σε ασθενείς και όχι εμπορικό σκοπό, εμπορίας και διάθεσης φαρμάκων και δη ραδιοφαρμάκων (το προϊόν του κύκλωτρο). Συνεπώς η μη συμμόρφωση της προσφεύγουσας με τις εν λόγω προδιαγραφές, οι οποίες κρίνονται ως εξαιρετικά κρίσιμες, ορθά κατά την αναθέτουσα επέφερε την απόρριψη της προσφοράς της, η δε προσφορά της εταιρίας ... που έγινε τελικά αποδεκτή, δεν θα μπορούσε να αποκλειστεί, καθώς σε κάθε περίπτωση καλύπτει πλήρως τις τεθείσες προδιαγραφές και αφετέρου είναι εντός των ορίων του προϋπολογισμού της συγκεκριμένης Ομάδας.

6. Επειδή, η συμμετέχουσα στο διαγωνισμό εταιρία «...» άσκησε εμπρόθεσμα την από 27-7-2018 παρέμβασή της υπέρ του κύρους της προσβαλλόμενης απόφασης αναφορικά με τα κριθέντα από την αναθέτουσα αρχή για την Ομάδα 9, καθόσον τούτη με την πληττόμενη απόφαση κηρύχθηκε προσωρινή μειοδότη για την Ομάδα 9 έχουσα προσφέρει τη χαμηλότερη τιμή. Με την εξεταζόμενη παρέμβασή της και επικαλούμενη τα κριθέντα με την υπ' αρ. 501/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ σχετικά με τους όρους της διακήρυξης που αφορούν την Ομάδα 9, ισχυρίζεται ειδικότερα ότι η προσφεύγουσα ... προβάλλει ανεπικαίρως και απαραδέκτως αιτιάσεις για φωτογραφικότητα των τεχνικών προδιαγραφών της Ομάδας 9 – Κύκλωτρο, δεδομένου ότι η νομιμότητα των προδιαγραφών αυτών έχει κριθεί με την υπ' αρ.501/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ κατά της οποίας η προσφεύγουσα έχει ασκήσει την προαναφερθείσα αίτηση αναστολής, η συζήτηση της οποίας εκκρεμεί ενώπιον του αρμοδίου δικαστηρίου. Επιπλέον, η προσφεύγουσα ... με τον αποκλεισμό της από το διαγωνισμό, λόγω της μη συμμόρφωσης με τις αιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές, κατέστη άνευ ετέρου τρίτη στον διαγωνισμό αυτό, στερούμενη του έννομου συμφέροντος να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής της παρεμβαίνουσας κατά το στάδιο της οικονομικής αξιολόγησης για την Ομάδα 9 - Κύκλωτρο, γεγονός που πράττει έστω εμμέσως προβάλλοντας ισχυρισμούς για υπερκοστολογημένη οικονομική προσφορά και νόθευση

