



ΑΝΑΘΕΩΡΗΤΙΚΗ ΑΡΧΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ
TENDERS REVIEW AUTHORITY

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

Προσφυγή Αρ. 35/2022

Μεταξύ:

GJK HEALTHPHARMA SERVICES LTD

Αιτητών

v.

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΥΓΕΙΑΣ – ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΑΓΟΡΩΝ ΚΑΙ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ ΕΚ ΜΕΡΟΥΣ
ΤΟΥ ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΥ ΑΣΦΑΛΙΣΗΣ ΥΓΕΙΑΣ.

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

Έφη Παπαδοπούλου, Πρόεδρος
Γιώργος Αναστασίου, Μέλος
Σόλων Παπαθεοχάρους, Μέλος
Δήμος Θωμά, Μέλος

Αιτητές:

GJK HEALTHPHARMA SERVICES LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Χαρίλαο Βελάρη, Δικηγόρο για Βελάρης & Βελάρης ΔΕΠΕ
2. Στέλλα Δαμιανού, Δικηγόρο για Βελάρης & Βελάρης ΔΕΠΕ
3. Γιώργο Καΐμη, Διευθυντή Αιτήτριας Εταιρείας
4. Άντη Καΐμη, Διευθυντή Αιτήτριας Εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΥΓΕΙΑΣ – ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΑΓΟΡΩΝ ΚΑΙ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Στεφάνια Οδ. Χατζηστεφάνου, Δικηγόρο της Δημοκρατίας Α΄.
2. Σοφία Πετρίδου, Αν. Λειτουργό ΟΑΥ
3. Γεωργία Μιχαήλ, Φαρμακοποιό
4. Μαΐρη Φραγκούδη, Φαρμακοποιό
5. Γεωργία Βασιλείου, Φαρμακοποιό, Υπουργείο Υγείας,
Διεύθυνση Αγορών και Προμηθειών
6. Αντωνία Παπανικολάου, Φαρμακοποιό, Υπουργείο Υγείας,
Διεύθυνση Αγορών και Προμηθειών

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 15 Φεβρουαρίου, 2023

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Η απόρριψη από τη Διεύθυνση Αγορών και Προμηθειών του Υπουργείου Υγείας («η Αναθέτουσα Αρχή») της προσφοράς της εταιρείας GJK HEALTHPHARMA SERVICES LTD («οι Αιτητές») στα πλαίσια του διαγωνισμού με τίτλο «*Προσφορά για την Προμήθεια Botulin Toxin*» και αρ. Φ.Υ.Υ. 112/2022 (στο εξής «ο Διαγωνισμός») είχε ως αποτέλεσμα την καταχώρηση της παρούσας προσφυγής.

Ο Διαγωνισμός προκηρύχθηκε στις 20.07.2022 μέσω του ηλεκτρονικού συστήματος σύναψης συμβάσεων (e - Procurement) και δημοσιεύτηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας και στην Ευρωπαϊκή Εφημερίδα. Η εκτίμηση δαπάνης του Διαγωνισμού καθορίστηκε στις €156.800,00 (εκατό πενήντα έξι χιλιάδες και οκτακόσια ευρώ), μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. Κριτήριο επιλογής σύμφωνα με τους όρους του Διαγωνισμού ήταν η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής. Εμπρόθεσμα στις 08.09.2022 υποβλήθηκαν τρεις προσφορές μεταξύ των οποίων και η προσφορά των Αιτητών.

Στις 18.10.2022 το Συμβούλιο Προσφορών της Αναθέτουσας Αρχής αποφάσισε ομόφωνα την κατακύρωση του Διαγωνισμού στην εταιρεία Theosanna Ltd, («ο Επιτυχών»), ως η εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης, στην τιμή των €134.900,00 πλέον Φ.Π.Α. και ενημερώθηκαν οι οικονομικοί φορείς.

Η προσφορά των Αιτητών απορρίφθηκε ως μη πληρούσα τις πρόνοιες της παραγράφου 7.5 του Μέρους Α' των εγγράφων του διαγωνισμού.

Αρχικά αναφέρουμε ότι κατά την ενώπιον μας ακροαματική διαδικασία οι Αιτητές απέσυραν ισχυρισμούς σε σχέση με την επιθεώρηση των διοικητικών φακέλων καθώς και το άνοιγμα και φύλαξη των προσφορών.

Ο πρώτος ισχυρισμός των Αιτητών αφορά στον αποκλεισμό της προσφοράς τους επειδή με αυτήν προσέφεραν 750 φιαλίδια Botulin Toxin αντί 1.000. Σύμφωνα με τους όρους του Διαγωνισμού, αναφέρουν, οι προσφοροδότες είχαν τη δυνατότητα να προσφέρουν μέχρι 1.000 φιαλίδια Botulin Toxin και όχι ακριβώς 1.000 όπως η Αναθέτουσα Αρχή ισχυρίζεται.

