



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. 32/2016

Μεταξύ:

ΦΑΡΜΑΚΕΥΤΙΚΗΣ ΟΡΓΑΝΩΣΙΣ ΚΥΠΡΟΥ ΛΙΜΙΤΕΔ

Αιτούντων

v.

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΥΓΕΙΑΣ, ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΑΓΟΡΩΝ ΚΑΙ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών:**

Έφη Παπαδοπούλου, Πρόεδρος
Γιώργος Αναστασίου, Μέλος
Σόλων Παπαθεοχάρους, Μέλος
Βασίλης Πάλμας, Μέλος

Αιτητές:

ΦΑΡΜΑΚΕΥΤΙΚΗ ΟΡΓΑΝΩΣΙΣ ΚΥΠΡΟΥ ΛΙΜΙΤΕΔ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Μάρκο-Γρηγόρη Δράκο, Δικηγόρο για Δράκος & Ευθυμίου Δ.Ε.Π.Ε.
2. Γιώργο Παπαϊωάννου, Διευθυντή Πωλήσεων
3. Χαράλαμπο Μεταξά, Εκπρόσωπο Αιτούσας Εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΥΓΕΙΑΣ, ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΑΓΟΡΩΝ ΚΑΙ
ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ

Αντιπροσωπεύτηκε από τους:

1. Έλενα Συμεωνίδου, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. Στέλιο Παπαδόπουλο, Συντονιστή Διαγωνισμού
3. Στυλιανό Θεοδώρου, Προϊστάμενο Αγοράς Αναλωσίμων

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης.: 4 Νοεμβρίου, 2016

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Η παρούσα προσφυγή στρέφεται εναντίον της απόφασης της Διεύθυνσης Αγορών και Προμηθειών του Υπουργείου Υγείας («η Αναθέτουσα Αρχή») να κατακυρώσει τον Διαγωνισμό υπ' αριθμό Σ.Υ. 3/16 και τίτλο «*Διαγωνισμός για την Προμήθεια βιολογικών δεικτών για τις ανάγκες των Τμημάτων Κεντρικής Αποστείρωσης*» στην εταιρεία Proton Medical (Cyprus) Ltd («ο επιτυχών») αντί στην εταιρεία Φαρμακευτική Οργάνωσις Κύπρου Λτδ («οι Αιτητές»). Η προσφορά των Αιτητών δεν επιλέχθηκε λόγω ψηλότερης προσφερθείσας τιμής.

Ο διαγωνισμός προκηρύχθηκε με ανοικτή διαδικασία και κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή. Στις 18.3.2016 υποβλήθηκαν δύο προσφορές, των Αιτητών και του επιτυχόντα.

Στις 20.4.2016 η Επιτροπή Αξιολόγησης υπέβαλε την έκθεση της ημερ. 30.3.2016 στο Συμβούλιο Προσφορών του Υπουργείου Υγείας με εισήγηση την κατακύρωση του διαγωνισμού στον επιτυχόντα.

Στις 25.4.2016 το μέλος της Επιτροπής Αξιολόγησης κα Δώρα Παπαζησίμου απέστειλε επιστολή με την οποία ζητούσε επανεξέταση του θέματος αφού μετά από κατ' ιδίαν έλεγχο που έκανε διαπίστωσε πιθανές σοβαρές διαφοροποιήσεις των προϊόντων της φθηνότερης προσφοράς από τις ζητούμενες προδιαγραφές.

Ενόψει της εν λόγω επιστολής, το Συμβούλιο Προσφορών στις 26.4.2016 αποφάσισε όπως γίνει από την Επιτροπή Αξιολόγησης επαναξιολόγηση των προσφορών.

Η Επιτροπή Αξιολόγησης σε νέα συνεδρία της στις 16.5.2016 και μετά από παρουσίαση από τους δύο προσφοροδότες στις 11.5.2016 του προσφερόμενου συστήματος ετοίμασε νέα έκθεση Αξιολόγησης ημερ. 16.5.2016 η οποία υποβλήθηκε στο Συμβούλιο Προσφορών στις 27.5.2016. Με αυτή γινόταν ομόφωνη εισήγηση για κατακύρωση του διαγωνισμού στον επιτυχόντα. Η κα Παπαζησίμου και με δεύτερη επιστολή της ημερ. 13.5.2016 είχε εκφράσει αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία του επιτυχόντα τις οποίες όμως δεν φαίνεται να διατύπωσε στη συνεδρία της Επιτροπής Αξιολόγησης αφού αντίθετα σ' αυτή, καθώς προκύπτει από το πρακτικό, δήλωσε ότι μετά την παρουσίαση και την πρακτική δοκιμασία έχουν καλυφθεί όλες οι διαφωνίες που δημιουργήθηκαν.

Το Συμβούλιο Προσφορών στις 31.5.2016 αποφάσισε την κατακύρωση του διαγωνισμού στον επιτυχόντα, υιοθετώντας τις εισηγήσεις της Επιτροπής Αξιολόγησης.

Οι Αιτητές αμφισβητώντας τη νομιμότητα της κατακύρωσης υποστηρίζουν ότι σύμφωνα με τον όρο 4.2.1(στ) του Μέρους Α των εγγράφων του διαγωνισμού, οι προσφοροδότες οφείλουν να καταθέσουν μια σειρά από συμπληρωμένα Έντυπα, τα οποία βάσει του όρου 8.2.6, πρέπει να είναι υπογεγραμμένα από εξουσιοδοτημένο

άτομο. Ο επιτυχών, καίτοι κατέθεσε αποφάσεις των Διοικητικών Συμβουλίων του που εξουσιοδοτούν την κ. Ρούλα Ευαγγέλου να υπογράφει τα Έντυπα, για τον άλλο φορέα στις δυνατότητες του οποίου στηρίζεται δεν κατέθεσαν σχετική εξουσιοδότηση προς τον κο Γιώργο Παπαέτη. Ο επιτυχών, ανέφεραν, ο οποίος στηρίζεται στις δυνατότητες άλλου φορέα και βάσει των όρων 6.2.3 και 8.3.1.1.9 πρέπει να περιλάβει στην προσφορά του τα Έντυπα 3 και 13 που περιλαμβάνονται στο Προσάρτημα των εγγράφων του διαγωνισμού υπογραμμένα εκ μέρους του τρίτου φορέα, δεν το έπραξε. Τα εν λόγω Έντυπα, πρόσθεσαν, είναι ουσιώδη.

Άλλος λόγος που προβάλλουν οι Αιτητές είναι ότι η επιτυχούσα δεν πληροί το πέμπτο τεχνικό χαρακτηριστικό της τεχνικής προδιαγραφής 1.6 του Πίνακα Συμμόρφωσης (Έντυπο 5) των εγγράφων του διαγωνισμού, η οποία επιτακτικά ορίζει ότι το προσφερόμενο προϊόν πρέπει «να μην χρειάζεται βαθμονόμηση». Ο επιτυχών, σημείωσαν, για την εν λόγω πιστοποίηση παρέπεμψε στο Τεχνικό Έντυπο 2, σελ. 11, σημείο 1.6.5 όπου αναφέρεται ότι «*if it is wanted to make equipment calibration check software operation manual available*». Η αναφορά αυτή, υποστηρίζουν, όχι μόνο δεν αποδεικνύει ότι δεν χρειάζεται βαθμονόμηση, αλλά αντίθετα, από αυτή εκ πρώτης όψεως συνάγεται ότι τέτοια βαθμονόμηση ενδεχομένως να είναι αναγκαία αφού παραπέμπει σε ιστοσελίδα ως προς τον τρόπο με τον οποίο αυτή μπορεί να γίνει.

Παρά τα πιο πάνω, πρόσθεσαν, η Επιτροπή Αξιολόγησης χωρίς εξήγηση ή αιτιολογία θεώρησε ότι η προσφορά του επιτυχόντα πληρούσε τον πιο πάνω όρο. Αργότερα, όταν ένα μέλος της Επιτροπής Αξιολόγησης είχε δεύτερες σκέψεις αναφορικά με αυτό το ζήτημα το Συμβούλιο Προσφορών παρέπεμψε το θέμα πίσω στην Επιτροπή Αξιολόγησης η οποία κάλεσε τους Αιτητές και τον επιτυχόντα να παρουσιάσουν το προϊόν τους.

Από τα πρακτικά της παρουσίασης που έγινε, υπέβαλαν, είναι φανερό ότι το ερώτημα της βαθμονόμησης και της πλήρωσης είχε τεθεί και στους Αιτητές για την προσφορά των οποίων δεν υπήρχε αμφισβήτηση ότι αυτή πληρούσε την τεχνική προδιαγραφή.

Οι Αιτητές ισχυρίζονται επίσης ότι η προσφορά του επιτυχόντα δεν πληροί το έβδομο τεχνικό χαρακτηριστικό της τεχνικής προδιαγραφής 1.6 του Πίνακα Συμμόρφωσης (Έντυπο 5) σύμφωνα με την οποία το προσφερόμενο προϊόν πρέπει να έχει τη δυνατότητα για *«αποθήκευση στην μνήμη του επωαστήρα μέχρι και 12 επώσεις»*.

Αρχικά, η εν λόγω προδιαγραφή, σημείωσαν, απαιτούσε όπως ο επωαστήρας αποθηκεύει στη μνήμη του μέχρι και 100 επώσεις. Στη συνέχεια όμως και μετά από αίτημα άλλου οικονομικού φορέα ο όρος τροποποιήθηκε έτσι που στη μνήμη του επωαστήρα να αποθηκεύονται μέχρι και 12 επώσεις. Αίτημα για περαιτέρω μείωση

σε 10 επώσεις ή και απάλειψη της απαίτησης απορρίφθηκε γεγονός που φανερώνει ότι η Αναθέτουσα Αρχή θεωρούσε τον όρο ουσιώδη.

Σύμφωνα με τους Αιτητές ο επιτυχών κατέθεσε δήλωση του κατασκευαστή ότι το προσφερόμενο Bionova «*can record by printing paper all the results. If something interrupts the possibility of printing results, the (bionova) will keep the results of 12 readings*» (βλ. Παράρτημα 4 της γραπτής αγόρευσης της Αναθέτουσας Αρχής – Τεχνικό Έντυπο 12).

Ουσιαστικά, υπέβαλαν, από τη Δήλωση του Κατασκευαστή (Τεχνικό Έντυπο 12) προκύπτει ότι η προσφορά του επιτυχόντα πληροί την εν λόγω προδιαγραφή υπό όρους, αφού θα αποθηκευτούν στη μνήμη του μέχρι 12 επώσεις, νοουμένου ότι διακοπεί η εκτύπωση των αποτελεσμάτων.

Η Αναθέτουσα Αρχή απέρριψε όλους τους ισχυρισμούς των Αιτητών.

Συγκεκριμένα, υποστήριξε ότι ο όρος 8.3.1.1.9 δεν απαιτεί όπως με την προσφορά υποβληθεί εξουσιοδότηση του προσώπου που υπογράφει εκ μέρους του άλλου φορέα. Συνεπώς η απουσία εξουσιοδότησης δεν μπορεί να είναι καταλυτική για την έκβαση της προσφυγής. Προς υποστήριξη του ισχυρισμού τους παρέπεμψαν στην *Lella Kentonis Investments Co. Ltd v. Κυπριακής Δημοκρατίας, Υπόθ. Αρ. 1690/2009, ημερ. 7.12.2012.*

