



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

ΑΠΟΦΑΣΗ
106/2015

(της διαδικασίας του άρθρου 2 παρ. 2, περ. γ', υποπερ. δδ' του ν. 4013/2011, όπως ισχύει)

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την 19 Μαΐου του έτους δύο χιλιάδες δεκαπέντε (2015) ημέρα Τρίτη και ώρα 11:00 π.μ. και επί της οδού Λ. Κηφισίας 7, στους Αμπελόκηπους, όπου και τα γραφεία της, συνήλθε η **ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ** σε συνεδρίαση μετά από σχετική πρόσκληση του Προέδρου της, η οποία γνωστοποιήθηκε νομίμως σε όλα τα μέλη της Αρχής.

Από τα προσκληθέντα μέλη της Αρχής παρέστησαν κατά την συνεδρίαση τα ακόλουθα:

- 1. Πρόεδρος:** Δημήτρης Ράικος
2. Μέλη: Ευάγγελος Καραμανλής
Ιωάννα Κουλούρη
Δημήτρης Λουρίκας
Δημήτρης Σταθακόπουλος

Τα λοιπά τακτικά και αναπληρωματικά μέλη, καίτοι προσκληθέντα δεν προσήλθαν.

Γραμματέας: Πλουμιστός Δημήτριος

Εισηγήτρια: Όλγα Αβαδέλου, Νοσοκομειακός Φαρμακοποιός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά την διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστη η εισηγήτρια Όλγα Αβαδέλου, η οποία αποχώρησε πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας και λήψης της απόφασης από τα Μέλη του Συμβουλίου της Αρχής.

Θέμα: Παροχή σύμφωνης γνώμης για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης απευθείας ανάθεση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, για τη σύναψη σύμβασης παροχής υπηρεσιών συντήρησης-προμήθειας μέρους εξοπλισμού δύο (2) Γραμμικών Επιταχυντών ποσού 400.000€ (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ), (308.000€ πλέον ΦΠΑ) για χρονικό διάστημα δύο (2) ετών.

1. Με το υπ' αριθμ. πρωτ. έγγραφο- αίτημα 15930/22.12.2014, το οποίο παρελήφθη από την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. την 2.1.2015 (αρ. Πρωτ. 6) όπως συμπληρώθηκε με τα υπ. αριθ. 902/3-2-2015,

2621,2663/26-2-2015 και 3585/29-4-2015 έγγραφα του, τα οποία παρελήφθησαν στις 6-2-2015 (αρ. Πρωτ. 581), 26-2-2015 (αρ. Πρωτ. 953) και 29-4-2015 (αρ. Πρωτ. 1897) αντίστοιχα, το Αντικαρκινικό Νοσοκομείο Θεσσαλονίκης "ΘΕΑΓΕΝΕΙΟ" αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. δδ' του Ν.4013/2011, ως ισχύει, προκειμένου να προβεί στη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης- απευθείας ανάθεση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, για τη σύναψη σύμβασης παροχής υπηρεσιών συντήρησης-προμήθειας ανταλλακτικών, ποσού 308.000€, πλέον ΦΠΑ (400.000 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ), για χρονικό διάστημα δύο (2) ετών.

I. Ιστορικό- πραγματικά περιστατικά

Από τα αναφερόμενα στο κρινόμενο αίτημα και τα συνυποβληθέντα αρχικά και συμπληρωματικά έγγραφα και στοιχεία προκύπτουν τα ακόλουθα πραγματικά περιστατικά:

2. Σύμφωνα με αριθμ. 902/3-02-2015 έγγραφο της Διοίκησης του Νοσοκομείου, στο Αντικαρκινικό Νοσοκομείο Θεσσαλονίκης "ΘΕΑΓΕΝΕΙΟ", λειτουργούν δύο Γραμμικοί Επιταχυντές, μηχανήματα υψηλής τεχνολογίας, με τα οποία πραγματοποιούνται ακτινοθεραπείες σε ογκολογικούς ασθενείς. Για να πετύχουν την παραγωγή ακτινοθεραπευτικής δέσμης (δέσμη ραδιενεργών φωτονίων πολύ υψηλής ενέργειας) χρησιμοποιούν διάφορες τεχνολογίες, όπως ραδιοσυχνοτήτων (RF), υψηλού κενού, μεγάλων ρευμάτων και παραγωγής επιτάχυνσης, οδήγησης δέσμης ηλεκτρονίων πολύ υψηλής ενέργειας. Κατά τους ισχυρισμούς του νοσοκομείου, οι Γραμμικοί Επιταχυντές αποτελούν μηχανήματα υψηλής τεχνολογίας που αν η χρήση τους δεν γίνεται σύμφωνα με τους κανόνες της ακτινοπροστασίας, μπορεί να βλάψουν αντί να θεραπεύσουν. Επομένως θα πρέπει πάντα να χειρίζονται αλλά και να συντηρούνται από ειδικά εκπαιδευμένο προσωπικό. Επιπρόσθετα το νοσοκομείο ισχυρίζεται ότι: *"στην παγκόσμια αγορά έχουν επικρατήσει δύο εταιρίες κατασκευής Γραμμικών Επιταχυντών ('ELEKTA' & 'VARIAN'), οι οποίες κατέχουν πάνω από το 90% της αγοράς. Η κάθε μία, έχει αναπτύξει τις δικές της τεχνολογίες, για την επίτευξη του καλύτερου αποτελέσματος και της μεγαλύτερης ασφάλειας. Είναι φανερό, ότι δεν θα ήταν δυνατόν να ανατεθεί η συντήρηση των μηχανημάτων του ενός κατασκευαστή στον άλλον ή σε οποιονδήποτε εξωτερικό συνεργάτη, ο οποίος και να ήταν εκπαιδευμένος, θα του ήταν αδύνατον να βρει εξειδικευμένα ανταλλακτικά που χρειάζονται για την συντήρηση του κάθε μηχανήματος"*

3. Τους ως άνω Γραμμικούς Επιταχυντές προμηθεύτηκε το Νοσοκομείο το Δεκέμβριο του 1998 (Σύμβαση 1768/98), έπειτα από ανοιχτό δημόσιο διαγωνισμό που πραγματοποιήθηκε από το Υπουργείο Ανάπτυξης, από την εταιρία PHILIPS A.E.B.E. με κόστος 764.640.000 δρχ. με Φ.Π.Α. Η σύμβαση περιελάμβανε εγγύηση καλής λειτουργίας- τεχνική υποστήριξη (άρθρο 6 της σύμβασης), σύμφωνα με το οποίο: *" Η εταιρία παρέχει εγγύηση καλής λειτουργίας για είκοσι πέντε (25) μήνες για όλα τα υλικά, εξαρτήματα, εργασίες επισκευής και εργασίες προληπτικής συντήρησης των προσφερόμενων συστημάτων γραμμικού επιταχυντή εκτός του κυματοδηγού και της λυχνίας παραγωγής ραδιοσυχνοτήτων τύπου Magnetron των προσφερόμενων συγκροτημάτων που καλύπτονται με πλήρη εγγύηση είκοσι και δύο ετών αντίστοιχα{...}* Στο ίδιο άρθρο αναφερόταν ότι *"η εταιρεία διαθέτει επαρκές απόθεμα ανταλλακτικών για τις ανάγκες των Νοσοκομείων στις αποθήκες της στην Αθήνα και Θεσσαλονίκη. Τα ανταλλακτικά διατίθενται για χρονικό διάστημα τουλάχιστον δέκα ετών από τη πώληση των συγκροτημάτων που προμηθεύουμε."*

Επίσης, με το άρθρο 7 της ίδιας σύμβασης “Εκπαίδευση-Κόστος Συντήρησης” προβλεπόταν αφενός η εκπαίδευση προσωπικού (μεταξύ άλλων ηλεκτρονικού ώστε να προβαίνει σε συγκεκριμένες εργασίες και έλεγχο της καλής λειτουργίας του μηχανήματος και τεχνολόγου σε πρότυπο Ακτινοθεραπευτικό κέντρο) και αφετέρου η παράδοση από την προμηθεύτρια πλήρους σειράς εγχειριδίων με οδηγίες χειρισμών, συντήρησης και επισκευής. Τέλος, στο ίδιο άρθρο, προβλεπόταν ότι, μετά την λήξη του χρόνου εγγύησης καλής λειτουργίας, η εταιρία μπορούσε να αναλάβει τη συντήρηση και επισκευή του όλου συστήματος, εφόσον το επιθυμούσε το Νοσοκομείο.

