

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**7<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 8 Φεβρουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση:  
Χρυσάνθη Ζαράρη Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 30.12.2020 προδικαστική προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 2028/30.12.2020 Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή) και

Της παρεμβαίνουσας Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η με αριθμό ... Διακήρυξη.

Με την ασκηθείσα παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα αιτείται να γίνει δεκτή η παρέμβασή της, να απορριφθεί η υπό κρίση προσφυγή και να διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης με την προσφυγή διακήρυξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά το Νόμο**

1. Επειδή, το ... ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Δημόσιο Ηλεκτρονικό Ανοιχτό Διαγωνισμό άνω των ορίων, με αριθμό Διακήρυξης ... και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων

## Αριθμός Απόφασης: 378/2021

(Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ..., η οποία δημοσιεύθηκε στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 14.12.2020 και αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 18.12.2020, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ..., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΒΙΟΧΗΜΙΚΩΝ ΑΝΑΛΥΤΩΝ» (CPV: ...), εκτιμώμενης αξίας διακοσίων σαράντα ενός χιλιάδων εννιακοσίων τριάντα πέντε ευρώ και σαράντα οκτώ λεπτών (241.935,48 €) χωρίς Φ.Π.Α. 24%, διάρκειας δώδεκα (12) μηνών, με δικαίωμα της αναθέτουσας αρχής για παράταση του χρόνου ισχύος της για δώδεκα (12) μήνες ακόμη με τους ίδιους όρους και τιμές, με αρχική καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 8<sup>η</sup> Φεβρουαρίου 2021, ημέρα Δευτέρα και αρχική ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 12<sup>η</sup> Φεβρουαρίου 2021, ημέρα Παρασκευή και ώρα 10:30 π.μ. Ήδη η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει της υπ' αριθμ. 33/2021 Απόφασης (Πρακτικό της 2<sup>ης</sup>/27.01.2021 Συνεδρίασης), θέμα 21<sup>ο</sup>, του Διοικητικού Συμβουλίου της, η οποία κοινοποιήθηκε μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 02.02.2021, αποφάσισε ομόφωνα την αναστολή της συνέχισης του επίμαχου διαγωνισμού, μέχρι την έκδοση οριστική απόφασης της Α.Ε.Π.Π., επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 30.12.2020 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την υπό κρίση προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία στρέφεται κατά της με αριθμό διακήρυξης ... και επικαλείται ότι σε πλήρη αντίθεση με τις επικαλούμενες από αυτήν διατάξεις του Ν. 4412/2016 και της διακήρυξης, οι αναφερόμενες τεχνικές προδιαγραφές που αφορούν την ομάδα Εξετάσεων 1 του διαγωνισμού παραβιάζουν την αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης και καταστρατηγούν την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

## **Αριθμός Απόφασης: 378/2021**

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της και να ακυρωθεί/ανακληθεί/τροποποιηθεί η προσβαλλόμενη με αριθμό ... διακήρυξη ως προς τους όρους που αναλύει στο κείμενο της προσφυγής της, καθώς και κάθε άλλη συναφής προγενέστερη ή μεταγενέστερη πράξη των οργάνων του επίμαχου διαγωνισμού, να επαναπροκηρυχθεί ο ανωτέρω διαγωνισμός με διορθωμένους τους πληττόμενους με την προσφυγή όρους της διακήρυξης, σύμφωνα με το τον Ν. 4412/2016 και το αντικείμενο του διαγωνισμού.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου ...), ποσού χιλίων εκατόν πενήντα ευρώ (1.150,00 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

6. Επειδή, ο επίμαχος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016.

## Αριθμός Απόφασης: 378/2021

9. Επειδή, στις 04.01.2021, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.

10. Επειδή, παραδεκτά και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, κατατέθηκε στις 14.01.2021 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., η από 14 Ιανουαρίου 2021 παρέμβαση της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, η δε παρεμβαίνουσα, έχει προφανές έννομο συμφέρον από την απόρριψη της ως άνω προδικαστικής προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της διαμορφωθείσας κατάστασης, δεδομένου ότι η ίδια εκτιμά ότι τα προσφερόμενα από αυτήν είδη, ανταποκρίνονται στις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, έτσι όπως έχουν διαμορφωθεί, με την προσβαλλόμενη διακήρυξη. Επομένως, η ασκηθείσα, κατά τα ανωτέρω παρέμβαση, πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

11. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από την Πρόεδρο του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 2401/31.12.2020 Πράξης της «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Περί Απόψεων Επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 31.12.2020 και υπέβαλε στις 11.01.2021, ήτοι εντός της οριζόμενης προθεσμίας στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

12. Επειδή, η προσφεύγουσα, βάσει του άρθρου 365 παρ. 1, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 42 του άρθρου 43 του Ν. 4605/2019 και ισχύει, υπέβαλε εμπρόθεσμα και παραδεκτά, στις 25.01.2021 μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού και προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας, το από 25.01.2021 υπόμνημά της.

13.Επειδή, κατά τα παγίως γινόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω και στο ισχύον πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με τον νόμο σύστημα παροχής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, παράβαση των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά την έννοια του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 κατά της Διακήρυξης ή των τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί, με τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό, βλάβη από συγκεκριμένο 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 ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, ενώ περαιτέρω, εάν εν συνεχεία λάβει μέρος στον διαγωνισμό, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, η συμμετοχή του στο διαγωνισμό να συνοδεύεται από την διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της διακήρυξης από τους οποίους βλάπτεται. (ΣΤΕ (Ασφ) 9/2015, ΔΕφΑθ (Αναστ.) 44/2015, ΔΕφΑθ (Ασφ) 561 /2013, ΣΤΕ(Ασφ) 314/2013, ΣΤΕ (Ασφ) 472/2012, ΣΤΕ (Ασφ) 718/2012, ΣΤΕ (Ασφ) 714/2012, ΣΤΕ 890/2009, ΣΤΕ 1415/2008 Ολομ., 881/2008, Ε.Α. 131/2003 κ.ά.).

14. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της, λόγω του ότι η διατύπωση των προβαλλόμενων λόγων της προσβαλλόμενης με την προσφυγή διακήρυξης, αποκλείει κατά δήλωσή της, αθέμιτα τη συμμετοχή της από τον εν λόγω διαγωνισμό εις βάρος των συμφερόντων της και με ζημία της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα, το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της με αριθμό ... Διακήρυξης.

Νομίμως και κατ' αρχήν παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

15. Επειδή, εφαρμοστέα στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ιδίως, το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 53 «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης» και το άρθρο 54 «Τεχνικές προδιαγραφές» (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/2016.

16. Επειδή, περαιτέρω, εφαρμοστέες είναι οι διατάξεις της διακήρυξης, όπως τις επικαλούνται η προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα.

17. Επειδή, έτι περαιτέρω, έχει κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας, ως προς τα προς προμήθεια προϊόντα, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που 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 σε αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων τα αγαθά 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 απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (πρβλ. ΣτΕ 189/2015, ΕΑ ΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Περαιτέρω, η θέσπιση όρων τεχνικής ικανότητας των προσφερόντων, ενόψει των περιορισμών που συνεπάγονται, πρέπει να δικαιολογείται από τη φύση, την ποσότητα, το μέγεθος, τη σπουδαιότητα, την πολυπλοκότητα και τις εξειδικευμένες απαιτήσεις της προς ανάθεση σύμβασης, ώστε να μην παραβιάζεται ομοίως η γενική αρχή της αναλογικότητας που ορίζει κατά το ενωσιακό δίκαιο, ότι οι όροι αυτού δεν πρέπει να βαίνουν πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου (βλ. ΕλΣυν 2590/2016, ΔΕΕ C-213/07, Μηχανική Α.Ε. σκ. 44-48 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία, C-234/03 CONTSE και τη 2η αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ). Ως εκ τούτου, τα κριτήρια και τα μέσα απόδειξης της ελάχιστης απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων που επιλέγονται από τις αναθέτουσες αρχές πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να σχετίζονται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης και να μην άγουν σε υπέρμετρο περιορισμό του δικαιώματος πρόσβασης στον διαγωνισμό, ώστε να διασφαλίζεται η ανάπτυξη ανταγωνισμού και η επιλογή της βέλτιστης προσφοράς (ΕλΣυν Τμ. Μείζονος – Επταμελούς Σύθεσης 3372/2011, 3065/2014, VI Τμ. 2484/2012, 558/2014, 3392/2015, 1759, 3329/2015).

