

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 20 Φεβρουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη – Εισηγήτρια και Ιωάννα Θεμελή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 13.01.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 71/17.01.2023 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «.....» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στο ..., επί της ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητεί να ακυρωθεί η υπ' αρ. ... διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής στο σύνολό της, άλλως να τροποποιηθούν και αναδιατυπωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι της, σύμφωνα με όσα αναφέρονται στην προδικαστική προσφυγή, ως προς το Τμήμα 1, και να διαταχθεί και κάθε άλλο, πρόσφορο και κατάλληλο μέτρο.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 3.090,00 € (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλομένη υπ' αρ. πρωτ. ... Διακήρυξη με αριθμό ... προκήρυξε δημόσιο ανοικτό διεθνή ηλεκτρονικό (άνω των ορίων) διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου για την «προμήθεια σε «αντιδραστήρια» με και χωρίς δωρεάν παραχώρηση συνοδού εξοπλισμού» CPV ... και εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας δαπάνης για (1) ένα έτος 1.368.458,200€ χωρίς ΦΠΑ ήτοι 1.696.888,168€ με ΦΠΑ με δικαίωμα προαίρεσης για (1) ένα επιπλέον έτος, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης (συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης), 2.736.916,40€ χωρίς ΦΠΑ ήτοι 3.393.776,336€ με Φ.Π.Α, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) στο σύνολο των εξετάσεων κάθε τμήματος, συμπεριλαμβανομένων και των αναλωσίμων, προκειμένου να καλυφθούν οι ανάγκες του βιοχημικού και μικροβιολογικού τμήματος της αναθέτουσας αρχής. Ειδικότερα, η σύμβαση υποδιαιρείται σε είκοσι έξι (26) Τμήματα, κατ' αρ. 1.3 της Διακήρυξης, μεταξύ των οποίων, για το Βιοχημικό Εργαστήριο, Τμήμα 1: ΒΙΟΧΗΜΙΚΕΣ ΚΑΙ ΑΝΟΣΟΧΗΜΙΚΕΣ ΕΞΕΤΑΣΕΙΣ ΜΕ ΔΩΡΕΑΝ ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΗ ΣΥΝΟΔΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΕΤΗΣΙΟΥ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΥ: ΑΝΕΥ ΦΠΑ 617.921,700 €. Σύμφωνα με το ίδιο ως άνω άρθρο, προσφορές υποβάλλονται είτε α) για το σύνολο των προκηρυχθέντων τμημάτων 1, 2, 3, κλπ., είτε β) για ένα ή περισσότερα τμήματα, αλλά για το σύνολο των εξετάσεων κάθε τμήματος συμπεριλαμβανομένων και των αναλωσίμων υλικών που απαιτούνται. Η ως άνω Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 20.12.2022 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό α/α ...

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που η αναθέτουσα αρχή ασκεί, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 13.01.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η προσβαλλομένη Διακήρυξη αναρτήθηκε στις 20.12.2022 στο ΚΗΜΔΗΣ, η δε προσφεύγουσα δηλώνει στην προσφυγή της ότι έλαβε πλήρη και πραγματική γνώση αυτής στις 04.01.2023, β) με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

5. Επειδή στις 18.01.2023 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς όλους τους συμμετέχοντες, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή, με την υπ' αρ. 122/2023 Πράξη του Προέδρου του 3^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και του αιτήματος αναστολής- χορήγησης προσωρινών μέτρων, η οποία εν συνεχεία τροποποιήθηκε με την υπ' αρ. 213/2023 Πράξη του.

7. Επειδή στις 25.01.2023 εκδόθηκε η υπ' αρ. Α94/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, η οποία απέρριψε το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας της προσφεύγουσας.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στις 02.02.2023 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ τις υπ' αρ. πρωτ. 4462/01.02.2023 απόψεις της. Εντούτοις, οι απόψεις αυτές δεν λαμβάνονται υπόψη από το Κλιμάκιο, ως εκπροθέσμως κατατεθείσες, καθώς η οριζόμενη στο άρ. 365, παρ. 1 σημ. β του Ν. 4412/2016 δεκαπενθήμερη προθεσμία περί διαβίβασης των απόψεων της αναθέτουσας αρχής έληγε στις 28.01.2023 και, κατά παρέκταση, 30.01.2023.

9. Επειδή, όσον αφορά τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, ο

προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό. Η βλάβη αυτή που επικαλείται ο προσφεύγων, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να ανάγεται σε συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα πραγματικά περιστατικά αφορώντα τη νομική ή την πραγματική κατάστασή του, που αποκλείουν ή καθιστούν υπερβολικά δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό (βλ. ΕΑ ΣτΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, *Δημήτριο Γ. Ράικο*, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Γ' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα- Θεσσαλονίκη, 2019, σελ. 762, με τις εκεί παραπομπές). Επιπλέον, για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος και της κατ' άρ. 346 και 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 βλάβης του προσφεύγοντος, για την προσβολή των όρων διακήρυξης αρκεί κατ' αρχήν η επίκληση της ιδιότητας του ενδιαφερομένου και δυνάμενου προς συμμετοχή στον διαγωνισμό και δεν απαιτείται η επίκληση, πολλώ δε μάλλον η απόδειξη, πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που συνδέονται με το δικαίωμα συμμετοχής του, απαίτηση η οποία συνδέεται με επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, η δε απόδειξη της κατά το παρόν στάδιο προσβολής των όρων της διακήρυξης θα συνεπαγόταν περιπλοκές και δυσχέρειες στην επιδιωκόμενη προδικαστική προστασία (βλ. ΔΕφΠατρών Ν25/2019, σκ.10).

10. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι προτίθεται να συμμετέχει στο Τμήμα 1 του ως άνω διαγωνισμού προσφέροντας αντιδραστήρια και δείγματα ελέγχου και βαθμονόμησης που φέρουν πιστοποίηση CE καθώς και ως συνοδό εξοπλισμό το τελευταίας γενιάς και τεχνολογίας σύστημα ... το οποίο, επίσης, διαθέτει CE Mark Mark, πλην όμως αποκλείεται αδικαιολόγητα εκ προοιμίου λόγω συμπερίληψης των προσβαλλόμενων με την προδικαστική προσφυγή της όρων. Συνεπώς, κατ' αρχήν ασκεί μετ' εννόμου συμφέροντος την προδικαστική προσφυγή, ως ενδιαφερόμενη προς συμμετοχή στον

διαγωνισμό, επικαλούμενη συγκεκριμένους όρους της Διακήρυξης που, εντούτοις, αποκλείουν αυτήν (τη συμμετοχή).

11. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι σε διάφορα σημεία της διακήρυξης αναφέρεται ως κριτήριο ανάθεσης της υπό σύναψη σύμβασης η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) στο σύνολο των εξετάσεων ανά τμήμα συμπεριλαμβανομένων και των αναλωσίμων υλικών, ενώ περιγράφονται ως απαράβατοι όροι όλες οι τεχνικές προδιαγραφές για το Τμήμα 1 του διαγωνισμού και πως, μεταξύ των προδιαγραφών για τον μικτό ανοσοβιοχημικό αναλυτή του του τμήματος αυτού, στο οποίο προτίθεται να συμμετάσχει, περιλαμβάνεται και η υπ' αρ. 35iii (σελ. 107) που ορίζει για τη βιοχημική μονάδα ότι *«Ο αναλυτής να χρησιμοποιεί αντιδραστήρια έτοιμα προς χρήση (χωρίς ανασύσταση), και να αναγνωρίζονται με γραμμικό κώδικα (bar code). Θα εκτιμηθεί ιδιαίτερα η άμεση χρήση των βαθμονομητών και των ορών ελέγχου χωρίς ανασύσταση για την διευκόλυνση του προσωπικού του εργαστηρίου.»*, δηλαδή, αναφέρει ότι, με το ανωτέρω περιεχόμενο η προσβαλλόμενη Διακήρυξη δεν φαίνεται να θεσπίζει κατά τρόπο σαφή ένα κριτήριο ανάθεσης, είτε αυτό της χαμηλότερης τιμής, είτε εκείνο της πλέον συμφέρουσας προσφοράς με βάση τη σχέση ποιότητας - τιμής, αλλά συγχέει πλήρως τα ως άνω κριτήρια, προβλέποντας παραλλήλως στοιχεία, τα οποία προσιδιάζουν σε αμφότερα, καθιστώντας αυτή ακυρωτέα στο σύνολό της.

12. Επειδή, επί του πρώτου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με το άρ. 2.3.1 της Διακήρυξης. *«Κριτήριο ανάθεσης της Σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάση τιμής ανά εξέταση στο σύνολο των εξετάσεων ανά τμήμα συμπεριλαμβανομένων και των αναλωσίμων υλικών που απαιτούνται»*. Στο Παράρτημα II «ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ - ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ» της Διακήρυξης, στην ενότητα «Β). ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΑΝΑΛΥΤΩΝ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ ΒΙΟΧΗΜΙΚΩΝ ΚΑΙ ΑΝΟΣΟΧΗΜΙΚΩΝ ΕΞΕΤΑΣΕΩΝ», υποενότητα «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΜΕΙΚΤΩΝ ΣΥΣΤΗΜΑΤΩΝ ΒΙΟΧΗΜΙΚΩΝ-ΑΝΟΣΟΧΗΜΙΚΩΝ ΑΝΑΛΥΤΩΝ» ορίζεται ότι *«Θα πρέπει ο κάθε*

προσφερόμενος μεικτός ανοσοβιοχημικός αναλυτής να καλύπτει απαραίτητα τις παρακάτω προδιαγραφές/απαιτήσεις: ... 35. Η βιοχημική μονάδα του κάθε μικτού ανοσοβιοχημικού αναλυτή να διαθέτει τα παρακάτω χαρακτηριστικά: i. ... ii... iii. Ο αναλυτής να χρησιμοποιεί αντιδραστήρια έτοιμα προς χρήση (χωρίς ανασύσταση), και να αναγνωρίζονται με γραμμικό κώδικα (bar code). Θα εκτιμηθεί ιδιαίτερα η άμεση χρήση των βαθμονομητών και των ορών ελέγχου χωρίς ανασύσταση για την διευκόλυνση του προσωπικού του εργαστηρίου.» (σελ. 107/151 Διακήρυξης). Στο άρ. 86 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1. Με την επιφύλαξη των εθνικών διατάξεων νόμου ή διοικητικών πράξεων σχετικά με την τιμή ορισμένων αγαθών ή την αμοιβή ορισμένων υπηρεσιών, οι αναθέτουσες αρχές βασίζουν την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων στην πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά. 2. Η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής προσδιορίζεται βάσει της τιμής ή του κόστους, με χρήση προσέγγισης κόστους αποτελεσματικότητας, όπως της κοστολόγησης του κύκλου ζωής, σύμφωνα με το άρθρο 87, περί κοστολόγησης του κύκλου ζωής, και μπορεί να περιλαμβάνει τη βέλτιστη σχέση ποιότητας τιμής, η οποία εκτιμάται βάσει κριτηρίων, συμπεριλαμβανομένων, μεταξύ άλλων, ποιοτικών, περιβαλλοντικών ή κοινωνικών πτυχών που συνδέονται με το αντικείμενο της συγκεκριμένης δημόσιας σύμβασης. Στα κριτήρια αυτά μπορούν να περιλαμβάνονται, ιδίως: α) η ποιότητα, περιλαμβανομένης της τεχνικής αξίας, τα αισθητικά και λειτουργικά χαρακτηριστικά, η προσβασιμότητα, ο σχεδιασμός για όλους τους χρήστες, τα κοινωνικά, περιβαλλοντικά και καινοτόμα χαρακτηριστικά, καθώς και η εμπορία και οι σχετικοί όροι, β) η οργάνωση, τα προσόντα και η εμπειρία του προσωπικού στο οποίο ανατίθεται η εκτέλεση της σύμβασης, στην περίπτωση που η ποιότητα του διατεθέντος προσωπικού μπορεί να έχει σημαντική επίδραση στο επίπεδο εκτέλεσης της σύμβασης, γ) η εξυπηρέτηση μετά την πώληση και η τεχνική υποστήριξη, δ) οι όροι παράδοσης, όπως η ημερομηνία παράδοσης, η διαδικασία και η προθεσμία παράδοσης ή η προθεσμία ολοκλήρωσης ή περαίωσης, ε) η παροχή της εγγύησης της παρ. 10 του άρθρου 72, περί εγγυήσεων, στ) η προσαύξηση του προβλεπόμενου στα έγγραφα της σύμβασης χρόνου εγγύησης.». Η τήρηση

των αρχών της ΣΛΕΕ επιβάλλει στην αναθέτουσα αρχή, όπως διασφαλίζει σε όλα τα στάδια της διαδικασίας για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης την τήρηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των εν δυνάμει διαγωνιζόμενων, όσο και την αρχή της διαφάνειας για τα κριτήρια ανάθεσης, τα οποία πρέπει να είναι καθορισμένα με σαφήνεια κατά την έναρξη της διαδικασίας για τη σύναψη τέτοιων συμβάσεων, τα δε κριτήρια θα πρέπει να έχουν διατυπωθεί κατά τρόπο που να παρέχει σε όλους τους διαγωνιζόμενους που είναι ευλόγως ενημερωμένοι και επιδεικνύουν τη συνήθη επιμέλεια τη δυνατότητα να γνωρίζουν το ακριβές περιεχόμενο των κριτηρίων και, επομένως, να τα ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο (βλ. *Δημήτριο Γ. Ράικο, Ευαγγελία Γ. Βλάχου, Ευανθία Κ. Σαββίδη*, Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 Ερμηνεία κατ' άρθρο. Σχετικές διατάξεις – Νομολογία, εκδ. ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2018, Τόμος Ι, σελ. 830 και τις εκεί παραπομπές). Εν προκειμένω, ενώ ως κριτήριο ανάθεσης, όπως αναφέρεται στο 2.3.1 της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, έχει οριστεί η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, εντούτοις για την υπ' αρ. 35iii προδιαγραφή / απαίτηση της βιοχημικής μονάδας του κάθε μικτού ανοσοβιοχημικού αναλυτή του Παραρτήματος II, εισάγεται νέο κριτήριο αξιολόγησης, καθώς ρητά αναφέρεται ότι «*Θα εκτιμηθεί ιδιαίτερα η άμεση χρήση των βαθμονομητών και των ορών ελέγχου χωρίς ανασύσταση για την διευκόλυνση του προσωπικού του εργαστηρίου*», δηλαδή, τουλάχιστον ως προς τη συγκεκριμένη προδιαγραφή / απαίτηση, δεν καθίσταται σαφές εν τέλει ποιο έχει οριστεί ως κριτήριο ανάθεσης, αυτό της χαμηλότερης τιμής ή εκείνο της πλέον συμφέρουσας προσφοράς, αλλά, η αναθέτουσα αρχή συγχέει τα ως άνω κριτήρια, προβλέποντας παραλλήλως στοιχεία, τα οποία προσιδιάζουν σε αμφότερα (βλ. ΕΑ ΣτΕ 76/2011, σκ. 7). Ωστόσο, η ανωτέρω ασάφεια δεν καθιστά ακυρωτέα την προσβαλλόμενη στο σύνολό της, όπως αβάσιμα η προσφεύγουσα υποστηρίζει, τούτο δε δεν προκύπτει ούτε από την απόφαση ΕΑ ΣτΕ 76/2011 που επικαλείται. Συνεπώς, ο πρώτος λόγος της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής γίνεται εν μέρει δεκτός ως βάσιμος.

13. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο (υπό Ι) της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι, μεταξύ των ζητούμενων βιοχημικών εξετάσεων για το Τμήμα Ι του διαγωνισμού συμπεριλαμβάνονται,

μεταξύ άλλων, και οι εξής : 1.- Η με Α/Α 6 με την ονομασία Na-C 2.- Η με Α/Α 7 με την ονομασία K-C 3.- Η με Α/Α 8 με την ονομασία Cl-C και 4.- Η με Α/Α 24 με την ονομασία Ultra HDL, ήτοι ζητούνται εξετάσεις με χρήση συγκεκριμένης εμπορικής ονομασίας, προσδιορίζοντας προϊόντα ορισμένης προέλευσης και πως η ως άνω απαίτηση χωρίς καν τη χρήση της λέξης «ή ισοδύναμο» -αν και εν προκειμένω αυτονοήτως έπρεπε να προσδιορισθούν οι ζητούμενες εξετάσεις απλώς ως Νάτριο (Na), Κάλιο (K), Χλώριο (Cl) και Χοληστερόλη (HDL)- που αποκλείει την προσφορά της (που διαθέτει αντιδραστήρια για τη διενέργεια των επίμαχων εξετάσεων) είναι μη σύλληπη και ευθέως αντίθετη στη διάταξη του άρ. 54 του Ν. 4412/2016. Επιπλέον, αναφέρει ότι, μεταξύ των ανοσοχημικών εξετάσεων ζητείται και η εξέταση με Α/Α 31 NGAL, την οποία όμως δεν διενεργεί ο αναλυτής ... τον οποίο διαθέτει, που διαθέτει CE Mark. Συνεπώς, ισχυρίζεται ότι η απαίτηση για προσφορά της συγκεκριμένης εξέτασης αφ' ενός (και προεχόντως) είναι ασύλληπη με το σύστημα της χαμηλότερης τιμής, διότι θέτει όρους πέραν του CE, και αφ' ετέρου είναι ασυνήθης και υπερβολική καθώς έχει μικρή κλινική σημασία και συνεπώς μόνο ως προαιρετική ή επιθυμητή υπό το κριτήριο της 'συμπερότερης' προσφοράς θα ηδύνατο να απαιτηθεί νομίμως.

