



**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. 04/2019**

Μεταξύ:

ΦΑΡΜΑΚΕΥΤΙΚΗ ΟΡΓΑΝΩΣΙΣ ΚΥΠΡΟΥ

Αιτητών

v.

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΥΓΕΙΑΣ, ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΑΓΟΡΩΝ ΚΑΙ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή  
Προσφορών**

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

**Αιτητές:**

ΦΑΡΜΑΚΕΥΤΙΚΗ ΟΡΓΑΝΩΣΙΣ ΚΥΠΡΟΥ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Μάρκο Γρηγόρη Δράκο, Δικηγόρο για Δράκος & Ευθυμίου Δ.Ε.Π.Ε.
2. Ανδρέα Βασιλείου, Δικηγόρο για Δράκος & Ευθυμίου ΔΕΠΕ
3. Γιώργο Παπαϊωάννου, Εκπρόσωπο Αιτήτριας εταιρείας
4. Έκτορα Παπαέλληνα, Εκπρόσωπο Αιτήτριας εταιρείας

**Αναθέτουσα Αρχή:**

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΥΓΕΙΑΣ, ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΑΓΟΡΩΝ ΚΑΙ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Ειρήνη Νεοφύτου, Δικηγόρο της Δημοκρατίας Α΄
2. Χρίστο Περικλέους, Λειτουργό Προσφορών

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 8 Μαΐου, 2019

## 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 με αρ. Σ.Υ.10/17 και αντικείμενο την «*προμήθεια αναλωσίμων για τη μέτρηση αιμοσφαιρίνης στους αιμοδότες κατά τη διαδικασία της αιμοδοσίας με την παροχή συνοδού εξοπλισμού για τις ανάγκες του Κέντρου αίματος*» στην εταιρεία A.C. Medlab Solutions Ltd («ο Επιτυχών»).

Ο υπό εξέταση διαγωνισμός προκηρύχθηκε στις 28.11.2017 μέσω του ηλεκτρονικού συστήματος σύναψης συμβάσεων e-procurement. Η Φαρμακευτική Οργάνωση Κύπρου ΛΤΔ (στο εφεξής «η Αιτήτρια»), υπέβαλε εμπρόθεσμα σχετική προσφορά.

Υποβλήθηκαν δύο (2) προσφορές, της Αιτήτριας και του Επιτυχόντα, οι οποίες έτυχαν εξέτασης από την αρμόδια Επιτροπή Αξιολόγησης, η οποία και εισηγήθηκε την ανάθεση της σχετικής σύμβασης στον Επιτυχόντα η προσφορά του οποίου ήταν η πιο φθηνή στη συνολική τιμή των €340.200,00 για 7 χρόνια. Η εισήγηση υιοθετήθηκε από το Συμβούλιο Προσφορών του Υπουργείου Υγείας και η σύμβαση ανατέθηκε στον Επιτυχόντα.

Η Αιτήτρια καταχώρησε την Προσφυγή 12/2018 ενώπιον της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών, προβάλλοντας τη θέση ότι η προσφορά του Επιτυχόντα παρουσίαζε απόκλιση από τον όρο 9.3.1 του Διαγωνισμού που ήταν ουσιώδης όρος. Η Αναθεωρητική Αρχή με απόφαση της ημερομηνίας 09/10/2018 ακύρωσε την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής.

Η Αναθέτουσα Αρχή, μετά την ακυρωτική απόφαση της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών, προέβη σε επαναξιολόγηση του διαγωνισμού. Η Επιτροπή Αξιολόγησης

υπέβαλε την σχετική έκθεση επαναξιολόγησης της στις 23/11/2018 προς το Συμβούλιο Προσφορών, με εισήγηση την κατακύρωση του διαγωνισμού στον Επιτυχόντα ως ο πιο φθηνός προσφοροδότης.

Το Συμβούλιο Προσφορών υιοθέτησε την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης και εξέδωσε νέα απόφαση στις 4/1/2019, με την οποία κατακύρωνε εκ νέου τον Διαγωνισμό στην εταιρεία A.C. Medlab Solutions LTD με το αιτιολογικό της χαμηλότερης προσφερθείσας τιμής. Η απόφαση αυτή κοινοποιήθηκε στην Αιτήτρια την ίδια ημέρα με επιστολή γνωστοποίησης η οποία αποστάλθηκε μέσω τηλεομοιότυπου.

