



ΑΝΑΘΕΩΡΗΤΙΚΗ ΑΡΧΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ
TENDERS REVIEW AUTHORITY

Λεωφ. Γρίβα Διγενή 81-83, 2ο όροφο, Τ.Θ. 24820, 1304 Λευκωσία
Τηλ: 22445100, Φαξ: 22445107, Email: tra@aap.gov.cy, Web: www.tra.gov.cy

Ιεραρχική Προσφυγή Αρ. 36/2009

Μεταξύ:

MEDISELL COMPANY LIMITED

Αιτούντων

v.

ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΚΑΙ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ
ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΥΓΕΙΑΣ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

Ζαχαρίας Τουλούρας, Πρόεδρος
Ανδρέας Χριστοφή, Μέλος
Νίκος Πιπτοκοπίτης, Μέλος
Ιωσήφ Ιωσηφίδης, Μέλος

Αιτητές:

MEDISELL COMPANY LIMITED

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Κίκη Μακρίδη, Δικηγόρο
2. Ανδρέα Παπαλοΐζου, Εκπρόσωπο Αιτούσας Εταιρείας
3. Μιχάλη Μαλαχτό, Εκπρόσωπο Αιτούσας Εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΤΜΗΜΑ ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΚΑΙ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ
ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΥΓΕΙΑΣ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Μαρία Μιχαήλ, Λειτουργό Τομέα Προσφορών
2. Σάββα Ζάκο, Λειτουργό Νοσοκομειακού Εργαστηρίου
3. Αρετή Ζαρβού, Επιθεωρητή Νοσοκομειακού Εργαστηρίου
4. Κύπρο Ζαχαρίου, Λειτουργό Νοσοκομειακού Εργαστηρίου

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 24 Ιουλίου, 2009

Α Π Ο Φ Α Σ Η

A. Με την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή η Εταιρεία MEDISELL COMPANY LTD (στο εξής Αιτητές), στρέφεται κατά της απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής (Τμήμα Ιατρικών Υπηρεσιών και Υπηρεσιών Δημόσιας Υγείας του Υπουργείου Υγείας) που περιέχεται στην επιστολή ημερομηνίας 13.4.2009 αναφορικά με το Διαγωνισμό με Αρ. Προσφοράς Σ.Υ. 57/2008 και θέμα “*Προσφορά για την Προμήθεια, Εγκατάσταση, Λειτουργία, Υποστήριξη και Συντήρηση Συστημάτων για τη Διεκπεραίωση Βιοχημικών Αναλύσεων στα Κρατικά Νοσοκομειακά Εργαστήρια και στο Στρατιωτικό Νοσοκομειακό Εργαστήριο (ΣΝΕ 106) με τη Μέθοδο του Δανεισμού*”, με την οποία απορρίφθηκε το αίτημα των Αιτητών για τροποποίηση του όρου 3.11 του Διαγωνισμού ώστε να υπάρχει η δυνατότητα το κυρίως σύστημα το οποίο θα προσφερθεί να αποτελείται από 3 αναλυτές.

B. ΓΕΓΟΝΟΤΑ

Τα γεγονότα της υπόθεσης είναι τα ακόλουθα:

1. Ο Διαγωνισμός με Αρ. Σ.Υ.57/08 προκηρύχθηκε στις 16.1.2009, με τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών την 13.3.2009, με δημοσίευση στον εγχώριο τύπο, στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας και στην Εφημερίδα Ευρωπαϊκής Ένωσης.
2. Από τις 12.2.2009 μέχρι τις 17.3.2009 στάλθηκαν σχόλια και εισηγήσεις από ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, ανάμεσα στους οποίους ήταν και οι Αιτητές.
3. Η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσισε να παρατείνει την ημερομηνία υποβολής των προσφορών μέχρι τις 24.4.2009 ούτως ώστε να ολοκληρώσει τη μελέτη των πιο πάνω αναφερόμενων σχολίων και εισηγήσεων.
4. Στις 9.4.2009 υποβλήθηκαν εκ νέου σχόλια/εισηγήσεις/διευκρινίσεις από ενδιαφερόμενους φορείς τα οποία μελέτησε η Επιτροπή Σύνταξης / Έγκρισης Προδιαγραφών σε συνεδρία στις 10.4.2009. Στις 13.4.2009, στάλθηκε νέο συμπληρωματικό έγγραφο προς όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς

φορείς. Συγκεκριμένα, ανέφερε μεταξύ άλλων ότι «Σε ερώτηση κατά πόσο για την Λευκωσία μπορεί το κυρίως σύστημα να αποτελείται από 3 αναλυτές, ισχύει η απάντηση που δόθηκε στο Συμπληρωματικό Έγγραφο/ Όρος αρ.1, σημείο 1. Η λύση αυτή δεν είναι αποδεκτή αφού παραβαίνει την Τεχνική Προδιαγραφή 1, σελ. 41 των εγγράφων του Διαγωνισμού, προδιαγραφή η οποία θεωρείται πολύ σημαντική για την αποτελεσματική λειτουργία των εργαστηρίων.»

5. Οι Αιτητές με επιστολή του Δικηγόρου τους ημερομηνίας 22.4.2009, εξέφρασαν την πρόθεση τους να καταχωρήσουν αίτηση για λήψη προσωρινού μέτρου για αναστολή της διαδικασίας της πιο πάνω προσφοράς και ταυτόχρονα να καταχωρήσουν Ιεραρχική Προσφυγή εναντίον της Αναθέτουσας Αρχής.
6. Στις 8.5.2009, η Αιτήτρια κατέθεσε στην Α.Α.Π. την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή.

Γ. ΘΕΣΕΙΣ ΤΗΣ ΑΙΤΗΤΡΙΑΣ

Οι θέσεις και οι ισχυρισμοί που προέβαλαν οι Αιτητές κατά την ενώπιον μας διαδικασία είναι οι ακόλουθοι:

1. Αναφορικά με τους ειδικούς όρους 3.10 και 3.11 σύμφωνα με τους οποίους το κύριο σύστημα “δεν πρέπει να αποτελείται από περισσότερους από δυο αναλυτές, πλέον εφεδρικό σύστημα που να αποδίδει 50% ημερήσιου όγκου εργασίας”, η θέση των Αιτητών ήταν ότι αυτοί είναι καταχρηστικοί και η απάντηση της Αναθέτουσας Αρχής ανατιολόγητη.
2. Περαιτέρω επανέλαβαν τον ισχυρισμό τον οποίο παρέθεσαν στην επιστολή τους προς την Αναθέτουσα Αρχή ημερομηνίας 22.4.2009, ότι υπάρχουν οι ακόλουθες δύο λύσεις για μεγάλα εργαστήρια κλινικής χημείας:

Η μία είναι η εγκατάσταση μεγάλων αναλυτών για την κάλυψη των αναγκών και η άλλη είναι η εγκατάσταση συστημάτων με πολλαπλές αναλυτικές μονάδες τύπου Modular οι οποίες είναι ενωμένες μεταξύ τους και με το προαναλυτικό σύστημα συμπεριφέρονται σαν ένας μεγάλος αναλυτής. Το λογισμικό αποφασίζει ποια

αναλυτική μονάδα θα κάνει την κάθε ανάλυση προσφέροντας περαιτέρω αποδοτικότητα και αποτελεσματικότητα στο χημείο. Επίσης, σε περίπτωση προβλήματος σε μια από τις μονάδες οι υπόλοιπες μονάδες συνεχίζουν να εργάζονται απρόσκοπτα.

Ακολούθως οι Αιτητές ανέφεραν ότι η εισήγηση τους να γίνουν αποδεκτά τα μηχανήματα τύπου Modular στο Νοσοκομείο Λευκωσίας (με τρία συστήματα από 1200 αναλύσεις έκαστο) επίσης δεν έγινε αποδεκτή από την Αναθέτουσα Αρχή. Εφόσον όμως είναι αποδεκτό κάποιος να προσφέρει κυρίως σύστημα από δυο αναλυτές και ένα εφεδρικό αναλυτή (σύνολο τρεις αναλυτές) η θέση των Αιτητών ήταν ότι είναι άδικο να απορρίπτεται η πρόθεση τους να προσφέρουν τρεις αναλυτές των 1200 αναλύσεων την ώρα έκαστος. Αυτός ο συνδυασμός θα προσφέρει 3600 αναλύσεις ανά ώρα με εφεδρικούς αναλυτές δύο εκ των τριών (όταν ένας αναλυτής είναι εκτός λειτουργίας τότε οι άλλοι δύο αναλυτές θεωρούνται εφεδρικοί καλύπτοντας 2400 αναλύσεις ανά ώρα από τις 2766 αναλύσεις μετά από 7 χρόνια).

Όπως διευκρίνισαν οι Αιτητές, οι αναλυτές της Ελβετικής Εταιρείας Roche Diagnostics που προτίθενται να προσφέρουν είναι αναλυτές τελευταίας γενιάς (Κυκλοφορία Ιούλιος 2006) και είναι της μορφής Modular με κάθε αναλυτή δυνατότητας 1200 αναλύσεων ανά ώρα.

3. Οι Αιτητές πρότειναν επίσης να προσφερθούν τρεις αναλυτές Cobas 6000 CCX1200 αναλύσεις την ώρα, πρόταση η οποία δεν έγινε αποδεκτή από την Αναθέτουσα Αρχή διότι οι αναλυτές είναι περισσότεροι από δύο. Επίσης ζητήθηκε να προσφερθούν τρεις αναλυτές Cobas 6000 CCX1200 αναλύσεις την ώρα (δύο αναλυτές σαν κύριο μηχάνημα και μια εφεδρική), πρόταση που επίσης απορρίφθηκε παρά το γεγονός ότι τρία συστήματα είναι αποδεκτά, καθ' ότι τα δύο δεν καλύπτουν την ημερήσια εργασία από μόνα τους και το τρίτο δεν καλύπτει το $\frac{1}{2}$ της εργασίας αν και οι αναλυτές αυτοί δουλεύουν και σαν ένας αναλυτής – σύστημα και όταν ένας χαλάσει τότε δύο μπορούν να χρησιμοποιηθούν σαν εφεδρικοί.

Μια άλλη εισήγηση των Αιτητών ήταν να προσφερθούν δύο αναλυτές Cobas 6000 CCX1200 αναλύσεις την ώρα και σε 3 ή 4 χρόνια όταν οι αναλύσεις υπερβούν τις 2400 ανά ώρα να αλλαχθούν οι αναλυτές με καινούρια μοντέλα Coba 8000 CC. Το μοντέλο αυτό που θα προσφέρει 1600 αναλύσεις την ώρα είναι η εξέλιξη από το Coba 6000 CC και είναι ήδη εγκαταστημένο σε διάφορα εργαστήρια για αξιολόγηση, με ημερομηνία κυκλοφορίας μέσα στον Αύγουστο 2009. Η εισήγηση αυτή απορρίφθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή διότι το μοντέλο Coba 8000 CC δεν έχει τεθεί ακόμα επίσημα σε κυκλοφορία στην αγορά.

4. Επιπλέον, οι Αιτητές ζήτησαν να υπολογισθεί ο όγκος εργασίας λαμβάνοντας υπόψη τις μη εργάσιμες ημέρες και τις ώρες μη αιχμής αναιρώντας 15% της εργασίας από την ετήσια εργασία πριν να υπολογισθεί η ημερήσια εργασία αιχμής, αίτημα το οποίο επίσης δεν έγινε αποδεκτό από την Αναθέτουσα Αρχή.
5. Επιπρόσθετα οι Αιτητές αναρωτήθηκαν για ποιο λόγο στον υπό κρίση διαγωνισμό τίθεται τέτοιος περιορισμός από τη στιγμή που στον προηγούμενο διαγωνισμό, συγκεκριμένα τον υπ' αρ. 9/01, η Αναθέτουσα Αρχή δεν έθετε περιορισμό στους αναλυτές που θα ήταν ενωμένοι στο σύστημα.
6. Τέλος, οι Αιτητές ανέφεραν ότι η Αναθέτουσα Αρχή απέρριψε την πρόταση τους για διαφοροποίηση των τιμών των αναλύσεων σε 2 ή 3 κατηγορίες, για λόγους απλοποίησης των διαδικασιών. Η θέση των Αιτητών είναι ότι δεν θα υπήρχε πρόβλημα αν δεν υπήρχε ανομοιομορφία στην αύξηση του αριθμού των εξετάσεων για τις ακριβείς αναλύσεις.

Δ. ΘΕΣΕΙΣ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ

Η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτοντας τους ισχυρισμούς των Αιτητών, απάντησε ως ακολούθως:

1. Αφού αναφέρθηκε στο σκοπό και τις ανάγκες που θα πρέπει να εξυπηρετεί το αντικείμενο του υπό κρίση διαγωνισμού, προχώρησε με ιδιαίτερη αναφορά στον όρο 3.11 των εγγράφων του διαγωνισμού, ο οποίος προνοεί ότι το κύριο σύστημα δεν

πρέπει να αποτελείται από περισσότερους από δύο αναλυτές και συνεπώς κυρίως συστήματα πέραν των δύο αναλυτών δεν θα γίνονται αποδεχτά. Αναλύοντας τους λόγους για τους οποίους απορρίφθηκε η εισήγηση των Αιτητών να προσφέρουν modular analyzer systems, τα οποία αποτελούνται από δύο ή περισσότερα modules, η Αναθέτουσα Αρχή ανέφερε ότι το κάθε module χρειάζεται ξεχωριστά σε καθημερινή βάση τροφοδοσία (φόρτωση αντιδραστηρίων), έλεγχο ποιότητας της κάθε ανάλυσης και συντήρηση. Κατ' επέκταση, ισχυρίστηκαν ότι όσα περισσότερα modules περιέχει ένα modular analyzer system, τόσο περισσότερο προσωπικό θα είναι απαραίτητο για τις πιο πάνω ενέργειες. Πέραν των αυξημένων απαιτήσεων σε προσωπικό, η ύπαρξη πολλών modules θα επιφέρει και αύξηση του κόστους των αντιδραστηρίων για τον έλεγχο της ποιότητας των αναλύσεων.

Ακολούθως, η Αναθέτουσα Αρχή ανέφερε ότι μετά από διευκρινήσεις που ζήτησαν οι Αιτητές με επιστολή τους, ημερομηνίας 25.2.2009, η Επιτροπή Σύνταξης Προδιαγραφών μετά από σοβαρό προβληματισμό και βασιζόμενη στους πιο πάνω λόγους, αποφάσισε στη συνεδρία της, ημερομηνίας 7.4.2009, ότι σε ένα modular analyzer system που αποτελείται από δύο modules, το ένα module δεν μπορεί να θεωρηθεί ως εφεδρικό του άλλου, γιατί συστήματα όπως αυτά που έχουν κοινά μέρη (π.χ. computer, feeder), σε περίπτωση προβλήματος κάποιου από τα κοινά μέρη θα αδρανοποιούνται και οι δύο αναλυτικές μονάδες (modules). Σε αυτή τη βάση τέθηκε ο περιορισμός ότι modular analyzer systems που αποτελούνται από πέραν των δύο (2) modules, δεν γίνονται αποδεκτά.

Όσον αφορά στην εισήγηση να αποδεχθούν το εφεδρικό σύστημα ως κύριο αναλυτή (για να μπορεί να διεκπεραιωθεί ο ημερήσιος όγκος εργασίας στις ώρες αιχμής που είναι 5 ώρες), η Αναθέτουσα Αρχή επεσήμανε ότι αυτό προϋποθέτει ότι καθημερινά στο Εργαστήριο θα πρέπει να προετοιμάζονται έξι αναλυτικές μονάδες (modules) με αποτέλεσμα απώλειας πολύτιμου χρόνου κάθε πρωί, κάτι που θα αποβεί εις βάρος της τελικής απόδοσης του Εργαστηρίου. Σε αντίθετη περίπτωση που προσφέρονται δύο αναλυτές και που καλύπτουν τις προβλεπόμενες ανάγκες θα επιτυγχάνεται εξοικονόμηση χρόνου και προσωπικού και μικρότερη κατανάλωση αντιδραστηρίων που θα σημαίνει και μικρότερο κόστος.

Αυτοί, σύμφωνα με τη θέση της Αναθέτουσας Αρχής ήταν οι βασικοί λόγοι για τους οποίους η Επιτροπή Σύνταξης Προδιαγραφών δεν έκανε αποδεκτό το αίτημα των Αιτητών να προσφερθούν ως κύριο σύστημα τρία modular analyzer systems (δηλαδή έξι modules), αντί δύο που είναι και βασικός όρος της προσφοράς.

Ακολούθως, η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι αν προσφερθούν τρία (3) modular analyzer systems με σύνολο έξι modules, η απόδοσή τους θα υπερβαίνει των αναγκών και ταυτόχρονα θα απαιτούνται επιπλέον χειριστές για τον έλεγχο των έξι modules. Αυτό, θα επιφέρει επιπλέον κόστος λόγω της αγοράς αντιδραστηρίων που είναι απαραίτητα για τη βαθμονόμηση και έλεγχο της ποιότητας των αναλυτών αυτών.

2. Στη συνέχεια οι εκπρόσωποι της Αναθέτουσας Αρχής ανέφεραν ότι το αίτημα των Αιτητών να προσφερθούν σήμερα αναλυτές Cobas 6000 και σε 3 ή 4 χρόνια να αντικατασταθούν με καινούργια μοντέλα Cobas 8000, δεν έγινε αποδεκτό διότι το μοντέλο αυτό δεν έχει τεθεί επίσημα ακόμα σε κυκλοφορία και συνεπώς δε μπορούσαν να αξιολογηθούν αναλυτές που δεν είναι σε κυκλοφορία. Η θέση τους ήταν όμως ότι ακόμη και αν γινόταν αποδεκτό το αίτημα, αυτό θα οδηγούσε σε άσκοπη ταλαιπωρία του προσωπικού με συνεχείς μετακινήσεις και τροποποιήσεις στον χώρο εργασίας και επιπλέον εκπαιδεύσεις.
3. Όσον αφορά στο αίτημα των Αιτητών να υπολογισθεί ο όγκος εργασίας λαμβάνοντας υπόψη τις μη εργάσιμες ημέρες και τις ώρες αιχμής αναιρώντας το 15% της εργασίας, η Αναθέτουσα Αρχή εξήγησε ότι το απέρριψε για τους πιο κάτω λόγους:

- α) Στα Νοσοκομειακά Εργαστήρια είναι πολύ δύσκολο να προβλέψει κανείς τις απότομες αυξήσεις στον όγκο εργασίας λόγω ατυχημάτων και επιδημιών όπως επίσης και τον αριθμό των επαναλήψεων και των αντανεκλαστικών εξετάσεων.

Εάν γίνει αποδεκτή η μείωση του ημερήσιου όγκου κατά 15% για τις αργίες και τα Σαββατοκύριακα, τότε πρέπει να προστεθούν σε αυτό οι επαναλήψεις και οι αντανεκλαστικές εξετάσεις.

