

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 18 Ιουνίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 7-6-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/518/8-6-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΠΑΝΑΡΚΑΔΙΚΟ ΓΕΝΙΚΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ ΤΡΙΠΟΛΗΣ Η ΕΥΑΓΓΕΛΙΣΤΡΙΑ», νομίμως εκπροσωπούμενης

Με την προδικαστική προσφυγή ο αιτών ζητά την τροποποίηση, άλλως ακύρωση και επαναδημοπράτηση της με αρ. πρωτ. 8793/17-5-2018 Διακήρυξης με την οποία προκηρύχθηκε Ανοικτή Ηλεκτρονική Διαδικασία κάτω των ορίων για την προμήθεια «ΙΣΟΤΟΠΙΚΑ ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΑ» (CPV: 33696400-9, Αντιδραστήρια Ανοσολογικών Εξετάσεων με Συνοδό Εξοπλισμό) του ΠΠΥΥ 2015, για ένα (1) έτος με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, με εκτιμώμενη άνευ ΦΠΑ αξία 126.474,87 ευρώ, που δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 17-5-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ 18PROC003115631 και στο ΕΣΗΔΗΣ την 18-5-2018 με συστημικό α/α 48905.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός Απόφασης: 463/2018

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο, αφού ο προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία 21741311895808060068 και ποσού ευρώ 633,00 όπως και το έμβασμα πληρωμής του μέσω Εθνικής Τραπέζης της Ελλάδος της 6-6-2018.

2. Επειδή, η από 7-6-2018 Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά όρων Διακήρυξης. Ο δε προσφεύγων, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του βάλλει κατά της συμπερίληψης στον Πίνακα Εξετάσεων του Τμήματος 2 της διακήρυξης, της εξέτασης με α/α 2.2. «ΘΥΡΕΟΣΦΑΙΡΙΝΗ» (TG ΘΥΡΕΟΣΦΑΙΡΙΝΗ), που συνιστά εξέταση καρκινικού δείκτη για την παρακολούθηση της θεραπείας ή τυχόν υποτροπών καρκίνου του θυρεοειδούς και ζητά την τροποποίηση του τμήματος 3 της διακήρυξης, ώστε να ενταχθεί εκεί αυτή η εξέταση, όπως όλες οι εξετάσεις καρκινικών δεικτών που διενεργούνται στο εργαστήριο του νοσοκομείου, προκειμένου να επιτραπεί η συμμετοχή του στο Τμήμα 2, η οποία ως έχει η διακήρυξη, είναι αδύνατη, καθώς ο προσφεύγων δεν διαθέτει το απαραίτητο αντιδραστήριο για τη διενέργεια της πλήρους γκάμας του Τμήματος 2. Ο δε όρος ως έχει περιορίζει τον ανταγωνισμό, καθώς υποχρεώνει τους μετέχοντες στο τμήμα 2 να προσφέρουν αντιδραστήριο και για την ως άνω εξέταση, χωρίς όμως αντικειμενική δικαιολόγηση. Εξάλλου, η μεταφορά της εξέτασης αυτής στο Τμήμα 3 θα προωθήσει το συμφέρον της αναθέτουσας, αφού θα καταστήσει δυνατή την ταυτόχρονη διενέργεια όλων των εξετάσεων καρκινικών δεικτών με έναν αναλυτή και σωληνάριο δείγματος, χωρίς να απαιτείται η μεταφορά του δείγματος σε περισσότερους αναλυτές ή τη δημιουργία δευτεροταγών σωληναρίων. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, ζητά την ακύρωση της συμπερίληψης στο Τμήμα 4 της διακήρυξης, της εξέτασης 4.1 «ΟΛΙΚΗ ΑΝΟΣΟΣΦΑΙΡΙΝΗ (IgE total)», παρότι όλες οι υπόλοιπες εξετάσεις ανοσοσφαιρινών εκτελούνται στο εργαστήριο του Γενικού Νοσοκομείου Τρίπολης. Τούτο θα προσφέρει δυνατότητα συμμετοχής στον προσφεύγοντα στο Τμήμα 2, καθώς η συμμετοχή σε αυτό συνεπάγεται ταυτόχρονη υποχρεωτική συμμετοχή στο Τμήμα 4, ενώ ως έχει η διακήρυξη εμποδίζεται, διότι δεν διαθέτει το απαραίτητο αντιδραστήριο για την ως άνω υπό 4.1 εξέταση.

Εξάλλου, η αφαίρεση της εξέτασης αυτής από το τμήμα 4 θα προωθήσει το δημόσιο συμφέρον και το συμφέρον της αναθέτουσας, καθώς με την ένταξή της στις υπόλοιπες εξετάσεις ανοσοσφαιρινών, μέσω βιοχημικού αναλυτή, θα μειωθεί το κόστος της και η ταχύτητα εκτέλεσής της, ενώ μάλιστα ο ετήσιος αριθμός τέτοιων εξετάσεων είναι ιδιαίτερα μικρός (90 κατ' έτος).

3. Επειδή, η αναθέτουσα με τις από 15-6-2018 και με αρ. πρωτ. 10653 Απόψεις της ισχυρίζεται τα εξής. Ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής ότι η εξέταση της θυρεοσφαιρίνης ήδη διενεργείται από τον ανοσολογικό αναλυτή τύπου A, ο οποίος παρέχεται από τον ίδιο τον προσφεύγοντα βάσει της υπ' αρ. 1770/27-1-2017 συμβάσεώς του με την αναθέτουσα, η οποία περιλαμβάνει όλες τις εξετάσεις του νυν τμήματος 2 μαζί με την εξέταση του τμήματος 4. Ως προς τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, αιτιάται ότι η εξέταση του τμήματος 4 κατά τον τρέχοντα χρόνο διενεργείται από το ανοσολογικό και όχι το βιοχημικό εργαστήριο και αναλυτή του νοσοκομείου. Περαιτέρω, επικαλείται ότι ο προσφεύγων με τα από ... σχόλια του επί της διαβούλευσης για τις τεχνικές προδιαγραφές και δη ως προς την εξέταση της ολικής ανοσοσφαιρίνης E, ανέφερε ότι μπορεί να εκτελεστεί από αμφότερους τους τύπους αναλυτών, ήτοι του τμήματος A και B και πρότεινε όπως η εξέταση αυτή υπαχθεί στον αναλυτή τύπου A του νυν τμήματος 2, όπως και κατά την τότε εκτελούμενη σύμβαση, ώστε να αποφευχθεί ο κίνδυνος μη κάλυψης της εξέτασης, χωρίς καμία επιπλέον επισήμανση για την επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση εκτέλεσης της εξέτασης από τον μειοδότη του διαγωνισμού.

4. Επειδή, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, κάτω των ορίων περί προμήθειας αγαθού, και του χρόνου δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016, υποβάλλεται δε δια του οικείου προδιατυπωμένου εντύπου, υπογεγραμμένη από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος και ασκείται εμπροθέσμως την 7-6-2018, αφού ο προσφεύγων επικαλείται χρόνο γνώσης την 31-5-2018, ο οποίος σε κάθε περίπτωση έγκειται στο διάστημα των

Αριθμός Απόφασης: 463/2018

δεκαπέντε ημερών από την από 17-5-2018 δημοσίευση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ. Ο δε προσφεύγων έχει έννομο συμφέρον για την άσκησή της, αφού επικαλείται αποκλεισμό του από τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς για το Τμήμα 2 αυτής δια των προσβαλλόμενων όρων. Συνεπώς, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

5. Επειδή, η διαδικασία ανάθεσης σύμβασης προμήθειας διεξάγεται διαρθρωμένη σε 8 αυτοτελή τμήματα και για το σύνολο των ανά τμήμα περιλαμβανομένων εξετάσεων και ποσοτήτων, όμως η υποβολή προσφοράς για το 2^ο, όπου ανήκει με α/α 2.2 η εξέταση Θυρεοσφαιρίνης ή το 3^ο τμήμα συνεπάγεται υποχρέωση του προσφέροντος να υποβάλει προσφορά και για το τμήμα 4, δηλαδή την εξέταση Ολικής Ανοσοσφαιρίνης Ε σύμφωνα με τον όρο 1.3 της διακήρυξης. Πάντως, δεν προκύπτει από τη διακήρυξη ότι το παραδεκτό της προσφοράς για το τμήμα 2 ή 3, εξαρτάται από το παραδεκτό της προσφοράς για το τμήμα 4 ή αν η ανάδειξη του προσφέροντος ως προσωρινού αναδόχου για το τμήμα 2 ή 3 συνεπάγεται και ανάδειξή του ως προσωρινού αναδόχου για το τμήμα 4, ενώ ουδόλως αποκλείεται, τουλάχιστον ρητά, η αυτοτελής συμμετοχή για το τμήμα 4 (αλλά αντίστροφα η συμμετοχή σε οποιοδήποτε από τα άλλα δύο τμήματα προϋποθέτει συμμετοχή και στο τμήμα 4). Ούτε προκύπτει πως θα ανατεθεί το τμήμα 4 και ποιος θα το αναλάβει, αν οριστεί άλλως εν τέλει ανάδοχος για το τμήμα 2 από το τμήμα 3 και αν σε αυτή την περίπτωση θα το αναλάβει μεταξύ των διαφορετικών αναδόχων, ο ανάδοχος με τη μικρότερη προσφορά επί του ίδιου του τμήματος, όπως δεν προκύπτει τι θα συμβεί αν εν τέλει μετάσχει ειδικώς στο τμήμα 4 ή σε συνδυασμό με άλλα τμήματα, πλην των 2 και 3, τρίτος προσφέρων, συνθήκη που κατά τα ανωτέρω δεν αποκλείεται, τουλάχιστον ρητά, και δη αν αυτός προσφέρει χαμηλότερη τιμή από τον ανάδοχο ή τους αναδόχους των τμημάτων 2 και 3 (η δε διακήρυξη ορίζει μόνο ότι «Όσον αφορά το 4^ο τμήμα προμηθευτής θα αναδειχθεί αυτός που θα προσφέρει την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής», εκ του οποίου όρου ουδέν σαφές προκύπτει αφού αυτό, ήτοι η χαμηλότερη τιμή είναι και το εν γένει κριτήριο ανάθεσης της όλης σύμβασης, άρα επί οιοδήποτε τμήματος). Πάντως, από το Παράρτημα Ι της διακήρυξης, όπου περιγράφονται οι τεχνικές προδιαγραφές των εξετάσεων

