



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. 41/2012

Μεταξύ:

VOUROS HEALTHCARE LTD

Αιτούντων

v.

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΥΓΕΙΑΣ, ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΑΓΟΡΩΝ ΚΑΙ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτούντες:

VOUROS HEALTHCARE LTD
Αντιπροσωπεύθηκε από τους:
1. Ιωνά Νικολάου, Δικηγόρο
2. Σούλα Κουσπή, Δικηγόρο
3. Μαρία Βούρου, Εκπρόσωπο αιτούσας εταιρείας
4. Ελένη Χριστοφή, Εκπρόσωπο αιτούσας εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΥΓΕΙΑΣ, ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΑΓΟΡΩΝ ΚΑΙ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ
Αντιπροσωπεύθηκε από τους:
1. Δάφνη Νικολάτου, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. Θεοδόση Τσιόλα, Αναπληρωτή Διευθυντή Διεύθυνσης
Αγορών και Προμηθειών Υπουργείου Υγείας
3. Μαρία Ευαγγέλου, Επιθεωρητή Εργαστηρίου Ισοτόπων
4. Σιμόνα Ευαγγέλου, Τεχνολόγο Εργαστηρίου Ισοτόπων
5. Τασούλα Κοιλιάρη, Τεχνολόγο Νοσοκομειακού Εργαστηρίου

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 21 Νοεμβρίου, 2012

Α Π Ο Φ Α Σ Η

A. Με την παρούσα Προσφυγή η εταιρεία VOUROS HEALTHCARE LTD, (στο εξής «Αιτητές»), ζητά την ακύρωση συγκεκριμένου όρου του Διαγωνισμού με αριθμό ΣΥ70/11 που προκήρυξε το Υπουργείο Υγείας, Διεύθυνση Αγορών και Προμηθειών (στο εξής «Αναθέτουσα Αρχή») με θέμα «*Διαγωνισμός για την προμήθεια αντιδραστηρίων με την παροχή συνοδού εξοπλισμού για τη Διεκπεραίωση Ορμονικών Αναλύσεων και Καρκινικών Δεικτών με την παροχή συνοδού εξοπλισμού για τις ανάγκες του Εργαστηρίου Ισοτόπων του Γ.Ν. Λευκωσίας*».

B. ΓΕΓΟΝΟΤΑ

1. Η Αναθέτουσα Αρχή στις 26.3.2012 δημοσίευσε τον Διαγωνισμό με προκήρυξη μέσω του ηλεκτρονικού συστήματος σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων. Ο εν λόγω Διαγωνισμός δημοσιεύθηκε επίσης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης και στην Επίσημη Εφημερίδα της Κυπριακής Δημοκρατίας. Ο διαγωνισμός αφορά ανοικτή διαδικασία με κριτήριο ανάθεσης την πλέον οικονομικά συμφέρουσα προσφορά.

2. Μετά από την προκήρυξη υποβλήθηκαν σχόλια και εισηγήσεις από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, όπως επίσης και έκδοση 9 Διορθωτικών Εγγράφων από την Αναθέτουσα Αρχή με ημερομηνίες 4.5.2012, 9.5.2012, 15.5.2012, 8.6.2012, 14.6.2012, 21.6.2012, 27.6.2012, 4.7.2012, 11.7.2012.

3. Οι Αιτητές με επιστολή τους ημερ. 5.7.2012 ζήτησαν να διαγραφεί μέρος του όρου που βρίσκεται στον «*Πίνακα Β: Απαραίτητα Τεχνικά Χαρακτηριστικά*», και που αναφέρει ότι :

«Στην περίπτωση που προσφέρεται ένας αναλυτής με ελάχιστη δυναμικότητα 400 τεστ/ώρα, τότε ο ανάδοχος πρέπει να προσφέρει και ένα εφεδρικό αναλυτή, ο οποίος θα ανήκει στην ίδια οικογένεια αναλυτών με τον προσφερόμενο και θα είναι ίσης ή τουλάχιστον της μισής δυναμικότητας. Σημειώνεται ότι ο εν λόγω αναλυτής (εφεδρικός) δεν θα ληφθεί υπόψη στη βαθμολογία του συστήματος αναλυτών για το είδος 1».

4. Στις 11.7.2012 η Αναθέτουσα Αρχή με το Διορθωτικό Έγγραφο 9 απέρριψε το πιο πάνω αίτημα.

5. Στις 17.7.2012 οι Αιτητές καταχώρησαν την παρούσα Προσφυγή στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών προσβάλλοντας την πιο πάνω πράξη/απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής ζητώντας τις ακόλουθες θεραπείες:

(α) Ακύρωση του όρου του Διαγωνισμού ο οποίος προνοεί ότι «ο εφεδρικός αναλυτής δεν θα ληφθεί υπόψη στη βαθμολογία του συστήματος αναλυτών για το είδος 1»,

(β) Ακύρωση του όρου του Διαγωνισμού με τον οποίο ορίζεται ότι στην περίπτωση που ο ανάδοχος θα προσφέρει ένα αναλυτή με ελάχιστη δυναμικότητα 400 τεστ/ώρα, τότε ο δεύτερος αναλυτής θα θεωρείται ότι είναι εφεδρικός αναλυτής με αποτέλεσμα αυτός να μην λαμβάνεται υπόψη στη βαθμολογία του συστήματος αναλυτών για το είδος 1,

(γ) Ακύρωση της πράξης και/ή απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής με την οποία έκρινε ότι οι πιο πάνω όροι του Διαγωνισμού δεν θα έπρεπε να διορθωθούν απορρίπτοντας τις παρατηρήσεις των Αιτητών οι οποίες αναπτύχθηκαν στην επιστολή τους ημερομηνίας 5.7.2012.

Γ. ΠΡΟΕΞΕΤΑΣΤΙΚΗ ΕΝΣΤΑΣΗ

Η Αναθέτουσα Αρχή ήγειρε προεξεταστική ένσταση αναφέροντας ότι με την επιστολή τους ημερ. 15.6.2012 οι Αιτητές ζητούσαν όπως διαγραφεί ο όρος «*οι προσφερόμενοι αναλυτές πρέπει να είναι συνδεδεμένοι μεταξύ τους με κοινό σημείο φόρτωσης δειγμάτων και να αποτελούν ένα κοινό σύστημα*». Με το Διορθωτικό Έντυπο 6 ημερ. 21.6.2012 το αίτημα αυτό δεν έγινε αποδεκτό. Μη αποδοχή του εν λόγω αιτήματος σήμαινε ότι κατά την αξιολόγηση του εξοπλισμού θα λαμβανόταν υπόψη και/ή θα βαθμολογείτο μόνο ο κύριος αναλυτής και όχι ο εφεδρικός. Αυτό ήταν εις γνώση των Αιτητών από τις 21.6.2012. Με την επιστολή ημερ. 5.7.2012 οι Αιτητές ζητούν εκ νέου όπως συμπεριληφθεί στη βαθμολογία του εξοπλισμού και ο εφεδρικός αναλυτής, αίτημα το οποίο είχε απορριφθεί από τις 21.6.2012. Με το Διορθωτικό Έντυπο 9 ημερ. 11.7.2012 η Αναθέτουσα Αρχή ουσιαστικά εμμένει στη θέση της ότι ο εφεδρικός αναλυτής δεν θα ληφθεί υπόψη στη βαθμολογία του

συστήματος αναλυτών. Συνεπώς, σύμφωνα με τα πιο πάνω, η Αναθέτουσα Αρχή υποστηρίζει ότι η παρούσα Προσφυγή δεν ασκήθηκε εντός της επιτακτικής προθεσμίας των δέκα (10) ημερολογιακών ημερών που θέτει το άρθρο 21(4) του Ν. 104(Ι)/2010 από την έκδοση του Διορθωτικού Έντυπου 6.

Οι Αιτητές αντικρούοντας την πιο πάνω προεξεταστική ένσταση ανέφεραν ότι ήτο διαφορετικό το αίτημα το οποίο διατυπώθηκε στην επιστολή τους ημερομηνίας 15.6.2012 το οποίο απαντήθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή με το Διορθωτικό Έγγραφο 6 και διαφορετικό το αίτημα το οποίο διατυπώθηκε με επιστολή τους ημερομηνίας 5.7.2012 το οποίο αφορούσε τη βαθμολόγηση του προσφερόμενου εφεδρικού αναλυτή και απαντήθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή με το Διορθωτικό Έγγραφο 9 ημερομηνίας 11.7.2012. Επομένως, η προθεσμία των δέκα (10) ημερών άρχισε από την 11.7.2012 όταν η Α.Α. αρνήθηκε να δώσει βαθμολογία σε σχέση με τον εφεδρικό αναλυτή.

Δ. ΘΕΣΕΙΣ ΑΙΤΗΤΩΝ

Είναι εισήγηση των Αιτητών ότι ο συγκεκριμένος όρος του Διαγωνισμού ο οποίος προνοεί ότι «ο εφεδρικός αναλυτής δεν θα ληφθεί υπόψη στη βαθμολογία του συστήματος αναλυτών για το είδος 1» παραβιάζει τις γενικές αρχές του Διοικητικού Δικαίου και ιδιαίτερα τις αρχές της ισότητας και της προστασίας και προώθησης του ανταγωνισμού στους δημόσιους διαγωνισμούς. Με βάση τη νομολογία, όπως τόνισαν οι Αιτητές, οι όροι του Διαγωνισμού θα πρέπει σε κάθε περίπτωση να αποβλέπουν στην ουσιώδη εξυπηρέτηση του σκοπού που επιδιώκεται με το διαγωνισμό και εν τέλει την εξυπηρέτηση του Δημοσίου Συμφέροντος.

Στη συνέχεια οι Αιτητές ανέφεραν ότι η Αναθέτουσα Αρχή με την έκθεση της ημερομηνίας 27.8.2012 που κατέθεσε ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών, επιχειρεί εκ των υστέρων να αιτιολογήσει περαιτέρω την απόφαση της για απόρριψη του αιτήματος των Αιτητών για διαγραφή και/ή τροποποίηση του εν λόγω όρου, ενώ η αρχική αιτιολογία περιορίστηκε μόνο στη βάση ότι η βαθμολόγηση του εφεδρικού αναλυτή μεταφράζεται σε κόστος για την υπηρεσία αφού αυξάνει το οικονομικό κόστος της προσφοράς.

Υποστήριξαν ότι τα όσα αναφέρονται στην εν λόγω έκθεση δεν πρέπει να γίνουν αποδεκτά αφού αποτελούν ισχυρισμούς των εκπροσώπων της Αναθέτουσας Αρχής στην παρούσα διαδικασία και όχι αιτιολογία του συλλογικού οργάνου που απέρριψε το αίτημα των Αιτητών.

Οι Αιτητές υποστήριξαν ότι τα όσα ισχυρίζεται η Αναθέτουσα Αρχή για αιτιολόγηση της μη αποδοχής των αιτημάτων των Αιτητών έρχεται σε αντίθεση με το σύστημα βαθμολόγησης που υιοθετείται με το Έντυπο 13Α των όρων του Διαγωνισμού. Ειδικότερα ανέφεραν ότι στα κριτήρια 2, 3 και 4 η δυναμικότητα των αναλυτών βαθμολογείται κοινά για τις περιπτώσεις που προσφέρονται δύο ή τρεις συνδεδεμένοι αναλυτές, ενώ στην περίπτωση που προσφέρεται ένας αναλυτής μαζί με ένα «εφεδρικό» αναλυτή βαθμολογείται μόνο η δυναμικότητα του ενός αναλυτή και δεν δίδεται βαθμολογία για την δυναμικότητα του δεύτερου «εφεδρικού» αναλυτή.

Οι Αιτητές παραπέμποντας στα σχετικά κριτήρια του εν λόγω Εντύπου ανέφεραν τα εξής:

Κριτήριο 2: Αριθμός αναλύσεων ανά ώρα

Δύο ή τρεις αναλυτές που είναι συνδεδεμένοι μεταξύ τους και διεκπεραιώνουν περισσότερες από 450 αναλύσεις ανά ώρα λαμβάνουν 120 μονάδες και οι αναλυτές που διεκπεραιώνουν μέχρι 450 αναλύσεις ανά ώρα λαμβάνουν 100 μονάδες. Ενώ οι δύο αναλυτές που δεν είναι συνδεδεμένοι μεταξύ τους και που διεκπεραιώνουν 400 αναλύσεις ανά ώρα έκαστος, λαμβάνουν 80 μονάδες, διότι ο δεύτερος αναλυτής θεωρείται «εφεδρικός» και δεν λαμβάνεται υπόψη η δυναμικότητα του.

Κριτήριο 3: Αριθμός αναλύσεων που εκτελούνται ταυτόχρονα

Για δύο ή τρεις αναλυτές που είναι συνδεδεμένοι μεταξύ τους, η δυνατότητα τους να διεκπεραιώνουν ταυτόχρονα περισσότερες από 50 διαφορετικές εξετάσεις υπολογίζεται αθροιστικά και λαμβάνουν 100 μονάδες, ενώ οι δύο αναλυτές που δεν είναι συνδεδεμένοι μεταξύ τους και διεκπεραιώνουν 50 διαφορετικές εξετάσεις έκαστος, λαμβάνουν 80

μονάδες, διότι ο δεύτερος αναλυτής θεωρείται «εφεδρικός» και δεν λαμβάνεται υπόψη η δική του συνεισφορά των επιπρόσθετων 50 που δύναται να διεκπεραιώσει.

Κριτήριο 4: Αριθμός δειγμάτων που μπορεί να γίνεται ταυτόχρονη φόρτωση

Για δύο ή τρεις αναλυτές που είναι συνδεδεμένοι μεταξύ τους, η δυνατότητα τους να διεκπεραιώνουν ταυτόχρονα φόρτωση 200 δειγμάτων υπολογίζεται αθροιστικά και λαμβάνουν 120 μονάδες, ενώ οι δύο αναλυτές που δεν είναι συνδεδεμένοι μεταξύ τους και διεκπεραιώνουν φόρτωση 120 δειγμάτων έκαστος λαμβάνουν 80 μονάδες, διότι ο δεύτερος αναλυτής θεωρείται «εφεδρικός» και δεν λαμβάνεται υπόψη.

Επομένως, τονίζουν οι Αιτητές, για τους δύο ή τρεις αναλυτές που είναι συνδεδεμένοι μεταξύ τους υπάρχει δυνατότητα να λάβουν μεγαλύτερη βαθμολογία από τους αναλυτές που δεν είναι συνδεδεμένοι μεταξύ τους, παρόλο που οι τελευταίοι βαθμολογούνται με 100 μονάδες αντί 80 στο Κριτήριο 6.

Είναι η εισήγηση των Αιτητών ότι η διαφοροποίηση και/ή διάκριση αυτή δεν δικαιολογείται και καταστρατηγεί τον υγιή ανταγωνισμό. Επιπλέον, η απόφαση αυτή της Αναθέτουσας Αρχής πλήττει το Δημόσιο Συμφέρον αφού αποκλείει προσφορές (με το να βαθμολογηθούν χαμηλότερα) με αναλυτές που προσφέρουν καλύτερες επιλογές.

Στη συνέχεια απέρριψε τις αιτιολογίες που έδωσε η Αναθέτουσα Αρχή για μη αποδοχή των αιτημάτων των Αιτητών και ανέφεραν ότι η συμπερίληψη του εφεδρικού αναλυτή δεν θα έχει αποτέλεσμα την αύξηση του οικονομικού κόστους της προσφοράς.

Πέραν των πιο πάνω, οι Αιτητές ανέφεραν ότι είναι καταλληλότερη η επιλογή δύο ανεξάρτητων αναλυτών, διότι οι αναλυτές οι οποίοι είναι συνδεδεμένοι μεταξύ τους (αυτόματο σύστημα) απαιτεί μεγαλύτερο χρόνο προετοιμασίας, μεγαλύτερη κατανάλωση αναλωσίμων και μεγαλύτερο κόστος λειτουργίας. Τέλος, οι Αιτητές παραπέμποντας σε σχετική νομολογία τόνισαν ότι το δημόσιο συμφέρον επιβάλλει όπως οι δημόσιοι διαγωνισμοί διεξάγονται μεταξύ προσώπων του ευρύτερου δυνατού κύκλου και ότι οι όροι

του διαγωνισμού πρέπει να σκοπεύουν αποκλειστικά στην αύξηση των εγγυήσεων για αρτιότερη εκτέλεση του και όχι στον αποκλεισμό συγκριμένων προσώπων ή κατηγοριών προσώπων.

Ε. ΘΕΣΕΙΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ

Η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι ο επίδικος όρος δεν παραβιάζει τις γενικές αρχές του Διοικητικού Δικαίου και/ή την αρχή της ισότητας και/ή τις αρχές του ανταγωνισμού και/ή την αρχή του μη αποκλεισμού ορισμένων προσώπων από το δικαίωμα υποβολής προσφοράς και διεκδίκησης κατακύρωσης ενός διαγωνισμού. Τόνισαν δε, ότι οι Αιτητές δεν αντιμετωπίστηκαν με άνισο μέτρο και η απόφαση όπως ο εφεδρικός αναλυτής μη ληφθεί υπόψη στη βαθμολογία του συστήματος αναλυτών βασίστηκε σε οικονομικούς και/ή τεχνικούς παράγοντες, στη γνώση των ειδικών και/ή της Επιτροπής Προδιαγραφών.

Η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι τα στοιχεία τα οποία επικαλέσθηκε για αιτιολόγηση της απόφασης της στην έκθεση της ημερομηνίας 27.8.2012 που κατέθεσε ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών δεν είναι εκ των υστέρων αιτιολογίες, αλλά απορρέουν από τα Διορθωτικά Έγγραφα που εκδόθηκαν για τον εν λόγω Διαγωνισμό, παραπέμποντάς μας σε σωρεία εγγράφων και στοιχείων από τους σχετικούς διοικητικούς φακέλους.

Η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι στην περίπτωση κατά την οποία προσφέρονται 2 ή 3 αναλυτές ενωμένοι μεταξύ τους, τότε αυτό θεωρείται ένα σύστημα (Είδος 1, Πίνακας Β Εντύπου 5 των Εγγράφων του Διαγωνισμού *«Διευκρινίζεται ότι με τον όρο «αυτόματο σύστημα» εννοείται ότι οι προσφερόμενοι αναλυτές πρέπει να είναι συνδεδεμένοι μεταξύ τους με κοινό σημείο φόρτωσης δειγμάτων και να αποτελούν ένα κοινό σύστημα αναλυτών»*). Εξήγησε ότι σε κάποια σημεία η προσφορά των συνδεδεμένων αναλυτών θεωρείται πλεονέκτημα, αλλά σε κάποιες περιπτώσεις αυτό κρίθηκε μειονέκτημα και γι' αυτό θα δίνεται μικρότερη βαθμολογία (Κριτήριο 6 του Εντύπου 13Α). Τόνισε δε, ότι η σημασία του εφεδρικού αναλυτή έγκειται μόνο στην περίπτωση κατά την οποία προκύψει λειτουργικό πρόβλημα στον κύριο αναλυτή και σε καμία περίπτωση δεν θα

χρησιμοποιείται στην καθημερινή ρουτίνα του εργαστηρίου. Συνεπώς, δεν θα μπορούσε να συμπεριληφθεί στη βαθμολογία του κύριου αναλυτή / συστήματος.

Η Αναθέτουσα Αρχή επίσης υποστήριξε ότι στο διαγωνισμό θα λάβουν μέρος συνολικά πέντε (5) εταιρείες, συμπεριλαμβανομένου και του Αιτητή, επομένως, δεν τίθεται θέμα καταστράτηγησης του υγιούς ανταγωνισμού. Επεξήγησε ότι η επιλογή του κοινού σημείου φόρτωσης των δειγμάτων εξυπηρετεί την καθημερινή λειτουργία του εργαστηρίου και έτσι, για σκοπούς υγιούς ανταγωνισμού, η Αναθέτουσα Αρχή αποδέχτηκε και οικονομικούς φορείς οι οποίοι θα προσφέρουν έναν ανεξάρτητο αναλυτή και έναν εφεδρικό. Περαιτέρω, η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι από τις παρουσιάσεις που έγιναν διαφάνηκε ότι ο μέγιστος αριθμός εξετάσεων που προσφέρεται από τους Ενδιαφερόμενους Οικονομικούς Φορείς είναι 540. Συνεπώς ο καθορισμός ανώτατου ορίου δυναμικότητας δεν θα εξυπηρετούσε σε κάτι το εργαστήριο. Αντίθετα θα απέκλειε από τη συμμετοχή Οικονομικούς Φορείς, συμπεριλαμβανομένου και των Αιτητών.

Η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι η πιθανότητα να παρουσιαστεί λειτουργικό πρόβλημα σε 2-3 συνδεδεμένους αναλυτές, αλλά και σε δύο ανεξάρτητους αναλυτές είναι η ίδια. Ακόμη και στην περίπτωση που παρουσιαστεί βλάβη στο κοινό σημείο φόρτωσης των αναλυτών, αυτοί λειτουργούν ανεξάρτητα, εξασφαλίζοντας τη συνεχή λειτουργία του εργαστηρίου. Εξάλλου, όπως ανέφερε, σχετική πρόνοια στα έγγραφα του Διαγωνισμού εξασφαλίζει τη συνεχή λειτουργία του εργαστηρίου, διότι σε περίπτωση πλήρους βλάβης όλου του συστήματος ή και των δύο ανεξάρτητων αναλυτών σύμφωνα με την παράγραφο 8.9 του Παραρτήματος II των εγγράφων του Διαγωνισμού, ο οικονομικός φορέας θα πρέπει να διασφαλίσει με δική του επιβάρυνση εναλλακτική λειτουργία του Τμήματος είτε διαθέτοντας άλλο αναλυτή ίδιο ή του ίδιου τύπου, είτε αναλαμβάνοντας να διεκπεραιώσει τις αναλύσεις σε άλλο εργαστήριο.

Αναφορικά με τη σύγκριση που γίνεται από τους Αιτητές μεταξύ του συστήματος με τρεις αναλυτές και του αναλυτή της εταιρείας που εκπροσωπούν, η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι έχουν την ίδια κατανάλωση σε ηλεκτρικό ρεύμα, την ίδια αποβαλλόμενη

θερμότητα, τον ίδιο θόρυβο, την ίδια συντήρηση και καταλαμβάνουν τον ίδιο χώρο εγκατάστασης.

Επιπρόσθετα των πιο πάνω η Αναθέτουσα Αρχή τόνισε ότι δεν απαιτεί αναλυτές δυναμικότητας 800 εξετάσεων/ώρα, αλλά αναλυτές με δυναμικότητα 450 εξετάσεων/ώρα, δηλαδή σχεδόν το μισό. Το κόστος λειτουργίας των συνδεδεμένων αναλυτών σε σύστημα είναι σαφώς μικρότερο από το κόστος των αναλυτών που λειτουργούν ανεξάρτητα. Συγκεκριμένα, κάθε αναλυτής ή σύστημα αναλυτών χρειάζεται για εξυπηρέτηση ένα λειτουργό, ενώ δύο αναλυτές ανεξάρτητοι απαιτούν δύο λειτουργούς. Επίσης, τα γενικά αναλώσιμα που καταναλώνονται στους αναλυτές στην περίπτωση του συστήματος είναι λιγότερα. Επιπλέον, ο έλεγχος και η λειτουργία όλων των αναλυτών ελέγχεται από ένα κοινό σημείο. Σημαντικό πλεονέκτημα του συστήματος αναλυτών είναι και η αύξηση της παραγωγικότητας. Συγκεκριμένα, για να ολοκληρωθεί μία ανάλυση χρειάζεται κάποιος χρόνος επώασης, ο οποίος αλλάζει ανάλογα με το είδος της εξέτασης. Η διαδικασία αυτή λαμβάνει χώρα στο χώρο επώασης του αναλυτή.

Με βάση τα πιο πάνω, η Αναθέτουσα Αρχή υποστήριξε ότι ανεξάρτητα από τον αριθμό των αναλυτών που αποτελείται το σύστημα (2 ή 3), έχει σημαντικά πλεονεκτήματα έναντι των ανεξάρτητων αναλυτών και για το λόγο αυτό προτιμάται και προμοδοτείται στο Διαγωνισμό. Τέλος η Αναθέτουσα Αρχή ανέφερε ότι όλα τα πιο πάνω αιτιολογούν αντικειμενικά την ανάγκη διατήρησης των επίδικων όρων και συνιστούν επαρκή αιτιολογία γιατί τέθηκαν οι συγκεκριμένοι όροι και αποφασίστηκε ότι ο εφεδρικός αναλυτής δεν θα ληφθεί υπόψη στη βαθμολογία του συστήματος αναλυτών. Επανέλαβε δε, την νομολογιακή αρχή ότι η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ασκεί έλεγχο νομιμότητας και όχι έλεγχο ουσίας. Ο έλεγχος νομιμότητας περιορίζεται στο εάν η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, ήταν νόμιμη και/ή σύμφωνη με το ισχύον δίκαιο.

ΣΤ. Αφού ακούσαμε τις θέσεις των δυο πλευρών και κατόπιν μελέτης των σχετικών στοιχείων του Διοικητικού Φακέλου της υπόθεσης καταλήγουμε στα ακόλουθα:

Αναφορικά με την προεξεταστική ένσταση της Αναθέτουσας Αρχής για την προθεσμία υποβολής της προσφυγής σημειώνουμε τα ακόλουθα:

Σύμφωνα με τους όρους 5 και 2.13 των εγγράφων του διαγωνισμού και με τον Κανονισμό 25 της Κ.Δ.Π. 201/2007 οι οικονομικοί φορείς που προτίθενται να υποβάλουν προσφορά έχουν το δικαίωμα να υποβάλλουν τυχόν εισηγήσεις, σχόλια και παρατηρήσεις αναφορικά με τις τεχνικές προδιαγραφές και τους όρους των εγγράφων του Διαγωνισμού, ενώ η Αναθέτουσα Αρχή ενημερώνει με διευκρινιστική επιστολή και/ή συμπληρωματικά έγγραφα για τις αποφάσεις της τηρουμένων των νόμιμων προθεσμιών, ήτοι το αργότερο 7 ημέρες πριν την υποβολή των προσφορών σύμφωνα με τον όρο 2.13 και το άρθρο 44(2) του Ν. 12(Ι)/2006.

Στο άρθρο 19(1) του Ν. 104(Ι)/2010 προβλέπεται το δικαίωμα άσκησης προσφυγής εναντίον πράξης ή απόφασης που προηγείται της σύναψης της σύμβασης από οποιονδήποτε έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση και ο οποίος είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημιά από την πράξη αυτή η οποία εικάζεται ότι παραβιάζει το ισχύον δίκαιο. Η προθεσμία δε για υποβολή προσφυγής σαφώς ορίζεται στο άρθρο 21(1) του ίδιου Νόμου και συνίσταται σε 15 ημέρες από την επομένη της ημερομηνίας κατά την οποία απεστάλη η εν λόγω απόφαση στους ενδιαφερόμενους (εφόσον η απόφαση αποστέλλεται με τηλεομοιότυπο ή ηλεκτρονικά μέσα). Δεν συμφωνούμε σε καμία περίπτωση με την Αναθέτουσα Αρχή σε σχέση με τον ισχυρισμό ότι η προθεσμία που εν προκειμένω ισχύει είναι η προβλεπόμενη στο άρθρο 21(4), αφού η προβλεπόμενη προθεσμία στο άρθρο αυτό των δέκα ημερών αφορά πράξη που δεν υπόκειται σε ειδική κοινοποίηση. Σύμφωνα με τους ως άνω παρατιθέμενους όρους η επίμαχη πράξη υποβάλλετο σε ειδική κοινοποίηση και μάλιστα σε υπό του νόμου οριζόμενη προθεσμία.

Αδιαμφισβήτητα, αυτό που προσβάλλεται στην παρούσα είναι η άρνηση της Αναθέτουσας Αρχής να τροποποιήσει τους όρους όπως ζητείται στο αιτητικό του εντύπου Προσφυγής. Η εν λόγω άρνηση αποτελεί κατά την άποψη μας εκτελεστή πράξη νομίμως προσβαλλόμενη με την παρούσα προσφυγή. Το δικαίωμα να επιζητηθεί η ως άνω τροποποίηση δίδεται από τον ίδιο το νόμο, ο οποίος ορίζει και την υποχρέωση της Αναθέτουσας Αρχής να απαντήσει σε συγκεκριμένη προθεσμία. Πράξη που απορρέει από άσκηση δικαιώματος δεν μπορεί παρά να είναι επιδεκτική προσβολής. Η ορθή διαδικασία θα ήτο εν τω παρόντι η άσκηση του δικαιώματος για υποβολή εισηγήσεων, η διεξαγωγή έρευνας επ' αυτού, η επακόλουθη έκδοση απόφασης και η ενδεχόμενη προσβολή της τελευταίας διαμέσου της προσφυγής, διαδικασία που ακολουθήθηκε στην παρούσα.

Συνεπώς η προεξεταστική ένσταση της Αναθέτουσας Αρχής απορρίπτεται και θα προχωρήσουμε να εξετάσουμε την ουσία της Προσφυγής.

Οι Αιτητές με την παρούσα Προσφυγή επιδιώκουν την ακύρωση του όρου που βρίσκεται στον «Πίνακα Β: Απαραίτητα Τεχνικά Χαρακτηριστικά», των εγγράφων του Διαγωνισμού ο οποίος προνοεί ότι:

«Στην περίπτωση που προσφέρεται ένας αναλυτής με ελάχιστη δυναμικότητα 400 τεστ/ώρα, τότε ο ανάδοχος πρέπει να προσφέρει και ένα εφεδρικό αναλυτή, ο οποίος θα ανήκει στην ίδια οικογένεια αναλυτών με τον προσφερόμενο και θα είναι ίσης ή τουλάχιστον της μισής δυναμικότητας. Σημειώνεται ότι ο εν λόγω αναλυτής (εφεδρικός) δεν θα ληφθεί υπόψη στη βαθμολογία του συστήματος αναλυτών για το είδος 1».

Ισχυρίζονται ότι με το να μην λαμβάνεται υπόψη στη βαθμολογία ο δεύτερος αναλυτής και/ή ο εφεδρικός αναλυτής, δημιουργείται διάκριση μεταξύ των οικονομικών φορέων που προσφέρουν συνδεδεμένους αναλυτές και αυτών που προσφέρουν δύο ξεχωριστούς αναλυτές με αποτέλεσμα να παραβιάζεται η αρχή της ισότητας, να καταστρατηγείται ο υγιής ανταγωνισμός και να πλήττεται το δημόσιο συμφέρον.

Προτού προχωρήσουμε σε αναλυτική εξέταση των ισχυρισμών των Αιτητών πρέπει να αναφερθεί ότι η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών με βάση το άρθρο 25(2)(γ) του Νόμου

104(1)/2010 δύναται να ακυρώσει ή να διατάξει την τροποποίηση, οποιουδήποτε όρου, που περιέχεται στην προκήρυξη ή στα έγγραφα του Διαγωνισμού ή σε οποιοδήποτε άλλο έγγραφο σχετικό με την διαδικασία του διαγωνισμού και αναφέρεται σε τεχνικές, οικονομικές και χρηματοοικονομικές προδιαγραφές, πριν την υποβολή των προσφορών, λόγω παραβίασεως οποιασδήποτε διάταξης του ισχύοντος δικαίου.

Θα πρέπει επίσης να τονιστεί ότι η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ασκεί έλεγχο νομιμότητας και όχι έλεγχο ουσίας. Ο έλεγχος νομιμότητας περιορίζεται στο εάν η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής ήταν νόμιμη και/ή σύμφωνη με το ισχύον δίκαιο. Σύμφωνα με τη νομολογία, η διαπίστωση των γεγονότων ανήκει στην αρμόδια αρχή και το Δικαστήριο τότε και μόνο επεμβαίνει, εάν υπάρχει πλάνη περί τα πράγματα ή το νόμο, ή η αρμόδια αρχή υπερβαίνει τα ακραία όρια της διακριτικής της εξουσίας, με το νόημα ότι η διαπίστωση των γεγονότων δεν είναι εύλογα επιτρεπτή με βάση τα ενώπιον της στοιχεία (βλ. *Αγνή Αλέξη Θουκυδίδη ν. Κυπριακής Δημοκρατίας*, υποθ. Αρ., 753/87, ημερομηνίας 19/5/89).

Πρόσθετα, εάν η απόφαση της διοίκησης είναι εύλογα επιτρεπτή, τότε το Δικαστήριο δεν θα επέμβει προκειμένου να ανατρέψει την απόφαση (βλ. *Lilian Georghiades ν. The Republic (1980) 3 CLR 525, 668*). Εύλογα επιτρεπτή, είναι η απόφαση στην οποία ένα λογικό πρόσωπο θα μπορούσε να καταλήξει με τα στοιχεία που είχε ενώπιον της η Διοίκηση, ανεξάρτητα εάν ένα άλλο λογικό πρόσωπο μπορούσε να καταλήξει σε διαφορετική απόφαση (βλ. *Φάνος Ιωαννίδης ν. Κυπριακής Δημοκρατίας (1991) 3 ΑΑΔ 508*, υποθ. Αρ. 447/90, ημερ. 25.1.91, *Αδάμος Καλοψιδιώτης ν. Κυπριακής Δημοκρατίας*, υποθ. Αρ. 897/89, ημερ. 20.10.90, *Άγγελου Καλογήρου ν. Υπουργού Οικονομικών κ.α. (1992) 3 ΑΑΔ 534*). Τέλος, σε σχέση με το θέμα άσκησης διακριτικής ευχέρειας, να αναφέρουμε ότι το Δικαστήριο δεν υποκαθιστά τη διοίκηση στην άσκηση της διακριτικής του εξουσίας, δηλαδή, το Δικαστήριο δεν προβαίνει στον έλεγχο της ουσιαστικής κρίσης της διοίκησης (βλ. *Πέτσας ν. Δημοκρατίας 3 Α.Α.Σ.Δ. σελ. 60*).

Επιπλέον, σημειώνεται ότι σύμφωνα με τη νομολογία, η εκτίμηση των γεγονότων ανήκει στη Διοίκηση, το δε Δικαστήριο επεμβαίνει μόνο αν διαπιστωθεί πλάνη περί τα πράγματα

ή το νόμο ή ότι η Διοίκηση έχει υπερβεί τα ακραία όρια της διακριτικής της εξουσίας. Περαιτέρω, το Δικαστήριο δεν υπεισέρχεται στον έλεγχο θεμάτων τεχνικής φύσεως, που λήφθηκαν υπόψη από τη Διοίκηση, εφόσον η Διοίκηση, λόγω ειδικών γνώσεων, είναι ο καλύτερος γνώστης και κριτής. Ως θέμα γενικής αρχής, η κρίση της Διοίκησης αναφορικά με θέματα τεχνικής φύσεως ή ειδικών γνώσεων είναι ανέλεγκτη (βλ. *Brulli Energia v. AHK*, υπόθεση αρ. 1097/2002, ημερ. 6.2.06, *Λαμπριανίδης v. Δήμου Λάρνακας* (1990) 3 A.A.Δ. 664 (σελ.671), *Antigoni G. Eraclidou and Another v. Compensation Officer, (Minister of Labour and Social Insurance)* (1968) 3 C.L.R. 44, σελ. 54, *Stavrinou v Republic* (1986) C.L.R. 1195).

Στην υπό εξέταση υπόθεση τέθηκαν διάφοροι ισχυρισμοί αναφορικά με το ποιο είναι το καλύτερο σύστημα αναλυτών, ποιο σύστημα είναι το καταλληλότερο για την παρούσα Αναθέτουσα Αρχή, ποιο εξυπηρετεί καλύτερα το δημόσιο συμφέρον, με αναφορές σε αριθμό πλεονεκτημάτων και μειονεκτημάτων των συστημάτων που υπάρχουν ανά τον κόσμο. Δεν είναι αναμενόμενο αλλά ούτε επιτρεπτό να προβούμε σε οποιοσδήποτε κρίσεις για τα ζητήματα αυτά για τους λόγους που αναπτύχθηκαν ανωτέρω. Η Αναθέτουσα Αρχή είναι σε καλύτερη θέση παντός άλλου να γνωρίζει τις ανάγκες της και να περιλαμβάνει στα έγγραφα του διαγωνισμού τεχνικές προδιαγραφές που κρίνει ότι τις διασφαλίζουν, νοούμενου ότι δεν παραβιάζεται οποιαδήποτε διάταξη του ισχύοντος δικαίου.

