



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. 8/2021

Μεταξύ:

Κ. Α. ΠΥΘΕΥΣ ΛΤΔ

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
Δήμος Θωμά, Μέλος

Αιτητές:

Κ. Α. ΠΥΘΕΥΣ ΛΤΔ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Γιώργο Χατζηγιώργη, Δικηγόρο για Τάσσο Παπαδόπουλος & Συνεργάτες ΔΕΠΕ
2. Κυριάκο Χατζηχαμπή, Διευθυντή Αιτήτριας Εταιρείας
3. Απόστολο Αποστόλου, Διευθυντή Αιτήτριας Εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΥΓΕΙΑΣ, ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΑΓΟΡΩΝ ΚΑΙ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. Δένα Εργατούδη, Δικηγόρο της Δημοκρατίας Α΄
2. Τασούλα Κοιλιάρη, Λειτουργό Νοσοκομειακού Εργαστηρίου

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 10 Αυγούστου, 2021

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Με την παρούσα προσφυγή η εταιρεία Κ. Α. ΠΥΘΕΥΣ ΛΤΔ («οι Αιτητές») ζητούν ακύρωση της απόφασης του Τμήματος Διεύθυνσης Αγορών και Προμηθειών του Υπουργείου Υγείας («η Αναθέτουσα Αρχή») με την οποία η προσφορά τους απορρίφθηκε και ο Διαγωνισμός «*Αγορά Τεστ Ταχείας Ανίχνευσης Αντιγόνου Covid-19 με τη μέθοδο της Ανοσοχρωματογραφίας*» («ο Διαγωνισμός») ακυρώθηκε.

Σύμφωνα με την επιστολή γνωστοποίησης των αποτελεσμάτων η προσφορά των Αιτητών απορρίφθηκε κατά την τεχνική αξιολόγηση των δειγμάτων που αυτοί προσκόμισαν. Συγκεκριμένα στην επιστολή γνωστοποίησης αναφέρεται ότι η εξέταση έγινε σε επιβεβαιωμένα περιστατικά. Παράλληλα λήφθηκαν δείγματα για μοριακό έλεγχο PCR τα οποία ελέγχθηκαν στο εργαστήριο του Νοσοκομείου Αναφοράς στην Αμμόχωστο. Από την αξιολόγηση των δειγμάτων διεφάνη ότι αυτά δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές που έχουν ζητηθεί καταγράφοντας μεγάλη διαφορά στην ευαισθησία του προϊόντος.

Σύμφωνα με τα γεγονότα ο διαγωνισμός δημοσιεύθηκε μέσω του Ηλεκτρονικού Συστήματος Σύναψης Συμβάσεων (e-Procurement) στις 13.12.2021 ακυρώθηκε όμως από το Συμβούλιο Προσφορών στις 17.2.2021 μετά από εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης, αφού δεν υπήρχε προσφορά που να πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές.

Οι Αιτητές υποστηρίζουν ότι η προσφορά τους ικανοποιούσε τις τεχνικές προδιαγραφές όπως αυτές προνοούνται στον όρο 8.3.2. Ενότητα «Τεχνική Προσφορά». Ειδικότερα αναφέρουν ότι έχουν προβεί σε αναλυτική παρουσίαση των τεχνικών χαρακτηριστικών των προσφερόμενων προϊόντων με τη συμπλήρωση του Εντύπου 8 και την υποβολή ανεξάρτητης κλινικής μελέτης με τίτλο «CLINICAL EVALUATION REPORT», εγγράφου με Οδηγίες Χρήσης του προσφερόμενου προϊόντος καθώς και άλλων εντύπων, πιστοποιητικών και τεχνικών φυλλαδίων. Ισχυρίζονται ότι ενώ η Επιτροπή Αξιολόγησης έκρινε ότι η προσφορά τους πληρούσε όλες τις απαιτήσεις των τεχνικών προδιαγραφών του Εντύπου 8, κατά παράβαση των όρων του διαγωνισμού αποφάσισε να ζητήσει δείγματα για επιβεβαίωση της συμμόρφωσης με τις τεχνικές προδιαγραφές. Η Επιτροπή Αξιολόγησης χωρίς αιτιολογία και χωρίς σχετική πρόνοια στους όρους του διαγωνισμού παράνομα αποφάσισε την αναζήτηση δειγμάτων με σκοπό τη διενέργεια ελέγχου σε επιβεβαιωμένους ασθενείς με Covid-19.