Αναφορικά με το θέμα της βαθμονόμησης των επωαστήρων η Αναθέτουσα Αρχή σημείωσε ότι ο επιτυχών στο Έντυπο 5 (Πίνακας Συμμόρφωσης με τις Τεχνικές Προδιαγραφές) δηλώνει ότι οι επωαστήρες δεν χρειάζονται βαθμονόμηση. Από το Τεχνικό Έντυπο 2, πρόσθεσαν, προκύπτει ότι ο επωαστήρας που προσφέρει έχει δύο χρήσεις: Μπορεί να χρησιμοποιηθεί για τους βιολογικούς δείκτες και για το σύστημα PRO1, το οποίο δεν απαιτείται για τους σκοπούς του διαγωνισμού. Από το ίδιο το Τεχνικό Έντυπο 2 (σελ. 7), σημειώνει, προκύπτει ότι η βαθμονόμηση δεν αναφέρεται πουθενά για τους βιολογικούς δείκτες.

Περαιτέρω, σημείωσε, από την σελ. 11 του Τεχνικού Εντύπου 2 «*Features, care, cleaning and maintenance*» και τη λέξη «*calibration*», προκύπτει ότι η βαθμονόμηση δεν είναι διαδικασία που πρέπει να γίνεται υποχρεωτικά αλλά αφήνεται να γίνεται κατά βούληση. Άλλωστε, υπέδειξε, στα πρακτικά της Επιτροπής Αξιολόγησης ημερ. 30.3.2016, κατά τον τεχνικό έλεγχο των επωαστήρων δεν χρειάστηκε να γίνει βαθμονόμηση κάτι που επιβεβαιώνει αυτό που δήλωσαν τόσο ο επιτυχών όσο και οι Αιτητές.

Τέλος, η Αναθέτουσα Αρχή αναφορικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι το προσφερόμενο από τον επιτυχόντα δεν ικανοποιεί το έβδομο τεχνικό χαρακτηριστικό της τεχνικής προδιαγραφής 1.6 υποστήριξε ότι σκοπός της εν λόγω απαίτησης είναι να διασφαλιστεί η αποθήκευση των τελευταίων 12 επωάσεων σε

περίπτωση που συμβεί οτιδήποτε και υπάρχει κίνδυνος να χαθούν τα πιο πρόσφατα δεδομένα του επωαστήρα. Με το Τεχνικό Έντυπο 12 (Δήλωση του Κατασκευαστή), σημείωσε, ο επιτυχών επιβεβαιώνει την διατήρηση όλων των δεδομένων σε έντυπη μορφή και την διαφύλαξη των τελευταίων 12 στην μνήμη του επωαστήρα σε περίπτωση που διακοπεί η εκτύπωση των δεδομένων. Αυτή η διαφοροποίηση δεν διακυβεύει τον στόχο που προσπαθεί να επιτύχει το έβδομο τεχνικό χαρακτηριστικό της τεχνικής προδιαγραφής 1.6 αφού η διαφύλαξη των 12 επώσεων είναι διασφαλισμένη ούτως ή άλλως. Περαιτέρω, συνέχισε, το όγδοο τεχνικό χαρακτηριστικό της τεχνικής προδιαγραφής 1.6 προβλέπει για *«αυτόματη συνεχής καταγραφή και σύνδεση με λογισμικό σύστημα παρέχοντας τη δυνατότητα συνεχούς ελέγχου του αποτελέσματος της επώσης μέσω υπολογιστή»*. Συνεπώς η διαφύλαξη όλων των δεδομένων (όχι μόνο των τελευταίων 12 επώσεων) επιτυγχάνεται μέσω της αυτόματης καταγραφής στο λογισμικό σύστημα της εταιρείας. Λαμβάνοντας υπόψη ότι η διασφάλιση των δεδομένων των επώσεων επιτυγχάνεται με τρεις διαφορετικούς τρόπους: (α) Έντυπη μορφή όλων των επώσεων, (β) καταγραφή στην μνήμη του επωαστήρα των 12 τελευταίων επώσεων σε περίπτωση διακοπής της έντυπης καταγραφής, και (γ) καταχώρηση σε λογισμικό όλων των αποτελεσμάτων των επώσεων, επιτυγχάνεται ο στόχος της συγκεκριμένης προδιαγραφής, υπέβαλαν.

