



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. 50/2016

Μεταξύ:

ΦΑΡΜΑΚΕΥΤΙΚΗ ΟΡΓΑΝΩΣΗ ΚΥΠΡΟΥ ΛΤΔ

Αιτητών

v.

ΓΕΝΙΚΟΥ ΧΗΜΕΙΟΥ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτητές:

ΦΑΡΜΑΚΕΥΤΙΚΗ ΟΡΓΑΝΩΣΗ ΚΥΠΡΟΥ ΛΤΔ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Μάρκο Γρηγόρη-Δράκο, Δικηγόρο, για Δράκος & Ευθυμίου Δ.Ε.Π.Ε.
2. Ανδρέα Δημητρίου, Εκπρόσωπο αιτούσας εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΓΕΝΙΚΟ ΧΗΜΕΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Δήμητρα Καλλή, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. Ελένη Μιτσή, Ασκούμενη Δικηγόρο
3. Πόπη Κανάρη, Διευθύντρια Γενικού Χημείου του Κράτους
4. Στέλιο Γιαννόπουλο, Ανώτερο Χημικό, Συντονιστή Επιτροπής Αξιολόγησης
5. Δέσπω Χριστοδούλου, Χημικό 1^{ης} Τάξης, Μέλος Επιτροπής Αξιολόγησης
6. Χριστόφορο Παπαχρυσόστομου, Χημικό, Μέλος Επιτροπής Αξιολόγησης.
7. Παναγιώτη Κωνσταντίνου, Τεχνικό Χημείου, Μέλος Επιτροπής Αξιολόγησης.

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 8 Φεβρουαρίου, 2017

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Αντικείμενο της παρούσας προσφυγής είναι η απόφαση του Γενικού Χημείου του Κράτους («η Αναθέτουσα Αρχή») να απορρίψει ως εκτός προδιαγραφών την προσφορά των Αιτητών από το Διαγωνισμό με αρ. 13.25.05.2016.16 και τίτλο «Προσφορά για την Προμήθεια, Εγκατάσταση και Συντήρηση δύο μηχανημάτων UPLC-MS/MS για το Γενικό Χημείο του Κράτους» και να τον κατακυρώσει στην εταιρεία Antisel Limited («ο επιτυχών»).

Μετά την υποβολή των προσφορών στις 24.6.2016 και το άνοιγμα τους την ίδια ημέρα, η Επιτροπή Αξιολόγησης σε συνεδρίες της ημερ. 27.6.2016, 28.6.2016, 4.7.2016, 8.7.2016 και 22.7.2016 αξιολόγησε τις προσφορές και συνέταξε Έκθεση με εισήγηση για κατακύρωση της προσφοράς στον επιτυχόντα και απόρριψη της προσφοράς των Αιτητών διότι δεν ικανοποιούσε τις τεχνικές προδιαγραφές των σημείων 2.17 και 2.81 του Εντύπου 8. Η εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης έγινε δεκτή από το Συμβούλιο Προσφορών το οποίο στις 2.8.2016 έλαβε την προσβαλλόμενη απόφαση.

Στη συνέχεια, η Αναθέτουσα Αρχή, με επιστολή της ημερομηνίας 9.8.2016 ενημέρωσε τους Αιτητές για την απόφασή της να αναθέσει τον Διαγωνισμό στον επιτυχόντα για το ποσό των €698.850 πλέον Φ.Π.Α και ότι η προσφορά τους δεν είχε επιλεγεί. Συγκεκριμένα, ανέφερε τα ακόλουθα:

«Παρ' όλο που η προσφορά σας ήταν φθηνότερη, η ανάθεση της σύμβασης δεν έγινε σε σας επειδή η Προσφορά σας δεν πληροί τα σημεία 2.17 και 2.81 των τεχνικών προδιαγραφών. Συγκεκριμένα ενώ η ζητούμενη μέγιστη πίεση λειτουργίας είναι 18000psi (σημείο 2.8), στο σημείο 2.17 η προσφερόμενη βαλβίδα FCV-34AH περιορίζει την μέγιστη πίεση σε 14504psi (100MPa). Το προσφερόμενο είδος στο σημείο 2.81 το οποίο αφορά χρωματογραφική στήλη δεν είναι ισοδύναμο, καθώς το υλικό πλήρωσης είναι διαφορετικό από το ζητούμενο και σε διαφορετικό μέγεθος.»

Οι Αιτητές με την προσφυγή τους προωθούν δύο λόγους ακυρότητας. Ο πρώτος αφορά στη διαδικασία και συγκεκριμένα ότι δεν υπογράφηκαν εγκαίρως ή και καθόλου οι δηλώσεις ευσυνειδησίας και αμεροληψίας από τα μέλη της Επιτροπής Ανοίγματος και Επιτροπής Αξιολόγησης και ο δεύτερος ότι λανθασμένα αποκλείστηκαν από το Διαγωνισμό.