Η Αιτήτρια καταχώρησε στη συνέχεια την παρούσα προσφυγή εναντίον της προσβαλλόμενης απόφασης για την κατακύρωση του Διαγωνισμού στον Επιτυχόντα, με την οποία ζητείται η ακύρωση της απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής για κατακύρωση του Διαγωνισμού στον Επιτυχόντα και/ή ακύρωση της απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής ότι η προσφορά του Επιτυχόντα ήταν εντός των προδιαγραφών του Διαγωνισμού.

Η Αιτήτρια προβάλλει αρχικά την θέση ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής είναι λανθασμένη καθότι όπως υποστηρίζει, ο Επιτυχών δεν πληρούσε τους όρους του Διαγωνισμού. Συγκεκριμένα ισχυρίζεται ότι η προσφορά του Επιτυχόντα δεν πληροί τον όρο 9.3.1 του Διαγωνισμού.

Παραθέτουμε κατωτέρω τον όρο 9.3.1.3 ως αυτός αναγράφεται στο Παράρτημα Α' του Διαγωνισμού:

*«3. Τα αποδεκτά αποτελέσματα αξιολόγησης είναι τα ακόλουθα:*

- Κανένα αποτέλεσμα που θα λαμβάνεται από τον προτεινόμενο εξοπλισμό δεν θα πρέπει να έχει απόκλιση πέραν των 1.5g/dl από την τιμή του αναλυτή Sysmex.*

- Ο μέγιστος αριθμός αποτελεσμάτων που θα λαμβάνονται από τον προτεινόμενο εξοπλισμό θα είναι πέντε (5) και έχουν απόκλιση πέραν των 1.0g/dl από την τιμή του αναλυτή Sysmex αλλά όχι πέραν των 1.5g/dl.
- Το 75% των αποτελεσμάτων που θα λαμβάνονται από τον προτεινόμενο εξοπλισμό πρέπει να βρίσκονται στο όριο  $\pm 5\%$  από τις τιμές του αναλυτή Sysmex
- Το 90% των αποτελεσμάτων που θα λαμβάνονται από τον προτεινόμενο εξοπλισμό πρέπει να βρίσκονται στο όριο  $\pm 10\%$  από τις τιμές του αναλυτή Sysmex.»

Η Αιτήτρια ισχυρίζεται ότι η Αναθέτουσα Αρχή μετά την Ακυρωτική Απόφαση της ΑΑΠ, χειρίστηκε λανθασμένα το θέμα της απόκλισης του Επιτυχόντα από τον ουσιώδη όρο του διαγωνισμού 9.3.1 και συγκεκριμένα η Επιτροπή Αξιολόγησης επαναξιολογώντας τις προσφορές στις 15/11/2018, αποφάσισε «όπως αποκλίσεις ίσες ή και μικρότερες από 0,1 θεωρούνται ασήμαντες γιατί δεν επηρεάζουν ούτε την υγεία του αιμοδότη αλλά ούτε έχουν καμία επίπτωση στην ποιότητα του τελικού προϊόντος που μεταγγίζεται ο ασθενής.» Περαιτέρω στο ίδιο πρακτικό της συνεδρίας της Επιτροπής Αξιολόγησης γίνεται αναφορά στην Εσωτερική Εγκύκλιο του Αν. Προϊστάμενου Κέντρου Αίματος που αναφέρει ότι «αποτελέσματα αιμοσφαιρίνης 12,3 gr/dl σε γυναίκες και 13,3 gr/dl σε άντρες στρογγυλοποιούνται σε 12,5 και 13,5 αντίστοιχα χωρίς την ανάγκη επανάληψης της μέτρησης.»

Η Αναθέτουσα Αρχή προέβηκε σε αξιολόγηση των δειγμάτων στην βάση νέων δεδομένων τα οποία αποφάσισε κατά την συνεδρία της. Συνεπώς, ισχυρίζεται η Αιτήτρια η Αναθέτουσα Αρχή κακώς προχώρησε στην κατακύρωση του Διαγωνισμού και πάλι στον Επιτυχόντα αφού δεν αιτιολόγησε δεόντως τους λόγους για τους οποίους υιοθέτησε αυτή την νέα παράμετρο επηρεάζοντας έτσι το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού.