Σύμφωνα με τον όρο 7.5. του Διαγωνισμού, υποστηρίζουν, υπήρχε η δυνατότητα υποβολής προσφοράς για μέρος του Αντικειμένου της Σύμβασης. Επίσης στο Έντυπο 5 με τίτλο *«Πίνακας Προσφοράς και Συμμόρφωσης με τις τεχνικές προδιαγραφές κα τους Ειδικούς όρους»* κάτω από την στήλη ποσότητα αναφέρεται *«Μέχρι 1.000 φιαλίδια [...]»*. Επομένως, τονίζουν, η όποια προσφορά μπορούσε να είναι μέχρι 1000 και όχι ακριβώς 1.000 φιαλίδια. Σύμφωνα με τους Αιτητές, προσφορά με οποιονδήποτε μικρότερο αριθμό από τα 1.000 πληρεί τον όρο. Οι Αιτητές έχοντας υπόψη την δαπάνη που η Αναθέτουσα Αρχή καθόρισε και την τιμή του φαρμάκου που πρότειναν, ερμήνευσαν τον όρο ότι έπρεπε να υποβάλουν την ποσότητα που καλύπτει την προϋπολογιζόμενη δαπάνη.

Λανθασμένα υποστηρίζουν η Αναθέτουσα Αρχή θεώρησε ότι η μη προσφορά 1000 φιαλιδίων αναπόφευκτα οδηγεί στην απόρριψη της προσφοράς τους επειδή αυτό οδηγεί σε επί μέρους εκπλήρωση του αντικειμένου της προσφοράς.

Με τον τρόπο, αναφέρουν, που η Αναθέτουσα Αρχή ερμήνευσε τον όρο 7.5 του Μέρους Α, στην ουσία παρέβλεψε ότι ένα φιαλίδιο Botulin Toxin που προσέφεραν μπορούσε να χρησιμοποιηθεί για πολύ περισσότερα περιστατικά σε σχέση με το φιαλίδιο που προσέφερε ο Επιτυχών. Για σκοπούς οικονομικής αξιολόγησης των προσφορών τονίζουν έπρεπε να ληφθεί υπόψη όχι μόνο ο αριθμός των φιαλιδίων αλλά και η δοσολογία και/ή για πόσα περιστατικά θα μπορούσε να χρησιμοποιηθεί κάθε φιαλίδιο. Θέση των Αιτητών είναι ότι με βάση έρευνες που έχουν γίνουν για το θέμα, η σύγκριση των σκευασμάτων είναι 3 προς 1. Σύμφωνα με τους Αιτητές η Αναθέτουσα Αρχή κατά τη λήψη της απόφασης τελούσε υπό πλάνη περί τα πράγματα και/ή τον νόμο, θεωρώντας ότι η προσφορά των Αιτητών δεν ήταν σύμφωνη με τους όρους και τις προδιαγραφές του Διαγωνισμού.

Επιπρόσθετα, υπό πλάνη περί τα πράγματα θεώρησε και την προσφορά του Επιτυχόντα ως την πλέον συμφέρουσα και φθηνότερη. Εάν, αναφέρουν, προχωρούσε και στην οικονομική αξιολόγηση της προσφοράς τους θέτοντας τα ορθά αντικειμενικά κριτήρια και δεν προχωρούσε στην σύγκριση ανόμοιων σκευασμάτων, των οποίων οι μονάδες είναι διαφορετικές, θα κατέληγε στο συμπέρασμα ότι η φθηνότερη προσφορά ήταν αυτή των Αιτητών. Θέση τους είναι ότι η σύγκριση των

προσφορών δεν θα έπρεπε να βασίζεται στην προσφερόμενη τιμή ανά φιαλίδιο αλλά σε αντικειμενικά συγκριτικά δεδομένα εφόσον, το περιεχόμενο σε units των φιαλιδίων των 2 ειδών είναι διαφορετικό (500 units έναντι 100 units), οι μονάδες (units) των δύο ειδών είναι διαφορετικές μεταξύ τους, και επίσης οι μονάδες (units) του είδους 1 (Dysport) είναι πολύ πιο ισχυρές από του είδους 2 (Xeomin). Σύμφωνα δε με τις Περιλήψεις Χαρακτηριστικών των προϊόντων η αναλογία σε ισχύ μεταξύ των μονάδων (units) των 2 ειδών Xeomin: Dysport κυμαίνεται από 1:1,6 έως 1:3. Είναι η θέση τους ότι το Dysport βάσει σχετικής με το θέμα κλινικής μελέτης έχει περισσότερη διάρκεια. Το Xeomin που έχει επιλεγεί, τονίζουν, δεν πληροί τους όρους του διαγωνισμού καθότι δεν καλύπτει όλες τις ηλικίες και ειδικότερα είναι ακατάλληλο για ανήλικα άτομα σε αντίθεση με το Dysport που πρόσφεραν οι ίδιοι είναι κατάλληλο για όλες τις ηλικίες.

