



ΑΝΑΘΕΩΡΗΤΙΚΗ ΑΡΧΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ
TENDERS REVIEW AUTHORITY

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

Προσφυγή Αρ. 1/2015

Μεταξύ: EVRESIS MEDICAL LTD

Αιτούντων

v.

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΥΓΕΙΑΣ, ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΑΓΟΡΩΝ ΚΑΙ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

Λοΐζος Κάππας, Προεδρεύων
Γιώργος Αναστασίου, Μέλος
Σόλων Παπαθεοχάρους, Μέλος
Βασίλης Πάλμας, Μέλος

Αιτητές:

EVRESIS MEDICAL LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τον:

1. Αλέκο Μαρκίδη, Δικηγόρο
2. Πάνο Παναγιώτου, Δικηγόρο
3. Κωνσταντίνο Δαμιανό, Δικηγόρο
4. Πέτρο Αρχοντίδη, Διευθυντή Αιτούσας Εταιρείας
5. Λούση Παντελή, Διευθύντρια Αιτούσας Εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΥΓΕΙΑΣ, ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΑΓΟΡΩΝ ΚΑΙ
ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ

Αντιπροσωπεύτηκε από τους:

1. Ειρήνη Νεοφύτου, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. Νιόβη Πετρίδου, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
3. Χρυστάλλα Μιχαήλ, Συντονίστρια Προσφοράς
4. Στέλιο Θεοδώρου, Προϊστάμενο Ομάδας Αναλωσίμων
5. Δρ. Πίπη Μηνά, Μέλος Επιτροπής Αξιολόγησης

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης.: 20 Μαΐου, 2015.

Α Π Ο Φ Α Σ Η

A. Με αυτή την προσφυγή η εταιρεία EVRESIS MEDICAL LTD (στο εξής οι «Αιτητές»), στρέφεται εναντίον της απόφασης της Διεύθυνσης Αγορών και Προμηθειών του Υπουργείου Υγείας, (στο εξής η «Αναθέτουσα Αρχή»), η οποία κοινοποιήθηκε στους Αιτητές με επιστολή ημερομηνίας 22.12.2014, να απορρίψει την προσφορά των Αιτητών για τα Είδη 3 και 4 του Διαγωνισμού με αριθμό Σ.Υ.46/2014 και τίτλο *«Προμήθεια Ενδοφακών για τις ανάγκες των Οφθαλμολογικών Κλινικών των Κρατικών Νοσηλευτηρίων»* και να τα κατακυρώσει στην εταιρεία A. Potamitis Medicare Ltd (στο εξής «επιτυχούσα»).

B. ΓΕΓΟΝΟΤΑ

1. Ο διαγωνισμός προκηρύχθηκε με δημοσίευση στο Ηλεκτρονικό Σύστημα Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων στις 28.7.2014. Ακολούθησε η ανοικτή διαδικασία με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή.
2. Στις 23.10.2014 διορίστηκε Επιτροπή Αξιολόγησης, η οποία επαναδιορίστηκε στις 17.11.2014 λόγω του ότι ένα από τα μέλη της αφυπηρέτησε.
3. Στις 3.12.2014 ετοιμάστηκε η έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης, η οποία υποβλήθηκε στο Συμβούλιο Προσφορών.

4. Στις 11.12.2014 το Συμβούλιο Προσφορών αποφάσισε την κατακύρωση των Ειδών 3 και 4, σύμφωνα με την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης, στον Οικονομικό Φορέα A. Potamitis Medicare Ltd.

5. Οι Αιτητές στις 5.1.2015 καταχώρησαν την παρούσα προσφυγή και στις 9.1.2015 εκδόθηκαν από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών προσωρινά μέτρα.

Γ. ΘΕΣΕΙΣ ΑΙΤΗΤΩΝ

Είναι θέση των Αιτητών ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής είναι λανθασμένη, επειδή κατά την έκδοση της βρισκόταν σε προφανή πλάνη περί τα πράγματα θεωρώντας ότι τα προσφερόμενα προϊόντα των Αιτητών για τα Είδη 3 και 4 δεν έχουν την ικανότητα να εξυπηρετήσουν τις ανάγκες για τις οποίες προορίζονται, κάτι που δεν ανταποκρίνεται στην πραγματικότητα. Είναι επίσης αναιτιολόγητη επειδή τα όσα αναφέρονται ως αιτιολογία για την απόρριψη της προσφοράς των Αιτητών δεν ζητούνταν από τους όρους του Διαγωνισμού, αλλά ούτε ανταποκρίνονταν στην πραγματικότητα.

1. Σε σχέση με το Είδος 3 του Διαγωνισμού, αναφέρουν οι Αιτητές, η Αναθέτουσα Αρχή είχε ζητήσει αναδιπλούμενους ενδοφακούς οπισθίου θαλάμου με φίλτρο κατά της μπλε ακτινοβολίας (Παράρτημα II - Όροι Εντολής - Τεχνικές Προδιαγραφές).

Με την επιστολή γνωστοποίησης των αποτελεσμάτων του Διαγωνισμού, ημερομηνίας 22.12.2014, η Αναθέτουσα Αρχή ενημέρωσε τους Αιτητές ότι η δική τους προσφορά για το Είδος 3 δεν είχε επιλεγεί λόγω του ότι κατά την αξιολόγηση των δειγμάτων στον κλινικό χώρο από μέλη της Επιτροπής Αξιολόγησης και χρήστες των ζητούμενων ειδών, παρουσιάστηκαν σοβαρά προβλήματα κατά την ένθεση του φακού. Συγκεκριμένα, ο ενθέτης που προσφέρθηκε από τους Αιτητές με το ελατήριο, είναι δύσχρηστος καθότι γίνεται εκτίναξη του ενδοφακού με το έμβολο και είναι πολύ δύσκολο να ελεγχθεί η πίεση που θα ασκηθεί σε αυτό. Και δεδομένης της παρουσίας των ειδικευομένων ιατρών στην κλινική του ΜΑΚ ΙΙΙ, καθιστά τη χρήση του συγκεκριμένου ενθέτη προβληματική. Πιο συγκεκριμένα, είναι απαραίτητο να υπάρχει η δυνατότητα ελέγχου της απελευθέρωσης του ενδοφακού από τον ενθέτη διότι σε διαφορετική περίπτωση υπάρχει κίνδυνος ρήξης της «Ζινείου Ζώνης».

Για τα πιο πάνω οι Αιτητές αναφέρουν:

- α) Δεν υπήρχε οποιοσδήποτε όρος του διαγωνισμού που να αποκλείει τους ενθέτες με ελατήριο. Αν η Αναθέτουσα Αρχή ήθελε να αποκλείσει τους ενθέτες με ελατήριο, θα έπρεπε να το είχε συμπεριλάβει ρητώς στους όρους του Διαγωνισμού.

- β) Ο μόνος όρος του διαγωνισμού που έκανε αναφορά στους ενθέτες, προέβλεπε την παραχώρηση δωρεάν τουλάχιστον 15 ειδικών ενθετών, (injectors) για την τοποθέτηση τους, ή ενθέτες μιας χρήσης, ένα για κάθε φακό.
- γ) Οι Αιτητές πρόσφεραν ενθέτες, οι οποίοι χρησιμοποιούνται για χρόνια σε όλο τον κόσμο χωρίς να παρουσιαστεί οποιοδήποτε πρόβλημα. Το ότι αυτοί οι ενθέτες, συνεχίζουν, δεν είχαν χρησιμοποιηθεί στο παρελθόν στα νοσοκομεία της Κύπρου, δεν σημαίνει ότι αυτοί ήταν προβληματικοί ή ότι θα έπρεπε να αποκλειστούν.

2. Η αναφορά *«και δεδομένης της παρουσίας ειδικευόμενων γιατρών στην κλινική του ΜΑΚ ΙΙΙ, καθιστά το συγκεκριμένο ενθέτη προβληματικό»*, δεν αποτελεί νόμιμη αιτιολογία για τον αποκλεισμό της προσφοράς τους αναφέρουν οι Αιτητές. Με βάση τα έγγραφα του διαγωνισμού, μετά την κατακύρωση, ο επιτυχών προσφοροδότης έχει υποχρέωση να παρέχει εκπαίδευση για τη χρήση του προϊόντος, συνεπώς σε περίπτωση κατακύρωσης στους Αιτητές, τότε αυτοί θα είχαν την αντίστοιχη υποχρέωση εκπαίδευσης των χρηστών του προϊόντος και ως εκ τούτου ο πιο πάνω λόγος δεν έχει καμιά βάση και έρεισμα για την απόρριψη του συγκεκριμένου προϊόντος.

Σε σχέση με το Είδος 4, η Αναθέτουσα Αρχή ενημέρωσε τους Αιτητές στις 22.12.2014 ότι

«... Η δική σας προσφορά δεν έχει επιλεγεί λόγω του ότι κατά την αξιολόγηση των δειγμάτων στον κλινικό χώρο από μέλη της Επιτροπής Αξιολόγησης και χρήστες των ζητούμενων ειδών παρουσίασε πρόβλημα κατά την ένθεση του ενδοφακού καθότι, αφού ακολουθήθηκαν οι υποδεικνυόμενοι κανονισμοί από τα τεχνικά Φυλλάδια της κατασκευάστριας εταιρείας ο ενδοφακός δεν απελευθερώθηκε από τον ενθέτη. Κατά συνέπεια δεν έχουν την ικανότητα να εξυπηρετήσουν τις ανάγκες για τις οποίες προορίζονται.»

Για το είδος 4, οι Αιτητές αναφέρουν:

- α) Το προσφερόμενο με την προσφορά των Αιτητών προϊόν, χρησιμοποιείται για χρόνια σε όλο τον κόσμο χωρίς να παρουσιαστεί οποιοδήποτε πρόβλημα.
- β) Όπως και για το Είδος 3, έτσι και το Είδος 4 κατασκευάζεται από πολυεθνική εταιρεία παγκοσμίου φήμης, Abbott Medical Optics, η οποία αν διαπίστωνε κάποιο πραγματικό πρόβλημα θα προχωρούσε στην άμεση απόσυρση του.
- γ) Οι Αιτητές, ισχυρίζονται, ότι αν παρουσιάστηκαν οποιαδήποτε προβλήματα, τούτο οφείλεται σε λανθασμένη χρήση του προϊόντος, γεγονός το οποίο θα μπορούσε να διορθωθεί με την κατάλληλη εκπαίδευση του προσωπικού.

δ) Η προσφορά τους, συνεχίζουν οι Αιτητές, αντιμετώπισε από την αρχή την αρνητική διάθεση μερικών χρηστών των προϊόντων, εφόσον μερικοί χρήστες σε κανένα στάδιο της αξιολόγησης δεν έδειξαν την οποιαδήποτε θέληση να δοκιμάσουν ένα νέο προϊόν σε σχέση με αυτά που χρησιμοποιούσαν μέχρι σήμερα.

3. Οι Αιτητές πέραν από τις πιο πάνω θέσεις για τα Είδη 3 και 4, προβάλλουν και τον ισχυρισμό ότι οι εισηγήσεις της Επιτροπής Αξιολόγησης δεν πρέπει να ληφθούν υπόψη, διότι κατά την αξιολόγηση συμμετείχε και πρόσωπο, μη μέλος της Επιτροπής. Θέτουν ζήτημα μη νόμιμης σύνθεσης/συγκρότησης της Επιτροπής Αξιολόγησης και συμμετοχής στην αξιολόγηση των προϊόντων αναρμόδιων και/ή προσώπων που δεν είχαν δικαίωμα να αξιολογήσουν τις προσφορές.

Οι Αιτητές, παραπέμποντας στην Έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης ημερομηνίας 3.12.2014, αναφέρουν ότι στην αξιολόγηση των δειγμάτων συμμετείχε και άλλο πρόσωπο το οποίο δεν ήταν μέλος της Επιτροπής Αξιολόγησης. Συγκεκριμένα γίνεται αναφορά στην παρουσία της Δρ. Σπαστρή για την οποία δεν επεξηγούνται σε κανένα πρακτικό οι λόγοι παρουσίας της στην Επιτροπή Αξιολόγησης.

4. Οι Αιτητές επικαλούνται λόγο ακύρωσης την παραβίαση των προνοιών των περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων

Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών (Γενικών) Κανονισμών του 2007, ΚΔΠ 201/2007. Ειδικότερα, αναφέρουν ότι λανθασμένα η Αναθέτουσα Αρχή δεν προχώρησε στην σύσταση Ad-Hoc Τεχνικής Επιτροπής, όπως προνοεί ο Κανονισμός 20 της ΚΔΠ 201/2007, για μελέτη των αξιολογήσεων των προσφορών. Από τη στιγμή, συνεχίζουν, που η Επιτροπή Αξιολόγησης διατηρούσε ενδιασμούς διότι τα προϊόντα δεν έχουν χρησιμοποιηθεί ξανά στο παρελθόν, τότε έπρεπε να απευθυνθεί στο Συμβούλιο Προσφορών και αυτό να προχωρήσει σε σύσταση Ad-Hoc Τεχνικής Επιτροπής για την εξέταση του συγκεκριμένου τεχνικού ζητήματος.

5. Οι Αιτητές προβάλλουν επιπλέον τη θέση ότι η προσβαλλόμενη απόφαση στερείται αιτιολογίας και δεν είχε προηγηθεί της έκδοσης της η δέουσα και αναγκαία έρευνα.

6. Οι Αιτητές αναφέρουν επιπρόσθετο λόγο ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης, ότι τα εμπλεκόμενα στη διαδικασία διοικητικά όργανα δεν συμμορφώθηκαν με την υποχρέωση που τους επιβάλλει το άρθρο 24 του περί Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου (Ν.158(Ι)/1999) να τηρούν άρτια και λεπτομερή πρακτικά.

7. Η προσβαλλόμενη απόφαση, συνεχίζουν οι Αιτητές με άλλο λόγο ακύρωσης, πλήττει το δημόσιο συμφέρον εφόσον η τιμή της οικονομικής

προσφοράς τους ήταν κατά 11% φθηνότερη από την προσφορά της επιτυχούσας, ενώ παράλληλα ήταν σύμφωνη και πληρούσε όλους τους όρους που είχαν τεθεί με τα έγγραφα του Διαγωνισμού.

8. Οι Αιτητές, αναφορικά με την προσφορά της επιτυχούσας, ισχυρίζονται ότι αυτή δεν πληρούσε και/ή δεν ήταν σύμφωνη με ουσιώδεις όρους των εγγράφων του διαγωνισμού και λανθασμένα η Αναθέτουσα Αρχή θεώρησε την προσφορά της ότι ήταν εντός προδιαγραφών. Ειδικότερα οι Αιτητές, κάνουν αναφορά στον ειδικό όρο 8 του Παραρτήματος 5, στον όρο 8.3.2.4 του Μέρους Α των εγγράφων του Διαγωνισμού, στον όρο 3.1 και 4.1 του Εντύπου 5, στον όρο 4.1.2 του Εντύπου 5, στον όρο 4.1.5 του Εντύπου 5, στους όρους 4.1.7, 4.1.9, 4.1.11, 4.1.13, του Εντύπου 5, στα Έντυπα 5,6,7, στον όρο 12, και στο τεχνικό φυλλάδιο 2.

9. Καταληκτικά οι Αιτητές θέτουν θέμα μη παρουσίασης των δειγμάτων με αποτέλεσμα να καθιστά αδύνατο τον έλεγχο για την συμμόρφωση της προσφοράς του προσφοροδότη με συγκεκριμένους όρους του Διαγωνισμού. Αναφέρουν ότι συνέπεια της παράλειψης της Αναθέτουσας Αρχής να παρουσιάσει δείγματα προς επιθεώρηση η επίδικη απόφαση θα πρέπει να ακυρωθεί, διότι είναι ανέφικτος ο δικαστικός έλεγχος.

Με τις πιο πάνω θέσεις οι Αιτητές εισηγούνται όπως η προσβαλλόμενη με την παρούσα Προσφυγή απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, ακυρωθεί.

Δ. ΘΕΣΕΙΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ

Η Αναθέτουσα Αρχή αντέκρουσε, ως εξής τους ισχυρισμούς των Αιτητών

1. Αναφορικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών περί πλάνης της Αναθέτουσας Αρχής όταν αυτή αποφάσιζε για την μη επιλογή της προσφοράς τους, η Αναθέτουσα Αρχή απαντά ότι άσκησε την διακριτική της ευχέρεια, όπως ήταν δικαίωμα της και δεν υπήρξε πλάνη περί τα πράγματα.