ανταγωνισμού. Είναι ως εκ τούτου, κατά την παρεμβαίνουσα εταιρία, καθόλα απαράδεκτη η προσφυγή της τόσο κατά το μέρος που προβάλλει αιτιάσεις κατά της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας για την Ομάδα 9 - Κύκλοτρο όσο και κατά το μέρος του δικογράφου της περί παραβίασης της αρχής του ίσου μέτρου κρίσης των διαγωνιζομένων, αφού για να νομιμοποιείται να προβάλλει τέτοιο ισχυρισμό θα έπρεπε πρώτα να μπει εντός της διαγωνιστικής διαδικασίας. Επίσης η παρεμβαίνουσα προβάλλει ότι είναι ουσία αβάσιμος ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί νόθευσης του ανταγωνισμού και προσβολής του δημοσίου συμφέροντος για τη συγκεκριμένη Ομάδα 9, διατυπώνοντας ειδικότερα ότι σε σχέση με τη δυναμικότητα των κυκλότρων, τον απαιτούμενο χώρο εγκατάστασης και την απαίτηση 5 οπωσδήποτε χειριστών για τη λειτουργία του κυκλότρου της ... έναντι 1 χειριστή για τη λειτουργία του κυκλότρου, το μικρότερο δεν είναι κατ'ανάγκη και φθηνότερο, διότι διαθέτει υψηλότερη τεχνολογία και αυτοματοποιημένες διαδικασίες (που δεν διαθέτει το κύκλοτρο της ... ώστε να καλύπτει διαφορετικές ενδονοσοκομειακές λειτουργικές ανάγκες χρήση με ελάχιστο προσωπικό. Επιπλέον, το πολύ μεγαλύτερο προσφερόμενο προϊόν, όπως αυτό της ..., έχει πολύ μεγαλύτερα κόστη λειτουργίας και κρίνεται ασύμφορο για ένα νοσοκομείο που θέλει να καλύψει τις ανάγκες του ενός και μοναδικού PET/CT που διαθέτει. Άλλωστε η προσφεύγουσα δεν έχει πλήρη εικόνα της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας και συνεπώς αγνοεί τεχνικά στοιχεία και δυνατότητες που αιτιολογούν το κόστος του μηχανήματος, το οποίο εξάλλου εντός του προϋπολογισμού. Επίσης προβάλλει ότι γνωρίζει η εταιρία ... από όλα τα σχετικά έγγραφα και τις αποφάσεις, ότι το νοσοκομείο ΜΕΤΑΞΑ (το ένα εκ των δύο νοσοκομείων όπου προορίζεται το κύκλοτρο) δεν διαθέτει τους χώρους για να υποδεχθεί ένα μεγάλο κύκλοτρο όπως της ... που απαιτεί χώρους 110m², καθώς και ότι εφόσον η προσφεύγουσα δεν αντικρούει την αναφορά ότι το κύκλοτρό της απαιτεί για την λειτουργία του πέντε οπωσδήποτε χειριστές-επιστήμονες για την κάλυψη της καθημερινής λειτουργίας του και των αδειών, παραδέχεται ότι πράγματι έτσι είναι, δηλαδή

δημιουργείται μεγαλύτερο κόστος για το δημόσιο για πολλά έτη λειτουργίας του είδους στο νοσοκομείο. Επίσης η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι η αληθής εικόνα της οικείας αγοράς είναι ότι ο μοναδικός προμηθευτής ραδιοφαρμάκου για PET-το οποίο παράγεται σε βιομηχανικό κύκλο της εταιρίας ... αποκλειστικά στην Αττική- χρεώνει την κάθε δόση ραδιοφαρμάκου στο δημόσιο 700 ευρώ όταν το ενδο- νοσοκομειακό συνολικό κόστος παραγωγής (προσωπικό, αναλώσιμα υλικά, λειτουργία, συντήρηση και απόσβεση κεφαλαίου) με το προσφερόμενο από την παρεμβαίνουσα νοσοκομειακό κύκλο της ABT είναι 240 ευρώ ανά δόση (για 16 εξετάσεις PET την ημέρα). Προκύπτει λοιπόν ότι συμφέρον της ... είναι να διατηρηθεί η μονοπωλιακή κατάσταση προμήθειας του ραδιοφαρμάκου, παραγόμενου σήμερα μόνο σε κύκλο δικής της κατασκευής και διοχετευόμενου σε όλα τα νοσοκομεία της Αττικής, κατάσταση που προφανώς και βλάπτει το δημόσιο συμφέρον. Ενώ η ενέργεια της αποσκοπεί σε ματαίωση της διαδικασίας, με αποτέλεσμα την διατήρηση του εθνικού μονοπωλίου του μοναδικού προμηθευτή ραδιοφαρμάκου στην Ελλάδα. Η ίδια η προσφεύγουσα διά του προέδρου προσπάθησε να αγοράσει κύκλο της ABT από τον Τούρκο αντιπρόσωπο, παρακάμπτοντας την παρεμβαίνουσα, σε μια προσπάθεια έμμεσης χειραγώγησης της αγοράς. Αναφορικά τέλος με τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας περί υπερκοστολογημένης προσφοράς της παρεμβαίνουσας, η τελευταία υποστηρίζει ότι ουδόλως έχει πράξει έτσι, τουναντίον αποδεικνύεται τεκμηριωμένα ότι ουδόλως εκμεταλλεύτηκε τιμολογιακά τον διαγωνισμό καθώς περιέλαβε στην προσφορά της, ως μη όφειλε, όλο το κόστος διαμόρφωσης των χώρων εγκατάστασης των συστημάτων με απάντηση στην τεχνική προσφορά της.