14. Επειδή, επί του δεύτερου λόγου (υπό Ι) της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, στην υπ' αρ. πρωτ. ΕΙΣ 1123/16.02.2023 Έκθεση της Φ. Μαραντίδου, Ειδικής Επιστήμονα της ΕΑΔΗΣΥ ειδικότητας Βιολόγων-Βιοχημικών, αναφέρεται ότι «Η προσφεύγουσα θεωρεί πως η ζήτηση των εξετάσεων με αυτές τις ονομασίες, εμπεριέχει κάποια συγκεκριμένη εμπορική ονομασία, χωρίς όμως να καταθέτει κάποιο σχετικό αρχείο. Ωστόσο, φαίνεται πως τα παραπάνω αναφερόμενα 1 έως 4 σημεία της διακήρυξης πιθανότατα παραπέμπουν, είτε σε αναλυτή, όπως η κατάληξη «-C» των ζητήσεων με α/α 6, α/α 7 και α/α 8, είτε σε αντιδραστήρια, όπως η λέξη «ultra» στη ζήτηση με α/α 24, κάποιας εμπορικής εταιρείας. Οι εξετάσεις αυτές, θα μπορούσαν να ζητηθούν από τη διακήρυξη με την κοινή τους ονοματολογία, δηλαδή Νάτριο, Κάλιο, Χλώριο και HDL, χωρίς άλλους χαρακτηρισμούς. Στο δεύτερο σκέλος αυτού του ερωτήματος αναφέρεται η εξέταση NGAL με α/α 31 στον πίνακα των ανοσοχημικών εξετάσεων. Η προσφεύγουσα καταθέτει πως προτίθεται να

προσφέρει ένα συγκεκριμένο αναλυτή που διαθέτει CE mark, αλλά ο αναλυτής αυτός δε διενεργεί την εξέταση αυτή. Η προσφεύγουσα εταιρεία θεωρεί πως η εξέταση έχει μικρή κλινική σημασία, όμως δεν προβάλλει στοιχεία που να αποδεικνύουν τη μικρή κλινική σημασία της NGAL, που αποτελεί ένα δείκτη νεφρικής δυσλειτουργίας. Η αναθέτουσα αρχή, στη σελίδα 102 της διακήρυξης, αναφέρει: «Ο αναγραφόμενος αριθμός για κάθε εξέταση του πίνακα των ζητούμενων εξετάσεων, είναι ο ελάχιστος αριθμός εξετάσεων που διενεργεί το εργαστήριο (συμπεριλαμβάνονται δείγματα ασθενών, οι τυχόν επαναλήψεις, οι μετρήσεις δειγμάτων ποιοτικού ελέγχου των εξετάσεων και οι μετρήσεις για την βαθμονόμηση των εξετάσεων)». Σύμφωνα με τα παραπάνω, το νοσοκομείο ήδη διενεργεί τη συγκεκριμένη εξέταση και έτσι έχει προϋπολογίσει τον αριθμό των ζητούμενων εξετάσεων.». Επί του πρώτου σκέλους του λόγου αυτού που αφορά στις βιοχημικές εξετάσεις με A/A 6, 7, 8 και 24, ως στη Διακήρυξη έχουν αποτυπωθεί, όπως προκύπτει από την ανωτέρω Επιστημονική Έκθεση, φαίνεται πως παραπέμπουν είτε σε αναλυτή (κατάληξη -C), είτε σε αντιδραστήρια (κατάληξη -ultra) εμπορικής εταιρίας. Στο άρ. 54 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο».». Εν προκειμένω, δοθέντος ότι, κατά τα ανωτέρω, οι οικείες εξετάσεις θα ηδύναντο να ζητηθούν από τη Διακήρυξη με την κοινή τους ονοματολογία, δηλαδή Νάτριο, Κάλιο, Χλώριο και HDL, χωρίς να παραπέμπουν σε συγκεκριμένη εμπορική εταιρία, λαμβανομένου υπόψη ότι αφενός δεν παρατίθεται αιτιολογία, ήτοι γιατί ζητούνται ειδικά αυτές της συγκεκριμένης εταιρίας, αφετέρου δεν παρατίθεται

ο όρος «ισοδύναμο», οι σχετικοί όροι που περιλαμβάνουν τις ανωτέρω ονομασίες των εξετάσεων με A/A 6, 7, 8 και 24 καθίσταται ακυρωτέοι, καθώς φαίνεται ότι ευνοούν συγκεκριμένη εμπορική εταιρία που διαθέτει αυτές, ήτοι δεν έχουν αποτυπωθεί με την κοινή τους ονοματολογία, αποκλείοντας διαγωνιζόμενους, κατά τα αμέσως ανωτέρω. Επί του δεύτερου σκέλους του λόγου αυτού που αφορά στην εξέταση με A/A 31 NGAL, η προσφεύγουσα απαραδέκτως βάλλει κατά της σκοπιμότητας της θέσπισης της οικείας προδιαγραφής περί της εξέτασης αυτής, ισχυριζόμενη, μεταξύ άλλων, ότι έχει «*μικρή κλινική σημασία*», επί σκοπώ δυνατότητας συμμετοχής της με το είδος αναλυτή με το οποίο προτίθεται να συμμετάσχει, η δε αδυναμία συμμετοχής της, λόγω μη πλήρωσης της οικείας απαίτησης του προσφερόμενου από αυτήν αναλυτή, δεν αρκεί για την ακύρωσή της. Επομένως, ο δεύτερος λόγος γίνεται εν μέρει δεκτός, κατά τα ανωτέρω.

