

**Η**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 17 Αυγούστου 2022 με την εξής σύνθεση: Αθηνά Μπουζιούρη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ειρήνη Αφοκάρδου και Σταυρούλα Κουρή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 13/7/2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 987/14-7-2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (η προσφεύγουσα) που εδρεύει στ... .., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ... (η αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της από 29/6/2022 υπ' αριθ. 39 απόφασης του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής Συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου της .... που περιέχεται στο υπ' αριθ. 87/29-6-2022 πρακτικό συνεδρίασης με θέμα «*Υποβολή του υπ' αριθμ. πρωτ. 1514/6-5-2022 πρακτικού αξιολόγησης των υποφακέλων 'Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά' και του υπ' αριθμ. πρωτ. 1664/24-5-2022 πρακτικού αξιολόγησης των υποφακέλων 'Οικονομική Προσφορά' των προσφορών που κατατέθηκαν στο Διεθνές, Ανοιχτό, Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό με αριθμό Διακήρυξης ... για την προμήθεια είκοσι δύο (22) δραστηκών ουσιών (CPV ...), συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 72.342.008,67€, πλέον Φ.Π.Α., για δύο (2) έτη, για όλους τους φορείς αρμοδιότητας της ...»», κατά το μέρος της με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας για τα τμήματα υπ' αριθ. 30 και 31 του διαγωνισμού.*

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αθηνά Μπουζιούρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε, εισπράχθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο, κατ' άρθρα 363 Ν. 4412/2016 και 5 ΠΔ 39/2017, παράβολο ποσού 5.300,00 ευρώ, όπως αυτό

## Αριθμός απόφασης: 1291/2022

υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας ποσού 1.058.263,53 ευρώ άνευ ΦΠΑ των τμημάτων που αποτελούν αντικείμενο της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, με κωδικό ηλεκτρονικού παραβόλου: ...

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε διεθνής, ηλεκτρονικός, ανοικτός διαγωνισμός με τη χρήση ηλεκτρονικού πλειστηριασμού για τη σύναψη συμφωνίας πλαίσιο με εκτελεστικές συμβάσεις χωρίς επαναδιαγωνισμό, για την προμήθεια είκοσι δύο (22) δραστικών ουσιών (CPV ...) με προσυμφωνημένο ποσοστό επιμερισμού στη συμφωνία πλαίσιο της συνολικής ποσότητας των εν λόγω δραστικών για δύο έτη με δικαίωμα παράτασης για ένα (1) ακόμη έτος, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 72.342.008,67 ευρώ άνευ ΦΠΑ, συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης. Η συμφωνία πλαίσιο υποδιαιρείται σε είκοσι δύο (22) τμήματα, όσα και τα προς προμήθεια είδη δραστικών ουσιών, με δικαίωμα των οικονομικών φορέων να υποβάλουν προσφορά για ένα, περισσότερα ή όλα τα τμήματα και για το σύνολο της προκηρυχθείσας ποσότητας ανά τμήμα. Η προσφεύγουσα συμμετείχε στον διαγωνισμό υποβάλλοντας προσφορά για τρία είδη, ήτοι για το είδος υπ' αριθ. 29 ... (100MG/CAPL01AX03) εκτιμώμενης αξίας 403.031,61 ευρώ, για το είδος 30 ... (CAPS140MG/CAPL01AX03) εκτιμώμενης αξίας 777.980,71 ευρώ και για το είδος υπ' αριθ. 31 ... (CAPS250MG/CAPL01AX03) εκτιμώμενης αξίας 280.282,82 ευρώ. Με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής επικυρώθηκαν τα πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού περί αποσφράγισης και ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς και περί αποσφράγισης οικονομικών προσφορών και η προσφορά της απερρίφθη για τα ήδη 30 και 31 λόγω μη πλήρωσης του κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης. Όπως βεβαιώνει η αναθέτουσα αρχή, για τα ανωτέρω τμήματα δεν έχει υποβληθεί έτερη προσφορά στον διαγωνισμό.

3. Επειδή, προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 21/5/2021 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ενώ η Διακήρυξη αναρτήθηκε στις 28/5/2021 στο ΚΗΜΔΗΣ (ΑΔΑΜ: ...), καθώς επίσης και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε συστημικό A/A ...

## **Αριθμός απόφασης: 1291/2022**

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (προμήθεια), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της (*ad hoc* ΣΤΕ 444/2022, σκ. 5-6).

5. Επειδή, η προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε νόμιμα δια του συστήματος «Επικοινωνία» του διαγωνισμού, ηλεκτρονικά υπογεγραμμένη και με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του ΠΔ 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, στις 13/7/2022 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν δια μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΕΑΔΗΣΥ. Είναι δε και εμπρόθεσμη δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε διά της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 4/7/2022.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα ασκεί την προδικαστική προσφυγή με πρόδηλο έννομο συμφέρον επικαλούμενη την βλάβη που της προκαλεί ο, κατά τους ισχυρισμούς της, μη νόμιμος αποκλεισμός της από την προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία για τα είδη υπό α/α 30 και 31.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής δια της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 28/7/2022, νομίμως και εμπροθέσμως.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα υπέβαλε νομίμως και εμπροθέσμως συμπληρωματικό υπόμνημα επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής διά της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού την 1<sup>η</sup>/8/2022.

9. Επειδή, με την υπ' αριθ. 1430/2022 Πράξη της Προέδρου του 1ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

10. Επειδή, με τη διάταξη του άρθρου 3 παρ. 1 Ν. 4912/2022 (ΦΕΚ Α' 59/17.03.2022), με έναρξη ισχύος κατ' άρθρο 30 του ίδιου Νόμου από τη δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, η «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)» του Ν. 4412/2016 (Α' 147) μετονομάστηκε σε «Ενιαία Αρχή Δημόσιων Συμβάσεων (ΕΑΔΗΣΥ)», ενώ με

## Αριθμός απόφασης: 1291/2022

τη διάταξη του άρθρου 17 παρ. 2 Ν. 4912/2022 ορίστηκε ότι «μέχρι την έκδοση της πράξης διορισμού Προέδρου και τουλάχιστον έξι (6) Συμβούλων της Ενιαίας Αρχής Δημόσιων Συμβάσεων του άρθρου 347 του ν. 4412/ 2016 και τη συγκρότηση Κλιμακίων σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 353 και την περ. ε΄ της παρ. 1 του άρθρου 356 του ν. 4412/2016, οι εκκρεμείς ενώπιον της Αρχής διαδικασίες εξέτασης προδικαστικών προσφυγών συνεχίζονται και ολοκληρώνονται από τα Κλιμάκια με τη σύνθεση που έχουν κατά την έναρξη ισχύος του παρόντος». Κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 1<sup>ου</sup> Κλιμακίου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις και τις διατάξεις των άρθρων 365 Ν. 4412/2016, 13 ΠΔ 39/2017 όπως ισχύουν.

11. Επειδή, με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα βάλλει κατά του αποκλεισμού της από τα τμήματα υπ' αριθ. 30 και 31 της προκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας προβάλλοντας ότι μη νόμιμα και σε αντίθεση με τους όρους της Διακήρυξης η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του λόγω μη πλήρωσης του προσόντος τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται τα εξής: «Το αιτιολογικό απόρριψης της προσφοράς της εταιρίας μας έχει επί λέξει ως εξής: Για τα είδη της διακήρυξης με α/α 30 και α/α 31 τα δικαιολογητικά συμμετοχής και η τεχνική προσφορά της εταιρείας δεν είναι σύμφωνα με 8 τους όρους της υπ' αριθμ. ... διακήρυξης καθώς δεν πληροί το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας κατά παράβαση της παραγράφου 2.2.6 και των υπ' αριθμ. πρωτ. 3411/6-9-2021 Διευκρινίσεων. Πιο συγκεκριμένα, σύμφωνα με την υπ' αριθμ. πρωτ. 3411/6-9-2021 Ανακοίνωση '...Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης συμφωνίας-πλαίσιο, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται κατά τα τρία (3) τελευταία έτη να έχουν εκτελέσει προσηκόντως συμβάσεις προμηθειών ή πωλήσεις ή παραδόσεις, στην Ελλάδα ή στο εξωτερικό, αντίστοιχες με το τμήμα (δραστική ουσία) της συμφωνίας - πλαίσιο για το οποίο υποβάλλουν προσφορά στις οποίες η συνολική παραδοθείσα ποσότητα ανέρχεται σε ποσοστό τουλάχιστον πέντε τοις εκατό (5%) της διετίας της προκηρυχθείσας ποσότητας του τμήματος ή των τμημάτων (δραστική ουσία) για τα οποία υποβάλλουν προσφορά...". Για το είδος της διακήρυξης με α/α 30 η προκηρυχθείσα ποσότητα της διετίας

## Αριθμός απόφασης: 1291/2022

ανέρχεται στα 46.520 τμχ, και το 5% της διαιτούς προκηρυχθείσας ποσότητας στα 2.326 τμχ ( $46.520 \cdot 0,05$ ), ενώ για το είδος της διακήρυξης με α/α 31 η προκηρυχθείσα ποσότητα της διαιτίας ανέρχεται στα 8.560 τμχ, και το 5% της διαιτούς προκηρυχθείσας ποσότητας στα 428 τμχ ( $8.560 \cdot 0,05$ ). Σύμφωνα με τις βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης που υπέβαλε η εταιρεία προκύπτει ότι η συνολική παραδοθείσα ποσότητά της κατά τα τρία (3) τελευταία έτη: για το είδος της διακήρυξης με α/α 3 είναι 665 τμχ και είναι χαμηλότερη του 5% της διαιτούς προκηρυχθείσας ποσότητας του είδους, ήτοι των 2.326 τμχ, ενώ για το είδος της διακήρυξης με α/α 31 ανέρχεται στα 90 τμχ και είναι χαμηλότερη του 5% της διαιτούς προκηρυχθείσας ποσότητας του είδους, ήτοι των 428 τμχ,...'. Η ως άνω αιτιολογία είναι πλημμελής ως μη ερειδόμενη στη διακήρυξη και συνακόλουθα ως παντελώς αβάσιμη. Ειδικότερα, εκκινεί από την εσφαλμένη προϋπόθεση ότι λόγω του διαφορετικού α/α που έχει αποδοθεί σε καθένα εκ των τριών ζητούμενων ειδών με την ίδια δραστική ουσία (ήτοι α/α 29, 30 & 31, λόγω διαφορετικής περιεκτικότητας) θα έπρεπε από τον υποβληθέντα κατάλογο παραδόσεων και συνακόλουθα τις κατατεθείσες βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης να προκύπτει η πλήρωση του όρου 2.2.6 όχι συνολικά με βάση τη ζητούμενη δραστική ουσία, αλλά με βάση την έκαστη περιεκτικότητα της δραστικής ουσίας (100, 140 & 250 mg/cap, χωρίς κάτι τέτοιο, όμως, να προκύπτει ούτε από τη γραμματική διατύπωση του αντικατασταθέντος όρου 2.2.6 της διακήρυξης και των εν συνεχεία δοθεισών διευκρινίσεων, αλλά ούτε και από την τεολογική ερμηνεία για την κατ' ουσίαν απαίτηση του εν λόγω όρου. Και τούτο διότι αντίκειται ακόμα και στους κανόνες της κοινής λογικής να θεωρείται ως μη πληρών τη ζητούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα προσφέρων που υπερκαλύπτει την απαίτηση του 2.2,6, δηλώνοντας και αποδεικνύοντας, δηλαδή, συνολικά σχεδόν διπλάσιο αριθμό παραδόσεων για την ίδια δραστική ουσία από τον ζητούμενο. Άλλωστε απλή επισκόπηση του κειμένου της διακήρυξης καταδεικνύει ότι γενικώς και παντού γίνεται λόγος για προμήθεια είκοσι δύο (22) - και όχι, βεβαίως, τριάντα πέντε (35), που είναι οι α/α της διακήρυξης- δραστικών ουσιών. Σύμφωνα, λοιπόν με την υποβληθείσα προσφορά της η εταιρία μας υπέβαλε για τα είδη με α/α 29, 30 & 31 που αφορούν στην ίδια δραστική ουσία τον από 27- 10-2021 Κατάλογο Κυριότερων Παραδόσεων (βλ. σε ηλεκτρονικό αρχείο '6. ... ΚΑΤΑΛΟΓΟΣ ΚΥΡΤΟΤΕΡΩΝ ΠΑΡΑΔΟΣΕΩΝ\_signed.pdf και τις σχετικές βεβαιώσεις καλής

## Αριθμός απόφασης: 1291/2022

εκτέλεσης από τον ... (βλ. σε ηλεκτρονικά αρχεία 'ΕΠΙΣΤΟΛΗ ΚΑΛΗΣ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ ....pdf & 'ΕΠΙΣΤΟΛΗ ΚΑΛΗΣ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ ....pdf) από τα οποία συνδυαστικά αποδεικνύεται ότι για τη δραστική ουσία (... η εμπορική ονομασία) έχουν συνολικά (για τους α/α 29, 30 & 31) παραδοθεί/εκτελεσθεί καλώς 10.590 τεμάχια, ήτοι ποσότητα υπερδιπλάσια από το 5% της διείσδυσης που απαιτεί η διακήρυξη για  $(45.740 + 46.520 + 8.560 \times 5\% = 5.041$  τεμάχια) για την επίμαχη δραστική ουσία. ΣΥΝΕΠΩΣ, υπό τα ως άνω δεδομένα, μη νομίμως και με εσφαλμένη αιτιολογία απορρίφθηκε η προσφορά της εταιρίας μας στα είδη με α/α 30 & 31, καθώς υπερκάλυπτε για τα τμήματα που προσέφερε και τα οποία αφορούσαν στην ίδια δραστική ουσία (α/α 29, 30 & 31) την απαίτηση του όρου 2.2.6. Τέλος, σε κάθε περίπτωση, η όποια ασάφεια του επίμαχου όρου της διακήρυξης (ο οποίος, σημειωτέον, αλληπαλλήλες φορές διευκρινίστηκε και τροποποιήθηκε από την ... κατά διαφορετικό κάθε φορά τρόπο και τον οποίο και άλλες συμμετέχουσες στους διαγωνισμούς 2, 3 & 4 της ... τον ερμήνευσαν ως η εταιρία μας) δεν μπορεί να αποβεί σε βάρος της εταιρίας μας και να οδηγήσει στην απόρριψη της προσφοράς της, όχι μόνο λόγω της ήδη αποδεδειγμένης ικανότητάς της για παραδόσεις της συγκεκριμένης δραστικής ουσίας (βλ. Ε.Α ΣΤΕ 327/2018, σκ. 13) αλλά και διότι, υπό οιαδήποτε εκδοχή, η εταιρία μας είχε τη δυνατότητα να συμπληρώσει την προσφορά της εάν τυχόν ήθελε κριθεί ως ελαττωματική λόγω ακριβώς της ασάφειας του εν λόγω όρου (Ε.Α ΣΤΕ 425/2011, σκ. 11)».

12. Επειδή, η Διακήρυξη συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους διαγωνιζόμενους (ΕΑ ΣΤΕ 352/2016, 53/2011, ΣΤΕ 3669/2015, 5022/2012). Περαιτέρω, η πράξη με την οποία παρέχονται διευκρινίσεις όρων της Διακήρυξης αποτελεί εκτελεστή πράξη υποκείμενη σε προδικαστική προσφυγή και, εάν δεν αμφισβητηθεί η νομιμότητά της, οι παρασχεθείσες διευκρινίσεις εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακήρυξης, και δεσμεύουν τους ενδιαφερομένους να λάβουν μέρος στον διαγωνισμό (βλ. ΣΤΕ 444/2022, σκ. 36, κ.α.).

13. Επειδή, ως προς το κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των διαγωνιζομένων, το άρθρο 2.2.6 της Διακήρυξης του προκείμενου διαγωνισμού προέβλεπε αρχικώς ότι «Όσον αφορά στην τεχνική

## Αριθμός απόφασης: 1291/2022

και επαγγελματική ικανότητα [...], οι οικονομικοί φορείς απαιτείται κατά τα τρία (3) τελευταία έτη [...] να έχουν εκτελέσει προσηκόντως συμβάσεις προμηθειών ή πωλήσεις ή παραδόσεις, στην Ελλάδα ή στο εξωτερικό, αντίστοιχες με το αντικείμενο της συμφωνίας-πλαίσιο για το οποίο υποβάλλουν προσφορά στις οποίες η συνολική παραδοθείσα ποσότητα να ανέρχεται σε ποσοστό τουλάχιστον πέντε τοις εκατό (5%) της εκτιμώμενης αξίας του τμήματος για το οποίο υποβάλλουν προσφορά για τα δύο έτη της συμφωνίας πλαίσιο, χωρίς ΦΠΑ. Σε περίπτωση υποβολής προσφοράς για περισσότερα τμήματα, η παρούσα απαίτηση θα πρέπει να καλύπτεται αθροιστικά για όλα τα σχετικά τμήματα. Δηλαδή, το ως άνω ποσοστό θα πρέπει να καλύπτει την εκτιμώμενη αξία των σχετικών τμημάτων αθροιστικά για τα δύο έτη της συμφωνίας πλαίσιο, χωρίς ΦΠΑ. Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις μπορούν να καλύπτονται αθροιστικά από όλα τα μέλη της ένωσης». Κατόπιν υποβολής σειράς ερωτημάτων οικονομικών φορέων σε σχέση με το περιεχόμενο του ανωτέρω άρθρου (που εμφανιζόταν σε τρεις Διακηρύξεις της αναθέτουσας αρχής δημοσιευθείσες σχεδόν ταυτόχρονα) και παροχής αρχικών διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής, με την υπ' αριθ. 72/5.8.2021 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της τελευταίας τροποποιήθηκε τελικά το πρώτο εδάφιο του ανωτέρω άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης ως εξής: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα [...], οι οικονομικοί φορείς απαιτείται κατά τα τρία (3) τελευταία έτη να έχουν εκτελέσει προσηκόντως συμβάσεις προμηθειών ή πωλήσεις ή παραδόσεις, στην Ελλάδα ή στο εξωτερικό, αντίστοιχες με το τμήμα (δραστική ουσία) της συμφωνίας - πλαίσιο για το οποίο υποβάλλουν προσφορά στις οποίες η συνολική παραδοθείσα ποσότητα ανέρχεται σε ποσοστό τουλάχιστον πέντε τοις εκατό (5%) της διετίας της προκηρυχθείσας ποσότητας του τμήματος ή των τμημάτων (δραστική ουσία) για τα οποία υποβάλλουν προσφορά». Με το υπ' αριθ. πρωτ. 3411/06.09.2021 έγγραφο του Προέδρου της ....., το οποίο αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, ανακοινώθηκε στους ενδιαφερόμενους η ως άνω τροποποίηση, καθώς και η μετάθεση των ημερομηνιών λήξης της προθεσμίας υποβολής και αποσφράγισης των προσφορών για τις 1.11.2021 και 5.11.2021, αντιστοίχως. Επί της ανωτέρω τροποποίησης, και κατόπιν νέων ερωτημάτων σχετικά με την έννοια του τροποποιηθέντος άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης, με την

## Αριθμός απόφασης: 1291/2022

3716/4.10.2021 πράξη του Προέδρου της .... με θέμα «Επιπρόσθετες διευκρινίσεις επί των διακηρύξεων ..., ... και ... για τη διενέργεια διεθνών, ηλεκτρονικών, ανοιχτών διαγωνισμών με τη χρήση ηλεκτρονικού πλειστηριασμού για τη σύναψη συμφωνιών πλαίσιο με εκτελεστικές συμβάσεις χωρίς επαναδιαγωνισμό», η οποία αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 5.10.2021, παρασχέθηκαν, μεταξύ άλλων, οι εξής διευκρινίσεις: «ΕΡΩΤΗΜΑ 6: “Σύμφωνα με την υπ’ αριθμ. Πρωτ. 3411/6-9-2021 Ανακοίνωση Σας, με την απόφαση 72 που ελήφθη στην 64η/05.08.2021 Συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου της .... αποφασίστηκε η τροποποίηση των όρων των διακηρύξεων ... και ... ως ακολούθως: [...]. Παρακαλούμε να διευκρινισθεί: Α) Στην πρώτη παράγραφο του νέου όρου 2.2.6. των Διακηρύξεων αναφέρεται ότι το πέντε τοις εκατό (5%) αφορά στη διετία της προκηρυχθείσας ποσότητας του τμήματος ή των τμημάτων (δραστικής ουσίας) για το οποίο υποβάλλεται προσφορά. Στη δεύτερη παράγραφο αναφέρεται ότι το 5% θα πρέπει να καλύπτει την εκτιμώμενη αξία των σχετικών τμημάτων αθροιστικά για τα δύο έτη της συμφωνίας πλαίσιο, χωρίς ΦΠΑ. Παρακαλούμε να διευκρινιστεί, αν, με βάση τη νέα διατύπωση, το ποσοστό τουλάχιστον 5% αφορά στην εκτιμώμενη αξία ή στην προκηρυχθείσα ποσότητα του τμήματος/δραστικής ουσίας για το οποίο υποβάλλεται προσφορά για τα δύο έτη της συμφωνίας πλαίσιο τόσο αναφορικά με την πρώτη όσο και τη δεύτερη παράγραφο του νέου όρου. Β) Το ζήτημα της ως άνω απαίτησης συνολικής παραδοθείσας ποσότητας τουλάχιστον πέντε τοις εκατό (5%) σε περίπτωση υποβολής προσφοράς για περισσότερα τμήματα, σύμφωνα με τη δεύτερη παράγραφο του νέου όρου. Συγκεκριμένα: Όταν ο οικονομικός φορέας υποβάλλει προσφορά παραδείγματος χάρη για τρία τμήματα/δραστικές ουσίες, η αθροιστική κάλυψη της ως άνω απαίτησης για όλα τα σχετικά τμήματα/δραστικές ουσίες, έχει την έννοια ότι εάν για ένα τμήμα/δραστική ουσία ο οικονομικός φορέας δεν καλύπτει την απαίτηση εκτέλεσης συμβάσεων προμηθειών/πωλήσεων/παραδόσεων σε ποσοστό τουλάχιστον 5% αλλά καλύπτει την εν λόγω απαίτηση του 5% από το άθροισμα των πωλήσεών του και στα τρία τμήματα/δραστικές ουσίες της προσφοράς του, τότε η προσφορά αυτή είναι παραδεκτή; Ή θα πρέπει για κάθε ένα επιμέρους τμήμα/δραστική ουσία της προσφοράς του να καλύπτεται η απαίτηση εκτέλεσης συμβάσεων



## Αριθμός απόφασης: 1291/2022

προμηθειών/ πωλήσεων/ παραδόσεων σε ποσοστό τουλάχιστον του 5%; [...]

Γ) Παρακαλούμε επιβεβαιώστε ότι η απαίτηση της παραγράφου 2.2.6 των Διακηρύξεων περί εκτέλεσης συμβάσεων προμηθειών/ πωλήσεων/ παραδόσεων σε ποσοστό τουλάχιστον 5% δεν αφορά σε φαρμακευτικά προϊόντα που έχουν κυκλοφορήσει στην ελληνική αγορά εντός του έτους 2021".

ΑΠΑΝΤΗΣΗ 6: Α) Σε συνέχεια της υπ' αριθμ. πρωτ. 3411/6-9-2021 ανακοίνωσης και της απόφασης 72 που ελήφθη στην 64η/05.08.2021 συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου της ..., η απαίτηση του όρου 2.2.6 αφορά στο πέντε τοις εκατό (5%) της διαιτίας της προκηρυχθείσας ποσότητας του τμήματος ή των τμημάτων (δραστικής ουσίας) για το οποίο υποβάλλεται προσφορά. Το ίδιο ισχύει και για την δεύτερη παράγραφο του ίδιου όρου. Β) Σε περίπτωση υποβολής προσφοράς για περισσότερα τμήματα η απαίτηση του όρου 2.2.6 θα πρέπει να καλύπτεται αθροιστικά. Δηλαδή, οι συμβάσεις προμηθειών/πωλήσεις/παραδόσεις κάθε επιμέρους τμήματος/δραστικής ουσίας θα πρέπει να ανέρχονται σε ποσοστό τουλάχιστον πέντε τοις εκατό (5%) της διαιτίας της προκηρυχθείσας ποσότητας κάθε τμήματος/δραστικής ουσίας. Συνεπώς, θα πρέπει να προσκομιστούν [...] δικαιολογητικά [...] από τα οποία να προκύπτει η κάλυψη ποσοστού 5% της διαιτίας της προκηρυχθείσας ποσότητας για κάθε ένα επιμέρους τμήμα (δραστική ουσία) Γ) Η απαίτηση του όρου 2.2.6 των διακηρύξεων καταλαμβάνει κάθε φαρμακευτικό προϊόν.

ΕΡΩΤΗΜΑ 7: 'Σε συνέχεια της παραλαβής του υπ' αριθ. Πρωτ. 3411/6-9-2021 εγγράφου της ... για την τροποποίηση των όρων των διακηρύξεων ...,... και ... παρακαλώ όπως διευκρινίσετε τα ακόλουθα: 1) Στον όρο 2.2.6 όπως τροποποιήθηκε διεγράφη η παρένθεση (ήτοι από το έτος 2018 έως την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών) και έμεινε η διατύπωση κατά τα τρία (3) τελευταία έτη. Στο άρθρο Β.4 της διακήρυξης απαιτείται να προσκομιστεί κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων των τριών (3) τελευταίων ετών (2018, 2019 και 2020.) Στο υπ' αριθμ. 2692/25-6-2021 έγγραφό σας σχετικά με παροχή διευκρινίσεων απαντούσατε στο ερώτημα 2 και στο ερώτημα 8, ότι ο ζητούμενος κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων μπορεί να καλύπτει το χρονικό διάστημα από την 1η.01.2018 έως την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, όπως αυτός ορίζεται σε κάθε διακήρυξη. Παρακαλώ διευκρινίστε ποιο διάστημα πρέπει να καλύπτει ο κατάλογος κυριότερων παραδόσεων, τα έτη 2018, 2019 & 2020 ή από 1-1-

## Αριθμός απόφασης: 1291/2022

2018 έως την καταληκτική ημερομηνία υποβολής της προσφοράς. 2) Σύμφωνα με την τροποποίηση του όρου 2.2.6 όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, θα πρέπει η συνολική παραδοθείσα ποσότητα του τμήματος της δραστηκής που υποβάλουμε προσφορά να ανέρχεται τουλάχιστον σε ποσοστό 5% της προκηρυχθείσας ποσότητας της διετίας του τμήματος (δραστηκή ουσία). Η επόμενη παράγραφος αναφέρει ότι η παρούσα απαίτηση θα πρέπει να καλύπτεται αθροιστικά για όλα τα σχετικά τμήματα και η επεξήγηση αναφέρει ότι το ποσοστό του 5% θα πρέπει να καλύπτει την εκτιμώμενη αξία των σχετικών τμημάτων αθροιστικά για τα δύο έτη της συμφωνίας πλαίσιο χωρίς ΦΠΑ. Παρακαλώ διευκρινίστε αν από τον κατάλογο κυριότερων παραδόσεων με μνεία στην παραδοθείσα ποσότητα και στην αξία της παραδοθείσας ποσότητας θα πρέπει να προκύπτει κάλυψη ποσότητας ίσης του 5% της προκηρυχθείσας ποσότητας της 2ετίας για έκαστη δραστηκή ουσία που υποβάλουμε, και ταυτόχρονα συνολική αξία των ειδών ίση με το 5% της εκτιμώμενης αξίας των δραστηκών που υποβάλουμε αθροιστικά για τα δύο έτη της συμφωνίας πλαίσιο χωρίς ΦΠΑ. Άρα η απαίτηση αφορά και στην ποσότητα και στην αξία; ΑΠΑΝΤΗΣΗ 7: Α) Το διάστημα που πρέπει να καλύπτει ο κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων για την απαίτηση του όρου 2.2.6 των διακηρύξεων είναι από 01-01-2018 έως την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Β) Σε συνέχεια της υπ' αριθμ. πρωτ. 3411/6-9-2021 ανακοίνωσης και της απόφασης 72 που ελήφθη στην 64η/05.08.2021 συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου της ..., η απαίτηση του όρου 2.2.6 αφορά στο πέντε τοις εκατό (5%) της διετίας της προκηρυχθείσας ποσότητας του τμήματος ή των τμημάτων (δραστηκής ουσίας) για το οποίο υποβάλλεται προσφορά. Το ίδιο ισχύει και για την δεύτερη παράγραφο του ίδιου όρου. Συνεπώς, η απαίτηση αφορά σε κάθε περίπτωση την ποσότητα και όχι την αξία των συμβάσεων/πωλήσεων/παραδόσεων, ανεξαρτήτως του εάν ο οικονομικός φορέας υποβάλει προσφορά για ένα ή περισσότερα τμήματα (δραστηκές ουσίες)». Από τον συνδυασμό αφενός των διατάξεων του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης, όπως αυτές ισχύουν μετά την κατά τα άνω τροποποίησή τους με την από 5/8/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, και αφετέρου της από 4/10/2021 Διευκρίνισης της αναθέτουσας αρχής, η οποία αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στις 5/10/2021 εντασσόμενη έτσι στο κανονιστικό πλαίσιο της διενέργειάς του, προκύπτει

## Αριθμός απόφασης: 1291/2022

σαφώς ότι σε περίπτωση υποβολής προσφοράς για περισσότερα τμήματα (δραστικές ουσίες), θα πρέπει οι επικαλούμενες από τον οικονομικό φορέα συμβάσεις προμήθειας να αφορούν παραδοθείσα ποσότητα ανερχόμενη σε ποσοστό τουλάχιστον 5% της διαιτίας της προκηρυχθείσας ποσότητας κάθε τμήματος για το οποίο υποβάλλεται προσφορά (βλ.ΣΤΕ 444/2022, σκ. 39, επί όμοιου όρου της υπ' αριθ. ... Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής που τροποποιήθηκε με το ίδιο ως άνω έγγραφο της αναθέτουσας αρχής). Καθένα δε από τα τμήματα της υπό ανάθεση σύμβασης αφορά την προμήθεια φαρμακευτικού σκευάσματος που προσδιορίζεται μονοσήμαντα αφενός από την περιεχόμενη σε αυτό δραστική ουσία και αφετέρου από την περιεκτικότητα αυτής. Ως εκ τούτου, κατά την έννοια του ανωτέρω άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης, όπως αυτό ισχύει μετά την τροποποίησή του και διευκρινίστηκε από την αναθέτουσα αρχή, το απαιτούμενο προσόν τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας συνίσταται σε παραδόσεις φαρμακευτικού σκευάσματος που αντιστοιχεί σε ένα έκαστο τμήμα της υπό ανάθεση σύμβασης, και, ως εκ τούτου, σκευάσματος της συγκεκριμένης δραστικής ουσίας και της συγκεκριμένης περιεκτικότητας του είδους που αποτελεί αντικείμενο καθενός από τα τμήματα της υπό ανάθεση σύμβασης, όπως αυτά προσδιορίζονται στην Διακήρυξη.

14. Επειδή, στην προκείμενη περίπτωση, η προσφεύγουσα συμμετείχε στον διαγωνισμό υποβάλλοντας προσφορά για τα είδη υπ' αριθ. 29 (... , CAPS, 100MG/CAP, μονάδες δόσης διαιτίας: 45.740, εκτιμώμενη αξία τμήματος: 403.031,61 ευρώ), 30 (... , CAPS 140MG/CAP, μονάδες δόσης διαιτίας: 46.520, εκτιμώμενη αξία τμήματος: 777.980,71 ευρώ) και 31 (... , CAPS, 250MG/CAP, μονάδες δόσης διαιτίας: 8.560, εκτιμώμενη αξία τμήματος: 280.282,82 ευρώ). Ενόψει των γενομένων δεκτών στην προηγούμενη σκέψη, για την παραδεκτή συμμετοχή στον διαγωνισμό, οι οικονομικοί φορείς έπρεπε να επικαλεστούν και να αποδείξουν παραδόσεις ενός εκάστου των υπό ανάθεση ειδών αντιστοιχούσες σε 5% της προκηρυχθείσας ποσότητας καθενός από αυτά, ήτοι, εν προκειμένω, ποσότητα 2.287,00 του είδους 29, ποσότητα 2.326,00 του είδους 30 και ποσότητα 428 του είδους 31. Όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, διαπιστώθηκε από την αναθέτουσα αρχή και δεν αρνείται η προσφεύγουσα, η τελευταία υπέβαλε με την προσφορά της, προς απόδειξη

## Αριθμός απόφασης: 1291/2022

του επίμαχου κριτηρίου επιλογής, το αρχείο με τίτλο «6. ... ΚΑΤΑΛΟΓΟΣ ΚΥΡΙΟΤΕΡΩΝ ΠΑΡΑΔΟΣΕΩΝ\_signed», καθώς επίσης και σχετικές βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης. Βάσει των εν λόγω στοιχείων, η προσφεύγουσα επικαλέστηκε για το μεν είδος 30, κάψουλες ... 140mg/cap, παραδόσεις ποσότητας 655 δόσεων, για το δε είδος 31, κάψουλες ... 250mg/cap, παραδόσεις ποσότητας 90 δόσεων. Με τα ανωτέρω δεδομένα, όπως ορθώς έκρινε η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη, οι παραδόσεις που επικαλέστηκε η προσφεύγουσα για την πλήρωση του προσόντος του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης ως προς τα είδη 30 και 31 υπολείπονται του 5% της προκηρυχθείσας ποσότητας εκάστου είδους και, ως εκ τούτου, ορθώς αυτή αποκλείστηκε από τον προκείμενο διαγωνισμό. Και τούτο, διότι η κατά τα άνω απαίτηση της Διακήρυξης δεν μπορεί να καλυφθεί, όπως αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, από παραδόσεις του είδους ... 100mg/cap, οι οποίες αντιστοιχούν αποκλειστικά στο Τμήμα 29 της Διακήρυξης, διότι κάτι τέτοιο θα καταστρατηγούσε την υποδιαίρεση του αντικειμένου της σύμβασης σε επιμέρους τμήματα και την απαίτηση να πληρούνται το προσόν συμμετοχής του άρθρου 2.2.6 για ένα έκαστο των τμημάτων ξεχωριστά, και όχι αθροιστικά. Απορριπτέος είναι δε και ο προβαλλόμενος με την προσφυγή και το υπόμνημα της προσφεύγουσας ισχυρισμός περί ασάφειας του περιεχόμενου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας όρου του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης, καθώς οι όποιες αμφιβολίες ως προς το περιεχόμενο του επίμαχου όρου ήρθαν με την από 4/10/2021 Διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΣΤΕ 444/2022, σκ. 39), η οποία αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 5/10/2021 εντασσόμενη στο κανονιστικό πλαίσιο της διενέργειάς του. Η εν λόγω διευκρίνιση ουδόλως αμφισβητήθηκε από την προσφεύγουσα, ιδίως ως προς το τιθέμενο εν προκειμένω ζήτημα της περιεκτικότητας σε δραστική ουσία του καθενός από τα είδη που αποτελούν αντικείμενο εκάστου τμήματος της υπό ανάθεση σύμβασης, εξακολουθεί δε να ισχύει, καθόσον δεν προκύπτει από τον φάκελο του διαγωνισμού ανάκληση ή ακύρωσή της κατόπιν άσκησης αίτησης ακύρωσης εκ μέρους έτερου διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα (βλ. την ΣΤΕ 444/2022), μέχρι την εξέταση της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής. Κατόπιν των ανωτέρω, ο μόνος λόγος της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

**Αριθμός απόφασης: 1291/2022**

15. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση στο σύνολό της.

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να οριστεί η κατάπτωση του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 17 Αυγούστου 2022 και εκδόθηκε στις 6 Σεπτεμβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ  
ΑΘΗΝΑ ΜΠΟΥΖΙΟΥΡΗ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ  
ΓΕΩΡΓΙΟΣ – ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ  
ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ**