



**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. 49/2016**

Μεταξύ:

BIOTRONICS LTD

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:**

BIOTRONICS LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Μαρία Θεριστή, Δικηγόρο
2. Μαριλένα Βαρνάβα, Νομική Σύμβουλο
3. Βαρνάβα Βαρνάβα, Διευθυντή αιτούσας εταιρείας

**Αναθέτουσα Αρχή:**

ΓΕΝΙΚΟ ΧΗΜΕΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Δήμητρα Καλλή, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. Ελένη Μιτσή, Ασκούμενη Δικηγόρο
3. Στέλιο Γιαννόπουλο, Ανώτερο Χημικό, Συντονιστή Επιτροπής Αξιολόγησης
4. Δέσπω Χριστοδούλου, Χημικό 1<sup>ης</sup> Τάξης, Μέλος Επιτροπής Αξιολόγησης
5. Χριστόφορο Παπαχρυσοστόμου, Χημικό, Μέλος Επιτροπής Αξιολόγησης
6. 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 κατακυρώσει 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» στον οικονομικό φορέα Antisel Limited («ο επιτυχών»). Η προσφερθείσα από τους Αιτητές προσφορά απορρίφθηκε ως εκτός προδιαγραφών.

Η Επιτροπή Αξιολόγησης σε συνεδρίες της αξιολόγησε τις υποβληθείσες προσφορές και ετοίμασε Έκθεση Αξιολόγησης ημερομηνίας 22.7.2016 με την οποία εισηγήθηκε την κατακύρωση της προσφοράς στον επιτυχόντα και απόρριψη της προσφοράς των Αιτητών επειδή η προσφορά τους δεν ικανοποιούσε τις τεχνικές προδιαγραφές των σημείων 2.7 και 2.39 του Εντύπου 8.

Στη συνέχεια το Συμβούλιο Προσφορών σε συνεδρία του στις 2.8.2016 αφού μελέτησε την έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης υιοθέτησε την εισήγηση της και αποφάσισε ανάλογα.

Η Αναθέτουσα Αρχή, με επιστολή της ενημέρωσε τους Αιτητές για την απόφασή της να αναθέσει τον Διαγωνισμό στον επιτυχόντα για το ποσό των €698.850 πλέον Φ.Π.Α. Τούς ενημέρωσε, επίσης, ότι:

«Παρ' όλο που η προσφορά σας ήταν φθηνότερη, η ανάθεση της σύμβασης δεν έγινε σε σας επειδή η προσφορά σας δεν πληροί τα σημεία 2.7 και 2.39 των τεχνικών προδιαγραφών. Συγκεκριμένα, στο σημείο 2.7 απαιτείται όπως η επαναληψιμότητα ροής, *Flow Precision*, να είναι μικρότερη από 0.075% ενώ το προσφερόμενο είδος έχει επαναληψιμότητα ροής ίση με 0.075%.

Στο σημείο 2.39 απαιτείται όπως το σύστημα, έχει τη δυνατότητα επιβεβαίωσης για κάθε παράμετρο με λειτουργία πλήρους σάρωσης σε διαφορετικές ενέργειες θραυσματοποίησης σε μια μονήρη *MRM* λειτουργία (*in a sigle MRM mode*) ενώ το προσφερόμενο σύστημα δεν έχει την δυνατότητα αυτής της ταυτόχρονης λειτουργίας επιβεβαίωσης.»

Οι Αιτητές με την προσφυγή τους αλλά και με τη γραπτή τους αγόρευση εγείρουν μεγάλο αριθμό λόγων ακυρότητας. Θα προσπαθήσουμε να παραθέσουμε τους ισχυρισμούς τους όσο συνοπτικά μπορούμε ώστε να γίνουν οι θέσεις τους κατανοητές.

Αρχικά αναφέρουν ότι στην παρούσα υπόθεση παραβιάστηκε η αρχή της ίσης μεταχείρισης των προσφοροδοτών και η αρχή της χρηστής διοίκησης, διότι οι τεχνικοί όροι του διαγωνισμού διαμορφώθηκαν με βάση τα μηχανήματα που η Αναθέτουσα Αρχή γνώριζε ότι αντιπροσώπευε ο επιτυχών γεγονός κατά τους ίδιους που ενισχύεται από τα στοιχεία του φακέλου. Όπως καταγράφεται στα πρακτικά της Επιτροπής Αξιολόγησης οι όροι είχαν καταρτιστεί μετά από έρευνα αγοράς και κάλυπταν «*αναλυτικά τα συστήματα τουλάχιστον δύο διαφορετικών κατασκευαστών Shimadzu και Sciex*». Περίορισαν δηλαδή τις προδιαγραφές που καθορίστηκαν, έτσι ώστε να καλύπτουν μόνο δύο κατασκευαστές από τους πέντε που δήλωσαν ενδιαφέρον. Οι όροι του διαγωνισμού ισχυρίζονται φωτογράφιζαν τις τεχνικές προδιαγραφές των μηχανημάτων που προσέφερε ο επιτυχών, με αποτέλεσμα να

παραβιάζεται το άρθρο 4 του Νόμου 73(Ι)/2016 ως και η Σκέψη 29 της Οδηγίας 2004/18, η οποία προβλέπει ότι:

*«Οι τεχνικές προδιαγραφές που καθορίζονται από τους αγοραστές του δημοσίου θα πρέπει να επιτρέπουν το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. Για το σκοπό αυτό, θα πρέπει να είναι δυνατή η υποβολή προσφορών που αντικατοπτρίζουν την ποικιλία των τεχνικών λύσεων. [...]».*

Καίτοι, αναφέρουν, αιτήματα για αριθμό τροποποιήσεων στους όρους του Διαγωνισμού ικανοποιήθηκαν από την Αναθέτουσα Αρχή, η εισήγηση των Αιτητών για αντίστοιχη τροποποίηση της προδιαγραφής του σημείου 2.7 του Εντύπου 8 όπως γίνει ίση  $\leq 0.075\% \text{RSD}$  αντί  $< 0.075\% \text{RSD}$ , από παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής δεν απαντήθηκε με αποτέλεσμα η προσφορά τους να απορριφθεί.

Η παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής αποδοχής ή απάντησης στο αίτημα τους και της θετικής ανταπόκρισης σε αίτημα τους για τροποποίηση άλλων όρων του διαγωνισμού τους δημιούργησε την εντύπωση, ότι αυτό ήταν επουσιώδους σημασίας γι' αυτό και σε εκείνο το στάδιο δεν έθεσαν ζήτημα φωτογράφησης των προϊόντων του επιτυχόντα. Οι απαντήσεις της Αναθέτουσας Αρχής στις οποίες δεν περιλαμβανόταν απάντηση στην εισήγηση των Αιτητών για τροποποίηση της απαίτησης του σημείου 2.7 του Εντύπου 8, δόθηκε σε χρόνο που η προθεσμία για υποβολή νέων εισηγήσεων είχε ήδη λήξει. Η Αναθέτουσα Αρχή στις εισηγήσεις τους απάντησε μόλις στις 14.6.2016 ενώ τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών ήταν η 24.6.2016.





χρησιμοποίησε ο επιτυχών στην προσφορά του αντί του όρου «Flow Precision – Ακρίβεια Ροής» που απαιτείτο από τον όρο και προσφέρθηκε από τους Αιτητές.

Τόσο η απαίτηση του σημείου 2.7 όσο και η απαίτηση του σημείου 2.39 του Εντύπου 8 είναι δύο πολύ δευτερεύουσες απαιτήσεις από το σύνολο των 86 συνολικά τεχνικών απαιτήσεων του Εντύπου 8 που δεν δικαιολογεί αποκλεισμό της προσφοράς τους.

Αναφορικά με τον δεύτερο λόγο αποκλεισμού τους, τόνισαν, ότι η αιτιολογία σε σχέση με την απαίτηση του σημείου 2.39 είναι ανεπίτρεπτη και εξωγενής. Παρά την ύπαρξη πιστοποιητικού του κατασκευαστή Waters, αναφέρουν, η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε ότι εξακολουθεί να μην πληρείται ο όρος διότι «σε υπάρχοντα όργανα της εταιρείας Waters στο Γενικό Κρατικό Χημείο που λειτουργούν με την ίδια τεχνολογία, η εφαρμογή της πιο πάνω λειτουργίας υστερεί». Η αόριστη αυτή αναφορά, ισχυρίζονται, αποτελεί εκ των υστέρων σκέψη που δεν συμβαδίζει με τις απαιτήσεις του Εντύπου 8 και παραπέμπουν στην απόφαση του Δ.Ε.Ε. **Εμμ. Γ. Λιανάκης ΑΕ, κατά Δήμου Αλεξανδρούπολης, C 532/2006** ημερομηνίας 24.1.2008.

Τουλάχιστον, υποστηρίζουν, η Αναθέτουσα Αρχή εάν είχε αμφιβολία όφειλε να ζητήσει διευκρινίσεις από τον κατασκευαστή, αλλά και από τους ίδιους τους Αιτητές προτού καταλήξει.

Σημειώνουν ότι για τη συγκεκριμένη απαίτηση και για σκοπούς διεύρυνσης του ανταγωνισμού και δυνατότητας προσφοράς από τους ίδιους άλλου μοντέλου, το

οποίο ήταν το μοναδικό που είχαν διαθέσιμο κατά τον χρόνο υποβολής των εισηγήσεων, είχαν ζητήσει όπως αυτή τροποποιηθεί, τελικά όμως, υπέβαλαν προσφορά με το τελευταίο μοντέλο του κατασκευαστή Waters, το οποίο κυκλοφόρησε παγκόσμια και κατέστη διαθέσιμο από τον κατασκευαστή, μόνο μερικές ημέρες πριν από την υποβολή των προσφορών. Το προσφερόμενο νέο μοντέλο της Waters, εκτός του γεγονότος ότι πληροί απόλυτα την απαίτηση 2.39 διαθέτει και πλεονεκτήματα πολύ μεγαλύτερα από τις προσδοκίες και τις προδιαγραφές της Αναθέτουσας Αρχής. Το προσφερόμενο σύστημα είναι μοντέλο κατά δύο και τρεις γενιές νεότερο και πολύ αναβαθμισμένο σε σχέση με τα μοντέλα που διαθέτει το Γενικό Χημείο του Κράτους και τα οποία βέβαια λειτουργούν για πάρα πολλά χρόνια, με εξαιρετικά αποτελέσματα και με άμεση και άψογη τεχνική υποστήριξη, ενώ στη συνέχεια αναφέρθηκαν και στα προτερήματα του προσφερόμενου εξοπλισμού τους. Εσφαλμένη τονίζουν είναι και η σύγκριση του προσφερόμενου νέου συστήματος της προσφοράς τους με προηγούμενα μοντέλα που υπάρχουν και λειτουργούν στο Γενικό Χημείο του Κράτους.

Από τα πιο πάνω, αναφέρουν, προκύπτει ότι οι λόγοι απόρριψης της προσφοράς τους προσκρούουν στο άρθρο 39(5) του περί της Ρύθμισης των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και για Συναφή Θέματα Νόμου του 2016, Ν.73(Ι)/2016, όπου ορίζεται η ξεκάθαρη πρόθεση του νομοθέτη να αποτρέψει φαινόμενα όπως ο παρόν ανεπίτρεπτος αποκλεισμός με ανεπίτρεπτες αιτιάσεις οι



οποίες αφορούν την ερμηνεία από την εκάστοτε Αναθέτουσα Αρχή τεχνικών ζητημάτων κατά το δοκούν.

Ο αποκλεισμός τους λόγω της κατ' ισχυρισμό μη συμμόρφωσης της προσφοράς τους με το σημείο 2.39 του Εντύπου 8 είναι αποτέλεσμα εμφανούς παράβασης νόμου, πλάνης περί τα πράγματα, υπέρβασης των άκρων ορίων της διακριτικής εξουσίας της διοίκησης, έλλειψης αιτιολογίας και δέουσας έρευνας. Από το πρακτικό του Συμβουλίου Προσφορών δεν προκύπτει ο συλλογισμός που οδήγησε στον αποκλεισμό της προσφοράς τους ώστε να είναι δυνατός ο δικαστικός έλεγχος. Το Συμβούλιο Προσφορών έλαβε την προσβαλλόμενη απόφαση υιοθετώντας παθητικά την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης. Το ελλιπές πρακτικό δεν μπορεί να συμπληρώσει την προσβαλλόμενη πράξη η οποία είναι από τη φύση της αναιτιολόγητη.

Τέλος, οι Αιτητές παραπέμπουν σε διάφορα σημεία της προσφοράς του επιτυχόντα και υποστηρίζουν ότι η Αναθέτουσα Αρχή παρέλειψε να ασχοληθεί με σωρεία αποκλίσεων της προσφοράς του. Επικαλούμενοι την **ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΕΛ.ΝΙ.Α. ΚΟΚΚΙΝΟΣ LTD**, ν. **Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών**, Αρ. 75/2010, ημερομηνίας 4.7.2011 υποστηρίζουν ότι το έννομο συμφέρον τους να εγείρουν ζήτημα μη συμμόρφωσης του επιτυχόντα με βάση τις σύγχρονες νομολογημένες αρχές, υπάρχει ακόμα και για την περίπτωση που επικυρωθεί η προσβαλλόμενη κρίση για τον αποκλεισμό τους.

Είναι η θέση της Αναθέτουσας Αρχής ότι οι Αιτητές δεν έχουν έννομο συμφέρον να εγείρουν ισχυρισμούς που άπτονται της σύνταξης των τεχνικών προδιαγραφών στη βάση του δόγματος της επιδοκιμασίας και αποδοκιμασίας. Με τη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό έχουν επιδοκιμάσει και/ή αποδέχθηκαν τους όρους του διαγωνισμού έτσι ώστε δεν μπορούν εκ των υστέρων και επειδή η προσδοκία τους για κατακύρωση του διαγωνισμού δεν ικανοποιήθηκε να αποδοκιμάζουν τους όρους. Υποστηρίζει ότι οι Αιτητές είχαν τη δυνατότητα στο στάδιο προκήρυξης του διαγωνισμού να υποβάλουν τις εισηγήσεις τους για τροποποιήσεις όρων του διαγωνισμού όπως και έπραξαν. Συγκεκριμένα στις 9.6.2016 μία μέρα πριν την εκπνοή της προθεσμίας για αιτήσεις τροποποιήσεων ζήτησαν αριθμό τροποποιήσεων εκ των οποίων το 42% έγινε αποδεκτό (δημοσίευση ημερομηνίας 14.6.2016 στο e-procurement από την Αναθέτουσα Αρχή). Οι ίδιοι δε στην επιστολή τους ημερομηνίας 9.6.2016 παραδέχθηκαν ουσιαστικά ότι το μοντέλο το οποίο προσέφεραν δεν πληρούσε όλες τις ζητούμενες προδιαγραφές.

Εισηγήσεις για τροποποίηση των εγγράφων όπως καταγράφεται στα πρακτικά της Επιτροπής Αξιολόγησης ημερομηνίας 8.7.2016 έγιναν και προφορικά από τους Αιτητές. Οι Αιτητές εάν θεωρούσαν ότι οι όροι ήταν φωτογραφικοί μπορούσαν να προσφύγουν στην Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών όπου θα είχαν την δυνατότητα να προβάλουν τις θέσεις τους σε σχέση με τους όρους του διαγωνισμού.

Αναφορικά με τους ισχυρισμούς που αφορούν τους λόγους απόρριψης της προσφοράς τους η Αναθέτουσα Αρχή με παραπομπή στη *Logicom Public Ltd v. Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών κ.α*, Αρ.153/2008, ημερομηνίας 27.8.2009 και στην ΑΕ 183/2007 *Αρχή Τηλεπικοινωνιών Κύπρου v. Dicicom Ltd* ημερομηνίας 21.1.2011 υποστηρίζει ότι το δικαστήριο δεν υπεισέρχεται σε έλεγχο ζητημάτων τεχνικής φύσης διότι η διοίκηση είναι καλύτερος γνώστης και αν από τα ενόπια του γεγονότα προκύπτει ότι η απόφαση του αρμοδίου οργάνου ήταν εύλογα επιτρεπτή δεν επεμβαίνει.

Απορρίπτει επίσης την εισήγηση των Αιτητών για παθητική υιοθέτηση της εισήγησης της Επιτροπής Αξιολόγησης από το Συμβούλιο Προσφορών και τονίζει ότι η Επιτροπή Αξιολόγησης η οποία απαρτίζεται από κρατικούς υπαλλήλους που κατέχουν την απαιτούμενη τεχνική γνώση και κατάρτιση είναι το αρμόδιο όργανο για μελέτη και τεχνική αξιολόγηση των προσφορών. Το Συμβούλιο Προσφορών ενόπια του οποίου τέθηκε η έκθεση αξιολόγησης αφού τη μελέτησε την υιοθέτησε και αποφάσισε. Δεν απαιτείτο οποιαδήποτε περαιτέρω αιτιολογία από τη στιγμή που συμφωνούσε.