15. Επειδή με τον πρώτο ισχυρισμό του τρίτου λόγου (υπό II) της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι στην Ενότητα της Διακήρυξης 'ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΜΕΙΚΤΩΝ ΣΥΣΤΗΜΑΤΩΝ ΒΙΟΧΗΜΙΚΩΝ-ΑΝΟΣΟΧΗΜΙΚΩΝ ΑΝΑΛΥΤΩΝ', συμπεριλαμβάνεται απαίτηση και για προσφορά ανεξάρτητου προ αναλυτικού συστήματος, με συγκεκριμένες προδιαγραφές (σελ. 103), πέραν της προσφοράς 2 μεικτών συστημάτων αναλυτών (ενοποιημένη πλατφόρμα ανάλυσης δειγμάτων Κλινικής Χημείας & Ανοσολογίας) και πως η συγκεκριμένη απαίτηση για προαναλυτικό σύστημα, που αποκλείει τη συμμετοχή της παρίσταται πολλαπλώς μη νόμιμη, διότι : α) έρχεται σε ευθεία αντίφαση με την απαίτηση της 3ης προδιαγραφής για τον μικτό ανοσοβιοχημικό αναλυτή (σελ. 107) που ορίζει : «*Ο κάθε μεικτός αναλυτής να αποτελεί ενιαία αυτόνομη αναλυτική μονάδα, χωρίς διαμεσολάβηση ή προσθήκη άλλου συστήματος, προσδιορισμού ανοσολογικών και βιοχημικών εξετάσεων, που θα αποτελείται από μία αναλυτική βιοχημική μονάδα φυσικά συνδεδεμένη με μία ανοσολογική μονάδα*», β) η ειδικότερη 2η προδιαγραφή για το εν λόγω προαναλυτικό σύστημα (...2. Το προ αναλυτικό να διαθέτει μονάδα ελασματοποίησης με ταχύτητα 200 δευτερογενών ανά ώρα...) για δημιουργία δευτερογενών δειγμάτων είναι προδήλως δυσανάλογη σε σχέση

με το σύνολο των ζητούμενων εξετάσεων και πως γ) σε κάθε περίπτωση προδιαγράφεται ανεπιτρέπτως συγκεκριμένη τεχνική λύση για επιδιωκόμενο αποτέλεσμα το οποίο ο ανοσοβιοχημικός αναλυτής με τον οποίο προτίθεται να συμμετέχει η προσφεύγουσα επιτυγχάνει με την ενοποιημένη σ' αυτόν μονάδα προ ανάλυσης Sample Handler, η οποία διαχειρίζεται έως και 440 δείγματα, καλύπτοντας, έτσι, βασικές ανάγκες προ αναλυτικής διαδικασίας με το λειτουργικό μάλιστα πλεονέκτημα της άμεσης σύνδεσης στον μεικτό ανοσοβιοχημικό αναλυτή. Ακόμη, υποστηρίζει ότι η εν λόγω μονάδα παρέχει ενσωματωμένες λύσεις διαχείρισης δείγματος, συμπεριλαμβανομένων των επειγόντων και των ειδικών δειγμάτων, καθώς και λειτουργίες ταξινόμησης, ανάκτησης και αρχειοθέτησης δειγμάτων καθ' όλη τη διάρκεια των αναλύσεων, ενώ εξάλλου αφ' ενός διαθέτει ενσωματωμένο λογισμικό, με δυνατότητα σύνδεσης στο υπάρχον LIS για τη διευκόλυνση της εκτέλεσης εργαστηριακών εργασιών, αφ' ετέρου μπορεί να ενσωματώσει και μονάδα Αποπωματισμού (Decapper), παραγωγικότητας ως και 500 σωληνάρια ανά ώρα, προσκομίζει δε σχετικό έγγραφο. Ακόμη, ισχυρίζεται ότι με την προαναφερόμενη τεχνική λύση του συστήματός της (δύο συστήματα προ ανάλυσης Sample Handler, ένα για κάθε μεικτό ανοσοβιοχημικό αναλυτή) παρέχεται ένα ενιαίο σημείο φόρτωσης και αυτόματη μεταφορά δειγμάτων προς τους αναλυτές και επιτυγχάνεται έτσι συνεχής ροή εργασίας, σε αντίθεση με τη χειροκίνητη που θα πραγματοποιούνταν με τη λύση ενός αυτόνομου συστήματος μη συνδεδεμένου στην ολική αναλυτική αυτοματοποίηση, όπως αυτή που προδιαγράφει η Διακήρυξη. Με τον δεύτερο ισχυρισμό του τρίτου λόγου η προσφεύγουσα ισχυρίζεται πως, μεταξύ των προδιαγραφών για τον μικτό ανοσοβιοχημικό αναλυτή περιλαμβάνεται και η 35iii (σελ. 107) που ορίζει αναφορικά στη βιοχημική μονάδα : *«ο αναλυτής να χρησιμοποιεί αντιδραστήρια έτοιμα προς χρήση (χωρίς ανασύσταση), και να αναγνωρίζονται με γραμμικό κώδικα (bar code).»* και πως τα αντιδραστήρια που πρόκειται να προσφέρει για τη διενέργεια των υποχρεωτικώς ζητούμενων εξετάσεων διαθέτουν άπαντα CE Mark και είναι σχεδόν στο σύνολό τους έτοιμα προς χρήση, ήτοι μόλις 2 σε σύνολο 41 απαιτούν ανασύσταση, και τα οποία πρόκειται για τα αφορώντα στις εξετάσεις με A/A 31: CHE και A/A 37:

Amikacin, αναφέρει δε ότι η εν λόγω προδιαγραφή είναι μη νόμιμη ως υπερβολική αλλά και ασύμβατη με το κριτήριο της 'χαμηλότερης τιμής' ως επιπρόσθετη πέραν της σήμανσης CE, η οποία θα μπορούσε να τεθεί μόνο ως πριμοδοτούμενο βαθμολογικά στοιχείο υπό το – μη επιλεγέν εν προκειμένω- σύστημα της πλέον συμφέρουσας προσφοράς με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας – τιμής. Με τον τρίτο ισχυρισμό η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, μεταξύ των προδιαγραφών για τον μικτό ανοσοβιοχημικό αναλυτή περιλαμβάνεται και η 34iii (σελ. 108) που ορίζει αναφορικά στην ανοσολογική μονάδα : *«Να χρησιμοποιεί αντιδραστήρια, βαθμονομητές, υγρά αναλώσιμα και ορούς ελέγχου που να είναι έτοιμα προς χρήση (χωρίς ανασύσταση).»* και πως για τον χειρισμό των υλικών που χρησιμοποιούνται στην ανοσολογική μονάδα, η οποία αποτελεί τμήμα του μεικτού αναλυτή προδιαγράφεται απαίτηση, χωρίς να υπάρχει καν αντιστοιχία με όσα ζητώνται για τον χειρισμό της βιοχημικής μονάδας (για την οποία απαιτείται μόνο τα αντιδραστήρια να είναι έτοιμα προς χρήση), υποστηρίζει δε ότι σχεδόν το σύνολο των διατιθέμενων από την ίδια ζητούμενων αντιδραστηρίων, βαθμονομητών, υγρών αναλώσιμων και ορών ελέγχου για την ανοσολογική μονάδα, τα οποία άπαντα διαθέτουν CE Mark, είναι έτοιμα προς χρήση (χωρίς ανασύσταση) με εξαίρεση ορισμένους μόνο βαθμονομητές και πως η τεθείσα επί ποινή αποκλεισμού επίμαχη απαίτηση να είναι έτοιμα προς χρήση το σύνολο των απαιτούμενων για τη λειτουργία της ανοσολογικής μονάδας, που αποκλείει την ίδια είναι μη νόμιμη ως υπερβολική και ασύμβατη με το επιλεγέν κριτήριο ανάθεσης. Με τον τέταρτο ισχυρισμό η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι, μεταξύ των επιπρόσθετων της σήμανσης CE προδιαγραφών για τον μικτό ανοσοβιοχημικό αναλυτή περιλαμβάνεται και η 34vi (σελ. 108) που ορίζει αναφορικά στην ανοσολογική μονάδα : *«Μεγάλη σταθερότητα βαθμονόμησης (τουλάχιστον 4 εβδομάδες)»*, αναφέροντας ότι η εν λόγω προδιαγραφή αποκλείει τη συμμετοχή της, καθώς η βαθμονόμηση αντιδραστηρίων της ανοσολογικής μονάδας για 4 μόνο από τις 30 υποχρεωτικώς ζητούμενες εξετάσεις (ήτοι για τις A/A 4: Cortisol, A/A 7: Folate, A/A 18: Free T4 A/A 28: Estradiol) είναι κατ' ελάχιστον μικρότερη των 4 εβδομάδων και πως, πέραν του γεγονότος ότι ο καθορισμός συλλήβδην της συχνότητας βαθμονόμησης

του συνόλου των εξετάσεων είναι απρόσφορος καθώς πρόκειται για πολυπαραγοντικό κριτήριο (αφού βαθμονόμηση μπορεί να απαιτηθεί είτε σε αλλαγή παρτίδας ή της ίδιας παρτίδας εφόσον τα αποτελέσματα του ποιοτικού ελέγχου δεν είναι εντός αναμενόμενων τιμών, είτε μετά από κάποια τεχνική παρέμβαση στον αναλυτή ή ως ενδεδειγμένη προσέγγιση αντιμετώπισης προβλημάτων κ.λπ.) και η εν λόγω προδιαγραφή είναι ασύμβατη με το επιλεγέν κριτήριο ανάθεσης και πρέπει να τροποποιηθεί και αναδιατυπωθεί αναλόγως. Συμπερασματικά, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη Διακήρυξη, αντί να περιγράφει τις ανάγκες του Νοσοκομείου που πρέπει να ικανοποιούν τα υπό προμήθεια είδη του Τμήματος 1, επέλεξε μη νομίμως, όπως υποστηρίζει στην προσφυγή της, να ενσωματώσει ως απαράβατους όρους συγκεκριμένες προδιαγραφές, θεσπίζοντας ανεπιτρεπώς είτε συγκεκριμένες τεχνικές λύσεις, είτε επιπρόσθετες -πέραν του CE- προδιαγραφές, περιορίζοντας αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό και αποκλείοντας εξ υπαρχής τη συμμετοχή της ίδιας στον διαγωνισμό, παρ' ότι το προσφερόμενο από αυτή σύστημα καλύπτει, ισοδυνάμως ή και με ακόμη πιο εξελιγμένο τρόπο, τις συγκεκριμένες ανάγκες του Νοσοκομείου.

16. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές με βάση τις ανάγκες και την σκοπιμότητα χρήσης τους, η δε θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών, που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (ΕΑ ΣτΕ 354/2014, 1140/2010 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της άποψης της τήρησης του

εγγύριου και ενωσιακού δικαίου και, περαιτέρω, της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 9/2015, 415/2014, 354/2014, 257/2010 κ.ά.).

17. Επειδή, προς εξασφάλιση της ισότιμης πρόσβασης των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και, προκειμένου οι δημόσιες συμβάσεις να είναι ανοιχτές στον ανταγωνισμό, απαγορεύεται, κατ' αρχήν, η θέσπιση προδιαγραφών που περιορίζουν τον κύκλο των διαγωνιζομένων επιχειρήσεων, υπό την έννοια ότι οι τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτές χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου. Δεν αποκλείεται, όμως, ένας τέτοιος περιορισμός, ως εκ των απαιτήσεων συγκεκριμένων προδιαγραφών, αν μόνον αυτές οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται (ΣΤΕ 1105/2010, πρβλ. ΣΤΕ 365/2007, ΕΑ ΣΤΕ 267/2008). Επομένως, ο έλεγχος του συννόμου των ελαχίστων τεχνικών προδιαγραφών θα πρέπει να συνεκτιμά τα ανωτέρω και μάλιστα να λαμβάνει υπόψη, με ιδιαίτερη σοβαρότητα, την ανά περίπτωση αιτιολογία που η αναθέτουσα αρχή παρέχει σχετικά με την καταλληλότητα και εν γένει διευκόλυνση που επιτυγχάνεται από συγκεκριμένους σχετικούς όρους. Τούτο δεν σημαίνει ότι η αναθέτουσα αρχή δύναται να αποκλείει τον ανταγωνισμό θεσπίζοντας κατά το δοκούν τεχνικά χαρακτηριστικά ως επί ποινή αποκλεισμού απαιτήσεις, αλλά ότι το αναγκαίο αυτών ερμηνεύεται και υπό την οπτική της χρηστικότητας και καταλληλότητας και, ούτως, η διάκριση μεταξύ επιθυμητού και αναγκαίου αυτονόητα στενεύει.