18. Επειδή, ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, το οποίο ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, θα πρέπει οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και επιπλέον να μην θέτουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να

αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτής χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου. Εξάλλου είναι αδικαιολόγητος ο περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω τεχνικής προδιαγραφής που λειτουργεί ως κριτήριο αποκλεισμού από την ανάθεση, όταν μεταξύ άλλων δεν συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης (πρβλ. σημ. 46 Προοιμίου Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, βλ. και ΔΕΕ, απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99 *Concordia*, Συλλογή 2002, σ. I-7213, σκέψεις 59 και 65, απόφαση της 4ης Δεκεμβρίου 2003, C-448/01 *Wienstrom*, Συλλογή 2003, σ. I4527, σκέψη 34) ή παραβιάζει αρχές του ενωσιακού δικαίου, όπως της ίσης μεταχείρισης (ΔΕΕ, απόφαση της 12ης Μαρτίου 2015, C-538/13 *eVigilo*, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2015:166, σκέψη 33, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99 P, Επιτροπή κατά *CAS Succhi di Frutta*, Συλλογή 2004, σ. I-3801, σκέψη 110, απόφαση 6ης Νοεμβρίου 2014, C-42/13 *Cartiera dell' Adda*, Ηλεκτρ. Συλλογή EU:C:2014:2345, σκέψη 44, απόφαση της 10ης Μαΐου 2012, C-368/10 Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:284, σκέψη 87 και Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέως Kokkot στην ίδια υπόθεση, σημ. 104).

19.Επειδή, λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣτΕ 307/2007, ).

20.Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί, απαράδεκτως προβάλλονται ισχυρισμοί ως προς την σκοπιμότητα της θέσπισης συγκεκριμένης προδιαγραφής (βλ. ΕΑ 354/2014, 1140/2010 ΕΑ 3719/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και



της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (πρβλ. ΣΤΕ 189/2015, ΕΑ ΣΤΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.), ως προαναφέρθηκε.

21. Επειδή, επιπλέον, όπως συνάγεται από τη ρητή διατύπωση των άρθρων 18, 24, 42 και 56 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, (ενδεικτικά) τις σκέψεις 37, 45 και 90 της ίδιας Οδηγίας, αλλά και τα αντίστοιχα άρθρα 18, 24, 54 και 71 του Ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές κατά τη διεξαγωγή των διαγωνιστικών διαδικασιών ενώπιόν τους, οφείλουν να αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα, χωρίς αδικαιολόγητες διακρίσεις και να ενεργούν κατά την άσκηση των καθηκόντων τους με τρόπο διαφανή και αναλογικό.

22. Επειδή, σύμφωνα με τα με αριθμό πρωτοκόλλου 5519/15.11.2016 και 5609/23.11.2016 έγγραφα της Επιτροπής Προμηθειών Υγείας (Ε.Π.Υ.) ορίζεται ότι: *«...Κατά συνέπεια κάθε αναθέτουσα αρχή πλέον έχει την αρμοδιότητα και ευθύνη της έγκρισης των τεχνικών προδιαγραφών των προμηθειών που αυτή διενεργεί για λογαριασμό της.»* και *«...από τη θέση σε ισχύ του Ν. 4412/2016 και εντεύθεν οι τεχνικές προδιαγραφές κάθε αναθέτουσας αρχής εγκρίνονται από το όργανο διοίκησής της.»*. Ενόψει των ανωτέρω εγγράφων καταλείπεται στη διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών η σύνταξη των διακηρύξεων για τους διαγωνισμούς που προκηρύσσουν.

23. Επειδή κατά την έννοια των προαναφερθεισών διατάξεων του νόμου, θα πρέπει οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και επιπλέον να μην θέτουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού με τη θέσπιση απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτές χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη ανταγωνισμού (βλ. απόφαση ΕλΣυν, Τμήμα VI 2402/2010), καθώς

επίσης, και συμφώνως με την αρχή της διαφάνειας, να μην περιλαμβάνουν ορολογία, η οποία θα μπορούσε να οδηγήσει σε απροσδιοριστία, ούτε στοιχεία που μειώνουν τον ανταγωνισμό ή δημιουργούν διακρίσεις (ΑΕΠΠ 206/2017).

24. Επειδή, σχετικά με τον μοναδικό λόγο της υπό κρίση προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς, στις σελ. 5-12 αυτής, υπό «ΙΙ. ΛΟΓΟΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ», «ΟΙ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΠΟΥ ΠΑΡΑΒΙΑΖΟΥΝ ΤΗΝ ΚΕΙΜΕΝΗ ΝΟΜΟΘΕΣΙΑ ΚΑΙ ΤΙΣ ΑΡΧΕΣ ΤΗΣ ΔΙΑΦΑΝΕΙΑΣ – ΙΣΗΣ ΜΕΤΑΧΕΙΡΙΣΗΣ» Ι.-ΙΙ.Β, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως αυτή προκηρύχθηκε, δυνάμει της προσβαλλόμενης διακήρυξης, καθώς με τις προσβαλλόμενες από την προσφεύγουσα τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, οι οποίες έχουν τεθεί για την Ομάδα Εξετάσεων 1 «Βιοχημικές, Ανοσοχημικές εξετάσεις & εξετάσεις φαρμάκων», παραβιάζεται η αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων για τους λόγους που επικαλείται στις οικείες σελίδες της προσφυγής της. Συγκεκριμένα, με βάση το κανονιστικό πλαίσιο διεξαγωγής του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα διατείνεται ότι: «[...]. 2. Οι Τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρουμε κατωτέρω παραβιάζουν τις ως άνω διατάξεις του Ν. 4412/2016 καταστρατηγώντας την αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, αλλά και τον υγιή ανταγωνισμό μεταξύ των συμμετεχόντων προσβάλλοντας τα έννομα συμφέροντά μας και αποκλείοντας, άλλως δυσχεραίνοντας ουσιωδώς τη συμμετοχή μας στο Διαγωνισμό, προς βλάβη και της εταιρίας μας, αλλά και του δημοσίου συμφέροντος. Σημειώνουμε εν προκειμένω, ότι προκειμένου να διασφαλιστεί η επιτυχημένη διάγνωση και παρακολούθηση των ασθενών, που αποτελεί ουσιώδες προαπαιτούμενο της επιτυχούς φροντίδας από το Νοσοκομείο, το ζητούμενο από έναν ανοσολογικό αναλυτή είναι η ακρίβεια και η επαναληπτικότητα και εν τέλει η αξιοπιστία των αποτελεσμάτων των ζητούμενων εξετάσεων, καθώς και οι μέθοδοι και τεχνολογίες που κάθε εταιρεία έχει αναπτύξει και χρησιμοποιεί στους αναλυτές της για τη διασφάλιση των ποιοτικών αυτών στοιχείων. Περαιτέρω όλοι οι μεγάλοι ανοσολογικοί αναλυτές της αγοράς, οι οποίοι δεν πρέπει να λησμονείται

ότι αποτελούν το μέσο και όχι το αντικείμενο του διαγωνισμού, που είναι οι διενεργούμενες εξετάσεις (αντιδραστήρια), διαθέτουν κάποια κοινά χαρακτηριστικά και μετράνε κάποιες κοινές παραμέτρους. Πέρα από αυτά όμως, ο κάθε αναλυτής, εκμεταλλευόμενος την τεχνολογία που χρησιμοποιεί, δίνει κάποιες παραμέτρους και διαθέτει κάποια επιπλέον χαρακτηριστικά τα οποία δεν διαθέτουν οι άλλοι. Η πρακτική που ακολουθείται σε μεγάλο βαθμό στα δημόσια νοσοκομεία, και που κατά τη γνώμη μας είναι και η μόνη σωστή, είναι να προδιαγράφονται τα κοινά κατά το πλείστον χαρακτηριστικά. Έτσι, τα λοιπά χαρακτηριστικά, που είναι ειδικά για κάθε αναλυτή, αξιολογούνται από κάθε νοσοκομείο ανάλογα και με τις ανάγκες του, αλλά σε καμία περίπτωση δεν μπορούν να αποτελέσουν λόγο αποκλεισμού των άλλων μεγάλων και σύγχρονων αναλυτών.», ενώ υπό «II.A. Παραγωγικότητα ανοσολογικού αναλυτή» σημειώνει ότι: «3.Πιο συγκεκριμένα, στην παράγραφο 2 των γενικών απαιτήσεων των προδιαγραφών για την Ομάδα Εξετάσεων 1 (σελ. 54 της διακήρυξης) ζητείται «..... Να προσφερθούν και 2 ίδιοι ανοσολογικοί αναλυτές μεμονωμένοι ή σε σύνθεση με τους βιοχημικούς αναλυτές (μεικτά ανοσοβιοχημικά συστήματα). **Η συνολική παραγωγικότητα των ανοσολογικών αναλυτών να είναι 500 εξετάσεις ανά ώρα**» και επίσης στην προδιαγραφή 8 των προδιαγραφών Ανοσολογικών αναλυτών για την Ομάδα Εξετάσεων 1 (σελ. 56 της Διακήρυξης) ζητείται για κάθε αναλυτή «**8. Να έχει ταχύτητα τουλάχιστον 250 εξετάσεων/ώρα**». Οι συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές αποκλείουν τη συμμετοχή της εταιρείας μας στον Διαγωνισμό, αφού απαιτείται να προσφερθούν 2 ανοσολογικοί αναλυτές **συνολικής παραγωγικότητας 500 εξετάσεων/ώρα και έκαστος 250 εξετάσεων/ώρα, παρόλο που οι προδιαγραφές αυτές δεν παρουσιάζουν καμία αναλογικότητα, ούτε συνδέονται με τις απαιτήσεις και ανάγκες του Νοσοκομείου για τη διενέργεια εξετάσεων. Κατά τον τρόπο αυτό περιορίζεται ο ανταγωνισμός με τον αποκλεισμό της συμμετοχής της εταιρείας μας** (οι αναλυτές μας έχουν παραγωγικότητα 200 εξετάσεων/ώρα έκαστος), **που αποτελεί κορυφαία εταιρία στον κόσμο, χωρίς καμία**

**αντικειμενική διασύνδεση των προδιαγραφών αυτών με το αντικείμενο του Διαγωνισμού.**

4. Ειδικότερα, οι ζητούμενες ανοσολογικές εξετάσεις της Ομάδας εξετάσεων 1 της Διακήρυξης είναι συνολικά 58.030, όπως αναλυτικά περιγράφονται στον πίνακα εξετάσεων της σελίδας 5 της Διακήρυξης:

[...].

