



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
ΓΕΝ. Δ/ΝΣΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
Δ/ΝΣΗ ΝΟΜΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ
ΤΜΗΜΑ ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΕΩΝ

ΑΠΟΦΑΣΗ
40/2015

(της διαδικασίας του άρθρου 2 παρ. 2, περ. γ', υποπερ. δδ' του ν. 4013/2011, όπως ισχύει)

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Στην Αθήνα σήμερα την 19 Φεβρουαρίου του έτους δύο χιλιάδες δεκαπέντε (2015) ημέρα Δευτέρα και ώρα 10:30 π.μ. και επί της οδού Λ.Κηφισίας 7, στους Αμπελόκηπους, όπου και τα γραφεία της, συνήλθε η **ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ** σε συνεδρίαση μετά από σχετική πρόσκληση του Προέδρου της, η οποία γνωστοποιήθηκε νομίμως σε όλα τα μέλη της Αρχής.

Από τα προσκληθέντα μέλη της Αρχής παρέστησαν κατά την συνεδρίαση τα ακόλουθα:

- 1. Πρόεδρος:** Χριστίνα Μπουσουλέγκα
2. Μέλη: Ευάγγελος Καραμανλής
Ιωάννα Κουλούρη
Δημήτριος Σταθακόπουλος

Τα λοιπά τακτικά και αναπληρωματικά μέλη, καίτοι προσκληθέντα, δεν προσήλθαν.

Γραμματέας: Τσιάβου Στυλιανή

Εισηγήτρια: Αικατερίνη Θεοδωροπούλου, Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά την διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστη η εισηγήτρια Αικατερίνη Θεοδωροπούλου, Νομικός, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., η οποία αποχώρησε πριν την έναρξη της διαδικασίας ψηφοφορίας και λήψης της απόφασης από τα Μέλη της Αρχής.

ΘΕΜΑ: Αίτηση θεραπείας κατά της υπ' αριθμ. 384/2014 απόφασης της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων περί μη παροχής σύμφωνης γνώμης της Αρχής σε αίτημα προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, για την σύναψη σύμβασης προμήθειας εμβολίου Μηνιγγιτιδόκοκκου MCC (ποσότητας 16.731 δόσεων) προϋπολογισθείσας δαπάνης 220.681,89€ πλέον του αναλογούντος Φ.Π.Α., ήτοι 235.026,21 € συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την εμβολιαστική κάλυψη των άπορων και ανασφάλιστων παιδιών.

Με την υπ' αριθμ.112158/2014/23.01.2015 έγγραφη αίτηση θεραπείας του Υπουργείου Υγείας προς την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., η οποία παρελήφθη από την Αρχή στις 23.01.2015 και έλαβε αριθμό πρωτ. 296, όπως συμπληρώθηκε την 17.02.2015 με έγγραφα τα οποία εστάλησαν μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και έλαβαν αριθ. πρωτ. 755/17.02.2015, ζητείται η ανάκληση της υπ' αριθμ. 384/2014 απόφασης της Αρχής, η οποία δεν παρείχε σύμφωνη γνώμη σε αίτημα του Υπουργείου Υγείας για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης με δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, κατόπιν προηγηθέντος διαγωνισμού για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας εμβολίου Μηνιγγιτιδόκοκκου MCC (ποσότητας 16.731 δόσεων) προϋπολογισθείσας δαπάνης 220.681,89€ πλέον του αναλογούντος Φ.Π.Α., ήτοι 235.026,21€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α..

I. Ιστορικό- πραγματικό πλαίσιο

Από το φάκελο της υπόθεσης και τα περιεχόμενα σε αυτόν στοιχεία και σχετικά έγγραφα προκύπτουν τα ακόλουθα:

1. Με τις υπ' αριθμ. 69553/22.07.2013 (ΑΔΑΜ 13REQ001550153 2013-07-22) και 71267/29.07.2013 (ΑΔΑΜ 13REQ001562583 2013-07-22) Αποφάσεις του Υπουργού Υγείας εγκρίθηκε η σκοπιμότητα της προμήθειας εμβολίων α) ηπατίτιδας β' παιδιατρικό, β) πνευμονιόκοκκου 13-δύναμο, γ) ιλαράς-ερυθράς-παρωτίτιδας, δ) μηνιγγιτιδόκοκκου MCC, ε) αιμόφιλου της ινφλιουέντζας τύπου Β' και στ) ανεμευλογιάς. Στις ως άνω αποφάσεις καθορίστηκε η ζητούμενη ποσότητα για έκαστο των ως άνω εμβολίων και η προϋπολογιζόμενη δαπάνη αυτού. Η συνολική δαπάνη της προμήθειας των εμβολίων ανέρχεται σε 499.996,66 και 999.999,29 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 6,5% και στις ως άνω αποφάσεις ορίστηκε ότι θα καλυφθεί από τις πιστώσεις του φ.210 Κ.Α.Ε. 1216 "Προμήθεια για ανάγκες απόρων και ανασφαλιστών" οικονομικού έτους 2013. Αντιστοίχως με τις υπ' αριθμ. 71930/31.07.2013 (ΑΔΑ:ΒΛΩ9Θ-ΛΝΙ) και 25509/21.03.2014 (ΑΔΑ:ΒΙΞ9Θ-0ΦΥ) αποφάσεις της Διεύθυνσης Οικονομικής Διαχείρισης και Υπηρεσιών εγκρίθηκε η δέσμευση ποσού 1.500.000,00 € σε βάρος της πίστωσης φ.210 Κ.Α.Ε. 1216 "Προμήθεια για ανάγκες απόρων και ανασφαλιστών" οικονομικού έτους 2013 και 2014 αντίστοιχα. Επιπροσθέτως, στο Ενιαίο Πρόγραμμα Προμηθειών έτους 2013 εντάχθηκε για τον Φορέα του Υπουργείου Υγείας προϋπολογισμός 1.408.446,91€ για την προμήθεια εμβολίων.

2. Ακολούθως ο Υπουργός Υγείας, με την υπ' αριθ. 116524/16.12.2013 (ΑΔΑ:ΒΛΓΕΘ-ΣΕΞ) απόφασή του, προκήρυξε τη διενέργεια ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού με σφραγισμένες προσφορές για την προμήθεια εμβολίων για την εμβολιαστική κάλυψη των απόρων και ανασφαλιστών παιδιών με σκοπό τη διασφάλιση της Δημόσιας Υγείας σύμφωνα με τα συνημμένα μέρη και παραρτήματα της εν λόγω απόφασης, τα οποία αποτελούσαν αναπόσπαστο μέρος αυτής, συνολικού προϋπολογισμού 1.499.995,96€, συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος ΦΠΑ. Κριτήριο κατακύρωσης ορίστηκε αυτό της χαμηλότερης τιμής για καθένα από τα υπό προμήθεια είδη εμβολίων. Προθεσμία παραλαβής προσφορών ορίστηκε η 30.01.2014 και ώρα 14.30 μ.μ. και ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού η 31.01.2014. Ειδικότερα, η προμήθεια περιελάμβανε τα κάτωθι εμβόλια:

α) ηπατίτιδας β' παιδιατρικό, ζητούμενη ποσότητα 18.391 δόσεις με προϋπολογιζόμενη δαπάνη 109.488,05€ (102.805,69 αξία εμβολίων πλέον 6.682,36 Φ.Π.Α.)

β) πνευμονιόκοκκου 13-δύναμο, ζητούμενη ποσότητα 13.965 δόσεις με προϋπολογιζόμενη δαπάνη 592.231,90€ (556.086,30 αξία εμβολίων πλέον 36.145,60 Φ.Π.Α.)

γ) ιλαράς – ερυθράς - παρωτίτιδας, ζητούμενη ποσότητα 18.690 δόσεις με προϋπολογιζόμενη δαπάνη 111.467,16€ (104.664 αξία εμβολίων πλέον 6.803,16 Φ.Π.Α.)

δ) μηνιγγιτιδόκοκκου MCC, ζητούμενη ποσότητα 16.731 δόσεις με προϋπολογιζόμενη δαπάνη 235.026,21€ (220.681,89 αξία εμβολίων πλέον 14.344,32 Φ.Π.Α.)

ε) αιμόφιλου της ινφλουέντζας τύπου Β' ζητούμενη ποσότητα 12.678 δόσεις με προϋπολογιζόμενη δαπάνη 91.273,99 € (85.703,28 αξία εμβολίων πλέον 5.570,71 Φ.Π.Α.) και

στ) ανεμευλογιάς, ζητούμενη ποσότητα 16.005 δόσεις με προϋπολογιζόμενη δαπάνη 360.508,62€ (338.505,75 αξία εμβολίων πλέον 22.002,87 Φ.Π.Α.).

3. Στη συνέχεια και μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού ο Υπουργός Υγείας εξέδωσε την υπ' αριθ. πρωτ. Α.Π./Β4.Α/Γ.Π/32909/14.05.2014 (ΑΔΑ:ΒΙΦΑΘ-9Ω8) απόφασή του, με την οποία αποφασίσθηκε η ματαίωση των αποτελεσμάτων του προηγηθέντος διεθνούς ανοικτού διαγωνισμού για την προμήθεια εμβολίων, ως προς τα εμβόλια: **α)** ανεμευλογιάς, **β)** αιμόφιλου της ινφλουέντζας τύπου Β', **γ)** πνευμονιόκοκκου 13-δύναμου, **δ)** μηνιγγιτιδόκοκκου MCC και **ε)** ιλαράς για τους σε αυτήν αναφερόμενους ειδικούς λόγους.

4. Κατόπιν των ανωτέρω, ο Υπουργός Υγείας, με την υπ' αριθ. Α.Π./Β4.α./Γ.Π./42741/16.05.2014 (ΑΔΑ:ΒΙΦ5Θ-Ι57) απόφασή του, επαναπροκήρυξε τη διενέργεια ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού με σφραγισμένες προσφορές για την προμήθεια εμβολίων για την εμβολιαστική κάλυψη των απόρων και ανασφαλιστών παιδιών με σκοπό τη διασφάλιση της Δημόσιας Υγείας σύμφωνα με τα συνημμένα μέρη και παραρτήματα της εν λόγω απόφασης, τα οποία αποτελούσαν αναπόσπαστο μέρος αυτής, συνολικού προϋπολογισμού 1.305.641,22€, πλέον ΦΠΑ 6,5%, ήτοι συνολικά 1.390.507,90 € με ΦΠΑ. Κριτήριο κατακύρωσης ορίσθηκε αυτό της χαμηλότερης τιμής για καθένα από τα υπό προμήθεια είδη εμβολίων. Προθεσμία παραλαβής προσφορών ορίστηκε η 01.07.2014 και ώρα 14.30μ.μ. και ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού η 02.07.2014. Ειδικότερα, η προμήθεια περιελάμβανε τα κάτωθι εμβόλια:

α) πνευμονιόκοκκου 13-δύναμο, ζητούμενη ποσότητα 13.965 δόσεις με προϋπολογιζόμενη δαπάνη 592.231,90€ (556.086,30 αξία εμβολίων πλέον 36.145,60 Φ.Π.Α.)

β) ιλαράς – ερυθράς - παρωτίτιδας, ζητούμενη ποσότητα 18.690 δόσεις με προϋπολογιζόμενη δαπάνη 111.467,16€ (104.664 αξία εμβολίων πλέον 6.803,16 Φ.Π.Α.)

γ) αιμόφιλου της ινφλουέντζας τύπου Β' ζητούμενη ποσότητα 12.678 δόσεις με προϋπολογιζόμενη δαπάνη 91.273,99 € (85.703,28 αξία εμβολίων πλέον 5.570,71 Φ.Π.Α.)

δ) ανεμευλογιάς, ζητούμενη ποσότητα 16.005 δόσεις με προϋπολογιζόμενη δαπάνη 360.508,62€ (338.505,75 αξία εμβολίων πλέον 22.002,87 Φ.Π.Α.) και

ε) μηνιγγιτιδόκοκκου MCC, ζητούμενη ποσότητα 16.731 δόσεις με προϋπολογιζόμενη δαπάνη 235.026,21€ (220.681,89 αξία εμβολίων πλέον 14.344,32 Φ.Π.Α.).

5. Σύμφωνα με το αναλυτικό τεύχος της διακήρυξης (Κεφ. Α.2 Εισαγωγή – Αντικείμενο του διαγωνισμού) προσφορά θα μπορούσε να δοθεί “για τα σύνολο των υπό προμήθεια ειδών εμβολίων ή τμήμα αυτών (θα πρέπει απαραίτητα να διευκρινίζεται στην προσφορά των υποψηφίων). Εάν αφορούν τμήμα των εν θέματι ειδών εμβολίων, υποχρεούνται να παρέχουν το σύνολο των εμβολίων του τμήματος αυτού”

Περαιτέρω στο Κεφ. Α.10 του αναλυτικού τεύχους διακήρυξης αποτυπώνονταν και εξειδικεύονταν το δικαίωμα και οι προϋποθέσεις συμμετοχής.

Συγκεκριμένα στο Κεφ. Α.10.1 εξειδικεύονταν το δικαίωμα συμμετοχής, το οποίο αφορούσε σε φυσικά, νομικά πρόσωπα, σύμφωνα με το άρθρο 39 του πδ. 60/2007, που προσφέρουν υπηρεσίες σχετικές με το αντικείμενο του διαγωνισμού είτε αυτοτελώς είτε υπό μορφή

ένωσης/κοινοπραξίας. Επίσης, στους ΓΕΝΙΚΟΥΣ ΟΡΟΥΣ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ ορίστηκε ότι “Οι προσφορές (Τεχνικές και Οικονομικές) ισχύουν και δεσμεύουν τους υποψηφίους για εκατόν ογδόντα (180) ημέρες από την επόμενη της καταληκτικής ημερομηνίας κατάθεσής τους.”

Στο Κεφ. Α.10.2. ορίστηκαν οι ειδικοί λόγοι αποκλεισμού και στο Κεφ. Α.11 αναφέρθηκαν οι ελάχιστες προϋποθέσεις συμμετοχής δηλ. προϋποθέσεις χρηματοπιστωτικής επάρκειας και ικανότητας του ενδιαφερομένου για επαγρύπνηση του φαρμακευτικού προϊόντος σε συσχετισμό με το τμήμα για το οποίο προσέφερε. Επίσης στο κεφ. Α. 12.2. έχουν παρατεθεί σε σχετικό πίνακα τα κατά περίπτωση δικαιολογητικά συμμετοχής που επί ποινή αποκλεισμού κατατίθενται μαζί με την προσφορά. Ιδία δε αναφορικά με το κριτήριο της ικανότητας του προσφέροντος για την επαγρύπνηση του φαρμακευτικού προϊόντος στο Κεφ. Α.12.3 της διακήρυξης αναφερόταν ότι θα έπρεπε να προσκομίζεται η σχετική άδεια κυκλοφορίας του φαρμάκου.

Επιπλέον στο Κεφ. Α.12.4. (Εγγύηση συμμετοχής) αναφέρεται ότι “η προσφορά του υποψηφίου Προμηθευτή πρέπει υποχρεωτικά και με ποινή αποκλεισμού να συνοδεύεται από εγγυητική επιστολή συμμετοχής της οποίας το ποσό θα πρέπει να καλύπτει σε ευρώ ποσοστό 5% του συνολικού προϋπολογισμού της προμήθειας ... Η εγγυητική επιστολή συμμετοχής πρέπει να έχει χρονική ισχύ έναν (01) τουλάχιστον μήνα μετά τη λήξη της Προσφοράς ...” η δε διάρκεια ισχύος των προσφορών, σύμφωνα με το Κεφ. Α.10.1 της διακήρυξης, ορίστηκε σε 180 ημέρες από την επόμενη της καταληκτικής ημερομηνίας κατάθεσής τους.

Στη συνέχεια, την 23.06.2014 εξεδόθη από την αναθέτουσα το υπ' αριθμ. Α.Π./Β4.α./Γ.Π./50752 έγγραφο παροχής διευκρινίσεων επί της με αριθμ. 10/2014 Διακήρυξης στο οποίο αναφερόταν, κατόπιν σχετικού ερωτήματος, ότι “το ποσό της Εγγυητικής Επιστολής συμμετοχής θα πρέπει να καλύπτει το 5% του συνολικού προϋπολογισμού του είδους για το οποίο θα υποβάλει προσφορά ο υποψήφιος προμηθευτής στο διαγωνισμό (συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος ΦΠΑ)”.

Σύμφωνα με την πληροφόρηση από την αναθέτουσα αρχή, το ως άνω έγγραφο κοινοποιήθηκε στους αποδέκτες του Πίνακα Διανομής – ήτοι 5 από τις 4 συνολικά εταιρείες που τελικώς υπέβαλαν προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό- και αναρτήθηκε στην ιστοσελίδα του Υπουργείου. Κατά τα αναφερόμενα στην κρινόμενη αίτηση θεραπείας «το συγκεκριμένο έγγραφο εστάλη τόσο στην εταιρεία που υπέβαλε το ερώτημα, όσο και σε όλες τις εταιρείες που είχαν παραλάβει τη Διακήρυξη του διαγωνισμού».

6. Την 16.05.2014 η προκήρυξη εστάλη για δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε.. Περαιτέρω η περίληψη της υπ' αριθμ. 10/2014 Διακήρυξης δημοσιεύτηκε στο υπ. αριθ. 356/23.05.2014 ΦΕΚ -Τεύχος Διακηρύξεων Δημοσίων Συμβάσεων και στις ημερήσιες οικονομικές εφημερίδες “ΗΧΩ ΤΩΝ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ”, “ΓΕΝΙΚΗ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ” και “ΕΦΗΜΕΡΙΣ ΔΗΜΟΠΡΑΣΙΩΝ & ΠΛΕΙΣΤΗΡΙΑΣΜΩΝ” στις 23.05.2014. Η επαναπροκήρυξη αναρτήθηκε στην επίσημη ιστοσελίδα της Αναθέτουσας την 16.05.2014, στον ιστότοπο ΔΙΑΥΓΕΙΑ (ΑΔΑ: ΒΙΦ5Θ-Ι57) και το πλήρες σώμα της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο δικτυακό τόπο του ΚΗΜΔΗΣ και έλαβε αριθμό αναφοράς 14PROC002054855 2014-05-16.

Αναφορικά με την καθορισμό της ημερομηνίας παραλαβής προσφορών έγινε σύντμηση της προβλεπόμενης στο άρθρο 32 του π.δ. 60/2007 προθεσμίας κατά τα οριζόμενα στις παραγράφους 5 και 6 αυτού. Σχετικώς με την πρόσβαση των στα τεύχη της διακήρυξης, στο Μέρος Α' (Γενικοί και Ειδικοί Όροι), Κεφ. Α.1. (Γενικές Πληροφορίες) ορίστηκε ότι “το τεύχος της προκήρυξης είναι επίσης προσπελάσιμο στους κάτωθι αναφερόμενους δικτυακούς τόπους: www.moh.gov.gr, www.promitheus.gov.gr”, στο δε κείμενο της δημοσιευθείσας στον εθνικό τύπο περίληψης ορίστηκε ότι “το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης μπορεί να αναζητηθεί: Α. Στην

ιστοσελίδα του Υπουργείου Υγείας (Ηλεκτρονική Διεύθυνση: www.moh.gov.gr). Β Στην ιστοσελίδα του Κεντρικού Ηλεκτρονικού Μητρώου Δημοσίων Συμβάσεων (ηλεκτρονική Διεύθυνση: www.promitheus.gov.gr)”.

Επισημαίνεται ότι στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης στο σχετικό πεδίο που αφορά στις εγγυήσεις (Τμήμα III.1.) αναφέρονται ως απαιτούμενες εγγυήσεις η εγγυητική επιστολή συμμετοχής και καλής εκτέλεσης, χωρίς να εξειδικεύεται το ποσοστό τους ούτε και η διάρκεια ισχύος τους, ενώ στην περίληψη στον ελληνικό τύπο δεν υπήρξε καμία αναφορά στην υποβολή επί ποινή αποκλεισμού της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, του απαιτούμενου ποσοστού και την διάρκεια ισχύος αυτής.

7. Σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο από 15.07.2014 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης του διαγωνισμού, στο διαγωνισμό υπεβλήθησαν συνολικά πέντε (5) προσφορές από τέσσερις (4) προσφέροντες και κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής διαπιστώθηκε ότι υπεβλήθη μόνο μία προσφορά για κάθε ένα εκ των πέντε αιτουμένων ειδών εμβολίων. Στη συνέχεια και εξ αυτού του λόγου (της υποβολής μίας και μόνον προσφοράς για κάθε είδος) η Επιτροπή ζήτησε από τη διεύθυνση Προμηθειών και Διαχείρισης Υλικού να της γνωρίσει εάν υπήρχαν επικαιροποιημένα συγκριτικά στοιχεία τιμών για το σύνολο των ανωτέρω εμβολίων.

8. Σε συνέχεια του διαβιβασθέντος ως άνω υπ' αριθμ. 01/15.07.2014, η Διεύθυνση Προμηθειών και Διαχείρισης Υλικού διαβιβάσθηκαν συνημμένα στοιχεία τιμών για τα εμβόλια του πνευμονόκοκκου 13-δύναμο, ιλαράς-ερυθράς-παρωτίτιδας, μηνιγγιτιδόκοκκου MCC και αιμόφιλου της ινφλουέντζας τύπου Β'. Συγκεκριμένα κοινοποιήθηκαν τα από 06.09.2013, 31.10.2013, 30.06.2014 και 14.07.2014 Πρωτόκολλα παραλαβής του νοσοκομείου παιδών “Παν. & Αγλαΐα Κυριακού”, τα από 22.07.2014 Πρωτόκολλα παραλαβής του νοσοκομείου παιδών “Αγία Σοφία” και τα από 03.06.2014 και 04.09.2014 Πρωτόκολλα παραλαβής του νοσοκομείου παιδών “Αγία Σοφία”.

9. Σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο από 29.07.2014 2ο Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης του διαγωνισμού, διαπιστώθηκε κατά την εξέταση της πληρότητας και της ακρίβειας των δικαιολογητικών συμμετοχής, μεταξύ άλλων, ότι *“προκειμένου για την εταιρεία “Baxter Hellas ΕΠΕ” μεταξύ των δικαιολογητικών της παρείχε εγγυητική επιστολή [...] ωστόσο το χρονικό διάστημα ισχύος της εγγυητικής επιστολής ήταν μικρότερο από το προβλεπόμενο χρονικό διάστημα των συμβατικών όρων του διαγωνισμού”*.

10. Ακολούθως, με την υπ' αριθμ. πρωτ. Α.Π./Β4.α/Γ.Π/88261/10.10.2014 (ΑΔΑ:6ΙΤ5Θ-ΔΦΑ) απόφαση του Υπουργού Υγείας και λαμβανομένων των υπ' όψιν α) του υπ' αριθμ. 02/29.07.2014 Πρακτικού της Επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης διαγωνισμού, β) την με αριθμ. πρωτ. 56863/30.06.2014 προσφορά της εταιρείας “ΜΠΑΞΤΕΡ ΕΛΛΑΣ ΕΠΕ” και γ) του γεγονότος *“ότι κατόπιν ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής στην Υπηρεσία μας, διαπιστώθηκε ότι η προσφέρουσα εταιρεία ΜΠΑΞΤΕΡ ΕΛΛΑΣ ΕΠΕ δεν κάλυψε την ελάχιστη προϋπόθεση συμμετοχής στο διαγωνισμό επί ποινή αποκλεισμού (κριτήριο ικανότητας για επαγρύπνηση του φαρμακευτικού προϊόντος, σελ. 28 και 29, Διακ/ξη 10/2014) καθόσον δεν υπέβαλλε την άδεια κυκλοφορίας του αναφερόμενου στο θέμα εμβολίου”*, αποφασίσθηκε η απόρριψη της προσφοράς της ως άνω εταιρείας για την προμήθεια του εμβολίου Μηνιγγιτιδόκοκκου MCC και η ματαίωση των αποτελεσμάτων του σχετικού επαναληπτικού διαγωνισμού για την προμήθεια του ως άνω αναφερομένου εμβολίου. Η ως άνω απόφαση απεστάλη στην προσφέρουσα εταιρεία με τηλεομοιοτυπία την 10.10.2014. Κατά της ανωτέρω απόφασης, σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 109564/16.12.2014 (αρ. πρωτ. εισερχομένου Αρχής 5349/17.12.2014) έγγραφη βεβαίωση της αναθέτουσας αρχής, δεν ασκήθηκε προδικαστική προσφυγή ούτε άλλο ένδικο μέσο.

Σε αυτό το σημείο αναφέρεται ότι, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο από 17.02.2015 έγγραφο της αιτούσας, διευκρινίσθηκε ότι η διαγωνιστική διαδικασία για τα υπόλοιπα είδη εμβολίων βρίσκεται στο εξής στάδιο: “α) Για το εμβόλιο Πνευμονιόκοκκου 13-δύναμο, έχει εκδοθεί και σταλεί στην εταιρεία η απόφαση απόρριψης της οικονομικής προσφοράς της. Επί της απόφασης δεν ασκήθηκε προσφυγή και η Υπηρεσία μας προέβη στη ματαίωση του διαγωνισμού. β) Για το εμβόλιο Ηπατίτιδας Β' παιδιατρικό, έχει εκδοθεί και σταλεί στην εταιρεία η απόφαση απόρριψης των δικαιολογητικών κατακύρωσής της. Επί της απόφασης δεν ασκήθηκε προσφυγή και η Υπηρεσία μας προέβη στην πρόσκληση της επόμενης εταιρείας να προσκομίσει τα σχετικά δικαιολογητικά κατακύρωσης και γ) Για τα εμβόλια Ινφλουέντζας τύπου Β', ανεμευλογιάς και Ιλαράς-Ερυθράς-Παρωτίτιδας έχουν κληθεί υποψήφιες εταιρείες να προσκομίσουν τα σχετικά δικαιολογητικά κατακύρωσης”

11. Κατόπιν των ανωτέρω, με την υπ' αριθμ. 384/2014 απόφασή της η Αρχή δεν παρείχε σύμφωνη γνώμη επί του αιτήματος του Υπουργείου Υγείας για προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης για την σύναψη σύμβασης προμήθειας εμβολίου Μηνιγγιτιδόκοκκου MCC (ποσότητας 16.731 δόσεων) προϋπολογισθείσας δαπάνης 220.681,89€ πλέον του αναλογούντος Φ.Π.Α., ήτοι 235.026,21 € συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2 παρ. γ. περ. δδ του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, λόγω μη συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμο προϋποθέσεων.

Ειδικότερα, με την ανωτέρω απόφασή της η Αρχή έκρινε ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, κατ' εφαρμογήν των σωρευτικών προϋποθέσεων του άρθρου 24, παρ. 4, περ. α, καθόσον διαπιστώθηκαν νομικές πλημμέλειες ως προς την τήρηση των διατυπώσεων δημοσιότητας, τόσο σε ευρωπαϊκό, όσο και εθνικό επίπεδο, κατά την διενέργεια της προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής διαδικασίας, με συνέπεια η μη νομιμότητα της υποκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας να καθιστά παρακολουθηματικά παράνομη στο σύνολό της και τη συγκεκριμένη διαδικασία.

Συγκεκριμένα, μεταξύ άλλων, με την ως άνω απόφαση κρίθηκε ότι : «(...) Ουσιώδης όρος είναι και τα απαιτούμενα επί ποινή αποκλεισμού δικαιολογητικά συμμετοχής και ειδικότερα η εγγύηση συμμετοχής, καθόσον το ποσό της εγγύησης αποτελεί ουσιώδες στοιχείο της δημοσιευόμενης περίληψης που συνδέεται άμεσα με την ανάπτυξη ανταγωνισμού (βλ. και Απόφ. 935/2013 ΕΣ Τμήμα VI). Ο καθορισμός της εγγύησης συμμετοχής και των επιμέρους στοιχείων αυτής (ήτοι ποσοστό, χρόνος ισχύος, ειδικότεροι όροι της εγγύησης) αποτελεί εκ των ων ουκ άνευ στοιχείο της διαγωνιστικής διαδικασίας, απόκρυψη ή μη ακριβής πληροφόρηση επί του οποίου άγει τον διαγωνιζόμενο που την υφίσταται σε μη έγκαιρη συμμετοχή ή σε αποχή από αυτόν και επομένως, νοθεύει ευθέως τον ανταγωνισμό» και περαιτέρω «(...) Στην κρινόμενη περίπτωση, η περίληψη της διακήρυξης νομίμως εστάλη προς δημοσίευση στην επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Ενοτήτων, επίσης δε δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ και στον ελληνικό τύπο, η δε αλλαγή, η οποία σημειώθηκε με την έκδοση της από 23.06.2014 ανακοίνωσης αφορά σε τροποποίηση του περιεχομένου του άρθρου Α.12.4 της διακήρυξης, ήτοι αλλαγή του ύψους του προϋπολογισμού επί του οποίου υπολογίζεται το ποσοστό 5% της εγγύησης. Κατά συνέπεια, η τροποποίηση αυτή δεν αποτελεί μια απλή διευκρίνιση ή διόρθωση σφάλματος, αλλά τροποποίηση ουσιώδους όρου της προκήρυξης, η οποία θα έπρεπε να υποβληθεί στις διατυπώσεις δημοσιότητας που υπεβλήθη και η αρχική διακήρυξη, δηλ. θα έπρεπε να δημοσιευθεί στην ΕΕΕΕ και στον ελληνικό τύπο εκ νέου περίληψη της προκήρυξης στην οποία θα μνημονευόταν η σχετική τροποποίηση (...)».

12. Με την υπ' αριθμ. πρωτ. 112158/2014/23.01.2015 αίτηση θεραπείας του Υπουργείου Υγείας προς την Αρχή (αριθμ. 296/23.01.2015) ζητείται η ανάκληση της υπ' αριθμ. 384/2014 απόφασης

της Αρχής. Ειδικότερα, με την υπό κρίση αίτηση θεραπείας το Υπουργείο Υγείας στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης και προβάλλει τους ακόλουθους ισχυρισμούς:

Σε ό,τι αφορά τη νομιμότητα της διεξαχθείσας διαδικασίας, το Υπουργείο Υγείας υποστηρίζει ότι *“Μετά τη δημοσίευση της σχετικής Διακήρυξης (10/2014) υπεβλήθη ερώτημα από υποψήφια εταιρεία, σχετικά με το εάν ο υπολογισμός του 5% για τον καθορισμό του ύψους της απαιτούμενης εγγυητικής συμμετοχής απαιτείται να γίνει στο σύνολο του προϋπολογισμού του διαγωνισμού ή εάν αρκεί να γίνει στο σύνολο του προϋπολογισμού των εμβολίων της προσφοράς. Η Υπηρεσία μας με το ανωτέρω (σχετικό 2) έγγραφο της διευκρίνισε ότι το ποσό της σχετικής εγγυητικής επιστολής συμμετοχής αφορά μόνο στην ποσότητα των ειδών για τα οποία θα υποβληθεί προσφορά, δεδομένου ότι σύμφωνα με τη Διακήρυξη (10/2014), προσφορά μπορούσε να υποβληθεί για το σύνολό ή για μέρος των προς προμήθεια ειδών. Άλλωστε σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25, παρ. 4, περ, β (π.δ.118/2007): “Όταν ο διαγωνισμός αφορά υλικά και επιτρέπεται από την διακήρυξη η προσφορά μερικών από αυτά, γίνεται δεκτή προσφορά και στην περίπτωση που η εγγύηση δεν καλύπτει το προβλεπόμενο ποσοστό της αξίας όλων των προσφερομένων υλικών, αρκεί αυτή να καλύπτει το ποσοστό που αναλογεί στην προϋπολογιζόμενη αξία του ελάχιστου αριθμού υλικών που προβλέπεται από την διακήρυξη, η δε κατακύρωση περιορίζεται στα υλικά που καλύπτονται από την εγγύηση”*”.

13. Σχετικά με την δημοσιότητα του ως άνω εγγράφου παροχής διευκρινήσεων η αναθέτουσα στην υπό κρίση αίτηση θεραπείας αναφέρει: *“Το ανωτέρω έγγραφο παροχής διευκρινήσεων αναρτήθηκε στην ιστοσελίδα του Υπουργείου Υγείας και στη “Διαύγεια” και ανέφερε ότι “Πέραν των αποδεκτών του Πίνακα Διανομής, οι παρούσες διευκρινήσεις απευθύνονται προς κάθε ενδιαφερόμενο να υποβάλει προσφορά στον ανοικτό διεθνή διαγωνισμό του Υπουργείου Υγείας για την προμήθεια εμβολίων (διακήρυξη 10/2014)”. Το συγκεκριμένο έγγραφο εστάλη τόσο στην εταιρεία που υπέβαλε το ερώτημα, όσο και σε όλες τις εταιρείες που είχαν παραλάβει τη Διακήρυξη του διαγωνισμού”*.

14. Επίσης, σε άλλο σημείο της αίτησης θεραπείας αναφέρεται ότι *“Σύμφωνα με τη διακήρυξη του αρχικού και επαναληπτικού διαγωνισμού, προβλεπόταν ξεχωριστός προϋπολογισμός ανά είδος εμβολίου, καθώς και η δυνατότητα υποβολής προσφοράς για το σύνολο των υπό προμήθεια εμβολίων ή για μερικά από αυτά. Επίσης, στο υπ' αριθμ. 2014/S097-169064/21.05.2014 έντυπο της εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και συγκεκριμένα στο τμήμα III.1.4 (άλλοι ειδικόί όροι), αναφέρεται ότι “προσφορά μπορεί να δοθεί για το σύνολο των υπό προμήθεια ειδών εμβολίων ή τμήμα αυτών”*.

15. Η αίτηση θεραπείας καταλήγει ως εξής *“Για όλους αυτούς τους λόγους, θεωρούμε ότι η διευκρίνηση που δόθηκε δεν αποτελεί τροποποίηση ουσιώδους όρου αλλά απλή επεξήγηση των ήδη αναφερομένων στις κείμενες διατάξεις και στην οικεία Διακήρυξη διαγωνισμού (10/2014) (...)”*

II. Νομικό πλαίσιο

16. Το άρθρο 2, παράγραφος 2, περίπτωση γ', υποπερίπτωση δδ' του Ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για την παροχή σύμφωνης γνώμης, ορίζει τα ακόλουθα: *«δδ) Οι αποφάσεις των αναθετουσών Αρχών που αφορούν προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 3 του π.δ. 59/2007 και των άρθρων 24 και 25 του π.δ. 60/2007, εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη της Αρχής, εφόσον οι συμβάσεις αυτές εμπíπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των ανωτέρω προεδρικών διαταγμάτων. [...]»*

17. Στο άρθρο 6 παρ. 1 του π.δ. 60/2007 «Προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ...» ορίζεται: «Το παρόν εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών που δεν εξαιρούνται, δυνάμει των εξαιρέσεων που προβλέπονται στα άρθρα 16, 17 και 9 έως 15, και των οποίων η εκτιμώμενη αξία εκτός φόρου προστιθέμενης αξίας (ΦΠΑ) είναι ίση προς ή ανώτερη από τα ακόλουθα κατώτατα όρια: β) 211.000 ευρώ, προκειμένου για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που συνάπτονται είτε i) από αναθέτουσες αρχές άλλες από εκείνες που αναφέρονται στο Παράρτημα IV [...]»

Σημειώνεται ότι, σύμφωνα με το άρθρο 2 του αριθ. 1336/2013 Κανονισμού της Επιτροπής της 13ης Δεκεμβρίου 2013 για την τροποποίηση των οδηγιών 2004/17/ΕΚ, 2004/18/ΕΚ και 2009/81/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, όσον αφορά στα κατώτατα όρια εφαρμογής τους κατά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, το ως άνω ποσό αναπροσαρμόστηκε στις 134.000 και 207.000 ευρώ αντίστοιχα.

18. Στην περ. α της παρ. 5 του άρθρου 8 «Μέθοδοι υπολογισμού κατώτατης αξίας συμβάσεων» του π.δ/τος 60/2007 (ΦΕΚ 64/Α) «Προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ...», ορίζεται: «...5. α) Όταν ένα σχεδιαζόμενο έργο ή ένα σχέδιο αγοράς υπηρεσιών μπορεί να οδηγήσει σε ταυτόχρονη σύναψη χωριστών συμβάσεων κατά τμήματα, λαμβάνεται υπόψη η συνολική εκτιμώμενη αξία όλων των τμημάτων. Όταν η συνολική αξία των τμημάτων είναι ίση με ή υπερβαίνει την αξία που καθορίζεται στο άρθρο 6, το παρόν εφαρμόζεται στη σύναψη κάθε τμήματος...».

19. Στο άρθρο 24 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 60/2007, ορίζεται ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, αφού προηγηθεί δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) Σε περίπτωση μη κανονικών προσφορών ή κατάθεσης προσφορών που είναι απαράδεκτες σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, τηρουμένων των οριζόμενων στις διατάξεις των άρθρων 28, 39 έως 52 και 55, έπειτα από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία ή ανταγωνιστικό διάλογο, με την προϋπόθεση ότι οι αρχικοί όροι της σύμβασης δεν τροποποιούνται ουσιωδώς. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να μη δημοσιεύουν προκήρυξη διαγωνισμού, εάν στη διαδικασία με διαπραγμάτευση περιλαμβάνουν όλους τους προσφέροντες που πληρούν τα κριτήρια των άρθρων 43 έως 50 και οι οποίοι, κατά την ανοικτή ή κλειστή διαδικασία ή τον προηγηθέντα ανταγωνιστικό διάλογο, υπέβαλαν παραδεκτές προσφορές...».

20. Στο άρθρο 29 παρ. 2, του ιδίου π.δ. ορίζεται ότι : «Οι αναθέτουσες αρχές που επιθυμούν να συνάψουν δημόσια σύμβαση ... προσφεύγοντας σε διαδικασία ανοικτή, ..., γνωστοποιούν την πρόθεσή τους με την έκδοση προκήρυξης διαγωνισμού» και στο άρθρο 32 ότι: «1. (...) 2. Στις ανοικτές διαδικασίες, η ελάχιστη προθεσμία παραλαβής των προσφορών ανέρχεται σε πενήντα δύο (52) ημέρες από την ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης διαγωνισμού. 3. ... 4. Στις περιπτώσεις όπου οι αναθέτουσες αρχές έχουν δημοσιεύσει προκαταρκτική προκήρυξη, η ελάχιστη προθεσμία για την παραλαβή των προσφορών που αναφέρεται στην παράγραφο 2 (...) μπορεί, κατά γενικό κανόνα, να περιορίζεται σε τριάντα έξι (36) ημέρες, αλλά δεν είναι σε καμία περίπτωση μικρότερη των είκοσι δύο (22) ημερών. (...). 5. Όταν οι προκηρξείς καταρτίζονται και αποστέλλονται με ηλεκτρονικά μέσα σύμφωνα με τη μορφή και τις λεπτομέρειες διαβίβασης που προβλέπονται στο Παράρτημα VIII σημείο 3, οι προθεσμίες παραλαβής των προσφορών που ορίζονται στις παραγράφους 2 και 4, για τις ανοικτές διαδικασίες, (...), μπορούν να συντηθούν κατά επτά (7) ημέρες. 6. Σύντμηση κατά πέντε (5) ημέρες των προθεσμιών παραλαβής των προσφορών που ορίζονται στην παράγραφο 2 ..., είναι δυνατή όταν η αναθέτουσα αρχή παρέχει, με ηλεκτρονικό μέσο και από την ημερομηνία δημοσίευσης της προκήρυξης, (...), ελεύθερη, άμεση και πλήρη

πρόσβαση στη συγγραφή υποχρεώσεων και στα λοιπά τεύχη του διαγωνισμού, Η σύντμηση αυτή μπορεί να ορίζεται επιπλέον της μείωσης που προβλέπεται στην παράγραφο 5...».

21. Το π.δ. 118/2007 «Κανονισμός Προμηθειών Δημοσίου» (Α' 150) ορίζει στο άρθρο 4, που εφαρμόζεται αναλογικά και στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, ότι: «1. [...] 2. Στις περιπτώσεις ανοικτού και κλειστού διαγωνισμού, ο φορέας που διενεργεί το διαγωνισμό μεριμνά για ευρεία γνωστοποίηση της σχετικής διακήρυξης και ειδικότερα: α. Για την αποστολή προς δημοσίευση προκήρυξης (περίληψης των ουσιωδών στοιχείων της διακήρυξης) στο Τεύχος Διακηρύξεων Δημοσίων Συμβάσεων καθώς και για τη δημοσίευση σε δύο τουλάχιστον ημερήσιες οικονομικές εφημερίδες ευρείας κυκλοφορίας και σε τοπική εφημερίδα, εάν υπάρχει, όταν ο διαγωνισμός προκηρύσσεται από περιφερειακή Υπηρεσία. [...] ε. Για την αποστολή προκήρυξης στην Υπηρεσία Επισήμων Εκδόσεων των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων [...]. Τα παραπάνω ισχύουν και σε κάθε περίπτωση που απαιτείται δημοσίευση ανακοίνωσης, σχετικά με διαγωνισμό που έχει προκηρυχθεί.

22. Επίσης το ίδιο ως άνω π.δ. 118/2007 στο άρθρο 25 παρ. 4. α' και β' σχετικά με την εγγύηση συμμετοχής στον διαγωνισμό προβλέπει τα κάτωθι: “α. Η εγγύηση αυτή εκδίδεται υπέρ του συμμετέχοντος για ποσό που αντιστοιχεί σε ποσοστό 5%, επί της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, με ΦΠΑ. β. Όταν ο διαγωνισμός αφορά υλικά και επιτρέπεται από την διακήρυξη η προσφορά μερικών από αυτά, γίνεται δεκτή προσφορά και στην περίπτωση που η εγγύηση δεν καλύπτει το προβλεπόμενο ποσοστό της αξίας όλων των προσφερομένων υλικών, αρκεί αυτή να καλύπτει το ποσοστό που αναλογεί στην προϋπολογιζόμενη αξία του ελάχιστου αριθμού υλικών που προβλέπεται από την διακήρυξη, η δε κατακύρωση περιορίζεται στα υλικά που καλύπτονται από την εγγύηση.”

III. Νομική Εκτίμηση

23. Με την κρινόμενη αίτηση θεραπείας ζητείται η ανάκληση της προσβαλλομένης απόφασης της Αρχής και η συνακόλουθη παροχή σύμφωνης γνώμης για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης για την προμήθεια των εν θέματι εμβολίων.

24. Από τη διάταξη του άρθρου 24 παρ.1 περ. α' του π.δ. 60/2007 προκύπτει ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προσφύγουν σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, αφού προηγηθεί δημοσίευση διακήρυξης διαγωνισμού, με την προϋπόθεση: α) να έχει προηγηθεί ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, β) να έχουν υποβληθεί κατά την ανωτέρω νομίμως διεξαχθείσα και προηγηθείσα ανοικτή ή κλειστή διαδικασία μη κανονικές ή απαράδεκτες προσφορές σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις και γ) να μην τροποποιούνται ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης κατά την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση.

25. Ειδικότερα δε, σχετικά με την υπό α) προϋπόθεση της προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας, παγίως έχει κριθεί ότι η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, κατ' εφαρμογή της περ. α' της παρ. 1 των άρθρων 24 και 25 του π.δ. 60/2007, συνέχεται άμεσα με τον προηγούμενο αυτής διαγωνισμό, με συνέπεια η μη νομιμότητα της υποκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας να καθιστά παρακολουθηματικά παράνομη στο σύνολό της και τη συγκεκριμένη διαδικασία (ΕΣ-Πράξη 215/2012-Ζ' Κλιμάκιο, ΕΣ-Αποφ. VI Τμ. 1249/2011, 466/2011, 29/2012, 408/2012, 600/2012 και 935/2013).

26. Σχετικά με όσα προβάλλονται στην κρινόμενη αίτηση θεραπείας από την αναθέτουσα αρχή αναφέρονται τα εξής:

Η αναθέτουσα αρχή εν προκειμένω προέβλεψε στο αναλυτικό τεύχος της υπ' αριθμ. 10/2014 διακήρυξης και στα κατά νόμο μέσα δημοσιότητας τη δυνατότητα προσφοράς είτε για το σύνολο των υπό προμήθεια ειδών εμβολίων είτε για τμήμα αυτών. Συνάρτησε δε τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής των συμμετεχόντων (χρηματοοικονομική επάρκεια και εμπειρία) με τον προϋπολογισμό των επιμέρους τμημάτων, για τα οποία ο εκάστοτε υποψήφιος θα υπέβαλλε προσφορά (βλ. Άρθρο Α.12.3 της Διακήρυξης και Τμήμα ΙΙΙ (ΙΙΙ.2.1 Προσωπική Κατάσταση των Οικονομικών Φορέων) της περιληπτικής προκήρυξης 169064-2014).

Ως προς την εγγυητική επιστολή συμμετοχής, στη διακήρυξη προβλέφθηκε ότι το ποσό της θα πρέπει να καλύπτει ποσοστό 5% επί του συνολικού προϋπολογισμού της προμήθειας, κατόπιν δε αιτήματος εν δυνάμει συμμετέχοντος στο διαγωνισμό, την 23.06.2014 η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε Ανακοίνωση, με την οποία γνώρισε ότι *“το ποσό της εγγυητικής θα πρέπει να καλύπτει το 5% του συνολικού προϋπολογισμού του είδους για το οποίο θα υποβάλλει προσφορά ο υποψήφιος προμηθευτής”* και την οποία ανάρτησε στην επίσημη ιστοσελίδα της και δημοσίευσε στο *“ΔΙΑΥΓΕΙΑ”*.

Δεδομένου ότι εν προκειμένω ήταν σαφές από τη διακήρυξη ότι επιτρεπόταν η υποβολή προσφοράς σε τμήματα και ότι είναι γνωστό πως δεν μπορεί να απορριφθεί προσφορά λόγω ανεπαρκούς εγγύησης, καθώς, όπως προβλέπει ο νόμος, το ύψος της εγγύησης καλύπτει το ύψος που αναλογεί στο μέρος της προμήθειας, για την οποία υποβάλλεται η προσφορά (άρθρο 25 παρ. 4 περ. β' του πδ 118/2007), κρίνεται ότι ο σχετικός όρος στην αρχική διακήρυξη είχε την έννοια ότι το ποσό της εγγυητικής επιστολής *“θα πρέπει να καλύπτει σε ευρώ ποσοστό 5% του συνολικού προϋπολογισμού της προμήθειας”* για την οποία υποβάλλει προσφορά ο υποψήφιος ανάδοχος, είτε πρόκειται για όλη είτε για μέρος της ποσότητας. Εξάλλου, ενδεικτικό είναι ότι σε άλλα σημεία της διακήρυξης ως κρίσιμο ύψος ρητώς προβλέφθηκε το ύψος του προϋπολογισμού των επιμέρους τμημάτων (χρηματοοικονομική επάρκεια και εμπειρία).

Επομένως, η εκ των υστέρων Ανακοίνωση της αναθέτουσας αρχής είχε το χαρακτήρα διευκρίνισης για την αποφυγή σύγχυσης επί του ανωτέρω όρου και όχι τροποποίησης των όρων του διαγωνισμού, κατά τούτο δε περιεβλήθη επαρκή δημοσιότητα, αφενός με την αποστολή σε όσους είχαν πάρει τεύχη του διαγωνισμού και αφετέρου με την ανάρτηση στην ιστοσελίδα της αναθέτουσας αρχής και του *“ΔΙΑΥΓΕΙΑ”*.

27. Τέλος, αναφορικά με το σημείο 25.2. του Κεφαλαίου ΙΙΙ της προσβαλλόμενης υπ' αριθμ. 384/2014 απόφασης της Αρχής, κρίνεται ότι η μη αναγραφή στο τυποποιημένο έντυπο προκήρυξης που εστάλη προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, των επιμέρους στοιχείων της εγγύησης δεν ήταν πλημμέλεια ουσιώδης, ώστε να καταστήσει παρακολουθηματικά παράνομη τη διαδικασία, δεδομένου ότι στο πεδίο ΙΙΙ.1.1. (Απαιτούμενες εγγυήσεις) αναγραφόταν ότι απαιτείται *“Εγγύηση Συμμετοχής και Εγγύηση Καλής Εκτέλεσης”* και σε άλλο σημείο υπήρχε παραπομπή στη διακήρυξη του διαγωνισμού, όπου προβλέπονταν τα στοιχεία αυτά, καθώς μάλιστα στο διαγωνισμό παρουσιάστηκε αριθμός συμμετεχόντων.

28. Επομένως, διαπιστώνεται η βασιμότητα των προβαλλόμενων λόγων με την υπό κρίση αίτησης θεραπείας και κρίνεται ότι τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 24, παρ. 1, περ. α' του π.δ. 60/2007 για την υιοθέτηση της εξαιρετικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση με δημοσίευση προκήρυξης, καθώς πληρούνται οι σωρευτικές προϋποθέσεις του (νόμιμη διεξαγωγή της προηγηθείσας διαδικασίας, νόμιμη απόρριψη της υποβληθείσας προσφοράς ως απαράδεκτης και μη ουσιώδης τροποποίηση των όρων της αρχικής διαδικασίας).

29. Κατά τη γνώμη, όμως, του μέλους κ. Ι. Κουλούρη, στην προκειμένη περίπτωση η διακήρυξη στο Κεφ. Α.12.4. (Εγγύηση συμμετοχής) αναφέρει σαφώς ότι η εγγυητική επιστολή συμμετοχής θα πρέπει να ανέρχεται στο 5% του συνολικού προϋπολογισμού της προμήθειας, ήτοι του

προϋπολογισμού του συνόλου των τμημάτων. Ανεξαρτήτως της νομιμότητας του ανωτέρω όρου, η ανακοίνωση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία όσοι έλαβαν τεύχη ενημερώθηκαν ότι “το ποσό της εγγυητικής θα πρέπει να καλύπτει το 5% του συνολικού προϋπολογισμού του είδους για το οποίο θα υποβάλλει προσφορά ο υποψήφιος προμηθευτής” και όχι 5% του συνολικού προϋπολογισμού όλων των τμημάτων, επιφέρει ουσιώδη τροποποίηση των όρων του διαγωνισμού, υπό την έννοια ότι, εάν οι νέοι όροι είχαν γνωστοποιηθεί στην αρχική διακήρυξη, αυτό θα είχε ως ενδεχομένο ως αποτέλεσμα την εκδήλωση ενδιαφέροντος από περισσότερους υποψηφίους, λόγω της σημαντικής διαφοράς στο ύψος της απαιτούμενης εγγυητικής επιστολής (πρβλ. ΕΣ VI Τμ. 2845/2010, 29/2012, Γνμδ. ΟΛΝΣΚ 234/2006). Επομένως, η διόρθωση της διακήρυξης στο σημείο αυτό θα έπρεπε να είχε περιβληθεί τις διατυπώσεις δημοσιότητας της αρχικής διακήρυξης, κάτι που δεν έγινε εν προκειμένω, με αποτέλεσμα όσοι εν δυνάμει ενδιαφερόμενοι ενημερώθηκαν μέσω της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης, του εθνικού τύπου κοκ, να τελούν υπό την αντίληψη ότι το ποσοστό 5% υπολογίζεται επί του συνολικού προϋπολογισμού του διαγωνισμού. Κατόπιν των ανωτέρω, κατά τη γνώμη του ανωτέρω μέλους, η διαδικασία του διαγωνισμού πάσχει ουσιώδους πλημμέλειας και οι προβαλλόμενοι με την κρινόμενη αίτηση θεραπείας ισχυρισμοί είναι αβάσιμοι.

IV. Συμπέρασμα

Ενόψει όλων των προεκτεθέντων, με βάση το διδόμενο πραγματικό και από την υπαγωγή αυτού στις εφαρμοστέες και ερμηνευόμενες διατάξεις και με την επιφύλαξη της άσκησης των λοιπών αρμοδιοτήτων της, η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. **κατά πλειοψηφία αποφασίζει:**

Την αποδοχή της αίτησης θεραπείας του Υπουργείου Υγείας, την ανάκληση της υπ' αριθμ. 384/2014 και **την παροχή σύμφωνης γνώμης**, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2, περ. γ (δδ) του ν. 4013/2011, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας εμβολίου Μηνιγγιτιδόκοκκου MCC (ποσότητας 16.731 δόσεων) προϋπολογισθείσας δαπάνης 220.681,89€ πλέον του αναλογούντος Φ.Π.Α., σύμφωνα με τις διατάξεις του π.δ. 60/2007, άρθρο 24, παρ 1, περ α, με δημοσίευση προκήρυξης, χωρίς τροποποίηση των όρων της αρχικής διακήρυξης, τόσο ως προς τον προβλεφθέντα προϋπολογισμό και τη διάρκεια της σύμβασης, όσο και ως προς τον προκηρυχθέντα αριθμό δόσεων του εμβολίου, όπως αυτά αναγράφονται στο αναλυτικό τεύχος διακήρυξης, λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσομένων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

Αθήνα, 19.02.2015

Θεωρήθηκε

Η Αντιπρόεδρος

Χριστίνα Μπουσουλέγκα