Σε σχέση με τον πρώτο λόγο υποστήριξαν ότι τα μέλη της Επιτροπής Ανοίγματος δεν υπέγραψαν τις εν λόγω δηλώσεις και περαιτέρω ότι το μέλος της Επιτροπής Αξιολόγησης κ. Χριστόφορος Παπαχριστοφόρου, ναι μεν υπέγραψε όπως και τα υπόλοιπα μέλη της Επιτροπής Αξιολόγησης τη δήλωση ευσυνείδητης αμερόληπτης εκτέλεσης καθηκόντων στις 27.6.2016, ο ίδιος όμως είχε από τις 24.6.2016 μετά το άνοιγμα παραλάβει τις προσφορές. Οι δηλώσεις αυτές, αναφέρουν, όπως έχει νομολογηθεί υπογράφονται κατά την πρώτη συνεδρία της Επιτροπής Αξιολόγησης, όμως, αν κάποιο μέλος αναλάβει καθήκοντα πριν από την πρώτη συνεδρία, όπως εδώ ο κ. Παπαχριστοφόρου, τότε πρέπει να υπογράψει την δήλωση πριν από τους υπόλοιπους και παρέπεμψαν στην Προσφυγή 17/2015, *Medisell Co Limited v. Υπουργείου Υγείας*, ημερομηνίας 10.7.2015. Συνεπώς, καταλήγουν, εφόσον ο κ.

Παπαχριστοφόρου παρέλαβε τις προσφορές νωρίτερα, έπρεπε να είχε υπογράψει την σχετική δήλωση το αργότερο την 24.6.2016.

Περαιτέρω, ούτε τα μέλη της Επιτροπής Ανοίγματος κα Ειρήνη Κούλα και κα Μαρία Μιχαήλ-Κκάλου υπέγραψαν σχετικές δηλώσεις. Οι Αιτητές, ισχυρίζονται ότι τα μέλη της Επιτροπής Ανοίγματος εμπίπτουν στο Κανονισμό 21(1) της Κ.Δ.Π. 201/2007 αφού έρχονται σε επαφή με τις προσφορές και οφείλουν να ενεργούν με αμεροληψία, ευσυνειδησία και εχεμύθεια. Σημειώνουν μάλιστα ότι στο πρακτικό που συνοδεύει το συμπληρωμένο Παράρτημα I, αναφέρεται ρητώς ότι «όλα τα μέλη της επιτροπής ανοίγματος υπέγραψαν δηλώσεις αμεροληψίας και εχεμύθειας οι οποίες επισυνάπτονται στο πρακτικό αυτό». Ωστόσο, κατά την επιθεώρηση του διοικητικού φακέλου, τέτοιες δηλώσεις δεν ανευρέθησαν.

Οι Αιτητές, υποστηρίζουν ότι, η διαδικασία πάσχει εξ' υπαρχής και η απόφαση κατακύρωσης πρέπει να ακυρωθεί. Ισχυρίζονται ότι όταν τίθενται θέματα αναρμοδιότητας οργάνου, αυτά εξετάζονται, έχουν δηλαδή ο Αιτητές έννομο συμφέρον χωρίς να χρειάζεται να αποδείξουν ότι είναι εντός προδιαγραφών και παραπέμπουν σχετικά στη *Viamax Coach Industry v. Δήμος Στροβόλου Υπ. Αρ. 14/2002* ημερομηνίας 28.1.2003, και *Netcom Limited v. Κυπριακής Δημοκρατίας (2006) 4 Α.Α.Δ. 319*.

Σ' ότι αφορά τους λόγους αποκλεισμού της προσφοράς τους αναφέρουν τα εξής.

Η προδιαγραφή του σημείου 2.8 του Εντύπου 8, αναφέρουν, είναι μέρος των Ειδικών Χαρακτηριστικών, αφορά την αντλία, και προδιαγράφει ότι η μέγιστη δυνατότητα πίεσης πρέπει να είναι τουλάχιστον 18000psi. Η προδιαγραφή αυτή όπως επιβεβαιώνεται και στον Πίνακα Συμμόρφωσης στην έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης πληρείται καθώς η προσφερόμενη αντλία έχει μέγιστη δυνατότητα πίεσης 18000psi. Η προδιαγραφή του σημείου 2.17 του Εντύπου 8 απαιτεί απλώς όπως ο θάλαμος θέρμανσης είναι σε θέση να φιλοξενεί τουλάχιστον 2 στήλες μήκους μέχρι και 150mm και μία βαλβίδα στήλης αλλαγής (column switching valve). Τίποτε άλλο δεν απαιτεί αναφορικά με την πίεση της συγκεκριμένης βαλβίδας. Ο προσφερόμενος θάλαμος θέρμανσης, βαλβίδα και στήλες πληρούν και αυτή την προδιαγραφή. Συνεπώς, εισηγούνται οι Αιτητές, λανθασμένα αποφασίστηκε ότι η βαλβίδα του θαλάμου θέρμανσης ήταν εκτός προδιαγραφών διότι λειτουργεί σε μέγιστη πίεση 14504psi, και άρα εμμέσως περιορίζει και τη μέγιστη πίεση της αντλίας. Η προδιαγραφή του σημείου 2.17 ουδεμία απαίτηση καθόριζε ως προς την μέγιστη πίεση λειτουργίας της βαλβίδας στον θάλαμο θέρμανσης. Η αιτιολογία που υπάρχει στον Πίνακα Συμμόρφωσης για την προδιαγραφή του σημείου 2.17 του Εντύπου 8 («*Λανθασμένη Χρήση switching valve ... max operating pressure 100MPA*») καταδεικνύει τη νομική πλάνη της Αναθέτουσας Αρχής, αφού πουθενά η προδιαγραφή του σημείου 2.17 δεν αναφέρει ότι η βαλβίδα πρέπει να αντέχει πίεση άνω των 100MPA.

Οι Αιτητές δεν συμφωνούν επίσης και με τον λόγο απόρριψης της προσφοράς τους που αφορά την απαίτηση του σημείου 2.81 του Εντύπου 8 η οποία απαιτεί όπως προσφερθούν στήλες «*2 UPLC column C18 1.7um, 2.1x100mm or equivalent*». Αναφέρουν ότι προσέφεραν ισάξιο (equivalent) προϊόν, και συγκεκριμένα στήλες «*Raptor Biphenyl 2.7um, 2.1x100mm*». Η συγκεκριμένη στήλη μπορεί να διεκπεραιώνει την ίδια λειτουργία με την περιγραφόμενη στήλη και είναι ισάξια της. Υποστηρίζουν ότι η κατάληξη της Αναθέτουσας Αρχής επί της προδιαγραφής του σημείου 2.81 του Εντύπου 8 πάσχει καθότι η Αναθέτουσα Αρχή αρκέστηκε στο να υποδείξει τις διαφορές μεταξύ της περιγραφόμενης και της προσφερόμενης στήλης χωρίς να αιτιολογήσει γιατί οι διαφορές που διαπίστωσε είναι ουσιώδεις και/ή γιατί θεωρεί ότι καθιστούν την προσφερόμενη στήλη υποδεέστερη και μη ισάξια της προδιαγραφόμενης. Ούτε το διαφορετικό υλικό πλήρωσης και το διαφορετικό μέγεθος δεν επηρεάζουν την λειτουργία (function) της στήλης και του συστήματος γενικότερα. Κατά τους Αιτητές η Αναθέτουσα Αρχή ερμήνευσε την προδιαγραφή ως να μην υπήρχε η φράση «*or equivalent*». Πρόσθετα, υπάρχει απουσία αιτιολογίας.

Στη συνέχεια οι Αιτητές προχωρούν και σε τεχνική ανάλυση της προσφερόμενης στήλης με σκοπό να καταδείξουν ότι αυτή θεωρείται ανώτερη από τη προδιαγραφόμενη σε σχέση με τη C18 με πολύ καλύτερη διαχωριστική ικανότητα και εκλεκτικότητα. Τονίζουν ότι είναι ιδανική λύση για γρήγορες και πολύπλοκες αναλύσεις σε όργανα UPLC-MS/MS και παραπέμπουν σε διαφημιστικό της εταιρείας Restek όπου γίνεται σύγκριση της Raptor Biphenyl με την αντίστοιχη C18.

Τέλος, σημειώνουν ότι οι στήλες που περιγράφονται στην προδιαγραφή του σημείου 2.81 είναι αναλώσιμα προϊόντα τα οποία διατίθενται στην αγορά και στοιχίζουν γύρω στα €700. Συνεπώς, οποιαδήποτε απόκλιση από αυτή την προδιαγραφή είναι επουσιώδης. Προς ενίσχυση της θέσης τους παραπέμπουν σε επιστολή της κατασκευάστριας εταιρείας, η οποία επιβεβαιώνει την τεχνική ισότητα των προσφερόμενων προϊόντων αλλά και την ετοιμότητα της να παρέχει άλλα προϊόντα χωρίς επιπλέον κόστος.

Η Αναθέτουσα Αρχή απαντώντας στον πρώτο ισχυρισμό των Αιτητών υποστηρίζει ότι δεν υπάρχει υποχρέωση για υπογραφή δηλώσεων αμερόληπτης άσκησης καθηκόντων σύμφωνα με τον Κανονισμό 21 της Κ.Δ.Π. 201/2007 σε σχέση με τις Επιτροπές Ανοίγματος αφού αυτές δεν είναι επιφορτισμένες με αξιολόγηση προσφορών και επικαλείται την ***CD Foodlab Ltd v. Υπουργείου Γεωργίας, Φυσικών Πόρων και Περιβάλλοντος***, Αρ.2002/12 ημερομηνίας 29.7.2016. Πρόσθεσε δε ότι σύμφωνα με εσωτερικές διαδικασίες του Γενικού Χημείου του Κράτους όλο το προσωπικό έχει υπογράψει δηλώσεις εμπιστευτικότητας, συμπεριλαμβανομένων και των μελών της Επιτροπής Ανοίγματος, οι οποίες δηλώσεις είναι καταχωρημένες στους προσωπικούς υπηρεσιακούς φακέλους του προσωπικού του Γενικού Χημείου. Οι δηλώσεις αυτές επισυνάφθηκαν στη Γραπτή Αγόρευση της Αναθέτουσας Αρχής.