Οι Αιτητές ισχυρίζονται επίσης ότι η Αναθέτουσα Αρχή κατά την έκδοση της επίδικης πράξης και/ ή απόφασης βρισκόταν σε προφανή πλάνη περί τα πράγματα σε σχέση με την δήθεν μη συμμόρφωση της προσφοράς τους με τις Τεχνικές Προϋποθέσεις του Διαγωνισμού. Η απόρριψη της προσφοράς τους για τον λόγο ότι προσφέρθηκαν μόνο 750 φιαλίδια, έγινε χωρίς να ληφθούν υπόψη τα πιο πάνω, σύμφωνα με τα οποία, έστω και εάν τα φιαλίδια των Αιτητών ήταν λιγότερα, αποτελούσαν την οικονομικότερη υπό τις περιστάσεις προσφορά και παραπέμπουν στην *Παπαϊωάννου κ.ά. (αρ. 2) ν. Δημοκρατίας (1991) 3 Α.Α.Δ. 713.*

Επόμενος ισχυρισμός των Αιτητών είναι ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι παράνομη, καθότι δεν είναι επαρκώς και/ή δεόντως αιτιολογημένη και/ή δεν λήφθηκε μετά από δέουσα έρευνα. Η Αναθέτουσα Αρχή, αναφέρουν, παρέλειψε να λάβει υπόψη, και/ή να διερευνήσει όσα τέθηκαν ενώπιόν της από τους Αιτητές με την επιστολή τους ημερομηνίας 16.09.2022 στην οποία περιλαμβάνονταν και έρευνες για τα σχετικά φάρμακα. Στους διοικητικούς φακέλους δεν υπάρχει οποιαδήποτε αναφορά στο περιεχόμενο της επιστολής τους με αποτέλεσμα ο ισχυρισμός περί έλλειψης δέουσας έρευνας να τεκμηριώνεται. Επιπρόσθετα, εάν η Αναθέτουσα Αρχή ερευνούσε, θα διαπίστωνε ότι έστω και εάν η προσφορά τους αφορούσε λιγότερα φιαλίδια, ήταν οικονομικά η πλέον συμφέρουσα. Σ' ότι αφορά την έρευνα την οποία η Αναθέτουσα Αρχή επικαλείται αυτή έγινε από την εταιρεία που προμηθεύει το φάρμακο Xeomin ενώ τα στοιχεία τα οποία αναφέρονται στην γραπτή τους αίτηση (του Ινστιτούτου Νευρολογίας και Γενετικής (INKG), της Συμβουλευτικής Επιτροπής Φαρμάκων (ΣΕΦ), έρευνες από ιδρύματα στην Σκωτία και την Αγγλία) είναι μεταγενέστερα της απόφασης κατακύρωσης του διαγωνισμού.

Οι Αιτητές ισχυρίζονται επίσης ότι παραβιάζεται η Οδηγία 2014/24/ΕΕ σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και ειδικά το άρθρο 57(4)(η) ως και το άρθρο 57(4)(η) του περί της Ρύθμισης των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και για Συναφή Θέματα Νόμο του 2016 (Ν. 73(Ι)/2016).

Τέλος, ισχυρίζονται ότι δεν τηρήθηκαν άρθρα πρακτικά όπως προβλέπει το άρθρο 24 του Περί Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου του 1999, Ν. 158(I)/99, όπως και ότι η απόφαση λήφθηκε καταχρηστικά χωρίς να δοθεί στους Αιτητές το δικαίωμα ακρόασης.

Από την πλευρά της η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτει όλους τους ισχυρισμούς των Αιτητών. Αρχικά απορρίπτει τον ισχυρισμό ότι η Αναθέτουσα Αρχή τελούσε υπό πλάνη περί το νόμο ή περί τα πράγματα όταν ερμήνευσε τον όρο 7.5 του Μέρους Α των Εγγράφων του Διαγωνισμού.

Όπως προκύπτει από τον όρο, αναφέρει, το αντικείμενο του Διαγωνισμού περιγράφεται στο Έντυπο 5 στο οποίο καταγράφονται οι τεχνικές προδιαγραφές και οι ειδικοί όροι τους οποίους έπρεπε να πληρούν οι προσφορές. Από το Έντυπο 5, Ενότητα του Πίνακα που τιτλοφορείται «Χαρακτηριστικά – Προδιαγραφές» προκύπτει ότι ολόκληρο το αντικείμενο της Σύμβασης συνίστατο σε ένα και μόνο είδος και σε καμία περίπτωση δεν μπορούσε να γίνει λόγος για επί μέρους τμήματα του αντικειμένου του Διαγωνισμού, το οποίο συνίστατο στην αγορά μέχρι 1.000 φιαλίδια για ενδομυϊκή χρήση και τα προσφερόμενα φιαλίδια έπρεπε να έχουν τα χαρακτηριστικά που καταγράφονται στην στήλη που φέρει τον τίτλο «Περιγραφή» του υπό αναφορά Πίνακα. Συγκεκριμένα, θα έπρεπε να συνίστανται είτε σε Botulinum A toxin 500 units lyophilized powder for solution for injection με χρόνο

ζωής τους 16 μήνες είτε σε Clostridium Botulinum Toxin Neurotoxin Type A 100 units powder for solution for injection με χρόνο ζωής τους 24 μήνες.

Σύμφωνα με την Αναθέτουσα Αρχή, οι Αιτητές εσφαλμένα ισχυρίζονται ότι από τη στιγμή που το Έντυπο 5 κατέγραφε «μέχρι 1.000 φιαλίδια» αυτό σημαίνει ότι η υποχρέωση των οικονομικών φορέων δεν ήταν να συμπεριλάβουν στην προσφορά τους τιμή για την προμήθεια 1.000 φιαλιδίων, αλλά για την προμήθεια οποιουδήποτε αριθμού φιαλιδίων με μέγιστο αριθμό τα 1.000. Στην ουσία, αυτό που εισηγούνται οι Αιτητές είναι ότι ακόμη και προσφορά ενός ή εκατό φιαλιδίων πληροί τους όρους του Διαγωνισμού. Η ερμηνεία του συγκεκριμένου όρου όπως εισηγούνται οι Αιτητές θα προκαλούσε ανομοιογένεια στη μεταχείριση των προσφοροδοτών και θα δημιουργούσε ασάφεια ως προς τις ανάγκες της Αναθέτουσας Αρχής. Επίσης, θα ήταν αδύνατη η εκτίμηση δαπάνης για το Διαγωνισμό.