Συνεπώς ο συνολικός ζητούμενος αριθμός των Ανοσολογικών εξετάσεων του Βιοχημικού εργαστηρίου, βάσει του Πίνακα είναι συνολικά 58.030 εξετάσεις ανά έτος / 365μέρες = 159 εξετάσεις συνολικά την ημέρα κατά Μ.Ο. Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι για τη διεξαγωγή των 159 συνολικά εξετάσεων ανά ημέρα θα πρέπει σύμφωνα με την παράγραφο 2 των γενικών απαιτήσεων και την προδιαγραφή 8 να προσφερθούν δύο αυτόματοι ανοσολογικοί αναλυτές με συνολική παραγωγικότητα 500 εξετάσεις ανά ώρα (250 εξετάσεις ανά ώρα έκαστος αναλυτής). Η ζητούμενη παραγωγικότητα είναι απολύτως δυσανάλογη με τις απαιτήσεις του εργαστηρίου, γεγονός που επιβεβαιώνεται και από το γεγονός ότι στον ακριβώς προηγούμενο διαγωνισμό της ίδιας προμήθειας με αριθμό Διακήρυξης ... (...) διενέργειας 13/12/2016, σύμφωνα με τον πίνακα των ζητούμενων εξετάσεων:

[...].

ζητούνταν συνολικά 108.400 εξετάσεις ανά έτος / 365 = 297 εξετάσεις συνολικά την ημέρα κατά Μ.Ο. Για τη διεξαγωγή των ζητούμενων 297 εξετάσεων ανά ημέρα σύμφωνα με τις αντίστοιχες τεχνικές προδιαγραφές απαιτούνταν να προσφερθούν δύο αυτόματοι ανοσολογικοί αναλυτές με συνολική παραγωγικότητα 340 εξετάσεις ανά ώρα (170 εξετάσεις ανά ώρα έκαστος αναλυτής). Δηλαδή ενώ οι ανοσολογικές εξετάσεις που πραγματοποιούνται στο Βιοχημικό εργαστήριο σύμφωνα με τις προκηρύξεις των διαγωνισμών έχουν μειωθεί τα τελευταία 4 χρόνια κατά -46%, η ζητούμενη παραγωγικότητα των ανοσολογικών αναλυτών αυξήθηκε κατά 47%!

Τα ανωτέρω συνοψίζονται στον παρακάτω πίνακα:

5. Από τα ανωτέρω αποδεικνύεται ότι η αύξηση της παραγωγικότητας των ανοσολογικών αναλυτών όχι μόνο δεν δεν εξυπηρετεί σε τίποτα τις πραγματικές

ανάγκες του εργαστηρίου για την πραγματοποίηση εξετάσεων, αλλά είναι καταφανώς δυσανάλογες με τις ανάγκες του εργαστηρίου, καθώς ο αριθμός των εξετάσεων όχι μόνο δεν είναι αυξανόμενος, αντιθέτως έχει μειωθεί σημαντικά. Η ανωτέρω δε επιλογή της Αναθέτουσας έχει ως συνέπεια τον αποκλεισμό της εταιρίας μας από τη δυνατότητα συμμετοχής στο Διαγωνισμό, αφού η εταιρεία μας διαθέτει ανοσολογικούς αναλυτές με παραγωγικότητα εκάστου ανοσολογικού αναλυτή έως και 200 εξετάσεις ανά ώρα (δηλαδή 400 εξετάσεων ανά ώρα για τους ζητούμενους δύο αναλυτές), η οποία υπερκαλύπτει τις ανάγκες του εργαστηρίου, αλλά δεν καλύπτει την επίμαχη τεχνική προδιαγραφή. Ακόμα δε και αν λάβουμε υπ' όψη ότι ο φόρτος εργασίας δεν είναι κατανομημένος ισομερώς εντός του εργάσιμου ωραρίου και αν θεωρήσουμε την απίθανη περίπτωση ότι όλα τα δείγματα για τις ανοσολογικές εξετάσεις φτάνουν στο εργαστήριο ταυτόχρονα την ίδια στιγμή, οι 2 αναλυτές της εταιρείας μας θα χρειαστούν συνολικά μισή ώρα για να ολοκληρώσουν όλα τα αποτελέσματα των ανοσολογικών εξετάσεων της ημέρας. Ακόμη δε και στην όποια πιθανή μελλοντική περίπτωση διπλασιασμού των ανοσολογικών εξετάσεων ανά ημέρα, οι αναλυτές της εταιρείας μας θα χρειαστούν μόλις 1 ώρα για να ολοκληρώσουν όλα τα αποτελέσματα των ανοσολογικών εξετάσεων της ημέρας.

6. Η παραγωγικότητα των 200 εξετάσεων /ώρα αποτελεί τη συνήθως ζητούμενη σε διαγωνισμούς για την προμήθεια ανοσολογικών αντιδραστηρίων με ανοσολογικούς αναλυτές υψηλής παραγωγικότητας. Ενδεικτικά αναφέρουμε προκηρύξεις διαγωνισμών αντίστοιχης προμήθειας όπως ... (...), ... – Διακ. ... προμήθειας Αντιδραστηρίων για Ανοσολογικές εξετάσεις, στον οποίο ζητούνται δύο (2) ανοσολογικοί αναλυτές με ζητούμενη παραγωγικότητα κάθε αναλυτή 200 εξετάσεων/ώρα (προδ.1 σελίδα 61 της Διακήρυξης) για τη διεξαγωγή 243.000 ανοσολογικών εξετάσεων ετησίως, ... (...) – Διακ. ... προμήθειας Αντιδραστηρίων, στον οποίο ζητούνται δύο (2) αυτόματοι ανοσολογικοί αναλυτές με ζητούμενη παραγωγικότητα κάθε αναλυτή 200 εξετάσεων/ώρα (σελ.64 Διακήρυξης) για τη διεξαγωγή ετησίως 119.012 ανοσολογικών εξετάσεων του ..., του ... «...» (ΑΔΑ ...) προμήθειας Αντιδραστηρίων Ανοσολογικών εξετάσεων με αρ. Διακ. ..., στο οποίο ζητούνται δύο (2) αυτόματοι ανοσολογικοί αναλυτές

για το Βιοχημικό εργαστήριο για τη διενέργεια 99.700 εξετάσεων ετησίως με παραγωγικότητα κάθε αναλυτή 200 εξετάσεων την ώρα (προδ.2 σελίδα 38 της Διακήρυξης) και πολλές ακόμη που δεν αναφέρονται στην παρούσα.

7. Ενόψει των ανωτέρω ζητούμε την τροποποίηση της επίμαχης τεχνικής προδιαγραφής, κατά τρόπο ώστε να ζητείται παραγωγικότητα 200 εξετάσεων/ώρα για κάθε ανοσολογικό αναλυτή και συνολική παραγωγικότητα 400 εξετάσεων/ώρα και για τους δύο αναλυτές. [...]». Ακολούθως, με τον δεύτερο προβαλλόμενο ισχυρισμό της, υπό «II.B. Ένταξη ΝΕΩΝ εξετάσεων ΕΡΥΘΡΟΠΟΙΗΤΙΝΗ ΕΡΟ & IL-6 ΙΝΤΕΡΛΕΥΚΙΝΗ 6 ως υποχρεωτικές εξετάσεις στον Πίνακα των εξετάσεων», η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι: «7. Οι εξετάσεις ΕΡΥΘΡΟΠΟΙΗΤΙΝΗ ΕΡΟ – 100 εξετάσεις ετησίως & IL-6 ΙΝΤΕΡΛΕΥΚΙΝΗ 6 – 150 εξετάσεις ετησίως, ζητούνται ως υποχρεωτικές εξετάσεις, παρ' όλο που αντιπροσωπεύουν με συνολικά 250 εξετάσεις / έτος στο σύνολο των 1.739.000 εξετάσεων, μόλις το 0,014% των ζητούμενων εξετάσεων του Πίνακα.