Αναφέρει ακόμα ότι ο κ. Παπαχρυσοστόμου παρέλαβε ηλεκτρονικά τις προσφορές κατά την ημερομηνία ανοίγματος τους χωρίς όμως να προβεί σε οποιαδήποτε επεξεργασία και/ή αξιολόγηση. Υπέγραψε δε τη σχετική δήλωση ως μέλος της Επιτροπής Αξιολόγησης προτού αρχίσει η αξιολόγηση των προσφορών όπως και τα υπόλοιπα μέλη της Επιτροπής.

Σε σχέση με τους ισχυρισμούς των Αιτητών που αφορούν τους λόγους απόρριψης της προσφοράς τους η Αναθέτουσα Αρχή παραπέμποντας στις *Logicom Public Ltd v. Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών κ.α*, Αρ.153/2008, ημερομηνίας 27.8.2009 και *ΑΕ 183/2007 Αρχή Τηλεπικοινωνιών Κύπρου v. Dicom Ltd* ημερομηνίας 21.1.2011 υποστηρίζει ότι το δικαστήριο δεν υπεισέρχεται σε έλεγχο ζητημάτων τεχνικής φύσης εκτός εάν η απόφαση του αρμοδίου οργάνου δεν ήταν εύλογα επιτρεπτή.

Η προσφορά των Αιτητών, υποστήριξε, όπως αναλυτικά καταγράφεται στα πρακτικά της Επιτροπής Αξιολόγησης ημερομηνίας 8.7.2016, απορρίφθηκε διότι αυτή δεν πληρούσε τις τεχνικές προδιαγραφές των σημείων 2.17 και 2.81 του Εντύπου 8. Οι Αιτητές, αναφέρει, προσέφεραν περισσότερες από δύο στήλες, με την εισαγωγή βαλβίδας που δεν επέτρεπε στο σύστημα να λειτουργήσει στο σύνολο του στη μέγιστη πίεση των 18000psi αλλά σε 14504psi. Ούτε πληρούσαν την προδιαγραφή του σημείου 2.81 διότι το προσφερόμενο είδος (Raptor tm Biphenyl 2.7 um) είχε διαφορετικό μέγεθος σωματιδίων και διαφορετικό υλικό πλήρωσης στήλης που δεν

διασφαλίζει την απαιτούμενη λειτουργία του συστήματος, ως προς την εφαρμογή συνθηκών χρωματογραφίας (UPLC).

Μας απασχόλησε κατά πόσο θα εξετάζαμε πρώτο το ζήτημα της νομιμότητας της διαδικασίας το οποίο ήγειραν οι Αιτητές ή το ζήτημα του αποκλεισμού της προσφοράς τους και τούτο γιατί σύμφωνα με την *Δημοκρατία ν. Α. Κ. Χατζιωάννου & Υιοί (2005) 3 ΑΑΔ 467* η ύπαρξη έννομου συμφέροντος αποτελεί υποκειμενική προϋπόθεση για να υπάρξει δικαιοδοσία του Ανωτάτου Δικαστηρίου κάτω από το Άρθρο 146 του Συντάγματος και ότι «*προσφορά που δεν πληροί ουσιώδη όρο ή όρους του διαγωνισμού είναι άκυρη και ως εκ τούτου δεν μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο εξέτασης. (Κ. & Μ. Transport ν. Ε.Φ.Α. & Others (1987) 3 C.L.R. 1939, P. Steff & Co. ν. Δημοκρατίας (1990) 3 Α.Α.Δ. 3343*».

Κρίναμε όμως και λαμβάνοντας υπόψη τη διάκριση που γίνεται στη σελίδα 195-196 στο σύγγραμμα «*Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*» του Δ.Γ. Ραΐκου και υιοθετείται στη *Κ. Κ. MEDICAL SPECIALIST S.A. ν. Κυπριακής Δημοκρατίας μέσω Υπουργείου Υγείας, Διεύθυνση Αγορών και Προμηθειών, Αρ. 510/2012, ημερ. 18.3.2016*, ότι η παρούσα περίπτωση δικαιολογείται όπως το ζήτημα της νομιμότητας της σύνθεσης της Επιτροπής Αξιολόγησης εξετασθεί πρώτο αφού η απόφαση αποκλεισμού των Αιτητών αποτελεί προϊόν αξιολόγησης κατά διακριτική ευχέρεια του αξιολογούντος οργάνου δηλαδή της Επιτροπής Αξιολόγησης.