18. Επειδή, οι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με την Διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δε χρήζουν, ως εκ της φύσεώς τους, αιτιολογίας (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 918/2003, 876/2004), η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της Διακήρυξης ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, ενώ θα πρέπει

να θεωρείται ότι απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότητα της θέσπισης επί μέρους όρων και τεχνικών προδιαγραφών (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 434/2008).

19. Επειδή, η θέσπιση απαιτήσεων τεχνικών προδιαγραφών, έχει ως σκοπό να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε συμμετέχων οικονομικός φορέας, διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της προκηρυσσόμενης σύμβασης. Συνεπώς, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις οικείες διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για την εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης, πρέπει να τελούν σε σύνδεση και αναλογία προς το αντικείμενο της.

20. Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί, προκειμένου να είναι ορισμένος ισχυρισμός περί φωτογραφικού όρου διακήρυξης πρέπει να κατονομάζεται ο οικονομικός φορέας που είναι ο μόνος δυνάμενος να συμμετάσχει ως συνέπεια της εν θέματι προδιαγραφής (ΣΤΕ (Ασφ) 314/2013, ΕΑ ΣΤΕ 474, 829, 1354/2009). Περαιτέρω, ισχυρισμοί περί «φωτογραφικής» περιγραφής των απαιτήσεων της διακήρυξης και ιδία το γεγονός της ταύτισης των τεχνικών προδιαγραφών με προϊόντα μιας εταιρείας δεν αρκούν για να θεωρηθεί ότι οι απαιτήσεις είναι «φωτογραφικές» (ΔΕφΘεσσαλονίκης 126/2018, ΣΤΕ 1140/2010, 1024-25/2010).

21. Επειδή, επί του πρώτου ισχυρισμού του τρίτου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, που αφορά στην απαίτηση η οποία αναφέρεται στην ενότητα «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΜΕΙΚΤΩΝ ΣΥΣΤΗΜΑΤΩΝ ΒΙΟΧΗΜΙΚΩΝ-ΑΝΟΣΟΧΗΜΙΚΩΝ ΑΝΑΛΥΤΩΝ» του Παραρτήματος II, ειδικότερα ότι «Οι αναλυτές θα πρέπει να συνοδεύονται και από ανεξάρτητο προ αναλυτικό σύστημα...» (σελ. 103/151 Διακήρυξης) η οποία υποστηρίζει ότι έρχεται σε αντίφαση με την απαίτηση «3. Ο κάθε μεικτός αναλυτής να αποτελεί ενιαία αυτόνομη αναλυτική μονάδα, χωρίς διαμεσολάβηση ή προσθήκη άλλου συστήματος, προσδιορισμού ανοσολογικών και βιοχημικών εξετάσεων, που θα αποτελείται από μία αναλυτική βιοχημική μονάδα φυσικά συνδεδεμένη με μία ανοσολογική

μονάδα.» (σελ. 104/151 Διακήρυξη), λεκτέα τα εξής. Σύμφωνα με το άρ. 2.4.3.2 της Διακήρυξης, «*Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος ... της Διακήρυξης. περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η ακαταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα*». Από τη διατύπωση της ανωτέρω υπ' αρ. 3 απαίτησης, σαφώς προκύπτει ότι αυτή αφορά στον *μεικτό αναλυτή καθ' αυτόν*, αποτελούμενο από μία αναλυτική βιοχημική μονάδα φυσικά συνδεδεμένη με μία ανοσολογική μονάδα και όχι στο *προ αναλυτικό σύστημα* που ορίζεται ότι πρέπει να συνοδεύει τον αναλυτή αυτό. Δηλαδή, πρόκειται για εντελώς διακριτές απαιτήσεις μεταξύ τους, ήτοι ότι αφενός οι αναλυτές πρέπει να συνοδεύονται από ανεξάρτητο προ αναλυτικό σύστημα, αφετέρου ότι οι αναλυτές αυτοί πρέπει να πληρούν καθαυτοί συγκεκριμένες, από τη Διακήρυξη τεθείσες, προϋποθέσεις, όπως είναι η ως άνω, ουδόλως δε αναιρείται, άλλως αντιφάσκει, η απαίτηση αυτή της Διακήρυξης με την υποχρέωση συνοδείας αυτών με ανεξάρτητο προ αναλυτικό σύστημα. Τούτο διότι η υπ' αρ. 3 απαίτηση αφορά στις επιμέρους απαιτούμενες προδιαγραφές εκάστου προσφερόμενου *αναλυτή*, ουδόλως δε η πρόβλεψη περί προσφοράς, συνοδεία αυτού, προ αναλυτικού συστήματος αναιρεί, άλλως αντιφάσκει με αυτές που αφορούν στον αναλυτή καθ' αυτόν. Ως προς το δεύτερο σκέλος του πρώτου ισχυρισμού του τρίτου λόγου που αναφέρεται στην υπ' αρ. 2 προδιαγραφή του εν λόγω προ αναλυτικού συστήματος, ως προς την μονάδα ελασματοποίησης με ταχύτητα 200 δευτερογενών ανά ώρα (σελ. 103/151), αυτό καθίσταται απορριπτέο προεχόντως ως αόριστο, δοθέντος ότι δεν προσδιορίζει σε τι ακριβώς συνίσταται η δυσαναλογία της δημιουργίας δευτερογενών δειγμάτων σε σχέση με το σύνολο των ζητούμενων εξετάσεων. Αναφορικά με το τρίτο σκέλος του πρώτου ισχυρισμού, στο οποίο η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι «*προδιαγράφεται ανεπιτρέπτως συγκεκριμένη τεχνική λύση για επιδιωκόμενο αποτέλεσμα το*