8. Ειδικότερα, στην προδιαγραφή 19 της σελίδας 57 της Διακήρυξης ζητείται «**Να αναφερθούν οι προαιρετικές εξετάσεις που εκτελούνται**, καθώς και οι επιπλέον εξετάσεις ώστε να αξιολογηθούν». Παρόλα αυτά όμως καμία από τις ζητούμενες εξετάσεις δεν χαρακτηρίζεται ως προαιρετική και κατά συνέπεια όλες οι εξετάσεις του πίνακα, μεταξύ των οποίων και οι αναφερόμενες ανωτέρω ζητούνται ως υποχρεωτικές εξετάσεις. Αυτό αφενός αποκλείει τη συμμετοχή μεγάλων εταιρειών στη διαγωνιστική διαδικασία, μεταξύ των οποίων και της εταιρείας μας, αφετέρου καθορίζει δραστικά την προμήθεια όλου του συνόλου των εξετάσεων.

9. Πιο συγκεκριμένα, οι παραπάνω δύο εξετάσεις, ΕΡΥΘΡΟΠΟΙΗΤΙΝΗ ΕΡΟ & IL-6 ΙΝΤΕΡΛΕΥΚΙΝΗ 6, είναι πολύ εξειδικευμένες και συνακόλουθα σπάνιες εξετάσεις, οι οποίες δεν πραγματοποιούνται σήμερα στο βιοχημικό εργαστήριο του Νοσοκομείου. **Περαιτέρω, και τις δύο αυτές εξετάσεις αυτές μπορούν να πραγματοποιήσουν μόνο οι αναλυτές της εταιρίας ..., την οποία αντιπροσωπεύει στην Ελλάδα η εταιρεία ... . Καμία από τις υπόλοιπες εταιρίες που δραστηριοποιούνται στην Ελλάδα στον χώρο των**

διαγνωστικών αναλυτών και αντιδραστηρίων, για τη διεξαγωγή των ανοσοβιοχημικών εξετάσεων με αναλυτές υψηλής παραγωγικότητας, διαθέτει και τις δύο επίμαχες εξετάσεις. Ειδικότερα, η εταιρία ... δεν διαθέτει την εξέταση της Ιντερλευκίνης (Interleukin IL-6), όπως προκύπτει από το μενού εξετάσεων, το οποίο προσκομίζουμε (Βλ. Συνημ. 1), ενώ η εταιρία ..., όπως διαπιστώνεται από το επίσημο ιστότοπο της εταιρείας ....., δεν διαθέτει την εξέταση Ερυθροποιητίνη (EPO) (Βλ. Συνημ. 2).

Συνεπώς μία μόνον εταιρεία, η εταιρία ..., πληροί τις ζητούμενες εξετάσεις της Διακήρυξης και συνεπώς παραβιάζεται η αρχή του υγιούς ανταγωνισμού, **ΑΦΟΥ Η ΜΟΝΗ ΕΤΑΙΡΙΑ ΠΟΥ ΔΥΝΑΤΑΙ ΝΑ ΣΥΜΜΕΤΕΧΕΙ ΣΤΟΝ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ ΕΙΝΑΙ Η ΕΤΑΙΡΙΑ ...**

10. Τα ανωτέρω θα μπορούσαν να θεραπευθούν με απλό τρόπο, εφόσον η Διακήρυξη προέβλεπε τις δύο επίμαχες εξετάσεις ως προαιρετικές, ώστε να αξιολογηθούν ανάλογα ή να ζητηθούν σε διαφορετική ομάδα εξετάσεων (π.χ. Βιοχημικοί Δείκτες Φλεγμονής), όπως τις ζητάει και η πλειονότητα των Νοσοκομείων (για παράδειγμα το μέχρι πρότινος διασυνδεδεμένο ...), χωρίς να εμπλέκεται στις εξετάσεις ρουτίνας και να αποτρέπει σε μέγιστο βαθμό, σε συνδυασμό και με τις υπόλοιπες προδιαγραφές, την ανάπτυξη ανταγωνισμού για μια τόσο υψηλή δαπάνη. Τα ανωτέρω είχαμε ζητήσει από το Νοσοκομείο και κατά τη διαβούλευση της 9.10.2020, ωστόσο δεν έγιναν αποδεκτά από το Νοσοκομείο.

11. **Ενόψει των ανωτέρω, ζητούμε να διαγραφούν οι δύο επίμαχες εξετάσεις ΕΡΥΘΡΟΠΟΙΗΤΙΝΗ ΕΡΟ & IL-6 ΙΝΤΕΡΛΕΥΚΙΝΗ 6 από υποχρεωτικές και να ζητούνται ως προαιρετικές με δυνατότητα αξιολόγησης σε σχέση με τη βαθμολογία του Διαγωνισμού και όχι επί ποινή αποκλεισμού.»**. Επί του ανωτέρω προβαλλόμενου μόνου λόγου προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει των με αριθμό πρωτοκόλλου 431/11.01.2021 Απόψεων της, ισχυρίζεται ότι: «[...]. Οι αιτιάσεις που προβάλλει η προσφεύγουσα εταιρεία θεωρούμε ότι είναι αβάσιμες:

Σχετικά με τα αναφερόμενα στην παράγραφο II.A Παραγωγικότητα ανοσολογικού αναλυτή, ισχύουν τα εξής:

Όπως ρητά περιγράφηκε στην απάντηση της επιτροπής σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών κατά τη διαδικασία των δύο διαβουλεύσεων στην αντίστοιχη παρατήρηση της εν λόγω εταιρείας «η συνολική παραγωγικότητα 500 εξετάσεων ανά ώρα, προκύπτει από το γεγονός ότι το εργαστήριο εκτελεί επείγουσες εξετάσεις καρδιακών δεικτών οι οποίες πρέπει να διεκπεραιώνονται άμεσα ακόμη και στην περίπτωση δυσλειτουργίας του ενός εκ των δύο αναλυτών.» Διευκρινίζουμε ότι η περίπτωση δυσλειτουργίας του ενός αναλυτή επηρεάζει το σύνολο της ημερήσιας ρουτίνας του εργαστηρίου.

Επίσης, όπως αναφέρεται στα επίσημα έντυπα των ανοσολογικών αναλυτών η αναγραφόμενη παραγωγικότητα είναι η μέγιστη δυνατή και μπορεί να επιτευχθεί υπό ιδανικές συνθήκες (πχ μόνο για εξετάσεις ενός σταδίου).

Στα παραπάνω αξίζει να προστεθεί η μακρόχρονη εμπειρία του εργαστηρίου του Νοσοκομείου με χρήση 2 ανοσολογικών αναλυτών με μέγιστη παραγωγικότητα 200 εξετάσεων ανά ώρα έκαστος, η οποία έχει καταδείξει ότι σε περιπτώσεις αυξημένου φόρτου εργασίας όπως γενική εφημερία, περιορισμός προσωπικού για διάφορους λόγους (ασθένειες, ειδικές άδειες κτλ) ή δυσλειτουργίας αναλυτικών συστημάτων, ο χρόνος έκδοσης των αποτελεσμάτων στις εξετάσεις αυξημένης σημαντικότητας όπως οι καρδιακοί δείκτες που εκτελούνται στους ανοσολογικούς αναλυτές ήταν αρκετά αυξημένος και πέρα από τα επιθυμητά για το εργαστήριο επίπεδα. Τελευταία λόγω της πανδημίας COVID-19 υπάρχει επιπλέον σημαντική αύξηση ορισμένων ζητούμενων εξετάσεων όπως φερριτίνη και προκαλσιτονίνη.

Με βάση τα παραπάνω κρίνεται απαραίτητη η αύξηση της παραγωγικότητας των ανοσολογικών αναλυτών του Βιοχημικού εργαστηρίου. Η ζητούμενη αύξηση από 400 σε 500 συνολικά εξετάσεις ανά ώρα είναι η ελάχιστη επιθυμητή ώστε και να μπορεί να καλυφθεί η ανάγκη του εργαστηρίου για ταχύτερη έκδοση αποτελεσμάτων αλλά και να μην περιοριστεί σημαντικά η δυνατότητα συμμετοχής στο Διαγωνισμό.



Επιπλέον σχετικά με την προσπάθεια της προσφεύγουσας εταιρείας να καταδείξει ως παράλογη και υπερβολική της απαίτηση της Διακήρυξης για συνολική παραγωγικότητα ανοσολογικών αναλυτών 500 εξετάσεων ανά ώρα, θα θέλαμε να επισημάνουμε ότι βασίζεται σε υπολογισμούς για τους οποίους γνωρίζει πολύ καλά ότι δεν στηρίζονται σε πραγματικά στοιχεία και στην καθημερινή πράξη. Αφενός, ο πραγματικός ετήσιος αριθμός εξετάσεων είναι πολλαπλάσιος του ζητούμενου στη Διακήρυξη (ο οποίος αντανακλά τον προϋπολογισμό του Διαγωνισμού και ΟΧΙ τις πραγματικές ετήσιες ανάγκες) και αυξημένος σε σχέση με τα δεδομένα του διαγωνισμού του 2016 που επικαλείται η εταιρεία ... . Σημειωτέον ότι ο νέος προϋπολογισμός τον επικαλείται η προσφεύγουσα εταιρεία έχει κατά πολύ υποστεί περικοπές από το Νοσοκομείο και σε μικρό χρονικό διάστημα εξαντλούνται οι ποσότητες των συμβάσεων και προχωρούμε κατ' ανάγκην σε εξωσυμβατικές παραγγελίες. Αφετέρου, στην καθημερινή εργαστηριακή πράξη είναι γνωστό ότι στο εργαστήριο δεν εκτελείται ο ίδιος αριθμός εξετάσεων κάθε ημέρα και οπωσδήποτε όχι ένας μέσος όρος που εσφαλμένα θεωρεί ότι όλες οι ημέρες του χρόνου έχουν τον ίδιο φόρτο εργασίας (καθημερινές σε σχέση με Σαββατοκύριακα, γενικές με εσωτερικές εφημερίες και 3 ημέρες την εβδομάδα με επιπλέον τα δείγματα από 3 Κέντρα Υγείας). Επιπλέον η κατανομή των εξετάσεων δεν είναι ίδια κατά τη διάρκεια της ημέρας με την πρωινή βάρδια να καλείται να διεκπεραιώνεται το 80% των ημερήσιων εξετάσεων.

Από τα παραπάνω γίνεται προφανές ότι η αιτίαση της προσφεύγουσας εταιρείας ότι το Βιοχημικό εργαστήριο του ... καλείται να εκτελέσει 159 εξετάσεις σε διάστημα 24 ωρών εκτός από παντελώς αβάσιμος είναι και επικίνδυνα απλουστευτικός. Η δήλωση της εταιρείας ... στην εν λόγω προσφυγή όπως αναγράφεται στη σελίδα 11 «Από τα ανωτέρω αποδεικνύεται ότι η αύξηση της παραγωγικότητας των ανοσολογικών αναλυτών όχι μόνο δεν εξυπηρετεί σε τίποτα τις πραγματικές ανάγκες του εργαστηρίου για την πραγματοποίηση των εξετάσεων, αλλά είναι καταφανώς δυσανάλογες με τις ανάγκες του εργαστηρίου» όπως προκύπτει από τα ανωτέρω στερείται οποιασδήποτε

πραγματικής βάσης και αφαιρεί από τον άμεσα ενδιαφερόμενο, το Βιοχημικό εργαστήριο, το δικαίωμα στη γνώση του αντικειμένου του.

Αξίζει να σημειωθεί περαιτέρω και το γεγονός ότι για τη συγκεκριμένη απαίτηση των προδιαγραφών μόνο η εταιρεία ... κατέθεσε παρατήρηση ότι αδυνατεί να την καλύψει στη διαδικασία των διαβουλεύσεων. [...].», ενώ επί του δεύτερου προβαλλόμενου ισχυρισμού της προσφεύγουσας, η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει ότι: «[...] Σχετικά με τα αναφερόμενα στην παράγραφο II.B. Ένταξη ΝΕΩΝ εξετάσεων ΕΡΥΘΡΟΠΟΙΗΤΙΝΗ ΕΡΟ & IL-6 ΙΝΤΕΡΛΕΥΚΙΝΗ 6 ως υποχρεωτικές εξετάσεις στον Πίνακα των εξετάσεων, ισχύουν τα εξής:

Όπως ρητά περιγράφηκε στην απάντηση της επιτροπής σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών κατά τη διαδικασία των δύο Διαβουλεύσεων στην αντίστοιχη παρατήρηση της εν λόγω εταιρείας σχετικά με την εξέταση ΙΝΤΕΡΛΕΥΚΙΝΗ 6 αν και δεν εκτελείται έως τώρα στο εργαστήριο, αποτελεί πλέον απαραίτητο διαγνωστικό εργαλείο καθώς είναι δείκτης παρακολούθησης της εξέλιξης της νόσου και τροποποίησης θεραπείας για ασθενείς με COVID-19 καθώς και οξείας φλεγμονώδους απόκρισης. Συνεπώς παραμένει ως υποχρεωτική εξέταση.

Όσον αφορά τις εξετάσεις Κυστατίνη C, Κυκλοσπορίνη, Ερυθροποιητίνη ενώ στην 3<sup>η</sup> Διαβούλευση της 6/11/2020 είχαν ζητηθεί ως προαιρετικές και με αυτό το χαρακτηρισμό αναρτήθηκαν στον ιστότοπο της ..., στη Διακήρυξης ... με ημερομηνία 8/12/2020 εκ παραδρομής καταχωρήθηκαν ως υποχρεωτικές.

Σχετικά με την αιτίαση της προσφεύγουσας εταιρείας ότι τις συγκεκριμένες εξετάσεις τις διαθέτει μόνο μία εταιρεία με συνέπεια τον περιορισμό του ανταγωνισμού κατά τη διαγνωστική διαδικασία, έχουμε να αναφέρουμε ότι κατά τη διαδικασία των διαβουλεύσεων μόνο η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε παρατήρηση ότι αδυνατεί να προσφέρει τις συγκεκριμένες εξετάσεις. Οι συγκεκριμένες εξετάσεις εκτελούνται σε ανοσολογικούς αναλυτές που υπάρχουν διαθέσιμοι και από άλλες εταιρείες πέρα από των αναφερόμενων ... από την προσφεύγουσα εταιρεία ..., όπως πχ ..., ..., ... καθώς και άλλες. Ο συγκεκριμένος ισχυρισμός είναι επιπλέον και αναληθής καθώς στον ιστότοπο της εταιρείας ... αναφέρεται διαθεσιμότητα αντιδραστηρίων και για τις δύο εν λόγω εξετάσεις.

Λαμβανομένης υπόψη της μέγιστης ανάγκης ολοκλήρωσης του διαγωνισμού για την προμήθεια της συγκεκριμένης ομάδας 1 εξετάσεων των ΒΙΟΧΗΜΙΚΩΝ ΑΝΑΛΥΤΩΝ για τις ανάγκες του ... για την αντιμετώπιση των έκτακτων αναγκών από τον κορωνοϊό, COVID-19 θεωρούμε ότι είναι αδήριτη ανάγκη να συνεχίσει η Διαγωνιστική Διαδικασία για την προμήθεια των παραπάνω εξετάσεων της ΟΜΑΔΑΣ 1 και η υπό κρίση αίτηση πρέπει να απορριφθεί. [...]». Ομοίως, επί του μόνου λόγου προσφυγής, όπως αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς, η παρεμβαίνουσα εταιρεία, στις σελ. 4-11, υπό «α. Ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής» υποστηρίζει ότι: «[...]. Β. Οι κατά τα πιο πάνω όμως έχουσες αιτιάσεις της προσφεύγουσας κατά της διακήρυξης του διαγωνισμού είναι απορριπτέες προεχόντως ως απαράδεκτες και αβάσιμες. Και τούτο διότι:

1. Κατ' αρχάς όσον αφορά στη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας ο περί αποκλεισμού της συμμετοχής της ισχυρισμός της είναι απορριπτέος προεχόντως ως αόριστος, αφού αναφέρει γενικώς ότι δεν διαθέτει ανοσολογικούς αναλυτές παραγωγικότητας 250 εξετάσεων ανά ώρα, χωρίς ωστόσο να προσδιορίζει ποιους ειδικότερα ανοσολογικούς αναλυτές ταχύτητας κάτω των 250 εξετάσεων ανά ώρα διαθέτει και προτίθεται να προσφέρει στο διαγωνισμό. Ουδεμία δε άλλωστε γίνεται μνεία ή οποιαδήποτε άλλη αναφορά στην υπό εξέταση προσφυγή της ως προς την δυνατότητά της να αναλάβει κατά τα λοιπά την οικεία σύμβαση και ειδικότερα ουδόλως δηλώνεται ότι πληροί τους υπόλοιπους όρους της διακήρυξης, προκειμένου η άσκηση της προσφυγής της να μην παρίσταται, εν πάση περιπτώσει, αλυσιτελής (ΑΕΠΠ 1047/2019, σκ. 40, ΑΕΠΠ 126/2017 σκ. 38-39, 721/2018 κ.ά.), αλλ' ούτε και καθ' οιονδήποτε τρόπο αναφέρει, ενόψει του ότι η διακήρυξη επιτρέπει την σύμπραξη εταιρειών και την υπερβολαβία, για ποιο λόγο στερείται της δυνατότητας να αναθέσει το τμήμα αυτό του διαγωνισμού σε άλλη εταιρεία που διαθέτει τέτοιας παραγωγικότητας αναλυτές και επομένως να συμμετάσχει απροσκόπτως και παραδεκτώς στην παρούσα διαγωνιστική διαδικασία.

