



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. 52/2016

Μεταξύ:

PHARMACYLINE C.A. PAPAELLINAS LTD

Αιτητών

v.

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΥΓΕΙΑΣ, ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΑΓΟΡΩΝ ΚΑΙ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

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

Αιτητές:

PHARMACYLINE C.A. PAPAELLINAS LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Χρίστο Μίτσιγκα, Δικηγόρο
2. Γιάννη Κουή, Διευθυντή
3. Πολίνα Νικολάου, Ιατρικό Επισκέπτη

Αναθέτουσα Αρχή:

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΥΓΕΙΑΣ, ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΑΓΟΡΩΝ ΚΑΙ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Ειρήνη Νεοφύτου, Δικηγόρο της Δημοκρατίας
2. Θεανώ Καρανικιώτη, Ασκούμενη Δικηγόρο
3. Τασούλα Κοιλιάρη, Τεχνολόγο Νοσοκομειακού Εργαστηρίου
4. Στυλιανό Θεοδώρου, Προϊστάμενο Ομάδας Αναλωσίμων

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 4 Μαΐου, 2017.

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Οι Αιτητές με την παρούσα προσφυγή προσβάλλουν την απόφαση της Διεύθυνσης Αγορών και Προμηθειών του Υπουργείου Υγείας, (η «Αναθέτουσα Αρχή»), να διατηρήσει στα έγγραφα του Διαγωνισμού «Προσφορά για την αγορά αντιδραστηρίων για τη διεκπεραίωση ανοσολογικών αναλύσεων με τη μέθοδο της νεφελομετρίας με την παροχή συνοδού εξοπλισμού για τις ανάγκες των Βιοχημικών Εργαστηρίων των Κρατικών Νοσηλευτηρίων» (ο «Διαγωνισμός»), την πρόνοια ότι ο Οικονομικός Φορέας θα πρέπει οπωσδήποτε να προσφέρει τα υποείδη 5, 7, 12, 13, 14 και 15 του είδους I.B του Εντύπου 8 του Παραρτήματος II: Όροι Εντολής – Τεχνικές Προδιαγραφές («τα υποείδη»). Προσβάλλουν επίσης την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής να αποδεχθεί μερικώς το αίτημά τους για διαγραφή του όρου 7 (Δείγματα προς Αξιολόγηση) του Παραρτήματος II: Όροι Εντολής – Τεχνικές Προδιαγραφές έτσι ώστε η επί τόπου αξιολόγηση των δειγμάτων να επαφίεται στην κρίση της Αναθέτουσας Αρχής.

Ο Διαγωνισμός προκηρύχθηκε στις 25.6.2016, με ανοικτή διαδικασία, και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Ο προϋπολογισμός της σύμβασης ανέρχεται συνολικά στις €938.000 και αποτελείται από 5 είδη.

Οι Αιτητές κατά τη διάρκεια της περιόδου υποβολής σχολίων ζήτησαν από την Αναθέτουσα Αρχή όπως τροποποιηθεί όρος του Διαγωνισμού ώστε να μην είναι

υποχρεωτική η προσφορά των υποειδών επειδή τα υποείδη 4 και 6 προσφέρουν την βέλτιστη πρακτική διάγνωση και παρακολούθηση γαμμοπαθειών, ενώ τα υποείδη έχουν υποδεέστερη διαγνωστική αξία για διάγνωση και παρακολούθηση γαμμοπαθειών. Εφόσον σημειώνουν ο προσφερόμενος από αυτούς αναλυτής είναι σε θέση να προσφέρει εξέταση για τα υποείδη 4 και 6 δεν υπάρχει ανάγκη να προσφέρει εξέταση για τα υποείδη.

Οι Αιτητές θεωρούν ότι η απόρριψη του αιτήματος τους και η επιμονή της Αναθέτουσας Αρχής ότι ο προσφερόμενος αναλυτής θα πρέπει να προσφέρει τα υποείδη περιορίζει τεχνητά την διαδικασία σύναψης σύμβασης καθότι ευνοεί αδικαιολόγητα και αχρείαστα τους άλλους 2 Οικονομικούς Φορείς. Επίσης αποτελεί δυσμενή μεταχείριση των ιδίων εφόσον οι αναλυτές που μπορούν να προσφέρουν δεν παρέχουν εξετάσεις για τα υποείδη. Επίσης τα σταθερά κόστη άλλων προσφοροδοτών θα κατανεμηθούν σε 66,480 reportable tests (που αποτελούν τα υποείδη 4 & 6, 5, 7, 12-15) αντί στα 28,360 reportable tests (που αποτελούν τα υποείδη 4 & 6) πράγμα που σημαίνει πολύ χαμηλότερο κόστος ανά reportable test για τους άλλους προσφοροδότες.

