

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 18-7-2019 με την εξής σύνθεση: Σταυρούλα Κουρή - Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 28-6-2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 801/1-7-2019 της εταιρίας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

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

Την από 8-7-2019 παρέμβαση της εταιρίας «.....».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση των με αριθμό Πρακτικού 13/13-6-2019 (θέμα 8^ο) και με αριθμό Πρακτικού 12/6-6-2019 (θέμα 11^ο) δύο (2) αποφάσεων του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής «.....», κάθε άλλης συναφούς πράξης ή παράλειψης, ως και τη ματαίωση και επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού για την ανάθεση της σύμβασης «.....».

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. διακήρυξη προκηρύχθηκε επαναληπτικός ηλεκτρονικός διεθνής διαγωνισμός για την ανάθεση της ανωτέρω σύμβασης «.....», με δικαίωμα της αναθέτουσας αρχής να παρατείνει χρονικά τη σύμβαση όχι πέραν του έτους με συναίνεση του προμηθευτή στην περίπτωση που δεν έχουν υπογραφεί

Αριθμός απόφασης: 816/2019

νέες συμβάσεις και δεν έχουν παραληφθεί όλες οι ποσότητες που προβλέπονται στη σύμβαση, προϋπολογισθείσας αξίας 312.375,00€ (πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ), CPV, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 28-2-2019. Η εν λόγω διακήρυξη δημοσιεύτηκε στην ΕΕΕΕ την 28-1-2019, καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 30-1-2019 και αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Συστημικό Αριθμό α/α Στον εν λόγω διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά οι εταιρίες «.....» και η προσφεύγουσα «.....». Η Επιτροπή Διαγωνισμού με το υπ' αρ.πρωτ. 7406/16-4-2019 Πρακτικό της γνωμοδότησε ότι αμφότερες οι συμμετέχουσες προσκόμισαν όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά συμμετοχής και οι τεχνικές προσφορές τους ήταν σύμφωνες με τη διακήρυξη και ακολούθως το ΔΣ της αναθέτουσας αρχής με την υπ' αρ. 8/18-4-2019 (θέμα 21) απόφασή του ενέκρινε το ως άνω Πρακτικό. Ακολούθως, με την υπ' αρ. 11/30-5-2019 απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής (θέμα 19^ο) εγκρίθηκε το σχετικό Πρακτικό αξιολόγησης οικονομικών προσφορών της Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού, αναδείχθηκε μειοδότη η εταιρία «.....» με προσφερόμενο τίμημα το ποσό των 275.625,00€ (πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ) και αποφασίστηκε η διενέργεια της επόμενης φάσης του διαγωνισμού με την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης της μειοδότης εταιρίας. Γνώση της απόφασης αυτής έλαβαν οι συμμετέχοντες μέσω ΕΣΗΔΗΣ την 31-5-2019 και ώρα 11.51πμ. Την ίδια ημέρα, 31-5-2019 και μία ώρα μετά, ήτοι στις 12.57, αναρτήθηκε μέσω ΕΣΗΔΗΣ το με αρ.πρωτ. 149229 Υπόμνημα της προσφεύγουσας προς την Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού και προς το Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, με το οποίο επεσήμανε ουσιώδη μεταβολή των συνθηκών στην αγορά του συγκεκριμένου ραδιοφαρμάκου σε βαθμό τέτοιο που καθιστούν τις προσφορές αμφοτέρων των συμμετεχουσών στο διαγωνισμό μη συμφέρουσες για την αναθέτουσα αρχή και ζήτησε τη ματαίωση του διαγωνισμού και την επαναπροκήρυξή του, άλλως την προσφυγή στη διαδικασία του άρθρου 29 ν.4412/2016 (ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση). Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα στο εν λόγω Υπόμνημά της προέβαλε ότι μετά την κατάθεση

Αριθμός απόφασης: 816/2019

των προσφορών των συμμετεχουσών έλαβε χώρα ουσιώδης μεταβολή των οικονομικών συνθηκών διάθεσης του εν λόγω ραδιοφαρμάκου στην ελληνική αγορά, που συνίσταται στην ιδιαίτερα σημαντική μείωση της τιμής διάθεσής του στο’ που ανέρχεται στο ποσό των 490 € ανά δόση έναντι της προσφερθείσας από την προσωρινή ανάδοχο τιμής των 525 € ανά δόση. Προσέτι, επικαλείται η προσφεύγουσα στο ανωτέρω υπόμνημά της ότι για τον ίδιο λόγο το ίδιο Νοσοκομείο «.....» είχε με το υπ’ αρ. 32/22-11-2018 πρακτικό του ΔΣ του ματαιώσει και επαναπροκηρύξει τον προηγούμενο για το ίδιο είδος διαγωνισμό (αρ.διακήρυξης). Μετά ταύτα, το ΔΣ της αναθέτουσας αρχής με το υπ’ αρ. 12/6-6-2019 προσβαλλόμενο Πρακτικό του ΔΣ του έκρινε τα εξής: Αναφορικά με τους λόγους ματαίωσης της υπ’ αρ. 32/22-11-2018 (θέμα 31) απόφασης ΔΣ, του προηγούμενου διαγωνισμού με Α.Δ., ο κύριος λόγος ματαίωσής του αφορούσε τη σύγχυση που είχε δημιουργηθεί με τον προσδιορισμό της δασμολογικής κατάταξης και ΦΠΑ του είδους, σύμφωνα με τον οποίο ο συντελεστής ΦΠΑ που έπρεπε να εφαρμοστεί είναι 24% και όχι 6%, όπως προσφερόταν το είδος μέχρι τη δεδομένη στιγμή. Ως εκ τούτου, ο εν λόγω διαγωνισμός δεν ήταν δυνατό να συνεχιστεί και να κατακυρωθεί το είδος στη μοναδική εντός προδιαγραφών εταιρία, αφού ακόμα κι αν η εν λόγω εταιρία προχωρούσε στις απαραίτητες ενέργειες, ώστε να διορθωθεί το προαναφερόμενο σφάλμα και να διαμορφωθεί η προσφορά της με συντελεστή ΦΠΑ 24%, το Νοσοκομείο δεν θα μπορούσε να προμηθευτεί τη ζητούμενη από τη Διακήρυξη ποσότητα χωρίς να υπερβεί την προϋπολογισθείσα δαπάνη. Επομένως, κρίθηκε αναγκαία η επικαιροποίηση των αναγκών του Νοσοκομείου μας και εν τέλει η επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού με αλλαγή της ζητούμενης ποσότητας του είδους, δεδομένου ότι δεν υπήρχε δυνατότητα αύξησης του προϋπολογισμού. Βάσει δε του άρθρου 106 του ν.4412/16, η διαδικασία του διαγωνισμού ματαιώθηκε λόγω και του ότι υπήρχε μειωμένη τιμή ανά δόση σε προσφορά που έγινε μετά από αίτημα προμήθειας του Νοσοκομείου, από έτερη εταιρία, εφόσον στον εν λόγω με ΑΔ διαγωνισμό έγινε αποδεκτή μια μόνο προσφορά και ως εκ τούτου η συμβασιοποίηση δύνατο να προχωρήσει με σύγκριση τιμής επιπλέον και της προ ετών αναρτημένης τιμής στο Παρατηρητήριο Τιμών, η οποία αφορούσε την τιμή προμήθειας της παραπονούμενης εταιρείας με ΦΠΑ

Αριθμός απόφασης: 816/2019

6%. Στον εν εξελίξει κατά συνέπεια διαγωνισμό κι εφόσον και οι δύο εντός προδιαγραφών οικονομικές προσφορές υπάρχουν και αναρτημένο Παρατηρητήριο Τιμών, αλλά και το από 28/12/19 αίτημα του Νοσοκομείου αλλαγής τιμής αυτού με τιμή 595 € άνευ ΦΠΑ, το Νοσοκομείο δεν υποχρεούται να προβεί και σε περαιτέρω καθυστέρηση του Διαγωνισμού. Κατά την ίδια απόφαση, δεν είναι δυνατό κάθε φορά που διενεργείται διαγωνισμός για διάφορα είδη του Νοσοκομείου, να γνωρίζει το Νοσοκομείο τις προσφερόμενες τιμές όλων των Νοσοκομείων της χώρας ανά πάσα στιγμή και ακόμα κι αν το καταφέρει, να ματαιώνει και να επαναπροκηρύσσει διαγωνισμούς ή να διενεργούνται διαπραγματεύσεις (αμφίβολης χρονικής διάρκειας) με συνεχώς μειούμενη προϋπολογιζόμενη δαπάνη. Δηλαδή συνεχείς επαναπροσδιορισμούς των όρων των επικείμενων συμβάσεων κάθε φορά που υπέπιπτε στην αντίληψη οποιασδήποτε Αναθέτουσας Αρχής η ύπαρξη οικονομικότερης προσφοράς. Σε αυτή την περίπτωση θα οδηγείτο σε μια αέναη διαδικασία αναζήτησης οικονομικότερης προσφοράς, η οποία και θα οδηγούσε σε ενδιάμεσες, των προαναφερθέντων διαδικασιών, επαναλαμβανόμενες εντολές προμήθειας, διαδικασία η οποία αποτελεί την έκτακτη κάλυψη των αναγκών μιας αναθέτουσας Αρχής και κατ' ουσία καταστρατηγεί αυτό ακριβώς το πνεύμα και τις βασικές Αρχές Δημοσίων Συμβάσεων. Προς επίρρωση των ανωτέρω η αναθέτουσα αρχή στην εν λόγω απόφασή της επικαλείται το άρθρο 24 του ν. 3846/10 περί Παρατηρητηρίου Τιμών (εφεξής ΠΤ) και το άρθρο 47 του ν. 4272/14, περιπτώσεις προμηθειών με μη αντιστοίχιση στο Π.Τ., οι τιμές του Π.Τ. ή προηγούμενων συμβάσεων/αγορών αντίστοιχα ελέγχονται μια μέρα πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών. Για τον εν λόγω Διαγωνισμό με ΑΔ 1/19, καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ήταν η 28^η/2/19 και η μεμονωμένη ανάρτηση της νέας χαμηλότερης τιμής των 490 € ανά δόση άνευ ΦΠΑ, που αναφέρει η εταιρεία ήταν 16/5/19. Επίσης διαλαμβάνει ότι η παραπονούμενη εταιρεία στις 13-5-2019 κατέθεσε προδικαστική προσφυγή, την οποία μετά από τρεις μέρες ήτοι 16/5/19 - ημέρα ανάρτηση της νέας χαμηλότερης τιμής - απέσυρε, επιφέροντας τεχνηέντως αδικαιολόγητη καθυστέρηση στην εξέλιξη της διαδικασίας. Το γεγονός ότι η τιμή εξαρτάται και από γεωγραφικούς παράγοντες και από τη ζητούμενη κάθε φορά ποσότητα, καθώς βέβαια και από το χρόνο δέσμευσης