Αριθμός Απόφασης: 463/2018

κάθε τμήματος, προκύπτει ότι το 4^ο τμήμα θα αναληφθεί από τον ανάδοχο του τμήματος 2 ή του τμήματος 3, ήτοι τον προμηθευτή του αντίστοιχου ανολογικού αναλυτή τύπου Α ή Β', εκ του οποίου ερμηνευτικά έστω και όχι με την αρκούσα σαφήνεια, δύναται να συναχθεί, ότι το τμήμα 4 θα ανατεθεί προς τον ανάδοχο είτε του τμήματος 2 είτε του τμήματος 3 που θα μειοδοτήσει επί του τμήματος 4, ενώ αν αυτός τελικώς δεν οριστεί οριστικός ανάδοχος στο στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης, το τμήμα 4 θα ανατεθεί στον ανάδοχο του άλλου εκ των δύο αυτών τμημάτων. Άρα, η συμμετοχή στο τμήμα 4 αποκλείεται, εκ των ως άνω, για έτερο πλην των μετεχόντων στο τμήμα 2 και στο τμήμα 3 και η ανάδειξη προσωρινού αναδόχου στο τμήμα 4 εξαρτάται από την ανάδειξη του προσφέροντος ως προσωρινού αναδόχου σε ένα εκ των δύο αυτών τμημάτων, ήτοι ότι η σειρά μειοδοσίας στο τμήμα 4 θα καθοριστεί όχι από αυτή καθαυτή την κατάταξη των ως προς αυτό το τμήμα προσφορών (αφού εφόσον υποβληθούν περισσότερες ανά τμήμα προσφορές, ουδόλως αποκλείεται ο μειοδότης στο οικείο τμήμα 2 ή 3, να είναι άλλος από τον μειοδότη στο τμήμα 4 μεταξύ των περισσότερων συμμετοχόντων στο ίδιο τμήμα, εκ των 2 και 3), αλλά από την κατάταξη ως προς το τμήμα 4 μεταξύ αποκλειστικά και μόνο των προσωρινών αναδόχων των τμημάτων 2 και 3.

6. Επειδή (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 39, 120, 209/2017), συνιστά ενωσιακή αρχή του δικαίου δημοσίων συμβάσεων και δη μείζονος σημασίας, η αποφυγή κάθε ανοικτής ή και συγκεκριμένης διάκρισης και περιορισμού της ελευθερίας ισότιμης συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων εις βάρος ομάδας προμηθευτών ή έστω και μεμονωμένου προμηθευτή (πρβλ. ενδεικτικά ΔΕΕ, Απόφαση της 5^{ης} Δεκεμβρίου 1989, C-3/88, *Επιτροπή κατά Ιταλίας*, Συλλογή 1989, σ. 4035, σκ. 8 και Απόφαση της 3^{ης} Ιουνίου 1992, C-360/89 *Επιτροπή κατά Ιταλίας*, Συλλογή I-1992, σ. 3401, σκ. 11). Τα παραπάνω προκύπτουν και από το ότι η παραπάνω διάταξη του άρ. 5 Ν. 4412/2016 θα πρέπει πάντα να εφαρμόζεται και να ερμηνεύεται υπό το πρίσμα της γενικής ρήτρας της αναλογικότητας και της σχετικότητας των εν γένει κριτηρίων μιας διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης επιλογής με το αντικείμενο της σύμβασης, σε αντιστοιχία εξάλλου και με όσα αναλόγως ορίζει το άρ. 75 παρ. 1 περί κριτηρίων ποιοτικής επιλογής κατά το οποίο “Οι

Αριθμός Απόφασης: 463/2018

αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης.” και ιδίως “Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης.”, ενώ τα ίδια εξάλλου προκύπτουν και από τη συνδυαστική θεώρηση του άρ. 18 παρ. 1 Ν. 4412/2016 (βλ. και A.S. Graelis, *Public Procurement and the EU Competition Rules* (Hart 2015, 2^η εκδ.) 6.II.A.vii). Όλα δε τα ως άνω θα πρέπει πάντα να ερμηνεύονται με γνώμονα την αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού, σύμφωνα εξάλλου και του άρ. 18 παρ. 1 Ν. 4412/2016, η οποία εντός του πλαισίου του ενωσιακού δικαίου συνιστά πρωταρχικό πυλώνα της ασκούμενης δια των δημοσίων συμβάσεων οικονομικής δραστηριότητας και θεμελιακή αξία για τις διαδικασίες ανάθεσής τους. Τούτο προκύπτει εξάλλου, αφενός από τη θέση των άρ. 101 επ. ΣΛΕΕ στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, αφετέρου από σωρεία προβλέψεων της οικείας Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι οποίες θέτουν τον όχι απλώς ονομαστικό και θεωρητικό, αλλά αποτελεσματικό, βιώσιμο και ουσιώδη ανταγωνισμό (βλ. εν γένει περί «βιώσιμου» ανταγωνισμού ενδεικτικά σε ΔΕΕ, Απόφαση της 19^{ης} Απριλίου 2012, C-549/10P *TOMRA*, Ψηφ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:221, ΠΕΚ Απόφαση της 17^{ης} Σεπτεμβρίου 2007, T-201/04 *Microsoft*, Συλλογή 2007, σ. II-3601, παρ. 436, Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Απόφαση της 13^{ης} Αυγούστου 2003, 2003/741/ΕΚ στην Υπόθεση COMP D3/38.044-*NDC Health/IMS Health: Interim Measures* C(2003)2920, παρ. 15 περί βιώσιμου ανταγωνισμού) στο επίκεντρο και ως συστατικό του πυρήνα κάθε ειδικότερου κανόνα επί των δημοσίων συμβάσεων, άρα κάθε επιμέρους διαδικασίας και διάταξης (βλ. παρ. 1,7, 31, 32, 33, 36, 49, 50, 59, 61, 63, 69, 74, 78, 79, 90, 92 96 Προοιμίου και άρ. 24, 30, 32, 40, 41, 49, 57, 66, 67 Οδηγίας). Ειδικότερα, αυτό σημαίνει ότι η ως άνω αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού θα πρέπει να διέπει την κατά τα ως άνω κατάστρωση του συνόλου των όρων της διακήρυξης και συγκεκριμένα ότι οι όποιοι όροι του διαγωνισμού δεν θα πρέπει να φθάνουν τέτοιο επίπεδο, ώστε να περιορίζουν δραστικά τον ανταγωνισμό, ακόμη και αν αφήνουν κάποιο έστω περιθώριο περιορισμένης εμφάνισής του, χωρίς τούτος ο περιορισμός να είναι

Αριθμός Απόφασης: 463/2018

απόλυτα αναγκαίος για τη διασφάλιση ομαλής εκτέλεσης του αντικειμένου της σύμβασης και συγκεκριμένα την κατάλληλη χρήση του προϊόντος για τον συμβατικό σκοπό. Ούτως, θα πρέπει οι όροι του διαγωνισμού, εφόσον και εκ της φύσεώς τους ανά περίπτωση τούτο είναι δυνατό, να διατυπώνονται με γνώμονα τον συγκερασμό της επίτευξης του επιδιωκόμενου από αυτές αποτελέσματος με το μέγιστο άνοιγμα της διαδικασίας στον ανταγωνισμό. Δηλαδή να εκφράζονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να μην διασφαλίζεται ότι ο σκοπός θα επιτευχθεί, πλην όμως με μέριμνα για την αποφυγή προπεριγραφής μιας μόνο συγκεκριμένης μεταξύ περισσοτέρων διαθεσίμων τεχνικής που τυχόν ενσωματώνεται σε μέρος μόνο των κατά τα άλλα κατάλληλων προϊόντων και έτσι να αποκλείεται κάθε ισοδύναμο επιμέρους τυχόν χαρακτηριστικό (άρα και κάθε προϊόν που το ενσωματώνει), το οποίο συνιστά εναλλακτικό μεν, κατάλληλο και επαρκές δε για την επίτευξη του σκοπού αυτού μέσο (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 39/2017). Περαιτέρω (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 29/2018), η αναθέτουσα καταρχήν διαθέτει ελευθερία, ήτοι διακριτική ευχέρεια περί τη θέσπιση των τεχνικών προδιαγραφών των υπό προμήθεια αγαθών και να ορίζει τους εν γένει όρους της διαδικασίας σύμφωνα με την εκ μέρους της κρίση περί του βέλτιστου τρόπου επίτευξης των εκ της προμήθειας επιδιωκόμενων σκοπών. Ούτε παραβιάζονται οι κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι κάποιοι όροι συνεπάγονται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σ' αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές ή τους οικείους όρους, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές και οι όροι της διακήρυξης περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων(βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 238/2017 και ΣΤΕ ΕΑ 676/2011, 1025/2010, 691/2009, 1049/2007). Πλην όμως, η παραπάνω ευχέρεια, όπως κάθε μορφή διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας στο πλαίσιο της προσυμβατικής διαδικασίας, ελέγχεται δια προδικαστικής προσφυγής ως προς την τυχόν εκ μέρους της κακή χρήση αυτής ή υπέρβαση των άκρων ορίων (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 187, 231/2017) τα οποία όσον αφορά τον καθορισμό όρων διακήρυξης τίθενται στο σημείο εκείνο, όπου δεν θίγεται αδικαιολόγητα η αρχή της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και πρωτίστως του αποτελεσματικού

Αριθμός Απόφασης: 463/2018

ανταγωνισμού (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 209/2017). Άρα, δεν είναι άνευ ετέρου παράνομος όρος διακήρυξης για τον μόνο λόγο ότι απλώς περιορίζει τον ανταγωνισμό και αυτό ακόμη και όταν η τεθείσα προδιαγραφή καθιστά κατ' αποτέλεσμα μόνο έναν οικονομικό φορέα ή ένα προϊόν ως δυνάμενο να μετάσχει στη διαδικασία παραδεκτώς. Παρά ο όποιος περιορισμός του ανταγωνισμού θα πρέπει να είναι αδικαιολόγητος, ήτοι να μην συνδέεται βάσει αντικειμενικών κριτηρίων με το συμβατικό αντικείμενο. Αντίστροφα δε, δεν είναι δυνατόν ένας όρος να είναι άνευ ετέρου νόμιμος, επειδή απλώς υφίστανται περισσότερα προϊόντα ή οικονομικοί φορείς που μπορούν να τον καλύψουν. Αντίθετα, ένας τέτοιος όρος δύναται να είναι παράνομος και δη ως αντιανταγωνιστικός εφόσον, ακόμη και αν αποκλείει ένα μόνο προϊόν ή οικονομικό φορέα, είναι αδικαιολόγητος βάσει των παραπάνω κριτηρίων. Εξάλλου, η συντρέχουσα αρχή της ισότητας δεν εξαρτάται ως προς την τήρησή της από τον τυχόν αριθμό των αποκλεισμένων και των εν γένει υποκειμένων τα οποία υφίστανται δυσμενή διάκριση (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 238/2017).

7. Επειδή (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 209/2017), κατ' άρ. 59 παρ. 1 Ν. 4412/2016 *«Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποφασίζουν να αναθέτουν μια σύμβαση υπό τη μορφή χωριστών τμημάτων και μπορούν να προσδιορίζουν το μέγεθος και το αντικείμενο των τμημάτων αυτών. Εξαιρουμένων των συμβάσεων οι οποίες έχουν διαιρεθεί υποχρεωτικά, σύμφωνα με την παρ. 4, οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τους βασικούς λόγους της απόφασής τους να μην διαιρέσουν μία σύμβαση σε τμήματα, στοιχείο που περιλαμβάνεται στα έγγραφα της σύμβασης ή στην ειδική έκθεση του άρθρου 341.»*. Με την ως άνω διάταξη η τμηματοποίηση των υπό ανάθεση συμβάσεων επαφίεται καταρχήν στη δυννητική και διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών. Πλην όμως, όπως κάθε είδος διακριτικής ευχέρειας στο πλαίσιο των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, αυτή υπάγεται στον έλεγχο της Α.Ε.Π.Π. ως προς την εκ μέρους της νόμιμη χρήση (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 187/2017 και πρβλ. ΣτΕ 452/2012, 1399, 4145/2009, 2289-2290, 2292, 2293/2008, 1251, 2861/2006, 1867/2005). Επομένως, καταλείπεται όσον αφορά την τμηματοποίηση, ελευθερία εκτιμήσεως στις αναθέτουσες περί του αν θα τη συμπεριλάβουν και ειδικότερα

Αριθμός Απόφασης: 463/2018

με ποιο τρόπο και ποια διάρθρωση τμημάτων στην εκάστοτε διαδικασία ανάθεσης, ευχέρεια η οποία ελέγχεται βέβαια, πλην όμως όσον αφορά την τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων της (πρβλ. ΣτΕ 1315/2012 2022, 3527/2011), η οποία ερμηνεύεται υπό το πρίσμα των αρχών που θεσπίζονται με το αρ. 18 Ν. 4412/2016 και συγκεκριμένα την αποφυγή των διακρίσεων, τη διαφάνεια, ίση μεταχείριση, αναλογικότητα και όλα τα παραπάνω υπό την ειδικότερη οπτική του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον αποτελεσματικό ανταγωνισμό (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 39, 120 και 187/2017). Περαιτέρω, η τμηματοποίηση εισήχθη στο νέο πλαίσιο δημοσίων συμβάσεων ακριβώς ως εργαλείο αύξησης της συμμετοχής, άρα και του ανταγωνισμού και συγχρόνως της καλύτερης εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος και δη του ειδικού συμφέροντος της αναθέτουσας περί εύρεσης των συμφερότερων λύσεων και ανά περίπτωση και τμήμα αναδόχων (βλ. και Αιτιολογική Έκθεση Ν. 4412/2016 *“Το άρθρο 59 εισάγει στη διαδικασία της προετοιμασίας της σύναψης μίας δημόσιας σύμβασης μέριμνα προς όφελος των αναγκών των μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ), παρέχοντας τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να υποδιαιρούν όλες τις συμβάσεις σε τμήματα. Η υποδιαίρεση θα μπορούσε να γίνεται, είτε σε ποσοτική βάση, είτε σε ποιοτική βάση, ή σύμφωνα με τις διαδοχικές φάσεις των σχεδίων. Το μέγεθος και το αντικείμενο των τμημάτων καθορίζεται ελεύθερα από την αναθέτουσα αρχή. Σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή αποφασίσει ότι δεν είναι σκόπιμη η υποδιαίρεση της σύμβασης σε τμήματα, υποχρεούται ωστόσο να αναφέρει τους κύριους λόγους αυτής της επιλογής σε ειδική έκθεση ή στα έγγραφα της σύμβασης. Όταν οι συμβάσεις υποδιαιρούνται σε τμήματα, οι αναθέτουσες αρχές, προκειμένου να διατηρήσουν τον ανταγωνισμό ή να διασφαλίσουν την αξιοπιστία του εφοδιασμού, μπορούν να περιορίζουν τον αριθμό των τμημάτων για τις οποίες μπορεί να υποβάλει προσφορά ένας οικονομικός φορέας, καθώς και να περιορίζουν τον αριθμό των τμημάτων που μπορούν να ανατεθούν σε έναν προσφέροντα...”*). Ούτως, η τμηματοποίηση επιτρέποντας αφενός περισσότερες διαγωνιστικές διαδικασίες εντός της ίδιας εν γένει διαδικασίας όπου το συμφερότερο της προσφοράς θα κριθεί επί του κάθε επιμέρους τμήματος, αφετέρου τη μείωση των απαιτήσεων συμμετοχής για τα επιμέρους

τμήματα (αφού, όπως είναι σαφές όσο μικρότερο είναι το επιμέρους αντικείμενο, άρα εν προκειμένω τμήμα, τόσο περισσότεροι οικονομικοί φορείς μπορούν να συμμετάσχουν), δίνει την ευκαιρία στην αναθέτουσα να συνδυάσει τις τυχόν διαφορετικές συμφερότερες ανά τμήμα προσφορές όσον αφορά το εν γένει συμβατικό αντικείμενο, αποκτώντας έτσι όφελος σε σχέση με τον εξαναγκασμό αποδοχής ενός μόνο αναδόχου επί τη βάση ότι η προσφορά του προκύπτει ως συμφερότερη συνολικά (και δη με μικρότερο ανταγωνισμό κατά τεκμήριο σε σχέση με τη διενέργεια σε τμήματα), ανεξαρτήτως αν αυτή η συνολική προσφορά επιβαρύνεται και έτσι καθίσταται χειρότερη από αυτήν που θα μπορούσε να είναι ανά ορισμένα επιμέρους τμήματα, λόγω της ανάγκης συμπερίληψης και τμημάτων όπου ο ανάδοχος δεν θα είχε την πλέον συμφέρουσα προσφορά. Αντίστοιχα, η μη τμηματοποίηση, αλλά και ο ειδικότερος τρόπος τμηματοποίησης δύναται να μεταβάλει έως και καταλυτικά το πρόσωπο του αναδόχου, αλλά και να επηρεάσει σημαντικά το τελικό αποτέλεσμα της διαδικασίας ως προς τον αθροιστικό βαθμό κόστους, καταλληλότητας και εν γένει συμφέροντος που προκύπτει για την αναθέτουσα (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 153/2017). Επομένως, η κατανομή και διάρθρωση των τμημάτων εντός μιας διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, ελέγχεται, όπως και η εν γένει διάρθρωση των όρων της διακήρυξης, ελέγχεται από απόψεως περιορισμού του ανταγωνισμού και κατά τα κριτήρια των ανωτέρω σκ. 5-6.

8. Επειδή, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής καθ' ο μέρος αφορά την αμφισβήτηση της σκοπιμότητας της συμπερίληψης στο εν γένει προκείμενο συμβατικό αντικείμενο της εξέτασης του τμήματος 4, η οποία κατά τον προσφεύγοντα, σε συνδυασμό με τον περιορισμό του ανταγωνισμού που συνεπάγεται, καθίσταται αυτή καθαυτή παράνομη, προβάλλεται αορίστως και αναπόδεικτα. Ειδικότερα, αναπόδεικτα ο προσφεύγων αιτιάται ότι η εξέταση του τμήματος 4 λαμβάνει χώρα ταχύτερα και φθηνότερα δια έτερου είδους αναλυτή, πλην του προμηθευόμενου δια των τμημάτων 2 και 3 της προκείμενης διαδικασίας, όπως και ότι τώρα εκτελείται δια άλλων μέσων από την αναθέτουσα. Εξάλλου, ο ισχυρισμός αυτός εκτός των άλλων προβάλλεται και εκ

συμφέροντος τρίτου, ενώ εξάλλου η κατανομή των αναγκαίων για την εκτέλεση του δημοσίου σκοπού της αγαθών μεταξύ περισσοτέρων διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, συνιστά αρμοδιότητα της αναθέτουσας, η οποία έχει την καταρχήν ανέλεγκτη ευχέρεια να αποφασίζει περί του αν, πως και με ποια μέσα θα καλύψει τις ανάγκες της, ενώ οι ενδιαφερόμενοι προς συμμετοχή δεν δύνανται να αιτούνται την τροποποίηση των όρων της διακήρυξης, απλώς και μόνο κατά τρόπο ώστε να καταστεί παραδεκτή η προσφορά τους. Και ναι μεν η ως άνω ανέλεγκτη ευχέρεια, αφενός ελέγχεται περί τυχόν μη νόμιμης κατάτμησης, πράγμα που εν προκειμένω ουδόλως αιτιάται ο προσφεύγων, αφετέρου αν μάλιστα συγχρόνως περιορίζει τον ανταγωνισμό, δύναται να ελεγχθεί ως προς την τήρηση των άκρων ορίων αυτής, πλην όμως τούτο απαιτεί σαφή, συγκεκριμένη και αποδεδειγμένη αμφισβήτηση εκ μέρους του προσφεύγοντος ή έστω με επαρκές καταρχήν αποδεικτικό υπόβαθρο, ώστε περαιτέρω η ΑΕΠΠ να αναζητήσει την ουσιαστική αλήθεια του ισχυρισμού (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 98/2017), στοιχεία που όμως εν προκειμένω ουδόλως υπάρχουν. Δεν προκύπτει δε ως βάσιμος κατά τα επικαλούμενα από την αναθέτουσα και την εκεί αναφερόμενη προγενέστερη σύμβαση ότι τυχόν η εξέταση του νυν τμήματος 4 εκτελείτο από βιοχημικό αναλυτή, αντίθετα προκύπτει ότι εκτελείτο από ανοσολογικό αναλυτή που διενεργούσε τις ίδιες εξετάσεις με αυτές του νυν τμήματος 2. Περαιτέρω, είναι και εύλογο η αναθέτουσα να επιδιώκει την κάλυψη της συγκεκριμένης εξέτασης, η οποία αρκεί να μπορεί να εκτελεστεί από έναν εκ των δύο αναλυτών του τμήματος 2 ή 3. Από τη δε διακήρυξη αλλά και τις Απόψεις της αναθέτουσας προκύπτει ότι η εξέταση αυτή μπορεί να εκτελεστεί ισοδύναμα και χωρίς καμία μεταβολή στην αποτελεσματικότητα και εν γένει λειτουργική αρτιότητα της εξυπηρέτησης του συμβατικού αντικειμένου και χωρίς καμία επιβάρυνση λειτουργική, διοικητική, ιατρική και οργανωτική της αναθέτουσας είτε από τον ένα είτε από τον άλλο αναλυτή.

9. Επειδή όμως, παρά το θεμιτό αυτού του σκοπού (βλ. αμέσως προηγούμενη σκέψη), δεν είναι εύλογο γιατί η προσφορά της συγκεκριμένης εξέτασης, δηλαδή του τμήματος 4, πρέπει αναγκαστικά και να αποτελεί υποχρεωτικό όρο της παραδεκτής συμμετοχής των διαγωνιζομένων τόσο στο

Αριθμός Απόφασης: 463/2018

τμήμα 2 όσο και στο τμήμα 3 και όχι απλή δυνατότητα των μετεχόντων στα δύο αυτά τμήματα. Κατά τον τρόπο αυτό, προκύπτει ότι καθίσταται απαράδεκτη η προσφορά σε αμφότερα αυτά τα τμήματα, αν δεν διατίθεται και η συγκεκριμένη εξέταση, λύση κατά πολύ επαχθέστερη από το αν είχε τεθεί ως συμπεριλαμβανόμενη εξέταση σε ένα εκ των 2 αυτών τμημάτων. Ούτως και μεν ο καταρχήν σκοπός είναι θεμιτός, πλην όμως καθίσταται δυσανάλογος ο όρος περί εξάρτησης της συμμετοχής σε οιοδήποτε εκ των δύο αυτών τμημάτων από τη συμμετοχή και στο τμήμα 4, αφού συνιστά λύση επαχθέστερη του αναγκαίου και καταλλήλου μέτρου για την επίτευξη του ως άνω σκοπού, ήτοι της καλύψεως του τμήματος 4 και κατ' αποτέλεσμα, ως δυσανάλογος καθίσταται και αδικαιολόγητος ο αντίστοιχος περιορισμός του ανταγωνισμού. Αντίθετα, η αναθέτουσα θα δύνατο να καλύψει πλήρως τον ως άνω σκοπό της, με το ουδόλως επαχθές μέτρο της απλής δυνατότητας καλύψεως του τμήματος 4 από τους μετέχοντες και υποβάλλοντες προσφορά με προϊόν για τα τμήματα 2 και 3. Δηλαδή, θα δύνατο να προβλεφθεί ότι οι μετέχοντες σε οιοδήποτε εκ των 2 αυτών τμημάτων είναι και αυτοί που δύνανται, χωρίς όμως να υποχρεούνται, να υποβάλουν προσφορά για το τμήμα 4. Έτσι, αφενός δεν θα αποκλειόταν οιοσδήποτε μετέχων στα τμήματα 2 και 3 για τον μόνο λόγο μη προσφοράς της εξέτασης του τμήματος 4, αφετέρου η εξέταση του τμήματος 4 θα δύνατο να καλυφθεί από τους προσφέροντες για τα τμήματα 2 και 3 ούτως ή άλλως. Η δε υποχρεωτικότητα της προσφοράς για το τμήμα 4, όχι μόνο δεν προσφέρει κάτι στην αναθέτουσα και δεν βελτιώνει την πιθανότητα υποβολής προσφορών για το τμήμα 4, αλλά αντίθετα μειώνει τον ανταγωνισμό και στα άλλα δύο τμήματα, ήτοι τα τμήματα 2 και 3. Συγκεκριμένα αν κάποιος μετέχων στα τμήματα 2 ή 3 παρέχει προϊόν που μπορεί να εκτελέσει και την εξέταση του τμήματος 4, τότε ούτως ή άλλως θα υποβάλει προσφορά και για αυτό, βάσει της απλής δυνατότητας προαιρετικής συμμετοχής. Όμως, αν ουδείς εξ αυτών των μετεχόντων σε αυτά τα δύο τμήματα δεν διαθέτει την εξέταση αυτή, τότε όχι μόνο το τμήμα 4 θα μείνει ακάλυπτο, αλλά θα απορριφθούν και οι προσφορές και στο τμήμα 2 και στο τμήμα 3. Αντιστοίχως, αν ο προσφέρων που δύναται να καλύψει και το τμήμα 4 υφίσταται μόνο σε ένα εκ των τμημάτων 2 ή 3, τότε ενώ θα ήταν δυνατό να καλυφθεί η εξέταση του τμήματος 4 από προσφέροντα σε