Είναι η θέση της Αιτήτριας ότι εάν η Επιτροπή Αξιολόγησης και κατ' επέκταση η Αναθέτουσα Αρχή, δεν υιοθετούσε αυτό το νέο μέτρο αξιολόγησης κατά την

επαναξιολόγηση, το οποίο δεν αναφέρεται πουθενά στους όρους του Διαγωνισμού, και εάν ερμηνευε ορθά την ακυρωτική απόφαση, τότε ο διαγωνισμός δεν θα κατακυρωνόταν υπέρ του Επιτυχόντα. Συνεπώς η απόκλιση του Επιτυχόντα από ουσιώδη όρο του Διαγωνισμού παραμένει και εξακολουθεί επίσης η προσβαλλόμενη απόφαση να λήφθηκε κατόπιν πλάνης περί τα πράγματα και τον νόμο, κατά παράβαση των αρχών της χρηστής διοίκησης και της ισότητας, όπως και περαιτέρω η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής παραμένει σε μεγάλο βαθμό ανατιολόγητη και κυρίως στο σημείο που αφορά τον ουσιώδη όρο του Διαγωνισμό 9.3.1.

Είναι περαιτέρω θέση της Αιτήτριας ότι η Αναθέτουσα Αρχή παρερμήνευσε την Ακυρωτική Απόφαση της ΑΑΠ και προέβηκε σε λανθασμένα συμπεράσματα. Η Αναθέτουσα Αρχή προχώρησε στην κατακύρωση του Διαγωνισμού και πάλι στον Επιτυχόντα αγνοώντας την κατάληξη της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών στην Ακυρωτική Απόφαση ότι ο Επιτυχών παρουσίασε απόκλιση από ουσιώδη όρο του Διαγωνισμού.

Η ΑΑΠ στην Ακυρωτική Απόφαση της έκρινε μεταξύ άλλων ότι ο όρος 9.3.1 είναι ουσιώδης και ειδικά στην σελ. 18 της απόφασης η ΑΑΠ ανέφερε ότι *«δεν έχει υποστηριχθεί και ορθά ότι ο όρος δεν είναι ουσιώδης»*. Επίσης στην σελ. 16 της απόφασης η ΑΑΠ αναφέρει ότι στην προσφορά του Επιτυχόντα υπήρχε απόκλιση από τον όρο 9.3.1.1 όπου αναφέρεται ότι *«Έχοντας εξετάσει τις θέσεις των μερών υπό το φως των διοικητικών φακέλων θεωρούμε ότι οι ισχυρισμοί των Αιτητών σε σχέση με τη μη συμμόρφωση της προσφοράς του επιτυχόντα με τον όρο 9.3.1.1 ευσταθούν.»*

Στην Ακυρωτική Απόφαση, συνεχίζει η Αιτήτρια, δεν υπάρχει συγκεκριμένη και ρητή αναφορά για ουσιώδη απόκλιση αφού η ΑΑΠ επικεντρώθηκε κυρίως στο ότι η Αναθέτουσα

Αρχή απέτυχε να εντοπίσει, ενεργώντας με πλάνη περί τα πράγματα, απόκλιση που υπήρχε στις μετρήσεις. Ωστόσο επισημαίνουν η ουσιώδης απόκλιση προκύπτει από την ορθή ερμηνεία της Ακυρωτικής Απόφασης από το ότι (α) ο όρος ήταν ουσιώδης, (β) ότι υπήρχε απόκλιση (την οποία η Αναθέτουσα Αρχή, ενεργώντας υπό πλάνη περί τα πράγματα, αγνόησε) και (γ) από το λεκτικό της απόφασης. Η νομολογία καθορίζει ότι αν όρος είναι ουσιώδης, δεν χωρεί περαιτέρω διάκριση σε ουσιώδεις και επουσιώδεις αποκλίσεις. Συνεπώς, δεν χωρεί αμφιβολία ότι υπήρχε απόκλιση από ουσιώδη όρο και ότι η Αναθέτουσα Αρχή ενήργησε με τρόπο που εκφεύγει του γράμματος και του πνεύματος της Ακυρωτικής Απόφασης.