Σύμφωνα με τους ισχυρισμούς του Νοσοκομείου, οι Επιταχυντές παρελήφθησαν ποσοτικά από το Νοσοκομείο στις 24.10.1999 και έμειναν αποθηκευμένοι, έως το Νοσοκομείο να ετοιμάσει τους χώρους εγκατάστασής τους. Στις 30.05.2003 έγινε η ποιοτική παραλαβή του Γραμμικού Επιταχυντή 20MeV και στις αρχές του 2004 η ποιοτική παραλαβή του Γραμμικού Επιταχυντή 6MeV.

Το 2004, το Ακτινοθεραπευτικό τμήμα της εταιρίας PHILIPS πωλήθηκε στην εταιρία ELEKTA S.A., η οποία αντιπροσωπευόταν στην Ελλάδα από την εταιρία ΒΙΟΚΟΣΜΟΣ Α.Ε.Β.Ε.

Στη συνέχεια, το Νοσοκομείο, με την υπ' αριθμ. 5/1.3.2005 (θέμα 10ο) απόφαση του Δ.Σ., αποφάσισε την αναβάθμιση των δύο Γραμμικών Επιταχυντών με κόστος 460.000,000 €, πλέον Φ.Π.Α. και την σύναψη ετήσιου συμβολαίου συντήρησης: α) για τον Γραμμικό Επιταχυντή SL20 με κόστος 68.000,00€, πλέον Φ.Π.Α και ημερομηνία έναρξης 1.2.2005, β) για τον Γραμμικό Επιταχυντή SL6 με κόστος 67.000,00€, πλέον Φ.Π.Α ετησίως και ημερομηνία έναρξης 1.2.2005 και 26.800,00€ πλέον Φ.Π.Α. μετά την αναβάθμισή του και για δύο έτη. Η αναβάθμιση όμως, σύμφωνα με έγγραφο της εταιρίας ΒΙΟΚΟΣΜΟΣ καθυστέρησε και έλαβε χώρα το διάστημα μεταξύ Ιουλίου και Αυγούστου 2005.

4. Οι ανάγκες του Νοσοκομείου αναφορικά με τις εν λόγω υπηρεσίες συντήρησης-προμήθειας ανταλλακτικών, καλύπτονταν με απευθείας αναθέσεις, όπως αναλυτικά παρατίθεται παρακάτω: Μετά το πέρας της αναβάθμισης, των Γραμμικών Επιταχυντών και συγκεκριμένα στις 1.2.2006, υπογράφεται νέα ετήσια σύμβαση συντήρησης με την εταιρία ΒΙΟΚΟΣΜΟΣ Α.Ε.Β.Ε με διάρκεια από 01.02.2006 έως 31.01.2007 και κόστος 115.644,00€..

Εν συνεχεία, και με έγγραφο της εταιρίας ELEKTA S.A., γνωστοποιείται στο Νοσοκομείο ότι από 1.11.2006, η εταιρία ΒΙΟΚΟΣΜΟΣ Α.Ε.Β.Ε παύει να αντιπροσωπεύει τα προϊόντα της ELEKTA S.A., η οποία αντιπροσωπεύεται πλέον από την θυγατρική της εταιρία ELEKTA Ε.Π.Ε.

Στη 01.11.2006 υπογράφεται σύμβαση συντήρησης διάρκειας τριών μηνών με την εταιρία ELEKTA Ε.Π.Ε. και κόστος 28,911,00€.

Στη 01.02.2008 υπογράφεται νέα ετήσια σύμβαση συντήρησης, με διάρκεια από 01.02.2008 έως 31.01.2010 και κόστος 182.843,50€.

Στη 01.02.2009 υπογράφεται νέα ετήσια σύμβαση συντήρησης με διάρκεια από 01.02.2009 έως 31.01.2010 και κόστος 193.814,00 με Φ.Π.Α.

Στη 01.02.2010 υπογράφεται νέα ετήσια σύμβαση συντήρησης με διάρκεια από 01.02.2010 έως 31.01.2011 και κόστος 200.000,00 € με Φ.Π.Α.. Κατά την διάρκεια της σύμβασης αυτής αντικαταστάθηκε η λυχνία Magnetron, η οποία δεν καλυπτόταν από την σύμβαση, κόστους 93.170,00€ με Φ.Π.Α.

Στη 01.02.2011 υπογράφεται νέα ετήσια σύμβαση συντήρησης, με διάρκεια από 01.02.2011 έως 31.01.2012 και κόστος 196.800,00€ με Φ.Π.Α..

Στη 01.02.2012 υπογράφεται νέα ετήσια σύμβαση συντήρησης, με διάρκεια από 01.02.2012 έως 31.01.2013 και κόστος 167.280,00€ με Φ.Π.Α. από την οποία εξαιρούνται οι δύο κονσόλες χειρισμού λόγω παρέλευσης του ωφέλιμου χρόνου ζωής τους.

Στις 13.03.2013 υπογράφεται νέα ετήσια σύμβαση συντήρησης, με διάρκεια από 13.03.2013 έως 12.03.2014 και κόστος 188.190€ με Φ.Π.Α., ανανεούμενη αυτομάτως με μονομερή δήλωση του Νοσοκομείου, για όσο χρόνο κρίνει απαραίτητο και το αργότερο μέχρι τις 12.03.2018. Η σύμβαση περιελάμβανε την προμήθεια μίας λυχνίας Magnetron (κόστους 72.000,00€ πλέον Φ.Π.Α.) και δύο λυχνιών Thyatron (κόστους 30.000,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.), που ήταν απαραίτητες για να λειτουργήσουν τα μηχανήματα, η αξία των οποίων μοιράστηκε σε βάθος πέντε ετών.

Στις 30.05.2014 υπογράφεται νέα σύμβαση συντήρησης με διάρκεια από 01.06.2014 έως 31.05.2017 και κόστος 200.000,00€ με Φ.Π.Α. και δυνατότητα μονομερούς ανανέωσης από το Νοσοκομείο για τα δύο επόμενα έτη. Η σύμβαση περιελάμβανε την αντικατάσταση των κονσολών χειρισμού, την αντικατάσταση μίας λυχνίας Magnetron αξίας 72.000,00€ πλέον Φ.Π.Α. όλων των λυχνιών Thyatron που τυχόν απαιτηθούν, αξίας 15.000,00€ η κάθε μία, τη συντήρηση και επισκευή των ψυκτικών μονάδων Γραμμικών, των Laser επικέντρωσης, όλες τις εργοστασιακές αναβαθμίσεις Hardware & Software και το αέριο SF6.

5. Ακολούθησε η πράξη 94/2014 του Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, σύμφωνα με την οποία επέστρεψε αθεώρητο το με άρθρο 608 χρηματικό ένταλμα πληρωμής ποσού 16.666,66€, οικονομικού έτους 2014 του Νοσοκομείου, με την οποία δόθηκε η εντολή να μην πληρωθεί το παραπάνω ποσό στην ΕΛΕΚΤΑ ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ ΕΠΕ, με τις εξής αιτιολογίες: α) δεν προηγήθηκε προσυμβατικός έλεγχος νομιμότητας της οικείας σύμβασης δεδομένου ότι έπρεπε, πριν υπογραφεί, να υποβληθεί σε έλεγχο ενώπιον του Ελεγκτικού Συνεδρίου και β) δεν προηγήθηκε η έκδοση της σύμφωνης γνώμης της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων για την υπογραφή της εν λόγω σύμβασης, η οποία απαιτείται στις περιπτώσεις προσφυγής στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης για ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, δεδομένου ότι το ύψος της σύμβασης υπερβαίνει το κατώτερο χρηματικό όριο που θέτει το π.δ. 60/2007.