7. Επειδή, το συνεδριάζον Κλιμάκιο νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των αρ. 365 επόμ. ν. 4412/2016 και αρ. 12 επόμ. του π.δ. 39/2017, υπεισέρχεται, βάσει της οικείας με αρ. 945/2018 Πράξης του Προέδρου του, στην εξέταση της άνω προδικαστικής προσφυγής.

8. Επειδή, επί του πρώτου λόγου της εξεταζόμενης προσφυγής και δη αναφορικά με την παραβίαση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής των αρχών της χρηστής διοίκησης και της αντικειμενικής αξιολόγησης των προσφορών, τούτος κρίνεται αβάσιμος. Καταρχήν η άσκηση προσφυγής και η αίτηση αναστολής δεν εμποδίζουν την συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, πάρα μόνο κωλύουν την σύναψη της σύμβασης. Συνεπώς νομίμως η αναθέτουσα αρχή, μετά την έκδοση της με αρ.501/2018 απόφασης της ΑΕΠΠ και τη συμμόρφωσή της αναφορικά με τα κριθέντα για την Ομάδα 11, συνέχισε για τις λοιπές Ομάδες τη διαγωνιστική διαδικασία με το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών, χωρίς να αναστείλει τη διαδικασία του διαγωνισμού για να αναμείνει την κρίση του επιληφθέντος αρμοδίου δικαστηρίου, ενώπιον του οποίου έως και σήμερα δεν έχει συζητηθεί η σχετική προαναφερθείσα αίτηση αναστολής. Τούτο διότι ακόμη και εάν το αρμόδιο Δικαστήριο δικαιώσει την προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή δυνάμει του άρ. 106 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, μπορεί να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το οποιοδήποτε τυχόν σφάλμα ή παράλειψη. Ως εκ τούτου η συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας από την αναθέτουσα αρχή δεν θίγει οποιοδήποτε έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας, πολλώ δε μάλλον δεν συνιστά παραβίαση των αρχών της χρηστής διοίκησης και της αντικειμενικής αξιολόγησης των προσφορών. Τουναντίον, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει το σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτήν (βλ. ενδεικτικά ΕΣ, Τμήμα VI, αποφάσεις 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ενόψει τούτου, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων

συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία σύναψης της δημόσιας σύμβασης, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία ρητά παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία, προκειμένου να συμμετάσχει νόμιμα στο διαγωνισμό. Ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος προσβάλλει ευθέως την σχετική διακήρυξη, μπορεί να μετάσχει στο διαγωνισμό, διατυπώνοντας επιφύλαξη για τη νομιμότητα όρων της διακηρύξεως. Κατά δε το άρθρο 91 παρ. 1 ν.4412/2016 η αναθέτουσα αρχή απορρίπτει προσφορά η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. Εν προκειμένω η προσφεύγουσα καταρχάς νομίμως συμμετείχε στον εν λόγω διαγωνισμό με τη διατύπωση επιφύλαξης για τη νομιμότητα συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, τους οποίους προσέβαλε ενώπιον της ΑΕΠΠ και ακολούθως ενώπιον του Δικαστηρίου βάλλοντας κατά της σχετικής με αρ. 501/2018 απόφασης της ΑΕΠΠ, η οποία τους συγκεκριμένους αυτούς όρους τους έκρινε νόμιμους. Η προσφεύγουσα συνομολογεί, αλλά και προκύπτει από την τεχνική της προσφοράς, ότι η τεχνική προσφορά της δεν πληροί συγκεκριμένους όρους της διακήρυξης, ήτοι αυτούς τους οποίους, κατά τα ανωτέρω, έχει προσβάλλει και ως εκ τούτου σε κάθε προδιαγραφή την οποία έχει προσβάλλει ως μη νόμιμη σημειώνει *«ΟΧΙ υπό τη ρητή επιφύλαξη των όσων αναφέρουμε στη με αριθμό 469/25-5-2018 προσφυγή μας για τη νομιμότητα του όρου της διακήρυξης.»*. Δεδομένου όμως έως την αξιολόγηση από την αναθέτουσα αρχή του φακέλου της τεχνικής προσφοράς δεν εκδόθηκε ουδεμία πράξη που να απαγορεύει τη συνέχιση του διαγωνισμού έχουσα κρίνει μη νόμιμους τους συγκεκριμένους όρους και ως εκ τούτου, μέχρι τυχόν να ακυρωθούν οι όροι αυτοί από το Δικαστήριο, είναι νόμιμοι με βάση την υπ' αρ.501/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ, ορθά η αναθέτουσα αρχή απέρριψε για το λόγο αυτό την τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας, αφού δεν πληρούσε ουσιώδεις όρους της διακήρυξης. Εάν ακολούθως το αρμόδιο

Δικαστήριο δικαιώσει την προσφεύγουσα και κρίνει μη νόμιμους τους συγκεκριμένους όρους τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης, τότε η αναθέτουσα αρχή δυνάμει του άρ. 106 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, μπορεί να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το οποιοδήποτε τυχόν σφάλμα ή παράλειψη, ως προεκτέθηκε. Ωστόσο διαφορετικό είναι το ζήτημα ότι ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος προσβάλλει ευθέως την σχετική διακήρυξη, μπορεί να μετάσχει στο διαγωνισμό, διατυπώνοντας επιφύλαξη για τη νομιμότητα όρων της διακηρύξεως, η εν λόγω, όμως, επιφύλαξη δεν μπορεί στην περίπτωση αυτή να οδηγήσει στον αποκλεισμό του για παράβαση του όρου της διακηρύξεως περί ανεπιφύλακτης συμμετοχής στο διαγωνισμό (ΣΤΕ 3899/2010-πρβλ.ΣΤΕ 4039, 2635/2009, 3634/2007), ως εσφαλμένα διέλαβε η προσβαλλόμενη απόφαση. Κατά συνέπεια απορριπτέος τυγχάνει ο πρώτος λόγος της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής, αφού ορθά αποκλείσθηκε η προσφεύγουσα από την περαιτέρω διαδικασία ως μη πληρούσα ουσιώδεις όρους τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης.

9. Επειδή, επί του δεύτερου λόγου της εξεταζόμενης προσφυγής και δη αναφορικά με την απόρριψη της προσφοράς της ως υποβληθείσα υπό αίρεση, τούτος βάσιμος. Ειδικότερα η αναθέτουσα αρχή περιέλαβε κρίση στην πληττόμενη απόφαση, κατά την οποία *«το περιεχόμενο της Υπεύθυνης Δήλωσης της εταιρείας ... με την οποία δηλώνει ότι καταθέτει την προσφορά της υπό επιφύλαξη, είναι σε πλήρη αντίθεση με τη ρητή διάταξη της παραγράφου 1 περ. στ του άρθρου 91 του Ν. 4412/2016 (ο οποίος διέπει το διαγωνισμό όπως ρητά αναφέρεται στην παρ. 8 σελ 5 της Διακήρυξης), σύμφωνα με την οποία η αναθέτουσα αρχή απορρίπτει σε κάθε περίπτωση προσφορά υπό αίρεση. Κατά τα ανωτέρω η υπόψη προσφορά κρίνεται απορριπτέα για τις Ομάδες για τις οποίες η εταιρεία διατύπωσε επιφύλαξη, ήτοι για τις Ομάδες 1, 3, 5, 6 και 9.»* Κατά το άρθρο 91 παρ. 1 περ. στ ν.4412/2016 η αναθέτουσα αρχή απορρίπτει σε κάθε περίπτωση προσφορά