οποίο ο ανοσοβιοχημικός αναλυτής με τον οποίο προτίθεται να συμμετέχει η εταιρία μας επιτυγχάνει με την ενοποιημένη σ' αυτόν μονάδα προ ανάλυσης *Sample Handler*» απορρίπτεται ως αβάσιμο. Τούτο διότι η προσφεύγουσα βάλλει κατά του συγκεκριμένου όρου, προκειμένου να εξυπηρετήσει τις δικές της ανάγκες και να διαμορφώσει αυτόν, σύμφωνα με το είδος του αναλυτή που η ίδια προτίθεται να προσφέρει. Δηλαδή, προσβάλλει τον οικείο όρο ακριβώς διότι δεν πληροί αυτόν, δηλώνοντας ότι προτίθεται να προσφέρει αναλυτή που διαθέτει ενοποιημένη μονάδα προ ανάλυσης, ήτοι δεν διαθέτει ανεξάρτητο προ αναλυτικό σύστημα, όπως στη Διακήρυξη προβλέπεται. Εξ ετέρου, απαραδέκτως η προσφεύγουσα βάλλει κατά της σκοπιμότητας της θέσπισης των οικείων τεχνικών προδιαγραφών, επί σκοπώ δυνατότητας συμμετοχής της με το είδος αναλυτή με το οποίο προτίθεται να συμμετάσχει, η δε αδυναμία συμμετοχής της, λόγω μη πλήρωσης της οικείας απαίτησης, δεν αρκεί για την ακύρωση αυτής. Συνεπώς, απορρίπτεται ο πρώτος ισχυρισμός του τρίτου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής. Επί του δεύτερου ισχυρισμού που αφορά στην απαίτηση του προσφερόμενου μεικτού αναλυτή υπ' αρ. 35, όπου ορίζεται ότι «35. Η βιοχημική μονάδα του κάθε μικτού ανοσοβιοχημικού αναλυτή να διαθέτει τα παρακάτω χαρακτηριστικά: ... iii. Ο αναλυτής να χρησιμοποιεί αντιδραστήρια έτοιμα προς χρήση (χωρίς ανασύσταση), και να αναγνωρίζονται με γραμμικό κώδικα (bar code).», ισχύουν τα αμέσως ανωτέρω κριθέντα *mutatis mutandis*, δοθέντος ότι η προσφεύγουσα επιχειρεί να βάλει κατά αυτής, διότι τα αντιδραστήρια που η ίδια προτίθεται να προσφέρει δεν είναι στο σύνολό τους έτοιμα προς χρήση (χωρίς ανασύσταση), επί σκοπώ να δοθεί η δυνατότητα συμμετοχής στον διαγωνισμό. Εντούτοις, ουδόλως αποδεικνύει τον λόγο που η συγκεκριμένη απαίτηση είναι μη νόμιμη, αμφισβητώντας και πάλι απαραδέκτως τη σκοπιμότητα της θέσπισης αυτής (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 434/2008). Συνεπώς, ο δεύτερος ισχυρισμός απορρίπτεται. Επί του τρίτου ισχυρισμού, που αφορά στην απαίτηση υπ' αρ. 34, ειδικότερα «34. Η ανοσολογική μονάδα του κάθε μικτού ανοσοβιοχημικού αναλυτή να διαθέτει τα παρακάτω χαρακτηριστικά: ... iii. Να χρησιμοποιεί αντιδραστήρια, βαθμονομητές, υγρά αναλώσιμα και ορούς ελέγχου που να είναι έτοιμα προς χρήση (χωρίς ανασύσταση)», ομοίως

ισχύουν τα ως άνω *mutatis mutandis*, δοθέντος ότι αναφέρεται στη δική της αδυναμία πλήρωσης αυτής της απαίτησης, αναφέροντας ότι «*σχεδόν το σύνολο των διατιθέμενων από την εταιρία μας ζητούμενων αντιδραστηρίων, βαθμονομητών, υγρών αναλώσιμων και ορών ελέγχου για την ανοσολογική μονάδα, τα οποία άπαντα διαθέτουν CE Mark, είναι έτοιμα προς χρήση (χωρίς ανασύσταση) με εξαίρεση ορισμένους μόνο βαθμονομητές*», χωρίς ωστόσο και πάλι να προσδιορίζει το λόγο για τον οποίο η συγκεκριμένη απαίτηση είναι μη νόμιμη, βάλλοντας απαραδέκτως κατά της σκοπιμότητας της θέσπισής της. Κατά συνέπεια, απορρίπτεται ο τρίτος ισχυρισμός. Τα ίδια ως άνω κριθέντα ισχύουν και ως προς τον τέταρτο ισχυρισμό που αφορά στην υπ' αρ. 34 απαίτηση «*34. Η ανοσολογική μονάδα του κάθε μικτού ανοσοβιοχημικού αναλυτή να διαθέτει τα παρακάτω χαρακτηριστικά: ...vi. Μεγάλη σταθερότητα βαθμονόμησης (τουλάχιστον 4 εβδομάδες).*», δοθέντος ότι, και στην περίπτωση αυτή, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της συγκεκριμένης απαίτησης διότι η ίδια δεν την πληροί («*Η εν λόγω προδιαγραφή αποκλείει τη συμμετοχή της εταιρίας μας καθώς η βαθμονόμηση αντιδραστηρίων της ανοσολογικής μονάδας για 4 μόνο από τις 30 υποχρεωτικώς ζητούμενες εξετάσεις (ήτοι για τις A/A 4: Cortisol, A/A 7: Folate, A/A 18: Free T4 A/A 28: Estradiol) είναι κατ' ελάχιστον μικρότερη των 4 εβδομάδων (βλ. συνημμένο αρχείο «... Assays Overview Sheet 03 2021*»)).», σελ. 10/17 προσφυγής), χωρίς ουδόλως να αναφέρεται επί των λόγων που η συγκεκριμένη απαίτηση είναι μη νόμιμη. Επομένως, απορρίπτεται και ο τέταρτος ισχυρισμός.

22. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή εν μέρει, το δε παράβολο να επιστραφεί.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη υπ' αρ. ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής ως προς το αναφερόμενο σε αυτήν κριτήριο ανάθεσης και τις με A/A 6, 7, 8 και 24 εξετάσεις, κατά το σκεπτικό.

Αριθμός απόφασης : 405/2023

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 20.02.2023 και εκδόθηκε στις 13.03.2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