Είναι επίσης θέση της Αιτήτριας ότι σε κάθε περίπτωση και ανεξάρτητα της Ακυρωτικής Απόφασης, η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής (ακόμα και εξετάζοντας το θέμα εξ ύπαρξης) είναι παράνομη. Η Αναθέτουσα Αρχή εισήγαγε νέα δεδομένα που είναι αυθαίρετα, έχουν τεθεί εκ των υστέρων και είναι αντίθετα με τους όρους του Διαγωνισμού αλλά και αναιτιολόγητα. Η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής να δεχθεί ότι αποκλίσεις ίσες ή μικρότερες του 0.1 είναι ασήμαντες, δεν μπορεί να θεωρηθεί νόμιμη, σωστή ή ικανοποιητική υπό τα δεδομένα των όρων του Διαγωνισμού. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με τους όρους του Διαγωνισμού και συγκεκριμένα τον όρο 9.3.1, ο οποίος καθόρισε την μέγιστη επιτρεπτή απόκλιση στο  $\pm 5\%$ , είναι αποδεκτή η απόκλιση του  $\pm 5\%$  από την μέτρηση. Η Αναθέτουσα Αρχή προσθέτει μία περαιτέρω απόκλιση 0.1 στην ήδη υπάρχουσα απόκλιση του  $\pm 5\%$ , τροποποιώντας έμμεσα τους όρους του Διαγωνισμού. Η απόκλιση που αποδέχεται η Αναθέτουσα Αρχή δεν είναι μικρότερη του 0.1 αλλά πολύ μεγαλύτερη διότι ήδη υπάρχει διαπιστωθείσα απόκλιση.

Η προσέγγιση που ακολούθησε η Αναθέτουσα Αρχή είναι αντίθετη με την προσέγγιση της κατά την πρώτη αξιολόγηση, αφού δείγματα τα οποία είχε θεωρήσει εκτός προδιαγραφών

τώρα θεωρήθηκαν εντός προδιαγραφών. Για παράδειγμα στην πρώτη αξιολόγηση, αποκλίσεις μικρότερες του 0.1 (από την ήδη διαπιστωθείσα απόκλιση) θεωρήθηκαν εντός προδιαγραφών (π.χ. μέτρηση 47 και 53). Συνεπώς, καταλήγουν η νέα προσέγγιση της Αναθέτουσας Αρχής είναι λανθασμένη και αντίθετη με τους όρους του Διαγωνισμού και χωρίς επαρκή αιτιολογία, αλλά είναι και αντίθετη με το γράμμα και πνεύμα της Ακυρωτικής Απόφασης της ΑΑΠ.

Η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτει τους ισχυρισμούς της Αιτήτριας ότι ενήργησε κατά παράβαση της απόφασης της ΑΑΠ στην Προσφυγή αρ. 12/2018 και ότι ο επιτυχών προσφοροδότης παρουσίασε απόκλιση από ουσιώδη όρο του Διαγωνισμού.

Η Αναθέτουσα Αρχή διευκρινίζει ότι η ΑΑΠ στην απόφαση της δεν υπεισήλθε σε εξέταση του τεχνικού μέρους της αξιολόγησης, δηλαδή κατά πόσον η μέτρηση 37 (ή οποιαδήποτε άλλη μέτρηση της αξιολόγησης) είχε μεγαλύτερη απόκλιση από τα επιτρεπτά όρια όπως αυτά είχαν καθοριστεί στα έγγραφα του διαγωνισμού. Η ΑΑΠ στην απόφαση της στην Προσφυγή αρ. 12/2018 αναφέρει τα ακόλουθα:

*«Ζητούμενο εδώ δεν είναι κατά πόσο εφόσον υπάρχουν κατ' ισχυρισμό αποκλίσεις και στην προσφορά των Αιτητών, [...] αλλά κατά πόσο η απόκλιση της προσφοράς του επιτυχόντα που ισχυρίζονται οι Αιτητές ήταν σε γνώση της Αναθέτουσας Αρχής κατά τη λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης και αιτιολογήθηκε [...].*

*[...] να προκύπτει ότι το ζήτημα των αποκλίσεων απασχόλησε πριν τη λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης αλλά αντίθετα η συντονίστρια της Επιτροπής Αξιολόγησης κατά τρόπο σαφή και ακριβοδίκαιο θα λέγαμε ανέφερε ότι κατά την αξιολόγηση και τη λήψη της απόφασης για εισήγηση κατακύρωσης του διαγωνισμού στον επιτυχόντα δεν γνώριζαν για την απόκλιση της μέτρησης 37.*

*[...] Το γεγονός ότι η Επιτροπή Αξιολόγησης κατά το χρόνο της εισήγησης της έλαβε υπόψη της γεγονότα που στην πραγματικότητα δεν συνέτρεχαν οδηγεί στο συμπέρασμα ότι προέβη στην εισήγηση η ο οποία μεταγενέστερα υιοθετήθηκε από τι Συμβούλιο Προσφορών υπό πλάνη περί τα πράγματα».*

Συνεπώς επισημαίνει η διαπίστωση της ΑΑΠ στην απόφαση της, όπως αναφέρθηκε πιο πάνω, ήταν ότι η Επιτροπή Αξιολόγησης έδρασε με πλάνη περί τα πράγματα γιατί έλαβε υπόψη της γεγονότα που δεν υφίσταντο στην χρονική εκείνη στιγμή. Λόγω του ότι η ακυρωτική απόφαση της ΑΑΠ επικεντρώθηκε στο ότι η Επιτροπή Αξιολόγησης ενήργησε υπό πλάνη περί τα πράγματα, δεν εξετάστηκε συγκεκριμένα στην απόφαση της ΑΑΠ, κατά πόσο η προσφορά του επιτυχόντα προσφοροδότη, παρουσίαζε ουσιώδη απόκλιση από τους όρους του διαγωνισμού. Είναι επομένως θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι στην ακυρωτική απόφαση της ΑΑΠ δεν υπάρχει συγκεκριμένη και ρητή αναφορά για ουσιώδη απόκλιση.

Αναφορικά με τον ισχυρισμό της Αιτήτριας, ως προς το ότι υπήρχε απόκλιση στην προσφορά του επιτυχόντα προσφοροδότη την οποία η Αναθέτουσα Αρχή αγνόησε, επισημαίνεται ότι η Επιτροπή Αξιολόγησης, μέσω της συντονίστριας της που ήταν παρούσα στην ακρόαση της προσφυγής αρ. 12/2018 *«[...] κατά τρόπο σαφή και ακριβοδίκαιο [...]»* είχε παραδεχτεί ότι εκ παραδρομής δεν είχαν ληφθεί υπόψη κάποιες μετρήσεις. Επομένως, η Αναθέτουσα Αρχή δεν δέχεται ότι αγνοήθηκε η όποια απόκλιση στην προσφορά του επιτυχόντα προσφοροδότη.

Η Αναθέτουσα Αρχή συμφωνεί με την Αιτήτρια ότι ο όρος είναι ουσιώδης και ότι θα πρέπει να ληφθούν υπόψη όλες οι μετρήσεις. Όμως, οι όροι του διαγωνισμού επιτρέπουν στην Αναθέτουσα Αρχή να ασκήσει τη διακριτική της ευχέρεια σε σχέση με τις αποκλίσεις στις μετρήσεις των προσφερόμενων προϊόντων σε σύγκριση με τη μέθοδο αναφοράς.

Συγκεκριμένα, οι όροι του διαγωνισμού προβλέπουν:

**«9.3.1.3 Τα αποδεκτά αποτελέσματα αξιολόγησης είναι τα ακόλουθα:**



- *Κανένα αποτέλεσμα που θα λαμβάνεται από τον προτεινόμενο εξοπλισμό δεν θα πρέπει να έχει απόκλιση πέραν των 1.5g/dl από την τιμή του αναλυτή sysmex.*
- *Ο μέγιστος αριθμός αποτελεσμάτων που θα λαμβάνονται από τον προτεινόμενο εξοπλισμό θα είναι πέντε (5) και έχουν απόκλιση πέραν των 1.0 g/dl από την τιμή του αναλυτή sysmex αλλά όχι πέραν των 1.5g/dl.*
- *Το 75% των αποτελεσμάτων που θα λαμβάνονται από τον προτεινόμενο εξοπλισμό πρέπει να βρίσκονται στο όριο  $\pm 5\%$  από τις τιμές του αναλυτή Sysmex*
- *Το 90% των αποτελεσμάτων που θα λαμβάνονται από τον προτεινόμενο εξοπλισμό πρέπει να βρίσκονται στο όριο  $\pm 10\%$  από τις τιμές του αναλυτή Sysmex.»*

Από τον όρο αυτό προκύπτει ξεκάθαρα, ότι οι μετρήσεις από τα προσφερόμενα προϊόντα μπορούν να έχουν αποκλίσεις από τις μετρήσεις της μεθόδου αναφοράς σε ένα σημαντικό ποσοστό (25%), καθότι η μέτρηση της αιμοσφαιρίνης από μια σταγόνα αίμα, μπορεί να μην είναι τόσο ακριβής όσο η μέτρηση της στον κανονικό αναλυτή.

Η Αναθέτουσα Αρχή θεωρεί ότι διατηρεί μια ευελιξία στην αποδοχή των αποτελεσμάτων, αφού γίνονταν αποδεκτά προϊόντα με 75% ακρίβεια σε σύγκριση με τη μέθοδο αναφοράς, κάτι το οποίο γνώριζε η Αιτήτρια εξ' αρχής. Είναι η θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι αυτή δεν έχει ευελιξία στο ποιες μετρήσεις θα λαμβάνονταν υπόψη, αλλά ότι έχει ευελιξία στο πόση απόκλιση δύναται να γίνει αποδεκτή σε όλες τις μετρήσεις.