Είναι η θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι η ενσωμάτωση στον όρο της λέξης «μέχρι» σημαίνει ότι η προσφορά κάθε προσφοροδότη πρέπει να αφορά σε προσφορά για προμήθεια 1.000 φιαλιδίων και εναπόκειται στην Αναθέτουσα Αρχή να προσδιορίσει σταδιακά τον ακριβή αριθμό που θα παράγγελνε. Επομένως η λέξη «μέχρι» δεν αφορούσε σε δικαίωμα των οικονομικών φορέων να προσφέρουν οποιοδήποτε αριθμό φιαλιδίων με μέγιστο αριθμό τα 1.000 αλλά σε δικαίωμα της Αναθέτουσας Αρχής να παραγγείλει αριθμό φιαλιδίων μικρότερο των 1.000. Η ερμηνεία αυτή του όρου, καταλήγει, συνάδει τόσο με τα έγγραφα του Διαγωνισμού όσο και με τη λογική

και το πνεύμα του Διαγωνισμού και παρέπεμψε σε σχετικές αποφάσεις του Ανωτάτου Δικαστηρίου¹.

Η Αναθέτουσα Αρχή σημειώνει επίσης ότι επειδή οι Αιτητές δεν υπέβαλαν σε οποιοδήποτε στάδιο διευκρινιστικό ερώτημα σε σχέση με τη συγκεκριμένη απαίτηση του Διαγωνισμού ούτε και υπέβαλαν οποιοδήποτε σχόλιο ή παρατήρηση κωλύονται εκ των υστέρων να θέτουν ζήτημα σε σχέση με τον όρο στη βάση του δόγματος επιδοκίμασίας – αποδοκίμασίας.

Αναφορικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι στην οικονομική αξιολόγηση των προσφορών θα έπρεπε να ληφθεί υπόψη όχι μόνο ο αριθμός των φιαλιδίων αλλά και η δοσολογία και/ή για πόσα περιστατικά κάθε φιαλίδιο θα μπορούσε να χρησιμοποιηθεί, απαντά ότι η ίδια είναι η καταλληλότερη να καταρτίσει τις προϋποθέσεις έγκυρης συμμετοχής και τους όρους ενός διαγωνισμού σύμφωνα με τις ανάγκες της (*Θεοφάνους Χριστόδουλος v. Δημοκρατίας (1990) 3 Α.Α.Δ.1033*). Στο πλαίσιο καταρτισμού των όρων του διαγωνισμού, αναφέρει, διαπιστώθηκε ότι τα αιτήματα των δικαιούχων λήψης του συγκεκριμένου φαρμάκου, υποβάλλονται στον Οργανισμό Ασφάλισης Υγείας (ΟΑΥ), για κάθε δικαιούχο ξεχωριστά. Ως εκ τούτου η χορήγηση έγκρισης πραγματοποιείται ανά δικαιούχο, και κάθε έγκριση που δίδει ο ΟΑΥ αναφέρει και την ποσότητα φιαλιδίων για την οποία κάθε δικαιούχος εγκρίνεται. Συνεπώς το ζητούμενο ήταν να έχει η Αναθέτουσα Αρχή τη δυνατότητα

¹ 1. General Constructions Ltd v. Δήμου Λεμεσού (1998) 3 ΑΑΔ 584
2. Southfields Ind. Ltd v. Δήμου Λευκωσίας (1995) 3 ΑΑΔ 59

να αγοράσει μέχρι ένα συγκεκριμένο αριθμό φιαλιδίων και όχι συγκεκριμένο αριθμό δοσολογιών του φαρμάκου.

Επιπρόσθετα ο όρος 2.6 του Μέρους Α των Εγγράφων του Διαγωνισμού όπου αναφέρεται ότι «*Η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής ανά είδος*» δεικνύει ποια ήταν η βούληση της Αναθέτουσας Αρχής και σε ποια βάση θα γινόταν η αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών.

Σ' ότι αφορά τους Πίνακες και τα επιχειρήματα των Αιτητών, είναι η θέση της ότι αυτά είναι καθαρά τεχνικής φύσης θέματα και δεν θα πρέπει να απασχολήσουν την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών. Επιπρόσθετα αποτελούν επιχειρήματα που αφορούν την οικονομική προσφορά των Αιτητών, ενώ η προσφορά τους αποκλείστηκε από το στάδιο της τεχνικής αξιολόγησης.