Αριθμός Απόφασης: 463/2018

ένα εκ των δύο αυτών τμημάτων, θα αποκλειστούν όλες οι προσφορές στο τμήμα όπου κανείς προσφέρων δεν διαθέτει την εξέταση του τμήματος 4. Επίσης, αν μεταξύ περισσότερων μετεχόντων σε ένα εκ των τμημάτων 2 ή 3 ή και στα δύο αυτά τμήματα, ορισμένοι μόνο δύνανται να καλύψουν το τμήμα 4, τότε δια της προαιρετικής συμμετοχής στο τμήμα 4, ούτως ή άλλως θα δύναντο να υποβάλουν για αυτό προσφορά όλοι οι διαθέτοντες αυτήν. Με τον όρο όμως περί υποχρεωτικής συμμετοχής, ενώ ο ανταγωνισμός στο τμήμα 4 ουδόλως ωφελείται συγκριτικά (αφού και πάλι οι ίδιοι θα μετέχουν, δηλαδή όσοι δύνανται να προσφέρουν την εξέταση αυτή), απομειώνεται ο ανταγωνισμός στο τμήμα 2 και στο τμήμα 3, αφού θα απορριφθούν οι προσφορές των μη διαθέτοντων την εξέταση του τμήματος 4, με αποτέλεσμα να μειωθούν οι αποδεκτοί μειοδότες για τα τμήματα αυτά και συνεπώς να διακινδυνευθεί και το συμφέρον της αναθέτουσας. Εν τέλει, προκύπτουν μόνο δύο περιπτώσεις στις οποίες δεν θα είναι δυνατό να ευρεθεί ανάδοχος για το τμήμα 4, αν η συμμετοχή σε αυτό καταστεί προαιρετική αντί υποχρεωτική. Η πρώτη είναι αν ουδείς προσφέρων σε οιοδήποτε εκ των τμημάτων 2 και 3 δεν διαθέτει την εξέταση του τμήματος 4. Στην περίπτωση αυτή, το τμήμα 4 θα μείνει ακάλυπτο ούτως ή άλλως, είτε ο όρος τεθεί υποχρεωτικά είτε προαιρετικά. Τότε όμως, με την υποχρεωτικότητα του νυν όρου δεν θα ευρεθεί ανάδοχος όχι μόνο για το τμήμα 4 αλλά ούτε για τα τμήματα 2 και 3, ενώ αν ο όρος τεθεί προαιρετικά, θα ευρεθεί ανάδοχος για αυτά τα δύο και όχι για το τμήμα 4. Συνεπώς, στην περίπτωση αυτή, η προαιρετικότητα του όρου ευνοεί τον ανταγωνισμό και το συμφέρον της αναθέτουσας. Αντίστοιχη είναι και η περίπτωση όπου τελικώς υποβληθούν παραδεκτές προσφορές μόνο για ένα εκ των τμημάτων 2 και 3, αλλά από τις υποβληθείσες καμία δεν αφορά και το τμήμα 4. Και σε αυτή την περίπτωση, που συνιστά παραλλαγή της πρώτης ναι μεν δεν θα καλυφθεί το τμήμα 4, ούτως ή άλλως, αλλά με την υποχρεωτικότητα του όρου, θα μείνει ακάλυπτο και το τμήμα όπου υπεβλήθησαν προσφορές (ενώ το έτερο τμήμα, εκ των 2 και 3, όπου δεν υπεβλήθησαν ούτως ή άλλως προσφορές θα μείνει ούτως ή άλλως ακάλυπτο). Η δεύτερη είναι να υποβληθούν προσφορές ή για αμφότερα τα τμήματα 2 και 3 ή για ένα εξ αυτών, εκ των προσφορών αυτών ορισμένες ή μία να αφορά και το τμήμα 4, αλλά ο προσφέρων αυτή να μην καταστεί ανάδοχος

Αριθμός Απόφασης: 463/2018

του τμήματος για το οποίο υπέβαλε προσφορά ή κανείς εκ των προσφερόντων αυτή να μην καταστεί ανάδοχος του τμήματος για το οποίο υπέβαλαν προσφορά, αλλά αντίθετα ανάδοχος του/των τμημάτων αυτού/ών να καταστεί μειοδότης που δεν διαθέτει την εξέταση του τμήματος 4. Η εκδοχή αυτή προκύπτει μόνο αν ο όρος καταστεί προαιρετικός. Αντίθετα όμως, αν παραμείνει υποχρεωτικός τότε ναι μεν το τμήμα 4 θα καλυφθεί, πλην όμως η συνέπεια θα είναι ότι ουδείς εκ των μειοδοτών που προσέφεραν για τα τμήματα 2 και 3 θα καταστεί ανάδοχος αυτών (αφού θα έχουν αποκλεισθεί ως μη προσφέροντες και για το τμήμα 4). Αν ο ανάδοχος έστω και ενός εκ των δύο αυτών τμημάτων τυγχάνει να προσφέρει και για το τμήμα 4, τότε το τμήμα 4 θα καλυφθεί ούτως ή άλλως, ήτοι ακόμη και με προαιρετική τη συμμετοχή στο τμήμα 4. Όμως, τα παραπάνω σημαίνουν ότι στη μοναδική περίπτωση όπου η υποχρεωτικότητα του όρου, όντως διευκολύνει την εύρεση αναδόχου στο τμήμα 4, η συνέπεια για τον ανταγωνισμό για τα τμήματα 2 και 3 θα είναι πολλαπλάσια και δυσανάλογη, αφού σε αυτά θα καταλήξει ανάδοχος όχι ο αληθής μειοδότης επί αυτών, αλλά ο μειοδότης εκ των προσφερόντων που συγχρόνως προσφέρει και για το τμήμα 4.

10. Επειδή, σημειωτέον ότι η εκτιμώμενη αξία άνευ ΦΠΑ του τμήματος 2 ανέρχεται σε 82.837,22 ευρώ για 23 αυτοτελείς εξετάσεις και του τμήματος 3 σε 29.886,75 ευρώ για 17 εξετάσεις και αθροιστικά η εκτιμώμενη αξία των δύο αυτών τμημάτων ανέρχεται σε 112.723,97 ευρώ άνευ ΦΠΑ, ενώ το συνολικό οικονομικό αντικείμενο της διαδικασίας ανέρχεται σε 126.474,87 ευρώ άνευ ΦΠΑ. Αντίστοιχα, το τμήμα 4 αφορά μια εξέταση και έχει άνευ ΦΠΑ εκτιμώμενη αξία 432,90 ευρώ. Κατ' αποτέλεσμα το $(112.723,97/126.474,87=)$ 89,13% του συμβατικού αντικειμένου σε όρους εκτιμώμενης οικονομικής αξίας, εξαρτάται από την υποχρέωση προσφοράς για ένα τμήμα που αντιστοιχεί στο $(423,90/126.474,87=)$ 0,34% του συνολικού οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης. Αντίστοιχα, ειδικώς για το τμήμα 2 όπου επικαλείται ότι προτίθεται να μετάσχει ο προσφεύγων, η επιμέρους εκτιμώμενη αξία του ανέρχεται στο $(82.837,22/126.474,87=)$ 65,50% της συνολικής αξίας της σύμβασης και είναι άνω των 190 φορές μεγαλύτερη από την αξία του τμήματος 4 (το δε τμήμα 3 έχει αντίστοιχα πάνω από 70 φορές μεγαλύτερη αξία από το τμήμα 4).

Αριθμός Απόφασης: 463/2018

Επομένως, κατά τα παραπάνω στοιχεία η υποχρεωτικότητα του όρου το μόνο που προσφέρει είναι μια διευκόλυνση στην εύρεση αναδόχου για ένα τμήμα αξίας 432,90 ευρώ και μάλιστα υπό μόνο μια και συγκεκριμένη εκδοχή, δηλαδή ότι υφίσταται σε ένα εκ των δύο τμημάτων ή και στα δύο προσφέρων που προσφέρει και για το τμήμα 4, αλλά δεν είναι ο μειοδότης στο τμήμα 2 ή 3 (διότι σε κάθε άλλη περίπτωση το αποτέλεσμα θα είναι ίδιο είτε ο όρος της συμμετοχής στο τμήμα 4 είναι προαιρετικός είτε υποχρεωτικός), ενώ όμως απομειώνει τον ανταγωνισμό σε τμήματα, με αξία 190 και 70 φορές αντίστοιχα, μεγαλύτερη αξία από το τμήμα 4. Σημειωτέον δε ότι ακόμη και δωρεάν να προσφερθεί το τμήμα 4, η όποια ωφέλεια ισοδυναμεί με έκπτωση της τάξεως $(432,90/82.837,22=)$ 0,51% στο τμήμα 2. Άρα, η διακινδυνευόμενη ανταγωνιστική απώλεια μόνο στο τμήμα 2, λόγω της θέσης του όρου υποχρεωτικής συμμετοχής στο τμήμα 4 (δηλαδή η διαφορά σε επίπεδο έκπτωσης που θα μπορούσε να επιτευχθεί αν ο όρος ήταν προαιρετικός), θα ισοδυναμεί με την όλη αξία του τμήματος 4, μόνο αν συγχρόνως προκύψει περίπτωση όπου ο δυνητικός μειοδότης σε κανένα εκ των δύο τμημάτων 2 και 3 δεν προσφέρει την εξέταση του τμήματος 4 και ταυτόχρονα ο δυνητικός μειοδότης του τμήματος 2 θα υπέβαλε προσφορά για το τμήμα αυτό που δεν θα απείχε περισσότερο από 0,51% επί της εκτιμώμενης αξίας από τον μειοδότη που προσφέρει και το τμήμα 4, εκδοχή δηλαδή εντελώς οριακή. Τα παραπάνω σημαίνουν και τα εξής. Η θέσπιση ως υποχρεωτικού του όρου, μόνο φαινομενικώς, επιτρέπει ειδικώς για το τμήμα 4, τον ανταγωνισμό μεταξύ κάθε προσφοράς του τμήματος 2 και 3 η οποία το συμπεριλαμβάνει. Και τούτο διότι ακόμη και αν ένας μετέχων στο τμήμα 2 ή 3 προσφέρει και για το τμήμα 4 και η προσφορά του ειδικώς για το τμήμα 4 είναι η χαμηλότερη (και επομένως είναι ως προς αυτό μειοδότης υπό την τεχνική έννοια), και πάλι δεν θα μπορέσει να αναλάβει το τμήμα 4, διότι για να το αναλάβει θα πρέπει να είναι συγχρόνως και μειοδότης είτε στο τμήμα είτε στο τμήμα 3 (αφού αλλιώς δεν θα προμηθεύσει τον αναλυτή τύπου Α ή Β, άρα η προσφορά του για το τμήμα 4 καθίσταται ούτως άνευ σημασίας). Επομένως, στην πραγματικότητα η θέση του όρου ως υποχρεωτικού επιτρέπει τον ανταγωνισμό μόνο μεταξύ το πολύ δύο οικονομικών φορέων, ήτοι του αναδόχου του τμήματος 2 και του αναδόχου του

τμήματος 3 και τούτο αν υποτεθεί ότι πρόκειται για διαφορετικό οικονομικό φορέα. Επίσης, δεδομένης της ασήμαντης οικονομικής αξίας του τμήματος 4 ως προς τα άλλα δύο τμήματα είναι προφανές ότι δεν υφίσταται σοβαρό κίνητρο για τον μειοδότη των τελευταίων να προσφέρει χαμηλή τιμή για το τμήμα 4. Όμως και πάλι δεν είναι κατανοητό γιατί το τμήμα 4 να ανατεθεί σε ένα εκ των δύο αναδόχων των τμημάτων 2 και 3, ο οποίος θα προσφέρει μια έστω απειροελάχιστα χαμηλότερη τιμή για το τμήμα 4 από τον έτερο, ασχέτως της έκπτωσης που θα έχουν οι ανάδοχοι των τμημάτων 2 και 3 προσφέρει για το βασικό τμήμα συμμετοχής τους, δηλαδή τα τμήματα 2 και 3. Αντίθετα, η θέση του όρου ως υποχρεωτικού και δη για αμφότερα τα τμήματα 2 και 3, ενώ δεν προσφέρει ιδιαίτερο ανταγωνιστικό κίνητρο για τη μείωση της τιμής στο τμήμα 4, προσφέρει αντίστροφα στους μετέχοντες στα τμήματα 2 και 3 ισχυρό κίνητρο για να μην προσφέρουν έκπτωση στο βασικό τμήμα συμμετοχής τους, δηλαδή σε αυτόν καθαυτόν τον αναλυτή, ο οποίος έχει και υπερπολλαπλάσια αξία, εφόσον γνωρίζοντας τα ανταγωνιστικά δεδομένα στην αγορά του αναλυτή που προσφέρουν δύνανται με αυτόν τον τρόπο να προδιαγράψουν τον ανταγωνισμό, λόγω του συνδυασμού της συμμετοχής στα τμήματα των αναλυτών με το τμήμα 4.

11. Επειδή, ασχέτως της οικονομικής μέτρησης της επί του ανταγωνισμού επίδρασης της υποχρεωτικότητας του όρου, η κάλυψη μίας συγκεκριμένης εξέτασης, ήτοι του τμήματος 4, διακινδυνεύει την κάλυψη $(23+17=)$ 40 άλλων εξετάσεων, οι οποίες ουδόλως προκύπτει ότι σε ιατρικό επίπεδο έχουν μικρότερη σημασία για την αναθέτουσα. Σημειωτέον δε, ότι όπως έχει ο όρος, το αποτέλεσμα είναι ακόμη πιο περιοριστικό για τον ανταγωνισμό από το αν είχε συμπεριληφθεί η εξέταση του τμήματος 4 ως αναγκαίο μέρος του τμήματος 2 ή 3, ενώ τώρα εν τοις πράγμασι καταλήγει μέρος συγχρόνως και του τμήματος 2 και του τμήματος 3, ενώ μάλιστα εν τέλει θα δύναται να καταστεί ανάδοχος του τμήματος 4 μόνο εις εκ των δύο αναδόχων των δύο άλλων τμημάτων, δηλαδή ακόμη και ο δυνητικός ανταγωνισμός για το τμήμα 4 είναι ιδιαίτερα περιορισμένος ούτως ή άλλως. Αφού όμως κατά την αναθέτουσα και όπως προκύπτει από τη διακήρυξη, το τμήμα 4 μπορεί να εκτελεστεί με ισοδύναμο τρόπο από οιονδήποτε εκ των δύο

Αριθμός Απόφασης: 463/2018

αναλυτών των τμημάτων 2 και 3, προκύπτει ότι δεν είναι εύλογη η ένταξη του τμήματος 4 σε ένα εξ αυτών των τμημάτων, περιορίζοντας έτσι τον ανταγωνισμό εντός τους, αλλά το πλέον εύλογο, κατάλληλο και αναλογικό μέτρο για την επίτευξη του σκοπού καλύψεως της εξέτασης του τμήματος 4 είναι η θέση της συμμετοχής σε αυτό για τους μετέχοντες στα τμήματα 2 και 3 ως προαιρετικής, υπό την έννοια ότι χωρίς οι προσφορές τους για το τμήμα 2 ή 3 να αποκλείονται αν τυχόν το προϊόν που προσφέρουν δεν καλύπτει το τμήμα 4, θα δύνανται να αναλάβουν και το τμήμα 4, εφόσον το προϊόν τους αυτό καλύπτει και την εξέτασή του (και προφανώς καταστούν ανάδοχοι για τον αναλυτή, στο τμήμα 2 ή 3). Ούτως και πάλι ο ανταγωνισμός για το τμήμα 4 περιορίζεται στους αναδόχους των τμημάτων 2 και 3, πλην όμως δεν εξαρτάται η συμμετοχή στα τελευταία από τη δυνατότητα εκτέλεσης της εξέτασης του τμήματος 4. Περαιτέρω, εφόσον η αναθέτουσα επιθυμεί τη μεγιστοποίηση της δυνατότητας κάλυψης του τμήματος 4, θα δύνατο να επεκτείνει τη δυνατότητα προαιρετικής συμμετοχής κατά τα ως άνω στο τμήμα 4 και για τους προσφέροντες στο τμήμα 5, που και αυτό αφορά προμήθεια αναλυτή και μάλιστα τύπου ELISA για ανίχνευση αντισωμάτων και αντιγόνων. Επιπλέον, η αναθέτουσα δύνατο αντί επιλογής του κριτηρίου ανάθεσης με βάση τη χαμηλότερη τιμή να θέσει ως κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα προσφορά βάσει σχέσης ποιότητας/τιμής θέτοντας πρόσθετες των ελαχίστων απαιτούμενων ανά τμήμα, εξετάσεις, ως βαθμολογούμενα κριτήρια και ούτως επιτυγχάνοντας τη σύνδεση της κάλυψης της συγκεκριμένης εξέτασης ως και άλλων εξετάσεων και το κίνητρο προσφοράς προϊόντος που την καλύπτει, με την επίτευξη χαμηλών τιμών για τους αναλυτές και τη μέγιστη δυνατή αύξηση του ανταγωνισμού. Πλην όμως, με την προκριθείσα εν τέλει λύση της υποχρεωτικής εξάρτησης της συμμετοχής στο τμήμα 2 και στο τμήμα 3 από τη συμμετοχή στο τμήμα 4, η αναθέτουσα επέλεξε το πλέον επαχθές για τον ανταγωνισμό μεταξύ περισσοτέρων εναλλακτικών μέτρων, χωρίς καμία αντίρροπη και καθ' οιονδήποτε τρόπο αντίστοιχη και ουσιώδη ωφέλεια στον επιδιωκόμενο σκοπό. Σημειωτέον, ότι οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας περί των κατατεθέντων απόψεων στις προηγηθείσες της προκήρυξης της διαδικασίας διαβουλεύσεις, αλυσιτελώς προβάλλονται, αφού ουδόλως το έννομο συμφέρον

προβολής ισχυρισμού σε τρέχουσα και διακηρυχθείσα διαδικασία εξαρτάται από τις αναφορές του οικονομικού φορέα στο προγενέστερο και μη δεσμευτικό για τον ίδιο και τις δηλώσεις του στάδιο των προκαταρκτικών διαβουλεύσεων. Περαιτέρω, στο στάδιο των διαβουλεύσεων δεν υφίστανται οριστικοί, συγκεκριμένοι και δεσμευτικοί όροι, οπότε η ανά περίπτωση άποψη των οικονομικών φορέων επί αυτών, το τελικό περιεχόμενο των οποίων σε κάθε περίπτωση δεν παύει να αποτελεί αποκλειστική αρμοδιότητα της αναθέτουσας, χωρίς συναπόφαση ή έγκριση των οικονομικών φορέων, δεν επάγεται έννομες συνέπειες. Εκ της μη τοποθετήσεως του προσφεύγοντος στο στάδιο προ της διακήρυξης της σύμβασης ουδόλως μπορεί να νοηθεί εκ των προτέρων ανεπιφύλακτη αποδοχή του νυν συγκεκριμένου όρου. Περαιτέρω, ακόμη και η μη δεσμευτική άποψη και σχόλιο του οικονομικού φορέα στο πλαίσιο μιας διαβούλευσης που έλαβε χώρα προ μακρόχρονου διαστήματος προ της δημοσίευσης της προκείμενης διακήρυξης, πολλώ δε μάλλον σχεδόν 2 χρόνια πριν, όπως εν προκειμένω, εκτός του ότι ούτως ή άλλως δεν συνιστά εκ μέρους του αποδοχή των όρων της προσβαλλομένης, οι οποίοι κατά τον χρόνο έκφρασης της οικείας παρατήρησης δεν είχαν καν διατυπωθεί οριστικά, αλλά επιπλέον τούτου δεν μπορεί να νοηθεί ότι επιδρά στο κρινόμενο κατά τον παρόντα χρόνο στο έννομο συμφέρον του ή τη βασιμότητα των ισχυρισμών του και δη επί των όρων της προκείμενης διαδικασίας, αφού αυτή αυτονόητα διενεργείται υπό τυχόν διαφορετικές οικονομικές, τεχνολογικές και επιχειρηματικές, ως και ανταγωνιστικές συνθήκες, ως αποτέλεσμα της παρελεύσεως τέτοιου μακρού διαστήματος.

12. Επειδή, κατ' αποτέλεσμα της αμέσως προηγούμενης σκέψης, η θέση της συμμετοχής στο τμήμα 4 ως υποχρεωτικού όρου συμμετοχής στα τμήματα 2 και 3 διακινδυνεύει σοβαρά τον ανταγωνισμό στα τμήματα 2 και 3, τα οποία λόγω του φυσικού και οικονομικού αντικείμενου που αφορούν συγκροτούν το κατά μείζονα λόγο κύριο μέρος του συμβατικού αντικείμενου, είναι προδήλως και ιδιαίτερα δυσανάλογος με τον επιδιωκόμενο σκοπό και κατά συνέπεια αδικαιολόγητος, ενώ το όποιο συγκριτικό όφελος που προσφέρει στην αναθέτουσα είναι οριακό και κατά πολύ υποδεέστερο από τη διακινδυνευόμενη ζημία. Συνεπώς, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτός ο δεύτερος λόγος της

προσφυγής και δη καθ' ο μέρος αφορά την εξάρτηση της συμμετοχής στο τμήμα 2 από τη συμμετοχή στο τμήμα 4, ο δε όρος περί υποχρεωτικής συμμετοχής στο τμήμα 4 για τους προσφέροντες του τμήματος 2 ως προϋπόθεση του παραδεκτού της συμμετοχής τους στο τμήμα αυτό αντί της προβλεψέως του ως απλής δυνατότητας για τους μετέχοντες του τμήματος αυτού να προσφέρουν και για το τμήμα 4, είναι ακυρωτέος. Είναι δε σαφές, ότι ναι μεν η προκείμενη προσφυγή αφορά τη σύνδεση της συμμετοχής ειδικώς στο τμήμα 2 από το τμήμα 4, πλην όμως το αντίστοιχο αντανταγωνιστικό αποτέλεσμα, επέρχεται και επί του τμήματος 3 και για την ταυτότητα του νομικού λόγου η αναθέτουσα, κατά διακριτική ευχέρειά της μεν, στα πλαίσια της αρχής της νομιμότητας δε, δύναται να επεκτείνει τα ως άνω και ως προς την υποχρεωτική σύνδεση της συμμετοχής στο τμήμα 3 από τη συμμετοχή στο τμήμα 4. Η δε υπόθεση πρέπει να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα προκειμένου αυτή να άρει τα ως άνω σφάλματα και να θέσει κατά τη διακριτική της ευχέρεια νέους όρους που θα επιτυγχάνουν την προσέλκυση προσφορών για την εξέταση του τμήματος 4, κατά τρόπο που δεν θα εξαρτά εκ της σε αυτό υποχρεωτικής συμμετοχής, τη συμμετοχή στο τμήμα 2, αναπομπή στο πλαίσιο της οποίας η αναθέτουσα δύναται να τροποποιήσει τα ανωτέρω και ως προς το τμήμα 3.

13. Επειδή, ο πρώτος λόγος της προσφυγής αφορά τη συμπερίληψη της εξέτασης θυρεοσφαιρίνης στο τμήμα 2 της διακήρυξης, η οποία έχει ως αποτέλεσμα κατά τον προσφεύγοντα να αποκλείεται εκ της διαδικασίας, διότι αυτός δεν καλύπτει τη συγκεκριμένη εξέταση δια του προϊόντος που προτίθεται να προσφέρει. Ναι μεν στο τμήμα 2 συγκαταλέγονται αρκετές εξετάσεις που απποελούν μέρος ελέγχου και διάγνωσης θυρεοειδικών διαταραχών, όπως τα αντισώματα έναντι θυρεοειδικής υπεροξειδάσης, τα αντι-θυρεοσφαιρινικά αντισώματα, η θυρεοειδοτρόπος ορμόνη, η ολική θυροξίνη, η ελεύθερη θυροξίνη, η τριωδοθυρονίνη και η ελεύθερη τριωδοθυρονίνη, ενώ στο ίδιο τμήμα συμπεριλαμβάνονται και άλλες ορμονικές εξετάσεις όπως η θειϊκή διϋδροεπιανδροστερόνη, η θυλακιοτρόπος και η ωχρινότροπος ορμόνη, η οιστραδιόλη, η προγεστερόνη, η προλακτίνη, η ολική τεστοστερόνη και η ινσουλίνη. Πλην όμως, όπως ορθώς επικαλείται ο προσφεύγων η μέτρηση

Αριθμός Απόφασης: 463/2018

ειδικώς της θυρεοσφαιρίνης, χρησιμοποιείται για την αξιολόγηση της αποτελεσματικότητας της θεραπείας στον καρκίνο του θυρεοειδούς και την παρακολούθηση για πιθανή επανεμφάνιση του όγκου όταν έχει αφαιρεθεί ολόκληρος ο θυρεοειδής αδένας, με έμφαση χρήσης της στη διερεύνηση υποτροπής ή μεταστατικής νόσου σε ασθενείς με συγκεκριμένα καρκινώματα θυρεοειδούς. Στο δε τμήμα 3 συμπεριλαμβάνονται περισσότεροι νεοπλασματικοί δείκτες χρησιμοποιούμενη για τη διάγνωση και την παρακολούθηση αποτελέσματος θεραπείας διαφορετικού τύπου νεοπλασμάτων, όπως το ολικό ειδικό προστατικό αντιγόνο περί παθήσεων προστάτη, το καρκινοεμβρυακό αντιγόνο για διάφορους τύπους καρκίνου και κυρίως παθήσεις ουροποιογεννητικού συστήματος, γαστρεντερικού συστήματος, μαστού, πνεύμονα, παγκρέατος, στομάχου, ωοθηκών και νεφρού, αλλά και κεφαλής και τραχήλου, το καρκινικό αντιγόνο 125 για παθήσεις γεννητικών οργάνων και ωοθηκών, η Α-εμβρυική σφαιρίνη για παρακολούθηση θεραπείας ή διάγνωση καρκίνων ήπατος, όρχεων ή ωοθηκών, το καρκινικό αντιγόνο 15-3 για έλεγχο πορείας θεραπείας ιδίως σε τύπους καρκίνου του μαστού, το καρκινικό αντιγόνο 19-9 για διαγνώσεις και παρακολουθήσεις θεραπείας σε καρκίνο παγκρέατος και χοληφόρου πόρου. Περαιτέρω, στο ίδιο τμήμα προκύπτει η συμπερίληψη εξετάσεων αντισωμάτων έναντι σε ερπητοϊούς, λοιμώδη μονοπυρήνωση, τοξόπλασμα και ερυθρά που χρησιμοποιούνται σε αυτοτελείς εξετάσεις περί των οικείων ασθενειών ή ανά περίπτωση και για ορισμένες εξ αυτών, συχνά στο πλαίσιο προγεννητικού ελέγχου. Συνεπώς, η εξέταση της θυρεοσφαιρίνης, αφενός αφορά εξετάσεις θυρεοειδούς, αφετέρου δεν λαμβάνει χώρα στο πλαίσιο ενός τυπικού ελέγχου ενδοκρινολογικής και ορμονολογικής φύσεως και στο πλαίσιο τυπικών εξετάσεων θυρεοειδούς, αλλά στο ειδικό πλαίσιο παρακολούθησης συγκεκριμένου τύπου νεοπλασμάτων. Από την άλλη πλευρά όμως, δεδομένου ότι η εξέταση αυτή αφορά συγκεκριμένο τύπο νεοπλασματος δεν συνέχεια αναγκαία με κάθε άλλο καρκινικό δείκτη, ενώ αντίθετα η εξέταση νεοπλασματος θυρεοειδούς στο πλαίσιο της οποίας ελέγχεται και η θυρεοσφαιρίνη ενδέχεται να καθιστά αναγκαίο και τον ταυτόχρονο έλεγχο και άλλων ορμονών ως και την εξέταση άλλων θυρεοειδικών δεικτών, ώστε να είναι δυνατόν να

συνερμηνευθούν και να αποδοθούν σε συγκεκριμένα αίτια τα ανά περίπτωση αποτελέσματά της. Η έως σήμερα όμως πρακτική της αναθέτουσας, η οποία ναί μεν δεν συνιστά τεκμήριο περί της νομιμότητας των προκείμενων όρων, αλλά οπωσδήποτε είναι ληπτέα υπόψη κατά το ειδικότερο το μέτρο στο οποίο τυχόν αποδεικνύει ότι με την έως τώρα κατανομή των εξετάσεων σε τύπους αναλυτών εξυπηρετείτο ομαλά το συμφέρον της αναθέτουσας χωρίς να έχουν παρατηρηθεί τεχνικά και λειτουργικά προβλήματα, δείχνει πάντως ότι η πάγια κατανομή της εξέτασης θυρεοσφαιρίνης ομού μετά των εξετάσεων του νυν τμήματος 2, ουδέν πρόβλημα δημιούργησε σε επίπεδο αποτελεσματικότητας. Ούτε όσα αναφέρει ο προσφεύγων περί μεταφοράς δείγματος σε περισσότερους αναλυτές και δημιουργίας δευτεροταγών σωληναρίων προκύπτουν ή αποδεικνύονται ότι ήδη λαμβάνουν χώρα, πράγμα που εξάλλου δύνατο να αποδείξει και να επικαλεστεί έστω μετά συγκεκριμένων στοιχείων, δεδομένου ότι ήταν ανάδοχος του αναλυτή που εκτελούσε και τη συγκεκριμένη εξέταση μετά των λοιπών του τμήματος 2. Πολλώ δε μάλλον τα ως άνω επικαλούμενα δεν προκύπτουν ούτε κατ' αναγκαία λογική, αφού η εξέταση της θυρεοσφαιρίνης ναί μεν ενδέχεται να συνοδεύεται από άλλες εξετάσεις καρκινικών δεικτών, πλην όμως εκ της φύσεως και του σκοπού της, τούτο δεν είναι απαραίτητο, ενώ αντίστροφα, ουδόλως αποκλείεται τεχνικά και επιστημονικά να συνοδεύεται και να συνεκτελείται μετά λοιπών εξετάσεων δεικτών θυρεοειδούς αδένου και ορμονών, κατά τα παραπάνω αναλυτικά εκτεθέντα. Σε αντίθεση δε με όσα ο προσφεύγων επικαλείται, η εξέταση αυτή δεν λάμβανε κατά το παρελθόν χώρα ομού μετά των λοιπών καρκινικών δεικτών, αλλά από τον ίδιο αναλυτή με τον οποίο εκτελούνταν οι εξετάσεις του νυν τμήματος 2. Επομένως, δεν προκύπτει ότι η τεχνική κρίση της αναθέτουσας όπως κατανείμει την εξέταση αυτή στο τμήμα 2 αντί του τμήματος 3 ήταν προδήλως εσφαλμένη, τεχνικά ή επιστημονικά αδικαιολόγητη ή ζημιογόνος ή μη εξυπηρετούσα το συμφέρον της και σε κάθε περίπτωση τούτο δεν αποδεικνύεται πάντως.

14. Επειδή, περαιτέρω πάντως, σε κάθε περίπτωση η ένταξή της ως υποχρεωτικής εξέτασης σε οιοδήποτε εκ των τμημάτων 2 και 3, επιφέρει αυτονόητα έναν αντίστοιχο περιορισμό των δυνάμενων να μετάσχουν σε ένα εξ

Αριθμός Απόφασης: 463/2018

αυτών, όμως το κριτήριο εντάξεώς της σε οιοδήποτε εκ των τμημάτων ή τρίτο τυχόν τμήμα αυτονόητα πρέπει να αφορά τη σχετικότητα της οικείας εξέτασης μετά των υπολοίπων διενεργούμενων εξετάσεων. Επομένως, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι περιορίζεται η συμμετοχή του και ο εν γένει ανταγωνισμός από την ένταξη της εξέτασης στο τμήμα 2 και προς τούτο πρέπει αυτή να μετακινηθεί στο τμήμα 3, αγνοεί ότι αντίστοιχα αν μετακινηθεί σε αυτό, θα περιορίσει αναλόγως τον ανταγωνισμό εντός του τελευταίου. Σε αντίθεση δε με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, ουδόλως προκύπτει και αποδεικνύεται ότι η εξέταση δύναται ισοδύναμα και χωρίς καμία μεταβολή επί της οργανωτικής, λειτουργικής και επιστημονικής ωφέλειας της αναθέτουσας να εκτελεστεί είτε από τον ένα είτε από τον άλλο αναλυτή, ώστε να κριθεί περαιτέρω, σε αντιστοιχία με τον έλεγχο που έλαβε χώρα επί του δεύτερου λόγου της προσφυγής, η κατ' αποτέλεσμα επίπτωση της κατανομής της εξέτασης σε συγκεκριμένο τμήμα και η σύνδεσή της με προσφορά σε κάποιο εξ αυτών των τμημάτων, επί του ανταγωνισμού, ώστε περαιτέρω να διαγνωσθεί αν η συγκεκριμένη τμηματοποίηση του συμβατικού αντικειμένου είναι αδικαιολόγητη. Και τούτο, διότι η τελευταία αυτή διάγνωση προϋποθέτει ότι δεν υφίσταται κάποια λειτουργική και επιστημονική ωφέλεια από τη συγκεκριμένη τμηματοποίηση και επομένως, ότι η συγκεκριμένη εξέταση μπορεί να υπαχθεί σε οιοδήποτε εκ περισσοτέρων τμημάτων ή ότι η όποια ωφέλεια είναι σχετικά ασήμαντη ως προς το επί του ανταγωνισμού αρνητικό αποτέλεσμα. Περαιτέρω, σε αντίθεση με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, εν προκειμένω δεν υφίσταται περίπτωση ενός αυτοτελούς τμήματος η προσφορά του οποίου συνδέεται με προσφορά σε έτερα τμήματα, αλλά το εξεταζόμενο ζήτημα είναι η κατανομή μια συγκεκριμένης εξέτασης στο ένα ή το άλλο τμήμα, η οποία κατανομή όμως σε κάθε περίπτωση θα συνιστά περιοριστική παράμετρο του ανταγωνισμού ούτως ή άλλως, χωρίς να αποδεικνύεται από τον προσφεύγοντα ότι η τυχόν επί του ανταγωνισμού επίπτωση από την κατανομή της στο τμήμα 3 θα είναι συγκριτικά μικρότερη από αυτήν εκ της εντάξεώς της στο τμήμα 2, ώστε να εξεταστεί αυτή η διαφορεική τυχόν επίπτωση (που ουδόλως προκύπτει ή αποδεικνύεται) ομού μετά της όποιας μεταβολής στη λειτουργική ωφέλεια της αναθέτουσας (ενώ και πάλι δεν αποδεικνύεται κατά τα παραπάνω ότι η κατανομή της εξέτασης στο

Αριθμός Απόφασης: 463/2018

τμήμα 2 συνιστά μειονεκτική λύση από λειτουργικής απόψεως από την κατανομή της στο τμήμα 3). Συνεπώς, η υπαγωγή της εξέτασης θυρεοσφαιρίνης στο τμήμα 2, ναι μεν συγκροτεί μια παράμετρο περιορισμού του ανταγωνισμού στο τμήμα αυτό (όπως, αυτονόητα, και κάθε άλλη εξέταση και όπως εξάλλου θα συγκροτούσε τέτοια περιοριστική του ανταγωνισμού παράμετρο σε όποιο τμήμα και αν εντασσόταν), αλλά δεν προκύπτει ούτε αποδεικνύεται ως αδικαιολόγητη τεχνικά, λειτουργικά και επιστημονικά και ως εκ τούτου ως δυσανάλογη. Επομένως, πρέπει να απορριφθεί ο πρώτος λόγος της προσφυγής.

15. Επειδή, πρέπει, κατ' αποτέλεσμα των ανωτέρω, να γίνει εν μέρει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή και δη ως προς τον δεύτερο λόγο της. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη κατά το μέρος της που αναλύεται στα ειδικότερα οριζόμενα της σκ. 12 και να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα προκειμένου αυτή να τροποποιήσει αντιστοίχως τους όρους της διακήρυξης σύμφωνα και πάλι με τα οριζόμενα και τις κατευθύνσεις που αναφέρονται στη σκ. 12.

16. Επειδή, συνεπεία της αμέσως προηγούμενης σκέψης, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο ποσού 633,00 ευρώ που αυτός κατέβαλε για την άσκηση της Προσφυγής.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τη διακήρυξη κατά το μέρος της που αναλύεται ειδικότερα στη σκ. 12.

Αναπέμπει στην αναθέτουσα, προκειμένου αυτή να προβεί σε όσα ορίζονται στην ανωτέρω σκ. 12.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 633,00 ευρώ που κατεβλήθη για την άσκηση της προσφυγής.

Αριθμός Απόφασης: 463/2018

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 18-6-2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΚΟΚΚΑΛΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