Ο εξοπλισμός ο οποίος χρησιμοποιήθηκε για τις μετρήσεις αναφοράς, διαθέτει όλα τα διεθνή αναγνωρισμένα πρότυπα πιστοποιητικά ποιότητας. Το Κέντρο Αίματος είναι πιστοποιημένο με ISO 15189 «Ιατρικά (Κλινικά) Εργαστήρια: Απαιτήσεις Ποιότητας & Ικανότητας - Ανάλυση Απαιτήσεων Εφαρμογής». Ακόμα ότι ο αναλυτής Sysmex που είναι η μέθοδος αναφοράς, εκδίδει αποτελέσματα σε ένα δεκαδικό σημείο όπως και ότι οι τιμές που λήφθηκαν τόσο από τον προτεινόμενο εξοπλισμό, όσο και από τον αναλυτή Sysmex. Κατά την αξιολόγηση των αποτελεσμάτων στο πρόγραμμα Excel, τα όρια  $\pm 5\%$  και  $\pm 10\%$

υπολογίστηκαν με φόρμουλα μέσω του προγράμματος και υπολογίστηκαν με δύο ή/και τρία δεκαδικά ψηφία.

Αναφορικά με τον ισχυρισμό της Αιτήτριας ότι η Επιτροπή Αξιολόγησης εκ παραδρομής είχε παραλείψει να λάβει υπόψη όλες τις μετρήσεις, είναι η θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι, η Επιτροπή Αξιολόγησης προέβη σε επαναξιολόγηση των δεδομένων της. Επιπλέον, σε κανένα σημείο των εγγράφων του διαγωνισμού δεν δηλώνεται ότι η αξιολόγηση των μετρήσεων θα γίνει σε σύγκριση με το  $\pm 5\%$  της απόκλισης, η οποία θα εκφραστεί στα ένα, δύο ή τρία δεκαδικά σημεία. Είναι αυτονόητο ότι, εφόσον το πρωτογενές αποτέλεσμα τόσο της μεθόδου αναφοράς όσο και της προτεινόμενης μεθοδολογίας εκφράζονται σε ένα δεκαδικό σημείο, τότε έτσι και η απόκλιση των μετρήσεων πρέπει να εκφραστεί ομοίως με τα πρωτογενή αποτελέσματα.

Η Επιτροπή Αξιολόγησης αποφάσισε να θεωρήσει ασήμαντες τις ίσες ή μικρότερες αποκλίσεις από το 0.1. Κατά την επαναξιολόγηση ακολουθήθηκε ομοιογενής τρόπος αξιολόγησης για όλες τις μετρήσεις. Επομένως, με βάση τα νέα δεδομένα σύμφωνα με τα οποία διενεργήθηκε η επαναξιολόγηση και τηρώντας την αρχή της ίσης μεταχείρισης, η Επιτροπή Αξιολόγησης είχε κάνει αποδεκτές δέκα μετρήσεις με ίσο ή μικρότερο από 0.1 πέραν από το  $\pm 5\%$  για τον επιτυχόντα και δέκα μετρήσεις με ίσο ή μικρότερο από 0.1 πέραν από το  $\pm 5\%$  για την Αιτήτρια. Η προσφορά κατακυρώθηκε στον πιο φτηνό προσφοροδότη, το οποίο είναι και το κριτήριο ανάθεσης του διαγωνισμού.

Η Αναθέτουσα Αρχή συμπληρώνει ότι εάν η Επιτροπή Αξιολόγησης δεν θεωρούσε ασήμαντες τις αποκλίσεις του μικρότερου ή ίσου με το 0.1, πέραν από το  $\pm 5\%$ , τότε ο διαγωνισμός έπρεπε να είχε ακυρωθεί κατά την επαναξιολόγηση, λόγω του ότι καμία από τις προσφορές δεν θα ήταν εντός των όρων και των προδιαγραφών του διαγωνισμού.

Έχουμε εξετάσει τις θέσεις των μερών υπό το φως των διοικητικών φακέλων και των όσων έχουν τεθεί ενώπιόν μας. Αρχικά παραθέτουμε τον όρο 9.3.1 που σύμφωνα με τον οποίο, κατ' ισχυρισμό της Αιτήτριας, δεν είναι σύμφωνη η προσφορά του επιτυχόντα.