υπό αίρεση. Εν προκειμένω, όμως, η προσφεύγουσα δηλώνοντας στην τεχνική προσφορά της αναφορικά με την εκ μέρους πλήρωση των προσβληθέντων από αυτήν για τη νομιμότητά τους όρων τεχνικών προδιαγραφών «*ΟΧΙ υπό τη ρητή επιφύλαξη των όσων αναφέρουμε στη με αριθμό 469/25-5-2018 προσφυγή μας για τη νομιμότητα του όρου της διακήρυξης*» σε συνδυασμό με την υποβληθείσα από 25-5-2018 Υπεύθυνη Δήλωσή της περί συμμετοχής της με επιφύλαξη, δεν υπέβαλε προσφορά υπό αίρεση, αλλά προσφορά υπό επιφύλαξη, σύμφωνα και με τα διαληφθέντα στην προηγούμενη σκέψη 8 της παρούσας, δεκτού καθισταμένου του σχετικού ισχυρισμού της προσφεύγουσας.

10. Επειδή, επί του τρίτου λόγου της εξεταζόμενης προσφυγής και δη αναφορικά με την βλάβη του δημοσίου συμφέροντος από τις προσβληθείσες προδιαγραφές, καθόσον μετά το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών, τούτη θα είχε μειοδοτήσει στις Ομάδες 1,3,4,5,9,10, δηλαδή στις 6 από τις 9 ομάδες στις οποίες συμμετείχε, τούτος κρίνεται αβάσιμος. Καταρχήν η προσφεύγουσα ως νομίμως αποκλεισθείσα κατά τα διατυπωθέντα στην ανωτέρω σκέψη 8 της παρούσας, έχει καταστεί τρίτη για τον εν λόγω διαγωνισμό και κατά συνέπεια χωρίς έννομο συμφέρον στρέφεται περαιτέρω κατά της αξιολόγησης της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας προσωρινής αναδόχου για την Ομάδα 9, η οποία αφορά στο μεταγενέστερο και διακριτό στάδιο της αξιολογήσεως οικονομικών προσφορών μόνον όσων διαγωνιζομένων έγινε δεκτή η συμμετοχή και η τεχνική προσφορά, στο οποίο η προσφεύγουσα δεν μετείχε, δεκτού καθισταμένου του σχετικού ισχυρισμού της παρεμβαίνουσας. Επιπρόσθετα οι προβληθέντες με τον τρίτο λόγο της προσφυγής ισχυρισμοί αναφορικά με τη νομιμότητα συγκεκριμένων και δη των ήδη προσβληθέντων από την προσφεύγουσα τεχνικών προδιαγραφών της Ομάδας 9-Κύκλοτρο απαράδεκτως προβάλλονται με την εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή, καθόσον τούτοι έχουν ήδη κριθεί νόμιμοι με την προαναφερθείσα με αρ.501/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ (σκέψη 22 αυτής), την αναστολή της οποίας

έχει αιτηθεί η προσφεύγουσα, χωρίς ωστόσο να έχει εκδοθεί δικαστική επί αυτής απόφαση. Τέλος αναπόδεικτα και αόριστα προβάλλονται από την προσφεύγουσα ισχυρισμοί περί νόθευσης του ανταγωνισμού και υπερκοστολόγησης του προσφερόμενου από την παρεμβαίνουσα προϊόντος. Κατά συνέπεια απορριπτέος τυγχάνει και ο τρίτος λόγος της εξεταζόμενης προσφυγής, δεκτοί δε τυγχάνουν οι περί αντιθέτου ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας.

11. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η ασκηθείσα παρέμβαση.

12. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων οικονομικός φορέας πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 ν.4412/20160).

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20-8-2018 και εκδόθηκε την 6-9-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΚΟΚΚΑΛΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ

