



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ  
ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ  
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**ΓΝΩΜΗ**

**Δ 9/2021**

**(Της διαδικασίας του άρθρου 2, παρ. 2, περ. γ(δδ) Ν. 4013/2011)**

**Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΗ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

Στην Αθήνα σήμερα την 3<sup>η</sup> Φεβρουαρίου του έτους δύο χιλιάδες είκοσι ένα (2021) ημέρα Τετάρτη και ώρα 09.30, στα επί της οδού Κεφαλληνίας 45 και Κορνά Τράκα 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:

**Πρόεδρος:** Γεώργιος Καταπόδης

**Αντιπρόεδρος:** Αδάμ Καραγλάνης,

**Μέλη:** Δημήτριος Σταθακόπουλος (μέσω τηλεδιάσκεψης)

Μαρία Στυλιανίδη

Ερωφίλη Χριστοβασίλη

Κωνσταντίνος Βαρδακαστάνης (μέσω τηλεδιάσκεψης)

**Γραμματέας:** Αθανάσιος Λαμπράκης, Π.Ε. Διοικητικού-Οικονομικού.

**Εισηγητής:** Ιωάννης Φουντουκίδης, Οικονομολόγος, Ειδικό Επιστημονικό Προσωπικό της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά τη διάρκεια της Συνεδρίασης παρέστησαν ο Εισηγητής κ. Ι. Φουντουκίδης (μέσω τηλεδιάσκεψης), η προϊσταμένη της Διεύθυνσης Ελέγχου κα Μαριλένα Σιδέρη και η Προϊσταμένη του Τμήματος Ελέγχου Αιτημάτων Διαπραγμάτευσης κα Μαρία Παναγοηλιοπούλου, οι οποίοι αποδεσμεύτηκαν πριν την έναρξη της διαδικασίας της ψηφοφορίας των μελών του Συμβουλίου της Αρχής και τη λήψη της απόφασης.

**Ερώτημα:** Το υπ' αριθ. πρωτ. οικ. 2728/14.01.2021 έγγραφο-αίτημα του Αυτοτελούς Τμήματος Προμηθειών του Υπουργείου Υγείας και τα συνημμένα σε αυτό έγγραφα (αριθ. πρωτ. Αρχής 379/15.01.2021), ως αυτό συμπληρώθηκε με το με ημερομηνία 01.02.2021 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (αρ. πρωτ. Αρχής 689/02.02.2021).

**Θέμα: Παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής για την προσφυγή του Υπουργείου Υγείας στη διαδικασία διαπραγμάτευσης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 32 παρ. 2 α. του ν. 4412/2016, για την προμήθεια φυσιγγων υδροχλωρικής μορφίνης, φυσιγγων υδροχλωρικής πεθιδίνης, σκόνης υδροχλωρικής μορφίνης και διαλύματος υγρής μορφίνης, εκτιμώμενης αξίας 330.790,13€ προ ΦΠΑ.**

1. Με το υπ' αριθ. πρωτ. οικ. 2728/14.01.2021 έγγραφο-αίτημα του Αυτοτελούς Τμήματος Προμηθειών του Υπουργείου Υγείας (εφεξής Υπουργείου) και τα συνημμένα σε αυτό έγγραφα (αριθ. πρωτ. Αρχής 379/15.01.2021), ως αυτό συμπληρώθηκε με το με ημερομηνία 01.02.2021 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (αρ. πρωτ. Αρχής 689/02.02.2021), το Υπουργείο αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. δδ' του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, προκειμένου να προβεί στη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης **με την εταιρεία ΙΦΕΤ Α.Ε.**, σύμφωνα με την επικαλούμενη διάταξη του άρθρου 32, παρ. 2, περ. α' ν. 4412/2016, για την προμήθεια φυσιγγων υδροχλωρικής μορφίνης, φυσιγγων υδροχλωρικής πεθιδίνης, σκόνης υδροχλωρικής μορφίνης και διαλύματος υγρής μορφίνης, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 329.789,80€, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ήτοι 350.000,00€ συμπεριλαμβανομένου αναλογούντος ΦΠΑ (6% και 24%), σε συνέχεια προηγηθέντος διαγωνισμού στον οποίο δεν κατατέθηκε καμία προσφορά.

#### **I. Ιστορικό - πραγματικά περιστατικά**

2. Από το υποβληθέν αίτημα και το σύνολο των προσκομισθέντων στοιχείων του φακέλου προκύπτουν τα ακόλουθα:

**2.1.** Με την υπ' αριθ. πρωτ. Δ3(γ)/Γ.Π.οικ. 56968/16.09.2020 (Ορθή Επανάληψη, ΑΔΑ: ΩΨ1Θ465ΦΥΟ-Ο6Κ, ΑΔΑΜ: 20REQ00731906 2020-09-16) απόφαση του Υπουργού Υγείας, εγκρίθηκε από άποψη σκοπιμότητας η προμήθεια των κάτωθι φαρμάκων του Κρατικού Μονοπωλίου Ναρκωτικών:

1. Φύσιγγες Υδροχλωρικής Μορφίνης 0,010 γραμ., 250.000 (διακόσιες πενήντα χιλιάδες)
2. Φύσιγγες Υδροχλωρικής Πεθιδίνης 0,100 γραμ., 250.000 (διακόσιες πενήντα χιλιάδες)
3. Σκόνη υδροχλωρικής μορφίνης 1.500 γραμμάρια (χίλια πεντακόσια γραμμάρια)
4. Διάλυμα υγρής μορφίνης 20mg/ml, (έτοιμο φαρμακευτικό σκεύασμα) 1.500 φιάλες (χίλιες πεντακόσιες φιάλες)

συνολικού προϋπολογισμού έως 350.000,00 ευρώ (συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 6% για τα είδη 1, 2 και 4 και 24% για το είδος 3).

**2.2.** Ακολούθως, με την υπ' αριθ. πρωτ. οικ. 71820/10.11.2020 διακήρυξη (αρ. διακήρυξης 05/2020, ΑΔΑΜ:20PROC007627515 2020-11-11, ΑΔΑ:66ΗΞ465ΦΥΟ-ΞΓ3) το Υπουργείο προκήρυξε ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων με τη χρήση του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. Η συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη ορίσθηκε στο ποσό των 350.000,00€ συμπεριλαμβανομένου αναλογούντος ΦΠΑ. Κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης ορίσθηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης: *“Οι υποψήφιοι προμηθευτές μπορούν να υποβάλλουν προσφορά για κάθε είδος ή για το σύνολο των ειδών”*. Η προμήθεια περιλάμβανε τα κάτωθι έτοιμα φαρμακευτικά ιδιοσκευάσματα, στις αναφερόμενες ποσότητες, χωρίς να γίνεται οιαδήποτε μνεία στην επί μέρους εκτιμώμενη προϋπολογισθείσα αξία του κάθε είδους (τμήματος):

- 1) Φύσιγγες Υδροχλωρικής Μορφίνης 0,010gr, ζητούμενη ποσότητα 250.000
- 2) Φύσιγγες Υδροχλωρικής Πεθιδίνης 0,100gr, ζητούμενη ποσότητα 250.000
- 3) Σκόνη υδροχλωρικής μορφίνης, ζητούμενη ποσότητα 1.500gr
- 4) Φιάλες πόσιμου διαλύματος υγρής μορφίνης (έτοιμο φαρμακευτικό σκεύασμα)

Στην παράγραφο 2.2.2 με τίτλο “Εγγύηση συμμετοχής” ορίστηκε: “2.2.2.1. Για την έγκυρη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, κατατίθεται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς (προσφέροντες), εγγυητική επιστολή συμμετοχής, ποσοστού 1% επί της καθαρής εκτιμώμενης αξίας, ήτοι προ ΦΠΑ”.

Ακολούθως στην παράγραφο 2.2.5 με τίτλο: “Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια” ορίστηκε: “Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα, σύμφωνα με το άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 αποδεικνύεται με τα ακόλουθα δικαιολογητικά: Υπεύθυνη δήλωση, ψηφιακά υπογεγραμμένη, όπου θα δηλώνεται: α) ο ετήσιος ειδικός κύκλος εργασιών του προσφέροντος και που αφορά στην εκτέλεση προμηθειών συναφών προς το αντικείμενο της παρούσας διακήρυξης κατά τις τρεις (3) προηγούμενες του έτους του διαγωνισμού οικονομικές χρήσεις ή για όσο διάστημα ασκεί την επιχειρησιακή του δράση εφόσον αυτό είναι μικρότερο και β) ο μέσος ετήσιος ειδικός κύκλος εργασιών του προσφέροντος που αφορά στην εκτέλεση προμηθειών συναφών προς το αντικείμενο της παρούσας διακήρυξης κατά τις τρεις (3) προηγούμενες του έτους του διαγωνισμού οικονομικές χρήσεις ή για όσο διάστημα ασκεί την επιχειρησιακή του δράση εφόσον αυτό είναι μικρότερο”, χωρίς περαιτέρω στο σημείο αυτό ή σε άλλο σημείο της διακήρυξης το Υπουργείο να έχει εξειδικεύσει ή να έχει ορίσει ελάχιστες απαιτήσεις.

Σύμφωνα με τους όρους της παρ. 4.1 της διακήρυξης, η εγγύηση καλής εκτέλεσης ορίστηκε σε ποσοστό 5% επί της αξίας της σύμβασης προ ΦΠΑ. Η διάρκεια της σύμβασης ορίστηκε για το χρονικό διάστημα από 30.05.2021 έως και την 20.06.2022 για τα δύο πρώτα τμήματα αυτής και για έξι μήνες για τα λοιπά δύο.

Η διακήρυξη αναρτήθηκε στη δικτυακή πύλη [www.promitheus.gov.gr](http://www.promitheus.gov.gr) του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) την 13.11.2020 με αύξοντα αριθμό συστήματος: 102169. Ως ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών στο σύστημα ορίστηκε η 13.11.2020 και ώρα 13:00:05, ενώ ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. ορίστηκε η 14.12.2020 και ώρα 15:00:00. Όπως προκύπτει από τα στοιχεία της υπ’ αριθμ. 102169 διαγωνιστικής διαδικασίας στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ, η διαγωνιστική διαδικασία περιελάμβανε τέσσερα τμήματα (τέσσερις γραμμές στο ΕΣΗΔΗΣ) με τα ακόλουθα στοιχεία:

- α) Για την πρώτη γραμμή, με περιγραφή: “Φύσιγγες Υδροχλωρικής Μορφίνης”, ποσότητα 250.000 συσκευασίες, με προϋπολογισθείσα τιμή ανά συσκευασία χωρίς ΦΠΑ 0,483€. Εκ των ανωτέρω με μαθηματικό υπολογισμό προκύπτει ότι η προϋπολογισθείσα αξία του εν λόγω τμήματος ανέρχεται στα 120.750,00€.
- β) Για τη δεύτερη γραμμή, με περιγραφή: “Φύσιγγες Υδροχλωρικής Πεθιδίνης”, ποσότητα 250.000 συσκευασίες, με προϋπολογισθείσα τιμή ανά συσκευασία χωρίς ΦΠΑ 0,706€. Εκ των ανωτέρω με μαθηματικό υπολογισμό προκύπτει ότι η προϋπολογισθείσα αξία του εν λόγω τμήματος ανέρχεται στα 176.500,00€.
- γ) Για την τρίτη γραμμή, με περιγραφή: “Σκόνη Υδροχλωρικής Μορφίνης”, ποσότητα 1.500 συσκευασίες, με προϋπολογισθείσα τιμή ανά συσκευασία χωρίς ΦΠΑ 1,5672€. Εκ των ανωτέρω με μαθηματικό υπολογισμό προκύπτει ότι η προϋπολογισθείσα αξία του εν λόγω τμήματος ανέρχεται στα 2.350,80€.
- δ) Για την τέταρτη γραμμή, με περιγραφή: “Υγρή Μορφίνη”, ποσότητα 1.500 συσκευασίες, με προϋπολογισθείσα τιμή ανά συσκευασία χωρίς ΦΠΑ 20,126€. Εκ των ανωτέρω με μαθηματικό υπολογισμό προκύπτει ότι η προϋπολογισθείσα αξία του εν λόγω τμήματος ανέρχεται στα 30.189,00€.

**2.3.** Προκήρυξη της εν λόγω σύμβασης, η οποία περιείχε τους ουσιώδεις όρους και στοιχεία της διακηρύξεως του διαγωνισμού, απεστάλη ηλεκτρονικά στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.Ε.Ε.) την 10.11.2020. Την ίδια ημέρα απεστάλη τροποποίηση της προκήρυξης που αφορούσε την τροποποίηση της αξίας του 4<sup>ου</sup> τμήματος από 32.000,00€ προ ΦΠΑ σε 329.789,80€ προ ΦΠΑ. Η προκήρυξη της σύμβασης δημοσιεύθηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.Ε.Ε) την 13.11.2020 με αναγνωριστικό: 2020/S 222-543148. Στην παρ. ΙΙ 1.6 με τίτλο “Πληροφορίες σχετικά με τα τμήματα” ανέφερε ότι η σύμβαση υποδιαιρείται σε τέσσερα (4) τμήματα. Ακολούθως στην παρ. ΙΙ.2 με τίτλο “Περιγραφή” δινόταν περαιτέρω πληροφορίες για τα τέσσερα (4) τμήματα. Συγκεκριμένα:

α) στο τμήμα 1 με περιγραφή: “Φύσιγγες υδροχλωρικής μορφίνης των 0,010 gr. Ποσότητα: 250.000 φύσιγγες των 0,010 gr” οριζόταν εκτιμώμενη αξία 120.750,00€ προ ΦΠΑ

β) στο τμήμα 2 με περιγραφή: “Φύσιγγες υδροχλωρικής πεθιδίνη των 0,100 gr. Ποσότητα: 250.000 φύσιγγες των 0,100 gr” οριζόταν εκτιμώμενη αξία 176.500,00€

γ) στο τμήμα 3 με περιγραφή: “Σκόνη υδροχλωρικής μορφίνης. Ποσότητα: 1.500 γραμμάρια”, οριζόταν εκτιμώμενη αξία 2.350,80€ και

δ) στο τμήμα 4 με περιγραφή: “Φιάλες πόσιμοι διαλύματος υγρής μορφίνης (έτοιμο φαρμακευτικό σκεύασμα). Ποσότητα: 1.500 φιάλες των 20ml” οριζόταν εκτιμώμενη αξία 329.789,80€ προ ΦΠΑ, η οποία τελούσε σε διάσταση με την προαναφερθείσα αξία στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ. Την 08.01.2021 απεστάλη τροποποίηση της ανωτέρω προκήρυξης που αφορούσε την τροποποίηση της εκτιμώμενης αξίας του 4ου τμήματος από 329.789,80€ προ ΦΠΑ σε 30.189,00€ προ ΦΠΑ, (αξία που ήταν σύμφωνη με την εγγραφή στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ) και την τροποποίηση της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης από 330.790,13€ προ ΦΠΑ σε 329.790,00€ προ ΦΠΑ. Η ως άνω τροποποίηση δημοσιεύθηκε την 13.01.2021 με αναγνωριστικό: 2021/S 008-014041.

Επιπρόσθετα, η προκήρυξη της σύμβασης αναρτήθηκε την 11.11.2020 στον ιστότοπο ΔΙΑΥΓΕΙΑ και στον ιστότοπο του ΚΗΜΔΗΣ ως αναπόσπαστο τμήμα της υπ’ αριθμ. 05/2020 διακήρυξης του διαγωνισμού και έλαβε ΑΔΑ:66ΗΞ465ΦΥΟ-ΞΓ3 και ΑΔΑΜ: 20PROC007627515 2020-11-11. Η περίληψη δημοσιεύθηκε στον ιστότοπο του Υπουργείου Υγείας ([www.moh.gov.gr](http://www.moh.gov.gr)) στις 13.11.2020.

**2.4.** Με το με ημερομηνία 14.01.2021 Πρακτικό της, η Επιτροπή Διενέργειας και Αξιολόγησης γνωμοδότησε σχετικά με:

*“[...] την ματαίωση της διαδικασίας, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 106 παρ.1 του Νόμου 4412/2016 (ΦΕΚ Α’/147/8-8-2016), αφού ο διαγωνισμός απέβη άγονος, λόγω μη υποβολής προσφοράς. Επιπλέον προτείνει την προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση με την εταιρεία ΙΦΕΤ ΑΕ [...]”.*

**2.5.** Με την υπ’ αριθ. πρωτ. οικ. 2707/14.01.2021 απόφαση (ΑΔΑ: Ψ8Μ9465ΦΥΟ-Π34) με θέμα: «Ματαίωση του διεθνούς ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού για την προμήθεια έτοιμων φαρμακευτικών ιδιοσκευασμάτων του Κρατικού Μονοπωλίου Ναρκωτικών, Διακήρυξη αριθμ. 05/2020» του Υπηρεσιακού Γραμματέα του Υπουργείου, αποφασίστηκε: α) η αποδοχή του από 14.01.2021 πρακτικού της αρμόδιας Επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης του διαγωνισμού β) η ματαίωση των αποτελεσμάτων του σχετικού ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων προμήθειας έτοιμων φαρμακευτικών ιδιοσκευασμάτων του Κρατικού Μονοπωλίου Ναρκωτικών (Διακ/ξη: 05/2020), διότι απέβη άγονος λόγω μη υποβολής προσφορών και γ) η συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας με προσφυγή σε διαπραγμάτευση.

**2.6.** Το Υπουργείο με το υπ’ αριθμ. πρωτ. οικ. 7162/01.02.2021 έγγραφό του βεβαιώνει ότι: *“[...] δεν έχει ασκηθεί προσφυγή ή οποιοδήποτε άλλο ένδικο μέσο για τον Διεθνή Ηλεκτρονικό Ανοικτό Διαγωνισμό για την προμήθεια έτοιμων Φαρμακευτικών Ιδιοσκευασμάτων του Κρατικού Μονοπωλίου Ναρκωτικών (Διακήρυξη 05/2020)”.*

**2.7.** Κατόπιν των ανωτέρω, το Υπουργείο, με το με αριθ. πρωτ. οικ. 2728/14.01.2021 έγγραφο-αίτημά του αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. δδ' του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, διαβιβάζοντας σχετικό σχέδιο απόφασης του αρμοδίου οργάνου της αναθέτουσας αρχής περί προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, προκειμένου να προβεί στη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης με την εταιρεία ΙΦΕΤ Α.Ε., χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α' του ν. 4412/2017, για την ανάθεση προμήθειας 250.000 φυσιγγίων υδροχλωρικής μορφίνης των 0,010gr, 250.000 φυσιγγίων υδροχλωρικής πετιδίνης των 0,100gr, σκόνης υδροχλωρικής μορφίνης 1.500gr και 1.500 φιαλών διαλύματος υγρής μορφίνης 20mg/ml, (έτοιμο φαρμακευτικό σκεύασμα) 329.789,80€, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ήτοι 350.000,00€ συμπεριλαμβανομένου αναλογούντος ΦΠΑ (6% και 24%), σε συνέχεια του προηγηθέντος άγονου άνω των ορίων ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού.

**2.8.** Λαμβανομένου υπ' όψιν ότι **(α)** το αίτημα, όπως υπεβλήθη, αφορά στη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης με την εταιρεία ΙΦΕΤ Α.Ε., και **(β)** ακριβώς με τον ίδιο τρόπο είχε υποβληθεί στην Αρχή i) με το υπ' αριθμ. 6052/04.10.2017 έγγραφο του ίδιου Υπουργείου επί του οποίου εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 137/2017 Γνώμη της Αρχής, και ii) με το υπ' αριθμ. 63219/09.09.2019 έγγραφο του ίδιου Υπουργείου επί του οποίου εκδόθηκε η υπ' αριθμ. Δ102/2019 Γνώμη της Αρχής, με τις οποίες αποφασίστηκε η παροχή σύμφωνης γνώμης περί προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, επισημαίνονται τα κάτωθι:

**2.9.** Επί του κατά τα ως άνω υπό στοιχεία (i) υποβληθέντος αιτήματος η Αρχή είχε αποστείλει το υπ' αριθμ. πρωτ. 6052/02.11.17 έγγραφο για την παροχή διευκρινήσεων, προκειμένου να διερευνηθεί η φύση της αιτούμενης σύμβασης με την εν λόγω εταιρία (ΙΦΕΤ ΑΕ). Σχετικώς ετέθησαν ερωτήματα αναφορικά με: α) την έννομη σχέση που συνδέει στην προκειμένη περίπτωση το Υπουργείο με την εταιρία με βάση το αντικείμενο της υπό σύναψη σύμβασης, καθώς και την ιδιότητα και τις κατά νόμον αρμοδιότητες της αντισυμβαλλομένης ως άνω εταιρίας, [ειδικότερα σκόπιμο είναι να διευκρινισθεί αν η ΙΦΕΤ ΑΕ συμβάλλεται με το Υπουργείο ως προμηθεύτρια των ζητούμενων φαρμακευτικών ιδιοσκευασμάτων ή ως πάροχος υπηρεσιών για την εξεύρεση σχετικού προμηθευτή στο πλαίσιο τυχόν αρμοδιοτήτων της, είτε για δραστηριότητες αγορών είτε στο πλαίσιο συνεργασίας μεταξύ φορέων του δημοσίου, και, συνακόλουθα, σε τι συνίσταται το τίμημα της υπό σύναψη σύμβασης (κόστος για την απόκτηση των σκευασμάτων, αποζημίωση -αμοιβή της ως άνω εταιρίας κτλ)].

β) τους λόγους για τους οποίους δεν αναλαμβάνει εξαρχής την διαδικασία ανάθεσης της συγκεκριμένης προμήθειας η ΙΦΕΤ ΑΕ, λαμβανομένων υπόψη και των αρμοδιοτήτων της,

**2.10.** Το αιτούν Υπουργείο με το το υπ' αριθ. πρωτ. Α.Π./Β3.ε/Γ.Π./οικ.82398/05.12.2017 έγγραφό του γνώρισε στην Αρχή ότι: *Η «Ι.Φ.Ε.Τ. ΑΕ», της οποίας μονομέτοχος είναι ο «ΕΘΝΙΚΟΣ ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΦΑΡΜΑΚΩΝ» (ΕΟΦ) που κατέχει τη μία και μοναδική ονομαστική μετοχή της, αποτελεί δημόσια επιχείρηση σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ.1 & 2 του Ν.3429/2005 [Δημόσιες Επιχειρήσεις και Οργανισμοί (Δ.Ε.Κ.Ο.)]. Σύμφωνα με το Καταστατικό της άνω εταιρίας (άρθρο 3) αυτή δραστηριοποιείται στον τομέα αφ' ενός της φαρμακευτικής έρευνας και τεχνολογίας, αφ' ετέρου στην παραγωγή, εισαγωγή, εμπορία και γενικά διακίνηση ειδών αρμοδιότητας του «ΕΟΦ», όπως το αντικείμενο αρμοδιότητας αυτού αναφέρεται στο άρθρο 2 του Ν. 1316/1983 και ισχύει κάθε φορά, εφόσον διαπιστώνεται αρμοδίως έλλειψη και μετά από εξακριβωμένο έλεγχο της αναγκαιότητας και της ωφελιμότητας του προϊόντος για την προάσπιση και προαγωγή της δημόσιας υγείας. Η «Ι.Φ.Ε.Τ. Α.Ε.» αναφορικά με την προμήθεια υδροχλωρικής μορφίνης και υδροχλωρικής πετιδίνης θα συμβληθεί με το Υπουργείο ως προμηθεύτρια (εισαγωγέας) των άνω φαρμακευτικών ιδιοσκευασμάτων. Το προσφερόμενο εκ μέρους της «Ι.Φ.Ε.Τ. Α.Ε.» τίμημα για τη σύναψη σύμβασης συνίσταται στο κόστος απόκτησης των σκευασμάτων και στην αποζημίωση αυτής (εύλογο κέρδος).» Επιπρόσθετα, η Δ/νση Φαρμάκων με το σχετικό ηλεκτρονικό της μήνυμα είχε αναφέρει ότι: «Επ' αυτού σημειώνουμε ότι η ΙΦΕΤ ΑΕ δεν είναι παραγωγός των εν λόγω προϊόντων αλλά θα συμβληθεί, όπως*

και τις προηγούμενες φορές ως πάροχος, μετά από άδεια της ΕΑΑΔΗΣΥ και μετά την κήρυξη ως άγονου (δύο φορές) του Διεθνούς Διαγωνισμού».

**2.11.** Εν προκειμένω τα ίδια ως άνω ερωτήματα ετέθησαν εκ νέου στην αναθέτουσα Αρχή, αναφορικά με την έννομη σχέση που συνδέει στην προκειμένη περίπτωση του Υπουργείου με την ΙΦΕΤ ΑΕ, τόσο κατά την εξέταση του αιτήματος που υπεβλήθη με το υπ' αριθμ. 63219/09.09.2019 σχετικό έγγραφο, όσο και κατά την εξέταση του παρόντος, η δε αιτούσα αναθέτουσα αρχή σε γενόμενη τηλεφωνική επικοινωνία επιβεβαίωσε ότι ισχύουν και σήμερα τα διαλαμβανόμενα στα ως άνω αναφερόμενα έγγραφα της.

**2.12.** Επιπροσθέτως ετέθη υπ' όψιν της Αρχής ότι, σε συνέχεια της υπ' αριθμ. 137/2017 Γνώμης της Αρχής, υπεγράφη στις 14.05.2018 η υπ' αριθμ. 17/2018 (18SYMV0030914462018-05-14) σύμβαση μεταξύ του Υπουργείου Υγείας και της εταιρείας με την επωνυμία ΙΦΕΤ ΑΕ για την προμήθεια έτοιμων φαρμακευτικών ιδιοσκευασμάτων μετά από την 26.02.2018 αποστολή προκήρυξης στην ΕΕΕΕ (για ανάθεση σύμβασης με προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης), την υπ' αριθμ. 16597/27.02.2018 «*πρόσκληση ενδιαφέροντος στη διαδικασία διαπραγμάτευσης*» και την με αριθμ. πρωτ. 34659/04.05.2019 «*προσφορά του Προμηθευτή που υποβλήθηκε στο πλαίσιο του ως άνω διαγωνισμού*». Με βάση τα διαλαμβανόμενα στο άρθρο 8 (ΑΜΟΙΒΗ – ΤΡΟΠΟΣ ΠΛΗΡΩΜΗΣ) της εν θέματι σύμβασης «*η αμοιβή που θα καταβληθεί από την αναθέτουσα Αρχή στον προμηθευτή ανέρχεται στο ποσό των [...] 556.600,0 € πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ [...] ήτοι 589.400,00€ συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος ΦΠΑ*». Το ως άνω συμβατικό αντάλλαγμα (παρ. 2 του ιδίου ως άνω άρθρου) θεωρείται «*νόμιμο και εύλογο για την εκτέλεση του αντικείμενου της παρούσας (ενν. σύμβασης) μετά από συνολική έρευνα που πραγματοποίησε πριν την κατάθεση της προσφοράς του*».

**2.13.** Σημειωτέον ότι, με βάση τα στοιχεία που τέθηκαν υπ' όψιν της Αρχής με το 6052/04.10.2017 αίτημα του ιδίου Υπουργείου, ο συνολικός προϋπολογισμός τόσο του αρχικού όσο και του επαναληπτικού διαγωνισμού για «*την προμήθεια έτοιμων φαρμακευτικών ιδιοσκευασμάτων του Κρατικού Μονοπωλίου Ναρκωτικών*», ανερχόταν στο ποσό των 466.080€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

**2.14.** Πλέον των ανωτέρω σημειώνεται ότι η εταιρεία ΙΦΕΤ ΑΕ συμπεριλαμβάνεται στο μητρώο των αναθετουσών αρχών/αναθετόντων φορέων (με ID 2365) της Εθνικής Βάσης Δεδομένων Δημοσίων Συμβάσεων.

## **II. Νομικό πλαίσιο**

**3.** 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 την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, σύμφωνα με την περίπτωση β' της παρ. 2 του άρθρου 26 και τα άρθρα 32 και 269 του Ν. 4412/2016 (Α147) εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη της Αρχής, εφόσον οι συμβάσεις αυτές εμπίπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2014/24/ΕΚ και 2014/25/ΕΚ, οι οποίες ενσωματώθηκαν στην ελληνική έννομη τάξη με το Ν. 4412/2016. Κατά την άσκηση της εν λόγω αρμοδιότητας η Αρχή λαμβάνει υπόψη της τις γενικές αρχές του ενωσιακού και εθνικού δικαίου [...]*».

**4.** Η διάταξη του άρθρου 2 παρ. 2 του ν.4412/2016 «*Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)*» ορίζει: «*Ο παρών νόμος θεσπίζει κανόνες: α) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης δημοσίων συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου Ι (άρθρα 2 έως 221)*

[...]Οι διατάξεις του παρόντος εφαρμόζονται, με την επιφύλαξη των παραγράφων 3 έως 7, σε όλες τις συμβάσεις των περιπτώσεων α' και β', ανεξαρτήτως είδους και εκτιμώμενης αξίας αυτών, εκτός αν άλλως ορίζεται στις επιμέρους διατάξεις αυτού”.

5. Το άρθρο 3 παρ. 1 και 2 του ίδιου νόμου ορίζει τα παρακάτω: “1. Το παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221) θεσπίζει κανόνες για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που πραγματοποιούνται από αναθέτουσες αρχές, ανεξαρτήτως εκτιμώμενης αξίας αυτών, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο παρόν άρθρο.2. Διαδικασία σύναψης σύμβασης ή σύμβαση κατά την έννοια του παρόντος Βιβλίου είναι η απόκτηση, μέσω δημόσιας σύμβασης, από μία ή περισσότερες αναθέτουσες αρχές, έργων, αγαθών ή υπηρεσιών από οικονομικούς φορείς που επιλέγονται από τις εν λόγω αναθέτουσες αρχές, ανεξαρτήτως του κατά πόσον τα έργα, τα αγαθά ή οι υπηρεσίες προορίζονται για την εξυπηρέτηση σκοπού δημοσίου συμφέροντος”.

6. Σύμφωνα με το άρθρο 5 του ίδιου νόμου: “Ως κατώτατα όρια, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, ορίζονται τα ακόλουθα: [...]γ) 209.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από μη κεντρικές αναθέτουσες αρχές και για διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται από τις εν λόγω αρχές. Το κατώτατο όριο αυτό εφαρμόζεται επίσης στις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών που ανατίθενται από κεντρικές κυβερνητικές αρχές οι οποίες δραστηριοποιούνται στον τομέα της άμυνας, όταν οι συμβάσεις αυτές αφορούν προϊόντα που δεν εμπίπτουν στο Παράρτημα ΙΙΙ του Προσαρτήματος Α”.

7. Στο άρθρο 6 παρ. 1, 3 και 9 του ίδιου νόμου ορίζεται ότι: “Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς ΦΠΑ, όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος προαιρέσεως ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβασης. [...] 3. Η επιλογή της χρησιμοποιούμενης μεθόδου για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης δεν γίνεται με σκοπό την αποφυγή της εφαρμογής οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου. Η σύμβαση δεν κατατέμενεται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται η εφαρμογή οποιασδήποτε διάταξης του παρόντος νόμου, εκτός αν αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους. [...] 9. Όταν ένα σχέδιο αγοράς για την απόκτηση ομοιογενών αγαθών μπορεί να οδηγήσει σε ανάθεση συμβάσεων υπό τη μορφή χωριστών τμημάτων, λαμβάνεται υπόψη κατά την εφαρμογή του άρθρου 5 περιπτώσεις β ' και γ' η συνολική εκτιμώμενη αξία όλων αυτών των τμημάτων. Όταν η συνολική αξία των τμημάτων ισούται ή υπερβαίνει το κατώτατο όριο που προβλέπεται στο άρθρο 5, το παρόν Βιβλίο εφαρμόζεται στην ανάθεση κάθε τμήματος”.

8. Η διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α του ν. 4412/2016, ενσωματώνει την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, και στην οποία ορίζεται: “2. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών σε οποιαδήποτε από τις κατωτέρω περιπτώσεις: α) εάν, ύστερα από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία είτε δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά ή αίτηση συμμετοχής είτε καμία από τις υποβληθείσες προσφορές ή αιτήσεις συμμετοχής δεν είναι κατάλληλη, εφόσον δεν έχουν τροποποιηθεί ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης και με την προϋπόθεση ότι διαβιβάζεται σχετική έκθεση στην Επιτροπή μετά από αίτημα της”.

**9.** Το άρθρο 61 του ν. 4412/2016 ορίζει: “1. Για συμβάσεις άνω των ορίων, ως χρόνος έναρξης της ανοικτής διαδικασίας, της κλειστής διαδικασίας, της ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση, του ανταγωνιστικού διαλόγου και της σύμπραξης καινοτομίας, νοείται η ημερομηνία αποστολής της σχετικής προκήρυξης σύμβασης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ένωσης ή της προκαταρκτικής προκήρυξης, όταν η τελευταία χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης διαγωνισμού, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 26. 2. Ως χρόνος έναρξης της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, νοείται η ημερομηνία αποστολής προς τους οικονομικούς φορείς της πρώτης πρόσκλησης συμμετοχής σε διαπραγμάτευση. 3. Ως χρόνος έναρξης ενός διαγωνισμού μελετών, νοείται η ημερομηνία αποστολής της σχετικής προκήρυξης διαγωνισμού μελετών στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης. 4. Για συμβάσεις κάτω των ορίων αντί των παραγράφων 1 έως 3, εφαρμόζονται οι διατάξεις του άρθρου 120”.

**10.** Το άρθρο 66 παρ. 3 του ως άνω νόμου προβλέπει: “3. Οι προκηρύξεις και οι γνωστοποιήσεις που αναφέρονται στα άρθρα 62, 63 και 64, καθώς και οι πληροφορίες που περιέχονται σε αυτές δεν δημοσιεύονται σε εθνικό επίπεδο πριν από την ημερομηνία δημοσίευσης, σύμφωνα με το άρθρο 65. Ωστόσο, η δημοσίευση μπορεί να πραγματοποιείται σε κάθε περίπτωση σε εθνικό επίπεδο, όταν οι αναθέτουσες αρχές δεν έχουν ενημερωθεί σχετικά με τη δημοσίευση εντός 48 ωρών από τη βεβαίωση παραλαβής της προκήρυξης/ γνωστοποίησης, σύμφωνα με το άρθρο 65”.

**11.** Το άρθρο 75 του ως άνω νόμου προβλέπει: “1. Τα κριτήρια επιλογής μπορούν να αφορούν [...] Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης [...] 3. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση [...] 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος”.

**12.** Στο άρθρο 7 (Ίδρυση και οργάνωση Ινστιτούτου Φαρμακευτικής Έρευνας και τεχνολογίας) του Ν. 1965/91 (ΦΕΚ Α 146) “Τροποποίηση και συμπλήρωση των κειμένων διατάξεων του Εθνικού Οργανισμού Φαρμάκων (ΕΟΦ) και άλλες διατάξεις” προβλέπονται τα κάτωθι: “1. Ίδρύεται με το ν. αυτόν στα πλαίσια των δραστηριοτήτων του ΕΟΦ «Ινστιτούτου Φαρμακευτικής Έρευνας και Τεχνολογίας» η εποπτεία και ο έλεγχος του οποίου ανήκουν στο κράτος και ασκούνται μέσω του ΔΣ του ΕΟΦ. 2. Το «Ινστιτούτο Φαρμακευτικής Έρευνας και Τεχνολογίας», που στο εξής αποκαλείται Ι.Φ.Ε.Τ., λειτουργεί ως νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου μη κερδοσκοπικού χαρακτήρα – ΑΝΤΙΚ. ΤΟΥ ΠΡΩΤΟΥ ΕΔΑΦΙΟΥ ΤΗΣ ΠΑΡ. 2 ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 7 ΜΕ ΤΟ ΑΡΘΡΟ 22 ΤΟΥ Ν. 3599/07, ΦΕΚ-176 Α/1-8-07 Το διοικητικό συμβούλιο συγκροτείται με απόφαση του Υπουργού Υγείας, Πρόνοιας και Κοινωνικών Ασφαλίσεων και αποτελείται από 7 επιστήμονες κύρους στο χώρο του φαρμάκου, που υποδεικνύονται από το ΔΣ του ΕΟΦ καθώς και έναν πάρεδρο του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους και ένα διευθυντή του Ελεγκτικού Συνεδρίου, που υποδεικνύονται από τους προέδρους των οικείων Σωμάτων. Με την ίδια απόφαση ορίζονται ο πρόεδρος και ο διευθύνων σύμβουλος, ως και κάθε άλλη λεπτομέρεια σχετιζόμενη με την



εύρυθμη λειτουργία του ΙΦΕΤ. Όλα τα μέλη του ΔΣ παύονται και αντικαθίστανται με τη διαδικασία του διορισμού τους. 3.Σκοπός του ΙΦΕΤ είναι η υποβοήθηση και προώθηση του έργου του ΕΟΦ και ιδίως: α. η ανάπτυξη και προώθηση της έρευνας σε όλους τους τομείς του φαρμάκου β. ο ποιοτικός έλεγχος του φαρμάκου , καθώς και η ανάπτυξη μεθοδολογίας για δοκιμασίες τοξικότητας, βιοδιαθεσιμότητας, ελέγχους φαρμακοκινητικής κλπ. Οι έλεγχοι αυτοί διενεργούνται με πρωτοβουλία του ΙΦΕΤ ή και κατόπιν αιτήσεως για λογαριασμό φαρμακευτικών βιομηχανικών μονάδων, για υποβοήθηση του έργου τους και την ποιοτική βελτίωση των προϊόντων τους. Στην τελευταία περίπτωση οι δαπάνες της έρευνας καθορίζονται από το ΔΣ του ΙΦΕΤ και καταβάλλονται από τους εξυπηρετούμενους στο Ινστιτούτο ως πόρος αυτού. γ. Η ανάπτυξη και η εισαγωγή τεχνολογίας, η οιασδήποτε φύσεως ερευνητική εργασία και η εκπόνηση στατιστικών ερευνών και αναλύσεων καθώς και οικονομοτεχνικών μελετών, που αφορούν γενικά την κυκλοφορία των προϊόντων αρμοδιότητας ΕΟΦ. δ. η μετεκπαίδευση γιατρών, φαρμακοποιών, κτηνιάτρων, χημικών, βιολόγων και άλλων συναφών επιστημόνων στην επιστήμη του φαρμάκου , με τη χορήγηση υποτροφιών, διοργάνωση επιμορφωτικών σεμιναρίων, μαθημάτων και ερευνητικών προγραμμάτων. ε. **Η παραγωγή για δικό του λογαριασμό ή για λογαριασμό τρίτων, εισαγωγή, εξαγωγή εμπορία και γενικά η διακίνηση προϊόντων αρμοδιότητας του ΕΟΦ. (Το εδ. ε αντικαταστάθηκε ως άνω από την παρ. 4 του άρθ. 9 του ν. 2345/12-12 Οκτ. 1995 (ΦΕΚ Α 213).** 4.α. Η <Εθνική Φαρμακοβιομηχανία ΑΕ> και η <Κρατική Φαρμακαποθήκη> των άρθ. 15 και 23 αντίστοιχα, του ν. 1316/83 καταργούνται τρεις μήνες μετά τη δημοσίευση του παρόντος νόμου και όλα τα στοιχεία του ενεργητικού και παθητικού των εταιρειών αυτών περιέρχονται στο ΙΦΕΤ , το οποίο υποκαθίσταται αυτοδίκαια και χωρίς καμιά άλλη διατύπωση σε όλα γενικά τα ενοχικά και εμπράγματα δικαιώματα και υποχρεώσεις των εταιριών αυτών, ως καθολικός διάδοχος τους. Εκκρεμείς δίκες των εταιρειών αυτών συνεχίζονται στο όνομα του ΙΦΕΤ που νομιμοποιείται ενεργητικά και παθητικά πόρος αυτό. Το ΙΦΕΤ με απόφαση του Υπουργού Υγείας, Πρόνοιας και Κοινωνικών Ασφαλίσεων, μπορεί να εκποιεί τα περιουσιακά του στοιχεία. β. Με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομικών και Υγείας, Πρόνοιας και Κοινωνικών Ασφαλίσεων, καθορίζονται οι λεπτομέρειες καταγραφής, των ενοχικών και εμπράγματων δικαιωμάτων , ως και της σχετικής σημείωσης στα βιβλία μεταγραφών που γίνεται ατελώς και χωρίς την καταβολή οποιασδήποτε αμοιβής. 5.Το κάθε κατηγορίας προσωπικό της ΕΦ. και τη ΚΦ τίθεται στη διάθεση του ΙΦΕΤ το οποίο και τελικά αποφασίζει για τη διατήρηση ή μη αυτού, ανάλογα με τις ανάγκες που δημιουργούνται από τους προδιαγραφόμενους στόχους και προσανατολισμούς αυτού. Οι απομακρυνόμενοι τυγχάνουν της νόμιμης κατά περίπτωση αποζημίωσης. 6.Με προεδρικό διάταγμα που εκδίδεται μετά πρόταση των Υπουργών Προεδρίας της Κυβέρνησης, Οικονομικών και Υγείας, Πρόνοιας και Κοινωνικών Ασφαλίσεων, εγκρίνεται ο οργανισμός λειτουργίας του ΙΦΕΤ. 7.Πόροι του ΙΦΕΤ είναι : α)Το ποσό που χορηγείται κάθε φορά από τον Ε.Ο.Φ., με απόφαση του διοικητικού συμβουλίου. Η επιχορήγηση αυτή δεν υπόκειται σε κανένα φόρο ή τέλος - (Καταργήθηκε το εδαφ. α και τα επόμενα εδ. β και γ αριθμήθηκαν σε α και β αντίστοιχα, από την παρ. 3 άρθ. 9 ν. 2345/12- 12 Οκτ. 1995, ΦΕΚ Α 213). α.(β) Τα έσοδα από την οικονομική του δραστηριότητα και την εκποίηση περιουσιακών του στοιχείων. β.(γ) Τα ποσά των δανείων Η διαχείριση των πόρων του ΙΦΕΤ ελέγχεται απολογιστικά κατασταλτικά από το Υπουργείο Υγείας, Πρόνοιας και κοινωνικών Ασφαλίσεων. 8. Το ΙΦΕΤ δύναται να εξάγει προϊόντα που εισήγαγε για να καλύψει έκτακτη ανάγκη και τα οποία δεν μπορεί πλέον να διαθέσει στην εγχώρια αγορά, συνεπεία της επανακυκλοφορίας τους από τον εξουσιοδοτημένο αντιπρόσωπο ή την παραγωγό εταιρεία - ΠΡΟΣΘ. ΠΑΡ. 8 ΣΤΟ ΑΡΘΡΟ 7 ΜΕ ΤΟ ΑΡΘΡΟ 12 ΤΟΥ Ν. 3730/08, ΦΕΚ-262 Α/23-12-08»

13. Στο Ν. 2737/27-8-99 (ΦΕΚ-174 Α') "Μεταμοσχεύσεις ανθρωπίνων ιστών και οργάνων και άλλες διατάξεις." προβλέπονται τα κάτωθι: "Άρθρο 22 Ρύθμιση θεμάτων λειτουργίας Ι.Φ.Ε.Τ.Α.Ε.- ΦΑΡΜΕΤΡΙΚΑ Α.Ε. – ΕΛΒΙΠΥ Α.Ε. – Δ.ΕΠ.Α.ΝΟ.Μ. 1. Το ΙΝΣΤΙΤΟΥΤΟ ΦΑΡΜΑΚΕΥΤΙΚΗΣ ΕΡΕΥΝΑΣ ΚΑΙ ΤΕΧΝΟΛΟΓΙΑΣ, που ιδρύθηκε με το άρθρο 7 παρ. 1 του Ν. 1965/1991 (ΦΕΚ 146/Α') και λειτουργεί ως νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου, σύμφωνα με το άρθρο 7 παρ. 2 του ίδιου νόμου, μετατρέπεται σε ανώνυμη εταιρεία, με την επωνυμία <<Ι.Φ.Ε.Τ.Α.Ε.>> και έδρα την Παλλήνη Αττικής, η οποία διέπεται από τις διατάξεις του Κ.Ν. 2190/1920 και της παρ. 3 του άρθρου 7 του Ν. 1965/1991. Το καταστατικό θα συνταχθεί με απόφαση του Δ.Σ. του Ε.Ο.Φ. Η μεταβολή της νομικής μορφής, κατά τα ανωτέρω, συντελείται με τη δημοσίευση του καταστατικού της <<Ι.Φ.Ε.Τ.Α.Ε.>>, σύμφωνα με τις διατάξεις περί ανωνύμων εταιρειών. Η ΦΑΡΜΕΤΡΙΚΑ Α.Ε συγχωρείται με τη μετατροπή σε ανώνυμη εταιρεία <<Ι.Φ.Ε.Τ.Α.Ε.>>. Το μετοχικό κεφάλαιο της <<Ι.Φ.Ε.Τ.Α.Ε.>> αποτελείται από μία ονομαστική μετοχή, η οποία ανήκει στον Ε.Ο.Φ., το Δ.Σ. του οποίου ασκεί τις αρμοδιότητες της Γενικής Συνέλευσης. Η μετατροπή και η συγχώνευση έχουν πλήρη απαλλαγή από φόρους, τέλη και κρατήσεις υπέρ οποιουδήποτε τρίτου. Τα δικαιώματα των συμβολαιογράφων και υποθηκοφυλάκων περιορίζονται στο ¼ των νομίμων. Η σχέση εργασίας που συνδέει το υπάρχον προσωπικό διατηρείται και μεταξύ αυτού και της <<Ι.Φ.Ε.Τ.Α.Ε.>> υπό το ισχύον σήμερα καθεστώς και τους ίδιους όρους.

14. Στο Ν. 1316/83 (ΦΕΚ Α 3) "Ίδρυση, οργάνωση και αρμοδιότητες του Εθνικού Οργανισμού φαρμάκων (Ε.Ο.Φ) της Εθνικής Φαρμακοβιομηχανίας (Ε.Φ.) της Κρατικής Φαρμακαποθήκης (ΚΦ) και τροποποίηση και συμπλήρωση της Φαρμακευτικής Νομοθεσίας και άλλες διατάξεις" προβλέπονται τα κάτωθι: "Ίδρυση - Επωνυμία - Εποπτεία - Έδρα Άρθρο 1. : 1.Ιδρύεται Νομικό Πρόσωπο Δημοσίου Δικαίου με έδρα την Αθήνα και επωνυμία : <ΕΘΝΙΚΟΣ ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΦΑΡΜΑΚΩΝ> (Ε.Ο.Φ.). 2.Τα στοιχεία <ΕΟΦ> αποτελούν διακριτικό τίτλο που ανήκει αποκλειστικά στον Οργανισμό. Απαγορεύεται σε οποιοδήποτε άλλο φυσικό ή νομικό πρόσωπο να χρησιμοποιεί αυτά τα στοιχεία σαν επωνυμία, σήμα ή διακριτικό τίτλο. 3.Ο ΕΟΦ λειτουργεί κάτω από την εποπτεία του Κράτους που ασκείται από τον Υπουργό Υγείας και Πρόνοιας. Σκοπός – Αντικείμενο <Άρθρο 2. : 1.Ο ΕΟΦ έχει ως πρώτιστο σκοπό την προάσπιση και την προαγωγή της δημόσιας υγείας, καθώς και την εξασφάλιση του δημόσιου συμφέροντος γενικότερα στο χώρο του φαρμάκου, και άλλων συναφών προϊόντων (ιατρικών βοηθημάτων, φίλτρων τεχνητού νεφρού κλπ.) με την εξασφάλιση επαρκούς κυκλοφορίας ελεγμένων και ποιοτικώς άριστων προϊόντων, καθώς και με την προώθηση και ανάπτυξη της τεχνολογίας και της έρευνας στον ίδιο χώρο. 2.Αντικείμενο των αρμοδιοτήτων του ΕΟΦ αποτελούν τα εξής προϊόντα : α)Φαρμακευτικές ουσίες, πρώτες ύλες και υλικά συσκευασίας των προϊόντων αρμοδιότητας του ΕΟΦ. β)Φαρμακευτικά προϊόντα. Φαρμακευτικό προϊόν, κατά την έννοια του παρόντος νόμου, είναι το προϊόν της μαζικής και τυποποιημένης παρασκευής φαρμακευτικού είδους (είδους φαρμάκου), το οποίο φέρεται στην κυκλοφορία χαρακτηριζόμενο ως <σκεύασμα>, όταν η παρασκευή και η ονομασία του είναι <επίσημη> και <φαρμακευτικό ιδιοσκεύασμα> όταν το φάρμακο παρασκευασμένο εκ των προτέρων τίθεται στην κυκλοφορία σε ειδική συσκευασία και υπό ειδική ονομασία (σήμα), που όμως δεν είναι παραπλανητική και έχει αναγνωρισθεί από τους αρμόδιους φορείς ότι ανήκει στον παρασκευαστή, ο οποίος και μόνο έχει το δικαίωμα να τη χρησιμοποιεί. Φάρμακο με την έννοια του παρόντος είναι ουσία ή συνδυασμός ουσιών ή σύνθεση που φέρεται να έχει ιδιότητες θεραπευτικές ή προληπτικές για ασθένειες ανθρώπων ή ζώων, ως επίσης ουσία ή συνδυασμός ουσιών ή σύνθεση που μπορεί να χορηγηθεί σε άνθρωπο ή ζώο για να συμβάλει σε ιατρική διάγνωση ή να βελτιώσει ή να τροποποιήσει ή αποκαταστήσει ή υποκαταστήσει οργανική λειτουργία στον άνθρωπο ή τα ζώα. Ουσία με την έννοια του παρόντος είναι κάθε ύλη ανεξαρτήτως προελεύσεως που μπορεί να είναι <ανθρώπινη> (όπως ορμόνες, ένζυμα, το ανθρώπινο αίμα και τα παράγωγα του ανθρώπινου αίματος), <ζωική> (όπως μικροοργανισμοί, ολόκληρα ζώα, τμήματα οργάνων, ζωικές εκκρίσεις, τοξίνες, ουσίες λαμβανόμενες δι'έκχυλίσσεως, παράγωγα του αίματος κλπ.) <φυτική> (όπως μικροοργανισμοί, φυτά,

τμήματα φυτών, φυτικές εκκρίσεις, ουσίες λαμβανόμενες δι'εγκυλίσεως κλπ.) και <χημική> (όπως στοιχεία, χημικές ύλες της φύσης, προϊόντα μετασχηματισμού και αντιδράσεων, συνθέσεις κλπ.). γ) Ανοσολογικά φαρμακευτικά προϊόντα (εμβόλια, άνοσοι οροί, βιολογικά διαγνωστικά προϊόντα IN VIVO και αλλεργιογόνα). δ) Φαρμακευτικά προϊόντα προερχόμενα από αίμα ή πλάσμα ανθρώπων. ε) Λοιπά βιολογικά προϊόντα μη υπαγόμενα στις περιπτ. γ και δ. Άλλα συμβατικά βιολογικά προϊόντα. στ) Φαρμακευτικά προϊόντα παραγόμενα με βιοτεχνολογικές μεθόδους. ζ) Άλλα φαρμακευτικά προϊόντα υψηλής τεχνολογίας. η) Ραδιενεργά σκευάσματα ή ιδιοσκευάσματα για θεραπευτική ή διαγνωστική χρήση. θ) Δρόγες και μείγματα δρογών για θεραπευτική ή διαγνωστική χρήση. ι) Ιατρικά βοηθήματα. Ιατρικά βοηθήματα είναι τα εργαλεία, οι συσκευές, τα μηχανήματα, τα διαγνωστικά προϊόντα IN VITRO και παρόμοια μέσα, τα οποία χρησιμοποιούνται για τη θεραπεία, τη βελτίωση και την πρόληψη ασθενειών του ανθρώπου ή των ζώων ή για να επηρεάσουν τη δομή ή τις λειτουργίες του οργανισμού του ανθρώπου ή των ζώων, εφόσον το αποτέλεσμα που επιδιώκεται δεν επιτυγχάνεται με χημική δράση (φαρμακολογική) στον οργανισμό του ανθρώπου ή των ζώων και δεν εξαρτάται από το μεταβολισμό του. Στην έννοια και τα τμήματα και εξαρτήματα βοηθημάτων τα οποία διατίθενται στην αγορά χωριστά. Στην κατηγορία αυτήν περιλαμβάνονται ιδίως : -<Κρίσιμα> ιατρικά βοηθήματα, εκείνα δηλαδή που προορίζονται να εμφυτευθούν με χειρουργική επέμβαση στο σώμα για να υποστηρίξουν ή να διατηρήσουν την ζωή. - Αποστειρωμένα και μη υλικά μιας ή πολλαπλής χρήσης, όπως σύριγγες, βελόνες, συσκευές έγχυσης, μετάγγισης, καθετήρες, ενδομήτρια αντισυλληπτικά, φίλτρα αιμοκάθαρσης κλπ.. -Επιδεσμικό υλικό, ταμπόν, βαμβάκι κλπ., χωρίς φαρμακευτικές ουσίες, υγρά φακών επαφής, καθαριστικά τεχνητών οδοντοστοιχιών και τα συναφή προϊόντα. -Απολυπαντικά και αντσηπτικά ιατρικών και οδοντιατρικών εργαλείων καθώς και άλλων ιατρικών βοηθημάτων. -Οδοντιατρικά υλικά, όπως π.χ. μέταλλα και κράματα, πορσελάνη, ενδοδοντικά υλικά, οδοντιατρικά εμφακτικά υλικά κλπ. -Βιολογικά αντιδραστήρια (IN VITRO) καθώς και αντιδραστήρια μαζικής και τυποποιημένης παραγωγής για διαγνωστική και γενικά ιατρική χρήση. -Εργαλεία ιατρικά, αποστειρωμένα ή μη, που μπορεί να είναι απλά ή σύνθετα, ενεργά ή μη ενεργά, εσωτερικής ή εξωτερικής χρήσης, προοριζόμενα για όλους τους κλάδους της Ιατρικής. -Χειρουργικά ράμματα (απορροφούμενα και μη), χειρουργικές επιδέσεις (άμεσες επιδέσεις τραυμάτων, συγκολλητικές ταινίες, προστατευτικά επιθεμάτων κλπ.) και είδη υγιεινής (προφυλακτικά, κολπικά και τραχηλικά διαφράγματα, συσκευές SEX κλπ.). -Συσκευές, όργανα ή μηχανήματα ιατρικά, προοριζόμενα για διαγνωστική ή θεραπευτική χρήση. ια) Καλλυντικά προϊόντα. Καλλυντικό, κατά την έννοια του παρόντος νόμου είναι οποιαδήποτε ουσία ή παρασκεύασμα που προορίζεται να έλθει σε επαφή με τα επιφανειακά μέρη του σώματος (επιδερμίδα, τριχωτό μέρος, νύχια, χείλη και εξωτερικά γεννητικά όργανα) ή με τα δόντια και το βλεννογόνο της στοματικής κοιλότητας με αποκλειστικό ή κύριο σκοπό τον καθαρισμό, αρωματισμό και την προστασία για τη διατήρηση αυτών σε καλή κατάσταση, τη μεταβολή της εμφάνισής της ή τη διόρθωση των σωματικών οσμών. ιβ) Προϊόντα ειδικής διατροφής, συμπληρώματα διατροφής, επικουρικά του αδυνατίσματος κλπ. ιγ) Υγρά διαλύματα περιτοναϊκής διύλισης ή αιμοδιύλισης. ιδ) Ιαματικά ύδατα και απωθητικά του καπνίσματος. ιε) Φαρμακούχες ζωτροφές ιστ) αποσμητικά χώρου. ιζ) παρασιτοκτόνα φάρμακα, όπως αυτά ορίζονται από τις κείμενες διατάξεις”.

### III. Νομική Εκτίμηση

15. Το υπό εξέταση αίτημα του Υπουργείου, αφορά στη διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμηθειών, με την έννοια του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 8 του ν. 4412/2016, η οποία ενσωματώνει την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 8 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Δεδομένου ότι πρόκειται για διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης προμηθειών, προϋπολογισθείσας αξίας 329.789,80€ προ ΦΠΑ συντρέχει η αρμοδιότητα της Αρχής κατ’

άρθρο 2 παράγραφος 2 περίπτωση γ` υποπερίπτωση δδ` του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για την παροχή σύμφωνης γνώμης.

**16.** Συναφώς επισημαίνεται ότι η διαδικασία με διαπραγμάτευση έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιοριστικώς απαριθμούμενες στα άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ και ήδη άρθρα 26 και 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, περιπτώσεις (αντίστοιχα άρθρα 24 και 25 π.δ. 60/2007 και ήδη άρθρα 26 και 32 του Ν. 4412/2016). Περαιτέρω σημειώνεται ότι οι εν λόγω διατάξεις στο μέτρο που εισάγουν εξαιρέσεις που συνιστούν παρέκκλιση από τη βασική ρύθμιση, δηλαδή από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας των αναγνωριζόμενων από τη Συνθήκη για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Σ.Λ.Ε.Ε.) δικαιωμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο συσταλτικής ερμηνείας, το δε βάρος αποδείξεως περί του ότι συντρέχουν όντως οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την απόκλιση το φέρει αυτός που τις επικαλείται (βλ. υπό το πνεύμα αυτό ΔΕΚ - ΔΕΕ, αποφάσεις της 10ης Μαρτίου 1987, C-199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1987, σ. 1039, σκέψη 14, της 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949, της 10ης Απριλίου 2003, C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 2003, I-360, σκέψη 58, της 14ης Σεπτεμβρίου 2004, C-385/02, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2004, σ. I-8121, σκέψη 19, της 14ης Οκτωβρίου 2004, C-340/02, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλ. 2004, I-9845, σκέψη 38, και της 2ας Ιουνίου 2005, C-394/02, Επιτροπή κατά Ελλάδας, Συλλ. 2005, I-4713, σκέψη 33, της 8ης Απριλίου 2008, C- 337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 2008, I-2173, σκέψεις 57-58, της 27ης Οκτωβρίου 2011, C - 601/10, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, Συλλ. 2011, I-00163, σκέψη 32).

**17.** Συγκεκριμένα, προκειμένου η οδηγία 2014/24/ΕΚ να μην απωλέσει την πρακτική αποτελεσματικότητά της, τα κράτη μέλη και οι αναθέτουσες αρχές τους δεν επιτρέπεται να προβλέπουν περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση που δεν προβλέπονται από την εν λόγω οδηγία ή να συνοδεύουν τις ρητώς προβλεπόμενες από την οδηγία αυτή περιπτώσεις με νέους όρους που έχουν ως αποτέλεσμα να καθιστούν ευκολότερη την προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία (βλ. ΔΕΕ, αποφάσεις της 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28ης Μαρτίου 1996, C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλ. 1996, σ. I-1949, σκέψη 13 και της 13ης Ιανουαρίου 2005, C-84/03, Επιτροπή κατά Ισπανίας, Συλλ. 2005, I-13947, σκέψη 48).

**18.** Η εφαρμογή της διάταξης του άρθρου **32 παρ. 2 περ. α' του ν.4412/2016** της οποίας γίνεται ρητά επίκληση από το Υπουργείο Υγείας και στη βάση της οποίας οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης προϋποθέτει: α) να έχει προηγηθεί ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, β) να μην έχει υποβληθεί κατά την ανωτέρω νομίμως διεξαχθείσα και προηγηθείσα ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, καμία προσφορά ή αίτηση συμμετοχής είτε καμία από τις υποβληθείσες προσφορές ή αιτήσεις συμμετοχής να μην κρίνεται κατάλληλη και γ) να μην τροποποιούνται ουσιαδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης κατά την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση. Επιπλέον, προϋποθέτει ότι σε περίπτωση σχετικού αιτήματος της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να προβεί στη διαβίβαση προς αυτήν, σχετικής εκθέσεως. Ειδικότερα, δε σχετικά με την υπό σημείο α) προϋπόθεση της προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας, παγίως έχει κριθεί ότι η προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης, κατ' εφαρμογή παραγράφου 2, εδάφιο α' του άρθρου 32, συνέχεται άμεσα με τον προηγηθέντα 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).

19. Εν προκειμένω, από τα στοιχεία του φακέλου της κρινόμενης υπόθεσης προκύπτουν τα εξής:

**19.1. Ως προς την προϋπόθεση της προηγούμενης νομίμως διεξαχθείσας ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας.**

Το Υπουργείο διενήργησε ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων, προϋπολογισμού δαπάνης 329.789,80€ προ ΦΠΑ για την προμήθεια φαρμακευτικών ιδιοσκευασμάτων του Κρατικού Μονοπωλίου για το χρονικό διάστημα από 30.05.2021 έως και την 20.06.2022 για τα δύο πρώτα τμήματα της σχετικής διακήρυξης και για έξι μήνες για τα λοιπά δύο. Από τη μελέτη του φακέλου διαπιστώθηκαν οι κατωτέρω πλημμέλειες τόσο στη διακήρυξη όσο και στη δημοσίευση αυτής οι οποίες κρίνεται εν προκειμένω ότι δε συνδέονται με το άγνοιο αποτέλεσμα αυτού. **Συγκεκριμένα:**

i) Όπως προκύπτει από το σημείο 2.2 της παρούσας, οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς μπορούσαν να υποβάλλουν προσφορά για ένα ή περισσότερα από τα τέσσερα τμήματα του διαγωνισμού, για τα οποία η εν λόγω διακήρυξη περιλάμβανε αναλυτική περιγραφή των ειδών και των ποσοτήτων, αλλά δεν περιείχε αναφορά στην επιμέρους προϋπολογιζόμενη αξία του κάθε τμήματος, πληροφορία η οποία, όπως αναφέρεται στο ίδιο σημείο και στο σημείο 2.3, περιλαμβανόταν στην προκήρυξη του διαγωνισμού που απεστάλη στην ΕΕΕΕ και στην πλατφόρμα του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ.

Αναφορικά με τα ανωτέρω κρίνεται σκόπιμο όπως επισημανθεί ότι, όπως προκύπτει από την παραβολή των στοιχείων στο σημείο 2.2 και στο σημείο 2.3 της παρούσας, η εκτιμώμενη αξία του τμήματος 4 με περιγραφή: *“Φιάλες πόσιμοι διαλύματος υγρής μορφίνης (έτοιμο φαρμακευτικό σκεύασμα)”* στην προκήρυξη που απεστάλη την 10.11.2020 προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ ορίστηκε αρχικά σε 32.000,00€ προ ΦΠΑ, την ίδια ημέρα απεστάλη τροποποίηση σε 329.789,80€ προ ΦΠΑ, και την 08.01.2021 (ήτοι έπειτα από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών) απεστάλη εκ νέου τροποποίηση η οποία όρισε την εκτιμώμενη αξία σε 30.189,00€ όπως ορίστηκε εξ αρχής στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ. Η ανωτέρω διάσταση, η οποία, κατά δήλωση του προσωπικού του Υπουργείου, έγινε εκ παραδρομής, πιθανολογείται ότι δεν επηρέασε το άγνοιο αποτέλεσμα του διαγωνισμού, καθώς η υψηλότερη τιμή που προβλέφθηκε στην προκήρυξη που απεστάλη στην ΕΕΕΕ, δε δύναται να απέτρεψε τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς να εκδηλώσουν το ενδιαφέρον τους και να επισκεφτούν την πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του σχετικού συνδέσμου και να ενημερωθούν για την εκτιμώμενη ορθή αξία όπως ορίστηκε εκεί. Επιπρόσθετα κρίνεται σκόπιμο όπως επισημανθεί ότι για την ανωτέρω διάσταση στην εκτιμώμενη αξία του τμήματος 4, δεν υπεβλήθη κάποιο ερώτημα όπως προκύπτει και από την καρτέλα «Επικοινωνία» του συγκεκριμένου διαγωνισμού στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ. Σε κάθε όμως περίπτωση, επισημαίνεται ότι η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται σε ακριβή πληροφόρηση των ενδιαφερομένων σε εθνικό και ευρωπαϊκό επίπεδο με την ορθή συμπλήρωση του τυποποιημένου εντύπου που αποστέλλεται στην ΕΕΕΕ (βλ. σχετ. Κατευθυντήρια Οδηγία 4 της Αρχής – ΑΔΑ:76Ψ6ΟΞΤΒ-Θ8Ρ).

ii) Από τη μελέτη του φακέλου διαπιστώθηκε πλημμέλεια στη δημοσίευση της διαγωνιστικής διαδικασίας, ως προς το κάτωθι σημείο: Συγκεκριμένα και όπως προκύπτει από το σημείο 2.3 της παρούσης, περίληψη της εν λόγω διακήρυξης, η οποία περιείχε τους ουσιώδεις όρους και στοιχεία της διακήρυξης του διαγωνισμού, απεστάλη ηλεκτρονικά την 10.11.2020 και δημοσιεύθηκε την 13.11.2020 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.Ε.Ε), ενώ από την 11.11.2020 η αναθέτουσα αρχή είχε ήδη αναρτήσει τη σχετική προκήρυξη στον ιστότοπο ΔΙΑΥΓΕΙΑ και το πλήρες τεύχος της διακήρυξης στη σελίδα του ΚΗΜΔΗΣ, γεγονός που έρχεται σε διάσταση με τις διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 66 του ν.4412/2016 (*«Οι προκηρύξεις και οι γνωστοποιήσεις που αναφέρονται στα άρθρα 62, 63 και 64, καθώς και οι πληροφορίες που περιέχονται σε αυτές δεν δημοσιεύονται σε εθνικό επίπεδο πριν από την ημερομηνία*

δημοσίευσης, σύμφωνα με το άρθρο 65. Ωστόσο, η δημοσίευση μπορεί να πραγματοποιείται σε κάθε περίπτωση σε εθνικό επίπεδο, όταν οι αναθέτουσες αρχές δεν έχουν ενημερωθεί σχετικά με τη δημοσίευση εντός 48 ωρών από τη βεβαίωση παραλαβής της προκήρυξης/ γνωστοποίησης, σύμφωνα με το άρθρο 65»).

iii) Σε ό,τι αφορά στα τεθέντα στη διακήρυξη κριτήρια επιλογής, ορίστηκε, εν προκειμένω, στην παράγραφο 2.2.5 της διακήρυξης με τίτλο: “Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια” ότι: “Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα, σύμφωνα με το άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 αποδεικνύεται με τα ακόλουθα δικαιολογητικά: Υπεύθυνη δήλωση, ψηφιακά υπογεγραμμένη, όπου θα δηλώνεται: α) ο ετήσιος ειδικός κύκλος εργασιών του προσφέροντος και που αφορά στην εκτέλεση προμηθειών συναφών προς το αντικείμενο της παρούσας διακήρυξης κατά τις τρεις (3) προηγούμενες του έτους του διαγωνισμού οικονομικές χρήσεις ή για όσο διάστημα ασκεί την επιχειρησιακή του δράση εφόσον αυτό είναι μικρότερο και β) ο μέσος ετήσιος ειδικός κύκλος εργασιών του προσφέροντος που αφορά στην εκτέλεση προμηθειών συναφών προς το αντικείμενο της παρούσας διακήρυξης κατά τις τρεις (3) προηγούμενες του έτους του διαγωνισμού οικονομικές χρήσεις ή για όσο διάστημα ασκεί την επιχειρησιακή του δράση εφόσον αυτό είναι μικρότερο”, χωρίς περαιτέρω στο σημείο αυτό ή σε άλλο σημείο της διακήρυξης το Υπουργείο να έχει εξειδικεύσει ή να έχει ορίσει ελάχιστες απαιτήσεις.

Έπειτα από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή δεν έχει ορίσει τα επίπεδα ικανοτήτων που απαιτούνται για τη συγκεκριμένη σύμβαση και μάλιστα με τρόπο που αυτά να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενό της. Επιπρόσθετα, λαμβάνοντας υπ’ όψιν ότι κριτήριο κατακύρωσης του διαγωνισμού έχει ορισθεί η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει χαμηλότερης τιμής, δεν προκύπτει με σαφήνεια πώς θα αξιολογηθούν τα αιτούμενα δικαιολογητικά τη στιγμή που δεν έχει καθοριστεί το ελάχιστο πεδίο τους, όπως όφειλε να πράξει η αναθέτουσα αρχή στην προκήρυξη του διαγωνισμού. Ως εκ τούτου, κρίνεται ότι τα ανωτέρω κριτήρια, εφόσον εν τοις πράγμασι δεν δύναται να ληφθούν υπόψιν και για τα οποία δεν τεκμηριώθηκε η σύνδεσή τους και η αναλογικότητά τους με την προμήθεια των φαρμακευτικών ιδιοσκευασμάτων, εισάγουν όρους γενικούς και αόριστους και ως εκ τούτου, για τη βελτίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να εκτιμήσει εκ νέου την αναγκαιότητά και τον ορισμό τους.

Πέραν των ανωτέρω, στον εν λόγω διαγωνισμό δεν διαπιστώθηκαν όροι, που θα απέτρεπαν οικονομικό φορέα από τη συμμετοχή του στο σχετικό διαγωνισμό.

## **19.2. Ως προς τη μη υποβολή προσφοράς ή κατάλληλης προσφοράς**

Σύμφωνα με το από 14.01.2021 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Διαγωνισμών, το οποίο εγκρίθηκε με την υπ’ αριθ. οικ. 2707/14.01.2021 (ΑΔΑ: Ψ8Μ9465ΦΥΟ-Π34) απόφαση του Υπηρεσιακού Γραμματέα του Υπουργείου, δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά και για το λόγο αυτό η αναθέτουσα ματαίωσε το διαγωνισμό.

## **19.3. Ως προς τη μη ουσιώδη τροποποίηση των αρχικών όρων της σύμβασης**

Το Υπουργείο με το υπ’ αριθμ. πρωτ. οικ. 2728/14.01.2021 έγγραφό του αιτείται την παροχή σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., κατ’ άρθρο 32 παρ. 2 περ. α του ν.4412/2016, χωρίς ουσιώδη τροποποίηση των όρων και των τεχνικών προδιαγραφών του προηγηθέντος άγονου διαγωνισμού για τα εν λόγω αιτούμενα

είδη, προσκομίζοντας σχετικό σχέδιο απόφασης αρμοδίου οργάνου.

**20.** Ως προς το σκέλος του αιτήματος περί προσφυγής στη διαδικασία διαπραγμάτευσης με την ανώνυμη εταιρεία ΙΦΕΤ ΑΕ επισημαίνονται τα εξής:

**21.** Σύμφωνα με την περίπτωση (α) της παραγράφου 2 του άρθρου 32 παρέχεται η δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να χρησιμοποιούν τη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση όταν συντρέχουν σωρευτικά οι κατά νόμον προϋποθέσεις, ως αυτές αναλυτικά αναφέρονται ανωτέρω. Λαμβάνοντας υπ' όψιν ότι η ratio της διάταξης αυτής συνίσταται στο ότι, εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επιλέξει, εκκινήσει, διεξάγει και ολοκληρώσει μια διαγωνιστική διαδικασία δίχως να βρεί κάποιον οικονομικό φορέα που να ικανοποιεί την ανάγκη, δεν είναι σκόπιμο να υποχρεώνεται σε εκ νέου διαγωνιστική διαδικασία και επανάληψη των διατυπώσεων δημοσιότητας, παρέχεται η ελευθερία να προσφύγει σε διαδικασίες με διαπραγμάτευση ή «απευθείας ανάθεση» για να βρει τον κατάλληλο ανάδοχο της σύμβασης.

**22.** Η προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, στην περίπτωση αυτή, κατά κανόνα είναι δυνατή μόνο όταν η αναθέτουσα αρχή αναζητά ανάδοχο οικονομικό φορέα ο οποίος πληροί τους όρους της προηγούμενης (άγονης) διεξαχθείσας διαδικασίας. Εν προκειμένω, στο πλαίσιο άσκησης της κατ' άρθρον 2 παρ. 2 περ. γ' υποπερ. δδ' του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, αρμοδιότητας της Αρχής ελέγχεται η νομιμότητα της υποκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας δηλ. η νομιμότητα του προηγηθέντος άγονου ανοικτού/κλειστού διαγωνισμού, καθώς αυτή συνδέεται παρακολουθηματικά με τη νομιμότητα της διαδικασίας διαπραγμάτευσης. Υπό το πρίσμα αυτό δεν δύναται να ελεγχθεί στο παρόν χρονικό σημείο η ίδια η διαδικασία προσφυγής στη διαπραγμάτευση που θα ακολουθηθεί μετά την παροχή σύμφωνης γνώμης από την Αρχή και συνακόλουθα δεν δύναται να ελεγχθεί η δηλωθείσα βούληση της αναθέτουσας να προσφύγει στη διαπραγμάτευση της υπό ανάθεση σύμβασης με την ΙΦΕΤ ΑΕ, όπως εν προκειμένω ζητά το Υπουργείο. Ως εκ τούτου, η παροχή σύμφωνης γνώμης της Αρχής διαφαίνεται ότι έγκειται (και εξαντλείται) στην εξέταση της σωρευτικής συνδρομής της πλήρωσης των προϋποθέσεων εφαρμογής των διατάξεων της περίπτωσης (α) της παραγράφου 2 του άρθρου 32 για την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης και όχι στον έλεγχο της διενέργειας της ανωτέρω διαδικασίας με συγκεκριμένο εν δυνάμει ανάδοχο, όπως, εν προκειμένω, την ΙΦΕΤ Α.Ε

**23.** Τέλος κρίνεται σκόπιμο να επισημανθεί ότι το υποβληθέν σχέδιο απόφασης του Υπουργείου συνοδευόταν από σχέδιο προκήρυξης της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης, ως αναπόσπαστο κομμάτι αυτής. Από τις διατάξεις του ν. 4013/2011 προκύπτει ότι δεν εμπίπτει στην αρμοδιότητα της Αρχής ο έλεγχος και η διατύπωση γνώμης επί σχεδίου προκήρυξης αναθέτουσας αρχής ή αναθέτοντα φορέα.

#### **IV. Συμπέρασμα:**

Ενόψει όλων των προεκτεθέντων, με βάση το διδόμενο πραγματικό και από την υπαγωγή αυτού στις προαναφερόμενες και ερμηνευόμενες διατάξεις, επί του τεθέντος ερωτήματος, η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. ομόφωνα αποφασίζει:

**Την παροχή σύμφωνης γνώμης** επί του αιτήματος του Υπουργείου Υγείας, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2, περ. γ (δδ) του ν. 4013/2011, όπως ισχύει, για τη διενέργεια διαδικασίας με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, για την προμήθεια έτοιμων φαρμακευτικών ιδιοσκευασμάτων του κρατικού μονοπωλίου, δαπάνης 329.789,80€ προ ΦΠΑ και συγκεκριμένα για τα τέσσερα τμήματα της με αρ. πρωτ. οικ. 71820/10.11.2020 διακήρυξης (αρ. διακήρυξης 05/2020,

ΑΔΑΜ:20PROC007627515 2020-11-11, ΑΔΑ:66ΗΞ465ΦΥΟ-ΞΓ3) του προηγθέντος διαγωνισμού για το οποίο δεν κατατέθηκε καμία προσφορά, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν.4412/2016, άρθρο 32, παρ. 2, περ. α, λόγω συνδρομής των προς τούτο τασσόμενων υπό του νόμου προϋποθέσεων.

**Αθήνα 03.02.2021**

**Ο Πρόεδρος**

**Γεώργιος Καταπόδης**