Σε σχέση με την απαίτηση του σημείου 2.7 του Εντύπου 8 αναφέρει ότι το σημείο 2.7 θέτει ως αποδεκτό όριο για την επαναληψιμότητα / αναπαραγωγιμότητα της ροής (flow precision) την τιμή  $< 0,075 \% \text{ RSD}$ , όπου RSD είναι η σχετική τυπική



επιβεβαιώσεις. Η αναφορά των Αιτητών σε τεχνικές προδιαγραφές και αξιολογήσεις άλλων διαγωνισμών είναι ατυχής, διότι οι διαγωνισμοί αυτοί έλαβαν χώρα σε διαφορετικές χρονικές περιόδους, στη βάση άλλων όρων και γεγονότων και δεν θα πρέπει να ληφθούν υπόψη για σκοπούς εξέτασης του παρόντος διαγωνισμού.

Η Αναθέτουσα Αρχή, υποστηρίζει ότι οι Αιτητές δεν συμμορφώνονται ούτε με το σημείο 2.39 του Εντύπου 8. Όπως συνάγεται, τόνισε, από το σημείο 2.39 η συγκεκριμένη λειτουργία αποσκοπεί στην επιβεβαίωση της ταυτότητας. Εξήγησε πως επιτυγχάνεται η ταυτοποίηση των ουσιών σε μονήρη MRM λειτουργία, με ταυτόχρονη συλλογή δεδομένων με την τεχνική ολικής σάρωσης σε διαφορετικές ενέργειες και το συνδυασμό τους σε ένα φάσμα ολικής σάρωσης, έτσι ώστε να παράγεται το δακτυλικό αποτύπωμα της ουσίας, χωρίς να χρειάζεται επαναληπτική ανάλυση του δείγματος. Τόνισε ότι οι Αιτητές με τα όσα καταγράφουν στο Έντυπο 8, προσφέρουν διαφορετική λειτουργία. Με την τεχνολογία που προσφέρουν δεν παράγεται φάσμα ολικής σάρωσης με διαφορετικές ενέργειες σε μονήρη MRM εφαρμογή και ούτε μπορεί να παραχθεί φάσμα ολικής σάρωσης με διαφορετικές ενέργειες ακόμα και με πολλαπλές αναλύσεις, σύμφωνα μάλιστα και με επιστολή της εταιρείας Waters ημερομηνίας 22.6.2016. Η Επιτροπή Αξιολόγησης διαπίστωσε τη μη συμμόρφωση του προσφερόμενου μοντέλου μέσα από όσα οι Αιτητές δήλωσαν στο Έντυπο 8 και με βάση τα τεχνικά φυλλάδια που υπέβαλαν και όχι στα προηγούμενα μοντέλα της Waters.

Απορρίπτει, επίσης, τον ισχυρισμό ότι η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε να αναζητήσει διευκρινίσεις. Η αναζήτηση διευκρινίσεων, πρόσθεσε, επιτρέπεται για σκοπούς αποσαφήνισης και/ή παροχής στοιχείων που δεν αφορούν σε παραβίαση ουσιωδών όρων του διαγωνισμού. Η διοίκηση δεν μπορεί, μετά την υποβολή των προσφορών, να επεμβαίνει, για να διορθώνει λάθη ή παραλείψεις ενός προσφοροδότη. Η εκ των υστέρων υποβολή ουσιωδών στοιχείων, κατά το στάδιο της αξιολόγησης, έχει αποδοκιμαστεί από τη νομολογία ως παραβιάζουσα τις αρχές της χρηστής διοίκησης και της ίσης μεταχείρισης.

Η Αναθέτουσα Αρχή θεωρεί ότι υπάρχει καταγεγραμμένη αιτιολογία από την οποία προκύπτουν αβίαστα οι λόγοι για τους οποίους απορρίφθηκε η προσφορά των Αιτητών. Η διενέργεια δέουσας έρευνας αποδεικνύεται από το γεγονός ότι οι όποιες αποκλείσεις στην προσφορά των Αιτητών εντοπίστηκαν από την Επιτροπή Αξιολόγησης. Ούτε ο ισχυρισμός για έλλειψη πρακτικών ευσταθεί. Τόσο το Συμβούλιο Προσφορών όσο και η Επιτροπή Αξιολόγησης κατέγραψαν τις αποφάσεις τους, ως όφειλαν, στα πρακτικά τα οποία βρίσκονται στους σχετικούς διοικητικούς φακέλους.

Τέλος, η Αναθέτουσα Αρχή υποστηρίζει ότι οι Αιτητές δεν έχουν έννομο συμφέρον να προσβάλουν την κατακύρωση του διαγωνισμού στον επιτυχόντα, διότι η

προσφορά τους κρίθηκε ότι δεν ικανοποιεί ουσιώδεις όρους του διαγωνισμού και παραπέμπουν σχετικά στην *Μάριος Θεοχαρίδης Ατδ ν. Δημοκρατίας, Αρ. 631/02*, ημερομηνίας 22.2.2005, η οποία επικυρώθηκε από την Ολομέλεια στην *Μάριος Θεοχαρίδης Ατδ ν. Δημοκρατίας (2007) 3Α.Α.Δ. 594*. Στην συνέχεια όμως, απαντά σε όλα τα θέματα που αφορούσαν ισχυριζόμενες αποκλίσεις της προσφοράς του επιτυχόντα.