Είναι θέση των Αιτητών ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν νομιμοποιείται να παρεκκλίνει από τους όρους του διαγωνισμού που η ίδια έθεσε, καθ' ότι οι όροι δεσμεύουν τόσο τους Αιτητές όσο και την Αναθέτουσα Αρχή και υποστηρίζουν ότι αντί η Αναθέτουσα Αρχή να αποδεχτεί την προσφορά τους, όπως ορίζεται στον όρο 9.3, ζήτησε την προσκόμιση δειγμάτων του προσφερόμενου προϊόντος, ώστε να ελεγχθούν επί ασθενών που διαγνώστηκαν θετικοί στον Covid-19 με την μοριακή μέθοδο PCR. Από

τη στιγμή, αναφέρουν, που διαπιστώθηκε συμμόρφωση των προσφορών με τους όρους του διαγωνισμού η Αναθέτουσα Αρχή έπρεπε να προχωρήσει σε αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών και κατακύρωση του διαγωνισμού στους Αιτητές οι οποίοι υπέβαλαν τη φθηνότερη προσφορά.

Με άλλο λόγο ακύρωσης οι Αιτητές υποστηρίζουν ότι η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής είναι πεπλανημένη καθότι ενώ ικανοποιήθηκε ότι η προσφορά τους πληροί τις ζητούμενες τεχνικές προδιαγραφές με βάση το Έντυπο 8, την υποβληθείσα ανεξάρτητη κλινική μελέτη επί 100 τουλάχιστον δειγμάτων και των τεχνικών φυλλαδίων, απέρριψε την προσφορά τους βασιζόμενη επί ενός ελάχιστου αριθμού δειγμάτων με αιτιολογία ότι η ευαισθησία του προσφερόμενου προϊόντος είναι στο 55% (44% με το μολύβι διορθωμένο). Αναφέρουν επίσης ότι ενώ απέρριψε αίτημα όπως η προδιαγραφή 1.7 του Εντύπου 8 διαμορφωθεί ώστε να είναι αποδεκτές μελέτες με 40 δείγματα, στη συνέχεια εξήξε συμπεράσματα από 9 μόνο δείγματα ενώ είχε ζητήσει και της δόθηκαν 40 δείγματα. Ότι η απόφαση μη πλήρωσης των τεχνικών προδιαγραφών λόγω της μεγάλης διαφοράς στην ευαισθησία του προϊόντος είναι προϊόν πλάνης επιβεβαιώνεται από την κατακύρωση στους Αιτητές λίγες μέρες αργότερα άλλου διαγωνισμού για rapid test με ακριβώς τις ίδιες προδιαγραφές και στον οποίο οι Αιτητές προσέφεραν το ίδιο προϊόν.

Σύμφωνα με τους Αιτητές σκοπός της Αναθέτουσας Αρχής ήταν να ακυρώσει το διαγωνισμό γι' αυτό και κάλεσε τους προσφοροδότες να παραδώσουν 2 κουτιά δείγματα, από τα οποία μάλιστα έλεγξε μόνο 9 τεστ παραγνωρίζοντας τα αποτελέσματα και τα πορίσματα ανεξάρτητης κλινικής μελέτης επί 100 δειγμάτων. Οι εν λόγω ενέργειες, υποστηρίζουν, παραβιάζουν τις αρχές της διαφάνειας και της καλής πίστης ενώ η διαδικασία ελέγχου των περιστατικών που ήταν θετικοί ασθενείς πάσχει λόγω έλλειψης δέουσας έρευνας. Πουθενά δεν καταγράφεται, πριν πόσες ημέρες οι ασθενείς διαγνώστηκαν θετικοί κατά παράβαση και του όρου 1.7. του Εντύπου 8 που αφορά την ευαισθησία του προσφερόμενου προϊόντος για την ανίχνευση του ιού. Σημειώνουν δε ότι σε όλα τα έντυπα αναγράφεται ως ημερομηνία δειγματοληψίας η 3.2.2020 και σε όλα τα έντυπα είναι κυκλωμένη η ένδειξη NAI, ενώ σε κανένα σημείο αναγράφεται η ημερομηνία διάγνωσης του ασθενή με COVID 19.

Άλλος λόγος που οι Αιτητές θεωρούν ότι απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής θα πρέπει να ακυρωθεί είναι διότι δεν τους δόθηκε το δικαίωμα να ακουστούν προτού αυτή προβεί στις κατ' ισχυρισμό διαπιστώσεις σε σχέση με την ευαισθησία του προσφερόμενου προϊόντος στον δειγματοληπτικό έλεγχο οι οποίες έρχονται σε αντίθεση με τις μετρήσεις και τα συμπεράσματα ανεξάρτητης κλινικής μελέτης, η οποία υποβλήθηκε με την προσφορά. Οι Αιτητές στην ουσία στερήθηκαν του δικαιώματος να υποδείξουν στην Αναθέτουσα Αρχή ότι το προσφερόμενο προϊόν είναι

καθ' όλα αναγνωρισμένο και κυκλοφορεί νόμιμα σε διάφορες χώρες της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Η Αναθέτουσα Αρχή στα πιο πάνω απαντά ότι κατά τον έλεγχο των τεχνικών προδιαγραφών του διαγωνισμού, καίτοι διαπίστωσε από τη βιβλιογραφία που είχε υποβληθεί ότι η προσφορά των Αιτητών και της εταιρείας Deltacon Ltd πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές του διαγωνισμού, «για σκοπούς επιβεβαίωσης της συμμόρφωσης του προϊόντος με τις τεχνικές προδιαγραφές» ζήτησε και από τους δύο προσφέροντες όπως προσκομίσουν δύο κουτιά δείγματα. Οι Αιτητές αλλά και ο άλλος προσφοροδότης αποδέχθηκαν το αίτημα και προσκόμισαν τα δείγματα που ζητήθηκαν. Εάν θεωρούσαν, αναφέρει, ότι η υποβολή δειγμάτων αντιβαίνει τους όρους του Διαγωνισμού, όφειλαν να το δηλώσουν και όχι να το προβάλουν εκ των υστέρων. Η στάση των Αιτητών, υποστηρίζει, να αποδεχθούν το αίτημα και μετά όταν δεν τους κατακυρώθηκε ο διαγωνισμός να θεωρούν ότι η διαδικασία είναι εκτός των όρων του διαγωνισμού φέρνει στο προσκήνιο την εφαρμογή του δόγματος της επιδοκμασίας και αποδοκμασίας.

Ο λόγος αναζήτησης των δειγμάτων των προσφερόμενων προϊόντων αναφέρει καταγράφεται με σαφήνεια τόσο στο πρακτικό της Επιτροπής Αξιολόγησης ημερομηνίας 25.1.2021 όσο και στην Έκθεση Αξιολόγησης η δε αξιολόγηση των δειγμάτων έγινε από Επαγγελματίες Υγείας και Λειτουργούς που διαθέτουν τις πλέον

εξειδικευμένες γνώσεις για τη διενέργεια εργαστηριακών εξετάσεων, καταγράφεται δε πλήρως η διαδικασία που ακολουθήθηκε.

Η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτει επίσης τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι εσκεμμένα προχώρησε σε ακύρωση του διαγωνισμού και τονίζει ότι, αναγκάστηκε να προβεί σε ακύρωση του διαγωνισμού λαμβάνοντας υπόψη τα αποτελέσματα ελέγχου των δειγμάτων που υποβλήθηκαν. Η αξιολόγηση των δειγμάτων υποστηρίζει είτε αυτά είναι 10 ή 100 είναι χωρίς σημασία αφού πρέπει να πληρούνται οι απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές. Οι Αιτητές για προϊόν που προσέφεραν δήλωσαν ως ποσοστό ευαισθησίας 96,08% και αυτό το ποσοστό ευαισθησίας αναμένεται να υπάρχει ανεξάρτητα του συνόλου των δειγμάτων που θα διενεργηθούν. Σ' ότι αφορά τις κλινικές μελέτες αυτές σημειώνει διενεργούνται από τις κατασκευάστριες εταιρείες με τη λήψη στοιχείων/ δεδομένων/ αποτελεσμάτων από μεγάλο αριθμό δειγμάτων για σκοπούς εξαγωγής των ποιοτικών κριτηρίων του προϊόντος και την εξασφάλιση των απαραίτητων πιστοποιητικών για τη κυκλοφορία των προϊόντων στην αγορά και δεν έχει σχέση με τον έλεγχο των δειγμάτων. Η αναζήτηση των δειγμάτων δεν έγινε με σκοπό να διενεργήσει η Αναθέτουσα Αρχή κλινική μελέτη αλλά να επιβεβαιώσει ότι το προσφερόμενο συμμορφώνεται με τις τεχνικές προδιαγραφές.

Η Αναθέτουσα Αρχή κατά την αξιολόγηση των δειγμάτων τήρησε και την αρχή της ίσης μεταχείρισης αφού και για τους δύο προσφοροδότες αξιολόγησε ίσο αριθμό

δειγμάτων τα αποτελέσματα των οποίων καταγράφονται στην Έκθεση Αξιολόγησης. Με βάση τα αποτελέσματα που λήφθηκαν και συγκρίθηκαν με τη μέθοδο PCR η προσφορά των Αιτητών από τα 9 δείγματα που αξιολογήθηκαν έδωσε 4 μόνο θετικά αποτελέσματα, με ποσοστό επιτυχίας/ευαισθησίας 44%. Η αξιολόγηση των δειγμάτων τόνισε δεν έγινε μόνο για επιβεβαίωση του όρου 1.7¹ αλλά και του όρου 1.6² σύμφωνα με τον οποίο, το προσφερόμενο προϊόν πρέπει να έχει ευαισθησία: $\geq 91\%$, ανεξαρτήτως της ημέρας έκθεσης του ασθενή στον ιό. Αν και τα δείγματα καταλήγει λήφθηκαν στοχευμένα και σε ασθενείς που είχαν νοσήσει τις τελευταίες ημέρες, εντούτοις αυτό δεν αποτέλεσε το μοναδικό κριτήριο κατά την αξιολόγηση των δειγμάτων που λήφθηκαν, αφού τα αποτελέσματα υπέδειξαν ότι το προϊόν δεν ικανοποιούσε την απαίτηση 1.6 που αναφέρεται στη πλήρη ευαισθησία του προϊόντος, ανεξαρτήτως της ημέρας έκθεσης στον ιό.

Το ζήτημα της ευαισθησίας του προϊόντος υποδεικνύει αποτελεί κατ' εξοχήν τεχνικό ζήτημα το οποίο εκφεύγει του ελέγχου της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών η οποία περιορίζεται σε έλεγχο νομιμότητας. Η απόφασή της, υποστηρίζει, ήταν αποτέλεσμα δέουσας έρευνας που επεκτάθηκε στη διερεύνηση κάθε σχετικού με την υπόθεση γεγονότος, δεν είναι προϊόν πλάνης και είναι δεόντως αιτιολογημένη.

¹ «Να υποδειχθεί η ευαισθησία του προσφερόμενου προϊόντος για την ανίχνευση του ιού από την 3-4 ημέρα έκθεσης μέχρι την 7η μέρα.

Η ευαισθησία πρέπει να είναι μεγαλύτερη από 80%. Για την απόδειξη πρέπει να υποβληθούν ανεξάρτητες κλινικές μελέτες οι οποίες θα βασίζονται σε τουλάχιστον 100 θετικά δείγματα»

² «Ευαισθησία: $\geq 91\%$ »

Σ' ότι αφορά τον ισχυρισμό για παραβίαση της αρχής της καλής πίστης με αναφορά σε νομολογία³, υποστηρίζει ότι αυτή δεν υπερφαλαγγίζει την αρχή της σύννομης λειτουργίας της διοίκησης ώστε να οδηγεί σε καταστρατήγηση της αρχής της νομιμότητας. Επίσης όσα οι Αιτητές ισχυρίζονται σε σχέση με άλλο διαγωνισμό στον οποίο προσέφεραν το ίδιο προϊόν και τους κατακυρώθηκε απαντά ότι στο νέο διαγωνισμό τα δείγματα τα οποία δόθηκαν ήταν από διαφορετική παρτίδα. Όπως άλλωστε έχει διαπιστωθεί από τις εξετάσεις των δειγμάτων στον παρόντα διαγωνισμό οι δύο προσφοροδότες προσέφεραν δείγματα με διαφορετικό αριθμό παρτίδας και έδωσαν διαφορετικά αποτελέσματα για το συγκεκριμένο προϊόν. Δηλαδή υπάρχουν διακυμάνσεις από παρτίδα σε παρτίδα.

Τέλος, η Αναθέτουσα Αρχή απορρίπτει και τον ισχυρισμό για παραβίαση του δικαιώματος ακρόασης και υποστηρίζει ότι δεν τίθεται ζήτημα παραχώρησης του δικαιώματος ακρόασης στους προσφοροδότες επειδή πρόκειται για διοικητικές αποφάσεις και όχι για πειθαρχικές ή τιμωρητικές. Οι δημόσιοι διαγωνισμοί δεν έχουν χαρακτήρα που τους εντάσσει στις περιπτώσεις του άρθρου 43 του περί Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου, Ν.158(Ι)/1999.

³ Κεντρική Τράπεζα της Κύπρου ν. Γιαννάκης Τσιγκουρής κ.α., Α.Ε.19/11 και 23/11, ημερ. 22.12.2016

Έχοντας παραθέσει τις θέσεις των μερών προχωρούμε να εξετάσουμε τα ζητήματα τα οποία κατ' ισχυρισμό των Αιτητών καθιστούν τον αποκλεισμό της προσφοράς τους και την ακύρωση του διαγωνισμού μη νόμιμη, με πρώτο το ζήτημα της αναζήτησης από την Αναθέτουσα Αρχή δειγμάτων.

Αποτελεί κοινό έδαφος, προκύπτει άλλωστε από τους όρους του διαγωνισμού ότι δεν απαιτείτο η υποβολή δειγμάτων. Τα δείγματα ζητήθηκαν από την Επιτροπή Αξιολόγησης μετά που διαπίστωσε ότι από τις 19 προσφορές που υποβλήθηκαν μόνο δύο προσφορές οι οποίες προσέφεραν το ίδιο προϊόν πληρούσαν τις τεχνικές προδιαγραφές. Η προσφορά των Αιτητών και ακόμη μία προσφορά.

Η Αναθέτουσα Αρχή με επιστολή της ημερ. 26.1.2021 πληροφόρησε τους Αιτητές ότι:

«[...] στα πλαίσια αξιολόγησης της προσφοράς σας παρακαλώ όπως προσκομίσετε το συντομότερο δυνατό και όχι αργότερα από την 01/02/2021 δείγματα (2 κουτιά) για σκοπούς επιβεβαίωσης της συμμόρφωσης του προϊόντος με τις τεχνικές προδιαγραφές.

Σημειώνεται ότι, τα αποτελέσματα θα συγκριθούν επίσης με τη μέθοδο PCR».

Το ζήτημα εδώ είναι κατά πόσο η ενέργεια της Αναθέτουσας Αρχής να ζητήσει δείγματα συνιστά παραβίαση των όρων του διαγωνισμού ζήτημα όμως όχι ασύνδετο και ανεξάρτητο από τη στάση που τήρησαν οι Αιτητές.

Η Αναθέτουσα Αρχή με την επιστολή της προς τους Αιτητές εξήγησε με σαφήνεια το σκοπό για τον οποίο ζητούσε δείγματα του προσφερόμενου προϊόντος, του οποίου καθώς έχει εξηγηθεί ενώπιόν μας από τους Αιτητές η κάθε παρτίδα παραγωγής περιλαμβάνει εξήντα χιλιάδες δείγματα.

Η Αναθέτουσα Αρχή με σκοπό να διαπιστώσει ότι το προσφερόμενο, ο αριθμός παρτίδας του οποίου δεν ήταν γνωστός, αφού με τους όρους του διαγωνισμού δεν ζητείτο η υποβολή δειγμάτων, πληρούσε τις τεχνικές προδιαγραφές ζήτησε από τους Αιτητές δείγματα (δύο κουτιά) και οι Αιτητές προσέφεραν για αξιολόγηση σαράντα δείγματα (δύο κουτιά) με συγκεκριμένο αριθμό παρτίδας.

Οι Αιτητές με την ενέργεια τους να αποστείλουν δείγματα κι' εάν ακόμη η ενέργεια της Αναθέτουσας Αρχής ήθελε θεωρηθεί ότι συνιστά παρέκκλιση από τους όρους του διαγωνισμού, που δεν είναι αυτή η κατάληξή μας, αφού η ενέργεια της σκοπό είχε τη διασφάλιση του δημοσίου συμφέροντος εν μέσω πανδημίας, δεν νομιμοποιούνται εκ των υστέρων να επιχειρηματολογούν ότι επειδή δεν προβλέπετο στους όρους δεν μπορεί να τους ζητηθούν δείγματα, όταν μάλιστα για το προϊόν υπάρχει αριθμός παρτίδας (LOT).

Σύμφωνα με τη νομολογία⁴ όταν προσφοροδότης αποδέχεται όρους διαγωνισμού δεν μπορεί μετέπειτα να τους αμφισβητεί διότι αποκομίζοντας το όφελος της συμμετοχής στη διαδικασία δεν μπορεί μετέπειτα λόγω μη πραγμάτωσης της προσδοκίας να επιδιώξει τη μηδένιση της διαδικασίας. Δηλαδή να επιδοκιμάζει και να αποδοκιμάζει. Επίσης στο σύγγραμμα Επαμεινώνδα Σπηλιωτόπουλου «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου», Τόμος 2, 14^η Έκδοση, παράγρ. 458, 459, αναφέρεται ότι το έννομο συμφέρον που υπάρχει κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης πράξης, παύει να υπάρχει και στην περίπτωση αποδοχής της πράξης από τον αιτούντα, αυτή δε η αποδοχή μπορεί να είναι ρητή, δηλαδή, να προκύπτει από σχετική δήλωση του αιτούντος, ή σιωπηρή, δηλαδή να συνάγεται από συμπεριφορά του η οποία δεν αφήνει αμφιβολία για την έννοιά της.

Εδώ καίτοι δεν πρόκειται για όρο των εγγράφων του διαγωνισμού από τη στιγμή που οι Αιτητές γνώριζαν με ακρίβεια το σκοπό για τον οποίο ζητούνταν τα δείγματα, που δεν ήταν άλλος από τη διαπίστωση ότι το προσφερόμενο ανταποκρίνεται στις τεχνικές προδιαγραφές δεν μπορούν επειδή η προσδοκία τους όπως τους κατακυρωθεί ο διαγωνισμός δεν πραγματοποιήθηκε να επιδιώκουν ακύρωση της διαδικασίας που ακολουθήθηκε με τη δική τους συναίνεση.

⁴ **Δημοκρατία v. China Wanbao Engineering Corporation** (2000) 3 AAD 406, **Δημοκρατία v. Pharmanet Ltd** (2011) 3 AAD 1, **First Elements Euroconsultants Ltd v. Κυπριακής Δημοκρατίας μέσω Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών**, Α.Ε. 34/12, ημερ. 15.12.2017

Ούτε το γεγονός της υποβολής με την προσφορά τους της τεχνικής μελέτης βρίσκουμε να βοηθά τους Αιτητές από τη στιγμή που αδιαμαρτύρητα συμφώνησαν στην υποβολή των δειγμάτων. Οι Αιτητές εάν πίστευαν ότι η αναζήτηση δειγμάτων ερχόταν σε αντίθεση με τους όρους του διαγωνισμού θα μπορούσαν να αρνηθούν προσκόμιση τους, όταν μάλιστα στην επιστολή της Αναθέτουσας Αρχής δεν ετίθετο ζήτημα αποκλεισμού τους εάν δεν τα προσκόμιζαν. Εφόσον παρέλειψαν να αρνηθούν κωλύονται εκ των υστέρων να διαμαρτύρονται.

Το επόμενο ζήτημα που θα εξεταστεί είναι κατά πόσο ο αποκλεισμός της προσφοράς των Αιτητών για τους λόγους που η Επιτροπή Αξιολόγησης έκρινε είναι προϊόν πλάνης, λήφθηκε χωρίς έρευνα και στερείται αιτιολογίας, όπως είναι ο ισχυρισμός των Αιτητών. Επίσης κατά πόσο παραβιάζει τις αρχές της διαφάνειας και της καλής πίστης.

Όπως έχει κατ' επανάληψη νομολογηθεί τόσο το ακυρωτικό Δικαστήριο όσο και η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών δεν εξετάζει ούτε αποφασίζει πρωτογενώς γεγονότα. Δικαιοδοσία της είναι να ελέγχει τη νομιμότητα της πράξης αποφεύγοντας να ελέγξει την ουσιαστική κρίση της διοίκησης, ούτε υπεισέρχεται σε τεχνικά θέματα με σκοπό να διαπιστώσει, αξιολογήσει, ή επιλύσει τεχνικά ζητήματα. Αυτά αφορούν κατ' εξοχήν τη διοίκηση. Το καθήκον της εξαντλείται στη διαπίστωση κατά πόσο

διενεργήθηκε ή όχι η δέουσα έρευνα και αν εξετάστηκε το κάθε τι που ενδεχομένως θα επιδρούσε στη λήψη της απόφασης και ήταν δυνατό να είναι σχετικό. Μόνο σε περίπτωση διαπίστωσης πλάνης ή υπέρβασης των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης ή έλλειψη αιτιολογίας επεμβαίνει (βλ. *Τουσουνα ν. Δημοκρατίας* (2013) 3 ΑΑΔ 151, *ΑΤΗΚ ν. Digicom Ltd* (2011) 3 ΑΑΔ 9, *Lella Kentonis Investment Co Ltd ν. Δημοκρατίας κ.ά.*, Α.Ε. 138/10 και 180/10, ημερ. 21.12.2016, *Δημοκρατία ν. Παπαξενοπούλου κ.ά.*, Α.Ε. 114/13 ημερ. 6.10.2016).

Στην παρούσα περίπτωση τα δείγματα καθώς προκύπτει από το διοικητικό φάκελο άλλωστε ούτε οι Αιτητές το έχουν αμφισβητήσει, χρησιμοποιήθηκαν για το σκοπό που ζητήθηκαν. Το γεγονός ότι χρησιμοποιήθηκαν μόνο 9 από τα 40 και συνεπώς σύμφωνα με τους Αιτητές τα αποτελέσματα δεν μπορεί να είναι αντιπροσωπευτικά όταν μάλιστα η κλινική μελέτη που ζητήθηκε και υποβλήθηκε αφορούσε 100 δείγματα, η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών δεν είναι σε θέση με τις γνώσεις της να κρίνει. Το πώς γίνεται η κλινική αυτή μελέτη, πώς λαμβάνονται τα 100 δείγματα δεδομένου ότι το προϊόν παράγεται σε παρτίδες όχι μόνο δεν γνωρίζουμε αλλά ούτε και έχουμε τις γνώσεις εκείνες που απαιτούνται για να συσχετίσουμε την κλινική μελέτη με τα αποτελέσματα των δειγμάτων τα οποία δεν έδωσαν την απαιτούμενη ευαισθησία του προϊόντος. Η Αναθέτουσα Αρχή η οποία διαθέτει τους ειδικούς από τη στιγμή που μέσω των εξετάσεων των 9 δειγμάτων έκρινε ότι η ευαισθησία του προϊόντος είναι ανεξάρτητη του αριθμού των δειγμάτων που εξετάζονται δηλαδή είτε

10 είναι τα δείγματα είτε περισσότερα το προϊόν πρέπει να ικανοποιεί τα τεχνικά χαρακτηριστικά που δηλώνονται, η Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών δεν μπορεί να επέμβει στη βάση και μόνο του αριθμού των δειγμάτων που ζητήθηκαν και τελικά εξετάστηκαν από τους κατ' εξοχήν ειδικούς. Ιδιαίτερα το ζήτημα της ευαισθησίας του προϊόντος της προδιαγραφής 1.6 είναι ζήτημα για το οποίο απαιτούνται επιστημονικές γνώσεις που μόνο η Αναθέτουσα Αρχή με τους ειδικούς που διαθέτει κατέχει. Ούτε το γεγονός ότι από τα 40 δείγματα που υποβλήθηκαν μόνο 9 εξετάστηκαν αρκεί, για να ανατραπεί η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής εφόσον και γι' αυτό απαιτούνται ειδικές γνώσεις. Η Αναθέτουσα Αρχή στα πλαίσια δέουσας έρευνας εξέτασε αριθμό δειγμάτων προτού καταλήξει και αιτιολόγησε την κατάληξη της έτσι ώστε δεν παρέχεται σε μας δυνατότητα επέμβασης στα συμπεράσματά της.

Το γεγονός ότι στους Αιτητές κατακυρώθηκε μεταγενέστερος διαγωνισμός και πάλι δεν βοηθά. Όπως η Αναθέτουσα Αρχή εξήγησε και δεν αμφισβητήθηκε, πρόκειται για διαφορετική παρτίδα προϊόντος. Η δε θέση των Αιτητών ότι θα μπορούσαν μετά την κατακύρωση σ' αυτούς του διαγωνισμού να τους ζητηθεί να αντικαταστήσουν την παρτίδα δεν μπορεί να δικαιολογήσει ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης. Ενέργεια της Αναθέτουσας Αρχής όπως εισηγούνται οι Αιτητές θα παραβίαζε την αρχή της διαφάνειας και της καλής πίστης, αφού εν γνώση της ότι το προσφερόμενο δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές προχωρεί σε κατακύρωση.

Τέλος ούτε ο ισχυρισμός τους ότι η Αναθέτουσα Αρχή έπρεπε να καλέσει τους Αιτητές και να τους ακούσει προτού απορρίψει την προσφορά τους και ακυρώσει το διαγωνισμό ευσταθεί. Όπως είναι καλά γνωστό δικαίωμα ακρόασης εκτός βέβαια όπου ρητά προβλέπεται στο Ν. 73(I)/2016 δεν τυγχάνει εφαρμογής σε δημόσιους διαγωνισμούς (βλ. *ODYSSEY CONSULTANTS LTD v. Επιτρόπου Ρυθμίσεων Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών και Ταχυδρομείων*, Υποθ. 221/2015, ημερ. 24.1.2019). Οι δημόσιοι διαγωνισμοί όπως τονίστηκε στην *G.P. Iron & Wood Makers Ltd v. Δημοκρατίας* (2008) 3 Α.Α.Δ. 155 δεν εμπίπτουν στις περιπτώσεις του άρθρου 43(1) του Ν. 158(I)/1999 το οποίο προβλέπει δικαίωμα ακρόασης σε εκείνες τις πράξεις της Διοίκησης οι οποίες επηρεάζουν πρόσωπο ή συνιστούν μέτρο πειθαρχικής φύσης ή άλλως έχουν χαρακτήρα της κύρωσης ή θεωρούνται δυσμενούς φύσης.

Στην υπό κρίση περίπτωση η Αναθέτουσα Αρχή αποκλείοντας την προσφορά των Αιτητών και ακυρώνοντας το διαγωνισμό δεν άσκησε εξουσία πειθαρχικής φύσης ή επέβαλε κύρωση. Ούτε με οποιοδήποτε τρόπο αφαίρεσε κεκτημένο δικαίωμα από τους Αιτητές για να μπορεί να χαρακτηριστεί η προσβαλλόμενη απόφαση ως δυσμενής ώστε να προκύπτει ανάγκη παροχής δικαιώματος ακρόασης (βλ. *Blade Enterprises Ltd v. Δημοκρατίας*, Υπόθ. Αρ. 77/2009, ημερ. 31.5.2012).

Στη βάση όσων έχουμε πιο πάνω αναφέρει, ομόφωνα, αποφασίζουμε απόρριψη της προσφυγής και επικύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης χωρίς οποιαδήποτε άλλη διαταγή.