Αριθμός απόφασης: 816/2019

που ζητείται στην εκάστοτε διαδικασία. Με άλλα λόγια η νέα αναρτημένη τιμή αφορά σε μηνιαία έρευνα αγοράς σημαντικά μεγαλύτερης ποσότητας (200 δόσεις/μήνα) από την ετήσια αιτούμενη ποσότητα του Νοσοκομείου (525 δόσεις/έτος), δηλαδή διαφορετική διαδικασία από αυτή του Δημόσιου Διαγωνισμού, στον οποίο έκαστη συμμετέχουσα εταιρία δεσμεύεται με εγγυητικές συμμετοχής και καλής εκτέλεσης. Το γεγονός ότι η παραπονούμενη εταιρία δεν προσέφερε την προαναφερόμενη μειωμένη τιμή, για την οποία ενημερώνει με το σχετικό υπόμνημα στις ακόλουθες δύο έρευνες αγοράς του Νοσοκομείου διενέργειας εντολών προμήθειας, μετά την 16^η/5/19. Μετά τα ανωτέρω και υπό το πρίσμα της περαιτέρω προστασίας του δημόσιου συμφέροντος και της διασφάλισης του δημόσιου χρήματος, της άμεσης και χωρίς επιπλέον σημαντικές χρονοτριβές ολοκλήρωσης και προμήθειας μέσω Διαγωνισμού και συμβάσεων του είδους F-18-FDG, αλλά και της πρακτικής που ακολουθεί το Νοσοκομείο μετά την ανάδειξη του μειοδότη από την Επιτροπή, περί προσαρμογής τιμής σε περιπτώσεις χαμηλότερων τιμών προμήθειας - ακόμα κι εάν σε αυτή την περίπτωση δεν αφορά τιμή προμήθειας προς το Νοσοκομείο – το Νοσοκομείο εισηγείται την αποστολή αιτήματος προσαρμογής στη νέα αναρτημένη τιμή προς τον εγκεκριμένο από το ΔΣ μειοδότη του Διαγωνισμού με ΑΔ, και σε περίπτωση αποδοχής της προσαρμογής, την τροποποίηση και της υπό σύμβασης ποσότητας με αύξηση αυτής έως και 15 % και συναρτήσει του χρηματικού ποσού που θα εξοικονομηθεί από την αρχική κατ' είδος προϋπολογισθείσα δαπάνη βάσει του άρθρου 4 του Παραρτήματος Α' της Διακήρυξης 1/19. Σε διαφορετική περίπτωση και σύμφωνα με την πρόταση της παραπονούμενης εταιρίας Α.Ε., θα πρέπει να ματαιωθεί ο Διαγωνισμός και είτε να προκηρυχθεί, με όποια χρονική καθυστέρηση αυτό συνεπάγεται, εφόσον και κατά τη διάρκεια της νέας διαγωνιστικής διαδικασίας μια νέα οικονομικότερη τιμή δύναται να αναρτηθεί, ενώ νέα ενδικοφανή και δικαστικά μέσα δύναται να χρησιμοποιηθούν είτε να γίνει χρήση των νέων εργαλείων δημοσίων συμβάσεων, ήτοι διαπραγμάτευση, ανταγωνιστικός διάλογος κ.ά. από το ανώτατο συλλογικό όργανο του Νοσοκομείου και υπό το πρίσμα ότι η αγορά του εν λόγω είδους κρίνεται ολιγοπωλιακή. Στη συνέχεια η αναθέτουσα αρχή και δη το Τμήμα Προμηθειών με το υπ' αρ.πρωτ.11861/12-6-2019 έγγραφό

Αριθμός απόφασης: 816/2019

του προς το ΔΣ της αναθέτουσας αρχής προβάλλει ότι με την υπ' αρ. 12/6-6-2019 (θέμα 11) αμέσως παραπάνω αναφερθείσα απόφαση ΔΣ και υπό το πρίσμα της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος και της διασφάλισης του δημόσιου χρήματος, εξουσιοδοτήθηκε ο Διοικητής του Νοσοκομείου να διαπραγματευθεί με τη μειοδότη εταιρεία, ώστε να προσαρμόσει την προσφερόμενη τιμή της στο διαγωνισμό προμήθειας του διαγνωστικού ραδιοφαρμάκου F-18-FDG με αρ. Διακ., στη νέα αναρτημένη τιμή διάθεσης στο, η οποία γνωστοποιήθηκε στην υπηρεσία με το ανωτέρω υπόμνημα της εταιρίας και η οποία ταυτίζεται με την τιμή που κατακυρώθηκε το προαναφερόμενο είδος στο Νοσοκομείου με το υπ' αρ. 823/5-6- 2019 πρακτικό αγοράς και ανέρχεται στο ποσό των 490,00€ άνευ ΦΠΑ. Η ημερομηνία διαπραγμάτευσης είχε οριστεί για τις 10-6-2019 ημέρα Δευτέρα και ώρα 14:00μ.μ., η οποία πραγματοποιήθηκε στο Γραφείο του Διοικητή. Εν συνεχεία, στις 11-6-2019, η εταιρία απέστειλε σχετική επιστολή, με την οποία αποδέχεται την προσαρμογή της προσφερόμενης τιμής της από 525,00€ σε 490,00€ ανά δόση F-18-FDG άνευ ΦΠΑ με ελάχιστη ημερήσια παραγγελία τρεις (3) δόσεις. Σύμφωνα δε με το άρθρο 4 του Παραρτήματος Α της Διακήρυξης σχετικά με την αξιολόγηση προσφορών και την κατακύρωση του διαγωνισμού «*Το Νοσοκομείο διατηρεί το δικαίωμα κατακύρωσης ολόκληρης ή μεγαλύτερης ή μικρότερης της προκηρυχθείσας ποσότητας. Στην περίπτωση κατακύρωσης μεγαλύτερης ποσότητας μέχρι ποσοστού 30% για διαγωνισμούς προϋπολογισθείσας αξίας μέχρι 100.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. και 15% για διαγωνισμούς προϋπολογισθείσας αξίας από 100.001,00€ και άνω συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α.*». Επομένως, το Τμήμα Προμηθειών του Νοσοκομείου έκρινε ότι έχει τη δυνατότητα να προχωρήσει σε κατακύρωση μεγαλύτερης ποσότητας μέχρι και ποσοστό 15%, ήτοι $525 + 15\% = 604$ δόσεις και ως εκ τούτου, η τελική κατακύρωση με βάση την ως άνω πληττόμενη απόφαση διαμορφώνεται ως εξής (Πίνακας 1):

ΠΙΝΑΚΑΣ 1

Αριθμός απόφασης: 816/2019

ΕΙΔΟΣ	ΩΔ. ΟΣΟΚ.	Κ Ν	ΧΙΚΗ ΟΣΦΕΡΟ	ΑΡ ΠΡ Μ	ΟΣΟ ΗΤΑ	ΑΘΑΡΗ ΞΙΑ	Κ Α	ΣΥ ΝΟΛΙΚΗ ΑΞΙΑ ΜΕ ΦΠΑ 24%	ΠΡ ΟΫΠΟΛΟΓΙΣ ΘΕΙΣΑ ΔΑΠΑΝΗ ΑΝΕΥ ΦΠΑ	ΠΡΟΫ ΠΟΛΟΓΙΣΘΕΙΣΑ ΔΑΠΑΝΗ ΜΕ ΦΠΑ	
F-18-FDG ενέσιμο διάλυμα για εξέταση PET/CT	9999999	99	5€	52	25	75.625€	2	1.775€	34	2.375,00€ 31	45,00€ 387.3
ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗ ΜΕΤΑ ΤΗΝ ΠΡΟΣΑΡΜΟΓΗ											
ΕΙΔΟΣ	ΩΔΙΚΟΣ ΟΣΟΚΟΜ ΟΥ	Κ Ν ΕΙ	ΟΣΦΕΡΟ ΜΕΝΗ ΤΙΜΗ ΜΟΝΑΔΟΣ ΜΕΤΑ ΤΗΝ ΠΡΟΣΑΡΜΟ ΓΗ	ΠΡ ΥΞΗ ΕΝΗ ΟΣΟ		ΑΘΑΡΗ ΞΙΑ	Κ Α	ΣΥ ΝΟΛΙΚΗ ΑΞΙΑ ΜΕ ΦΠΑ 24%	ΠΡ ΟΫΠΟΛΟ ΓΙΣΘΕΙΣΑ ΔΑΠΑΝΗ ΑΝΕΥ ΦΠΑ	ΠΡΟΫ ΠΟΛΟ ΓΙΣΘΕΙΣΑ ΔΑΠΑΝΗ ΜΕ ΦΠΑ	
F-18-FDG ενέσιμο διάλυμα για εξέταση PET/CT	9999999	99	0€	49	04	95.960€	2	6.900,40€	36	2.375,00€ 31	45,00€ 387.3

Κατά το εν λόγω έγγραφο, το Τμήμα Προμηθειών εκτίμησε ότι η μείωση της τιμής από την προαναφερθείσα διαπραγμάτευση και η αύξηση κατά 15% της αρχικής ζητούμενης ποσότητας είναι εντός της αρχικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης και οικονομικής δέσμευσης που είχε ληφθεί. Μετά τα ανωτέρω, το Τμήμα Προμηθειών εισηγήθηκε την έγκριση των αποτελεσμάτων της διαπραγμάτευσης για την προμήθεια διαγνωστικού ραδιοφαρμάκου F- 18-FDG με την εταιρεία, την κατακύρωση μεγαλύτερης ποσότητας σε ποσοστό 15% (79 δόσεις), βάσει του άρθρου 3 του Παραρτήματος Α της Διακήρυξης και σύμφωνα με τον παραπάνω Πίνακα 1 και τη διενέργεια της επόμενης φάσης με την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης της μειοδότης εταιρίας. Ακολούθως, το ΔΣ της αναθέτουσας αρχής με τη δεύτερη εκ των προσβαλλομένων πράξεων, υπ' αρ. 13/13-6-2019 Πρακτικό του, αποφάσισε την έγκριση των αποτελεσμάτων της διαπραγμάτευσης για την προμήθεια διαγνωστικού ραδιοφαρμάκου F-18-FDG με την εταιρεία, την κατακύρωση μεγαλύτερης ποσότητας σε ποσοστό 15% (79 δόσεις), βάσει του άρθρου 3 του Παραρτήματος Α της Διακήρυξης και σύμφωνα με τον παραπάνω Πίνακα 1 και τη διενέργεια της επόμενης φάσης με την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης της μειοδότης εταιρίας.

3. Επειδή, ειδικότερα, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα βάλλει κατά αμοτέρων των ως άνω αποφάσεων του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής, ήτοι της η με αρ. Πρακτικού συνεδρίασης 12/06-06-2019 (Θέμα 11) απόφασης του Διοικητικού

Αριθμός απόφασης: 816/2019

Συμβουλίου του Ειδικού Αντικαρκινικού Νοσοκομείου και της με αρ. Πρακτικού συνεδρίασης 13/13-06-2019 (Θέμα 8) απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του Ειδικού Αντικαρκινικού Νοσοκομείου, υποστηρίζοντας τα ακόλουθα: Κατά την προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη με αρ.12/6-6-2019 απόφασή της α) αποδέχτηκε κατά τρόπο ρητό την ύπαρξη ουσιώδους μεταβολής των οικονομικών συνθηκών, ικανής να οδηγήσει σε ματαίωση και επαναπροκήρυξη του Διαγωνισμού (*«Σε διαφορετική περίπτωση και σύμφωνα με την πρόταση της παραπονούμενης εταιρείας θα πρέπει να ματαιωθεί ο Διαγωνισμός»*), β) σιωπηρώς ανακάλεσε την προγενέστερη απόφασή της περί κατακύρωσης της προμήθειας στην εταιρεία στην προσφερθείσα τιμή των 525 ευρώ / δόση πλέον ΦΠΑ και γ) αποφάσισε άλως παράνομα, να ζητήσει μόνο από την εταιρία να τροποποιήσει ανεπίτρεπτα την οικονομική της προσφορά, και να την προσαρμόσει σε αυτό που ονομάζει *«νέα αναρτημένη τιμή»*, κάτι που όμως ουδόλως υφίσταται, αφού ουδεμία τροποποιημένη τιμή έχει αναρτηθεί στο τηρούμενο Παρατηρητήριο Τιμών. Εν συνεχεία, όλως παρανόμως, η αναθέτουσα αρχή δια του Διοικητή της, χωρίς να έχει ληφθεί σχετική απόφαση και χωρίς η με αρ. πρακτικού συνεδρίασης 12/06-06-2019 (Θέμα 11) απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου να έχει αποφασίσει κάτι τέτοιο ή να τον έχει εξουσιοδοτήσει προς τούτο, διαπραγματεύθηκε μόνο με την εταιρία την προσφερθείσα από αυτήν τιμή, ώστε αυτή να τροποποιήσει την οικονομική της προσφορά (απολύτως παράνομα) και να υποβάλλει, ανεπίτρεπτα στο στάδιο αυτό της διαδικασίας, νέα οικονομική προσφορά με χαμηλότερη τιμή, αντίστοιχη με εκείνη που είχε προσφερθεί εν τω μεταξύ το ραδιοφάρμακο από την εδώ προσφεύγουσα στο, η οποία ανέρχεται στο ποσό των 490,00€/ δόση άνευ ΦΠΑ. Ως ημερομηνία διαπραγμάτευσης ορίστηκε η 10^η-6-2019 ημέρα Δευτέρα και ώρα 14:00μ.μ., η οποία πραγματοποιήθηκε στο γραφείο του Διοικητή, χωρίς να ενημερωθεί και χωρίς να παρίσταται η προσφεύγουσα. Σε αντίθεση με τα όσα απολύτως αβάσιμα, κατά την προσφεύγουσα, διαλαμβάνονται στην με αρ. πρωτ. 11861/12-6-2019 Εισήγηση του Τμήματος Προμηθειών του Νοσοκομείου, με την δεύτερη προσβαλλόμενη απόφαση, κατά την προσφεύγουσα, ούτε ελήφθη απόφαση για τη διενέργεια

Αριθμός απόφασης: 816/2019

διαπραγμάτευσης με την εταιρεία, ούτε εξουσιοδοτήθηκε ο Διοικητής του Νοσοκομείου να προβεί σε οποιαδήποτε σχετική ενέργεια. Τούτο προκύπτει από απλή ανάγνωση της δεύτερης προσβαλλομένης απόφασης του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής. Επομένως οι ενέργειές του είναι, κατά την προσφεύγουσα, παράνομες και στερούνται νομικού ερείσματος σε κάθε περίπτωση. Ανεξαρτήτως των ανωτέρω, στις 11-6-2019, η εταιρεία απέστειλε σχετική επιστολή, με την οποία αποδέχτηκε την τροποποίηση της οικονομικής της προσφοράς και την μείωση της προσφερόμενης τιμής της από 525,00€ σε 490,00€ ανά δόση F-18-FDG άνευ ΦΠΑ με ελάχιστη ημερήσια παραγγελία τρεις (3) δόσεις. Επισημαίνει η προσφεύγουσα ότι η διαδικασία αυτή ουδεμία σχέση έχει με το αίτημα που αποστέλλουν οι αναθέτουσες αρχές στους μειοδότες, για την συμμόρφωσή τους με τις τιμές που έχουν αναρτηθεί στο Παρατηρητήριο Τιμών, αφού η ανωτέρω τιμή ουδόλως έχει αναρτηθεί σε αυτό. Απλώς έγινε γνωστή στους ενδιαφερομένους και στην αναθέτουσα αρχή μέσω της ανάρτησής της στο Διαδίκτυο, στα πλαίσια της δημοσιότητας των Προμηθειών του Δημοσίου. Η αναθέτουσα αρχή όλως παρανόμως, κατά την προσφεύγουσα, με την με αρ. Πρακτικού Συνεδρίασης 13/13-6-2019 (Θέμα 8) δεύτερη πληττόμενη απόφασή της, κατ' αποδοχή της ως άνω υπ' αριθ. πρωτ. 11861/12-6-19 εισήγησης του τμήματος προμηθειών της, ομόφωνα αποφάσισε την έγκριση των αποτελεσμάτων της διαπραγμάτευσης που, παρανόμως, χωρίς να έχει ληφθεί τέτοια απόφαση, χωρίς να έχει εξουσιοδοτηθεί προς τούτο ο Διοικητής της και κατά παράβαση του Κανονιστικού Πλαισίου που διέπει τους Διαγωνισμούς του Δημοσίου, διενήργησε μόνο με την εταιρεία για την προμήθεια διαγνωστικού ραδιοφαρμάκου F-18-FDG, την κατακύρωση μεγαλύτερης ποσότητας σε ποσοστό 15% (79 δόσεις), βάσει του άρθρου 3 του Παραρτήματος Α της Διακήρυξης και σύμφωνα με τον Παραπάνω Πίνακα 1 και τη διενέργεια της επόμενης φάσης με την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης της μειοδότης εταιρίας. Με τον πρώτο λόγο προσφυγής της, η προσφεύγουσα, κατ' επίκληση των άρθρων 27, 29 και 32 του ν.4412/2016, του άρθρου 1 σημείο 7 του Παραρτήματος Β της διακήρυξης, του άρθρου 4 του Παραρτήματος Α αυτής, προβάλλει ότι η αναθέτουσα αρχή, πέραν της έλλειψης σχετικής εξουσιοδότησης του Διοικητή της, δεν είχε ούτε το δικαίωμα να αιτηθεί την

Αριθμός απόφασης: 816/2019

τροποποίηση της οικονομικής προσφοράς της μίας μόνο διανωνιζόμενης εταιρίας, κατά τη διάρκεια της ισχύος της, ούτε ηδύνατο με βάση το νόμο να προβεί σε διαδικασία διαπραγμάτευσης της τιμής, και μάλιστα μόνο με τον ένα διαγωνιζόμενο, ενέργειες παράνομες και αντιτιθέμενες στο νόμο και στη διακήρυξη. Κατά την προσφεύγουσα, από την στιγμή που η αναθέτουσα αρχή έκανε δεκτό το από 31-05-2019 υπόμνημά της και έκρινε ότι η υποβληθείσα οικονομική προσφορά της εταιρείας ήταν μη συμφέρουσα, λόγω μεταβολής των οικονομικών συνθηκών, όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα, κατ' εφαρμογή του άρθρου 106 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 4 της με αρ. διακ. διαγωνισμού, να προβεί σε ματαίωση του Διαγωνισμού και επαναπροκήρυξή του, ώστε να δοθεί η δυνατότητα στις συμμετέχουσες εταιρίες να υποβάλλουν νέες βελτιωμένες προσφορές, που θα ανταποκρίνονται στις νέες οικονομικές συνθήκες διάθεσης του ραδιοφαρμάκου, προς μεγίστη ωφέλεια του δημοσίου συμφέροντος, αλλά και των οικονομικών του Νοσοκομείου. Εναλλακτικά, η αναθέτουσα αρχή είχε τη δυνατότητα, κατ' εφαρμογή του αρ. 106 παρ. 5 του Ν. 4412/2016, να αποφασίσει, παράλληλα με τη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης, την προσφυγή στη διαδικασία του άρθρου 29 του ν.4412/2016, διαδικασία που θα εξασφάλιζε την βέλτιστη τιμή διάθεσης του ραδιοφαρμάκου. Κατά το δεύτερο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλείται παραβίαση των αρχών της αμεροληψίας και της ίσης μεταχείρισης, αφού, αντί να προβεί στις νόμιμες διαδικασίες της ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του εν θέματι διαγωνισμού, όπως είχε πράξει στον προγενέστερο διαγωνισμό που ήταν η προσφεύγουσα μειοδότης, εξέδωσε κατά παράβαση του νόμου και του κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης τις προσβαλλόμενες πράξεις.

4. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αρ. 15/4-7-2019 Πρακτικό του ΔΣ, που απέστειλε στην ΑΕΠΠ την 4-7-2019, ενέκρινε τις απόψεις επί της εξεταζόμενης προσφυγής που διατύπωσε το Τμήμα Προμηθειών της με το υπ' αρ. 13643/4-7-2019 σχετικό έγγραφο, διαλαμβάνοντας τα εξής: Ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής, με την υπ' αρ. 12/6-6-2019 (θέμα 11) απόφαση ΔΣ και υπό το πρίσμα της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος και της διασφάλισης του δημόσιου χρήματος, εξουσιοδοτήθηκε ο Διοικητής του Νοσοκομείου να διαπραγματευθεί με την ήδη μειοδότη εταιρεία

Αριθμός απόφασης: 816/2019

..... με σκοπό να προσαρμόσει την προσφερόμενη τιμή της στην πιο πρόσφατη τιμή, με την οποία προμηθεύτηκε το Νοσοκομείο, ενώ η ίδια τιμή αναφερόταν και στο υπόμνημα της εταιρίας

..... σχετικά με την τιμή στο, ήτοι 490,00€ άνευ ΦΠΑ με το υπ' αρ. 823/5-6-2019 πρακτικό αγοράς. Σημειώνει δε ότι η διαδικασία προσαρμογής τιμών αποτελεί πρακτική που ακολουθεί το Νοσοκομείο σε όλους τους διαγωνισμούς προμήθειας ειδών και υπηρεσιών, σε περιπτώσεις προηγούμενων χαμηλότερων τιμών προμήθειας ή σε περιπτώσεις αντιστοίχισης με κωδικό ΠΤ, ώστε οι τιμές να είναι ίσες ή μικρότερες αυτών. Οι διαδικασίες που προβλέπονται στα άρθρα 29 και 32, ήτοι η ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση και η διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση αντίστοιχα του Ν.4412/16, ουδεμία σχέση έχουν με την διαδικασία που ακολουθήθηκε στον επίμαχο διαγωνισμό. Επιπροσθέτως, ως προς την παρατήρηση της προσφεύγουσας, αναφορικά με την τήρηση όρων της Διακήρυξης και συγκεκριμένα της δυνατότητας αναπροσαρμογής της προσφερόμενης τιμής αναφέρει η αναθέτουσα αρχή ότι στις παρ. 7 και 9 του άρθρου 1 «ΤΙΜΗ-ΠΡΟΣΦΟΡΑ» του Παραρτήματος Β της Διακήρυξης, διατυπώνεται ότι *«7. Η τιμή της προσφοράς δεν υπόκειται σε μεταβολή κατά τη διάρκεια του χρόνου ισχύος της. Σε περίπτωση που ζητηθεί παράταση της διάρκειας ισχύος της προσφοράς, οι διαγωνιζόμενοι δε δικαιούνται, κατά τη γνωστοποίηση της συγκατάθεσής τους, να υποβάλλουν νέο πίνακα με την τιμή προσφοράς.»* και *«9.Προσφορά που θέτει όρο αναπροσαρμογής, χωρίς αυτό να προβλέπεται στη Διακήρυξη, απορρίπτεται ως απαράδεκτη.»*. Από τα ανωτέρω γίνεται ξεκάθαρο, κατά την αναθέτουσα αρχή, ότι ο όρος της μη δυνατότητας μεταβολής της τιμής της προσφοράς αφορά περιοριστικό όρο που θέτει η αναθέτουσα αρχή έναντι των προσφερόντων και όχι σε διαδικασίες που εγείρονται από την ίδια την αναθέτουσα αρχή και με σκοπό πάντα την περαιτέρω εξοικονόμηση και διασφάλιση του δημοσίου χρήματος. Ως προς το δεύτερο λόγο της προσφυγής, αναφορικά με τους λόγους ματαίωσης της υπ' αρ. 32/22-11-2018 (θέμα 31) απόφασης ΔΣ, του προηγούμενου Διαγωνισμού με Α.Δ., τους οποίους επικαλείται η εταιρία «.....» και στην παρούσα φάση του Διαγωνισμού με ΑΔ 1/19 και ως εκ τούτου πρέπει κατά τον ίδιο τρόπο να

Αριθμός απόφασης: 816/2019

ματαιωθεί, η αναθέτουσα υποστηρίζει ότι ο κύριος λόγος ματαίωσης εκείνου του διαγωνισμού αφορούσε τη σύγκυση που είχε δημιουργηθεί με τον προσδιορισμό της δασμολογικής κατάταξης και ΦΠΑ του είδους, σύμφωνα με τον οποίο ο συντελεστής ΦΠΑ που έπρεπε να εφαρμοστεί είναι 24% και όχι 6%, όπως προσφερόταν το είδος μέχρι τη δεδομένη στιγμή. Ως εκ τούτου, ο εν λόγω διαγωνισμός δεν ήταν δυνατό να συνεχιστεί και το είδος να κατακυρωθεί στη μοναδική εντός προδιαγραφών εταιρεία, αφού ακόμα κι αν η εν λόγω εταιρεία προχωρούσε στις απαραίτητες ενέργειες ώστε να διορθωθεί το προαναφερόμενο σφάλμα και να διαμορφωθεί η προσφορά της με συντελεστή ΦΠΑ 24%, το Νοσοκομείο δεν θα μπορούσε να προμηθευτεί τη ζητούμενη από τη Διακήρυξη ποσότητα χωρίς να υπερβεί την προϋπολογισθείσα δαπάνη. Επομένως, κρίθηκε αναγκαία η επικαιροποίηση των αναγκών του Νοσοκομείου και εν τέλει η επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού με αλλαγή της ζητούμενης ποσότητας του είδους, δεδομένου ότι δεν υπήρχε δυνατότητα αύξησης του προϋπολογισμού. Παρεμπιπτόντως και βάσει του άρθρου 106 του ν.4412/16, η διαδικασία του διαγωνισμού ματαιώθηκε λόγω και του ότι υπήρχε μειωμένη τιμή ανά δόση σε προσφορά που έγινε μετά από αίτημα προμήθειας του Νοσοκομείου, από έτερη εταιρεία, εφόσον στον εν λόγω με ΑΔ Διαγωνισμό έγινε αποδεκτή μια μόνο προσφορά και ως εκ τούτου η συμβασιοποίηση ήταν δυνατό να προχωρήσει με σύγκριση τιμής επιπλέον και της προ ετών αναρτημένης τιμής στο ΠΤ, η οποία αφορούσε την τιμή προμήθειας της παραπονούμενης εταιρείας με ΦΠΑ 6%. Στον εν εξελίξει κατά συνέπεια διαγωνισμό κι εφόσον υπάρχουν και δύο εντός προδιαγραφών οικονομικές προσφορές και αναρτημένο ΠΤ, αλλά και το από 28/12/19 αίτημα του Νοσοκομείου αλλαγής τιμής αυτού με τιμή 595 € άνευ ΦΠΑ, το Νοσοκομείο δεν ήταν υποχρεωμένο να προβεί και σε περαιτέρω καθυστέρηση του ήδη πολύπαθου εν συζητήσει Διαγωνισμού. Εξάλλου δεν είναι δυνατόν, κατά την αναθέτουσα αρχή, στον παρόντα Διαγωνισμό η προσφεύγουσα εταιρεία να απαιτεί τη ματαίωση του Διαγωνισμού ισχυριζόμενη την αλλαγή των οικονομικών δεδομένων της αγοράς, ενώ με την υπ' αρ. 1266/1-12-18 Προσφυγή της προς ΑΕΠΠ κατά του υπ' αρ. Διαγωνισμού προμήθειας διαγνωστικού ραδιοφαρμάκου F-18-FDG, η ίδια εταιρεία απαιτούσε την ακύρωση της υπ' αρ. 32/22-11-18 (θέμα 31) απόφασης ΔΣ περί ματαίωσης του με αρ. Διακήρυξης

Αριθμός απόφασης: 816/2019

..... Διαγωνισμού, η οποία και είχε απορριφθεί από την ΑΕΠΠ. Δεν είναι δυνατόν, κάθε φορά που διενεργείται διαγωνισμός για διάφορα είδη ενός Νοσοκομείου, να γνωρίζει το Νοσοκομείο τις προσφερόμενες τιμές όλων των Νοσοκομείων της χώρας ανά πάσα στιγμή κι ακόμα κι αν αυτό ήτο δυνατό, να ματαιώνει και να επαναπροκηρύσσει διαγωνισμούς ή να διενεργούνται διαπραγματεύσεις (αμφίβολης χρονικής διάρκειας) με συνεχώς μειούμενη προϋπολογιζόμενη δαπάνη. Με άλλα λόγια να οδηγείται το Νοσοκομείο σε συνεχείς επαναπροσδιορισμούς των τιμών των επικείμενων συμβάσεων κάθε φορά που υπέπιπτε στην αντίληψη οποιασδήποτε αναθέτουσας αρχής η ύπαρξη οικονομικότερης προσφοράς. Σε αυτή την περίπτωση θα οδηγείτο σε μια αέναη διαδικασία αναζήτησης οικονομικότερης προσφοράς, η οποία και θα είχε ως αποτέλεσμα ενδιάμεσες, των προαναφερθέντων διαδικασιών, επαναλαμβανόμενες εντολές προμήθειας, διαδικασία η οποία αποτελεί την έκτακτη κάλυψη των αναγκών μιας αναθέτουσας Αρχής και κατ' ουσία καταστρατηγεί αυτό ακριβώς το πνεύμα και τις βασικές Αρχές Δημοσίων Συμβάσεων. Προς επίρρωση των ανωτέρω, κατά την αναθέτουσα αρχή, δεν θα πρέπει να λησμονούνται τα εξής: Σύμφωνα με το άρθρο 24 του ν. 3846/10 περί ΠΤ και του άρθρο 47 του ν. 4272/14 (περιπτώσεις προμηθειών με μη αντιστοίχιση στο ΠΤ), οι τιμές του ΠΤ ή προηγούμενων συμβάσεων/αγορών αντίστοιχα ελέγχονται μια μέρα πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών. Για τον εν λόγω Διαγωνισμό με ΑΔ 1/19, καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ήταν η 28^η/2/19 και η μεμονωμένη ανάρτηση της νέας χαμηλότερης τιμής των 490 € ανά δόση άνευ ΦΠΑ, που αναφέρει η εταιρεία ήταν 16/5/19. Επιπρόσθετα η παραπονούμενη εταιρεία: α. στις 13-5-2019 κατέθεσε προδικαστική προσφυγή, την οποία μετά από τρεις μέρες ήτοι 16/5/19 -ημέρα ανάρτησης της νέας χαμηλότερης τιμής στο- απέσυρε, επιφέροντας τεχνηέντως αδικαιολόγητη καθυστέρηση στην εξέλιξη της διαδικασίας. β. Στις 31-5-2019 κατέθεσε υπόμνημα και όγι προδικαστική προσφυγή, για ματαίωση του διαγωνισμού λόγω της προαναφερόμενης μειωμένης τιμής, την οποία όμως δεν προσέφερε στις ακόλουθες δύο έρευνες αγοράς του Νοσοκομείου διενέργειας εντολών προμήθειας, μετά την 16^η/5/19. Ως εκ τούτου η προσφεύγουσα εταιρία κατ' ουσία έχει χάσει την προθεσμία άσκησης προδικαστικού μέσου έναντι της πρώτης προσβαλλόμενης

Αριθμός απόφασης: 816/2019

απόφασης με αρ. 11/30-5-2019 (θέμα 18) έγκρισης Πρακτικού Οικονομικής Αξιολόγησης. Ως εκ τούτου δεν υπήρξε θέμα αμφισβήτησης του μειοδότη. Κατ' επέκταση η προσφεύγουσα εταιρία δεν δύναται να βάλει νεώτερη απόφαση ΔΣ, η οποία αποτελεί απόρροια άλλης, η οποία δεν προσεβλήθη και η οποία σκοπό είχε τη περαιτέρω βελτίωση των αποτελεσμάτων της πρώτης με σκοπό τη διασφάλιση του δημόσιου χρήματος. γ. Στις 28-6-2019 κατέθεσε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή και παράλληλα την ίδια μέρα προσέφερε επιπλέον μειωμένη τιμή στα 470€. Από την ανωτέρω χρονική παράθεση γεγονότων, γίνεται αντιληπτή, κατά την αναθέτουσα αρχή, η πρόθεση της εταιρείας να δημιουργήσει συνεχείς καθυστερήσεις στην εξέλιξη ενός Διαγωνισμού, ο οποίος διεξάγεται καθόλα εντός του νομοθετικού περί δημοσίων συμβάσεων πλαισίου τόσο με αδικαιολόγητες προσφυγές όσο και με χρήση εξωδιαγωνιστικών τεχνικών πίεσης (βλ. συνεχής μείωση τιμής σε εντολές προμήθειας). Δε θα πρέπει συνάμα να λησμονείται το γεγονός ότι η προσφεύγουσα εταιρία επικαλείται διαφοροποιήσεις οικονομικών δεδομένων της αγοράς ως λόγους ματαίωσης, οι οποίες όμως αποτελούν εξωδιαγωνιστικές διαδικασίες, χωρίς την ύπαρξη ούτε χρονικών δεσμεύσεων ισχύος προσφορών και σταθερής συνεργασίας, ούτε και υποβολής/δέσμευσης χρηματικών εγγυήσεων, όπως απαιτούνται σε Ανοιχτούς Ετήσιους Δημόσιους Διαγωνισμούς. Αντιθέτως υπό το καθεστώς διαγωνιστικών δεσμεύσεων η εν λόγω εταιρία δε μειοδότησε.

5. Επειδή, η εταιρία «.....» με την από 8-7-2019 νομοτύπως και εμπροθέσμως κατόπιν της από 3-7-2019 κοινοποίησης της προσφυγής, παρέμβασή της, μετ' εννόμου συμφέροντος, αφού αναδείχθηκε προσωρινή μειοδότη, επικαλείται προς απόρριψη της με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 801/2019 προδικαστικής προσφυγής του οικονομικού φορέα «.....» και διατήρηση της ισχύος των προσβαλλόμενων αποφάσεων τα ακόλουθα: Η προσφεύγουσα δεν μπορεί παραδεκτώς να προσβάλλει τις προσβαλλόμενες, λόγω ελλείψεως εννόμου συμφέροντος προς τούτο. Από το ιστορικό της παρούσας, προκύπτει ότι η προσφεύγουσα δια των προσβαλλομένων, δεν επηρεάζεται η ίδια ούτε ευνοείται από την ακύρωσή τους. Η Αναθέτουσα Αρχή, μετά την με αριθμ. 11/30.5.19 (θέμα 19) απόφασή της, η οποία έχει καταστεί οριστική (αφού δεν προσεβλήθη από την προσφεύγουσα) όρισε μειοδότη του συγκεκριμένου πολύπαθου διαγωνισμού

Αριθμός απόφασης: 816/2019

(επαναληπτικός ύστερα από ματαίωση) την παρεμβαίνουσα και θα μπορούσε κάλλιστα να προχωρήσει άμεσα στην υπογραφή της σχετικής σύμβασης προμήθειας. Αντί γι' αυτό, και ύστερα από πληροφορία από την ίδια τη προσφεύγουσα για την ύπαρξη χαμηλότερης τιμής προμήθειας σε ένα άλλο νοσοκομείο της χώρας, ζήτησε από την παρεμβαίνουσα περαιτέρω έκπτωση, την οποία και έλαβε. Αυτά ακριβώς εν συντομία είναι τα κρίσιμα πραγματικά περιστατικά. Άρα, κατά πρώτον, η προσφεύγουσα δεν βλάπτεται από τη διατήρηση των προσβαλλομένων, αφού οι προσβαλλόμενες αφορούν αποκλειστικά και μόνο τη τιμή προμήθειας του συγκεκριμένου είδους της Αναθέτουσας Αρχής από την παρεμβαίνουσα. Κατά δεύτερον, η προσφεύγουσα δεν ευνοείται από την ακύρωση των προσβαλλομένων διότι, ακόμη και εάν γίνει δεκτή η προσφυγή και ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες, θα ισχύει η απόφαση με αριθμ. 11/30.5.19 απόφαση, σύμφωνα με την οποία μειοδότης του συγκεκριμένου διαγωνισμού είναι η παρεμβαίνουσα και τιμή κατακύρωσης 525,00 ευρώ. Δεν θα επέλθει ματαίωση του διαγωνισμού ώστε η προσφεύγουσα να θεμελιώνει προσδοκία για την ανάδειξη της ως μειοδότη στον επαναληπτικό διαγωνισμό εάν και ακόμη σε αυτή την περίπτωση δεν θεμελιώνεται έννομο συμφέρον, καθώς αυτό είναι μέλλον, προσδοκώμενο ή ενδεχόμενο. Η προσδοκία ματαιώσεως διαγωνισμού και προκηρύξεως νέου δεν αποτελεί λόγο δυνάμενο να στηρίξει το έννομο συμφέρον προς παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας, ακόμη και εάν ο αποκλεισθείς υποψήφιος έχει ασκήσει αίτηση ακυρώσεως κατά της περί αποκλεισμού του πράξεως της αναθέτουσας αρχής. Πρόκειται για συνεπή εφαρμογή της δογματικής και νομολογιακής θεμελιώσεως της έννοιας του εννόμου συμφέροντος στο εθνικό δικονομικό δίκαιο, σύμφωνα με την οποία το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι ενεστώς, δηλαδή, και η βλάβη να είναι υπαρκτή, αλλά και η νομική ή πραγματική κατάσταση ή η ιδιότητα του αιτούντος να υφίστανται και να μην είναι μελλοντικές ή ενδεχόμενες. Τέτοιου είδους προσδοκία δεν διαφέρει από την προσδοκία οποιασδήποτε άλλης επιχειρήσεως του κλάδου, η οποία προσδοκά να συμμετάσχει σε μελλοντική διαδικασία επιλογής. Είναι εξάλλου στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, μετά την τυχόν ακύρωση των προσβαλλομένων, να ματαιώσει τον διαγωνισμό εάν κρίνει ότι η επιλεγείσα προσφορά είναι μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, κατ' άρθρο 106 παρ. 2 ν. 4412/2016. Εκτός των ανωτέρω,

Αριθμός απόφασης: 816/2019

η προσφεύγουσα δεν ανήκει πλέον στον κύκλο συμφερόντων των πράγματι ενδιαφερομένων του εν λόγω διαγωνισμού, έχοντας απωλέσει τον ιδιαίτερο νομικό σύνδεσμό του, αυτόν του διαγωνιζόμενου υποψηφίου, με τη διαγωνιστική διαδικασία. Ο διαγωνισμός πλέον δεν την αφορά. Επίσης, δεν προσέβαλε την απόφαση ορισμού της παρεμβαίνουσας ως μειοδότης (αριθμ. 11/30.5.19), άρα δεν μπορεί να αμφισβητήσει τις μεταγενέστερες αποφάσεις του εν λόγω διαγωνισμού γιατί δεν της προκαλούν ζημία. Η προσφεύγουσα, σε μια προσπάθεια της να θεμελιώσει το έννομο συμφέρον της, στο δικόγραφο της ισχυρίζεται ότι η *«Αναθέτουσα Αρχή αρχικώς μεν κατακύρωσε το Διαγωνισμό στη συνδιαγωνιζόμενη εταιρεία, πλην όμως στη συνέχεια σιωπηρά ανακάλεσε την κατακυρωτική της απόφαση αυτή...»*. Από τα ίδια τα πραγματικά περιστατικά προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή ουδέποτε, έστω και σιωπηρά, ανακάλεσε την απόφασή της να κατακυρώσει τη συγκεκριμένη προμήθεια στην παρεμβαίνουσα. Το μόνο που έκανε είναι να ζητήσει και να λάβει από αυτή μεγαλύτερη έκπτωση τιμής, ώστε αυτή να συμβαδίζει με τη τιμή που προμηθεύτηκε τον Μάιο του 2019 το Νοσοκομείο Παπαγεωργίου. Ως προς τους λοιπούς ισχυρισμούς της προσφυγής, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι από τα πραγματικά περιστατικά του ένδικου διαγωνισμού συνάγεται αβίαστα ότι μετά την κατακύρωση της προμήθειας σε αυτήν, η αναθέτουσα αρχή ζήτησε και έλαβε από αυτή περαιτέρω μείωση τιμής, προκειμένου να συμμορφωθεί η τιμή κατακύρωσης με τη τιμή που είχε εκείνη τη στιγμή αναρτηθεί στο Διαδίκτυο για το συγκεκριμένο είδος. Η παρεμβαίνουσα συμφώνησε στο να χορηγήσει περαιτέρω έκπτωση σε μια ένδειξη καλής θέλησης από την πλευρά της. Θα μπορούσε κάλλιστα να μην αποδεχθεί καμία απολύτως περαιτέρω έκπτωση και να απαιτήσει τη σύναψη σύμβασης στην κατακυρωθείσα τιμή των 525,00 ευρώ. Δεν συντρέχει στη συγκεκριμένη περίπτωση καμία απολύτως παράβαση νόμου, ούτε παραβίαση της αρχής της αμεροληψίας και της αρχής της ίσης μεταχείρισης. Επίσης, παντελώς αβασίμως η προσφεύγουσα εμπλέκει την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία με τον αρχικό με αρ. διακ. ηλεκτρονικό ανοιχτό διαγωνισμό, καθώς ο κύριος λόγος ακύρωσης του τελευταίου ήταν ότι είχε προκηρυχθεί με λάθος ΦΠΑ 6% αντί 24%. Κάπως, κάπου και κάποτε η σύμβαση πρέπει να υπογραφεί. Αποκλειστικός σκοπός της προσφεύγουσας

Αριθμός απόφασης: 816/2019

με την άσκηση της ένδικης προσφυγής της είναι η καθυστέρηση της ολοκλήρωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας που μετά από τόσο καιρό (και μια ήδη ματαίωση) έχει φτάσει στο τελικό σημείο της τυπικής υπογραφής της, ώστε η αναθέτουσα αρχή να συνεχίσει να προμηθεύεται εξωσυμβατικά, προβαίνοντας σε διαδικασίες διαπραγμάτευσης ανά μήνα ή δεκαπενθήμερο με κατάτμηση της ετήσιας ανάγκης της που ανέρχεται στο ποσό των 300.000 ευρώ.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα μετά τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής και την άσκηση της ανωτέρω παρέμβασης απέστειλε προς την ΑΕΠΠ την 18-7-2019 Υπόμνημα, με το οποίο συμπληρωματικά όσων διαλαμβάνει στην προδικαστική προσφυγή της επικαλείται και τα εξής: Προς επίρρωση του ουσιώδη ισχυρισμού της ότι, μετά την κατάθεση των προσφορών των διαγωνιζομένων, έλαβε χώρα ουσιώδης μεταβολή των συνθηκών, που επιβάλλει τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, ισχυρισμού που σιωπηρά άλλωστε έγινε αποδεκτός από την Αναθέτουσα Αρχή κατά τα αναλυτικώς εκτιθέμενα στην προδικαστική προσφυγή, προσκομίζει στοιχεία από τα οποία αποδεικνύεται, κατά τη προσφεύγουσα, ότι ήδη το προμηθεύεται το ένδικο ραδιοφάρμακο σε τιμή πολύ χαμηλότερη από την τιμή στην οποία παρανόμως έχει κατακυρωθεί η προμήθεια στην ανταγωνίστρια εταιρεία Ειδικότερα, προσκομίζει την από 10-7-2019 Σύμβαση προμήθειας του ραδιοφαρμάκου 18F/FDG μεταξύ του Νοσοκομείου και της προσφεύγουσας, καθώς και το με α.α. εντύπου 983/10-7-2019 Πρακτικό Αγοράς, που εξεδόθη κατόπιν έρευνας αγοράς που διενεργήθηκε από το Νοσοκομείο, στην οποία έλαβε χώρα τόσο η εταιρεία όσο και η προσφεύγουσα, η οποία αναδείχθηκε μειοδότη. Από τα έγγραφα αυτά αποδεικνύεται, κατά την προσφεύγουσα, ότι ήδη το προμηθεύεται το ανωτέρω ραδιοφάρμακο σε τιμή/δόση που ανέρχεται στο ποσό των 460,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ.

7. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί από την προσφεύγουσα το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), ποσού 1.562,00 €.

Αριθμός απόφασης: 816/2019

8. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (έργο) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

9. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), δοθέντος ότι οι προσβαλλόμενες αποφάσεις αναρτήθηκαν στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. και κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους στις 19-6-2019, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, η δε προσφυγή ασκήθηκε την 28-6-2019.

10. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας εταιρίας καταρχήν στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι και η ίδια έχει υποβάλλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της στον υπόψη διαγωνισμό, προσδοκώντας εύλογα να της ανατεθεί η εκτέλεση της δημοπρατούμενης σύμβασης.

11. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά

Αριθμός απόφασης: 816/2019

παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

12. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

13. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 106 του ν.4412/2016, που διέπει τον υπόψη διαγωνισμό, και αναφέρεται στη ματαίωση της διαδικασίας, ορίζονται τα ακόλουθα: «1. Η αναθέτουσα αρχή με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης: α) εφόσον η διαδικασία απέβη άγονη είτε λόγω μη υποβολής προσφοράς είτε λόγω απόρριψης όλων των προσφορών ή αιτήσεων ή αποκλεισμού όλων των προσφερόντων ή συμμετεχόντων, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος βιβλίου και τα έγγραφα της σύμβασης ή β) στην περίπτωση του τελευταίου εδαφίου της παραγράφου 5 του άρθρου 105, 2. Ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης, β) αν οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς και η εκτέλεση του συμβατικού

Αριθμός απόφασης: 816/2019

αντικείμενου δεν ενδιαφέρει πλέον την αναθέτουσα αρχή ή τον φορέα για τον οποίο προορίζεται το υπό ανάθεση αντικείμενο, γ) αν λόγω ανωτέρας βίας, δεν είναι δυνατή η κανονική εκτέλεση της σύμβασης, δ) αν η επιλεγείσα προσφορά κριθεί ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, ε) στην περίπτωση της παραγράφου 4 του άρθρου 97, στ) για άλλους επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος όπως ιδίως δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος. 3. Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμψιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη. 4. Όταν συντρέχουν οι λόγοι για τη ματαίωση της διαδικασίας που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2, η αναθέτουσα αρχή ακυρώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης για ολόκληρο το αντικείμενο της σύμβασης ή, αν οι λόγοι αυτοί συνδέονται με τμήμα της σύμβασης, για το εν λόγω τμήμα, εφόσον επιτρέπεται η κατάθεση τέτοιων προσφορών. 5. Η αναθέτουσα αρχή διατηρεί, επίσης, το δικαίωμα, μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου, να αποφασίσει, παράλληλα με τη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης, και την επανάληψη οποιασδήποτε φάσης της διαδικασίας σύναψης, με τροποποίηση ή μη των όρων της ή την προσφυγή στη διαδικασία των άρθρων 29 ή 32, εφόσον, στην τελευταία αυτή περίπτωση, πληρούνται οι όροι και οι προϋποθέσεις των άρθρων αυτών. 6. Ειδικά για την περίπτωση δ` της παραγράφου 2 για τη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, απαιτείται γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου του Υπουργείου στο οποίο υπάγεται ή από το οποίο εποπτεύεται η αναθέτουσα αρχή ή του τεχνικού συμβουλίου της οικείας περιφέρειας, όταν στο οικείο Υπουργείο δεν υφίσταται τεχνικό συμβούλιο και όταν αναθέτουσες αρχές είναι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης Α` και Β` βαθμού ή ενώσεις ή νομικά πρόσωπα των οργανισμών αυτών. 7. Στις δημόσιες συμβάσεις έργων και σε περίπτωση εφαρμογής του άρθρου 50 και ματαίωσης της διαδικασίας, δυνάμει του παρόντος άρθρου, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, να εξαγοράσει τις μελέτες των τεχνικών λύσεων που κρίνει ικανοποιητικές και να προβεί σε νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης έργου βάσει των μελετών αυτών. Η δυνατότητα αυτή πρέπει να αναφέρεται στα έγγραφα της σύμβασης κατά την αρχική διαδικασία.».

Αριθμός απόφασης: 816/2019

14. Επειδή, σύμφωνα με τους όρους της υπόψη διακήρυξης, οι οποίοι θέτουν το κανονιστικό πλαίσιο του υπόψη διαγωνισμού, προβλέπονται, μεταξύ άλλων, στο άρθρο 4 του Παραρτήματος Α΄ της διακήρυξης, τα ακόλουθα: «*Το Νοσοκομείο διατηρεί το δικαίωμα κατακύρωσης ολόκληρης ή μεγαλύτερης ή μικρότερης της προκηρυχθείσας ποσότητας. Στην περίπτωση κατακύρωσης μεγαλύτερης ποσότητας μέχρι ποσοστού: ⇒ 30% για διαγωνισμούς προϋπολογισθείσας αξίας μέχρι 100.000,00 € συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. ⇒ 15% για διαγωνισμούς προϋπολογισθείσας αξίας από 100.001,00 € και άνω συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. Στην περίπτωση κατακύρωσης μικρότερης ποσότητας, μέχρι ποσοστού 50%, μετά από έγγραφη αποδοχή του προμηθευτή. Για κατακύρωση μέρους της ποσότητας, κάτω του ως άνω καθοριζόμενου ποσοστού, απαιτείται προηγούμενη αποδοχή από τον προμηθευτή. Το Νοσοκομείο διατηρεί το αποκλειστικό δικαίωμα να ματαιώσει και να επαναλάβει το διαγωνισμό, με τροποποίηση ή μη των όρων και των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης χωρίς καμία απαίτηση ή δικαίωμα οιοδήποτε εκ των συμμετεχόντων. Επίσης τα αποτελέσματα του διαγωνισμού ματαιώνονται, μεταξύ άλλων, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 106 του ν. 4412/16 και στις περιπτώσεις: →Διενέργειας σχετικού διαγωνισμού, σε κεντρικό ή περιφερειακό επίπεδο ή ενιαίου Διαγωνισμού του Νοσοκομείου. →Όταν ο φορέας δε χρειάζεται πλέον το υλικό, είτε λόγω αλλαγών στην τεχνολογία, είτε λόγω διακοπής ή περιορισμού της δραστηριότητας για την οποία επρόκειτο αυτό να χρησιμοποιηθεί. → Όταν συντρέχουν λόγοι δημοσίου συμφέροντος που επιβάλλουν τη ματαίωση. → Όταν υποβληθεί μία μόνο προσφορά ή τελικά γίνεται αποδεκτή μία μόνο προσφορά και εφόσον δεν υπάρχουν συγκριτικά στοιχεία τιμών είτε προηγούμενων διαγωνισμών είτε της αγοράς που να επιβεβαιώνονται με παραστατικά. →Αν κανένας από τους προμηθευτές δεν προσκομίσει, σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις των διατάξεων του ν. 4412/16, ένα ή περισσότερα από τα έγγραφα και δικαιολογητικά τα οποία απαιτούνται από αυτές.».*

15. Επειδή, στο άρθρο 1 περ. 7 και 9 του Παραρτήματος Β΄ αυτής προβλέπονται τα εξής: «...7. Η τιμή της προσφοράς δεν υπόκειται σε μεταβολή κατά τη διάρκεια του χρόνου ισχύος της. Σε περίπτωση που ζητηθεί παράταση της διάρκειας ισχύος της προσφοράς, οι διαγωνιζόμενοι δε

Αριθμός απόφασης: 816/2019

δικαιούνται, κατά την γνωστοποίηση της συγκατάθεσής τους, να υποβάλλουν νέο πίνακα με την τιμή προσφοράς.....9. Προσφορά που θέτει όρο αναπροσαρμογής, χωρίς αυτό να προβλέπεται από τη διακήρυξη, απορρίπτεται ως απαράδεκτη.».

16. Επειδή, εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αρ.11/30-5-2019 απόφαση του ΔΣ της, ανέδειξε πρώτη μειοδότη την εταιρία «.....» με προσφερόμενη τιμή μονάδας 525€ ανά δόση και συνολικά 275.625€ και δεύτερη μειοδότη την προσφεύγουσα «.....» με προσφερόμενη τιμή μονάδας 550€ ανά δόση και συνολικά 288.750€. Στην απόφαση αυτή της αναθέτουσας αρχής, τούτη (αναθέτουσα αρχή) επισημαίνει emphaticά (με υπογράμμιση) τα εξής: *«Σημειώνεται ότι η προσφερόμενη τιμή μονάδος της μειοδότης εταιρείας είναι εντός του Παρατηρητηρίου Τιμών Υγείας, της προϋπολογισθείσας δαπάνης, καθώς και ίδια με την πιο πρόσφατη προσφερόμενη τιμή μονάδος από πρακτικό αγοράς του Νοσοκομείου μας.»*. Ωστόσο, κατά δήλωση της προσφεύγουσας που εμπεριέχεται στην εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή (βλ. σελ. 8 2^η παράγραφο αυτής), και η οποία δεν αντικρούσθηκε από την αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, η τελευταία ήδη προμηθεύεται το συγκεκριμένο ραδιοφάρμακο από την προσφεύγουσα «.....» στην τιμή των 490€, κατόπιν έρευνας αγοράς και υπογραφής αντίστοιχων συμβάσεων. Το αυτό δε επαναλαμβάνεται και στη σελ. 10 1^η παράγραφο) *«Θα πρέπει στο σημείο αυτό να αναφέρουμε ότι, το αντίδικο Νοσοκομείο, ήδη προμηθεύεται από την εταιρεία μας, κατά τη διαδικασία μικροπρομηθειών που ακολουθεί μέχρι την ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, το ανωτέρω ραδιοφάρμακο, στην τιμή των 490 ευρώ/ δόση πλέον ΦΠΑ. Επομένως, κατά το χρόνο εκδόσεως των προσβαλλόμενων πράξεων, γνώριζε καλώς ότι η εταιρεία μας προσέφερε ήδη τη χαμηλότερη αυτή τιμή ραδιοφαρμάκου»*. Συνεπώς, κατά το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών του υπόψη διαγωνισμού τόσο η αναθέτουσα αρχή όσο και η προσφεύγουσα γνώριζαν ότι η αγοραία τιμή ανερχόταν στο ποσό των 490€ ανά δόση, αφού η τελευταία προμήθευε την πρώτη εξωσυμβατικά με αυτήν την τιμή (490€). Και ενώ αυτό ήταν γνωστό σε αμφότερες και ενώ η αναθέτουσα με την απόφασή της 1..... έλαβε υπόψη της ίδια με την πιο πρόσφατη προσφερόμενη τιμή μονάδος από πρακτικό αγοράς του Νοσοκομείου, όπως

Αριθμός απόφασης: 816/2019

εκεί αναγράφεται, εντούτοις ανέδειξε προσωρινό μειοδότη την «.....» με προσφερόμενη τιμή ανά δόση 525€, ως προκύπτει από την άνω απόφασή της, η οποία κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω ΕΣΗΔΗΣ την 31-5-2019 και ώρα 11.51πμ, γνώση της οποίας όμως έλαβε η προσφεύγουσα την 30-5-2019 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, όπως η ίδια δηλώνει στο με αρ.πρωτ.149229 Υπόμνημά της. Μετά ταύτα η προσφεύγουσα την ίδια ημέρα και μία ώρα μετά, ήτοι στις 12.57, μέσω ΕΣΗΔΗΣ ανήρτησε το προαναφερόμενο με αρ.πρωτ.149229 Υπόμνημά της, με το οποίο ζήτησε από την αναθέτουσα αρχή τη ματαίωση και επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού, λόγω ουσιώδους μεταβολής των συνθηκών στην αγορά του ραδιοφαρμάκου. Η αναθέτουσα αρχή στη συνέχεια με την υπ' αρ.12/2016 απόφασή της, αποφάσισε καθ' ερμηνεία της απόφασης αυτής, αφού επί λέξει έχει ως εξής «...εισηγούμεθα: - την αποστολή αιτήματος προσαρμογής στη νέα αναρτημένη τιμή προς τον εγκεκριμένο από το ΔΣ μειοδότη του Διαγωνισμού με ΑΔ 1/19, και - σε περίπτωση αποδοχής της προσαρμογής, την τροποποίηση και της υπό σύμβασης ποσότητας με αύξηση αυτής έως και 15 % και συναρτήσει του χρηματικού ποσού που θα εξοικονομηθεί από την αρχική κατ' είδος προϋπολογισθείσα δαπάνη βάσει του άρθρου 4 του Παραρτήματος Α' της Διακήρυξης Σε διαφορετική περίπτωση και σύμφωνα με την πρόταση της παραπονούμενης εταιρείας, θα πρέπει να ματαιωθεί ο Διαγωνισμός και: - είτε να προκηρυχθεί, με όποια χρονική καθυστέρηση αυτό συνεπάγεται, εφόσον και κατά τη διάρκεια της νέας διαγωνιστικής διαδικασίας μια νέα οικονομικότερη τιμή δύναται να αναρτηθεί, ενώ νέα ενδικοφανή και δικαστικά μέσα δύναται να χρησιμοποιηθούν - είτε να γίνει χρήση των νέων εργαλείων Δημοσίων Συμβάσεων, ήτοι διαπραγμάτευση, ανταγωνιστικός διάλογος κ.α. από το ανώτατο συλλογικό όργανο του Νοσοκομείου και υπό το πρίσμα ότι η αγορά του εν λόγω είδους κρίνεται ολιγοπωλιακή.», ενώ το αυτό ακριβώς κείμενο διαλαμβάνεται στο με αρ.πρωτ.11264/5-6-2019 έγγραφο του Τμήματος Προμηθειών της αναθέτουσας αρχής προς το ΔΣ της. Από το 'σώμα' της εν λόγω απόφασης δεν διαπιστώνεται παροχή εξουσιοδότησης προς τον Διοικητή του Νοσοκομείου να προχωρήσει σε διαπραγμάτευση με τη μειοδότη εταιρία. Ωστόσο, με την υπ' αρ.13/13-6-2019 απόφαση του ΔΣ της

Αριθμός απόφασης: 816/2019

αναθέτουσας αρχής, η οποία έλαβε υπόψη της την υπ' αρ.11861/12-6-2019 εισήγηση του Τμήματος Προμηθειών, η οποία με τη σειρά της έλαβε υπόψη της, μεταξύ άλλων, την υπ' αρ.12/6-6-2019 (θέμα 11) απόφαση ΔΣ περί «...εξουσιοδότησης του Διοικητή να προχωρήσει σε διαπραγμάτευση με τη μειοδότηρια εταιρία, όπως ακριβώς αναγράφει, ως και την από 11/6/19 απαντητική επιστολή της εταιρίας, έπειτα από τη συνάντηση που διεξήχθη με το Διοικητή, αποφάσισε την έγκριση των αποτελεσμάτων της διαπραγμάτευσης για την προμήθεια διαγνωστικού ραδιοφαρμάκου F-18-FDG με την εταιρεία, την κατακύρωση μεγαλύτερης ποσότητας σε ποσοστό 15% (79 δόσεις), βάσει του άρθρου 3 του Παραρτήματος Α της Διακήρυξης και σύμφωνα με τον παραπάνω Πίνακα 1 (βλ. σκέψη 2 της παρούσας) και τη διενέργεια της επόμενης φάσης με την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης της μειοδότηριας εταιρίας. Εν τω μεταξύ η προσφεύγουσα την 19-6-2019 με το υπ' αρ.πρωτ.149770 έγγραφό της προς την Επιτροπή Διενέργειας και προς το Διοικητικό Συμβούλιο της αναθέτουσας αρχής ενημέρωσε ότι πλέον τούτη προσφέρει πλέον το συγκεκριμένο ραδιοφάρμακο στην τιμή των 465€ ανά δόση που διαμορφώθηκε για το νοσοκομείο «.....».

17. Επειδή, υπό τα ανωτέρω δεδομένα και δη της διαμόρφωσης ουσιαδώς χαμηλότερης τιμής στην αγορά από αυτήν της προϋπολογισθείσας αξίας που ελήφθη στη διακήρυξη και κατ' ακολουθία της τιμής που αποτυπώθηκε στην οικονομική προσφορά αμφοτέρων των συμμετεχόντων, γεγονός που η αναθέτουσα αρχή το γνώριζε κατά τα προδιαληφθέντα, κρίνεται ότι το αποφασίζον όργανο όφειλε σε κάθε περίπτωση να προβεί στη ματαίωση των αποτελεσμάτων της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, για λόγους δημοσίου συμφέροντος, αφού, κατά τα παραπάνω, επήλθε ανατροπή της οικονομικής ισορροπίας της υπό σύναψη σύμβασης, αλλά και διότι η επιλεγείσα με την υπ' αρ.1..... απόφαση της αναθέτουσας αρχής προσφορά έπρεπε να είχε κριθεί ως μη συμφέρουσα από οικονομικής άποψης, καθόσον, ως αναλύθηκε στην αμέσως προηγούμενη σκέψη της παρούσας, η αναθέτουσα αρχή κατά την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών γνώριζε ότι πλέον η αγοραία τιμή ανερχόταν στο ποσό των 490€ ανά δόση, διότι με αυτήν την τιμή διαφαίνεται ότι προμηθευόταν εξωσυμβατικά κατ' εκείνο το χρόνο. Η επιλεγείσα διαδικασία

Αριθμός απόφασης: 816/2019

διαπραγμάτευσης που ακολούθησε η αναθέτουσα αρχή για την αλλαγή της προσφορόμενης τιμής, έστω και επί το έλασσον, με τον προσωρινό ανάδοχο, δεν αποτελεί διαδικασία που ερείδεται στο νόμο 4412/2016, ανεξάρτητα εάν η αναθέτουσα αρχή, όπως δηλώνει, την ακολουθεί. Αντίθετη προσέγγιση κρίνεται ότι παραβιάζει τις αρχές της διαφάνειας, της ισότητας των συμμετεχόντων και του ανόθευτου ανταγωνισμού, αφού τελικά κατακυρώνεται σύμβαση με διαφορετικό οικονομικό αντικείμενο από το διαληφθέν στην οικονομική προσφορά του συμμετέχοντα. Άλλωστε απόρροια των αρχών αυτών αποτελεί η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής για αυστηρή τήρηση των όρων υποβολής των προσφορών που η ίδια έχει καθορίσει στην οικεία διακήρυξη και τη μη αποδοχή τροποποιήσεων που αν είχαν περιληφθεί στη διακήρυξη θα είχαν παράσχει στους υποψηφίους τη δυνατότητα να υποβάλλουν ουσιωδώς διαφορετικές προσφορές (Ελ.Συν. Ζ΄ Κλ.Πρ.437/12, όπου και παραπομπή σε αποφάσεις ΔΕΕ C-496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Fruita, C-84/03. Επιτροπή κατά Βασιλείου της Ισπανίας, ΕΣ Τμ. Μειζ.-Επτ.Συνθ. 2169/2010, VI Τμ.1784/2011). Και βέβαια είναι άλλη η περίπτωση κατά την οποία μετά την οριστική κατακύρωση της σύμβασης αμοιβαία και κοινή συναινέσει τα συμβαλλόμενα μέρη, χάριν δημοσίου συμφέροντος, αποφασίσουν τη μείωση του τιμήματος της σύμβασης, χωρίς τούτο να συνεπάγεται οποιαδήποτε μεταβολή υπέρ αυτού ως προς το είδος και την έκταση των προσφερομένων ειδών και των ενε γένει υποχρεώσεων του, σύμφωνα με πάγια νομολογία (ενδεικτικά ΕλΣυν Ζ΄Κλ.426/12, Γνωμ.ΝΣΚ 186/2015 κ.ά.).

18. Επειδή, συνακόλουθα, η διαδικασία της διαπραγμάτευσης που υιοθέτησε η αναθέτουσα αρχή αντιβαίνει και σε ρητό όρο της διακήρυξης, με βάση τον οποίο (βλ. άρθρο 1 περ. 7 και 9 του Παραρτήματος Β΄ της διακήρυξης) η τιμή της προσφοράς δεν υπόκειται σε μεταβολή κατά τη διάρκεια του χρόνου ισχύος της, ο όρος δε αυτός προδήλως δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους συμμετέχοντες, με βάση και τα διαληφθέντα στη σκέψη 12 της παρούσας, απορριπτομένου του προβληθέντος με τις απόψεις ισχυρισμού της αναθέτουσας αρχής ότι είναι ξεκάθαρο ότι ο όρος της μη δυνατότητας μεταβολής της τιμής της προσφοράς αφορά περιοριστικό όρο που θέτει η αναθέτουσα αρχή έναντι των προσφερόντων και όχι σε διαδικασίες που εγείρονται από την ίδια την

Αριθμός απόφασης: 816/2019

αναθέτουσα αρχή και με σκοπό πάντα την περαιτέρω εξοικονόμηση και διασφάλιση του δημοσίου χρήματος.

19. Επειδή, ουδεμία επιρροή ασκούν στην εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή και στον υπόψη διαγωνισμό όσα έγιναν ή όσα απορρίφθηκαν σε προηγούμενη ομοειδή διαγωνιστική διαδικασία της αναθέτουσας αρχής και δη όσον αφορά στη διακήρυξη με ΑΔ, με βάση την αρχή της αυτοτέλειας κάθε διαγωνιστικής διαδικασίας.

20. Επειδή, ο ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος, περί έλλειψης εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος για την άσκηση της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής, αφού ο τελευταίος δεν επηρεάζεται ούτε ευνοείται από την ακύρωση των προσβαλλόμενων πράξεων, κρίνεται αβάσιμος. Τούτο διότι ο προσφεύγων επιδιώκοντας την ακύρωση των προσβαλλομένων πράξεων, δηλαδή της απόφασης της αναθέτουσας αρχής να διαπραγματευτεί με τον προσωρινό μειοδότη και της απόφασης της αναθέτουσας αρχής, μετά τη γενόμενη διαπραγμάτευση με τον προσωρινό μειοδότη, να κατακυρώσει προσωρινά σε αυτόν με τίμημα διαφορετικό από το δηλωθέν στην οικονομική του προσφορά, αποβλέπει στη ματαίωση της διαδικασίας και στην επαναπροκήρυξή της με δεδομένα που θα ανταποκρίνονται στις πραγματικές συνθήκες της αγοράς και θα διασφαλίζουν στη συμμετοχή του υγιή ανταγωνισμό και ίσες ευκαιρίες μεταξύ των υποψηφίων. Υπό την έννοια αυτή ο προσφεύγων κρίνεται ότι έχει προσωπικό, άμεσο και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής του και ευνοείται προδήλως από την ακύρωση των προσβαλλομένων πράξεων. Εξάλλου και ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής, που διατύπωσε με τις απόψεις της, ότι «...η προσφεύγουσα κατ' ουσία έχει χάσει την προθεσμία άσκησης προδικαστικού μέσου έναντι της πρώτης προσβαλλόμενης απόφασης με αρ.11/30-5-2015 (θέμα 18) έγκρισης Πρακτικού Οικονομικής Αξιολόγησης.....» κρίνεται αβάσιμος, καθόσον οι λόγοι που προβάλλονται στην εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή αφορούν στην απόφαση να διενεργηθεί διαπραγμάτευση, στη διαδικασία που ακολουθήθηκε για τη διαπραγμάτευση και στο αποτέλεσμα αυτής.

21. Επειδή, τέλος, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος περί έλλειψης εξουσιοδότησης προς το Διοικητή του νοσοκομείου να διενεργήσει τη

Αριθμός απόφασης: 816/2019

διαπραγμάτευση, πέραν από την έλλειψη νομιμότητας της διαδικασίας αυτής όπως αναλύθηκε στις σκέψεις 17 και 18 της παρούσας, κρίνεται βάσιμος, καθόσον, με βάση όσα αναλύθηκαν στη σκέψη 16 της παρούσας δεν προκύπτει χορήγηση σχετικής εξουσιοδότησης, πολλώ δε μάλλον προσδιορισμός των ορίων της, ελλείψεις οι οποίες συνιστούν ουσιώδεις νομικές πλημμέλειες. Τούτο διότι ο Διοικητής του νοσοκομείου δεν προκύπτει από τα στοιχεία που τέθηκαν υπόψη του Κλιμακίου ότι είχε κατά το χρόνο έκδοσης των προσβαλλόμενων διοικητικών πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας το τεκμήριο αρμοδιότητας μεταξύ των οργάνων της αναθέτουσας αρχής να διενεργήσει τη διαπραγμάτευση ούτε παρείχε, ως μονομελές όργανο, επιπρόσθετη αξιοπιστία έναντι της Επιτροπής Διαγωνισμού ή του Διοικητικού Συμβουλίου της.

22. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, να απορριφθεί η ασκηθείσα παρέμβαση και να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες με αριθμό Πρακτικού 12/6-6-2019 (θέμα 11^ο) και 13/13-6-2019 (θέμα 8^ο) του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής «.....» επί τω τέλει ματαίωσης της διαδικασίας ανάθεσης της υπόψη δημόσιας σύμβασης που προκηρύχθηκε με την υπ' αρ. διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, για τους λόγους που εκτέθηκαν στις σκέψεις 12, 17 και 18 της παρούσας.

23. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το με στοιχεία παράβολο, ποσού 1.562,00 €.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει προσβαλλόμενες με αριθμό Πρακτικού 12/6-6-2019 (θέμα 11^ο) και 13/13-6-2019 (θέμα 8^ο) του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής «.....» κατά τα ορισθέντα στη σκέψη 22 της παρούσας.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγ.Ιωάννη Ρέντη στις 18-7-2019 και εκδόθηκε στις 29-7-2019.

Αριθμός απόφασης: 816/2019

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΚΟΥΡΗ ΣΤΑΥΡΟΥΛΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΤΣΟΥΛΟΥΦΑ ΑΡΓΥΡΩ**