Μετά από μελέτη των στοιχείων που τέθηκαν ενώπιον μας διαπιστώνουμε ότι η Αναθέτουσα Αρχή προκηρύσσοντας τον παρόντα Διαγωνισμό ζήτησε ένα «αυτόματο σύστημα» αναλυτών, δηλαδή ένα σύστημα το πολύ τριών αναλυτών που να είναι συνδεδεμένοι μεταξύ τους, με κοινό σημείο φόρτωσης δειγμάτων. Μετά από εισηγήσεις προσφοροδοτών αποδέχθηκε και ξεχωριστούς μονούς αναλυτές με ελάχιστη δυναμικότητα 400 τεστ/ώρα, νοούμενου ότι ο οικονομικός φορέας θα προσφέρει και ένα δεύτερο αναλυτή ίσης ή μισής δυναμικότητας, ο οποίος θα θεωρείτο εφεδρικός. Η Αναθέτουσα Αρχή επεξήγησε ότι ο βασικός λόγος που σε τέτοια περίπτωση ζητούσε και δεύτερο αναλυτή (εφεδρικό) είναι ότι σε ενδεχόμενο βλάβης του κυρίως αναλυτή θα μπορούσε να χρησιμοποιήσει τον εφεδρικό, πράγμα που δεν συμβαίνει στο σύστημα με συνδεδεμένους αναλυτές εφόσον αυτοί λειτουργούν και ξεχωριστά σε περίπτωση βλάβης.

Το μοναδικό σημείο αντιπαράθεσης των δύο πλευρών είναι η απονομή βαθμών στον εφεδρικό αναλυτή κατά την βαθμολογία του συστήματος αναλυτών. Διαπιστώνουμε ότι στο Έντυπο 13Α – Βαθμολογία Εξοπλισμού για Είδος 1, ο οικονομικός φορέας που προσφέρει μέχρι δύο (2) αναλυτές θα λαμβάνει 100 μονάδες, ενώ αυτός που προσφέρει τρεις (3) αναλυτές θα λαμβάνει 80 μονάδες. Συνεπώς, παρόλο που ο όρος αναφέρει ότι «ο εφεδρικός αναλυτής δεν θα ληφθεί υπόψη στη βαθμολογία του συστήματος αναλυτών για το είδος 1», το κριτήριο 6 ουσιαστικά προνοεί ότι ο οικονομικός φορέας που θα προσφέρει ένα αναλυτή (και επιτακτικά ένα εφεδρικό) θα λάβει υψηλότερη βαθμολογία από αυτόν που θα προσφέρει τρεις. Ως εκ τούτου εξάγεται ότι ο εφεδρικός αναλυτής θα λαμβάνεται υπόψη στη βαθμολογία του συστήματος αναλυτών στα πλαίσια του κριτηρίου αυτού.

Αυτό όμως που δεν θα λαμβάνεται υπόψη στην βαθμολογία είναι η δυναμικότητα και/ή παραγωγικότητα του εφεδρικού αναλυτή διότι, σύμφωνα με την Αναθέτουσα Αρχή, «στην προσφορά βαθμολογούνται τα σημεία εκείνα που δίνουν αξία στον τρόπο λειτουργίας του εργαστηρίου» (βλ. Διορθωτικό Έντυπο 9, ημερ. 11.7.2012). Συμφωνούμε με την θέση αυτή της Αναθέτουσας Αρχής, εφόσον ο εφεδρικός αναλυτής δεν θα χρησιμοποιείται στην καθημερινή ρουτίνα του εργαστηρίου παρά μόνο στην περίπτωση κατά την οποία προκύψει λειτουργικό πρόβλημα στον κύριο αναλυτή. Αυτό έχει άμεση σχέση και με τα κριτήρια 2, 3 και 4 που αφορούν τον αριθμό των αναλύσεων ανά ώρα, τον αριθμό των αναλύσεων που μπορούν να γίνουν ταυτόχρονα και τον αριθμό των δειγμάτων που μπορεί να γίνει ταυτόχρονη φόρτωση, αντίστοιχα.

Στην ουσία και όπως προκύπτει από το ιστορικό του ίδιου του διαγωνισμού ενώ η Αναθέτουσα Αρχή από την αρχή αντίκριζε και προσδιόριζε τον δεύτερο ανεξάρτητο αναλυτή ως μια μονάδα καθαρά εφεδρική, οι Αιτητές μετά τη γενόμενη τροποποίηση και την αποδοχή του από τον σχετικό όρο του διαγωνισμού επιχειρούν και/ή επιζητούν όπως ο δεύτερος αυτός αναλυτής αναγνωριστεί και προσδιοριστεί ως βασική μονάδα λειτουργίας, πράγμα με το οποίο δεν συμφωνεί η Αναθέτουσα Αρχή για τους λόγους που έχει εξηγήσει και αναφέρονται στις θέσεις της πιο πάνω.

Συνεπώς, κρίνουμε ότι η επιλογή της Αναθέτουσας Αρχής όπως, με βάση τον όρο, να μην λαμβάνει υπόψη τη δυναμικότητα και/ή την παραγωγικότητα του εφεδρικού αναλυτή, να μην την προσθέτει στην δυναμικότητα του κυρίως αναλυτή και να μην την βαθμολογεί είναι εύλογα επιτρεπτή. Δεν συμφωνούμε με τη θέση των Αιτητών ότι βρίσκονται σε δυσμενέστερη θέση έναντι των υπόλοιπων οικονομικών φορέων που θα προσφέρουν συνδεδεμένους αναλυτές των οποίων λαμβάνεται υπόψη αθροιστικά ολόκληρη η δυναμικότητα και/ή παραγωγικότητα τους στην βαθμολογία.

Με βάση όλα τα πιο πάνω αποφασίζουμε ομόφωνα ότι η παρούσα Προσφυγή απορρίπτεται και η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής επικυρώνεται.

Δεν επιδικάζονται έξοδα επί της διαδικασίας.