Ειδικότερα τόσο για το Είδος 3, όσο και για το Είδος 4, και σύμφωνα με τον όρο 2.1 του Παραρτήματος II, όροι Εντολής - Τεχνικές Προδιαγραφές, το οποίο τιτλοφορείται «*Δείγματα Προμηθευτή*», η Επιτροπή Αξιολόγησης προχώρησε σε έλεγχο των δειγμάτων που υπέβαλαν οι Αιτητές μαζί με την προσφορά τους.

Ο ποιοτικός έλεγχος των δειγμάτων, συνεχίζει η Αναθέτουσα Αρχή, έπρεπε να ήταν αυστηρός, γιατί τα ζητούμενα προϊόντα (ενδοφακοί), τοποθετούνται μέσα στο μάτι κατά την διάρκεια της επέμβασης καταρράκτη, αντικαθιστώντας τον φυσικό φακό του ματιού. Η Επιτροπή Αξιολόγησης μετά τον ποιοτικό έλεγχο των δειγμάτων κατέληξε, και για τα δύο Είδη, ότι δεν είχαν την δυνατότητα να εξυπηρετήσουν τις ανάγκες για τις οποίες προορίζονται.

Η Επιτροπή Αξιολόγησης, αναφέρει η Αναθέτουσα Αρχή, είχε κάθε δικαίωμα να ελέγξει τα δείγματα και στην διαδικασία αυτή, παρατηρήθηκε ότι το προϊόν που

προσφέρθηκε δεν πληρούσε τους όρους του διαγωνισμού. Παραπέμποντας σε σειρά αποφάσεων του Ανωτάτου Δικαστηρίου, η Αναθέτουσα Αρχή, συμπληρώνει, ότι η κρίση της διοίκησης, ως καλύτερος γνώστης και κριτής των τεχνικών και ειδικών θεμάτων, είναι γενικά ανέλεγκτη, εκτός αν διαπιστωθεί πλάνη περί τα πράγματα ή υπέρβαση των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης. (*Megaimpex Tex Ltd ν, Δημοκρατίας, Υπόθεση 370/2000 ημερ. 14.5.2001, G.P. Iron and Wood Makers ν Δημοκρατίας, Συνεκδικαζόμενες υποθέσεις 709/02 και 812/02 ημερ. 31.3.2004*).

Επίσης παραπέμπει στην *Galatariotis Telecommunications Ltd ν. Δημοκρατίας, (1993) 4AAD 1207*, για να αναφέρει ότι οι Αιτητές έχουν το βάρος της απόδειξης για να πείσουν, ότι η διοίκηση υπερέβη τα ακραία όρια της διακριτικής της ευχέρειας και ότι αυτοί πληρούσαν τους όρους του διαγωνισμού.

2. Αναφορικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών για παραβίαση προνοιών της ΚΔΠ 201/2007, ότι δηλαδή λανθασμένα δεν προχώρησαν σε σύσταση Ad-Hoc τεχνικής επιτροπής (Κανονισμός 20), η Αναθέτουσα Αρχή αναφέρει ότι ο Κανονισμός προσφέρει μια δυνατότητα που παρέχεται στα Συμβούλια Προσφορών και όχι υποχρέωση. Δεν κρίθηκε απαραίτητο όπως συσταθεί Ad-Hoc επιτροπή, εφόσον τα μέλη της Επιτροπής Αξιολόγησης κατείχαν τις απαραίτητες εξειδικευμένες γνώσεις για να διενεργήσουν τον ποιοτικό έλεγχο των δειγμάτων.

3. Η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτει και τους ισχυρισμούς των Αιτητών για αναιτιολόγητη απόφαση, καθώς και για έλλειψη δέουσας έρευνας, αναφέροντας ότι η Επιτροπή Αξιολόγησης αιτιολόγησε πλήρως την απόφαση της, η οποία λήφθηκε μετά την διεξαγωγή ποιοτικού ελέγχου στα δείγματα που υποβλήθηκαν με την προσφορά των Αιτητών.

Η Αναθέτουσα Αρχή διαφωνεί και με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι τα εμπλεκόμενα στη διαδικασία διοικητικά όργανα δεν τηρούσαν άρτια και λεπτομερή πρακτικά, (άρθρο 24 του Ν.158(Ι)/1999). Το Συμβούλιο Προσφορών, αναφέρει η Αναθέτουσα Αρχή, υιοθέτησε την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης και συνεπώς δεν μπορούσε και δεν απαιτείτο να υπάρξει άλλη αιτιολογία.

Σχολιάζει δε την παραπομπή των Αιτητών σε σχετικές αποφάσεις του Ανωτάτου Δικαστηρίου, αναφέροντας ότι αυτές αφορούσαν την συγκρότηση Συμβουλευτικής Επιτροπής και το γεγονός ότι δεν λήφθηκαν καθόλου πρακτικά, σε αντίθεση με την παρούσα περίπτωση (*Αναθεωρητική Έφεση 3437, Χρυσσαφής ν. Δημοκρατίας (2005) 3 Α.Α.Α. 550*).

Αναφορικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι τα προϊόντα τους έτυχαν αρνητικής αντιμετώπισης από τους χρήστες, επειδή δεν ήθελαν να δοκιμάσουν ένα νέο

προϊόν, η Αναθέτουσα Αρχή παραπέμπει στην Έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης, όπου τόσο για το Είδος 3, όσο και για το Είδος 4 αναφέρει:

«Ενεργοποιώντας τον πιο πάνω όρο, η Επιτροπή Αξιολόγησης διενέργησε αυστηρό ποιοτικό έλεγχο των δειγμάτων, κατά πόσο δηλαδή τα δείγματα πληρούσαν τους όρους που είχαν διατυπωθεί στα έγγραφα του διαγωνισμού».

Επομένως, συνεχίζει η Αναθέτουσα Αρχή, η Επιτροπή Αξιολόγησης εξέτασε τα δείγματα που υπέβαλαν όλοι οι οικονομικοί φορείς.

Διαφωνούσα την Αναθέτουσα Αρχή βρίσκει και ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πλήττει το δημόσιο συμφέρον εφόσον η τιμή της οικονομικής προσφοράς τους ήταν κατά 11% φθηνότερη από την προσφορά της επιτυχούσας. Αν η προσφορά των Αιτητών, αναφέρει η Αναθέτουσα Αρχή, ήταν εντός προδιαγραφών, θα της ανατίθετο και ο διαγωνισμός. Επομένως, το γεγονός ότι η προσφορά των Αιτητών για τα Είδη 3 και 4 ήταν φθηνότερη, δεν υποχρεώνει την Αναθέτουσα Αρχή όπως την αποδεχτεί, εάν αυτή δεν πληροί ουσιώδεις όρους του διαγωνισμού.

Η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτει και τους ισχυρισμούς των Αιτητών ότι η απόφαση της λήφθηκε από όργανα που δεν είχαν νόμιμη σύνθεση ή/και συγκρότηση και ότι στην αξιολόγηση των προϊόντων συμμετείχαν αναρμόδια πρόσωπα και/ή πρόσωπα τα οποία δεν είχαν δικαίωμα να αξιολογήσουν τις προσφορές. Οι Αιτητές κάνουν αναφορά στην Δρ. Σπαστή, η οποία συμμετείχε

στην αξιολόγηση των δειγμάτων, ενώ δεν ήταν μέλος της Επιτροπής Αξιολόγησης. Είναι θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι είχε κάθε δικαίωμα η Επιτροπή Αξιολόγησης να καλέσει οποιοδήποτε πρόσωπο για παροχή συμβουλών ή επεξηγήσεων σε θέματα της ειδικότητας του. Παραπέμπει δε στον Κανονισμό 20(4) της ΚΔΠ 201/2007, ο οποίος αναφέρει:

«Τα Συμβούλια προσφορών, οι Επιτροπές Αξιολόγησης οι Διαχειριστικές Επιτροπές έχουν εξουσία να καλούν στις συνεδρίες τους οποιουδήποτε κρίνουν σκόπιμο για παροχή συμβουλών ή επεξηγήσεων σε θέματα της ειδικότητας τους, οι οποίες κρίνονται αναγκαίες για την ορθή λήψη των αποφάσεων τους.»

Συνεπώς, συνεχίζει η Αναθέτουσα Αρχή, η Δρ. Σπαστρή δεν συμμετείχε παράνομα στην Επιτροπή Αξιολόγησης. Κλήθηκε ως ειδικός, αφού πραγματοποιεί το 25% του αριθμού των επεμβάσεων που γίνονται παγκύπρια, για να δώσει την άποψή της.

Απορρίπτεται από την Αναθέτουσα Αρχή και ο ισχυρισμός των Αιτητών για παραβίαση ουσιωδών όρων του Διαγωνισμού από την προσφορά της επιτυχούσας, επικαλούμενη πάγια νομολογιακή αρχή ότι προσφοροδότης ο οποίος δεν πληροί ουσιώδεις όρους του Διαγωνισμού στερείται εννόμου συμφέροντος να προσφύγει κατά της απόφασης κατακύρωσης της προσφοράς, έστω και αν η επιτυχούσα παρουσιάζει ουσιώδη απόκλιση από όρους του διαγωνισμού. *(Tasni Enviro Ltd και Κ.Α. μέσω Υπουργείου Εργασίας και Κοινωνικών Ασφαλίσεων, Τμήμα*

Επιθεώρησης Εργασίας, Υπόθεση 2289/2006, Multiklima Malliotis Eng. Ltd v. Δημοκρατίας (2002) 3 Α.Α.Δ. 401).

Καταλήγει η Αναθέτουσα Αρχή με την θέση ότι θα πρέπει να εξεταστούν μόνο οι ισχυρισμοί των Αιτητών για τον δικό τους αποκλεισμό και δεν νομιμοποιείται όπως προσβάλλει την κατακύρωση της προσφοράς στην επιτυχούσα.

Για όλους τους πιο πάνω λόγους η Αναθέτουσα Αρχή ζητά όπως η προσβαλλόμενη απόφαση επικυρωθεί.

Ε. ΑΠΟΦΑΣΗ

Θεωρούμε σκόπιμο, λόγω της καθοριστικής σημασίας που έχει για την περαιτέρω εξέταση της Προσφυγής, να εξετάσουμε πρώτα τον ισχυρισμό των Αιτητών για παράνομη σύνθεση/συγκρότηση της Επιτροπής Αξιολόγησης και συμμετοχή στην αξιολόγηση των προϊόντων αναρμόδιων προσώπων τα οποία δεν είχαν δικαίωμα να αξιολογήσουν τις προσφορές.

Από μελέτη των πρακτικών της Επιτροπής Αξιολόγησης, ημερομηνίας 21.11.2014 και 3.12.2014, της Έκθεσης Αξιολόγησης ημερομηνίας 3.12.2014 και των πρακτικών του Συμβουλίου Προσφορών ημερομηνίας 11.12.2014, καταλήγουμε στα πιο κάτω:

1. Στις 21.11.2014 η Επιτροπή Αξιολόγησης ζήτησε παράταση στον χρόνο αξιολόγησης, για να δοκιμαστούν δείγματα των ενδοφακών της κατασκευάστριας εταιρείας ABBOTT, για τα Είδη 3 και 4, σαν αποτέλεσμα κάποιων ενδοιασμών που είχαν τα μέλη της Επιτροπής Αξιολόγησης. Σημειώνουμε ότι ως μέλη της Επιτροπής Αξιολόγησης είχαν διοριστεί οι: Δρ. Χρίστος Μαυρομμάτης, Διευθυντής Οφθαλμολογικής Κλινικής Γ.Ν. Λεμεσού, Δρ. Μηνάς Πίπης, Ιατρικός Λειτουργός 1^{ης} Τάξης, ΝΑΜ ΙΙΙ και Χρυστάλλα Μιχαήλ, Ανώτερη Νοσηλευτική Λειτουργός.

Στο πρακτικό, δεν γίνεται καμιά αναφορά στην ανάγκη για παρουσία οποιουδήποτε για παροχή συμβουλών ή επεξηγήσεων στα πλαίσια της ορθής λήψης των αποφάσεων της (Κανονισμός 20(4), της ΚΔΠ 201/2007) κατά την διαδικασία εξέτασης δειγμάτων, όπως ισχυρίστηκε ενώπιόν μας η Αναθέτουσα Αρχή.

2. Στις 3.12.2014, σύμφωνα με το πρακτικό που βρίσκεται στο Διοικητικό Φάκελο, η Επιτροπή Αξιολόγησης συνεδρίασε στο γραφείο αρ. 117 της Διεύθυνσης Αγορών και Προμηθειών του Υπουργείου Υγείας. Η συνεδρίαση έγινε στις 11.00 π.μ. και παρόντες ήταν όλα τα μέλη της Επιτροπής Αξιολόγησης (Δρ. Μαυρομμάτης, Δρ. Πίπης και κα Μιχαήλ). Στα πρακτικά καταγράφονται, ανάμεσα σε άλλα, σε σχέση με τα είδη 3 και 4 τα εξής:

«Τα μέλη της επιτροπής Αξιολόγησης, αφού δοκίμασαν σε κλινική εφαρμογή τους ενδοφακούς της κατασκευάστριας εταιρείας ABBOTT, που πρόσφερε την χαμηλότερη τιμή, κατέληξαν στα ακόλουθα:

[...]

Και δεδομένης της παρουσίας των ειδικευόμενων ιατρών στην κλινική του NAM III, καθιστά τον συγκεκριμένο ενθέτη, προβληματικό. Πιο συγκεκριμένα, είναι απαραίτητο να υπάρχει η δυνατότητα ελέγχου της απελευθέρωσης του ενδοφακού από τον ενθέτη διότι σε διαφορετική περίπτωση υπάρχει κίνδυνος πήξης της «Ζινείου Ζώνης».

[...]

Για το είδος 4 [...] αφού ακολουθήθηκαν οι υποδεικνυόμενοι κανονισμοί από τα τεχνικά φυλλάδια της κατασκευάστριας εταιρείας, ο ενδοφακός δεν απελευθερώθηκε από τον ενθέτη.»

Καμία αναφορά για συμβουλευτική ή επεξηγηματική παρουσία, οποιουδήποτε, κατά την διαδικασία της κλινικής εφαρμογής των ενδοφακών. Τίθεται και το ερώτημα, πότε και πού έγινε η κλινική εφαρμογή των δειγμάτων και αν τηρήθηκαν πρακτικά γι' αυτή την πράξη.

3. Στο έγγραφο που τιτλοφορείται «Έκθεση Αξιολόγησης – Πρακτικά» με ημερομηνία και πάλι 3.12.2014, σε σχέση με τα Είδη 3 και 4, καταγράφονται ανάμεσα σε άλλα τα πιο κάτω:

«Αναφέρεται ότι, στον εν λόγω διαγωνισμό, σύμφωνα με τον Ειδικό όρο 15 του Εντύπου 5 των εγγράφων του διαγωνισμού ζητήθηκε όπως: «Να υποβληθούν έξι (6) ενδεικτικά δείγματα για κάθε είδος. Τα δείγματα θα χρησιμοποιηθούν κατά την αξιολόγηση. [...]

Ενεργοποιώντας τον πιο πάνω όρο, η Επιτροπή Αξιολόγησης, διενέργησε αυστηρό ποιοτικό έλεγχο των δειγμάτων [...]

Για το εν λόγω είδος 3[...] κατά την αξιολόγηση των δειγμάτων στον κλινικό χώρο από τον Δρ. Πίπη και Δρ. Μαυρομμάτη, οι οποίοι είναι μέλη της Επιτροπής Αξιολόγησης και χρήστες των ζητούμενων ειδών, καθώς επίσης και από τη Δρ. Σπαστή (Οφθαλμίατρο της Οφθαλμολογικής Κλινικής NAM III) παρατηρήθηκαν τα πιο κάτω:

[...]

Κατά συνέπεια θεωρείται ότι δεν έχουν την ικανότητα να εξυπηρετήσουν τις ανάγκες για τις οποίες προορίζονται.

Ως εκ τούτου η Επιτροπή Αξιολόγησης εισηγείται την κατακύρωση του Είδους 3 στους T2 (A. Rotamitis Medicare Ltd) [...]

[...]

Για το εν λόγω είδος 4 [...]κατά την αξιολόγηση των δειγμάτων στον κλινικό χώρο από τον Δρ. Πίπη και Δρ. Μαυρομμάτη, οι οποίοι είναι μέλη της Επιτροπής Αξιολόγησης και χρήστες των ζητούμενων ειδών, καθώς επίσης και από τη Δρ. Σπαστή (Οφθαλμίατρο της Οφθαλμολογικής Κλινικής NAM III) παρατηρήθηκαν τα πιο κάτω:

Όσον αφορά τα δείγματα που προσφέρθηκαν από την Εταιρεία Evresis Medical Ltd, αντιπρόσωπο τη κατασκευάστριας εταιρείας ABBOT, παρουσίασε πρόβλημα κατά την ένθεση του ενδοφακού [...]

Ως εκ τούτου η Επιτροπή Αξιολόγησης εισηγείται την κατακύρωση του είδους 4 στο T2 (A. Rotamitis Medicare Ltd) [...]».

Από τα πιο πάνω αποσπάσματα παρατηρούμε την εξής αντίφαση: Ενώ το πρακτικό αναφέρει ότι «*Τα Μέλη της Επιτροπής Αξιολόγησης, αφού δοκίμασαν σε κλινική εφαρμογή τους ενδοφακούς της κατασκευάστριας εταιρείας ABBOTT [...]*» στην «*Έκθεση Αξιολόγησης – Πρακτικά*» με την ίδια ημερομηνία αναφέρεται ότι

«κατά την αξιολόγηση των δειγμάτων στον κλινικό χώρο από τον Δρ. Πίπη και Δρ. Μαυρομμάτη, οι οποίοι είναι μέλη της Επιτροπής Αξιολόγησης και χρήστες των ζητούμενων ειδών, καθώς επίσης και από τη Δρ. Σπαστή (Οφθαλμίατρο της Οφθαλμολογικής Κλινικής NAM III)».

Αφού η Χρυστάλλα Μιχαήλ, Συντονίστρια της Επιτροπής Αξιολόγησης απουσίαζε από την κλινική εξέταση των δειγμάτων και δεν φαίνεται από το πρακτικό της Επιτροπής Αξιολόγησης να ενημερώθηκε για τα δεδομένα της κλινικής εξέτασης, πώς κατέληξε σε συμπεράσματα περί των δειγμάτων και συνυπόγραψε την εισήγηση προς το Συμβούλιο Προσφορών;

Για πρώτη φορά στην Έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης ημερ. 3.12.2014 γίνεται αναφορά στην Δρα Σπαστή και στην παρουσία της κατά την *«αξιολόγηση των δειγμάτων στον κλινικό χώρο»*. Η Δρ Σπαστή είναι παρούσα κατά την αξιολόγηση, και δεν φαίνεται να αποχωρεί πριν την διαμόρφωση των εισηγήσεων της Επιτροπής Αξιολόγησης. Αντίθετα, εύλογα μπορεί να εξαχθεί ότι συμμετείχε στη διαμόρφωση της αξιολόγησης και των εισηγήσεων της Επιτροπής Αξιολόγησης.

Οι Γενικές Αρχές του Διοικητικού Δικαίου που πρέπει να διέπουν την δράση της Δημόσιας Διοίκησης περιέχονται στον Ν.158(Ι)/1999. Στο Μέρος IV (Τα Συλλογικά Διοικητικά Όργανα), στο άρθρο 21, καταγράφονται τα πιο κάτω:

«(1) Το συλλογικό όργανο πρέπει να συνεδριάζει με νόμιμη σύνθεση. Δεν είναι νόμιμα συντεθειμένο, αν στη συνεδρίαση του παρίσταται πρόσωπο που δεν είναι εξουσιοδοτημένο από το νόμο, έστω και αν δεν έλαβε μέρος στην ψηφοφορία, εκτός αν πρόκειται για υπάλληλο που είναι αρμόδιο για την τήρηση των πρακτικών.»

(2) Δεν συνιστά κακή σύνθεση του οργάνου η παρουσία στη συνεδρία του συλλογικού διοικητικού οργάνου αρμόδιων υπηρεσιακών ή άλλων προσώπων με σκοπό την παροχή κατατοπιστικών πληροφοριών ή την προσαγωγή στοιχείων, εφόσον αυτά αποχωρήσουν πριν από τη διαβούλευση για λήψη της απόφασης.»

Στον Κανονισμό 9 των περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών Κανονισμών, ΚΔΠ 201/2007, στο Τμήμα 3 - «Επιτροπές Αξιολόγησης», προνοείται ότι:

«(1) [...] η μελέτη και αξιολόγηση των προσφορών ανατίθεται σε τριμελή τουλάχιστον μόνιμη ή προσωρινή για συγκεκριμένο διαγωνισμό Επιτροπή Αξιολόγησης που διορίζεται, πριν την υποβολή των προσφορών, από τον προϊστάμενο της αναθέτουσας αρχής ή από εξουσιοδοτημένο αντιπρόσωπο του.»

[...]

(3) Η Επιτροπή Αξιολόγησης ευθύνεται για-

[...]

(β)(ii) Την ετοιμασία της εμπεριστατωμένης έκθεσης αξιολόγησης, που αποστέλλεται στο αρμόδιο Συμβούλιο Προσφορών, μέσω του προϊσταμένου της αναθέτουσας αρχής.»

Στο Τμήμα 7 – Σύσταση Ad-Hoc Τεχνικών Επιτροπών και συμμετοχή εμπειρογνομόνων και άλλων ειδικών ο Κανονισμός 20 προνοεί ότι:

(4) Τα Συμβούλια Προσφορών, οι Επιτροπές Αξιολόγησης και οι Διαχειριστικές Επιτροπές έχουν εξουσία να καλούν στις συνεδρίες τους οποιουσδήποτε κρίνουν σκόπιμο για παροχή συμβουλών ή επεξηγήσεων σε θέματα της ειδικότητάς τους, οι οποίες κρίνονται αναγκαίες για την ορθή λήψη των αποφάσεών τους».

Επιπλέον πλούσια είναι και η σχετική νομολογία. Αναφέρουμε ενδεικτικά το πιο κάτω απόσπασμα από την *Μυρούλλα Τσολιά ν. Δήμου Πέγειας* (2002) 4 Α.Α.Δ.

213:

«Η κακή συγκρότηση του αποφασίσαντος ή γνωμοδοτήσαντος συμβουλίου συνιστά λόγο ακυρώσεως αναγόμενο στη δημόσια τάξη και μπορεί να εξετασθεί και αυτεπαγγέλτως από το Δικαστήριο. Όπως τονίσθηκε στην υπόθεση *Πανεπιστήμιο Κύπρου ν. Κωνσταντίνου κ.ά.* (1994) 3 Α.Α.Δ. 145, στη σελ. 155:

«Σύμφωνα με τη γενική αρχή που διέπει τη σύνθεση των συλλογικών οργάνων της Διοίκησης, στη συνεδρία - σύσκεψη που λαμβάνεται απόφαση δεν επιτρέπεται να παρίστανται κατά τη διάρκεια της διαλογικής συζήτησης μεταξύ των μελών και της ψηφοφορίας για λήψη της σχετικής απόφασης, πρόσωπα που δε συμπεριλαμβάνονται στη, σύμφωνα με το Νόμο, συγκρότησή τους - (βλ., μεταξύ άλλων, *Gavriel ν. Republic (Minister of Education)* (1967) 3 C.L.R. 638, 646-647, *Aristides ν. Republic* (1986) 3 C.L.R. 466, 474, *Πετρίδης ν. Αρχής Βιομηχανικής Κατάρτισεως Κύπρου* (1989) 3(B) Α.Α.Δ. 933, *Χ' Βασιλείου ν. Κυπριακού Οργανισμού Αθλητισμού* (1991) 4 Α.Α.Δ. 1005).»

Είναι προφανές ότι η Επιτροπή Αξιολόγησης μπορούσε, ανά πάσα στιγμή, αξιοποιώντας τον Κανονισμό 20(4) της ΚΔΠ 201/2007 να καλέσει την Δρα Σπαστρή για παροχή συμβουλών ή επεξηγήσεων σε θέματα της ειδικότητας της, που είχαν άμεση σχέση με το αντικείμενο του Διαγωνισμού, όχι όμως να

διενεργήσει την αξιολόγηση όπως έπραξε, αφού δεν είχε διοριστεί ως μέλος της Επιτροπής Αξιολόγησης, ούτε ως μέλος Ad-Hoc Τεχνικής Επιτροπής.

Από τη μελέτη των στοιχείων του διοικητικού φακέλου δεν φαίνεται να υπάρχει απόφαση της Επιτροπής Αξιολόγησης για πρόσκληση προς την κα Σπαστή. Και αν ακόμη αυτό μπορεί να κριθεί ότι δεν ήταν απαραίτητο ή δεν προνοείται από τον σχετικό Κανονισμό, για τον οποίο δεν εντοπίστηκε καμιά αναφορά στα πρακτικά της Επιτροπής Αξιολόγησης, δεν μπορούμε να παραγνωρίσουμε την παρουσία της κατά την αξιολόγηση των δειγμάτων, όπου φαίνεται να έχει συνδιαμορφώσει με τα μέλη της Επιτροπής Αξιολόγησης την τελική τους εισήγηση για τα Είδη 3 και 4.

Συνεπώς, κρίνουμε ως παράνομη τόσο τη σύνθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης όσο και την έκθεση της, η οποία τελικά υιοθετήθηκε από το Συμβούλιο Προσφορών. Ως εκ τούτου η απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών αναπόφευκτα οδηγείται σε ακυρότητα.

Παρά την πιο πάνω κατάληξη μας, κρίνουμε σκόπιμο υπό τύπο σχολίου να σημειώσουμε για μια ακόμη φορά την μη φύλαξη των δειγμάτων που υποβλήθηκαν για αξιολόγηση από την Αναθέτουσα Αρχή, η οποία μη φύλαξη, φαίνεται ότι στερεί τη δυνατότητα επανεξέτασης των προσφορών. Η αναφορά μας στην Προσφυγή αρ. 15/2014, *A. Paraetis Medical Co Ltd v. Υπουργείου Υγείας*, βρίσκει και εδώ εφαρμογή.

«Εδώ θα πρέπει να αναφερθούμε στην παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής να κρατήσει μερικά από τα δείγματα για σκοπούς επιθεώρησης τους από τους Αιτητές και παρουσίασης τους ενώπιον μας, ιδιαίτερα ενόψει της απόρριψης της προσφοράς τους. Θεωρούμε τη δικαιολογία ότι κατά την τεχνική αξιολόγηση έχουν χρησιμοποιηθεί και τα 25 δείγματα μη ικανοποιητική και αναμένεται στο μέλλον να αποφεύγονται τέτοιες ενέργειες.»

Ενόψει όλων των πιο πάνω αποφασίζουμε ομόφωνα ότι η παρούσα Προσφυγή επιτυγχάνει και η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής ακυρώνεται.