- β) Επίσης από την Επιτροπή Σύνταξης Προδιαγραφών λήφθηκε υπόψη η πρακτική εμπειρία αλλά και το γεγονός ότι η δήλωση απόδοσης των προσφερόμενων αναλυτών είναι η μέγιστη (θεωρητική), ενώ η πραγματική είναι μικρότερη (πρακτική).
- γ) Οι ώρες αιχμής (peak hours) είναι 5 ώρες και έχουν υπολογισθεί με βάση
- Το ωράριο εργασίας του προσωπικού
 - Τις διαδικασίες αιμοληψίας /αποστολής δειγμάτων στα εργαστήρια
 - Γενικά τη πραγματική ροή εργασίας των Νοσοκομείων
- δ) Ο όρος 4.4 των εγγράφων του διαγωνισμού «Με την εγκατάσταση, τα Συστήματα να έχουν την δυνατότητα λειτουργίας όλο το 24ωρο», αφορά την κάλυψη των επειγόντων περιστατικών και όχι την απόδοση που πρέπει να έχει το εργαστήριο κατά την ημερήσια λειτουργία του.
4. Αναφορικά με το επιχείρημα των Αιτητών ότι σε προηγούμενη προσφορά δεν τέθηκαν περιορισμοί στον αριθμό των αναλυτών, η θέση της Αναθέτουσας Αρχής ήταν ότι η εμπειρία από την προηγούμενη προσφορά και το γεγονός ότι αντιμετωπίστηκαν προβλήματα στη διαδικασία αξιολόγησης και συγκεκριμένα λόγω του ότι προσφέρθηκαν συστήματα που δεν μπορούσαν να τοποθετηθούν στους Νοσοκομειακούς χώρους, η Επιτροπή Σύνταξης Προδιαγραφών αποφάσισε να συγκεκριμενοποιήσει κάποιους όρους, όπως π.χ. το κύριο σύστημα δεν πρέπει να αποτελείται από περισσότερους από δύο αναλυτές, ούτως ώστε να αποφευχθούν παρόμοια προβλήματα.
5. Τέλος, απαντώντας στην εισήγηση των Αιτητών για διαφοροποίηση των τιμών σε 2-3 κατηγορίες, οι εκπρόσωποι της Αναθέτουσας Αρχής υιοθέτησαν τη θέση της Επιτροπής Σύνταξης Προδιαγραφών σύμφωνα με την οποία λαμβάνοντας υπόψη την εμπειρία που έχει με την υφιστάμενη σύμβαση 9/2001 και από το γεγονός ότι κανένας άλλος ενδιαφερόμενος φορέας δεν διαμαρτυρήθηκε για αυτό τον όρο των Εγγράφων του Διαγωνισμού, η διαφοροποίηση των τιμών σε 2 ή 3 κατηγορίες, θα προκαλούσε δυσκολίες στην παραλαβή των αντιδραστηρίων όπως επίσης και στον έλεγχο των τιμολογίων. Επομένως, ισχυρίστηκαν, η τεχνική προδιαγραφή 38 στη

σελίδα 46 των Εγγράφων του Διαγωνισμού η οποία προνοεί ότι «Όλες οι εξετάσεις της ομάδας του Πίνακα 1 θα έχουν την ίδια τιμή και είναι υποχρεωτική η προσφορά τους», βοηθά στην απλοποίηση των διαδικασιών όπως περιγράφηκε πιο πάνω.

- Ε.** Αφού ακούσαμε τις θέσεις των δυο πλευρών και αφού μελετήσαμε τους Διοικητικούς Φακέλους της υπόθεσης καταλήγουμε στα ακόλουθα:

Οι πρόνοιες του Άρθρου 56(10)(γ) του Νόμου 101(Ι)/2003 παρέχουν τη δυνατότητα στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών να *‘ακυρώσει ή τροποποιήσει, λόγω παραβίασεως οποιασδήποτε διάταξης του ισχύοντος δικαίου, οποιοδήποτε όρο, που περιέχεται στην προκήρυξη ή στα έγγραφα του διαγωνισμού ή σε οποιοδήποτε άλλο έγγραφο σχετικό με τη διαδικασία του διαγωνισμού και αναφέρεται σε τεχνικές, οικονομικές και χρηματοοικονομικές προδιαγραφές.*’ Επομένως, για να ακυρώσει ή τροποποιήσει η ΑΑΠ συγκεκριμένο όρο του Διαγωνισμού θα πρέπει να καταλήξει σε εύρημα ότι πράγματι η ύπαρξη του εν λόγω όρου παραβιάζει οποιαδήποτε διάταξη του ισχύοντος δικαίου.