Σχετικοί με το πρώτο ζήτημα που έθεσαν οι Αιτητές είναι οι όροι 3.1 και 9.1 του Μέρους Α των εγγράφων του διαγωνισμού τους οποίους και παραθέτουμε στο βαθμό που εδώ ενδιαφέρουν:

«3. *Νομικό Πλαίσιο*
3.1 *Ισχύουσα Νομοθεσία*

Ο Διαγωνισμός θα διεξαχθεί σύμφωνα με τους σχετικούς με τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων Νόμους και Κανονισμούς της Κυπριακής Δημοκρατίας όπως τυχόν έχουν κατά περίπτωση τροποποιηθεί και ισχύουν, και ειδικότερα:

- α. τον περί της Ρύθμισης των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και για Συναφή Θέματα Νόμο του 2016, ο οποίος έχει δημοσιευθεί στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας στις 28 Απριλίου 2016 {N.73(I)/2016}.*
- β. τους περί της Σύναψης Συμβάσεων (Προμήθειες, Έργα και Υπηρεσίες) Γενικούς Κανονισμούς, οι οποίοι έχουν δημοσιευθεί στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας στις 4 Μαΐου 2007 (ΚΔΠ 201/2007).*
- γ. [...].*
- δ. [...].*
- ε. τους περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών (Χρήση Ηλεκτρονικών Μέσων) Κανονισμούς (ΚΔΠ 249/2009)*

Πρόσβαση στα έγγραφα της προαναφερθείσας νομοθεσίας μπορούν να έχουν οι Ενδιαφερόμενοι Οικονομικοί Φορείς μέσω της ιστοσελίδας www.treasury.gov.cy».

«9. ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΔΙΕΝΕΡΓΕΙΑΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ

9.1. Αποσφράγιση Προσφορών

Η αποσφράγιση των Προσφορών που έχουν έγκαιρα υποβληθεί στο Ηλεκτρονικό Σύστημα Σύναψης Συμβάσεων (www.eprocurement.gov.cy) γίνεται από εξουσιοδοτημένα πρόσωπα μετά την εκπνοή της προθεσμίας υποβολής Προσφορών της παραγράφου 2.20 με τον τρόπο που προβλέπεται στους περί του Συντονισμού των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Προμηθειών, Έργων και Υπηρεσιών (Χρήση Ηλεκτρονικών Μέσων) Κανονισμούς (ΚΔΠ249/2009)».

Οι Αιτητές για να υποστηρίξουν ότι η Επιτροπή Ανοίγματος των Προσφορών είναι Επιτροπή στα πλαίσια της ΚΔΠ 201/2007 μας παρέπεμψαν στον Κανονισμό 21(1) ο οποίος προβλέπει ότι:

«21.-(1) Πριν από την ανάληψη των καθηκόντων τους ο Πρόεδρος, ο αντιπρόσωπός του, ο Αναπληρωτής Πρόεδρος και τα μέλη όλων των Συμβουλίων και Επιτροπών που συστήνονται με βάση τους παρόντες Κανονισμούς, καθώς επίσης και οι ιδιώτες σύμβουλοι ή μελετητές στους οποίους ανατίθεται η αξιολόγηση προσφορών, υπογράφουν δήλωση ότι θα εκτελούν τα καθήκοντά τους με ευσυνειδησία και αμεροληψία, χωρίς φόβο ή εύνοια και θα τηρούν απόλυτη εχεμύθεια κατά την εκτέλεση των καθηκόντων τους.»

Το ζήτημα της αναγκαιότητας υπογραφής δήλωσης ευσυνειδησίας και αμεροληψίας από τα πρόσωπα που ανοίγουν τις προσφορές ή όπως οι Αιτητές τους αποκαλούν «Επιτροπή Ανοίγματος» έχει εξεταστεί από το Δικαστήριο στη ***C.D. Foodlab Limited ν. Υπουργείου Γεωργίας, Φυσικών Πόρων και Περιβάλλοντος δια του Τμήματος Γεωλογικής Επισκόπησης***, Υπόθ. Αρ. 2002/2012, ημερ. 29.7.2016 απ' όπου και τα πιο κάτω τα οποία κρίνουμε ότι τυγχάνουν εφαρμογής και στην παρούσα.

«Συνεπώς υποχρέωση υπογραφής δήλωσης ευσυνειδησίας και αμερόληπτης εκτέλεσης καθηκόντων, σύμφωνα με τον Κανονισμό 21(1), έχουν τα μέλη όλων των Συμβουλίων και Επιτροπών που συστήνονται με βάση τον σχετικό Κανονισμό και στα οποία ανατίθεται η αξιολόγηση των προσφορών. Η επιτροπή ανοίγματος του Κανονισμού 31(1), σχέση έχει με τη διαδικασία υποβολής των προσφορών και όχι την διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών».