### **«9.3.1 Αξιολόγηση Δειγμάτων**

1. *Οι Προσφέροντες καλούνται να παρουσιάσουν πανομοιότυπα δείγματα των προσφερόμενων προϊόντων, περιλαμβανομένου και του προσφερόμενου εξοπλισμού. [...]*

*Η αξιολόγηση των δειγμάτων θα γίνει με σκοπό την επιβεβαίωση της συμμόρφωσης των προϊόντων στις προδιαγραφές και την ικανότητα τους να εξυπηρετούν την ποιότητα που είναι απαραίτητη. [...]*

2. *Η διαδικασία αξιολόγησης που θα ακολουθηθεί θα είναι η εξής:*

- *θα γίνεται μέτρηση της αιμοσφαιρίνης του αιμοδότη στον προτεινόμενο εξοπλισμό με δαχτυλική λήψη αίματος από τριχοειδές αγγείο.*
- *Θα λαμβάνεται δείγμα αίματος από τη φλέβα του αιμοδότη, το οποίο ακολούθως θα μετριέται στον αναλυτή Sysmex ο οποίος είναι εγκατεστημένος στο Σταθμό Αιμοδοσίας στο Κέντρο Υγείας Έγκωμης.*
- *θα μετρηθούν συνολικά 100 δείγματα.*
- *Η διαδικασία θα διεξάγεται τόσο στο σταθερό σταθμό Αιμοδοσίας στο Κέντρο Υγείας Έγκωμης, όσο και σε εξωτερικές αιμοδοσίες.*

3. *Τα αποδεκτά αποτελέσματα αξιολόγησης είναι τα ακόλουθα:*

- *Κανένα αποτέλεσμα που θα λαμβάνεται από τον προτεινόμενο εξοπλισμό δεν θα πρέπει να έχει απόκλιση πέραν των 1.5g/dl από την τιμή του αναλυτή sysmex.*
- *Ο μέγιστος αριθμός αποτελεσμάτων που θα λαμβάνονται από τον προτεινόμενο εξοπλισμό θα είναι πέντε (5) και έχουν απόκλιση πέραν των 1.0 g/dl από την τιμή του αναλυτή sysmex αλλά όχι πέραν των 1.5g/dl.*
- *Το 75% των αποτελεσμάτων που θα λαμβάνονται από τον προτεινόμενο εξοπλισμό πρέπει να βρίσκονται στο όριο  $\pm 5\%$  από τις τιμές του αναλυτή Sysmex*
- *Το 90% των αποτελεσμάτων που θα λαμβάνονται από τον προτεινόμενο εξοπλισμό πρέπει να βρίσκονται στο όριο  $\pm 10\%$  από τις τιμές του αναλυτή Sysmex».*

Ο πιο πάνω όρος είναι κοινό έδαφος ότι είναι ουσιώδης όρος. Η έννοια του ουσιώδους όρου στο πλαίσιο διαγωνισμού προσφορών έχει αποκρυσταλλωθεί από τη νομολογία. Ουσιώδης είναι ο όρος η τήρηση του οποίου είναι αποφασιστικής σημασίας για τη λήψη και το περιεχόμενο της απόφασης για την κατακύρωση της προσφοράς (Tamassos Suppliers vs. Δημοκρατίας). Στην προκειμένη περίπτωση θεωρούμε ότι ευσταθούν οι ισχυρισμοί της Αιτήτριας σε σχέση με τη μη συμμόρφωση της προσφοράς του επιτυχόντα με τον όρο 9.3.1. Άλλωστε αυτή η θέση είχε διατυπωθεί και στην απόφαση της ΑΑΠ στην Προσφυγή 12/2018 παρόλο ότι δεν υπήρχε συγκεκριμένη και ρητή αναφορά για ουσιώδη απόκλιση, αλλά όπως αναφέρθηκε στην σελ.16 της απόφασης υπήρχε απόκλιση από τον όρο 9.3.1. Συγκεκριμένα αναφέρεται ότι *«Έχοντας εξετάσει τις θέσεις των μερών υπό το φως των διοικητικών φακέλων θεωρούμε ότι οι ισχυρισμοί των Αιτητών σε σχέση με τη μη συμμόρφωση της προσφοράς του επιτυχόντα με τον όρο 9.3.1.1 ευσταθούν.»*

Όσον αφορά τον ισχυρισμό της Αιτήτριας ότι η Αναθέτουσα Αρχή εκ των υστέρων και αντίθετα με τους όρους του Διαγωνισμού εισήγαγε νέα δεδομένα κατά την επαναξιολόγηση των προσφορών και εδώ θα συμφωνήσουμε με την Αιτήτρια. Η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής να δεχθεί ότι αποκλίσεις ίσες ή μικρότερες του 0.1 είναι ασήμαντες, δεν μπορεί να θεωρηθεί σύμφωνη με τους όρους του Διαγωνισμού. Οι όροι του Διαγωνισμού και συγκεκριμένα ο όρος 9.3.1.3, καθόρισε την μέγιστη επιτρεπτή απόκλιση στο  $\pm 5\%$  από τις τιμές του αναλυτή Sysmex. Η Αναθέτουσα Αρχή κατά την επαναξιολόγηση της πρόσθεσε μία περαιτέρω απόκλιση της τάξης του 0.1 στην ήδη υπάρχουσα απόκλιση του  $\pm 5\%$ . Η προσθήκη αυτή αποτελεί τροποποίηση των όρων του Διαγωνισμού καθότι στην ουσία η απόκλιση που αποδέχεται η Αναθέτουσα Αρχή δεν είναι μικρότερη του 0.1 αλλά πολύ μεγαλύτερη διότι ήδη υπάρχει διαπιστωθείσα απόκλιση.

Η Αναθέτουσα Αρχή κατά την επαναξιολόγηση ακολούθησε μια νέα προσέγγιση που είναι αντίθετη με την προσέγγιση της κατά την πρώτη αξιολόγηση, αφού δείγματα τα οποία είχε θεωρήσει εκτός προδιαγραφών στην πρώτη αξιολόγηση τώρα θεωρήθηκαν εντός προδιαγραφών. Για παράδειγμα στην πρώτη αξιολόγηση η μέτρηση 53 θεωρήθηκε εκτός, ενώ κατά την επαναξιολόγηση θεωρήθηκε εντός προδιαγραφών.

Η θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι οι όροι του διαγωνισμού της επιτρέπουν να ασκήσει τη διακριτική της ευχέρεια σε σχέση με τις αποκλίσεις στις μετρήσεις των προσφερόμενων προϊόντων σε σύγκριση με τη μέθοδο αναφοράς και ότι έχει την έχει ευελιξία στο πόση απόκλιση δύναται να γίνει αποδεκτή σε όλες τις μετρήσεις δεν μας βρίσκει σύμφωνους. Οι όροι του διαγωνισμού επιτρέπουν μεν στην Αναθέτουσα Αρχή να ασκήσει την διακριτική της ευχέρεια στον βαθμό όμως που δεν αλλοιώνονται ή τροποποιούνται ουσιώδεις όροι του διαγωνισμού.

Το γεγονός επίσης ότι η Επιτροπή Αξιολόγησης είχε κάνει αποδεκτές δέκα μετρήσεις με ίσο ή μικρότερο από 0.1 πέραν από το  $\pm 5\%$  για τον επιτυχόντα και δέκα μετρήσεις με ίσο ή μικρότερο από 0.1 πέραν από το  $\pm 5\%$  για την Αιτήτρια, αποτελεί μεν προσπάθεια της Αναθέτουσας Αρχής για ίση μεταχείριση μεταξύ των δύο προσφοροδοτών αλλά ούτε αυτό αιτιολογεί το γεγονός της εισαγωγής της επιπρόσθετης απόκλισης του 0,1 πέραν της απόκλισης του  $\pm 5\%$ .

Τέλος η θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι εάν η Επιτροπή Αξιολόγησης δεν θεωρούσε ασήμαντες τις αποκλίσεις του μικρότερου ή ίσου με το 0.1, πέραν από το  $\pm 5\%$ , τότε ο διαγωνισμός έπρεπε να είχε ακυρωθεί κατά την επαναξιολόγηση, λόγω του ότι καμία από τις προσφορές δεν θα ήταν εντός των όρων και των προδιαγραφών του διαγωνισμού, δεν

αποτελεί επαρκή αιτιολογία για την διαδικασία που ακολουθήθηκε. Η προσβαλλόμενη απόφαση είναι αποτέλεσμα τροποποίησης ουσιώδους όρου του διαγωνισμού από την Αναθέτουσα Αρχή και συνεπώς παράνομη και ως τέτοια άκυρη.

Για τους λόγους που έχουμε εξηγήσει, ομόφωνα αποφασίζουμε ότι η προσφυγή επιτυγχάνει και η προσβαλλόμενη απόφαση ακυρώνεται.