2. Ανεξαρτήτως όμως των ανωτέρω οι ως άνω αιτιάσεις της προσφεύγουσας, με τις οποίες, μέσω της κατά γενικό τρόπο αμφισβήτησης της νομιμότητας και της πρακτικής αξίας των επίμαχων τεχνικών όρων της

διακήρυξης, προσβάλλονται οι λόγοι θέσπισής τους, επιχειρώντας έτσι να προσδιορίσει ή ίδια τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με τις δικές της δυνατότητες και εκτιμήσεις, αυτοτελώς εξεταζόμενες, είναι απορριπτέες προεχόντως ως απαράδεκτες (Ε.Α. 303/2007). Και τούτο γιατί, κατ' αυτόν τον τρόπο, αμφισβητείται ευθέως η ανέλεγκτη ακυρωτικώς σκοπιμότητα επιλογής των επίμαχων τεχνικών προδιαγραφών από την Διοίκηση, η οποία, κατά τα προεκτεθέντα, έχει ευρεία διακριτική ευχέρεια να διαμορφώνει τους όρους της διακήρυξης ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας (ΕΑ ΣΤΕ 866/2010, 577/2008, 1317/2007, 965/2007, 1274/2006, 977/2006, 875/2005, 45/2004, 356/2004, 373/2004, 624/2004, 918/2003, 983/2003, 284/2002, ΔΕΦΑΘ 561/2013, ΑΕΠΠ 227/2017).

3. Εξ άλλου, όπως εκτίθεται στις κατά τα πιο πάνω δεσμευτικές τεχνικού χαρακτήρα απόψεις που υπέβαλε, κατ' άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. η αιτίαση της προσφεύγουσας εταιρείας ότι το βιοχημικό εργαστήριο του Νοσοκομείου, εκτελεί, σύμφωνα με τους υπολογισμούς της εκτελεί κατά μέσο όρο μόνο 159 ανοσολογικές εξετάσεις σε διάστημα 24 ωρών, είναι και επί της ουσίας της απορριπτέα ως ουσιαστικά αβάσιμη. Και τούτο διότι, όπως σχετικώς αναφέρεται στις εν λόγω επί του ανωτέρω τεχνικού θέματος απόψεις της διοίκησης, η συγκεκριμένη προδιαγραφή, για την ταχύτητα του ζητούμενου ανοσολογικού αναλυτή, έχει τεθεί όχι, όπως υπολαμβάνει η προσφεύγουσα, με βάση τον ημερήσιο μέσο όρο που προκύπτει από τη διαίρεση του συνόλου των ζητούμενων εξετάσεων με τις 365 ημέρες διάρκειας της υπόψη σύμβασης, αλλά με βάση «το γεγονός ότι το εργαστήριο εκτελεί επείγουσες εξετάσεις καρδιακών δεικτών, οι οποίες πρέπει να διεκπεραιώνονται άμεσα ακόμη και στην περίπτωση δυσλειτουργίας του ενός εκ των δύο αναλυτών». Όπως δε επί πλέον επισημαίνεται στις εν λόγω απόψεις, που συνιστούν σε κάθε περίπτωση την αιτιολογία της προσβαλλόμενης κανονιστικής πράξεως, «στην καθημερινή εργαστηριακή πράξη είναι γνωστό ότι στο εργαστήριο δεν εκτελείται ο ίδιος αριθμός εξετάσεων κάθε ημέρα και οπωσδήποτε όχι ένας μέσος όρος που εσφαλμένα θεωρεί ότι όλες οι ημέρες του

χρόνου έχουν τον ίδιο φόρτο εργασίας (καθημερινές σε σχέση με Σαββατοκύριακα, γενικές με εσωτερικές εφημερίες και 3 ημέρες την εβδομάδα με επιπλέον τα δείγματα από 3 Κέντρα Υγείας)...Στα παραπάνω αξίζει να προστεθεί η μακρόχρονη εμπειρία του εργαστηρίου του Νοσοκομείου με χρήση 2 ανοσολογικών αναλυτών με μέγιστη παραγωγικότητα 200 εξετάσεων ανά ώρα έκαστος, η οποία έχει καταδείξει ότι σε περιπτώσεις αυξημένου φόρτου εργασίας, όπως γενική εφημερία, περιορισμός προσωπικού για διάφορους μη προβλέψιμους λόγους (ασθένειες, ειδικές άδειες κτλ) ή δυσλειτουργίας αναλυτικών συστημάτων, ο χρόνος έκδοσης των αποτελεσμάτων στις εξετάσεις αυξημένης σημαντικότητας, όπως οι καρδιακοί δείκτες που διενεργούνται στους ανοσολογικούς αναλυτές ήταν αρκετά αυξημένος και πέρα από τα επιθυμητά για το εργαστήριο επίπεδα».

4. Συνεπώς ο υπό κρίση λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί προεχόντως ως απαράδεκτος, καθόσον ανεπιτρέπτως αμφισβητείται η σκοπιμότητα θέσπισης της προσβαλλόμενης προδιαγραφής, σε κάθε δε περίπτωση ως αβάσιμος, καθόσον η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της αιτιολογεί επαρκώς και σύμφωνα με τις ανάγκες της την θέσπιση της εν λόγω προδιαγραφής (ΑΕΠΠ 270/2018).

5. Εξ άλλου η υπό εξέταση προσφυγή, στο βαθμό που αιτείται την τροποποίηση των όρων της προσβαλλόμενης διακήρυξης, ασκείται απαραδέκτως, δεδομένου ότι σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 367 παρ. 2 ν. 4412/2016 και 18 παρ. 4 του π.δ. 39/2017 επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης, όπως εν προκειμένω επιδιώκεται, η ΑΕΠΠ ακυρώνει την πράξη, ενώ σε κάθε περίπτωση εκφεύγει της αρμοδιότητάς της να διατάξει την τροποποίηση της προσβαλλόμενης πράξης (ΑΕΠΠ 721/2018).

6. Περαιτέρω απορριπτέοι ως άνευ έννομης επιρροής είναι οι συνεχόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας με τους οποίους διατείνεται ότι οι ως άνω προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης, κατά το μέρος που την αποκλείουν, μειώνουν τον ανταγωνισμό και έχουν τεθεί ως εκ τούτου επί βλάβη του δημοσίου συμφέροντος, καθόσον ανεξαρτήτως του ότι δεν ευσταθεί, προβάλλεται απαραδέκτως ως εκ συμφέροντος τρίτου (βλ. Ε. Παυλίδου, Η συμμετοχή του

τρίτου στη Διοικητική Δίκη, Παρέμβαση – Τριτανακοπή, 2017, σ. 153 και 159, Ε.Α. ΣΤΕ 472/2012, 395/2011, ΑΕΠΠ 1047/2019, 176/2018, πρβλ ΣΤΕ 2319/2016, 2966/2011).

7. Οι ως άνω άλλωστε άνευ έννομης ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι και επί της ουσίας τους τελείως αβάσιμοι, καθόσον πέραν της εταιρείας μας, η οποία διαθέτει τον ανοσολογικό αναλυτή ... του οίκου «...» τις εν λόγω προδιαγραφές ως προς την ζητούμενη ταχύτητα των ανοσολογικών αναλυτών καλύπτει ικανός αριθμός και άλλων προμηθευτών της οικείας αγοράς, όπως λ.χ. η εταιρεία «... η οποία διαθέτει τον ανοσολογικό αναλυτή «...» παραγωγικότητας 440 εξετάσεων ανά ώρα (βλ. σχετ. φυλλάδιο της εταιρείας «...»), η εταιρεία «...» η οποία διαθέτει τον αναλυτή «...» με ταχύτητα 300 εξετάσεων ανά ώρα (βλ. σχετ. φυλλάδιο «...») κλπ.

8. Τέλος απορριπτέα ως άνευ έννομης επιρροής είναι και όσα σχετικώς επικαλείται η προσφεύγουσα περί των τεχνικών προδιαγραφών που είχαν τεθεί, όσον αφορά την ζητούμενη παραγωγικότητα των ανοσολογικών αναλυτών, σε παρεμφερή προηγούμενο διαγωνισμό της αναθέτουσας αρχής, όπως επίσης και σε άλλους διαγωνισμούς άλλων φορέων, καθόσον ενόψει της αρχής της αυτοτέλειας που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, ουδεμία σημασία έχουν τα συμβάντα σε άλλους διαγωνισμούς της ίδιας ή άλλης υπηρεσίας στους οποίους συμμετείχε αυτή (ΣΤΕ 4099/2010, ΕΑ 1239/2010, 177/2010, 1072/2009, 109/2008, 1297/2007, 805/2007, 318/2006, 752/2004, 436/2003 κ.α.).