Χρησιμοποιώντας, συνεχίζει, την αναλογία μονάδων 1:4 μεταξύ των σκευασμάτων Xeomin και Dysport, έγινε καθορισμός της αναλογίας των φιαλιδίων μεταξύ των δύο σκευασμάτων. Επίσης λήφθηκαν υπόψη τα στοιχεία που λήφθηκαν από το φαρμακείο του Ινστιτούτου Νευρολογίας και Γενετικής (ΙΝΚΓ), καθώς και γνώμη της Συμβουλευτικής Επιτροπής Φαρμάκων (ΣΕΦ). Επίσης, η αναλογία μονάδων 1:4 έχει επιλεγεί και με έρευνα για πρακτικές του εξωτερικού και ειδικά στην Σκωτία και Αγγλία.

Σε σχέση με τον ισχυρισμό των Αιτητών ως προς τη δυνατότητα ή μη χρήσης του φαρμακευτικού σκευάσματος σε παιδιά, η Αναθέτουσα Αρχή επισημαίνει ότι σε κανένα σημείο ή όρο των εγγράφων του Διαγωνισμού αναφέρεται ότι το αντικείμενο του Διαγωνισμού ήταν ειδικά για παιδιά ή αφορούσε παιδιά. Αντίθετα το θέμα απασχόλησε τη Συμβουλευτική Επιτροπή Φαρμάκων η οποία στις 19.11.2022 αποφάσισε ότι θα πρέπει να εξασφαλιστεί σκεύασμα το οποίο να έχει συγκεκριμένες εγκεκριμένες ενδείξεις του *Clostridium botulinum toxin type A*, γι' αυτό και η Αναθέτουσα Αρχή προχώρησε σε διαδικασία μέσω διαπραγμάτευσης προκειμένου να προμηθευτεί το φαρμακευτικό σκεύασμα για χρήση του σε παιδιά.

Η Αναθέτουσα Αρχή επισημαίνει ότι τα συγκεκριμένα κριτήρια του Διαγωνισμού τέθηκαν μετά από μελέτη των αναγκών που έπρεπε να εξυπηρετηθούν καθώς και στη βάση επιστημονικών δεδομένων, ενώ και κατά την αξιολόγηση έγινε δέουσα έρευνα όλων των στοιχείων. Ως εκ τούτου η θέση των Αιτητών σε σχέση με το κατά πόσον έπρεπε η αξιολόγηση να γίνει με κριτήριο όχι την αγορά αριθμού φιαλιδίων αλλά με κριτήριο πόσες δόσεις διαθέτει έκαστο φιαλίδιο, είναι καθόλα αβάσιμη.

Ούτε ο ισχυρισμός των Αιτητών ότι οι μελέτες τις οποίες απέστειλαν στις 16.09.2022 δεν λήφθηκαν υπόψη είναι βάσιμος. Σύμφωνα με την προκήρυξη του Διαγωνισμού, οι Αιτητές μπορούσαν να υποβάλουν οποιαδήποτε σχόλια, παρατηρήσεις ή διευκρινιστικές ερωτήσεις μέχρι την 25^η Αυγούστου 2022, κάτι το οποίο όμως δεν έπραξαν. Όσα έστειλαν σε μεταγενέστερο χρόνο, δεν μπορούσαν να ληφθούν υπόψη,

αφού κάτι τέτοιο θα παραβίαζε την αρχή της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών καθώς και την αρχή της τυπικότητας.

Τους ισχυρισμούς περί κακοπιστίας – έλλειψης δέουσας ερευνάς σε ό,τι αφορά στην επιλογή των κριτηρίων ανάθεσης και των όρων του Διαγωνισμού, η Αναθέτουσα Αρχή τους απορρίπτει λόγω αοριστίας αλλά και γιατί οι Αιτητές κωλύονται εφόσον υπέβαλαν ανεπιφύλαχτα την προσφορά τους να θέτουν εκ των υστέρων ζητήματα σε σχέση με τους όρους των εγγράφων του διαγωνισμού. Απορρίπτει επίσης ως αόριστους και τους ισχυρισμούς για παραβίαση του περί της Ρύθμισης των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και για Συναφή Θέματα Νόμο του 2016, Ν. 73 (Ι)/2016 και δη το άρθρο 57(4)(η) και της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ αλλά και ισχυρισμούς για μη τήρηση άρθρων πρακτικών. Τα πρακτικά υποστηρίζει φέρουν όλα τα απαραίτητα εξωτερικά γνωρίσματα ενώ ταυτόχρονα καθιστούν καθόλα εφικτό το δικαστικό έλεγχο, αφού αντικατοπτρίζουν με επάρκεια, πληρότητα και σαφήνεια τα όσα έλαβαν χώρα κατά τις συνεδρίες της Επιτροπής Αξιολόγησης και του Συμβουλίου Προσφορών.

Αναφορικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι δεν τους δόθηκε το δικαίωμα να ακουστούν επισημαίνει με αναφορά σε Νομολογία² ότι η Αναθέτουσα Αρχή είναι η

² Συνεκδικαζόμενες Υποθέσεις Αρ. 1788/2019 και 102/2020 Μ.Ε. ΛΕΩΦΟΡΕΙΑ ΑΜΜΟΧΩΣΤΟΥ ΛΤΔ εναντίον Κυπριακής Δημοκρατίας μέσω Υπουργείου Μεταφορών, Επικοινωνιών και Έργων και ΛΕΩΦΟΡΕΙΑ ΛΑΡΝΑΚΟΣ «ΖΗΝΩΝΑΣ» ΛΤΔ εναντίον Κυπριακής Δημοκρατίας μέσω Υπουργείου Μεταφορών, Επικοινωνιών και Έργων, ημερ. 07.04.2020

μόνη αρμόδια να θέσει τους όρους και τα κριτήρια του Διαγωνισμού και ως εκ τούτου ουδεμία υποχρέωση είχε να ακούσει προηγουμένως τους Αιτητές.