Σε σχέση με τα ζητήματα που έθεσαν οι Αιτητές τόσο για φωτογραφικούς όρους των εγγράφων του διαγωνισμού όσο και για τα σημεία 2.6 και 2.39 του Εντύπου 8 για τα οποία η προσφορά τους αποκλείστηκε η Επιτροπή Αξιολόγησης στο πρακτικό της ημερομηνίας 8.7.2016, καταγράφει τα εξής:

*«Ο Πρόεδρος ανέφερε ότι υποβλήθηκαν συνολικά τρεις (3) προσφορές από τρεις διαφορετικούς προσφοροδότες (1-ANTISSEL AΦΟΙ ΣΕΛΙΑΗ ΑΕ, 2-CYPRUS PHARMACEUTICAL ORGANIZATION LTD, 3-BIOTRONICS LTD) σημείωσε τα ακόλουθα:*

*Οι τεχνικές προδιαγραφές είχαν αρχικά καταρτιστεί βάσει των οργάνων/εξοπλισμού τελευταίας τεχνολογίας μετά από σχετική έρευνα αγοράς και κάλυπταν αναλυτικά συστήματα τουλάχιστον δύο διαφορετικών κατασκευαστών (Shimadzu, Sciex).*

*- Η προδιαγραφή 2.32 τροποποιήθηκε μετά από σχετικές παρατηρήσεις της εταιρείας Biotronics, αντιπρόσωποι της κατασκευάστριας εταιρείας Waters στην Κύπρο, αφού εκπρόσωπος της Biotronics διαβεβαίωσε προφορικά λειτουργούς του Γενικού Χημείου ότι το νέο/τελευταίο μοντέλο (TQ-XS) της κατασκευάστριας εταιρείας Waters πληροί τις προδιαγραφές εκτός από το σημείο 2.32 και ότι θα ικανοποιείτο αν γινόταν αυτή η αλλαγή.*

*Οι τελικές τεχνικές προδιαγραφές (Έντυπο 8) του διαγωνισμού όπως διαμορφώθηκαν μετά την τροποποίηση του σημείου 2.32 (από 5ms σε 15ms) του Εντύπου 8, είχαν ως αποτέλεσμα οι προδιαγραφές να ικανοποιούνται από*

τα νέα/τελευταία μοντέλα τριών κατασκευαστών (Waters, Sciex, Shimadzu) σύμφωνα με τις δηλώσεις των αντιπροσώπων τους στην Κύπρο.

Ο Πρόεδρος της Επιτροπής έδωσε αντίγραφο αναλυτικού πίνακα που ετοίμασε η Επιτροπή Αξιολόγησης στο οποίο καταγράφονται συγκεντρωτικά τα σχόλια/παρατηρήσεις της Επιτροπής για το κάθε σημείο του Εντύπου 8 και για τις τρεις υποβληθείσες προσφορές.

Τα Μέλη της επιτροπής ενημέρωσαν τον Γενικό Ελεγκτή για τις σημαντικότερες παρατηρήσεις τους επί της τεχνικής αξιολόγησης των προσφορών οι οποίες συνοψίζονται πιο κάτω:

1. Η προσφορά της εταιρείας *Biotronics Ltd* δεν πληροί τα σημεία 2.7 και 2.39 των τεχνικών προδιαγραφών του Εντύπου 8. Συγκεκριμένα, στο σημείο 2.7, απαιτείται όπως η επαναληψιμότητα ροής, *Flow Precision*, να είναι «<0.075% RSD», αλλά η εταιρεία προσφέρει εξοπλισμό με *Flow Precision* «0.075% RSD».

Για την προδιαγραφή του σημείου 2.39 του Εντύπου 8, παρόλο ότι η εν λόγω εταιρεία απάντησε στο υποβληθέν έντυπο 8 ότι το νέο όργανο της *Waters* την πληροί και επισύναψε και επιστολή του κατασκευαστή του οργάνου στην οποία μεταξύ άλλων περιγράφει την λειτουργία του οργάνου/εξοπλισμού της σχετικά με την εν λόγω απαίτηση, τα μέλη της Επιτροπής παρατήρησαν ότι εξακολουθεί να μην πληρείται η προδιαγραφή 2.39 από το προσφερόμενο όργανο της *Biotronics* και επεξήγησαν στον εκπρόσωπο του Γενικού Ελεγκτή ότι η εν λόγω τεχνική προδιαγραφή είναι απαραίτητη για την ενίσχυση της ταυτοποίησης ουσιών με την παράλληλη καταγραφή του φάσματος μαζών και του ανέφεραν ότι σε υπάρχοντα όργανα της κατασκευάστριας εταιρείας *Waters* στο ΓΧΚ που λειτουργούν με την ίδια τεχνολογία, η εφαρμογή της πιο πάνω λειτουργίας υστερεί. Τόνισαν επίσης ότι η λειτουργία της σχετικής προδιαγραφής βελτιώνει την απόδοση του οργάνου, μειώνει τον απαιτούμενο χρόνο μέτρησης των δειγμάτων και παράλληλα ενισχύει την αξιοπιστία των αποτελεσμάτων».

Οι τεχνικές προδιαγραφές σημεία 2.7 και 2.39 του Εντύπου 8 για τα οποία η προσφορά των Αιτητών αποκλείστηκε και για τα οποία υπήρξαν ισχυρισμοί ότι είναι φωτογραφικές προδιαγραφές έχουν ως εξής:



«2.7 – Flow Precision < 0,075 % RSD»

«2.39 – The instrument with the above functionality must be capable while acquiring data in a single MRM mode, to have a simultaneous confirmation of the detected compounds by acquiring a full scan product ion mass spectrum in a single chromatographic run at different collision energies, whenever a specified fragmentation threshold is exceeded. The mass spectrum of the fragmented precursor ions to daughter ions must facilitate library match and enable compound identification.»

Στην **H.S. DATA LTD v. ΑΝΑΘΕΩΡΗΤΙΚΗΣ ΑΡΧΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ**, Υπόθ. Αρ.