Εν συνεχεία, μετά από “έκθεση διαφωνίας” του Νοσοκομείου, εκδόθηκε η αριθμ. 195/2014 Πράξη του Κλιμακίου του IV Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία κρίθηκε ότι η ελεγχόμενη δαπάνη δεν ήταν νόμιμη και το επίμαχο χρηματικό ένταλμα δεν έπρεπε να θεωρηθεί.

6. Ακολούθως, το Δ.Σ. του Νοσοκομείου, κατά την υπ' αριθμ. 28/26.11.2014 Συνεδρίαση, αποφάσισε να προτείνει στην αντισυμβαλλόμενη εταιρία την από κοινού λύση της συμβάσεως συντήρησης των Γραμμικών Επιταχυντών, αζημίως εκατέρωθεν για τον μετά τη λύση της σύμβασης χρόνο και με επιστροφή στην αντισυμβαλλόμενη της εγγυητικής επιστολής, προκειμένου να ακολουθηθούν οι νόμιμα προβλεπόμενες διαδικασίες διαπραγμάτευσης για την μελλοντική συντήρηση των μηχανημάτων. Στην συνέχεια, ακολούθησε έγγραφο της εταιρίας ΕΛΕΚΤΑ, στις 4 Δεκεμβρίου του 2014, με αρ. Πρωτ. Co14120403, με το οποίο η εταιρία δήλωσε ότι αποδέχεται την πρόταση για από κοινού λύση της σύμβασης συντήρησης, αζημίως εκατέρωθεν για τον μετά την λύση της σύμβασης χρόνο.

Με νεότερο έγγραφό της, με ημερομηνία 8 Δεκεμβρίου του 2014, η εταιρία ΕΛΕΚΤΑ υπέβαλε νέα βελτιωμένη πρόταση προς το Νοσοκομείο, με σκοπό την υπογραφή νέας σύμβασης συντήρησης των δύο Γραμμικών Επιταχυντών. Σύμφωνα με το έγγραφο αυτό, πέραν του ποσού των 83.640,00€ που υπολείπεται να πληρώσει το νοσοκομείο για το 2013, η εταιρία υπογραμμίζει την ανάγκη αντικατάστασης των δύο κονσολών MK2, με τις νεότερες MK4, καθώς έχει περάσει ο ωφέλιμος χρόνος ζωής τους και η ανεύρεση ανταλλακτικών είναι πλέον αδύνατη. Έτσι, η εταιρία κοστολογεί την αντικατάσταση των δύο κονσολών στο ποσό των 98.400,00€ με Φ.Π.Α., ενώ για πενταετή σύμβαση, το κόστος συντήρησης υπολογίζεται ότι θα ανέρχεται στα 23.616,00€ με Φ.Π.Α. Επιπρόσθετα, η εταιρία κρίνει πως η λυχνία Magnetron ενός εκ των δύο Γραμμικών

Επιταχυντών πρέπει να αντικατασταθεί καθώς έχει παρέλθει κατά 5 χρόνια ο μέσος όρος ζωής της και η κατασκευάστρια εταιρία έχει προχωρήσει στην χρήση νεότερων και αναβαθμισμένων λυχνιών. Το κόστος αντικατάστασης ανέρχεται σύμφωνα με το έγγραφο, στις 92.250,00€ με Φ.Π.Α. Συνολικά και υπολογιζόμενης της έκπτωσης ποσοστού 12%, η πρόταση της εταιρίας είναι σύναψη σύμβασης διετούς διάρκειας με κόστος 200.000,00€ με Φ.Π.Α. ανά έτος. Εντός της προσφοράς, προβλέπεται δωρεάν κάλυψη όλων των λυχνιών Thyatron που θα απαιτηθούν, πλήρης κάλυψη συντήρησης των δύο ψυκτικών μονάδων, πλήρης κάλυψη των Lasers και παροχή αερίου SF6. Τέλος, αναφέρει πως δεν υφίσταται στην δεδομένη στιγμή συμβόλαιο συντήρησης για τους δύο Γραμμικούς Επιταχυντές και τυχόν βλάβη, που θα απαιτεί θα καλυφθεί μετά από έγκριση της αντίστοιχης δαπάνης.

7. Κατόπιν τούτων, με απόφασή του που λήφθηκε κατά την υπ' αριθμ. 31η/12.12.2014 Συνεδρίαση, το Διοικητικό Συμβούλιο του Νοσοκομείου, αφού έλαβε υπ' όψιν του τις διατάξεις του Ν.2286/1995, άρθρο 2, παρ.12, εδάφιο δ και άρθρο 13, εδάφια 2 και 6 αποφάσισε ομόφωνα:

α) την σύναψη σύμβασης συντήρησης των δύο Γραμμικών Επιταχυντών, διάρκειας 2 ετών με την αποκλειστική αντιπρόσωπο εταιρία ΕΛΕΚΤΑ Ε.Π.Ε. με κόστος κάθε έτος 200.000,00€, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. Στις συμβατικές υποχρεώσεις της εταιρίας συμπεριλαμβάνονται, χωρίς επιπλέον χρέωση, η αντικατάσταση των δύο κονσολών χειρισμού των Γραμμικών Επιταχυντών, όλες οι λυχνίες Thyatron, μία λυχνία Magnetron, η συντήρηση των δύο ψυκτικών μηχανημάτων των Γραμμικών Επιταχυντών, η συντήρηση όλων των Laser και το αέριο SF6 και β) την αποστολή αρμοδίας της παρούσας απόφασης στην Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων συμβάσεων.

Με νεότερο έγγραφό του το Νοσοκομείο διαβίβασε στην Αρχή το υπ. αριθ. Πρωτ. 2663/26.2.2015 έγγραφο της Δ/σης Τεχνικής Υπηρεσίας του, το οποίο φέρει την υπογραφή του Προϊστάμενου της Βιοϊατρικής Τεχνολογίας με θέμα: *Τεχνική έκθεση για την συντήρηση των γραμμικών Επιταχυντών* στο οποίο, μεταξύ άλλων -πέραν των ανωτέρω αναφερομένων στο αριθμ. 902/3-02-2015 έγγραφο του Νοσοκομείου (βλ. ανωτέρω παρ. 2)- επισημαίνεται ότι : *“Οι κονσόλες των Γραμμικών Επιταχυντών είναι ηλεκτρονικοί υπολογιστές PC που διαθέτουν εξειδικευμένες κάρτες για τον έλεγχο της λειτουργίας των συγκεκριμένων Γραμμικών επιταχυντών με ειδικά προγράμματα τόσο για την λειτουργία των μηχανημάτων όσο και για την εξασφάλιση της ασφάλειας των ασθενών. Είναι επομένως φανερό ότι τόσο οι κονσόλες ως υλικό όσο και τα προγράμματα δεν μπορούν να προμηθευτούν από την ελεύθερη αγορά παρά από τον κατασκευαστικό οίκο. Οι λυχνίες Magnetron που χρησιμοποιούνται για την παραγωγή ραδιοσυχνότητας RF πολύ υψηλής ενέργειας αν και θεωρούνται αναλώσιμες (με την έννοια ότι δεν μπορεί να εγγυηθεί κανένας για το χρόνο ζωής τους) δεν μπορούν να προμηθευτούν από την ελεύθερη Ελληνική αγορά, διότι είναι υλικά ειδικού σκοπού που κατασκευάζονται από συγκεκριμένα εργοστάσια του εξωτερικού για ειδικούς λόγους (στρατιωτικούς, τηλεπικοινωνιακούς, ιατρικούς κλπ) και η διακίνησή τους είναι απολύτως ελεγχόμενη. Ακόμη η εγκατάσταση τους πρέπει να γίνει από εξειδικευμένο τεχνικό διότι η ρύθμιση της συχνότητας λειτουργίας τους επηρεάζει καθοριστικά την ενέργεια της παραγόμενης ακτινοθεραπευτικής δέσμης και κατά συνέπεια την ασφάλεια των ασθενών.”*