Έχουμε εξετάσει με προσοχή όσα μέσω των γραπτών αγορεύσεων, των διοικητικών φακέλων αλλά και όσων κατά την ακροαματική διαδικασία τέθηκαν ενώπιον μας.

Οι Αιτητές με την προσφυγή τους δεν αμφισβητούν τους όρους του διαγωνισμού ώστε να τίθεται ζήτημα τυχόν εφαρμογής του δόγματος επιδοκίμασίας/αποδοκίμασίας όπως η Αναθέτουσα Αρχή ισχυρίζεται αλλά ζήτημα ερμηνείας των όρων. Συνεπώς, το ζήτημα το οποίο στην ουσία καλούμαστε να αποφασίσουμε είναι το ζήτημα της ερμηνείας των όρων του Διαγωνισμού που καθορίζουν την ποσότητα των φιαλιδίων που έπρεπε να προσφερθούν. Σημειώνουμε ότι η προσφορά των Αιτητών έχει απορριφθεί καθότι με την προσφορά τους προσέφεραν 750 φιαλίδια Botulin Toxin αντί 1.000.

Ο σχετικός όρος του Διαγωνισμού είναι ο όρος 7.5 του Μέρους Α των Εγγράφων του Διαγωνισμού, ο οποίος προβλέπει τα εξής:

«7.5. Υποβολή Προσφοράς για μέρος του Αντικειμένου της Σύμβασης.

Γίνονται δεκτές προσφορές για το σύνολο του Αντικειμένου της Σύμβασης ή για το σύνολο του αντικειμένου των επί μέρους τμημάτων του, όπως αυτές περιγράφονται στο Έντυπο 5 και στο Έντυπο 7.»

Στο Έντυπο 5 στο οποίο παραπέμπει ο πιο πάνω όρος, στην στήλη ποσότητα αναγράφεται: *«Μέχρι 1.000 φιαλίδια για ενδομυϊκή χρήση σε κουτιά των 1 – 10».*

Επίσης στο Έντυπο 7 στην σελ. 3 Σημείωση 3 αναγράφεται: «Οι ποσότητες που καταγράφονται στον Πίνακα Οικονομικής Προσφοράς είναι ενδεικτικές και είναι μόνο για σκοπούς αξιολόγησης και κατάταξης των προσφορών. Η προμήθεια θα γίνει με βάση τις πραγματικές ανάγκες της Αναθέτουσας Αρχής.».

Σε σχέση με την ερμηνεία των κανόνων του διοικητικού δικαίου στο σύγγραμμα Π.Δ. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Έβδομη Αναθεωρημένη Έκδοση, διαβάζουμε τα εξής στις σελ. 128 και 129 παράγρ. 281 και 282(3), αντίστοιχα:

«2. Κάθε ερμηνεία κανόνα δικαίου αρχίζει από την κατανόηση της λεκτικής του διατυπώσεως («γ ρ α μ μ α τ ι κ ή ε ρ μ η ν ε ί α») και την εκτίμηση της λογικής συστηματικής του αλληλουχίας («λ ο γ ι κ ή» ή «σ υ σ τ η μ α τ ι κ ή ε ρ μ η ν ε ί α»). Με την τελευταία συσχετίζεται η τ ε λ ε ο λ ο γ ι κ ή ε ρ μ η ν ε ί α που αναζητεί τον σκοπό, το «τέλος» του νόμου, για να διαπιστώσει το νόημά του. Στην αναζήτηση αυτή μπορεί να βοηθήσει η ι σ τ ο ρ ι κ ή έ ρ - μ η ν ε ί α, η κατανόηση δηλαδή του κανόνα δικαίου με βάση την έρευνα της ιστορίας του.

[...]

3. [...]

Επιβάλλεται λοιπόν ο προσανατολισμός προς την αντίθετη της υποκειμενικής α ν τ ι κ ε ι μ ε ν ι κ ή ε ρ μ η ν ε ί α, την αναζήτηση δηλαδή του νοήματος του κανόνα δικαίου *hic et nunc*, ανεξάρτητα από την ιστορική βούληση του νομοθέτη και σύμφωνα με τις συνθήκες και τον χρόνο εφαρμογής του. Η αντικειμενική ερμηνεία είναι όμως προτιμητέα όχι μόνο γιατί απορρίπτεται βασικά η υποκειμενική, αλλά και για δύο άλλους αυτοτελείς λόγους.

(α) Πρώτον, γιατί ανταποκρίνεται περισσότερο στην δημοκρατική αρχή, αφού δίνει μεγαλύτερη βαρύτητα στην πρόταση που ο νομοθέτης ψήφισε ως νόμο, από τις προθέσεις και επιδιώξεις που δεν θεώρησε απαραίτητο να συμπεριλάβει στο κείμενο του νόμου· και αφού δεν αποστεώνει και ενδεχομένως απονεκρώνει ιστορικά τον νόμο, αλλά του εμφυσά διαρκώς νέα ζωή, ωστόσο αντικατασταθεί από νέο νόμο ή καταργηθεί ρητώς.