Πρόσθετα σημειώνουμε ότι πουθενά στην ΚΔΠ 201/2007 ή στην ΚΔΠ 249/2009 γίνεται λόγος για «Επιτροπή Ανοίγματος». Προφανώς η φράση χρησιμοποιήθηκε από τους Αιτητές στη βάση των αναφορών στην πιο πάνω απόφαση είτε των

αναφορών στο πρακτικό ανοίγματος που δημιουργείται από το Σύστημα και βρίσκεται στο φάκελο. Τόσο στον Κανονισμό 31(2)(α)(β) της ΚΔΠ 201/2007 όσο και στον Κανονισμό 11(1) της ΚΔΠ 249/2009 αλλά και γενικότερα στους εν λόγω κανονισμούς πουθενά δεν συναντάται η φράση «Επιτροπή Ανοίγματος». Στον Κανονισμό 31(2) γίνεται λόγος για λειτουργούς που κρατούν τα κλειδιά του κιβωτίου Προσφορών στον δε Κανονισμό 11(1) της ΚΔΠ 249/2009 για δύο εξουσιοδοτημένους λειτουργούς, *«οι οποίοι παραλαμβάνουν τα ηλεκτρονικά κλειδιά (κωδικοί) για το άνοιγμα του ηλεκτρονικού κιβωτίου προσφορών για το συγκεκριμένο διαγωνισμό»*.

Σ' ότι αφορά το δεύτερο σκέλος του λόγου σε σχέση με τη νομιμότητα της σύνθεσης της Επιτροπής Αξιολόγησης ούτε αυτό βρίσκουμε να ευσταθεί. Τα λεχθέντα στην Προσφυγή 17/2015¹ στην οποία οι Αιτητές μας παρέπεμψαν δεν τυγχάνουν εδώ εφαρμογής αφού εδώ δεν υπάρχει οτιδήποτε ενώπιον μας από το οποίο να προκύπτει ότι ο κ. Παπαχρυσόστομος, μέλος της Επιτροπής Αξιολόγησης, προέβη σε οτιδήποτε πριν από την υπογραφή της δήλωσης στις 27.6.2016 η οποία είναι και η πρώτη συνεδρία της Επιτροπής Αξιολόγησης. Το γεγονός ότι οι προσφορές δόθηκαν από τους λειτουργούς ανοίγματος στο εν λόγω μέλος της Επιτροπής Αξιολόγησης από μόνο του δεν μπορεί να καταστήσει τη διαδικασία τρωτή. Τα μέλη της Επιτροπής

¹ MEDISELL CO LTD v. ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΥΓΕΙΑΣ, ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΑΓΟΡΩΝ ΚΑΙ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ, ημερ. 10.7.2015

Αξιολόγησης υπέγραψαν τις προβλεπόμενες δηλώσεις νομότυπα πριν από την ανάληψη των καθηκόντων τους, δηλαδή την αξιολόγηση των προσφορών.

Ενόψει των πιο πάνω οι σχετικοί ισχυρισμοί των Αιτητών απορρίπτονται ως αβάσιμοι.

Αναφορικά, με τις τεχνικές προδιαγραφές που απαιτούνται στο Έντυπο 8, το οποίο προβλέπεται από τον όρο 8.3.2.1 του Μέρους Α και για τις οποίες η προσφορά των Αιτητών κρίθηκε ότι δεν ικανοποιούσε με τον προσφερόμενο εξοπλισμό, στο εν λόγω έντυπο προβλέπονται τα ακόλουθα:

«2.8 – *Maximum operating pressure not less than 18000psi*». Σε ελεύθερη μετάφραση: Η μέγιστη πίεση λειτουργίας να μην είναι μικρότερη από 18000psi.

«2.17 – *Column Heater/Management to accommodate – At least 2 columns and a column swiching valve, column length up to 150mm*». Σε ελεύθερη μετάφραση: Η Στήλη Θέρμανσης/Διαχείρισης να μπορεί να φιλοξενεί - Τουλάχιστον 2 στήλες και μία στήλη αλλαγής βαλβίδας, μήκους μέχρι και 150mm.

Η Επιτροπή Αξιολόγησης σε σχέση με αυτό το ζήτημα στο πρακτικό της ημερομηνίας 8.7.2016, σελίδα 2-3 καταγράφει τα εξής:

«2. Η προσφορά της εταιρείας CPO δεν πληροί τις προδιαγραφές που καθορίζονται στα σημεία 2.8 και 2.81 του Εντύπου 8 των εγγράφων του διαγωνισμού. Στο σημείο 2.17, ο προσφοροδότης σημειώνει ότι πληροί την εν λόγω απαίτηση και αναγράφει την βαλβίδα ελέγχου ροής που προσφέρει “FCV-34AH High-Pressure 7 port, 6-position valve Flow-Line Selection Valve with Manifold is included for switching between 6 columns”, και παραπέμπει στη σελίδα 1 του καταλόγου 8 του συστήματος Nexera του κατασκευαστή Shimadzu. Εξετάζοντας το συγκεκριμένο κατάλογο, αναγράφει ότι «The Nexera Method

Scouting System achieves stable data acquisition by adopting the newly developed FCV-34AH (100MPa pressure resistance) high-pressure resistant column switching valve and manifold», δηλαδή συμπεραίνεται ότι η προσφερόμενη βαλβίδα FCV-34AH έχει αντοχή πίεσης 100MPa που ισοδυναμεί με 14504 psi, τιμή η οποία είναι μικρότερη από την ελάχιστη απαιτούμενη τιμή των 18000 psi για την λειτουργία του χρωματογραφικού συστήματος που καθοριζόταν στο σημείο 2.8 («Maximum operating pressure not less than 18000 psi») του Εντύπου 8, με αποτέλεσμα να μην πληρείται η εν λόγω προδιαγραφή στο σημείο 2.8. [...]».