1688/2010, ημερ. 8.6.2015 σε σχέση με τον έλεγχο που ασκεί τον Αναθεωρητικό

Δικαστήριο αναφέρονται τα εξής:

«Όπως έχει κατ' επανάληψη νομολογηθεί, το Αναθεωρητικό Δικαστήριο ελέγχει τη νομιμότητα της πράξης, αποφεύγοντας να ελέγξει την ουσιαστική κρίση της διοίκησης, δεν υπεισέρχεται σε τεχνικά θέματα, ούτε σκοπός του είναι να διαπιστώσει, αξιολογήσει ή επιλύσει τέτοια ζητήματα, τα οποία αφορούν κατ' εξοχήν τη διοίκηση, η οποία είναι σε καλύτερη θέση, λόγω του τεχνικού και επιστημονικού προσωπικού που διαθέτουν οι αρμόδιες κατά περίπτωση υπηρεσίες (στην παρούσα περίπτωση Επιτροπή Αξιολόγησης, ΑΑ), να ελέγξει και να κρίνει τις τεχνικές και επιστημονικές προδιαγραφές ενός διαγωνισμού και να καταλήξει στα ανάλογα συμπεράσματα **ΑΤΗΚ v. Digicom Ltd (2011) 3 A.A.D. 9, 16** και **Ττούσουνα v. Δημοκρατίας (2013) 3 A.A.Δ. 151, 160**:

«Προσεκτική μελέτη του διοικητικού φακέλου, φανερώνει ξεκάθαρα, ότι στην περίπτωση της εφεσείουσας και δέουσα έρευνα έγινε και σαφής αιτιολογία δόθηκε. Το Αναθεωρητικό Δικαστήριο ελέγχει τη νομιμότητα της πράξης αποφεύγοντας να ελέγξει την ουσιαστική κρίση της διοίκησης, δεν υπεισέρχεται σε τεχνικά θέματα ούτε σκοπός του είναι να διαπιστώσει, αξιολογήσει, ή επιλύσει τέτοια ζητήματα τα οποία αφορούν κατ' εξοχήν τη διοίκηση»»

Όπως επίσης έχει λεχθεί σε σωρεία αποφάσεων της Αναθεωρητικής Αρχής

Προσφορών αυτή δεν προβαίνει σε τεχνική αξιολόγηση των στοιχείων που

υποβάλλονται από τους οικονομικούς φορείς κατά ή μετά την υποβολή της

προσφοράς τους αλλά ασκεί έλεγχο νομιμότητας. Ούτε προβαίνει σε σύγκριση

μεταξύ του απαιτούμενου εξοπλισμού και των προδιαγραφών αυτού και του προσφερόμενου κατ' ισχυρισμό ισάξιου εξοπλισμού. Αυτό το οποίο εξετάζει είναι κατά πόσο η Επιτροπή Αξιολόγησης και εν τέλει η Αναθέτουσα Αρχή αιτιολογεί επαρκώς την απόφαση της η οποία πρέπει να είναι εύλογη και να λήφθηκε σαν αποτέλεσμα δέουσας έρευνας με βάση τα γεγονότα που υπήρχαν ενώπιον της.

Έχοντας σημειώσει τα πιο πάνω θα εξετάσουμε πρώτα τους ισχυρισμούς των Αιτητών για φωτογραφικούς όρους των εγγράφων του διαγωνισμού.

Σε σχέση με αυτό το ζήτημα σε συμφωνία με την Αναθέτουσα Αρχή θεωρούμε ότι οι ισχυρισμοί των Αιτητών αποτελούν κλασσική περίπτωση εφαρμογής του δόγματος της επιδοκίμασας και αποδοκίμασας. Στη *Δημοκρατίας v. Pharment Ltd* (2011) 3 ΑΑΔ σελ.1 την οποία η Αναθέτουσα Αρχή επικαλέστηκε αναφέρονται τα εξής:

*«Διαφωνούμε με την κατάληξη του πρωτόδικου δικαστηρίου ότι δεν μπορεί να ισχύει στην παρούσα υπόθεση το δόγμα της αποδοκίμασας και επιδοκίμασας. Η Εφεσίβλητη είχε υποβάλει ένσταση εναντίον του σχετικού όρου, η οποία απορρίφθηκε. Το γεγονός ότι μετά την απόρριψη της ένστασής της, η Εφεσίβλητη υπέβαλε την προσφορά της χωρίς να υποβάλει οποιαδήποτε διαμαρτυρία της, στερεί το δικαίωμα να προβάλει, μετά την κατακύρωση της προσφοράς στο ενδιαφερόμενο μέρος, παρανομία του όρου. Στην *Δημοκρατία v. China Wanbao Engineering Corporation* (2000) 3 Α.Α.Δ. 406, αναφέρονται τα ακόλουθα επί του προκειμένου.*

*«Έχουμε την άποψη, με κάθε εκτίμηση προς το συνάδελφο που επιλήφθηκε της υπόθεσης πρωτόδικα, ότι δεδομένης της εν προκειμένου συμμετοχής της αιτήτριας στο διαγωνισμό, αυτή δεν μπορούσε να προβάλει μετ' εννόμου συμφέροντος ζήτημα αντισυνταγματικότητας των εν λόγω Κανονισμών. Αποκομίζοντας το όφελος της συμμετοχής στη*

διαδικασία, δεν μπορούσε εν συνεχεία, επειδή η προσδοκία της δεν πραγματοποιήθηκε, να επιδιώξει τη μηδένιση της διαδικασίας. Δηλαδή, να επιδοκιμάζει και να αποδοκιμάζει: βλ. την απόφαση της Πλήρους Ολομέλειας στην **Ηλία κ.ά. ν. Δημοκρατίας (1999) 3 Α.Α.Δ. 884**, όπως και την πιο πρόσφατη απόφαση της Ολομέλειας στην υπόθεση **Κυπριακό Διύλιστήριο Πετρελαίου Ατδ ν. Δήμου Λάρνακας κ.ά. (2000) 3 Α.Α.Δ. 345**. Σε σχέση, πιο συγκεκριμένα, με το υπό αναφορά ζήτημα, η Ολομέλεια πρόσφατα στην **Αναστασίου ν. Δήμου Παραλιμνίου (2000) 3 Α.Α.Δ. 339**, επιδοκίμασε την ακόλουθη υπόμνηση στην οποία είχε προβεί ο Κωνσταντινίδης Δ. στην **Αναστασίου ν. Κ.Ο.Τ. (1996) 4(Δ) Α.Α.Δ. 2440**:

*«Όχι μόνο η προσφυγή, αλλά και οι λόγοι ακυρότητας πρέπει να προβάλλονται «μετ' εννόμου συμφέροντος» για να είναι παραδεκτοί.»».*

Οι Αιτητές καθώς προκύπτει από το διοικητικό φάκελο στις 9.6.2016 απέστειλαν πολυσέλιδη επιστολή στην Αναθέτουσα Αρχή ζητώντας σειρά τροποποιήσεων οι οποίες σε μεγάλο βαθμό έγιναν αποδεκτές, όχι όμως και η αλλαγή ως προς το σημείο 2.7 η οποία παρέμεινε ως είχε. Καθώς προκύπτει από το πρακτικό της Επιτροπής Αξιολόγησης πριν από τη σύνταξη των όρων του διαγωνισμού έγινε έρευνα αγοράς η οποία οδήγησε στη διαπίστωση ότι τουλάχιστον δύο εταιρείες διαθέτουν εκείνα τα οποία η Αναθέτουσα Αρχή επιθυμούσε να προμηθευτεί. Στη συνέχεια όμως και μετά την προκήρυξη του διαγωνισμού η Αναθέτουσα Αρχή φαίνεται ότι δεν έμεινε προσκολλημένη στους όρους των εγγράφων του διαγωνισμού. Αποδέχτηκε σειρά αιτημάτων για αλλαγή των τεχνικών απαιτήσεων έτσι ώστε στο διαγωνισμό να λάβουν μέρος περισσότεροι οικονομικοί φορείς και να υπάρχει ανταγωνισμός. Το γεγονός ότι για το συγκεκριμένο σημείο 2.7 το αίτημα για τροποποίηση από μέρους

των Αιτητών δεν έγινε δεκτό δεν οδηγεί αφ' εαυτού στο συμπέρασμα ότι οι όροι είναι φωτογραφικοί αλλά ούτε ότι η παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής να απαντήσει ή να συμπεριλάβει στην επιστολή της προς τους Αιτητές αναφορά στο συγκεκριμένο σημείο οδηγεί στο συμπέρασμα ότι αυτό ήταν για την Αναθέτουσα Αρχή δευτερευούσης σημασίας. Ούτε τα περί μη απάντησης της Αναθέτουσας Αρχής για το σημείο 2.7 οφείλεται σε τυχαία παράλειψη όπως οι Αιτητές ισχυρίζονται, υποστηρίζεται από τα στοιχεία του διοικητικού φακέλου. Πρόκειται καθαρά για υποθέσεις των Αιτητών που δεν οδηγούν πουθενά. Η Αναθέτουσα Αρχή με το τροποποιηθέν Έντυπο 8 δηλώνει ξεκάθαρα ότι η απαίτηση του σημείου 2.7 του Εντύπου 8 δεν τροποποιείται αλλά παραμένει ως έχει. Η εμμονή της Αναθέτουσας Αρχής για μη τροποποίηση του σημείου 2.7 σε ένα και μόνο μπορεί να οδηγήσει, ότι δηλαδή θεωρεί την προδιαγραφή αυτή σημαντικό να παραμείνει ως έχει και όχι ότι το θεωρεί χωρίς σημασία. Η αναφορά των Αιτητών ότι δεν έτυχαν απάντησης αφού η Αναθέτουσα Αρχή στην επιστολή της δεν περιέλαβε το συγκεκριμένο σημείο δεν επηρεάζει από τη στιγμή που στο δημοσιευθέν Έντυπο 8 όπως αυτό διαμορφώθηκε μετά τα αιτήματα των οικονομικών φορέων ρητά αναγράφεται η απαίτηση ότι flow precision «<0.075% RSD». Ούτε οι ισχυρισμοί ότι σε προηγούμενους διαγωνισμούς αντίστοιχες απαιτήσεις για «flow precision» ήταν διαφορετικό βοηθά τους Αιτητές. Παρά το γεγονός ότι το ζήτημα είναι καθαρά τεχνικό και συνεπώς ανέλεγκτο πρόκειται για άλλους διαγωνισμούς που δεν γνωρίζουμε ούτε το αντικείμενο τους.

Από το πρακτικό της Επιτροπής Αξιολόγησης συνάγεται επίσης ότι οι Αιτητές υπέβαλαν προφορικό αίτημα για τροποποίηση της προδιαγραφής 2.32 ώστε το τελευταίο μοντέλο TQ-XS της εταιρείας Waters να πληροί όλες τις προδιαγραφές. Το αίτημα έγινε αποδεκτό μετά από προφορική διαβεβαίωση τους προς την Αναθέτουσα Αρχή ότι το σημείο 2.32 θα ικανοποιείτο εάν η αλλαγή γινόταν αποδεκτή. Συνεπώς εφόσον η αλλαγή έγινε αποδεκτή από την Αναθέτουσα Αρχή δεν τίθεται ζήτημα φωτογραφικών όρων. Σύμφωνα πάντοτε με τις προφορικές διαβεβαιώσεις των Αιτητών ότι πληρούσαν τους όρους μετά την αποδοχή του αιτήματος τους για το σημείο 2.32 οι κατασκευάστριες εταιρείες αυξήθηκαν από δύο σε τρεις.

Σ' ότι αφορά τον αποκλεισμό της προσφοράς των Αιτητών για το σημείο 2.7 του Εντύπου 8 οι Αιτητές επιχειρηματολόγησαν και ενώπιον μας σε μεγάλη έκταση σε σχέση με την έννοια του όρου «flow precision» και ότι η φράση αυτή ερμηνεύθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή πεπλανημένα. Η φράση ανέφεραν δεν σημαίνει επαναληψιμότητα ροής αλλά ακρίβεια ροής.

Η σημασία του όρου στα πλαίσια του διαγωνισμού αποτελεί κατ' εξοχήν τεχνικό ζήτημα. Θεωρούμε παρακινδυνευμένο να ερμηνεύσουμε τη φράση απλά με αναφορά σε λεξικά ακόμη και λεξικά που περιέχουν τους συγκεκριμένους τεχνικούς όρους, εφόσον οι ειδικοί είναι σε καλύτερη θέση να αντιληφθούν τη σημασία τους. Η ερμηνεία φράσεων σε τεχνικές προδιαγραφές εξειδικευμένων μηχανημάτων δεν

μπορεί να γίνεται από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών. Ούτε τους ισχυρισμούς των Αιτητών ότι διεθνώς δεν υπάρχει τρόπος ανίχνευσης της απειροελάχιστης διαφοράς που υπάρχει μεταξύ της απαίτησης και του προσφερόμενου από τους Αιτητές είμαστε σε θέση να κρίνουμε.

Παρά την κατάληξη μας πιο πάνω η οποία σηματοδοτεί και την τύχη της προσφυγής αφού θεωρούμε την αιτιολογημένη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής αποτέλεσμα δέουσας έρευνας και ορθής άσκησης της διακριτικής της ευχέρειας θα εξετάσουμε και το δεύτερο λόγο αποκλεισμού της προσφοράς των Αιτητών.

Και αυτός ο λόγος αφορά σε τεχνικό ζήτημα. Οι Αιτητές με όσα καταγράφουν στο Έντυπο 8, όπως κρίθηκε από την Επιτροπή Αξιολόγησης φαίνεται ότι προσφέρουν διαφορετική λειτουργία με το προσφερόμενο προϊόν η οποία δεν παράγει φάσμα ολικής σάρωσης με διαφορετικές ενέργειες σε μονήρη MRM εφαρμογή. Η Αναθέτουσα Αρχή για την κατάληξη της στηρίχθηκε τόσο σε όσα οι Αιτητές δήλωσαν στο Έντυπο 8 όσο και σε όσα από τα τεχνικά φυλλάδια και την επιστολή της εταιρείας Waters ημερ. 22.6.2016 εμπεριέχονται. Δηλαδή, προτού καταλήξει ερεύνησε όλα όσα είχε ενώπιόν της. Η διαπίστωση μας ότι πρόκειται για καθαρά τεχνικό ζήτημα το οποίο αφορά σε τεχνικές προδιαγραφές που από τη φύση τους είναι ουσιώδους σημασίας για την απόφαση κατακύρωσης του διαγωνισμού οδηγεί στο αβάσιμο του ισχυρισμού των Αιτητών για δυνατότητα από την Αναθέτουσα Αρχή αναζήτησης διευκρινίσεων. Όπως είναι γνωστό διευκρινίσεις ζητούνται όταν

μέσα από τα υποβληθέντα προκύπτει ασάφεια ή αοριστία, πράγμα που δεν συμβαίνει στην παρούσα περίπτωση.

Ότι το Συμβούλιο Προσφορών δεν έδωσε οποιαδήποτε άλλη αιτιολογία αλλά αρκέστηκε στο να υιοθετήσει την εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης ούτε αυτό επενεργεί στη νομιμότητα της απόφασης. Η απόφαση του Συμβουλίου Προσφορών από τη στιγμή που αυτό συμφωνούσε και υιοθετούσε την απόφαση της Επιτροπής Αξιολόγησης έχει ως αιτιολογία την αιτιολογία της Επιτροπής Αξιολόγησης.

Ούτε οι ισχυρισμοί των Αιτητών για δυνατότητα αμφισβήτησης της κατακύρωσης του διαγωνισμού στον επιτυχόντα ευσταθεί. Δεν μας έχει άλλωστε υποδειχθεί ότι για τα ίδια σημεία η προσφορά των Αιτητών αξιολογήθηκε διαφορετικά από την προσφορά του επιτυχόντα ώστε να τίθεται ζήτημα άνισης μεταχείρισης. Σύμφωνα με την *Μ. Θεοχαρίδης Ατδ ν. Δημοκρατίας (2007) 3 ΑΑΔ 594*:

*«[...] Από τη στιγμή που διαπιστώθηκε από το πρωτόδικο δικαστήριο ότι η προσφορά των εφεσείοντων δεν πληρούσε συγκεκριμένες προδιαγραφές, κάτι που εξάλλου παραδέκθηκαν και οι ίδιοι, επιβεβαιώνεται ότι στερούνται του αναγκαίου εννόμου συμφέροντος και συνεπώς, τα μόνα ζητήματα τα οποία μπορούν να εξεταστούν είναι μόνο όσα αφορούν στη νομιμότητα του αποκλεισμού τους. Μέσα σε αυτά τα πλαίσια μπορεί βεβαίως να εξεταστεί και η νομιμότητα οποιουδήποτε όρου ο οποίος, κατ' ισχυρισμόν, παράνομα τέθηκε με αποτέλεσμα να παραβιάζεται η αρχή της ισότητας.*

*Στην παρούσα υπόθεση δεν έχουμε ισχυρισμό ότι συγκεκριμένος όρος ευνοούσε τη μια πλευρά έναντι της άλλης. Προβλήθηκε το επιχείρημα ότι οι όροι διαμορφώθηκαν με τέτοιο τρόπο που ουσιαστικά φωτογράφιζαν συγκεκριμένα προϊόντα.*

*Οι ισχυρισμοί και τα παράπονα αυτά διερευνήθηκαν από το Συμβούλιο, αλλά και από την ενδιαφερόμενη υπηρεσία. Οι ειδικοί γιατροί που στελεχώνουν τα ορθοπεδικά τμήματα, που ήταν και οι λειτουργοί που θα χρησιμοποιούσαν τα συγκεκριμένα προϊόντα, επέμεναν ότι χρειαζόνταν τα είδη που ήδη χρησιμοποιούσαν».*

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

Δεν επιδικάζονται έξοδα.