Θα εξετάσουμε πρώτα τον λόγο ακυρότητας σε σχέση με το έβδομο τεχνικό χαρακτηριστικό της τεχνικής προδιαγραφής 1.6 του Πίνακα Συμμόρφωσης (Έντυπο 5), σε σχέση με το Είδος 1, Βιολογικοί δείκτες. Τα αρχικά έγγραφα του διαγωνισμού στην εν λόγω τεχνική προδιαγραφή προέβλεπαν όπως οι επωαστήρες αποθηκεύουν στη μνήμη τους μέχρι και 100 επώσεις.

Μετά από αίτημα οικονομικού φορέα η πιο πάνω απαίτηση τροποποιήθηκε έτσι ώστε να αποθηκεύονται στη μνήμη του επωαστήρα αντί 100 επώσεις, μέχρι και 12 επώσεις. (Διορθωτικό έγγραφο Αρ. 1 ημερ. 7.3.2016).

Αιτήματα άλλων οικονομικών φορέων για περαιτέρω μείωση των επώσεων και/ή απάλειψη της συγκεκριμένης απαίτησης απορρίφθηκαν από την Αναθέτουσα Αρχή.

Όπως είναι καλά νομολογημένο οι όροι ενός διαγωνισμού δεν είναι όλοι ουσιώδεις. Διακρίνονται σε ουσιώδεις ή επουσιώδεις ανάλογα με τη σημασία που αυτοί κρίνεται ότι έχουν στην όλη συμμετοχή στη διαδικασία του διαγωνισμού (*Tamassos Tobacco Suppliers and Co. v. Δημοκρατίας* (1992) 3 A.A.Δ. 60).

Για να είναι ένας όρος ουσιώδης θα πρέπει αυτός να είναι αποφασιστικής σημασίας για την απόφαση κατακύρωσης. Για το κατά πόσο το έβδομο τεχνικό χαρακτηριστικό της τεχνικής προδιαγραφής 1.6 είναι ή όχι ουσιώδες η Αναθέτουσα Αρχή δεν τοποθετήθηκε ευθέως. Απ' όσα όμως υποστήριξε ενώπιον μας εκείνο το

οποίο συνάγεται είναι ότι το θεωρεί ουσιώδες, διαφορεικά δεν έχει νόημα η θέση της ότι η διασφάλιση των δεδομένων των επωάσεων επιτυγχάνεται διαφορετικά.

Ότι η εν λόγω τεχνική προδιαγραφή είναι ουσιώδους σημασίας δεν έχουμε αμφιβολία αφού αυτή παραπέμπει στα ελάχιστα τεχνικά χαρακτηριστικά που πρέπει να πληρούν οι επωαστήρες. Ότι και η Αναθέτουσα Αρχή έτσι το αντιμετώπιζε ενισχύεται και από την απόρριψη αιτήματος οικονομικού φορέα ο οποίος ζητούσε δυνατότητα αποθήκευσης στη μνήμη του επωαστήρα μέχρι και δέκα (10) επωάσεων και άλλου οικονομικού φορέα ο οποίος ζητούσε απάλειψη του εν λόγω τεχνικού χαρακτηριστικού από τη στιγμή που υπάρχει υποστηρικτικό λογισμικό για αυτόματη και συνεχή καταγραφή. Ο ισχυρισμός ότι ο στόχος της διαφύλαξης των τελευταίων 12 επωάσεων διασφαλίζεται ούτως ή άλλως είναι εκ των υστέρων προσπάθεια αιτιολόγησης της εκτίμησης της, αφού την αιτιολογία που πρόβαλε ενώπιον μας όταν της τέθηκε υπό μορφή αιτήματος με αναφορά στην αυτόματη και συνεχή καταγραφή την απέρριψε. Αν πράγματι στόχος του όρου και συνακόλουθα της Αναθέτουσας Αρχής ήταν απλώς η διαφύλαξη των τελευταίων 12 επωάσεων, ανεξάρτητα αν αυτή γίνεται στην μνήμη του επωαστήρα, ή στην μνήμη του υπολογιστή, ή σε έντυπη μορφή τότε προς τι η επιμονή της να διατηρηθεί στον όρο η δυνατότητα του επωαστήρα για αποθήκευση ελάχιστου αριθμού επωάσεων, από την στιγμή μάλιστα που σύμφωνα με το όγδοο τεχνικό χαρακτηριστικό της τεχνικής προδιαγραφής 1.6 στο οποίο η ίδια μας παρέπεμψε (προβλέπεται «αυτόματη συνεχής