Είναι πάγια νομολογημένο ότι το Δικαστήριο δεν ελέγχει θέματα τεχνικής φύσης εφόσον η Διοίκηση είναι καλύτερος γνώστης και κριτής αυτών των ζητημάτων. Η κρίση της Διοίκησης σε ζητήματα τεχνικής φύσης ή ειδικών γνώσεων όπως έχει κατ' επανάληψη αναφερθεί, άλλωστε αυτή ήταν και θέση του δικηγόρου των Αιτητών, είναι γενικά ανέλεγκτη. Η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών όπως είναι καλά γνωστό περιορίζεται σε έλεγχο νομιμότητας και δεν προβαίνει σε τεχνική αξιολόγηση των στοιχείων που υποβάλλονται από τους οικονομικούς φορείς με την προσφορά τους. Γι' αυτό ακριβώς και ο δικηγόρος των Αιτητών σεβόμενος τη νομολογία μάς κάλεσε να εξετάσουμε το ζήτημα όχι από τεχνικής άποψης αλλά από άποψης νομιμότητας και συγκεκριμένα κατά πόσο η Επιτροπή Αξιολόγησης, καίτοι το σημείο 2.17 του Εντύπου 8 δεν προέβλεπε ούτε αναφερόταν σε μέγιστη δυνατή πίεση τουλάχιστον 18000psi που προέβλεπε το σημείο 2.8 του ίδιου Εντύπου, νόμιμα και δικαιολογημένα προέβη στο συσχετισμό των δύο όρων.

Αντικείμενο του διαγωνισμού είναι η προμήθεια, εγκατάσταση και συντήρηση δύο συγκεκριμένων μηχανημάτων για τα οποία παρατίθεται μεγάλος αριθμός τεχνικών προδιαγραφών. Οι τεχνικές αυτές προδιαγραφές δεν χωρεί αμφιβολία ακόμη και για

πρόσωπα που δεν είναι ειδικά με το αντικείμενο του διαγωνισμού, ότι δεν μπορεί να τίθενται ανεξάρτητα και κατ' απομόνωση η μια από την άλλη, αλλά σε συνάρτηση μεταξύ τους και τούτο για την επιτυχία της καλής λειτουργίας του όλου συστήματος και της επίτευξης του σκοπού για τον οποίο αυτό προορίζεται. Ότι οι τεχνικές προδιαγραφές δεν μπορεί να αξιολογούνται ανεξάρτητα η μια από την άλλη και χωρίς να υπεισερχόμεθα σε θέματα τεχνικά, θεωρούμε ότι υποστηρίζεται και από το γεγονός ότι στο Έντυπο 8 οι τεχνικές προδιαγραφές οι οποίες παρατίθενται κάτω από το γενικό τίτλο «Ειδικά Χαρακτηριστικά» χωρίζονται σε ομάδες. Τα τεχνικά χαρακτηριστικά 2.8 και 2.17 τα οποία η Επιτροπή Αξιολόγησης συσχέτισε για να καταλήξει ότι η προσφορά των Αιτητών είναι εκτός προδιαγραφών εντάσσονται στην κατηγορία «*A. Inlet System Module*».

Συνεπώς, η θέση της Αναθέτουσας Αρχής και ο τρόπος που αυτή ενήργησε κατά την αξιολόγηση είναι καθόλα ορθή και εύλογη. Η δε κατάληξη της καθώς προκύπτει από το πρακτικό της Επιτροπής Αξιολόγησης επαρκώς αιτιολογημένη.

Καίτοι η πιο πάνω κατάληξη μας σηματοδοτεί και την τύχη της προσφυγής αφού δεν χωρεί αμφιβολία ότι η μη συμμόρφωση με την πιο πάνω τεχνική προδιαγραφή συνιστά παράβαση ουσιώδους όρου θα προχωρήσουμε να εξετάσουμε και το δεύτερο λόγο για τον οποίο η προσφορά των Αιτητών αποκλείστηκε.

Σε σχέση με αυτό το ζήτημα στο πρακτικό της Επιτροπής Αξιολόγησης ημερ. 8.7.2016 καταγράφονται τα εξής:

«Όσον αφορά το προσφερόμενο είδος χρωματογραφικής στήλης «Raptor Biphenyl 2.7um» που αναγράφεται στο σημείο 2.81 του Εντύπου 8 που υπέβαλε ο εν λόγω προσφοροδότης, δεν είναι ισοδύναμο με το απαιτούμενο είδος «...UPLC column C18 1.7um...». Στο σημείο αυτό αξίζει να σημειωθεί ότι ο λόγος που δεν συνάδει το προσφερόμενο όργανο του κατασκευαστή Shimadzu δεν οφείλεται στην αδυναμία του κατασκευαστή Shimadzu να καλύψει τις απαιτήσεις των προδιαγραφών που καθορίστηκαν στο Έντυπο 8 των εγγράφων του εν λόγω διαγωνισμού, αλλά στην προτίμηση/επιλογή του προσφοροδότη CPO να προσφέρει βαλβίδες (σημείο 2.17 και 2.8 του Εντύπου 8) και κολώνες (σημείο 2.81 του Εντύπου 8) υποδεέστερες των απαιτήσεων του Γενικού Χημείου, ενώ υπάρχουν άλλα μοντέλα των κατασκευαστών τα οποία ικανοποιούσαν τις εν λόγω απαιτήσεις/προδιαγραφές. Τονίζεται ότι, για το σημείο 2.17 και 2.8 του Εντύπου 8, ο προσφοροδότης ANTIΣΕΛ, προσφέρει επίσης το ίδιο σύστημα Nexera του κατασκευαστή Shimadzu αλλά με τη βαλβίδα «FCV-32AH» η οποία έχει *maximum operating pressure* 130MPa που ισοδυναμεί με 18855psi και συνεπώς ικανοποιεί την ελάχιστη απαίτηση των 18000 psi που καθοριζόταν στο σημείο 2.8 του Εντύπου 8.»

Ότι προκύπτει από πιο πάνω είναι ότι ο αποκλεισμός της προσφοράς των Αιτητών έγινε επειδή δεν υπάρχει συμμόρφωση με την απαίτηση του σημείου 2.81 του Εντύπου 8 το οποίο προβλέπει τα εξής:

«2.81 The following consumables should be provided with the installation of each instrument:

- [...]
- 2UPLC column C18 1.7um,
2.1x100mm or equivalent
- [...]».

Καίτοι στο πρακτικό γίνεται λόγος ότι το προσφερόμενο είδος χρωματογραφικής στήλης δεν είναι ισοδύναμο με το απαιτούμενο στη συνέχεια εκείνο το οποίο επεξηγείται φανερώνει ότι η προσφορά των Αιτητών δεν πληρούσε το συγκεκριμένο σημείο και γι' αυτό αποκλείστηκε. Δηλαδή δεν εξετάστηκε ζήτημα ισοδύναμου.

Άλλωστε και το παράπονο των Αιτητών είναι ακριβώς ότι η Αναθέτουσα Αρχή παρέλειψε να εξετάσει κατά πόσο το προσφερόμενο είδος χρωματογραφικής στήλης είναι ισοδύναμο με το ζητούμενο. Έμμεσα δηλαδή οι Αιτητές δέχονται ότι το προσφερόμενο δεν είναι σύμφωνο με την εν λόγω τεχνική προδιαγραφή, είναι όμως, ισχυρίζονται, ισοδύναμο της.

Δεν εξετάστηκε ζήτημα ισοδύναμου προϊόντος πράγμα το οποίο και ενώπιον μας υποστήριξαν οι εκπρόσωποι της Αναθέτουσας Αρχής.

Σε σχέση με το ζήτημα του ισοδύναμου προϊόντος σχετικό είναι το άρθρο 39(6)(β) του Ν. 73(I)/2016 το οποίο προβλέπει τα εξής.

(β) Ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων και εκείνων που αναφέρονται στο άρθρο 41, ότι το έργο, η προμήθεια ή η υπηρεσία που πληροί το πρότυπο ανταποκρίνεται στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις, τις οποίες έχει ορίσει η αναθέτουσα αρχή».

Επίσης στη **ΔΑΔΙΚΟ ΛΤΔ ν. ΚΥΠΡΙΑΚΗΣ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ ΜΕΣΩ ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΚΑΙ ΔΙΕΥΘΥΝΤΗ ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΚΡΑΤΙΚΩΝ ΑΓΟΡΩΝ ΚΑΙ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ**, Υπόθ. Αρ. 1454/2011, ημερ. 15.3.2016, εξετάστηκε το ζήτημα του ισοδύναμου προϊόντος υπό το φως βέβαια του άρθρου 25 του Ν.12(I)/2006 ο οποίος έχει αντικατασταθεί από το Ν.73(I)/2016. Τόσο στο άρθρο 25 του καταργηθέντος νόμου όσο και στο άρθρο 39 του Ν.73(I)/2016 οικονομικοί φορείς που υποβάλλουν προσφορά για προϊόν που θεωρούν ισοδύναμο

με αυτό που ζητείται στις τεχνικές προδιαγραφές έχουν το βάρος απόδειξης της ισχυριζόμενης ισοδυναμίας.

Στην παρούσα περίπτωση οι Αιτητές δεν φαίνεται με την προσφορά τους να υπέβαλαν οτιδήποτε προς την κατεύθυνση ότι το προσφερόμενο για την συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή είναι ισοδύναμο αλλά ούτε και οτιδήποτε που να αποδεικνύουν την ισοδυναμία του ώστε η παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής να εξετάσει τυχόν ισοδυναμία του προσφερόμενου με το ζητούμενο να μπορεί να οδηγήσει σε πεπλανημένη αξιολόγηση της προσφοράς των Αιτητών.

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

Δεν επιδικάζονται έξοδα.