9. Πρέπει ως εκ τούτου, σύμφωνα όσα εκτέθηκαν παραπάνω, να απορριφθεί στο σύνολό του ο υπό κρίση λόγος της προσφυγής. [...]. Αντίστοιχα, επί του δεύτερου προβαλλόμενου ισχυρισμού της προσφεύγουσας, η παρεμβαίνουσα στις σελ. 11-14 της ασκηθείσας παρέμβασής της, υπό «β. Ως προς τον δεύτερο λόγο της προσφυγής», εκθέτει σχετικά τα ακόλουθα: «Υπό τα παραπάνω δεδομένα, εφόσον η κατά τα πιο πάνω απόρριψη του πρώτου λόγου της προσφυγής συνεπάγεται το απαράδεκτο της τυχόν συμμετοχής της προσφεύγουσας στο διαγωνισμό, αφού, όπως η ίδια δηλώνει, δεν διαθέτει ανοσολογικούς αναλυτές ταχύτητας 250 εξετάσεων ανά ώρα, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση του δεύτερου λόγου αυτής, λόγω ελλείψεως εννόμου

συμφέροντός της, καθόσον ακόμη και εάν ήθελε γίνει δεκτός, εν όλω ή εν μέρει, η προσφεύγουσα ως μη καλύπτουσα τις λοιπές προδιαγραφές αποκλείεται του διαγωνισμού. Σε κάθε περίπτωση πάντως ο λόγος αυτός με τον οποίο η προσφεύγουσα ζητεί να διαγραφούν οι ζητούμενες ως υποχρεωτικές ανοσολογικές εξετάσεις της ερυθροποιητίνης Ερο και ΙΙ-6 Ιντερλευκίνης 6 (100 και 150 αντίστοιχα), ισχυριζόμενη ότι η συγκεκριμένη απαίτηση αποκλείει τη συμμετοχή της καθώς και όλων των μεγάλων εταιρειών της οικείας αγοράς, αφού μόνο η εταιρεία μας διαθέτει ανοσολογικούς αναλυτές που μπορούν να πραγματοποιήσουν τις συγκεκριμένες εξετάσεις, είναι απορριπτέος προεχόντως ως απαράδεκτος και αβάσιμος. Και τούτο διότι:

1. Ο εν λόγω ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι οι ως άνω ζητούμενες εξετάσεις διενεργούνται αποκλειστικά και μόνο από μηχανήματα της εταιρείας μας, ανεξαρτήτως του ότι είναι τελείως αόριστος, αφού δεν παρατίθεται κανένα συγκεκριμένο στοιχείο ή έγγραφο προς τεκμηρίωσή του ούτε καν προσδιορίζεται ποιος συγκεκριμένα αναλυτής μας καλύπτει την εν λόγω προδιαγραφή, ακόμη και εάν ήθελε κριθεί αληθής, ουδεμία έχει έννομη επιρροή ούτε αρκεί για να θεωρηθούν οι τεχνικές αυτές απαιτήσεις ως φωτογραφικές (ΣΤΕ 429/2010, ΣΤΕ 1140/2010, 1024-1025/2010, 836/2010, Ε.Α. ΣΤΕ 676/2011, 1140, 1024, 1025, 836/2010, 829, 201/2007, ΔΕφΘ 126/2018, ΔΕφΑΘ 296/2013, ΑΕΠΠ 15/2018, 226/2017, 227/2018), καθόσον, όπως εκτέθηκε στον προηγούμενο λόγο, η συμπερίληψη στη διακήρυξη απαιτήσεων αναγκαίων, κατά την εκτίμηση της υπηρεσίας, που ενδεχομένως μπορεί να συνεπάγονται την αδυναμία συμμετοχής υποψηφίων στο διαγωνισμό που δεν διαθέτουν αντίστοιχα προϊόντα, δεν παραβιάζει, αυτή και μόνη, άνευ ετέρου, τους κανόνες του ανταγωνισμού, αφού από τη φύση τους ούτως ή άλλως οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων.

2. Πέραν όμως των ανωτέρω οι εν λόγω αιτιάσεις της προσφεύγουσας, πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτες, σύμφωνα με τις εκτεθείσες στον πρώτο λόγο της παρούσας νομικές σκέψεις, καθόσον με αυτές αμφισβητείται η ανέλεγκτη ακυρωτικώς σκοπιμότητα της διενέργειας των ζητούμενων εξετάσεων από την

## Αριθμός Απόφασης: 378/2021

αναθέτουσα αρχή (ΕΑ ΣτΕ 866/2010, 577/2008, 1317/2007, 965/2007, 1274/2006, 977/2006, 875/2005, 45/2004, 356/2004, 373/2004, 624/2004, 918/2003, 983/2003, 284/2002, ΔΕφΑθ 561/2013, ΑΕΠΠ 227/2017).

3. Εξ άλλου, όπως εκτίθεται στις απόψεις, που κατά τα ανωτέρω υπέβαλε η αναθέτουσα αρχή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., η υπό κρίση αιτίαση της προσφεύγουσας, είναι και επί της ουσίας της απορριπτέα ως ουσιαστικά αβάσιμη. Και τούτο διότι, παρά τα όσα αναποδείκτως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, η εξέταση της ιντερλευκίνης 6, όπως σχετικώς αναφέρει η αναθέτουσα αρχή αιτιολογώντας την επιλογή της, «... αποτελεί πλέον απαραίτητο διαγνωστικό εργαλείο, καθώς είναι δείκτης της εξέλιξης της νόσου και τροποποίησης θεραπείας για ασθενείς με COVID – 19 καθώς και οξείας φλεγμονώδους απόκρισης», γεγονός που καθιστά την συγκεκριμένη εξέταση υποχρεωτική ως αναγκαία για την προστασία των συγκεκριμένων ασθενών και όχι προαιρετική ή απλώς επιθυμητή, όπως αβασίμως επιδιώκει για τους ιδιοτελείς λόγους της η προσφεύγουσα.

4. Απορριπτέα εξ άλλου ως άνευ έννομης επιρροής είναι και όσα σχετικώς επικαλείται η προσφεύγουσα περί της προαιρετικότητας των εν λόγω εξετάσεων, σε αορίστως αναφερόμενο προηγούμενο διαγωνισμό άλλης αναθέτουσας αρχής, καθόσον πέραν του ότι η υποχρεωτικότητα ειδικώς της εξέτασης της ιντερλευκίνης 6 έχει ανακύψει λόγω της επιδημίας του COVID – 19, σύμφωνα με την αρχή της αυτοτέλειας που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, ουδεμία σημασία έχουν τα συμβάντα σε άλλους διαγωνισμούς προμηθειών της ίδιας ή άλλης υπηρεσίας (ΣτΕ 4099/2010, ΕΑ 1239/2010, 177/2010, 1072/2009, 109/2008, 1297/2007, 805/2007, 318/2006, 752/2004, 436/2003 κ.α.).

5. Πλέον τούτου ουσιαστικά αβάσιμος είναι και ο κατά τα πιο πάνω ούτως ή άλλως άνευ έννομης επιρροής συνεχόμενος ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι μόνον οι αναλυτές της εταιρείας μας διενεργούν τις εν λόγω εξετάσεις, καθόσον, πέραν του ότι, όπως αναφέρεται στις ως άνω απόψεις της αναθέτουσας αρχής, «κατά τη διαδικασία των διαβουλεύσεων μόνο η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε παρατήρηση ότι αδυνατεί να προσφέρει τις συγκεκριμένες εξετάσεις, οι συγκεκριμένες εξετάσεις εκτελούνται σε ανοσολογικούς αναλυτές που υπάρχουν



διαθέσιμοι και από άλλες εταιρείες πέρα των αναφερομένων ... από την προσφεύγουσα εταιρεία ..., όπως π.χ ..., ..., ... καθώς και άλλες. Ο συγκεκριμένος ισχυρισμός είναι επιπλέον και αναληθής καθώς στον ιστότοπο της εταιρείας ... αναφέρεται διαθεσιμότητα αντιδραστηρίων και για τις δύο εν λόγω εξετάσεις» (βλ. σχετ. στον ιστότοπο ... της εταιρείας ...).

6. Ως εκ τούτου και λαμβανομένου υπόψη ότι ακόμη και εάν ήθελε γίνει δεκτό ότι διενέργεια των εξετάσεων της ερυθροποιητίνης Ερο έπρεπε να είναι προαιρετική των, η προσφεύγουσα, εφόσον ο αναλυτής της, όπως ίδια δηλώνει, αδυνατεί να διενεργήσει την υποχρεωτική εξέταση II-6 Ιντερλευκίνης, στερείται εννόμου συμφέροντος για την ακύρωσή της, πρέπει ο υπό κρίση λόγος να απορριφθεί στο σύνολό του ως απαράδεκτος.».

25. Επειδή, ενόψει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών και κατόπιν επισκόπησης της φερόμενης προς κρίση υπόθεσης, πρέπει να ειπωθούν τα ακόλουθα. Όπως ήδη εκτέθηκε αναλυτικά ανωτέρω στη σκέψη 18 της παρούσας, η σκοπιμότητα της θέσπισης όρων της διακήρυξης, απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό, καθώς αναγνωρίζεται ευρεία διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να διαμορφώνει τους όρους του διαγωνισμού και να καθορίζει τα απαιτούμενα τεχνικά χαρακτηριστικά των προς προμήθεια ειδών, σύμφωνα με τις ανάγκες της και τις ειδικές συνθήκες που εκάστοτε επικρατούν. Αλλωστε, ως κρίθηκε προσφάτως, το περιθώριο εκτιμήσεως της αναθέτουσας αρχής στον ευαίαθητο τομέα της δημόσιας υγείας, δικαιολογείται από το γεγονός ότι οι αναθέτουσες αρχές γνωρίζουν καλύτερα τις προμήθειες που χρειάζονται και είναι οι πλέον αρμόδιες να καθορίζουν τις προϋποθέσεις που πρέπει να συντρέχουν ώστε να επιτευχθεί το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα (C-413/17 της 25ης Οκτωβρίου 2018 «Roche Lietuva» UAB). Εν προκειμένω, καίτοι δεν αμφισβητείται η ορθότητα των προβαλλόμενων ισχυρισμών της προσφεύγουσας, όπως συμπληρώνονται με το υποβληθέν από αυτήν υπόμνημα, σχετικά με τον όγκο των απαιτούμενων εξετάσεων που πραγματοποιεί το βιοχημικό εργαστήριο του νοσοκομείου, είναι σαφές ότι, ενόψει και της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών

διαδικασιών, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να μεταβάλει τις ζητούμενες τεχνικές προδιαγραφές. Περιορισμός σε αυτή την ευχέρεια που διαθέτει η αναθέτουσα αρχή, είναι να τελούν οι τιθέμενες προδιαγραφές σε εύλογη σχέση μέσου και επιδιωκόμενου σκοπού, να συνδέονται και να σχετίζονται με το αντικείμενο της προκηρυσσόμενης σύμβασης, όπως αυτή προσδιορίζεται βάσει των ειδικών χαρακτηριστικών της και να μην οδηγούν σε υπέρμετρο περιορισμό του ανταγωνισμού κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας και της απαγόρευσης των διακρίσεων. Εξάλλου, έχει κριθεί ότι στο μέτρο που η προσφεύγουσα με τους προβαλλόμενους από αυτήν λόγους προσφυγής, επιδιώκει υπό τη μορφή γενικής αμφισβήτησης της σκοπιμότητας και της νομιμότητας της προκηρυχθείσας διαγωνιστικής διαδικασίας, να προδιαγράψει κατά τις επαγγελματικές της ανάγκες τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει με βάση τις δικές της δυνατότητες τις τεχνικές προδιαγραφές αυτών, οι ισχυρισμοί της προβάλλονται άνευ εννόμου συμφέροντος και ως εκ τούτου απορρίπτονται ως απαράδεκτοι (ΕΑ ΣτΕ 307/2007, Ε.Α. 354/2014, 1140/2010 Ε.Α. 3719/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.). Υπέρ της ανωτέρω παραδοχής συνηγορούν και τα υποστηριζόμενα από την ίδια την προσφεύγουσα στο υπόμνημά της, όπου αναφέρει χαρακτηριστικά «*[...]. Η επιλογή της επίμαχης τεχνικής προδιαγραφής έχει ως συνέπεια τον αποκλεισμό της εταιρίας μας από τη δυνατότητα συμμετοχής στο Διαγωνισμό, αφού η εταιρεία μας διαθέτει ανοσολογικούς αναλυτές με παραγωγικότητα εκάστου ανοσολογικού αναλυτή έως και 200 εξετάσεις ανά ώρα (δηλαδή 400 εξετάσεων ανά ώρα για τους ζητούμενους δύο αναλυτές), η οποία υπερκαλύπτει τις ανάγκες του εργαστηρίου, αλλά δεν καλύπτει την επίμαχη τεχνική προδιαγραφή. [...]*». Εκ των ανωτέρω συνεπώς, καθίσταται σαφές ότι η προσβολή του επίμαχου όρου της διακήρυξης εκ μέρους της προσφεύγουσας, κατά τον οποίο προσδιορίζεται η παραγωγικότητα των ζητούμενων ανοσολογικών αναλυτών, όπως απαιτείται να ανέρχεται στη δυνατότητα διεξαγωγής 500 εξετάσεων ανά ώρα (250 εξετάσεις έκαστος αναλυτής), εδράζεται εν τοις πράγμασι αποκλειστικά και μόνο στην αδυναμία της να προσφέρει αντίστοιχο ανοσολογικό αναλυτή, καθώς το εμπορευόμενο από αυτήν προϊόν έχει

δυνατότητα διεξαγωγής 200 εξετάσεων ανά ώρα (έκαστος εκ των δύο προσφερόμενων αναλυτών). Εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή, αιτιολογεί επαρκώς και σύμφωνα με τις ανάγκες της, τη θέσπιση της εν λόγω προδιαγραφής, ενώ παρατίθεται τόσο από την αναθέτουσα αρχή όσο και από την παρεμβαίνουσα, σειρά προϊόντων έτερων οικονομικών φορέων, τα οποία δύνανται να καλύψουν τον απαιτούμενο αριθμό εξετάσεων, χωρίς να μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι αποκλειστικός στόχος των επίμαχων προδιαγραφών ήταν να περιοριστεί ο ανταγωνισμός σε βάρος της προσφεύγουσας, και να μην της δοθεί η δυνατότητα υποβολής προσφοράς στον υπό κρίση διαγωνισμό, όπως διατείνεται όλως αόριστα και αβάσιμα στο υπόμνημά της. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο πρώτος ισχυρισμός της προσφεύγουσας κρίνεται απορριπτέος ως απαραδέκτως προβαλλόμενος, σε κάθε δε περίπτωση ως νόμω και ουσία αβάσιμος, ενώ αντίστοιχα πρέπει να γίνουν δεκτοί οι σχετικοί ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

26. Επειδή, περαιτέρω, αναφορικά με τον δεύτερο προβαλλόμενο ισχυρισμό της προσφεύγουσας, λεκτέα τυγχάνουν τα εξής. Όπως παραδέχεται και η ίδια η αναθέτουσα αρχή με τις υποβληθείσες απόψεις της, η εξέταση ΕΡΥΘΡΟΠΟΙΗΤΙΝΗ ΕΡΟ, εκ παραδρομής τέθηκε στις τεχνικές προδιαγραφές του διαγωνισμού ως υποχρεωτική και συνεπώς, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ως προς την εν λόγω εξέταση, πρέπει να γίνει δεκτός. Ωστόσο, αναφορικά με την εξέταση IL-6 ΙΝΤΕΡΛΕΥΚΙΝΗ 6, είναι προφανές ότι ενόψει όσων έγιναν δεκτά ανωτέρω στη σκέψη 26, η προσφεύγουσα απαραδέκτως αμφισβητεί τη σκοπιμότητα θέσπισης της εν λόγω εξέτασης ως υποχρεωτικής. Συγκεκριμένα, όπως επεξηγήθηκε με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, η τελευταία αυτή εξέταση αποτελεί πλέον απαραίτητο διαγνωστικό εργαλείο καθώς είναι δείκτης παρακολούθησης της εξέλιξης της νόσου και τροποποίησης θεραπείας για ασθενείς με COVID-19 καθώς και οξείας φλεγμονώδους απόκρισης. Σύμφωνα λοιπόν με τις απόλυτα εξειδικευμένες ανάγκες της αναθέτουσας αρχής, αλλά και τις όλως εξαιρετικές συνθήκες που πλέον επικρατούν στην χώρα μας, εξαιτίας της πανδημίας του

κορωνοϊού Covid-19, καθίσταται αναγκαία και επιβεβλημένη η πρόβλεψη της εν λόγω εξέτασης ως υποχρεωτικής. Εξάλλου, όπως υποστηρίζουν βάσιμα τόσο η αναθέτουσα αρχή όσο και η παρεμβαίνουσα, δραστηριοποιούνται στον χώρο και άλλες εταιρείες, οι οποίες δύνανται να προσφέρουν ανοσολογικούς αναλυτές που να πραγματοποιούν τις επίμαχες εξετάσεις και ως εκ τούτου δεν ευσταθεί ούτε και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ότι η συγκεκριμένη προδιαγραφή ευνοεί αθέμιτα τα προϊόντα αποκλειστικά και μόνο της παρεμβαίνουσας εταιρείας, ενώ δεδομένου ότι η προσφεύγουσα δεν τεκμηρίωσε τον υπό κρίση ισχυρισμό της πέραν πάσης αμφιβολίας, αυτός προβάλλεται και αορίστως. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων και ο δεύτερος ισχυρισμός της προσφεύγουσας κρίνεται απορριπτός ως απαραδέκτως προβαλλόμενος, σε κάθε δε περίπτωση ως νόμω και ουσία αβάσιμος, ενώ αντίστοιχα πρέπει να γίνουν δεκτοί οι σχετικοί ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας. Ως εκ τούτου, η προσφυγή κρίνεται απορριπτή στο σύνολό της.

27. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή να απορριφθεί.

28. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

29. Επειδή, η ασκηθείσα παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

#### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την ασκηθείσα παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

**Αριθμός Απόφασης: 378/2021**

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 8 Φεβρουαρίου 2021 και εκδόθηκε στις 25 Φεβρουαρίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**Χρυσάνθη Ζαράρη**

**Ελένη Λεπίδα**