(β) Ο δεύτερος αυτοτελής λόγος προτιμήσεως της αντικειμενικής ερμηνείας των κανόνων του διοικητικού δικαίου είναι η προχειρότητα και ο εφήμερος χαρακτήρας της προπαρασκευής πολλών από αυτούς. Ο ιστορικός νομοθέτης κινείται δηλαδή συχνά σε **τόσο** βραχυπρόθεσμο πλαίσιο, ώστε ο νόμος, που τον ξεπερνάει, μπορεί να ισχύσει ουσιαστικά, μόνο αν αντιμετωπιστεί αντικειμενικά».

Σκοπός της ερμηνείας του νόμου σύμφωνα με τα αποφασισθέντα στη **Southfields**

Ind. Ltd v. Δήμου Α/σίας (1995) 3 ΑΑΔ 59:

«[...] είναι η ανεύρεση της πρόθεσης του νομοθέτη. Όπου το λεκτικό της διάταξης είναι σαφές, το Δικαστήριο την ερμηνεύει με βάση τη φυσική και συνήθη έννοια των λέξεων. Οι λέξεις σ' ένα νομοθέτημα γενικά ερμηνεύονται με τη συνήθη τους σημασία, αλλά και με βάση τα συμφραζόμενα, έχοντας δε υπόψη το αντικείμενο και το σκοπό του νόμου. (Βλ. **Δημοκρατία v. Ματθαίου**, Αναθεωρητική Έφεση 832, ημερ. 12.7.1990. Βλ. επίσης **Halsbury's Laws of England**, Τετάρτη Έκδοση, Τόμος 44, παραγρ. 863 - 873). Η ερμηνεία πρέπει να είναι τέτοια που να μην οδηγεί σε παράλογα αποτελέσματα, αλλά στη λειτουργικότητα των νόμων. (Βλ. **Δημοκρατία v. Αντωνίου και Άλλων**)».

Ανάλογα με τα πιο πάνω ισχύουν και για την ερμηνεία των όρων διαγωνισμού αφού αυτοί υπέχουν θέση πράξεων κανονιστικού περιεχομένου η παράβαση των οποίων επιφέρει ακυρότητα (βλ. **Κυπριακή Δημοκρατία v. S. Kyriakou Euromarket Ltd (2000) 3 ΑΑΔ 692**).

Στην **Γεώργιος Αναστάση & Υιοί Ατδ v. Κυπριακής Δημοκρατίας, μέσω Κεντρικού Συμβουλίου Προσφορών (1999) 4 Α.Α.Δ. 96** σε σχέση με το ίδιο ζήτημα

υιοθετήθηκαν τα πιο κάτω από τα Πορίσματα Νομολογίας του Συμβουλίου

Επικρατείας:

«Η διακήρυξη της δημοπρασίας είναι πράξη κανονιστικού χαρακτήρα η οποία δεσμεύει τους συναγωνιζόμενους και τη διοίκηση. Η παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης συνιστά παράβαση νόμου και συνεπάγεται ακυρότητα. Οι όροι της διακήρυξης πρέπει να ερμηνεύονται «στενώς και αυστηρώς».

Επίσης στη *Βουνιώτης & Υιοί v. Δημοκρατίας (1985) 3 AAD 2355* σε σχέση και πάλι με την ερμηνεία όρων προσφοράς αποφασίστηκε ότι οι όροι ερμηνεύονται στενά και αυστηρά χωρίς να επιτρέπονται παρεκκλίσεις ώστε όλοι οι προσφέροντες να τυγχάνουν ίσης μεταχείρισης. Ιδιαίτερα οι ουσιώδεις όροι μιας προσφοράς θα πρέπει να εφαρμόζονται αυστηρά ως θέμα ευρύτερης δημόσιας τάξης (βλ. *G.P. Iron & Wood Makers Ltd v. Δημοκρατίας (2008) 3 AAD 155*).

Στο Λεξικό της Νέας Ελληνικής Γλώσσας, Γ. Μπαμπινιώτη, Ε' Έκδοση, σε σχέση με τη λέξη «μέχρι» αναφέρεται ότι αυτή «δηλώνει **1.** Όριο (α) τοπικό (έσχατο όριο κίνησης ή έκτασης) [...] (β) χρονικό (έσχατο όριο χρονικού διαστήματος) [...] (γ) ποσοτικό (ανώτατο όριο ποσού) (δ) σε ιεραρχία [...] **2.** (α) κατά προσέγγιση, αριθμητικό όριο (= όχι περισσότερο από) [...]».

Είναι φανερό από τα πιο πάνω ότι η γραμματική ερμηνεία του όρου δεν υποστηρίζει την ερμηνεία που δίδει σ' αυτόν η Αναθέτουσα Αρχή. Αντικειμενική ερμηνεία

δηλαδή αναζήτηση του νοήματος που ο όρος εκπέμπει είναι ότι οι προσφέροντες μπορούσαν να προσφοροδοτήσουν φιαλίδια όχι περισσότερα από 1.000 με τη δυνατότητα βέβαια, σύμφωνα με τη σημείωση του Έντυπου 7, η Αναθέτουσα Αρχή να προμηθευτεί όσα οι ανάγκες της απαιτούν.

