



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. 39/2017

Μεταξύ:

G & E THERMOSOLAR LIMITED

Αιτητών

v.

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΥΓΕΙΑΣ, ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΑΓΟΡΩΝ ΚΑΙ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

Αναθεωρητική Αρχή

Γιώργος Αναστασίου, Προεδρεύων
Λοΐζος Κάππας, Μέλος
Σόλων Παπαθεοχάρους, Μέλος
Δήμος Θωμά, Μέλος

Αιτητές:

G & E THERMOSOLAR LIMITED

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Μιχάλη Κυριακίδη, Δικηγόρο για Χάρης Κυριακίδης ΔΕΠΕ
2. Κωνσταντίνα Χατζηαναστάση, Δικηγόρο για Χάρης Κυριακίδης ΔΕΠΕ
3. Martin Newton, Εκπρόσωπο Αιτούσας εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΥΓΕΙΑΣ, ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΑΓΟΡΩΝ ΚΑΙ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ

Αντιπροσωπεύτηκε από τους:

1. Δήμητρα Καλλή, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. Νίκη Βοντετσιάνου, Ασκούμενη Δικηγόρο
3. Δώρα Χαραλάμπους, Εκπρόσωπο Αναθέτουσας Αρχής
4. Στυλιανό Θεοδώρου, Εκπρόσωπο Αναθέτουσας Αρχής

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 27 Φεβρουαρίου, 2018

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Αντικείμενο της παρούσας Προσφυγής είναι η απόφαση της Διεύθυνσης Αγορών και Προμηθειών του Υπουργείου Υγείας (στο εξής «η Αναθέτουσα Αρχή»), να απορρίψει την προσφορά για τα είδη 1 & 2 της εταιρείας G & E Thermosolar Limited (στο εξής «οι Αιτητές») σε σχέση με το Διαγωνισμό Σ.Υ.54/17 με τίτλο «*Προμήθεια και Συντήρηση Τροχήλατων (Trolley) για τη μεταφορά ζεστού και κρύου φαγητού για τις ανάγκες των κρατικών νοσηλευτηρίων*» και να κατακυρώσει το διαγωνισμό για τα είδη αυτά στην εταιρεία CYPRUS PHARMACEUTICAL ORGANIZATION LTD (στο εξής «ο επιτυχών»).

Στις 13.9.2017 η Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε ανοιχτό διαγωνισμό με αριθμό Σ.Υ. 54/17 με τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών την 26.10.2017 και εκτιμώμενο κόστος το ποσό των €435.000,00 μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Μετά τη δημοσίευση αποστάληκαν από την Αναθέτουσα Αρχή 4 διορθωτικά/τροποποιητικά έγγραφα.

Κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει χαμηλότερης τιμής. Οι Αιτητές στις 25.10.2017 υπέβαλαν την προσφορά τους.

Η Αναθέτουσα Αρχή με επιστολή της ημερομηνίας 22.11.2017 ενημέρωσε τους Αιτητές ότι η προσφορά τους για τα είδη 1&2 κρίθηκε ως εκτός προδιαγραφών στα σημεία 7 και 25 (Παράρτημα Α). Τους ενημέρωσε επίσης για την απόφαση της να κατακυρώσει το Διαγωνισμό στον επιτυχόντα.

ΑΙΤΗΤΕΣ

Οι Αιτητές υποστηρίζουν ότι λανθασμένα η Αναθέτουσα Αρχή απέρριψε την προσφορά τους τόσο για το είδος 1 όσο και για το είδος 2 διότι σύμφωνα με την Αναθέτουσα Αρχή (α) τα προσφερόμενα προϊόντα είναι μεγαλύτερα των διαστάσεων που ζητήθηκαν στο σημείο 7 του Εντύπου 5, και (β) τα προσφερόμενα προϊόντα έχουν μικρότερο μέγεθος τροχών από το ζητούμενο στο σημείο 25 του Εντύπου 5. Η προσφορά τους υποβλήθηκε νομότυπα και ήταν καθόλα σύμφωνη με όλους τους ουσιώδεις όρους καθώς επίσης, και τις απαιτήσεις και τεχνικές προδιαγραφές των εγγράφων του διαγωνισμού.

Ειδικότερα, όπως προκύπτει από την έκθεση αξιολόγησης, η Επιτροπή Αξιολόγησης έκρινε ότι η προσφορά τους παρουσίαζε αποκλίσεις στα σημεία 7 και 25 του Εντύπου 5 των όρων του Διαγωνισμού (Παράρτημα Α), τόσο για το είδος 1 όσο και για το είδος 2. Συγκεκριμένα, αναγράφονταν τα εξής:

«Στο Έντυπο 5 σημείο 7 (Παράρτημα Α), ζητείται: «να δέχεται τουλάχιστον 24 δίσκους για το είδος 1 και 30 δίσκους για το είδος 2 διαστάσεων GN 1/1 (53±3%Χ32.5±3% cm)» .

Εντούτοις, στα τεχνικά φυλλάδια που υπέβαλε η εν λόγω Εταιρεία για Τεκμηρίωση των ζητούμενων Τεχνικών Προδιαγραφών δηλώνει “GN 1/1 550x350 mm”.

Στο Έντυπο 5, σημείο 25 (Παράρτημα Α) ζητείται «να φέρει τουλάχιστον τέσσερις (4) αντιστατικούς τροχούς διαμέτρου ≥ 20 cm από τους οποίους οι δύο τουλάχιστον να είναι περιστρεφόμενοι».

Εντούτοις, στα Τεχνικά φυλλάδια που υπέβαλε η εν λόγω Εταιρεία για τεκμηρίωση των ζητούμενων προδιαγραφών αναφέρεται ότι το προσφερόμενο προϊόν έχει διαστάσεις τροχού 15 cm».

Οι Αιτητές αναφέρουν ότι η Αναθέτουσα Αρχή ερμήνευσε εσφαλμένα τις σχετικές προδιαγραφές, καθ’ ότι αντιπαρήλθε ότι αυτό που απαιτείτο από τις προδιαγραφές ήταν «να δέχεται τουλάχιστον 24 δίσκους για το είδος 1 και 30 δίσκους για το είδος 2 διαστάσεων GN 1/1 (53±3%Χ32.5±3% cm». Η υποβληθείσα προσφορά ικανοποιούσε πλήρως την απαίτηση αυτή, αφού οι διαστάσεις του προσφερόμενου προϊόντος ήταν GN 1/1 550x350 mm ήτοι διαστάσεις 53x33 cm περίπου.

Δεν μπορεί, υποστηρίζουν, η πιο πάνω απόκλιση να επηρεάσει την ποιότητα των προμηθειών ή και την έκταση του αντικειμένου της Σύμβασης με βάση τον όρο 8.3.2 του Τόμου Α αλλά ούτε στο σημείο 7 και στο σημείο 25 του Εντύπου 5 αναγραφόταν ότι τυχόν απόκλιση θα καθιστούσε την προσφορά ενός προσφοροδότη άκυρη.

Επισημάνθηκε από τους Αιτητές ότι η ίδια η Αναθέτουσα Αρχή χρησιμοποιεί και μια αυθαίρετη μονάδα απόκλισης $\pm 3\%$, χωρίς να αιτιολογεί σε οποιοδήποτε σημείο το εύλογο ή/και το ουσιώδες της απόκλισης αυτής. Ούτε άσκησε τις εξουσίες της σύμφωνα με τον όρο 3.2.3 του Τόμου Α' ο οποίος προνοεί ότι το αρμόδιο όργανο μπορεί να θεωρήσει αποδεκτές τις προσφορές που παρουσιάζουν ασήμαντες αποκλίσεις.

Επίσης, η Επιτροπή Αξιολόγησης δεν αιτιολογεί τις απόψεις της στην Έκθεση Αξιολόγησης και δεν παραθέτει καμία αιτιολογία σε σχέση με το κατά πόσο η απόκλιση που επικαλείται ότι παρουσίαζε η προσφορά τους ήταν αποφασιστικής σημασίας για τη λήψη της απόφασης. Οι αρχές δε της αιτιολογίας έχουν κωδικοποιηθεί τόσο μέσω της πάγιας νομολογίας όσο και με τα άρθρα 26-32 του περί των Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου του 1999 (Ν. 158(Ι)/99). Ούτε η Επιτροπή Αξιολόγησης αλλά ούτε και το Συμβούλιο Προσφορών που υιοθέτησε την Έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης παρέθεσαν αιτιολογία σε σχέση με το αμελητέο ή μη της απόκλισης της προσφοράς των Αιτητών.

Ενώ η Αναθέτουσα Αρχή υπέδειξε ότι μπορούσε να ζητήσει διευκρινίσεις, όπως και ορθά ζήτησε για τα σημεία 10 και 20 του Εντύπου 5 από τους Αιτητές, ωστόσο για τα σημεία 7 και 25 του Εντύπου 5 δεν αναζήτησε διευκρινίσεις κατά παράβαση του

άρθρου 45 του Περί των Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου του 1999, Ν. 158(I)/1999.

Όπως ισχυρίζονται οι Αιτητές υπήρχαν ελλείψεις και αποκλίσεις και σε ότι αφορά την προσφορά του επιτυχόντα ο οποίος δεν ικανοποιούσε ουσιώδεις όρους του Διαγωνισμού. Η προσφορά του θα έπρεπε να απορριφθεί κατά τη διαδικασία αξιολόγησης διότι δεν είχε υποβάλει την πληροφόρηση σε σχέση με την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια να εκτελέσει τη σύμβαση κατά παράβαση του όρου 6.2.2 του Μέρους Α «Οδηγίες προς Οικονομικούς Φορείς». Ο επιτυχών δεν υπέβαλε το Έντυπο 23, δεν συμπλήρωσε και δεν υπέβαλε τα απαιτούμενα οικονομικά στοιχεία που αφορούσαν το μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών για τα τρία (3) τελευταία οικονομικά έτη ούτε είχε συμπληρώσει και παραδώσει τις ελεγμένες οικονομικές καταστάσεις για τα τελευταία τρία (3) οικονομικά έτη και τις εκθέσεις των ελεγκτών που τις συνοδεύουν. Ούτε δήλωση για τα οικονομικά στοιχεία, υπογεγραμμένη από τη διεύθυνση της επιχείρησης, μαζί με βεβαίωση από εγκεκριμένο λογιστή είχε υποβάλει ο επιτυχών. Συνεπώς, η επάρκεια του οικονομικού φορέα που αποτελούσε απαραίτητη προϋπόθεση συμμετοχής δεν μπορούσε να ελεγχθεί ενώ φαίνεται να παραβιάζονται οι όροι 4.2, 6.2.2 και 8.3.1 του Διαγωνισμού.

Επιπρόσθετα των πιο πάνω, με αναφορά στην Προσφυγή 15/2007 της ΑΑΠ, *Miltiades Neophytou C.E.C.D LTD ν. Συμβουλίου Αποχετεύσεων Πάφου* και στην Υπόθεση 718/2010, *Hydrotech Water & Environmental Engineering Ltd ν. Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών*, είναι ισχυρισμός των Αιτητών ότι σύμφωνα με τον όρο 9.2 του Τόμου Α΄ υπό τον τίτλο «έλεγχος του δικαιώματος και προϋποθέσεων συμμετοχής» η Αναθέτουσα Αρχή έπρεπε κατά τη διαδικασία του ελέγχου των Προσφορών να απορρίψει την προσφορά του επιτυχόντα καθότι δεν πληρούσε τις προϋποθέσεις συμμετοχής, μέρος των οποίων ήταν και η τεκμηρίωση της χρηματοοικονομικής επάρκειας και ευρωστίας του επιτυχόντα.

Η απόφαση δε της Αναθέτουσας Αρχής να επιτρέψει την εκ των υστέρων υποβολή της απαιτούμενης πληροφόρησης από τον επιτυχόντα ισοδυναμεί με παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών. Η Επιτροπή Αξιολόγησης κατά παράβαση της νομοθεσίας, της νομολογίας και των όρων του διαγωνισμού (όρος 8.3.1. (12) του Τόμου Α΄ των εγγράφων του Διαγωνισμού) και ενώ είχε περιέλθει εις γνώση της το γεγονός της μη υποβολής του Εντύπου 23 και των ελεγμένων οικονομικών καταστάσεων για τα τρία (3) τελευταία οικονομικά έτη, κάλεσε στις 30.10.2017 με επιστολή τον επιτυχόντα να υποβάλει τα πιο πάνω. Ακολούθως η Επιτροπή Αξιολόγησης μετά την απάντηση του επιτυχόντα με επιστολή ημερομηνίας 1.11.2017 αποφάσισε σε συνεδρία της στις 2.11.2017 να αξιολογήσει την προσφορά

του. Η Επιτροπή Αξιολόγησης σύμφωνα με τους όρους του Διαγωνισμού και τις νομολογιακές αρχές μπορούσε να ζητήσει την παροχή διευκρινίσεων όσον αφορά το περιεχόμενο της προσφοράς του επιτυχόντα μόνο στην περίπτωση όπου προέκυπτε ασάφεια από τα ήδη υποβληθέντα στοιχεία.

Είναι περαιτέρω θέση των Αιτητών ότι η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής να κατακυρώσει την προσφορά στον επιτυχόντα του οποίου η προσφορά παρουσίαζε απόκλιση στο σημείο 25 του Εντύπου 5 (Παράρτημα Α) για την οποία απόκλιση απορρίφθηκε η δική τους προσφορά συνιστά κατάχρηση εξουσίας. Σημειώνουν ότι δεν έτυχαν ίσης μεταχείρισης και ούτε τηρήθηκε το ενιαίο μέτρο κρίσης, ενώ ο επιτυχών δεν είχε συμπεριλάβει στην προσφορά του δήλωση από την κατασκευάστρια εταιρεία σύμφωνα με την οποία η προσφορά του ήταν σύμφωνη με τις τεχνικές προδιαγραφές τόσο για το είδος 1 όσο και για το είδος 2 και ότι οι τροχοί είχαν διαστάσεις 20 cm (σημείο 25 του Εντύπου 5), εντούτοις από τα τεχνικά φυλλάδια και τους καταλόγους προέκυπτε ότι οι τροχοί είχαν διαστάσεις 16 cm (Castors Diameter = 160mm). Συνεπώς, η Αναθέτουσα Αρχή ενώ για την προσφορά τους έκρινε ότι παρουσίαζε ουσιώδη απόκλιση λόγω του ότι οι τροχοί είχαν μικρότερες διαστάσεις, για τον επιτυχόντα η ίδια απόκλιση δεν εξετάστηκε ή/και κρίθηκε ως επουσιώδης και αμελητέας σημασίας, γεγονός το οποίο ισοδυναμεί με κατάχρηση εξουσίας.

Άλλος λόγος για τον οποίο οι Αιτητές θεωρούν ότι η απόφαση κατακύρωσης πρέπει να ακυρωθεί είναι ότι προσφορά του επιτυχόντα δεν ήταν η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει χαμηλότερης τιμής. Η προσφορά του επιτυχόντα παρουσιάζει για το είδος 1 αύξηση της τάξης του 27,5% και για το είδος 2 αύξηση 8,66 %.

ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗ

Η Αναθέτουσα Αρχή υποστηρίζει ότι η προσφορά των Αιτητών απορρίφθηκε λόγω μη συμμόρφωσης της με ουσιώδεις όρους του διαγωνισμού. Επομένως, νομιμοποιούνται να εγείρουν λόγους ακύρωσης αναφορικά με τους λόγους αποκλεισμού τους και σε περίπτωση που οι λόγοι ακύρωσης αναφορικά με τους λόγους αποκλεισμού τους απορριφθούν από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών, τότε στερούνται του αναγκαίου εννόμου συμφέροντος για να εγείρουν λόγους ακύρωσης αναφορικά με την προσφορά του επιτυχόντα.

Υποστηρίζει ότι σύμφωνα με την πάγια αρχή της νομολογίας η διοίκηση είναι ο καλύτερος γνώστης των αναγκών της και ως εκ τούτου η κρίση της επί θεμάτων

τεχνικής φύσεως είναι γενικά ανέλεγκτος, με αποτέλεσμα η κρίση αυτή της διοίκησης να είναι περιορισμένη.

Η προσφορά των Αιτητών απορρίφθηκε διότι υπήρχε απόκλιση από τα σημεία 7 και 25 του Εντύπου 5, που αφορούσε στις τεχνικές προδιαγραφές του τροχήλατου και συγκεκριμένα το μέγεθος του τροχού και των δίσκων. Όπως προκύπτει από το σχετικό διοικητικό φάκελο και τους όρους του διαγωνισμού, η διαπίστωση της Επιτροπής Αξιολόγησης ως προς την ύπαρξη απόκλισης δεν μπορεί να αμφισβητείται από τους Αιτητές καθότι αυτό επιβεβαιώνεται και από τα τεχνικά φυλλάδια που οι ίδιοι προσκόμισαν με την προσφορά τους. Επομένως, αυτό το οποίο θα πρέπει να εξετάσει η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών είναι κατά πόσο αυτές οι προδιαγραφές ήταν ουσιώδεις.

Η Αναθέτουσα Αρχή υποστηρίζει ότι ενώ οι Αιτητές μπορούσαν να ζητήσουν τροποποίηση του σχετικού όρου του διαγωνισμού δεν το έπραξαν την στιγμή που είχαν απορριφθεί στα πλαίσια του Διαγωνισμού Σ.Υ.31/09 για τον ίδιο λόγο. Η εμμονή δε της διοίκησης κατά την προηγούμενη διαδικασία σε σχέση με την ανάγκη συμμόρφωσης με τις συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές δεικνύει με emphaticό τρόπο το ουσιώδες των επίδικων όρων. Η παράλειψη προσδιορισμού των συνεπειών μη συμμόρφωσης με όρο του διαγωνισμού, δεν καθιστά αφ' εαυτής τον όρο

επουσιώδη. (Βλέπε *Tamassos Tobacco Suppliers & Co. v. Δημοκρατίας* (1992) 3 A.A.Δ. 60, *CMP Αρχιτέκτονες Σύμβουλοι Μηχανικοί Ατδ και Άλλοι v. Αρχής Ηλεκτρισμού Κύπρου*, (2000) 4 A.A.Δ. 198). Επομένως, ο ισχυρισμός ότι οι όροι δεν αναφέρουν ότι η απόκλιση επιφέρει ποινή ακυρότητας δεν υποστηρίζεται από τη σχετική νομολογία. Ούτε επειδή τα έγγραφα του διαγωνισμού επέτρεπαν να δικαιολογηθούν τυχόν αποκλίσεις μπορεί να θεωρηθεί ένδειξη ότι οι όροι αυτοί ήταν επουσιώδεις διότι η υποσημείωση στο τέλος του Εντύπου 5 αφορά όλες τις τεχνικές προδιαγραφές. Αναφορικά δε με το επιχείρημα των Αιτητών ότι η χρήση της απόκλισης $\pm 3\%$ καθιστά τον όρο μη ουσιώδη, η Αναθέτουσα Αρχή υποβάλει ότι το πλαίσιο χρήσης απόκλισης $\pm 3\%$ υποδεικνύει ακριβώς τη σημασία των ζητούμενων προδιαγραφών.

Η Αναθέτουσα Αρχή σε αυτό το σημείο διατείνεται ότι υπάρχει έλλειψη έννομου συμφέροντος των Αιτητών να προωθούν σχετικούς ισχυρισμούς που άπτονται της νομιμότητας ή λογικότητας των επίδικων όρων, καθότι έχουν επιδοκιμάσει με τη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό τους εν λόγω όρους.

Στη συνέχεια η Αναθέτουσα Αρχή παραπέμπει στην προδιαγραφή 7 του Εντύπου 25 και αναφέρει ότι ο όρος απαιτεί 24 δίσκους με διαστάσεις « $530 \times 325 \text{ mm}$ » με μία σχετική απόκλιση στο $\pm 3\%$. Η προσφορά των Αιτητών παρουσιάζει απόκλιση

μεγαλύτερη της επιτρεπόμενης, με αποτέλεσμα μη συμμόρφωση με τον εν λόγω όρο. Οι συγκεκριμένες διαστάσεις, τονίζει η Αναθέτουσα Αρχή, δόθηκαν διότι σύμφωνα με αυτές θα εξυπηρετούνταν οι χρήστες με βάση τον υφιστάμενο εξοπλισμό τόσο στα δωμάτια (τραπεζάκια), όσο και στην κουζίνα (πλυντήριο πιάτων), για να αποφευχθεί η δημιουργία άλλων αναγκών.

Η Αναθέτουσα Αρχή παραπέμπει επίσης στην προδιαγραφή 25 η οποία απαιτεί τέσσερεις (4) αντιστατικούς τροχούς διαμέτρου $\geq 20\text{cm}$ από τους οποίους οι δύο τουλάχιστον να είναι περιστρεφόμενοι. Αναφέρει δε ότι η Αναθέτουσα Αρχή ζήτησε η διάμετρος των τροχών να είναι ίση ή μεγαλύτερη από 20cm ενώ οι διαστάσεις των τροχών του μοντέλου που προσφέρθηκε από τους Αιτητές έχουν διάμετρο 15cm. Σε αυτή τη περίπτωση οι προδιαγραφές έχουν συνταχθεί μετά από δέουσα έρευνα και από άτομα χρήστες και γνώστες του αντικειμένου της σύμβασης. Αυτή η προδιαγραφή είναι απαραίτητη διότι όσο μεγαλύτερη είναι η διάμετρος του τροχού τόσο πιο εύκολη είναι η μετακίνηση και ο χειρισμός του τροχήλατου από τους χρήστες που καλούνται να καλύψουν μεγάλες αποστάσεις στους χώρους των κρατικών νοσηλευτηρίων. Ως εκ τούτου, είναι βασική προϋπόθεση η ευκολία στην κίνηση του τροχήλατου του οποίου το βάρος υπερβαίνει τα 200 kg. Παραπέμπει δε σε σχετική μελέτη για τους λόγους που ζητήθηκε διάμετρος 20cm και πάνω.

Αναφορικά με την αιτιολογία η Αναθέτουσα Αρχή υποστηρίζει ότι οι αναφορές της Επιτροπής Αξιολόγησης για τις συγκεκριμένες προδιαγραφές που δεν πληρούσε η προσφορά των Αιτητών, αποτελεί σαφή αιτιολογία της απόφασης της για μη κατακύρωση της προσφοράς. Σε κάθε περίπτωση το περιεχόμενο του διοικητικού φακέλου συμπληρώνει την παρασχεθείσα αιτιολογία, καθότι σε αυτό βρίσκονται τοποθετημένα τα τεχνικά φυλλάδια των Αιτητών από τα οποία συνάγεται αβίαστα το συμπέρασμα ότι δεν υπήρξε συμμόρφωση με τις προδιαγραφές. Ούτε ευσταθεί ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι οι αποκλίσεις θα έπρεπε να χαρακτηριστούν ως ουσιώδεις από το Συμβούλιο Προσφορών.

Η Αναθέτουσα Αρχή, επίσης, υποστηρίζει ότι δεν θα μπορούσε να ζητήσει διευκρινίσεις ως προς τις πτυχές της προσφοράς που αφορούν σε τεχνική προδιαγραφή, όταν σύμφωνα με τα τεχνικά φυλλάδια που οι ίδιοι υπέβαλαν παρουσιάζεται απόκλιση (αριθμητική) από τεχνική προδιαγραφή.

Ο όρος 9.4.(2) των εγγράφων του διαγωνισμού αποσκοπεί στην παροχή διευκρινίσεων από τους προσφοροδότες που συμπληρώνουν, αποσαφηνίζουν ή ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τα δικαιολογητικά που ήδη υπέβαλαν και δεν παρέχεται η δυνατότητα υποβολής διευκρινίσεων σε σχέση με τεχνική προδιαγραφή.

Σε σχέση με το ζήτημα υποβολής του Εντύπου 23 και ελεγμένων οικονομικών καταστάσεων η Αναθέτουσα Αρχή παραπέμπει σε σχετική νομολογία του ΔΕΕ (*C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser κατά Manova A/S, ECLI:EU:C:2013:647*) στην οποία έχει διευκρινιστεί ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης δεν παραβιάζεται όταν ζητηθεί από προσφοροδότη να υποβάλει έγγραφα όπως ο δημοσιευμένος ισολογισμός, των οποίων η ύπαρξη πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής προσφορών είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμη, αρκεί τα σχετικά με την εν λόγω δημόσια σύμβαση έγγραφα να μην επέβαλλαν ρητώς την κοινοποίησή τους επί ποινή αποκλεισμού της υποψηφιότητας.

Η Αναθέτουσα Αρχή υποστηρίζει επίσης ότι παρόλο που στα τεχνικά φυλλάδια της προσφοράς του επιτυχόντα προκύπτει ότι η διάμετρος των τροχών που προσφέρει είναι 16cm υπέβαλε επίσης βεβαίωση της κατασκευάστριας εταιρείας σύμφωνα με την οποία βεβαιώνεται η συμμόρφωση του προσφερόμενου προϊόντος με τη συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή.

ΑΠΟΦΑΣΗ

Έχουμε μελετήσει με προσοχή τις θέσεις των δύο πλευρών.

Προτού εξετάσουμε τα επιχειρήματα των δύο πλευρών θεωρούμε σκόπιμο να αναφερθούμε στο ιστορικό άλλου διαγωνισμού που προηγήθηκε με το ίδιο όμως αντικείμενο.

Στις 25.5.2010 η Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε τον διαγωνισμό με αριθμό Σ.Υ.31/09 με αντικείμενο το ίδιο με τον υπό εξέταση διαγωνισμό που φέρει αριθμό Σ.Υ.54/17 ήτοι την *«προμήθεια και συντήρηση τροχηλάτων (TROLLEY) για τη μεταφορά ζεστού και κρύου φαγητού για τις ανάγκες των κρατικών Νοσηλευτηρίων.»*

Οι εδώ Αιτητές έλαβαν μέρος και στο διαγωνισμό με αρ. Σ.Υ.31/09 όπου με απόφαση της η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε την προσφορά τους ως μη πληρούσα στα σημεία των προδιαγραφών 3, 4 και 7 τόσο για το είδος 1 όσο και για το είδος 2 και ως εκ τούτου είχαν αποκλεισθεί από τον διαγωνισμό.

Οι Αιτητές άσκησαν την Ιεραρχική Προσφυγή με αρ. 118/2010 στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών. Η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών στις 2.6.2011 εξέδωσε την απόφαση της. Παραθέτουμε πιο κάτω απόσπασμα της εν λόγω απόφασης

«...Η προσφορά των Αιτητών σε σχέση με τα Είδη 1 & 2 του Διαγωνισμού απορρίφθηκε, διότι κρίθηκε εκτός προδιαγραφών στα σημεία 3, 4 και 7 των Τεχνικών Προδιαγραφών. Εξετάζοντας, την Έκθεση Αξιολόγησης ημερ. 20.9.2010 διαπιστώσαμε ότι η Επιτροπή Αξιολόγησης αξιολογώντας την προσφορά των Αιτητών αρκέστηκε στο να σημειώσει μόνο τη λέξη «ΟΧΙ» για τις προδιαγραφές 3, 4 και 7 χωρίς οποιαδήποτε αιτιολογία για την απόφασή της αυτή, και τη λέξη «ΝΑΙ» στις υπόλοιπες προδιαγραφές. Σημειώνεται, ότι ούτε στην υπόλοιπη έκθεση της αιτιολογούνται ή εξειδικεύονται οι λόγοι απόρριψης της προσφοράς των Αιτητών. Πέραν τούτου, το Συμβούλιο Προσφορών στη συνεδρία του ημερ. 8.10.2010 απλά υιοθετεί την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης για κατακύρωση της προσφοράς στην επιτυχούσα και δεν γίνεται ούτε σε αυτή τη συνεδρίαση κάποια αναφορά για την απόρριψη της προσφοράς των Αιτητών. Οι λόγοι απόρριψης της προσφοράς των Αιτητών εξειδικεύονται μερικώς μόνο στην επιστολή ημερ. 18.10.2010, όπου πληροφορούνται για το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού. Θεωρούμε, όμως, ότι είναι ανεπαρκής η αιτιολογία που δίδεται για απόρριψη της προσφοράς των Αιτητών καθώς και αποτέλεσμα έλλειψης δέουσας έρευνας, για τους εξής λόγους:

[...]

(β) Αναφορικά, τώρα, με την τεχνική προδιαγραφή 4 οι ζητούμενες διαστάσεις των δίσκων ήταν $53\text{cm} \pm 5\%$ X $33\text{cm} \pm 5\%$ δηλ. το μήκος μπορούσε να κυμαίνεται από 50,35cm μέχρι 55,65cm και το πλάτος από 31,35cm μέχρι 34,65cm, ενώ οι διαστάσεις που προσέφεραν οι Αιτητές ήταν 55cm X 35cm δηλ. παρουσίαζαν απόκλιση μόνο 0,35cm σε σχέση με το ζητούμενο πλάτος του δίσκου. Η απόκλιση αυτή δεν αναφέρεται πουθενά εάν αποτελεί ουσιώδη απόκλιση από τους όρους του Διαγωνισμού αλλά ούτε το πώς επηρεάζει την ποιότητα των προσφερόμενων προϊόντων. Εξάλλου, σύμφωνα και με την πάγια νομολογία «...η κρίση κατά πόσο συγκεκριμένος όρος είναι ουσιώδης ανήκει στο Δικαστήριο, το δε κριτήριο με βάση το οποίο καθορίζεται η σημασία συγκεκριμένου όρου είναι αντικειμενικό και συνίσταται στην αποτίμηση της σημασίας που ενέχει η τήρησή του, στη λήψη της απόφασης για την κατακύρωση της προσφοράς. Ακολουθεί πως ουσιώδης όρος είναι ο όρος η τήρηση του οποίου είναι αποφασιστικής σημασίας για τη λήψη και το περιεχόμενο της απόφασης για την κατακύρωση της προσφοράς. (Βλ. *Medcon Construction and Others v. Republic* (1968) 3 C.L.R. 353, *Kounnas & Sons Ltd v. Republic* (1972) 3 C.L.R. 542 και *Vouniotis & Sons v. Republic* (1985) 3 C.L.R. 2355.) Συνεπώς, θεωρούμε ότι ούτε η Επιτροπή Αξιολόγησης εξήγησε στην έκθεση της αλλά ούτε η Α.Α. μας ικανοποίησε ότι η απόκλιση των 0,35cm ή διαφορετικά 3,5mm δεν είναι αμελητέα και είναι

αποφασιστικής σημασίας για τη λήψη και το περιεχόμενο της απόφασης για την κατακύρωση της προσφοράς.

(γ) Το ίδιο θεωρούμε ότι ισχύει και για την προδιαγραφή 7 για το Είδος 1 και την αντίστοιχη 6 για το Είδος 2 που απαιτεί όπως οι τροχοί να είναι μεγέθους περίπου 160-200 mm. Τα προϊόντα που προσέφεραν οι Αιτητές αποκλείστηκαν επειδή έχουν μικρότερο μέγεθος τροχών από το ζητούμενο. Όμως, δεδομένης της μικρής απόκλισης του 1cm ή διαφορετικά 10mm των τροχών του προϊόντος των Αιτητών από το ζητούμενο, θεωρούμε ότι ούτε σε αυτή την περίπτωση η Α.Α. αιτιολόγησε επαρκώς την απόφαση της να τους θέσει εκτός προδιαγραφών.

[...]

Με βάση τα πιο πάνω κρίνουμε ότι το περιεχόμενο του διοικητικού φακέλου, η αιτιολογία που δίδεται στην απόφαση της Α.Α. και οι θέσεις που αναπτύχθηκαν ενώπιόν μας δεν παρέχουν στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών όλα τα στοιχεία τα οποία είναι απαραίτητα για τη διακρίβωση της νομιμότητας της πράξεως.»

Μετά από επανεξέταση του θέματος η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε την προσφορά των Αιτητών ως μη πληρούσα τους όρους του διαγωνισμού για διαφορετικό λόγο από την πρώτη φορά. Οι Αιτητές και πάλι άσκησαν Ιεραρχική Προσφυγή στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών, την υπ' αρ. 8/2012.

Η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών με νέα της απόφαση επί της Ιεραρχικής Προσφυγής αρ. 8/2012 ακύρωσε την πιο πάνω απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής λόγω παράβασης του δεδικασμένου και κατάχρηση της διαδικασίας.

Στη συνέχεια και περί τις 31/10/2012 το Συμβούλιο Προσφορών αποφάσισε την ακύρωση του διαγωνισμού λόγω διαφοροποίησης των περιστάσεων κάτω από τις οποίες προκηρύχθηκε ο διαγωνισμός. Η Αιτήτρια προσέβαλε την εν λόγω απόφαση ενώπιον του Ανωτάτου Δικαστηρίου με την Προσφυγή αρ. 48/2013. Στις 3/3/2017 εκδόθηκε απόφαση από το Διοικητικό Δικαστήριο που εξέτασε την προσφυγή με την οποία απορρίφθηκε η Προσφυγή της Αιτήτριας.

Επανερχόμαστε στα γεγονότα του παρόντος διαγωνισμού.

Η Αναθέτουσα Αρχή με επιστολή της ημερ. 22/11/2017 ενημέρωσε τους Αιτητές ότι:

«η δική σας προσφορά, παρόλο που ήταν η φθηνότερη είναι εκτός προδιαγραφών στα σημεία 7 και 25 (Παράρτημα Α).

Συγκεκριμένα τόσο για το Είδος 1 όσο και για το Είδος 2, εντοπίστηκαν στην προσφορά σας οι πιο κάτω αποκλίσεις:

Στο Έντυπο 5, σημείο 7 (Παράρτημα Α) ζητείται «Να δέχεται τουλάχιστον 24 δίσκους διαστάσεων GN1/1 ($53 \pm 3\% \times 32.5 \pm 3\% \text{cm}$)»

Εντούτοις στα τεχνικά Φυλλάδια που έχετε υποβάλει για Τεκμηρίωση των ζητούμενων Τεχνικών Προδιαγραφών δηλώνετε “GN 1/1 550x350mm.”

Στο Έντυπο 5, σημείο 25 (Παράρτημα Α), ζητείται «Να φέρει τουλάχιστον τέσσερεις (4) αντιστατικούς τροχούς διαμέτρου $\geq 20 \text{ cm}$ από τους οποίους οι δύο τουλάχιστον να είναι περιστρεφόμενοι.»

Εντούτοις στα Τεχνικά Φυλλάδια που έχετε υποβάλει για τεκμηρίωση των ζητούμενων Τεχνικών Προδιαγραφών αναφέρεται ότι το προσφερόμενο προϊόν έχει διαστάσεις τροχού 15cm».

Οι όροι του διαγωνισμού για ότι εδώ μας ενδιαφέρει είναι οι πιο κάτω:

«3.2 Γενικές Αρχές

3. Το Αρμόδιο Όργανο θα θεωρήσει αποδεκτές τις Προσφορές που είναι σύμφωνες με όλους του όρους, τις προϋποθέσεις και τις προδιαγραφές των Εγγράφων Διαγωνισμού, ενώ είναι δυνατό, κατά την αποκλειστική του κρίση και ευχέρεια, να θεωρήσει αποδεκτές και Προσφορές που παρουσιάζουν τυχόν ασήμαντες αποκλίσεις. Ως ασήμαντες αποκλίσεις, νοούνται οι αποκλίσεις που δεν επηρεάζουν την έκταση του Αντικειμένου της Σύμβασης ή την ποιότητα των προμηθειών, δεν περιορίζουν ουσιαστικά τα δικαιώματα της Αναθέτουσας Αρχής ή τις υποχρεώσεις του Αναδόχου και δεν θίγουν την αρχή της ίσης μεταχείρισης των Προσφερόντων.

ΕΝΤΥΠΟ 5

ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΚΑΙ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ ΜΕ ΤΙΣ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ

[...]

Οποιοσδήποτε αποκλίσεις των προαναφερθέντων προϊόντων από τις ζητούμενες προδιαγραφές πρέπει να υποδειχθούν και να διευκρινιστούν.

[...]

7. Να δέχεται τουλάχιστον 24 δίσκους διαστάσεων GN 1/1 ($53 \pm 3\% \times 32.5 \pm 3\%$ cm

[...]

25. Να φέρει τουλάχιστον τέσσερεις (4) αντιστατικούς τροχούς διαμέτρου ≥ 20 cm από τους οποίους οι δύο τουλάχιστον να είναι περιστρεφόμενοι.»

Είναι παραδεκτό και από τις δύο πλευρές ότι οι Αιτητές στην προσφορά τους σε σχέση με το σημείο 7 του Εντύπου 5 δήλωσαν διαστάσεις «GN1/1 550x350mm». Ο όρος προέβλεπε «να δέχεται τουλάχιστον 24 δίσκους για το είδος 1 και 30 δίσκους για το είδος 2 διαστάσεων GN1/1 ($53\pm 3\% \times 32,5\pm 3\% \text{ cm}$)».

Με απλή αριθμητική πράξη τα περιθώρια που άφηνε ο όρος είναι από 51,41-54,95x 31,53-33,48.

Είναι επίσης παραδεκτό και από τις δύο πλευρές ότι οι Αιτητές στην προσφορά τους σε σχέση με το σημείο 25 δήλωσαν τροχούς με διάμετρο 15 εκ.. Ο όρος προέβλεπε «να φέρει τουλάχιστον τέσσερις (4) αντιστατικούς τροχούς διαμέτρου $\geq 20\text{cm}$...»

Είναι παγίως θεμελιωμένο ότι οι όροι ενός διαγωνισμού αποτελούν πράξη κανονιστικού χαρακτήρα που δεσμεύει και τους προσφοροδότες και τη διοίκηση και συνιστούν, ανάλογα με τη σημασία τους, σε ουσιώδη ή επουσιώδη προδιαγραφή για συμμετοχή στο διαγωνισμό. Η διάκριση των τύπων σε ουσιώδεις ή επουσιώδεις επαφίεται στην κρίση του δικαστηρίου που ελέγχει τη νομιμότητα της διοικητικής πράξης. Τα βασικά κριτήρια που συντελούν στο σχηματισμό της γνώμης του δικαστή είναι από τη μια ο σκοπός που εξυπηρετεί ο τύπος και οι επιπτώσεις που μπορεί να έχει η παράβαση του, από την άλλη.

Η Αναθέτουσα Αρχή απέρριψε την προσφορά των Αιτητών γιατί ήταν εκτός προδιαγραφών στα σημεία 7 και 25 του Παραρτήματος Α χωρίς οποιαδήποτε αιτιολογία για την σημασία των εν λόγω όρων, πώς επηρεάζουν την έκταση του αντικειμένου της Σύμβασης ή την ποιότητα των προμηθειών ή πώς περιορίζουν τα δικαιώματα της Αναθέτουσας Αρχής.

Με βάση και την προϊστορία, στα πλαίσια του διαγωνισμού με αριθμό Σ.Υ. 31/09, όπου και πάλι οι Αιτητές απορρίφθηκαν για τον ίδιο λόγο, άσκησαν Ιεραρχική Προσφυγή και πέτυχαν για λόγους αιτιολογίας, θα ανέμενε κανείς από την Αναθέτουσα Αρχή, έστω και αν πρόκειται για άλλο διαγωνισμό, να αιτιολογήσει επαρκώς αυτή τη φορά την απόφαση της. Αντίθετα, η Αναθέτουσα Αρχή επανέλαβε την ίδια απόφαση χωρίς οποιαδήποτε αιτιολογία. Τα όσα ανέφερε η Δικηγόρος της Αναθέτουσας Αρχής κατά την ενώπιον μας διαδικασία ως αιτιολογία σε σχέση με την προδιαγραφή αρ. 7 ήτοι ότι οι εν λόγω διαστάσεις δόθηκαν διότι με αυτές θα εξυπηρετούνται οι χρήστες με βάση τον υφιστάμενο εξοπλισμό τόσο στα δωμάτια (τραπεζάκια), όσο και στην κουζίνα (πλυντήριο πιάτων) και για να αποφευχθεί η δημιουργία άλλων αναγκών, δεν βρίσκουν έρεισμα στο Διοικητικό φάκελο και ως εκ τούτου δεν μπορεί να ληφθούν υπόψη.

Ούτε η αιτιολογία που προβλήθηκε από την Δικηγόρο της Αναθέτουσας Αρχής σε σχέση με την προδιαγραφή αρ. 25 μπορεί να ληφθεί υπόψη. Οι αναφορές της ότι αυτή η προδιαγραφή είναι απαραίτητη διότι όσο μεγαλύτερη είναι η διάμετρος του τροχού τόσο πιο εύκολη είναι η μετακίνηση και ο χειρισμός του τροχηλάτου από τους χρήστες, παραπέμποντας και σε σχετική μελέτη, παρόλο που το όλο θέμα φαίνεται να είναι τεχνικό και συνεπώς ανέλεγκτο, εντούτοις τέτοιες αναφορές στον Διοικητικό φάκελο δεν υπάρχουν.

Σε ότι αφορά τους ισχυρισμούς των Αιτητών σε σχέση με την εγκυρότητα της προσφοράς του επιτυχόντα σημειώνουμε ότι αποτελεί πάγια νομολογιακή αρχή ότι προσφοροδότης ο οποίος δεν τηρεί με ακρίβεια τους όρους του διαγωνισμού αποκλείεται και δεν έχει έννομο συμφέρον ούτε να διεκδικήσει την προσφορά, ούτε να αμφισβητήσει την κατακύρωση της σε άλλο προσφοροδότη. Δηλαδή, αποκλεισθείς προσφοροδότης λόγω παραβίασης όρων διαγωνισμού μπορεί να προσβάλει μόνο τον δικό του αποκλεισμό και όχι κατά πόσον η προσφορά που εντέλει επιλέγηκε πληρούσε ή όχι τους όρους του διαγωνισμού έστω και κατ' επίκληση του ισχυρισμού για άνιση μεταχείριση της. (*Αναθεωρητική Έφεση 105/2011, Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών ν. ELNIA KOKKINOS LTD, 3/2/2017*).

Με βάση τα πιο πάνω κρίνουμε ομόφωνα ότι η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής για απόρριψη της προσφοράς των Αιτητών πάσχει λόγω έλλειψης δέουσας έρευνας και δεν είναι επαρκώς αιτιολογημένη. Ως εκ τούτου η Προσφυγή 39/2017 επιτυγχάνει και η προσβαλλόμενη απόφαση ακυρώνεται.