Εφόσον, αναφέρουν, η διαγνωστική χρησιμότητα των συγκεκριμένων υποειδών, καλύπτεται πλήρως από τα υποείδη 4 και 6 η επιμονή για τα συγκεκριμένα υποείδη είναι αδικαιολόγητη και το μόνο που επιτυγχάνει είναι να αποκλείσει τους Αιτητές από το να λάβουν μέρος στον Διαγωνισμό γεγονός που δημιουργεί εμπόδιο στο άνοιγμα του ανταγωνισμού με την χρήση άσκοπων και αχρείαστων τεχνικών

προδιαγραφών. Χωρίς να αμφισβητούν τη νομολογιακή αρχή¹ ότι θέματα τεχνικής φύσης ή ειδικών γνώσεων είναι ανέλεγκτα, υποστηρίζουν ότι στην παρούσα περίπτωση η αρχή δεν τυγχάνει εφαρμογής εφόσον δεν προκύπτει η διεξαγωγή δέουσας έρευνας όπως δεν δίδεται αιτιολογία για την απόρριψη του αιτήματος τους.

Από τον διοικητικό φάκελο της υπόθεσης, αναφέρουν, και ειδικά από τα πρακτικά που τηρήθηκαν για την έκδοση του Διορθωτικού Εγγράφου Αρ. 2 δεν προκύπτει οτιδήποτε σε σχέση με την έρευνα που έγινε αλλά ούτε και υπάρχει αιτιολογία.

Ο δεύτερος όρος που προσβάλλουν οι Αιτητές αφορά την αξιολόγηση των προσφερόμενων δειγμάτων των αντιδραστηρίων και αναλυτών. Αρχικά, αναφέρουν, οι πρόνοιες του όρου 7 (Δείγματα προς Αξιολόγηση) του Παραρτήματος II: Όροι Εντολής – Τεχνικές Προδιαγραφές, προέβλεπαν ότι η Αναθέτουσα Αρχή θα προβεί σε αξιολόγηση των δειγμάτων των προσφερόμενων αντιδραστηρίων και αναλυτών σε αναλυτή που θα διαθέσει ο προσφοροδότης σε εργαστήριο στην Κύπρο και εάν δεν διαθέτει αναλυτή στην Κύπρο τότε σε αναλυτή που διαθέτει σε εργαστήριο του εξωτερικού. Όταν δε η αξιολόγηση θα γίνει στο εξωτερικό, τα έξοδα μετάβασης, διαμονής, διακίνησης και διατροφής της επιτροπής αξιολόγησης καλύπτονται από τον προσφοροδότη.

Μετά, αναφέρουν, που οι ίδιοι ζήτησαν με e-mail την τροποποίηση του όρου ώστε η αξιολόγηση των δειγμάτων των αντιδραστηρίων και αναλυτών να γίνεται κατά τη

¹ *CCC LAUNDRIES LTD v. Δημοκρατίας* (2009) 3 A.A.Δ 427

διαδικασία παράδοσης εγκατάστασης και λειτουργίας των δύο αναλυτών και των αντιδραστηρίων η Αναθέτουσα Αρχή τον διατήρησε με την προσθήκη ότι κατά πόσο θα γίνει ή όχι αξιολόγηση εναπόκειται στη διακριτική της ευχέρεια.

Είναι η θέση των Αιτητών ότι εφόσον τόσο οι αναλυτές όσο και τα αντιδραστήρια προσφέρονται με βάση τους όρους του διαγωνισμού, από κατασκευαστές οι οποίοι τόσο οι ίδιοι όσο και οι αναλυτές και τα αντιδραστήρια τους, κατέχουν τις απαιτούμενες αδειοδοτήσεις και ποιοτικά χαρακτηριστικά με βάση τα ευρωπαϊκά και διεθνή πρότυπα, ο έλεγχος δειγμάτων κατά τη διάρκεια αξιολόγησης είναι αχρείαστος και/ή περιττός. Τονίζουν επίσης ότι ο όρος προκαλεί άνιση μεταχείριση μεταξύ προσφοροδοτών που πιθανόν έχουν ήδη εγκατεστημένο στην Κύπρο αναλυτή, με αυτούς που δεν έχουν αφού κατά την αξιολόγηση της προσφοράς τους όσοι δεν έχουν εγκατεστημένο στην Κύπρο αναλυτή θα πρέπει να υποβληθούν σε έξοδα για μετάβαση, διαμονή, διακίνηση και διατροφή των μελών της Επιτροπής Αξιολόγησης στο εξωτερικό. Με αναφορά στο άρθρο 4 της Οδηγίας 98/79/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου υποστήριξαν ότι η πρόνοια για αξιολόγηση του εξοπλισμού που πληροί τα κριτήρια της οδηγίας αποτελεί παράβασή της. Η τροποποίηση του όρου δεν ικανοποιεί τους Αιτητές αφού τους αφήνει, αναφέρουν, εκτεθειμένους στο ενδεχόμενο να υποστούν όλα τα προαναφερθέντα έξοδα εφόσον δεν διαθέτουν εγκατεστημένο στην Κύπρο αναλυτή. Αυτό, καταλήγουν, συνεπάγεται υπολογισμό πρόσθετων εξόδων κατά την ετοιμασία της προσφοράς και

μειώνει τις πιθανότητες επιτυχίας της προσφοράς τους ενώ ταυτόχρονα αυξάνει τις πιθανότητες επιτυχίας άλλων οικονομικών φορέων.

Η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτει όλους τους ισχυρισμούς των Αιτητών. Όσον αφορά τον πρώτο ισχυρισμό ότι «[...] εφόσον ο προσφερόμενος αναλυτής είναι σε θέση να προσφέρει εξέταση για τα υποείδη 4 και 6 δεν υπάρχει καμία ανάγκη να προσφέρει εξέταση για τα υποείδη» υποστηρίζει ότι η ζήτηση των συγκεκριμένων υποειδών ήταν αποτέλεσμα έρευνας. Εάν δεν υπήρχε πραγματική ανάγκη, τονίζει, δεν θα ζητείτο συμπερίληψη τους στο διαγωνισμό ούτε από τους γιατρούς ούτε και από τα εργαστήρια. Η διαγνωστική αξία της κάθε εξέτασης, υποστηρίζει, δεν αποφασίζεται από τους οικονομικούς φορείς, αλλά από τους ιατρούς των κρατικών νοσηλευτηρίων για κάλυψη των αναγκών των τελευταίων και οι οποίες προκύπτει ότι μπορούν να προσφερθούν από τουλάχιστον δύο οικονομικούς φορείς. Υποδεικνύει επίσης ότι οι Αιτητές θα μπορούσαν να απευθυνθούν στην κατασκευάστρια εταιρεία για την προμήθεια αναλωσίμων για τη διεκπεραίωση όλων των ζητούμενων εξετάσεων, όπως απαιτείται από τους όρους του διαγωνισμού.

Η προκήρυξη, αναφέρει, του διαγωνισμού βασίστηκε στις πραγματικές ανάγκες των Κρατικών Νοσηλευτηρίων στη βάση αντικειμενικών και πραγματικών δεδομένων, ενώ η ίδια ενήργησε με αντικειμενικότητα και αμεροληψία, διασφαλίζοντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Υποδεικνύει επίσης ότι η κρίση της διοίκησης επί τεχνικών και ειδικών θεμάτων είναι γενικά ανέλεγκτη, εκτός αν

διαπιστωθεί πλάνη περί τα πράγματα ή υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης και παραπέμπει στην **PAG Constructions Ltd και Αρχή Ηλεκτρισμού Κύπρου, Υπόθεση Αρ. 224/2011, 30.1.2014.**

Αναφορικά με τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι οι πρόνοιες του όρου 7 (Δείγματα προς αξιολόγηση) του Παραρτήματος II είναι αχρείαστες για τις ανάγκες του διαγωνισμού, η Αναθέτουσα Αρχή αναφέρει ότι πρόκειται περί ουσιώδους όρου, σε διαγωνισμό με μεγάλη χρονική διάρκεια, 5+1+1 χρόνια, όπου με βάση και προηγούμενες εμπειρίες κρίνεται επιθυμητή η επί τόπου αξιολόγηση ώστε να προλαμβάνονται και αποφεύγονται αρνητικές διαπιστώσεις κατά την παράδοση και πρακτική εφαρμογή.

Το γεγονός πρόσθεσε, ότι στα έγγραφα του διαγωνισμού ζητήθηκε να προσφερθούν με την μέθοδο του χρησιδανεισμού, καινούργιοι αυτόματοι αναλυτές που θα πληρούν τις τελευταίες προδιαγραφές που ορίζονται από την Ευρωπαϊκή Οδηγία 98/79/ΕΚ και τους εθνικούς Κανονισμούς οι οποίοι τιτλοφορούνται «*Ιατροτεχνολογικά βοηθήματα που χρησιμοποιούνται στην διάγνωση In-Vitro*» (Κ.Δ.Π. 597/2003) δεν αναιρεί την αναγκαιότητα για επί τόπου αξιολόγηση του εξοπλισμού αφού οι Ευρωπαϊκές Οδηγίες θέτουν το ελάχιστο των απαιτήσεων.

Ο όρος όπως τέθηκε δεν αμφισβητεί τα προϊόντα. Εκείνο που επιδιώκεται είναι να τα δει η Αναθέτουσα Αρχή από κοντά και να βεβαιωθεί ότι τα προσφερόμενα συνάδουν με τις απαιτήσεις όπως τις έχει θέσει.

Είναι καλά γνωστό ότι οι δημόσιοι διαγωνισμοί προκηρύσσονται με σκοπό να ικανοποιήσουν δημόσιες ανάγκες που έχουν προηγουμένως διαπιστωθεί. Η νομολογία περί του ανέλεγκτου θεμάτων τεχνικής φύσης εκτός εάν προκύπτει έλλειψη δέουσας έρευνας ή αιτιολογίας είναι αδιαμφισβήτητη. Η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών είναι επίσης νομολογημένο ότι ελέγχει μόνο τη νομιμότητα των ενεργειών της Αναθέτουσας Αρχής και όχι την ορθότητα ζητημάτων που απαιτούν ειδικές γνώσεις. Σημειώνουμε εδώ ότι στην Επιτροπή Προδιαγραφών, ο διορισμός της οποίας έγινε στις 10.5.2016, συμμετέχουν τρεις Λειτουργοί και δύο Τεχνολόγοι Νοσοκομειακού Εργαστηρίου. Συνεπώς το πρώτο ζήτημα που πρέπει εδώ να εξετάσουμε είναι εάν η προδιαγραφή για τα υποείδη του Εντύπου 8 προέκυψε σαν αποτέλεσμα δέουσας έρευνας και δεν στερείται αιτιολογίας όπως η Αναθέτουσα Αρχή ισχυρίζεται.

Καθώς προκύπτει από το διοικητικό φάκελο στις 11.2.2016 εστάλη επιστολή από την Αναθέτουσα Αρχή προς *«όλους τους οικονομικούς φορείς»*, με πρόσκληση για δήλωση ενδιαφέροντος αναφορικά με τον υπό εξέλιξη διαγωνισμό. Οι σχετικές παρουσιάσεις των προϊόντων των τριών ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων έλαβαν χώρα στις 8.4.2016. Ακολούθησε πληθώρα ερωτο-απαντήσεων, με αποτέλεσμα την υπογραφή από τα μέλη της επιτροπής στις 18.5.2016 Υπεύθυνης Δήλωσης Ετοιμασίας Προδιαγραφών. Η ανταλλαγή ερωτο-απαντήσεων και τεχνικών εγγράφων συνεχίστηκε και μετά την ημερομηνία αυτή και, φυσικά, μετά και από την προκήρυξη του Διαγωνισμού στις 25.6.2016, ενώ στον φάκελο

υπάρχουν και ανταλλαγές μηνυμάτων με τα εργαστήρια βιοχημείας των νοσοκομείων Λευκωσίας και Λεμεσού, όπου δίδονταν οι σχετικές ανάγκες των νοσηλευτηρίων ως επίσης και στατιστικά στοιχεία των ετησίων αναγκών των Τμημάτων σε σχετικές αναλύσεις.

Στο διοικητικό φάκελο υπάρχουν επιστολές του Βιοχημικού Τμήματος, του Νοσοκομειακού Εργαστηρίου Λευκωσίας ημερ. 9.6.2016 και Λεμεσού ημερ. 8.6.2016 στις οποίες απαριθμούνται οι ετήσιες ανάγκες σε εξετάσεις του κάθε Τμήματος.

Σε ερώτηση των Αιτητών με την οποία ζητείτο να διευκρινιστεί και να καθοριστεί ότι η μη υποβολή προσφοράς για τα υποείδη δεν αποτελεί αιτία αποκλεισμού η Επιτροπή Προδιαγραφών στο πρακτικό της ημερ. 11.8.2016 αναφέρει τα εξής:

«40^η Απάντηση Οικονομικού Φορέα Γ ημερ. 28/07/2016

Διευκρινίζεται ότι θα πρέπει να υποβληθεί προσφορά για όλα τα είδη και υποείδη του διαγωνισμού, διαφορετικά ο οικονομικός φορέας θα κρίνεται εκτός προδιαγραφών και θα απορρίπτεται.

Η εταιρεία στην επιστολή της αναφέρεται συγκεκριμένα στα υποείδη 5,7,16,13,14 και 15 του Εντύπου 8. Οι αναλύσεις αυτές περιλήφθηκαν στο διαγωνισμό λόγω της ζήτησης τους από τους ιατρούς και δεν μπορούν να αφαιρεθούν. Η βιβλιογραφία που αναφέρεται η εταιρεία στην επιστολή της δεν μπορεί να αμφισβητηθεί από την επιτροπή προδιαγραφών. Παρ' όλα αυτά η ζήτηση των αναλύσεων από τους ιατρούς καθορίζει τις ανάγκες μας και αποδεικνύει την αναγκαιότητα διεξαγωγής των αναλύσεων, όπως πραγματοποιούνται μέχρι τώρα.»

Στο Διορθωτικό Έγγραφο 2 ημερ. 30.8.2016 το οποίο κοινοποιήθηκε στους οικονομικούς φορείς η Αναθέτουσα Αρχή περιορίστηκε να αναφέρει μόνο ότι «θα πρέπει να υποβληθεί προσφορά για όλα τα είδη και υποείδη του διαγωνισμού, διαφορετικά ο οικονομικός φορέας θα κρίνεται εκτός προδιαγραφών και θα απορρίπτεται».

Έχοντας υπόψη τα πιο πάνω κρίνουμε ότι δεν τίθεται ζήτημα παραβίασης των άρθρων 4(1)², 4(2)³ και 39(2)⁴ του περί της Ρύθμισης των Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων και για Συναφή Θέματα Νόμου του 2016 (Ν. 73(I)/2016). Η προεργασία της Επιτροπής Προδιαγραφών όπως αυτή προκύπτει από το διοικητικό φάκελο και η απάντηση της Αναθέτουσας Αρχής αποδεικνύουν ότι ο σχετικός όρος αποτελεί διαπιστωμένη ανάγκη των κρατικών νοσηλευτηρίων από τους κατ' εξοχήν ειδικούς χρήστες, που δεν είναι άλλοι από τους ίδιους τους γιατρούς οι οποίοι ζητούν τις αναλύσεις προς όφελος των ασθενών τους. Προκύπτει με σαφήνεια ότι η άποψη των γιατρών η οποία εδώ είναι ανέλεγκτη, μέσω των αναλύσεων που ζητούνται συνυπολογίστηκε για τον καθορισμό των αναγκών που καλείται ο διαγωνισμός να ικανοποιήσει.

² 4.-(1) Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφανή και αναλογικό τρόπο.

³ 4.-(2) Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν επιτρέπεται να γίνεται με σκοπό τον αποκλεισμό τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Νόμου ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων.

⁴ 39.-(2) Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν πρέπει να έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα της σύμβασης στον ανταγωνισμό.

Το περιεχόμενο των διοικητικών φακέλων βεβαιώνει την έρευνα της Επιτροπής Προδιαγραφών τόσο για τις ανάγκες των κρατικών νοσηλευτηρίων όσο και τα προσφερόμενα από τους οικονομικούς φορείς προϊόντα. Δόθηκε σε όλους τους φορείς η ευκαιρία να παρουσιάσουν και να επεξηγήσουν σε έκταση τα στοιχεία των ζητουμένων αντιδραστηρίων και συνοδού εξοπλισμού.

Αναφορικά με τον δεύτερο όρο που προσβάλλουν οι Αιτητές ήτοι τις πρόνοιες του όρου 7 του Παραρτήματος II παραθέτουμε τον όρο όπως αυτός είχε αρχικά και πώς τροποποιήθηκε με το Διορθωτικό Έγγραφο Αρ. 2, σαν αποτέλεσμα ερώτησης που υπέβαλαν οι Αιτητές.

Αρχικός όρος 7 από το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II: ΟΡΟΙ ΕΝΤΟΛΗΣ – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ:

«7. ΔΕΙΓΜΑΤΑ ΠΡΟΣ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗ

1. *Η αξιολόγηση των δειγμάτων των αντιδραστηρίων και των αναλυτών θα γίνει στο Εργαστήριο Βιοχημείας του Γ.Ν.Λευκωσίας σε αναλυτή που θα προσφερθεί από τον προσφοροδότη εάν αυτό είναι εφικτό, αλλιώς η αξιολόγηση των δειγμάτων των αντιδραστηρίων και του αναλυτή θα γίνει σε αναλυτή σε ιδιωτικό εργαστήριο στην Κύπρο ή στο εξωτερικό.*

Η αξιολόγηση του αναλυτή και των δειγμάτων των αντιδραστηρίων που θα προσφερθούν, θα γίνει με την χρήση δειγμάτων ορού και ούρων για επίδειξη φυσιολογικών και παθολογικών αποτελεσμάτων. Τα δείγματα ορού θα τα προμηθεύσει το Εργαστήριο Βιοχημείας του Γ.Ν.Λευκωσίας είτε η αξιολόγηση λάβει χώρα στην Κύπρο είτε στο εξωτερικό. Στην περίπτωση που η αξιολόγηση των δειγμάτων των αντιδραστηρίων και του αναλυτή γίνει στο εξωτερικό, τότε ο Προσφοροδότης θα έχει την ευθύνη μεταφοράς των δειγμάτων ορού από την Κύπρο στο εξωτερικό. Τα δείγματα ούρων θα τα προμηθεύσει ο Προσφοροδότης είτε η αξιολόγηση λάβει χώρα στην Κύπρο είτε στο εξωτερικό. Εννοείται ότι η αξιολόγηση του αναλυτή και των δειγμάτων των αντιδραστηρίων που θα προσφερθούν θα γίνει από την επιτροπή αξιολόγησης, η οποία θα παρακολουθήσει την διαδικασία από την αρχή (τοποθέτηση των δειγμάτων και αντιδραστηρίων) μέχρι και το τέλος (ανάγνωση και ανάλυση των αποτελεσμάτων).[...]

2. *Εννοείται ότι μαζί με τα δείγματα των αντιδραστηρίων θα παρέχονται και όλα τα αναλώσιμα, συμπεριλαμβανομένων calibrator, control, tips, wash buffers κ.λ.π.*
3. *Όλα τα έξοδα για την πιο πάνω αξιολόγηση (παράγραφο 7.1, 7.2), θα βαρύνουν τους Προσφοροδότες. Όπου η αξιολόγηση θα γίνει στο εξωτερικό, στα έξοδα θα περιλαμβάνονται και η μετάβαση, διαμονή, διακίνηση και διατροφή μελών της Επιτροπής Αξιολόγησης.*
4. *Οι Προσφοροδότες θα πρέπει να διευθετήσουν την διεξαγωγή της ανάλυσης των δειγμάτων εντός δεκαπέντε (15) ημερών από την γραπτή ειδοποίηση από την Αναθέτουσα Αρχή. Σε αντίθετη περίπτωση η προσφορά θεωρείται εκτός προδιαγραφών και θα απορρίπτεται ως μη αποδεκτή για περαιτέρω αξιολόγηση.*
5.
[...]

Η αξιολόγηση των δειγμάτων θα γίνει με σκοπό την επιβεβαίωση της συμμόρφωσης των προϊόντων στις προδιαγραφές όπως αυτή θα φαίνεται στη βιβλιογραφία που θα επισυνάπτεται και την ικανότητά τους να εξυπηρετούν την ποιότητα που απαιτείται στην καθημερινή εργαστηριακή ρουτίνα».

Ο όρος 7 από το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ: ΟΡΟΙ ΕΝΤΟΛΗΣ – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ όπως τροποποιήθηκε με το Διορθωτικό Έγγραφο 2, ημερ. 30.8.2016:

«7. ΔΕΙΓΜΑΤΑ ΠΡΟΣ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗ

1. Η Αναθέτουσα Αρχή δύναται κατά την αξιολόγηση του διαγωνισμού να ζητήσει από τους προσφέροντες την αξιολόγηση των δειγμάτων των αντιδραστηρίων και των αναλυτών η οποία θα γίνει στο Εργαστήριο Βιοχημείας του Γ.Ν.Λευκωσίας σε αναλυτή που θα προσφερθεί από τον προσφοροδότη εάν αυτό είναι εφικτό, αλλιώς η αξιολόγηση των δειγμάτων των αντιδραστηρίων και του αναλυτή θα γίνει σε αναλυτή σε ιδιωτικό εργαστήριο στην Κύπρο ή στο εξωτερικό.

Στην περίπτωση που αποφασίσει η Αναθέτουσα Αρχή να προβεί σε επιτόπου αξιολόγηση του προσφερόμενου συστήματος και των αντιδραστηρίων τότε η αξιολόγηση ~~Η αξιολόγηση του αναλυτή και των δειγμάτων των αντιδραστηρίων που θα προσφερθούν,~~ θα γίνει με την χρήση δειγμάτων ορού και ούρων για επίδειξη φυσιολογικών και παθολογικών αποτελεσμάτων. Τα δείγματα ορού θα τα προμηθεύσει το Εργαστήριο Βιοχημείας του Γ.Ν.Λευκωσίας είτε η αξιολόγηση λάβει χώρα στην Κύπρο είτε στο εξωτερικό. Στην περίπτωση που η αξιολόγηση των δειγμάτων των αντιδραστηρίων και του αναλυτή γίνει στο εξωτερικό, τότε ο Προσφοροδότης θα έχει την ευθύνη μεταφοράς των δειγμάτων ορού από την Κύπρο στο εξωτερικό. Τα δείγματα ούρων θα τα προμηθεύσει ο Προσφοροδότης είτε η αξιολόγηση λάβει χώρα στην Κύπρο είτε στο εξωτερικό.

[...]

2. *Εννοείται ότι μαζί με τα δείγματα των αντιδραστηρίων θα παρέχονται και όλα τα αναλώσιμα, συμπεριλαμβανομένων calibrator, control, tips, wash buffers κ.λ.π.*
3. *Όλα τα έξοδα για την πιο πάνω αξιολόγηση (παράγραφο 7.1, 7.2), θα βαρύνουν τους Προσφοροδότες. Όπου η αξιολόγηση θα γίνει στο εξωτερικό, στα έξοδα θα περιλαμβάνονται και η μετάβαση, διαμονή, διακίνηση και διατροφή μελών της Επιτροπής Αξιολόγησης.*
4. *Οι Προσφοροδότες θα πρέπει να διευθετήσουν την διεξαγωγή της ανάλυσης των δειγμάτων εντός δεκαπέντε (15) ημερών από την γραπτή ειδοποίηση από την Αναθέτουσα Αρχή. Σε αντίθετη περίπτωση η προσφορά θεωρείται εκτός προδιαγραφών και θα απορρίπτεται ως μη αποδεκτή για περαιτέρω αξιολόγηση.*

5.
[...]

Η αξιολόγηση των δειγμάτων θα γίνει με σκοπό την επιβεβαίωση της συμμόρφωσης των προϊόντων στις προδιαγραφές όπως αυτή θα φαίνεται στη βιβλιογραφία που θα επισυνάπτεται και την ικανότητά τους να εξυπηρετούν την ποιότητα που απαιτείται στην καθημερινή εργαστηριακή ρουτίνα».

Το άρθρο 4 της Ευρωπαϊκής Οδηγίας 98/79/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 27ης Οκτωβρίου 1998 για τα ιατροτεχνολογικά βοηθήματα που χρησιμοποιούνται στη διάγνωση *in vitro* έχει ως ακολούθως:

«Άρθρο 4 Ελεύθερη κυκλοφορία

1. Τα κράτη μέλη δεν παρεμβάλλουν, στο έδαφός τους, εμπόδια στη διάθεση στο εμπόριο ή στην έναρξη χρήσης, των βοηθημάτων τα οποία φέρουν τη σήμανση CE που προβλέπεται στο άρθρο 16, εφόσον τα εν λόγω βοηθήματα έχουν αποτελέσει αντικείμενο αξιολόγησης της πιστότητάς τους σύμφωνα με το άρθρο 9.

[...]».

Το άρθρο 39(2) του Ν. 73(I)/2016, υπό τον πλαγιότιτλο «*τεχνικές προδιαγραφές*» έχει ως ακολούθως:

«Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν πρέπει να έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα της σύμβασης στον ανταγωνισμό».

Από την επιχειρηματολογία των δύο πλευρών προκύπτει ότι το ερώτημα που πρέπει να απαντηθεί είναι κατά πόσο ο όρος όπως έχει τροποποιηθεί είναι αχρείαστος για τις ανάγκες του διαγωνισμού εφόσον τα βοηθήματα πληρούν τα ποιοτικά χαρακτηριστικά σύμφωνα με ευρωπαϊκά και διεθνή πρότυπα. Η Αναθέτουσα Αρχή δεν έχει αμφισβητήσει ότι τα προϊόντα των Αιτητών πληρούν τα ευρωπαϊκά και διεθνή πρότυπα και αυτό προφανώς λόγω των παρουσιάσεων που έγιναν κατά το στάδιο της προετοιμασίας των όρων αφού ακόμη δεν έχουν υποβληθεί οι προσφορές. Με τον όρο όπως έχει τροποποιηθεί η απόφαση κατά πόσο θα χρειαστεί να γίνει αξιολόγηση των δειγμάτων κατά την αξιολόγηση των προσφορών έχει αφηθεί στη διακριτική εξουσία της Αναθέτουσας Αρχής κάτι που δεν υπήρχε προηγουμένως και η οποία σύμφωνα πάντοτε με τις αρχές του διοικητικού δικαίου θα πρέπει να ασκείται ορθά χωρίς κατάχρηση ή υπέρβαση των άκρων ορίων της όπως αυτές τίθενται από το Σύνταγμα και το Ν. 73(I)/2016 ή τις γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου.

Στη βάση όσων η Αναθέτουσα Αρχή έχει αναφέρει και ειδικότερα ότι η σύμβαση του διαγωνισμού είναι μεγάλη θεωρούμε την ανάγκη συμπερίληψης του συγκεκριμένου όρου στους όρους του διαγωνισμού δικαιολογημένη. Η διατήρηση του ενδεχόμενου κατά την τεχνική αξιολόγηση να ζητηθεί αξιολόγηση των δειγμάτων των αντιδραστηρίων και αναλυτών, εφόσον βέβαια οι ανάγκες του διαγωνισμού το απαιτούν, δεν βλέπουμε να έρχεται σε αντίθεση με τα προβλεπόμενα στην Οδηγία 98/79/EK. Δεν τίθεται ζήτημα εμποδίου στην

κυκλοφορία ή την έναρξη χρήσης του προϊόντος. Η Αναθέτουσα Αρχή όταν θα υποβληθούν οι προσφορές και θα έχει ενώπιόν της όλα τα δεδομένα θα κρίνει κατά πόσο είναι χρήσιμη η αξιολόγηση των δειγμάτων κατά το στάδιο της αξιολόγησης. Στην απουσία απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής για αξιολόγηση των δειγμάτων αφού οι προσφορές δεν έχουν καν υποβληθεί είναι πρόωρο να κρίνουμε ότι ο όρος τέθηκε με σκοπό όπως ισχυρίζονται οι Αιτητές να αποκλεισθούν. Ούτε οι ισχυρισμοί των Αιτητών ότι ο όρος έρχεται σε αντίθεση με το άρθρο 39(2) του Ν. 73(I)/2016 ευσταθεί. Ο όρος καίτοι βρίσκεται στο Παράρτημα II: Όροι Εντολής - Τεχνικές Προδιαγραφές, αυστηρώς ομιλούντες, δεν αποτελεί τεχνική προδιαγραφή όπως άλλωστε δεν αποτελεί η παράδοση-παραλαβή του αντικειμένου της σύμβασης που επίσης βρίσκεται στο Παράρτημα II. Αφορά διαδικασία κατά το στάδιο της αξιολόγησης των προσφορών. Το γεγονός ότι οι Αιτητές δεν έχουν στην Κύπρο εγκατεστημένο αναλυτή από μόνο του δεν αρκεί για να εξαχθεί συμπέρασμα είτε δημιουργίας εμποδίων στο άνοιγμα της σύμβασης στον ανταγωνισμό είτε προσπάθεια αποκλεισμού των Αιτητών.

Προτού ολοκληρώσουμε θα πρέπει να σημειώσουμε ότι κατά την μελέτη των όρων του διαγωνισμού έχουμε διαπιστώσει ότι παρά την τροποποίηση του όρου 7 του Παραρτήματος II, ο όρος 9.3.2 του Μέρους Α: Οδηγίες προς Οικονομικούς Φορείς παρέμεινε ως είχε με αποτέλεσμα να δημιουργείται κάποια αντίφαση. Ενώ ο όρος 9.3.2 αναφέρει ότι «η Αναθέτουσα Αρχή προχωρά στην τεχνική αξιολόγηση των δειγμάτων» στον όρο 7 του Παραρτήματος II, όπως τροποποιήθηκε με το

Διορθωτικό Έγγραφο 2, θα πρέπει πρώτα η Αναθέτουσα Αρχή να αποφασίσει κατά πόσο θα προχωρήσει σε επιτόπου αξιολόγηση του προσφερόμενου συστήματος και των δειγμάτων των αντιδραστηρίων.

Με βάση όλα τα πιο πάνω αποφασίζουμε ομόφωνα ότι η παρούσα Προσφυγή απορρίπτεται.

Δεν επιδικάζονται έξοδα.