Η Αναθέτουσα Αρχή στην ουσία με όσα κατέγραφε στο Έντυπο 5 (Μέχρι 1.000 φιαλίδια για ενδομυϊκή χρήση σε κουτιά των 1-10) και το Έντυπο 7 (Οι ποσότητες που καταγράφονται στον Πίνακα Οικονομικής Προσφοράς είναι ενδεικτικές και είναι μόνο για σκοπούς αξιολόγησης και κατάταξης των προσφορών. Η προμήθεια θα γίνει με βάση τις πραγματικές ανάγκες της Αναθέτουσας Αρχής) δεν μετέδιδε στους προσφέροντες όσα εκ των υστέρων ενώπιόν μας υποστήριξε.

Όπως είναι καλά γνωστό οι όροι δημόσιου διαγωνισμού πρέπει να είναι σαφείς για σκοπούς ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών. Όροι οι οποίοι δίδουν στους προσφέροντες τη δυνατότητα να τους αντιληφθούν διαφορετικά και στην Αναθέτουσα Αρχή να τους ερμηνεύσει ανάλογα με όσα είχε κατά νου, αλλά δεν τα κατέγραψε στους όρους με σαφήνεια, έρχονται σε αντίθεση με τις αρχές που διέπουν τους δημόσιους διαγωνισμούς όπως είναι η αρχή της διαφάνειας, της τυπικότητας, της ίσης μεταχείρισης και της αντικειμενικότητας.

Ο όρος 7.5 του Μέρους Α όπως είναι διατυπωμένος δεν μεταδίδει όσα η Αναθέτουσα Αρχή κατά την ερμηνεία του είχε κατά νου. Η φράση «μέχρι», σαφώς και μπορεί

να μεταδώσει στον αναγνώστη/οικονομικό φορέα όχι περισσότερα από 1.000 φιαλίδια, χωρίς όμως να αποκλείει μικρότερο αριθμό από τα 1.000. Η αναφορά στη σημείωση 3, ότι δηλαδή η Αναθέτουσα Αρχή είχε τη δυνατότητα να αγοράσει ανάλογα με τις ανάγκες της, δεν είναι αρκετό για να μεταβάλει την έννοια του «μέχρι 1.000». Ο ισχυρισμός της Αναθέτουσας Αρχής ότι η ερμηνεία που δόθηκε συνάδει με τη λογική και το πνεύμα των εγγράφων του διαγωνισμού, με κάθε εκτίμηση και παρά τον γενικό και εν πολλοίς αόριστο τρόπο που τέθηκε, δεν μας βρίσκει σύμφωνους. Δεν μπορεί η Αναθέτουσα Αρχή, από τη μια να μην προσδιορίζει με σαφήνεια τον αριθμό που θα πρέπει οι προσφέροντες να προσφοροδοτήσουν και από την άλλη, εκ των υστέρων, να επικαλείται το πνεύμα των εγγράφων του διαγωνισμού. Το πνεύμα των εγγράφων ενός διαγωνισμού δεν είναι αυτό που η Αναθέτουσα Αρχή είχε κατά νουν αλλά τί από το σύνολο των όρων προκύπτει και εδώ δεν προκύπτει αυτό που εισηγείται η Αναθέτουσα Αρχή. Το γεγονός ότι άλλοι δύο προσφέροντες υπέβαλαν προσφορά για 1.000 φιαλίδια του ζητούμενου φαρμάκου δεν διαφοροποιεί την κατάληξή μας, αντίθετα φανερώνει τη δυνατότητα λόγω της διατύπωσης του όρου για διαφορετική ερμηνεία. Ούτε η θέση/ερώτημα της Αναθέτουσας Αρχής ότι σε περίπτωση που γίνει δεκτή η ερμηνεία των Αιτητών τότε και προσφορά ενός φιαλιδίου πληροί τον όρο τη βοηθά. Η ερμηνεία των όρων διαγωνισμού δεν γίνεται στη βάση ερωτημάτων. Εάν στο ερώτημα της Αναθέτουσας Αρχής ήθελε δοθεί σημασία τότε τίθεται άλλο ερώτημα κατά πόσο η Αναθέτουσα Αρχή θα μπορούσε να προμηθευτεί ένα και μόνο φιαλίδιο, στα πλαίσια διαγωνισμού με εκτιμώμενη δαπάνη

ύψους €156.800,00 χωρίς να παραβιάζεται η αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του πολίτη στη διοίκηση.

Η ασάφεια και/ή δυνατότητα διαφορετικής ερμηνείας του όρου 7.5 του Μέρους Α, η οποία οδηγεί σε παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών, κρίνουμε ότι πλήττει τη νομιμότητα της προσβαλλόμενης απόφασης, η οποία και για το λόγο αυτό οδηγείται σε ακύρωση.

Σ' ότι αφορά τους υπόλοιπους ισχυρισμούς των Αιτητών οι οποίοι εν πολλοίς δεν είναι ασύνδετοι με την ερμηνεία του όρου 7.5 του Μέρους Α, κρίνουμε ότι είναι αχρείαστο να τους εξετάσουμε.

Ενόψει των πιο πάνω η προσφυγή επιτυγχάνει και η προσβαλλόμενη απόφαση ακυρώνεται χωρίς άλλη διαταγή.