Επιπλέον, προσκόμισε το από 25-02-2015 έγγραφο της εταιρίας ΕΛΕΚΤΑ ΕΠΕ, θυγατρικής της Σουηδικής ΕΛΕΚΤΑ SA, στο οποίο αναφέρεται ότι: *“...2. Οι εξουσιοδοτημένοι και κατάλληλα εκπαιδευμένοι από τον Κατασκευαστικό Οίκο μηχανικοί μας είναι οι μόνοι αρμόδιοι για την παροχή υπηρεσιών προληπτικής και διορθωτικής συντήρησης των γραμμικών Επιταχυντών της ΕΛΕΚΤΑ που βρίσκονται στο Νοσοκομείο σας. Οι υπηρεσίες αυτές εκτελούνται σύμφωνα με τις οδηγίες του οίκου και ελέγχονται μέσω ηλεκτρονικής βάσης από αυτόν. Οποιαδήποτε παρέμβαση*

τρίτου για την προληπτική ή επιδιορθωτική συντήρηση καθιστά την εταιρεία ΕΛΕΚΤΑ ανεύθυνη για την ορθή και ασφαλή λειτουργία των Ακτινοθεραπευτικών μονάδων και την απαλλάσσει από οποιαδήποτε αστική ή άλλη ευθύνη σε περίπτωση ατυχήματος.

3. Τα χρησιμοποιούμενα ανταλλακτικά και αναλώσιμα είδη καθώς και οι κονσόλες ελέγχου των μονάδων (Desktops) αποτελούν μοναδικά και αποκλειστικά προϊόντα του Κατασκευαστικού Οίκου τα οποία έχουν περάσει όλους τους υποχρεωτικούς ελέγχους από αυτόν και εγγυάται την ασφαλή και σωστή λειτουργία των μονάδων. Η οποιαδήποτε χρήση άλλου παρόμοιου ή παρεμφερούς ανταλλακτικού ή υπομονάδος του συστήματος – εάν ευρεθούν στην ελεύθερη αγορά- δεν φέρουν την εγγύηση του Κατασκευαστικού Οίκου και επομένως η χρήση τους καθιστά και πάλι την εταιρεία ΕΛΕΚΤΑ ανεύθυνη για οποιοδήποτε συμβάν ήθελε συμβεί στους Γραμμικούς Επιταχυντές, το προσωπικόν ή τους ασθενείς.”

8. Με το υπ. αριθμ. Πρωτ. 1322/19-3-2015 έγγραφο της Αρχής ζητήθηκε από το Νοσοκομείο να διευκρινιστεί το αντικείμενο και το ύψος του προϋπολογισμού της ανωτέρω αιτούμενης σύμβασης, καθότι από τα υποβληθέντα έγγραφα προέκυπτε ασαφής-λανθασμένη αποτύπωση κόστους. Με το υπ. αριθ. 1897/29-4-2015 έγγραφό της η Διοίκηση του Νοσοκομείου απάντησε ότι αν και κοινοποιήθηκε το σχετικό έγγραφό της Αρχής στην ΕΛΕΚΤΑ Ε.Π.Ε (αρ. Πρωτ. 3739/24.3.2015) η εταιρεία δεν προχώρησε σε περαιτέρω έγγραφη ανάλυση της οικονομικής της προσφοράς.

9. Παράλληλα, με το υπ. αριθ. 44472/27-4-2015 έγγραφο (αρ. Πρωτ. Αρχής 1833/2.4.2015), το οποίο υποβλήθηκε σε απάντηση σχετικού ερωτήματος της Αρχής αναφορικά με τις υπηρεσίες συντήρησης καθώς και την προμήθεια μέρους εξοπλισμού (κονσόλες χειρισμού, λυχνία Magnetron) των Γραμμικών Επιταχυντών SL6 και SL20 ΕΛΕΚΤΑ (αριθμ. 1455/31-03-2015 έγγραφο της Αρχής) το Εθνικό Κέντρο αξιολόγησης της Ποιότητας και Τεχνολογίας στην Υγεία Α.Ε (Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ) απάντησε τα εξής:

α) **Ως προς τις κονσόλες χειρισμού:** “1. Οι γραμμικοί επιταχυντές είναι Ιατροτεχνολογικά Προϊόντα που εμπίπτουν στη Ευρωπαϊκή οδηγία 93/42. Ως εκ τούτου οφείλουν να φέρουν CE Mark. Η κονσόλα χειρισμού αποτελεί βασικό μέρος του γραμμικού επιταχυντή. Η αντικατάσταση της κονσόλας χειρισμού με κονσόλα άλλου κατασκευαστή θα έθετε εν αμφιβόλω τη πιστοποίηση του μηχανήματος, εκτός και εάν είναι πιστοποιημένη με αυτή τη σκοπούμενη χρήση. Σημειώνουμε ότι δεν γνωρίζουμε να είναι διαθέσιμες τέτοιες κονσόλες από τρίτους κατασκευαστές.

2. Οι εταιρείες που θα μπορούσαν να προμηθεύσουν και να εγκαταστήσουν κονσόλες ΕΛΕΚΤΑ είναι εκείνες που εξασφαλίζουν διαθεσιμότητα προϊόντων και ανταλλακτικών, καθώς και τεχνική επάρκεια για την εγκατάσταση. Για περισσότερα σχόλια επ’αυτού βλέπε σημείο 5.

β) **Ως προς τη λυχνία Magnetron:** “3. Η λυχνία Magnetron αποτελεί ένα βασικό εξάρτημα των γραμμικών επιταχυντών. Ο όρος “magnetron” δεν προσδιορίζει κατασκευαστή ή μοντέλο.

4. Λυχνίες magnetron διατίθενται στο ελεύθερο εμπόριο. Η εγκατάσταση όμως της λυχνίας Magnetron σε συγκεκριμένο γραμμικό επιταχυντή είναι ιδιαίτερα εξειδικευμένο αντικείμενο, αφού απαιτείται η διενέργεια κατάλληλων ρυθμίσεων και μετρήσεων (βλέπε σημείο 5).

γ) **Ως προς τις υπηρεσίες συντήρησης:** “5. Σε ότι αφορά το ερώτημα σχετικά με τις εταιρείες που μπορούν να παράσχουν υπηρεσίες συντήρησης Γραμμικών Επιταχυντών κατασκευής ΕΛΕΚΤΑ, γνωρίζουμε ότι στη χώρα μας δραστηριοποιείται η ΕΛΕΚΤΑ ΕΠΕ, θυγατρική του κατασκευαστικού Οίκου ΕΛΕΚΤΑ. Διεθνώς υπάρχουν εταιρείες που αναλαμβάνουν τη συντήρηση γραμμικών επιταχυντών ως *third party providers*. Γενικότερα υπάρχει μεγάλη συζήτηση διεθνώς τα τελευταία χρόνια σχετικά με τις προϋποθέσεις που θα πρέπει να πληρούν οι *third party providers*, ιδιαίτερα για την υποστήριξη εξοπλισμού σημαντικής οικονομικής και τεχνολογικής αξίας, όπως οι γραμμικοί επιταχυντές. Η κυρίαρχη άποψη είναι ότι οι προμηθευτές υπηρεσιών

μπορούν να λειτουργούν είτε μέσω συμβολαίου συνεργασίας με τους κατασκευαστές οι οποίοι παρέχουν την υπηρεσία, είτε έχοντας εξασφαλίσει διαθεσιμότητα ανταλλακτικών και συνεχή εκπαίδευση του προσωπικού από τους ίδιους κατασκευαστές. Θεωρητικά θα μπορούσαν να ενδιαφέρονται τέτοιοι πάροχοι υπηρεσιών για την ανάληψη συντήρησης γραμμικών επιταχυντών Ελληνικών νοσοκομείων. Μέχρι σήμερα όμως δεν γνωρίζουμε εκδήλωση τέτοιου ενδιαφέροντος στη χώρα μας για Γραμμικούς Επιταχυντές, ενώ γνωρίζουμε περιπτώσεις παροχής υπηρεσιών συντήρησης από τρίτο μέρος για άλλες κατηγορίες εξοπλισμού (όπως καρδιογράφοι ή ακτινολογικά μηχανήματα).”

II. Νομικό πλαίσιο

10. Σύμφωνα με τις διατάξεις της υποπερ. δδ της περ. γ της παραγρ. 2 του άρθρου 2 του Ν.4013/2011 όπως ισχύει, “..Οι αποφάσεις των αναθετουσών Αρχών που αφορούν προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 3 του π.δ. 59/2007 και των άρθρων 24 και 25 του π.δ. 60/2007, εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη της Αρχής, εφόσον οι συμβάσεις αυτές εμπίπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των ανωτέρω προεδρικών διαταγμάτων. Η εν λόγω αρμοδιότητα ασκείται μέσα σε προθεσμία δεκαπέντε (15) εργάσιμων ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης στην Αρχή, συνοδευόμενου από όλα τα στοιχεία στα οποία θεμελιώνεται, κατά περίπτωση, η προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, με μέριμνα της αναθέτουσας αρχής. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας, τεκμαίρεται η σύμφωνη γνώμη της Αρχής.”

11. Στη διάταξη του άρθρου 2 παρ. 2 του π.δ. 60/2007 “Προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ...” προβλέπεται ότι: “γ) Δημόσιες συμβάσεις προμηθειών είναι δημόσιες συμβάσεις, πλην αυτών του στοιχείου β), οι οποίες έχουν ως αντικείμενο την αγορά, τη χρηματοδοτική μίσθωση, τη μίσθωση ή τη μίσθωση-πώληση, με ή χωρίς δικαίωμα αγοράς, προϊόντων. Δημόσια σύμβαση, η οποία έχει ως αντικείμενο την προμήθεια προϊόντων και καλύπτει, παρεμπιπτόντως, εργασίες τοποθέτησης και εγκατάστασης, θεωρείται ως δημόσια σύμβαση προμηθειών. δ) Δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών είναι δημόσιες συμβάσεις, πλην των δημοσίων συμβάσεων έργων ή προμηθειών, οι οποίες έχουν ως αντικείμενο την παροχή των υπηρεσιών που αναφέρονται στο Παράρτημα II. Δημόσια σύμβαση, η οποία έχει ως αντικείμενο ταυτοχρόνως προϊόντα και υπηρεσίες που αναφέρονται στο Παράρτημα II, θεωρείται ως δημόσια σύμβαση υπηρεσιών, εφόσον η αξία των συγκεκριμένων υπηρεσιών υπερβαίνει την αξία των προϊόντων που περιλαμβάνονται στη σύμβαση. Δημόσια σύμβαση, η οποία έχει ως αντικείμενο υπηρεσίες που αναφέρονται στο Παράρτημα II και η οποία δεν περιλαμβάνει δραστηριότητες που αναφέρονται στο Παράρτημα I παρά μόνο παρεμπιπτόντως σε σχέση με το κύριο αντικείμενο της σύμβασης, θεωρείται ως δημόσια σύμβαση υπηρεσιών”.

12. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 6, παρ. 1 του π.δ. 60/2007 “Προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ...”, το εν λόγω π.δ. “εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών που δεν εξαιρούνται, δυνάμει των εξαιρέσεων που προβλέπονται στα άρθρα 16, 17 και 9 έως 15 και των οποίων η εκτιμώμενη αξία εκτός φόρου προστιθέμενης αξίας (Φ.Π.Α.) είναι ίση προς ή ανώτερη από τα ακόλουθα κατώτατα όρια: α) 137.000 ευρώ, για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών, εκτός αυτών που καλύπτονται από την περίπτωση β) στοιχείο iii), που συνάπτονται από τις αναθέτουσες αρχές οι οποίες είναι κεντρικές κυβερνητικές αρχές του Παραρτήματος IV. {...} β) 211.000 ευρώ,

προκειμένου για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που συνάπτονται είτε i) από αναθέτουσες αρχές άλλες από εκείνες που αναφέρονται στο Παράρτημα IV, είτε ii) από τις αναθέτουσες αρχές που αναφέρονται στο Παράρτημα IV και οι οποίες δραστηριοποιούνται στον τομέα της άμυνας, όταν οι συμβάσεις αφορούν προϊόντα τα οποία δεν καλύπτει το Παράρτημα V, είτε iii) από οποιαδήποτε αναθέτουσα αρχή και έχουν ως αντικείμενο υπηρεσίες της κατηγορίας 8 του Παραρτήματος II A, υπηρεσίες τηλεπικοινωνιών της κατηγορίας 5 των οποίων οι θέσεις στο CPV είναι αντίστοιχες με τους αριθμούς αναφοράς CPC 7524, 7525 και 7526, ή/και υπηρεσίες που αναφέρονται στο Παράρτημα II B.”

Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με το άρθρο 2 του αριθ. 1336/2013 Κανονισμού της Επιτροπής της 13ης Δεκεμβρίου 2013 για την τροποποίηση των Οδηγιών 2004/17/ΕΚ, 2004/18/ΕΚ και 2009/81/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, όσον αφορά τα κατώτατα όρια εφαρμογής τους κατά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, το ως άνω ποσό αναπροσαρμόστηκε στις 134.000 ευρώ και 207.000 ευρώ αντίστοιχα.

13. Στις διατάξεις του άρθρου 25, παρ. 1. περ. β και παρ. 2, περ. β του π.δ. 60/2007 προβλέπεται ότι:

“ Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις τους προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, στις ακόλουθες περιπτώσεις:

1) Προκειμένου για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών:

[...]β) εάν, για λόγους τεχνικούς, καλλιτεχνικούς ή σχετικούς με την προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, η σύμβαση μπορεί να ανατεθεί μόνο σε συγκεκριμένο οικονομικό φορέα”.

2) Προκειμένου για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών

{...}β) όταν αφορούν συμπληρωματικές παραδόσεις που πραγματοποιούνται από τον αρχικό προμηθευτή και προορίζονται είτε για τη μερική ανανέωση προμηθειών ή εγκαταστάσεων τρέχουσας χρήσης είτε για την επέκταση υφιστάμενων προμηθειών ή εγκαταστάσεων, εφόσον η αλλαγή προμηθευτή θα υποχρέωνε την αναθέτουσα αρχή να προμηθευτεί υλικό με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά, τα οποία είναι ασυμβίβαστα ή προκαλούν δυσανάλογες τεχνικές δυσχέρειες ως προς τη χρήση και συντήρηση. Η διάρκεια των εν λόγω συμβάσεων καθώς και των ανανεώσιμων συμβάσεων δεν υπερβαίνει τα τρία έτη, εκτός αν συντρέχουν εξαιρετικοί λόγοι, η συνδρομή των οποίων θα πρέπει να αιτιολογείται ειδικώς.”

III. Νομική εκτίμηση

14. Το υπό εξέταση αίτημα του Αντικαρκινικού Νοσοκομείου Θεσσαλονίκης “ΘΕΑΓΕΝΕΙΟ” αφορά στη σύναψη δημόσιας σύμβασης, η οποία έχει ως αντικείμενο τόσο προμήθειες όσο και υπηρεσίες, με την έννοια των περιπτώσεων γ) και δ) της παραγράφου 2 του άρθρου 2 του π.δ. 60/07 (άρθρο 1 Οδηγίας 2004/18/ΕΚ). Σύμφωνα με το προσκομισθέν αριθ. πρωτ. Co14120801/8.12.2014 έγγραφο της εταιρείας ΕΛΕΚΤΑ το κόστος της σύμβασης αναλύεται ως εξής: α) 83.640,00€ με ΦΠΑ (για αναλώσιμα που τοποθετήθηκαν το 2013) β) 98.400,00€ με ΦΠΑ (αντικατάσταση δύο κονσολών MK2 με MK4) γ) 23.616,00€ με ΦΠΑ (συντήρηση κονσολών MK4) δ) 92259,00€ με ΦΠΑ (αντικατάσταση λυχνίας Magnetron). Σύνολο: 297.906€ με ΦΠΑ. Όπως προκύπτει από τη τελική πρόταση της εταιρείας για σύναψη σύμβασης διετούς διάρκειας με κόστος 226.861,20€ ανά έτος και επιπλέον έκπτωση 12% , το κόστος ανέρχεται σε 200.000€ με ΦΠΑ.

Δεδομένου ότι πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμηθειών και υπηρεσιών, σε συνδυασμό με τον αναφερόμενο στο αίτημα του Νοσοκομείου συνολικό προϋπολογισμό της σύμβασης, ο οποίος ανέρχεται στο ποσό των 200.000,00€ με Φ.Π.Α. ανά έτος, για διάρκεια δύο (2) ετών, συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής για την παροχή σύμφωνης γνώμης επί του αιτήματος, σύμφωνα με την προαναφερόμενη διάταξη του άρθρου 2 παρ. 2 περ. γ, υποπερίπτωση δδ) του νόμου 4013/2011, όπως ισχύει σε συνδυασμό με τις διατάξεις των άρθρων 6 και 8 του π.δ. 60/2007.

15. Όσον αφορά τον προϋπολογισμό της υπό κρίση σύμβασης, διαπιστώνεται ότι αυτός είναι αόριστος και κατά συνέπεια δεν δύναται να εκτιμηθεί η αξία αυτής, καθώς από τα έγγραφα, που έχουν υποβληθεί, αρχικά και συμπληρωματικά, στην ΕΑΑΔΗΣΥ, προκύπτει ότι το αίτημα του Δ.Σ του Νοσοκομείου αφορά σύμβαση συντήρησης των Γραμμικών Επιταχυντών SL6 & SL20 ELEKTA διάρκειας δύο (2) ετών, ετήσιου κόστους 167.000,00€ με ΦΠΑ, αντικατάστασης δύο (2) κονσολών MK2 με δύο (2) κονσόλες MK4 κόστους 98.000,00€ με ΦΠΑ, αντικατάστασης λυχνίας Magnetron κόστους 92.250,00€ με ΦΠΑ, κόστος συντήρησης των δύο κονσολών, μετά το πέρας της εγγύησης των δύο (2) ετών, ύψους 23.616€ με ΦΠΑ και υπολειπόμενες πληρωμές για αναλώσιμα που τοποθετήθηκαν το 2013 ύψους 83.640,00€ με ΦΠΑ.

Από τα ανωτέρω, προκύπτει σαφώς ότι το τελευταίο αυτό ποσό αφορά πληρωμή από προηγούμενη σύμβαση (13/3/2013), όπως επίσης ότι το ποσό 23.616,00€ με ΦΠΑ προκύπτει ως κόστος μετά το πέρας της διάρκειας της διετούς ζητούμενης σύμβασης.

Επιπλέον, το κόστος προμήθειας των δύο (2) κονσολών MK4 και της λυχνίας Magnetron επιμερίζεται σε πέντε (5) έτη και εν συνεχεία ανάγεται στη διετία, γεγονός που δεν προσιδιάζει σε προμήθεια εξοπλισμού και καταλήγει σε λανθασμένη αποτύπωση κόστους.

Τέλος, δεν προκύπτει επιμερισμός του προϋπολογισμού ανά προμήθεια-υπηρεσίες.

Με αυτά τα δεδομένα, πιθανολογείται ότι το συνολικό ύψος της υπό ανάθεση σύμβασης δεν ταυτίζεται με το ποσό των 200.000,00€ με ΦΠΑ κατ' έτος, όπως αναγράφεται στην απόφαση του Δ.Σ. του Νοσοκομείου.

Το δε τελευταίο (βλ. Ιστορικό παρ. 8. της παρούσας, αριθμ. 1897/29-4-2015 απαντητικό έγγραφο του Νοσοκομείου) δεν ανταποκρίθηκε στο βάρος να τεκμηριώσει τον προϋπολογισμό-αξία των υπό προμήθεια ειδών- υπηρεσιών, έστω και κατά ανώτατο όριο- αν και αυτός αποτελεί ουσιώδη όρο της ζητούμενης σύμβασης.

Σε κάθε περίπτωση τονίζεται ότι η έκδοση σύμφωνης γνώμης από την Αρχή προϋποθέτει ότι, κατά το χρόνο υποβολής και εξέτασης του σχετικού αιτήματος, η αναθέτουσα αρχή δεν έχει προβεί στη λήψη σχετικής απόφασης διενέργειας διαπραγμάτευσης, πολύ δε περισσότερο δεν έχει προβεί στην ανάθεση της σχετικής σύμβασης. Σε διαφορετική περίπτωση, η Αρχή δεν δύναται να εγκρίνει εκ των υστέρων πραγματοποιηθείσες δαπάνες.

16. Συναφώς επισημαίνεται ότι η διαδικασία με διαπραγμάτευση έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιπτώσεις που απαριθμούνται περιοριστικώς στα άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας 2004/18/EK (αντίστοιχα άρθρα 24 και 25 π.δ. 60/2007). (βλ. Σχετικώς ΔΕΕ, απόφαση της 8ης Απριλίου 2008, C-337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2008I-2173, σκέψη 56). Οι ανωτέρω διατάξεις στο μέτρο που εισάγουν εξαιρέσεις που συνιστούν παρέκκλιση από τη βασική ρύθμιση, ήτοι από τους κανόνες που αποσκοπούν στην διασφάλιση της αποτελεσματικότητας των αναγνωριζομένων από τη Συνθήκη για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Σ.Λ.Ε.Ε.) δικαιωμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο συσταλτικής ερμηνείας. Συγκεκριμένα, προκειμένου η Οδηγία 2004/18 EK να μην απολέσει την πρακτική αποτελεσματικότητά της, τα κράτη μέλη και οι αναθέτουσες αρχές τους δεν επιτρέπεται να προβλέπουν περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία με

διαπραγμάτευση που δεν προβλέπονται από την εν λόγω Οδηγία ή να συνοδεύουν τις ρητώς προβλεπόμενες από την Οδηγία αυτή περιπτώσεις με νέους όρους που έχουν ως αποτέλεσμα να καθιστούν ευκολότερη την προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία. {βλ. ΔΕΕ, αποφάσεις της 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 2005, I-13947, σκέψη 48}. Εξάλλου, το βάρος αποδείξεως περί του ότι συντρέχουν όντως οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την απόκλιση το φέρει ο προτιθέμενος να κάνει χρήση των διατάξεων αυτών. { βλ. Υπό το πνεύμα αυτό ΔΕΕ, αποφάσεις της 10ης Μαρτίου 1987, C-199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1987, σ. 1039, σκέψη 14, της 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1949, της 10 ης Απριλίου 2003, C- 20/01 και C- 28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 2003, I-360, σκέψη 58, της 14ης Σεπτεμβρίου 2004, C-385/02, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2004, σ. I-8121, Σκέψη 19, της 14ης Οκτωβρίου 2004, C-340/02, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλ. 2004, I-9845, σκέψη 38, και της 2ας Ιουνίου 2005, C-394/02, Επιτροπή κατά Ελλάδος, Συλλ. 2005, I-4713, σκέψη 33).

17. Ως προς την εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 25 περ. 1 υποπερ. β' του π.δ. 60/2007, διακρίνονται δύο ειδικότερες περιπτώσεις, ήτοι:

- α) η ύπαρξη τεχνικών ή καλλιτεχνικών λόγων
- β) η ύπαρξη αποκλειστικών δικαιωμάτων.

Βάσει της σχετικής νομολογίας {βλ. ΔΕΚ 199/85 Επιτροπή κατά Ιταλίας, ΔΕΚ 296/92 Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, ΔΕΚ 57/94 Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας.}, μία αναθέτουσα αρχή μπορεί να προσφύγει στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης προκειμένου για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης προμήθειας σε συγκεκριμένο προμηθευτή όταν για τεχνικούς λόγους {όπως η τεχνική ιδιομορφία του προϊόντος, η κατοχή αποκλειστικών τεχνικών μέσων, γνώσεων, μεθόδων} ή σχετικούς με την προστασία των αποκλειστικών δικαιωμάτων καθίσταται απολύτως αναγκαίο να ανατεθεί η προμήθεια στο συγκεκριμένο πρόσωπο, το οποίο όμως δεν αρκεί να είναι απλώς ικανό να παράσχει με τον πλέον αποτελεσματικό τρόπο τις ζητούμενες υπηρεσίες ή αντίστοιχα προϊόντα, αλλά απαιτείται να είναι και το μοναδικό έναντι οιοδήποτε άλλου προσώπου παρέχοντος ανάλογες υπηρεσίες ή προϊόντα.

Περαιτέρω, η προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, ως προϋπόθεση προσφυγής στην ως άνω όλως εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης, έχει την έννοια ότι ο ανάδοχος που επιλέχθηκε είναι ο μοναδικός που διαθέτει την ικανότητα εκτέλεσης της συγκεκριμένης σύμβασης λόγω του δικαιώματος αποκλειστικότητας που κατέχει επί του πρωτότυπου δημιουργήματός του, το οποίο αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, χωρίς να αρκεί για την εφαρμογή της ως άνω ρύθμισης ότι το εν λόγω δημιούργημα προστατεύεται απλώς από τις διατάξεις περί πνευματικής ιδιοκτησίας, αλλά πρέπει επιπλέον η παροχή των υπηρεσιών να είναι δυνατή μόνο από το συγκεκριμένο ανάδοχο, εφόσον αυτές (υπηρεσίες) δεν υπόκεινται σε ανταγωνισμό στην αγορά (πρβλ. αποφ. ΔΕΚ της 3.5.1994, C-328/92, Επιτροπή κατά Ισπανίας).

Συνεπώς, εφόσον συντρέχουν οι ανωτέρω προϋποθέσεις, η αναθέτουσα αρχή δύναται νομίμως να προβεί, κατόπιν διαπραγμάτευσης, σε ανάθεση σύμβασης για λόγους τεχνικούς ή για λόγους προστασίας δικαιωμάτων αποκλειστικότητας, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, έχοντας όμως προηγουμένως σταθμίσει όλες τις οικονομοτεχνικές παραμέτρους, που καθιστούν συμφερότερη την προσφυγή σε αυτήν την όλως εξαιρετική διαδικασία, με πλήρη και ειδική αιτιολογία που πρέπει να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, για τους λόγους που επέβαλαν την απόφαση αυτή, διαφορετικά η διαδικασία της απευθείας ανάθεσης δεν είναι

νόμιμη (βλ. Πράξεις ΕΣ Τμ. VI 3334/2009, 156, 77/2008, 263/2007, 186, 187, 188, 189, 190, 191/2006, 61/2004).

Στην προκειμένη περίπτωση, όπως αναλυτικά περιγράφεται στο ιστορικό της παρούσας, η προμήθεια των εν λόγω γραμμικών επιταχυντών έλαβε χώρα το 1998 από την εταιρία PHILIPS A.E.B.E.. Στη συνέχεια, αυτοί τέθηκαν σε λειτουργία το 2003, και έκτοτε - μετά την αναβάθμισή τους που πραγματοποιήθηκε το 2005 από την ΒΙΟΚΟΣΜΟΣ ΑΕΒΕ, εξουσιοδοτημένη αντιπρόσωπο της ELEKTA SA (στην οποία πωλήθηκε στο μεταξύ το ακτινοθεραπευτικό τμήμα της PHILIPS A.E.B.E.)- συντηρούνται από την εταιρία ELEKTA ΕΠΕ, η οποία αντιπροσωπεύει τη μητρική εταιρία.

Περαιτέρω, στο άρθρο 7 της αρχικής σύμβασης προμήθειας προβλεπόταν αφενός η εκπαίδευση προσωπικού και αφ' ετέρου η παράδοση πλήρους σειράς εγχειριδίων με οδηγίες χειρισμών, συντήρησης και επισκευής. Επιπλέον, στο ίδιο άρθρο προβλεπόταν ότι, μετά τη λήξη του χρόνου εγγύησης καλής λειτουργίας, η εταιρία μπορούσε να αναλάβει τη συντήρηση και επισκευή του όλου συστήματος, εφόσον το επιθυμούσε το Νοσοκομείο.

Το υπό κρίση αίτημα, εκτός από υπηρεσίες συντήρησης, περιλαμβάνει και την προμήθεια-αντικατάσταση κονσολών, της αρχικής λυχνίας Magnetron, και όλων των λυχνιών Thyatron που θα απαιτηθούν, επειδή, όπως προκύπτει σαφώς από την προσφορά της ELEKTA Ε.Π.Ε., έχει παρέλθει ο ωφέλιμος χρόνος ζωής τους και δε θα είναι δυνατή η ανεύρεση ανταλλακτικών, ενώ ειδικά όσον αφορά τις λυχνίες, ο μέσος χρόνος ζωής τους είναι πέντε (5) έτη και η κατασκευάστρια προχώρησε ήδη στη χρήση νέων αναβαθμισμένων λυχνιών.

Από τα ανωτέρω συνάγεται, λαμβανομένου υπόψη και του κόστους του ως άνω προς αντικατάσταση εξοπλισμού, ότι πρόκειται για μερική ανανέωσή του, μέσω της αντικατάστασης των ως άνω προϊόντων των οποίων έχει παρέλθει ο χρόνος ζωής, η οποία, κατά τους ισχυρισμούς του Νοσοκομείου, μπορεί να παρασχεθεί μόνο από τη συγκεκριμένη προμηθεύτρια εταιρία.

18. Προς επίρρωση των ισχυρισμών του, το Νοσοκομείο προσκομίζει δήλωση της κατασκευάστριας εταιρίας από την οποία, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της εταιρίας, προκύπτει ότι i) τα χρησιμοποιούμενα ανταλλακτικά και αναλώσιμα είδη καθώς και οι κονσόλες ελέγχου των μονάδων (Desktops) αποτελούν μοναδικά και αποκλειστικά προϊόντα του Κατασκευαστικού Οίκου, τα οποία έχουν περάσει όλους τους υποχρεωτικούς ελέγχους από αυτόν και εγγυάται την ασφαλή και σωστή λειτουργία των μονάδων και ii) οι εξουσιοδοτημένοι και κατάλληλα εκπαιδευμένοι από τον Κατασκευαστικό Οίκο μηχανικοί είναι οι μόνοι αρμόδιοι για την παροχή υπηρεσιών προληπτικής και διορθωτικής συντήρησης των γραμμικών Επιταχυντών της ELEKTA που βρίσκονται στο Νοσοκομείο. Οι υπηρεσίες αυτές εκτελούνται σύμφωνα με τις οδηγίες του οίκου και ελέγχονται μέσω ηλεκτρονικής βάσης από αυτόν. Οποιαδήποτε παρέμβαση τρίτου για την προληπτική ή επιδιορθωτική συντήρηση καθιστά την εταιρεία ELEKTA ανεύθυνη για την ορθή και ασφαλή λειτουργία των Ακτινοθεραπευτικών μονάδων και την απαλλάσσει από οποιαδήποτε αστική ή άλλη ευθύνη σε περίπτωση ατυχήματος.