Η θέση των Αιτητών είναι ότι για να έχουν τη δυνατότητα να υποβάλουν έγκυρη προσφορά θα πρέπει να τροποποιηθούν οι όροι 3.10 και 3.11 με τέτοιο τρόπο ούτως ώστε να τους παρέχεται η δυνατότητα κατάθεσης προσφοράς συστήματος που να περιλαμβάνει πέραν των δύο αναλυτών. Διευκρινίζουμε όμως ότι με βάση το πιο πάνω αναφερόμενο νομικό πλαίσιο, ακόμη και αν διαφανεί ότι πράγματι η ύπαρξη των υπό κρίση όρων εμποδίζει ουσιαστικά τους Αιτητές να υποβάλουν έγκυρη προσφορά, μόνο αν κριθεί ότι οι όροι αυτοί προσκρούουν σε πρόνοια του ισχύοντος δικαίου, δύναται η Α.Α.Π. να τους ακυρώσει ή να τους τροποποιήσει.

Η συνάρτηση του όρου με το ισχύον δίκαιο ανατρέπεται αν ο Αιτητής που φέρει το βάρος προβολής τέτοιων ισχυρισμών πείσει ότι ο όρος βρίσκεται σε απευθείας σύγκρουση με τις διατάξεις του ισχύοντος δικαίου. Ανατρέχοντας στις αρχές κήρυξης ενός νόμου ως αντισυνταγματικού, δηλαδή ως προσκρούοντος σε δίκαιο υπέρτερο από αυτόν, κατά ανάλογο τρόπο που ένας όρος προσκρούει σε δίκαιο που υπερτερεί έναντι του μέσα στην έννομη τάξη, παρατηρούμε τα ακόλουθα:

(α) Κάθε όρος θεωρείται ότι συνάδει με το ισχύον δίκαιο εκτός αν αποδειχθεί το αντίθετο. Αυτό επιφέρει τη μεταφορά στους ώμους του Αιτητή του βάρους του προσδιορισμού του είδους, της έκτασης και της φύσης της πρόσκρουσης με τέτοια σαφήνεια ώστε η ΑΑΠ να μπορεί να συμπεράνει τη διάσταση ανάμεσα στον όρο και το συγκεκριμένο κανόνα δικαίου.

(β) Η ΑΑΠ περιορίζεται στο να διακριβώσει κατά πόσο κάποιος συγκεκριμένος όρος προσκρούει σε πρόνοια του ισχύοντος δικαίου και δεν εξετάζει τα κίνητρα, την πολιτική ή τη σοφία τους και κυρίως αν θα μπορούσαν να προκριθούν και άλλες εναλλακτικές λύσεις τις οποίες δεν επέλεξε η Αναθέτουσα Αρχή. Δηλαδή, αν η Αναθέτουσα Αρχή είχε ενώπιον της δύο ή περισσότερες λύσεις από τις οποίες ασκώντας τη διακριτική της εξουσία επέλεξε να θεσπίσει ως όρο μια από αυτές, αυτό από μόνο του δεν αποτελεί λόγο επέμβασης μας για τροποποίηση του επίδικου όρου.

(γ) Πεδίο εφαρμογής της επιλογής μας για τροποποίηση του όρου αντί για ακύρωση, υπάρχει όταν αποφασίσουμε πως θα πρέπει να δοθεί τέτοια ερμηνεία στον όρο ώστε αναπροσαρμοζόμενος να εντάσσεται στα πλαίσια των προνοιών του ισχύοντος δικαίου με το οποίο συγκρούεται.

(δ) Από όλα τα πιο πάνω προκύπτει η αρχή ότι δε μπορούμε να εξετάσουμε ένα αφηρημένο ισχυρισμό αόριστης πρόσκρουσης όρου σε μη κατονομαζόμενη πρόνοια δικαίου γιατί αυτό θα καθιστούσε επισφαλής την οποιαδήποτε απόπειρα μας για τροποποίηση του όρου αφού αυτή δε μπορεί παρά να θεραπεύει τη σύγκρουση του με καθορισμένη πρόνοια.

Παρατηρούμε ότι οι Αιτητές με την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή παρέλειψαν να υποδείξουν ή να παραπέμψουν σε συγκεκριμένη πρόνοια προς υποστήριξη της θέσης τους ότι ο συγκεκριμένος όρος παραβιάζει το ισχύον δίκαιο. Απλή αναφορά σε παραβίαση του ισχύοντος δικαίου χωρίς αυτή να συγκεκριμενοποιηθεί δεν είναι φυσικά αρκετή για να τεκμηριώσει τον ισχυρισμό αυτό, ο οποίος κρίνεται ως αβάσιμος και απορρίπτεται.

Αναφορικά με την εισήγηση των Αιτητών ότι ο όρος 3.11 είναι καταχρηστικός και η απάντηση της Αναθέτουσας Αρχής αναιτιολόγητη κρίνουμε ότι με βάση όλα τα ενώπιον μας στοιχεία επίσης απορρίπτεται. Έχει διαφανεί ότι η Αναθέτουσα Αρχή καθ' όλη τη διάρκεια της διαδικασίας στην οποία έχουμε ήδη αναφερθεί, προέβη σε ανταλλαγή απόψεων για τους όρους του Διαγωνισμού με όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς επανειλημμένα και συζήτησε διεξοδικά όλα τα αιτήματα και τις εισηγήσεις τους. Επιπλέον, ενδεικτικό της διαλλακτικότητας αλλά και της καλής προαίρεσης που επέδειξε η Αναθέτουσα Αρχή ήταν το γεγονός ότι πέντε φορές έστειλε προς τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς έγγραφα που να διαφοροποιούν τους αρχικούς όρους του Διαγωνισμού. Διαφοροποιήσεις οι οποίες προέκυψαν από τον διάλογο της με τους εν λόγω φορείς. Η αιτιολογία της απόρριψης της συγκεκριμένης πρότασης προκύπτει από το πρακτικό ημερομηνίας 10.4.2009 και την επιστολή ημερομηνίας 13.4.2009 που στάλθηκε ως αποτέλεσμα του πρακτικού αυτού και στο οποίο γίνεται αναφορά στο Συμπληρωματικό Έγγραφο/ Όρο 1 όπου επεξηγείται ότι λύση με πέραν από 2 αναλυτές δεν είναι αποδεκτή αφού *«θα επηρεάσει αρνητικά τη λειτουργία των εργαστηρίων»*.

Αναφορικά με τον ισχυρισμό ότι οι δύο υπό κρίση όροι είναι καταχρηστικοί παρατηρούμε τα ακόλουθα: Το άρθρο 5 του περί καταχρηστικών ρητρών Νόμου 93/96 ορίζει ότι *«καταχρηστική θεωρείται η ρήτρα η οποία, παρά την απαίτηση καλής πίστης, δημιουργεί σε βάρος του καταναλωτή σημαντική ανισότητα ανάμεσα στα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των μερών που απορρέουν από τη σύμβαση.»* Εφαρμόζοντας τον ορισμό αυτό κατ' αναλογία στα δεδομένα της παρούσας υπόθεσης κρίνουμε ότι δεν ευσταθεί το συγκεκριμένο επιχείρημα των Αιτητών αφού η Αναθέτουσα Αρχή δεν έχει υπερβεί τα όρια της διακριτικής της εξουσίας.

Κατά την ενώπιον μας διαδικασία οι Αιτητές προέβησαν σε εκτενή ανάλυση των αιτημάτων και εισηγήσεων τους προς την Αναθέτουσα Αρχή αναφορικά με τον υπό εξέταση διαγωνισμό, εμμένοντας κυρίως σε τεχνικά θέματα. Από την πλευρά της η Αναθέτουσα Αρχή απάντησε λεπτομερώς στις θέσεις των Αιτητών σε βαθμό που έχουμε ικανοποιηθεί ότι οι εισηγήσεις τους απορρίφθηκαν με αιτιολογία που δεν παρέχει πεδίο παρέμβασης μας στον τρόπο άσκησης της διακριτικής ευχέρειας της. Σημειώνουμε ότι καταλήξαμε σε αυτό το εύρημα λαμβάνοντας βέβαια υπόψη την

πάγια θέση μας ότι τα περιθώρια παρέμβασης μας όταν πρόκειται για τεχνικά θέματα είναι πολύ περιορισμένα.

Ενόψει των πιο πάνω αποφασίζουμε ομόφωνα ότι η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή απορρίπτεται και η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής επικυρώνεται.

Δεν επιδικάζονται έξοδα επί της διαδικασίας.