καταγραφή και σύνθεση με λογιστικό σύστημα παρέχοντας τη δυνατότητα συνεχούς ελέγχου του αποτελέσματος της επώασης μέσω υπολογιστή»), επιτυγχάνεται όπως η ίδια δήλωσε, η διαφύλαξη όλων των δεδομένων και όχι μόνο των τελευταίων 12 επωάσεων;

Από τη στιγμή που στην τεχνική προδιαγραφή 1.6 η συγκεκριμένη απαίτηση υπήρχε, η Αναθέτουσα Αρχή δεν μπορεί να προβάλει ότι ο σκοπός του όρου ικανοποιείται επειδή τα δεδομένα διατηρούνται σε έντυπη μορφή.

Ο επιτυχών με το Τεχνικό Έντυπο 12 κατέθεσε δήλωση του κατασκευαστή σύμφωνα με την οποία το προσφερόμενο (Bionova) «*can record by printing paper all the results. If something interrupts the possibility of printing results the (bionova) will keep the results of 12 readings*».

Είναι κοινό έδαφος ότι το Bionova διατηρεί σε έντυπη μορφή όλα τα δεδομένα και σε περίπτωση που η έντυπη μορφή διακοπεί, διαφυλάσσει τα τελευταία 12 δεδομένα στη μνήμη του επωαστήρα. Ο όρος όμως δεν είναι αυτό που απαιτεί. Ρητά απαιτεί να φυλάττονται στη μνήμη του επωαστήρα μέχρι και 12 επωάσεις.

Με βάση όλα τα πιο πάνω κρίνουμε ότι ο επιτυχών δεν πληροί το έβδομο τεχνικό χαρακτηριστικό της τεχνικής προδιαγραφής 1.6 του Πίνακα Συμμόρφωσης (Έντυπο 5).

Περαιτέρω και ανεξάρτητα από τα πιο πάνω σημειώνουμε ότι κατά τη μελέτη της υπόθεσης διαπιστώσαμε μέσα από το διοικητικό φάκελο ότι τα αιτήματα οικονομικών φορέων για μείωση και απάλειψη της απαίτησης του έβδομου τεχνικού χαρακτηριστικού εγκρίθηκαν από την Επιτροπή Προδιαγραφών (βλ. επιστολές ημερ. 1.3.2016 και 2.3.2016 με χειρόγραφη αναφορά «αποδεκτό») στη συνέχεια όμως και χωρίς να προκύπτει οτιδήποτε άλλο με το διορθωτικό έγγραφο αρ. 1 ημερ. 7.3.2016 τα αιτήματα αυτά απορρίφθηκαν. Τί μεσολάβησε δεν γνωρίζουμε. Γνωρίζουμε όμως ότι οι Αναθέτουσες Αρχές σύμφωνα με το άρθρο 3 του Ν. 12(I)/2006 θα πρέπει να αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα, χωρίς διακρίσεις και να ενεργούν με διαφάνεια. Ανάλογα προβλέπονται και στο Ν. 73(I)/2016.

Θεωρούμε τις πιο πάνω ενέργειες της Αναθέτουσας Αρχής σε συνδυασμό με τον τρόπο αξιολόγησης στη συνέχεια των προσφορών ότι δεν συνάδει ούτε με την αρχή της χρηστής διοίκησης, ούτε με την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων.

Η πιο πάνω κατάληξη μας θεωρούμε ότι καθιστά αχρειαστή την ενασχόλησή μας με τους υπόλοιπους ισχυρισμούς των Αιτητών.

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