Περαιτέρω, προσκομίζει έγγραφο του Προϊστάμενου της Βιοϊατρικής Τεχνολογίας του Νοσοκομείου με Θέμα: *Τεχνική έκθεση για την συντήρηση των γραμμικών Επιταχυντών* από το οποίο προκύπτει ότι προηγήθηκε από το Νοσοκομείο σχετική έρευνα αγοράς, σύμφωνα με την οποία *“Στην παγκόσμια αγορά έχουν επικρατήσει δύο εταιρίες κατασκευής Γραμμικών Επιταχυντών (ELEKTA & VARIAN οι οποίες κατέχουν πάνω από το 90% της αγοράς). Η κάθε μία*

έχει αναπτύξει τις δικές της τεχνολογίες ...Είναι φανερό ότι δεν θα ήταν δυνατόν να ανατεθεί η συντήρηση των μηχανημάτων του ενός κατασκευαστή στον άλλον ή σε οποιονδήποτε άλλο εξωτερικό συνεργάτη, ο οποίος και να ήταν εκπαιδευμένος θα του ήταν αδύνατον να βρει τα εξειδικευμένα-πιστοποιημένα ανταλλακτικά που χρειάζονται για την συντήρηση του κάθε μηχανήματος....” καθώς και ότι “ οι Γραμμικοί Επιταχυντές είναι μηχανήματα υψηλής τεχνολογίας που εάν η χρήση τους δεν γίνει σύμφωνα με τους κανόνες ακτινοπροστασίας, μπορούν να βλάψουν τους ασθενείς και όχι να τους θεραπεύσουν. Για το λόγο αυτό πρέπει τόσο να χειρίζονται όσο και να συντηρούνται από ειδικά εκπαιδευμένο προσωπικό. Είναι επομένως φανερό ότι τόσο οι κονσόλες ως υλικό όσο και τα προγράμματα δεν μπορούν να προμηθευτούν από την ελεύθερη αγορά παρά από τον κατασκευαστικό οίκο....Οι λυχνίες Magnetron... δεν μπορούν να προμηθευτούν από την ελεύθερη Ελληνική αγορά, διότι είναι υλικά ειδικού σκοπού που κατασκευάζονται από συγκεκριμένα εργοστάσια του εξωτερικού για ειδικούς λόγους...Ακόμη η εγκατάσταση τους πρέπει να γίνει από εξειδικευμένο τεχνικό διότι η ρύθμιση της συχνότητας λειτουργίας τους επηρεάζει καθοριστικά την ενέργεια της παραγόμενης ακτινοθεραπευτικής δέσμης και κατά συνέπεια την ασφάλεια των ασθενών.”

Εκ των ανωτέρω, συνάγεται ότι κατά την τεχνική κρίση της αναθέτουσας αρχής η συγκεκριμένη εταιρία είναι κατάλληλη να προβεί στην παροχή της εν λόγω προμήθειας και στην εκπλήρωση των ζητούμενων υπηρεσιών συντήρησης, σύμφωνα με τους κανόνες που επιτάσσει η ασφαλής λειτουργία των μηχανημάτων.

Ωστόσο, δεν τεκμηριώθηκε ότι η συγκεκριμένη εταιρία είναι μοναδική έναντι οιασδήποτε άλλου προσώπου παρέχοντος ανάλογες υπηρεσίες ή προϊόντα, καθόσον, λαμβανομένου υπόψη τόσο του χρόνου της αρχικής προμήθειας (1998), όσο και της έλλειψης σχετικής πρόβλεψης στην αρχική σύμβαση σχετικά με την προληπτική συντήρηση-επισκευή των μονάδων μετά τη λήξη της εγγύησης καλής λειτουργίας τους, δεν προσκομίσθηκαν στοιχεία, όπως, ενδεικτικά βεβαιώσεις περί αποκλειστικότητας από ανεξάρτητο φορέα, διενέργεια εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής είτε επισταμένης έρευνας αγοράς είτε ανοικτής διαγωνιστικής διαδικασίας-σχετικής πρόσκλησης προς οικονομικούς φορείς που δραστηριοποιούνται στο χώρο, περί αυτού.

Επιπλέον, ούτε από τη σχετική απάντηση του ΕΚΑΠΤΥ (βλ ιστορικό παρ. 9 της παρούσας, αριθ. 44472/27-4-2015 έγγραφο) προκύπτει η ανυπαρξία, σε διεθνές και δη ευρωπαϊκό επίπεδο, τρίτων, εκτός της κατασκευάστριας, εταιριών, που θα μπορούσαν να εξασφαλίσουν τα ζητούμενα προϊόντα και ανταλλακτικά και που ταυτόχρονα διαθέτουν την απαιτούμενη τεχνική επάρκεια για την εγκατάσταση.

Αντίθετα, τουλάχιστον ως προς τις λυχνίες Magnetron, οι οποίες αποτελούν βασικό εξάρτημα των γραμμικών επιταχυντών, προκύπτει ότι αυτές διατίθενται στο ελεύθερο εμπόριο.

Κατά συνέπεια, στην προκειμένη περίπτωση, δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 25 παρ. 1 περ. β του π.δ. 60/2007.

19. Οι ανωτέρω διαπιστώσεις ισχύουν και ως προς την εφαρμογή του άρθρου 25 παρ. 2 περ. β' του π.δ. 60/2007, η οποία εφαρμόζεται επί συμπληρωματικών προμηθειών αγαθών και επίσης προϋποθέτει ότι είναι εκ των προτέρων γνωστό στην αναθέτουσα αρχή ότι η προκύψασα ανάγκη θεραπεύεται αποκλειστικά δια της προσφυγής σε προμήθειες, οι οποίες, λόγω των τεχνικών χαρακτηριστικών που εμφανίζουν, δεν δύνανται να υποκατασταθούν με άλλες που

προσφέρονται στην αγορά (1281/2010 VI Τμήμα Ε.Σ με τις εκεί παραπομπές πράξεις IV Τμ. 104, , 51/2000, 186/2003).

Η ως άνω διάταξη προϋποθέτει επίσης η διάρκεια των συμβάσεων και των ανανεώσιμων να μην υπερβαίνει τα τρία έτη, εκτός αν συντρέχουν εξαιρετικοί λόγοι, η συνδρομή των οποίων θα πρέπει να αιτιολογείται ειδικώς, κάτι που δεν αποδείχθηκε στην προκειμένη περίπτωση, λαμβανομένων υπόψη και των ετησίων διαδοχικών συμβάσεων συντήρησης που συνάπτονται από το 2006 έως σήμερα (βλ. Ιστορικό παρ. 4).

Κατά συνέπεια, στην προκειμένη περίπτωση, δεν συντρέχουν ούτε οι προϋποθέσεις εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 25 παρ. 2 περ. β του π.δ. 60/2007.

Περαιτέρω, από τη μελέτη του φακέλου της υπόθεσης δεν προέκυψαν άλλα στοιχεία που να αποδεικνύουν και να αιτιολογούν ειδικά και με επαρκή τεκμηρίωση τη συνδρομή περιστάσεων που επιτρέπουν την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, σύμφωνα με τις λοιπές διατάξεις του άρθρου 25 του π.δ. 60/2007 ή του άρθρου 24 του ίδιου π.δ. για προσφυγή στη διαδικασία της για την σύναψη σύμβασης.

IV. Συμπέρασμα

Ενόψει όλων των προεκτεθέντων, με βάση το διδόμενο πραγματικό και από την υπαγωγή αυτού στις προαναφερόμενες και ερμηνευόμενες διατάξεις, επί του τεθέντος ερωτήματος, η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. ομόφωνα αποφασίζει:

Τη μη παροχή σύμφωνης γνώμης, επί του αιτήματος του Αντικαρκινικού Νοσοκομείου Θεσσαλονίκης "ΘΕΑΓΕΝΕΙΟ", σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ υποπερ. δδ του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για τη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, με την εταιρία ELEKTA ΕΠΕ, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας ανταλλακτικών και υπηρεσιών συντήρησης ποσού 308.000€ πλέον ΦΠΑ (400.000 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ), για χρονικό διάστημα δύο (2) ετών, καθώς δεν προκύπτει από τα έγγραφα του φακέλου η συνδρομή των τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αμπελόκηποι, 19.05.2015

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Ο Πρόεδρος

Δημήτρης Ράικος