



ΑΝΑΘΕΩΡΗΤΙΚΗ ΑΡΧΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ
TENDERS REVIEW AUTHORITY

Λεωφ. Γρίβα Διγενή 81-83, 2ο όροφο, Τ.Θ. 24820, 1304 Λευκωσία
Τηλ: 22445100, Φαξ: 22445107, Email: tra@aap.gov.cy, Web: www.tra.gov.cy

Ιεραρχική Προσφυγή Αρ. 81/2006

Μεταξύ:

PHADISCO LTD

Αιτούντων

v.

ΦΑΡΜΑΚΕΥΤΙΚΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ

Αναθέτουσας Αρχής

**Αναθεωρητική Αρχή
Προσφορών**

κ. Ιωάννης Π. Πογιατζής, Πρόεδρος
κ. Μιχαλάκης Χριστοφόρου, Μέλος
κ. Πέτρος Φρακάλας, Μέλος
κ. Άγγελος Αγγελίδης, Μέλος
κ. Χριστόφορος Χριστοφίδης, Μέλος

Αιτούντες:

PHADISCO LTD

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. κο Αχιλλέα Δημητριάδη, Δικηγόρο
2. κο Ανδρέα Τσιαηλή, Εκπρόσωπο αιτούσας εταιρείας
3. κο Κυριάκο Μικέλλη, Εκπρόσωπο αιτούσας εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΦΑΡΜΑΚΕΥΤΙΚΕΣ ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. κα Μάρω Παπαδημητρίου, Μέλος Επιτροπής Αξιολόγησης
2. κα Έλενα Παναγιωτοπούλου, Μέλος Επιτροπής Αξιολόγησης

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 27 Οκτωβρίου, 2006

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Στην παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή οι Αιτητές οι οποίοι ήταν προσφοροδότες στο Διαγωνισμό αρ. 34/2006 που αφορούσε την «*Προμήθεια Φαρμάκων κατά των Λοιμώξεων Συστηματικής Χρήσης, Εμβολίων και Ανοσοσφαιρινών*», ζητούν την ακύρωση της ανάθεσης σύμβασης στην εταιρεία Multi-Pharm Co Ltd. Σημειώνεται ότι η ανάθεση στην εταιρεία αυτή έγινε λόγω χαμηλότερης τιμής, αφού προηγουμένως κρίθηκε ότι η προσφορά της πληρούσε τους όρους και τις προδιαγραφές των εγγράφων του διαγωνισμού. Και τούτο σε συμμόρφωση με τον όρο 17.1 των εγγράφων του διαγωνισμού όπου καθορίζονται τα κριτήρια ανάθεσης.

Οι Αιτητές ζητούν την πιο πάνω ακύρωση επικαλούμενοι βασικά ένα και μόνο λόγο. Ο λόγος αυτός είναι ότι ο ειδικός όρος 6 της προσφοράς είναι αντίθετος με το άρθρο 9 του περί Φαρμάκων Ανθρώπινης Χρήσης (Έλεγχος Ποιότητας, Προμήθειας και Τιμών) Νόμου του 2001, όπως τροποποιήθηκε. Να σημειωθεί εν προκειμένω ότι οι Αιτητές προσβάλλουν μόνο την κατακύρωση του είδους 24 των προσφορών και όχι την κατακύρωση όλων των ειδών που περιλαμβάνοντο στην προσφορά.

Ο αναφερόμενος ειδικός όρος 6 της προσφοράς ο οποίος περιλαμβάνεται στους ειδικούς όρους των εγγράφων έχει ως ακολούθως:

«6.1. Κυκλοφορούν στην Κύπρο ή άλλη χώρα της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Για προϊόντα που θα προσφερθούν και δεν κυκλοφορούν στην Κύπρο πρέπει να προσκομίζεται με την προσφορά Πιστοποιητικό Φαρμακευτικού Προϊόντος (CPP) ή σχετικό πιστοποιητικό ελεύθερης κυκλοφορίας (FSC) ή αντίγραφο της ισχύουσας άδειας κυκλοφορίας που να αποδεικνύουν ότι το προϊόν κυκλοφορεί σε τουλάχιστον μια από τις χώρες της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Σε περίπτωση που τα ως άνω αναφερόμενα πιστοποιητικά δεν εκδίδονται στην Ελληνική ή Αγγλική γλώσσα, θα γίνονται δεκτά στην επίσημη γλώσσα της χώρας προέλευσης νοουμένου ότι θα συνοδεύονται από Επίσημη πιστή μετάφραση στην Ελληνική ή την Αγγλική γλώσσα».

Το επικαλούμενο άρθρο 9 του πιο πάνω Νόμου έχει ως ακολούθως:

«9.(1) Με την επιφύλαξη των διατάξεων των άρθρων 9Α και 13Α, κανένα φαρμακευτικό προϊόν δεν μπορεί να κυκλοφορεί στην επικράτεια της Δημοκρατίας, εκτός αν για το συγκεκριμένο φαρμακευτικό προϊόν έχει εκδοθεί και είναι σε ισχύ άδεια κυκλοφορίας από -

- (α) Το Συμβούλιο Φαρμάκων ύστερα από σχετική αίτηση του ενδιαφερομένου, ή
- (β) την Ευρωπαϊκή Κοινότητα, δυνάμει των διατάξεων του Κανονισμού (ΕΚ) 726/2004.

.....».

Τα πιο κάτω γεγονότα είναι παραδεκτά στην παρούσα Προσφυγή.

- (α) Για το επιλεγέν φαρμακευτικό προϊόν και για το οποίο έγινε κατακύρωση της προσφοράς υπήρχε Πιστοποιητικό Ελεύθερης Κυκλοφορίας (FSC) και ως εκ τούτου είχε άδεια κυκλοφορίας στην Ελλάδα.
- (β) Δεν είχε εκδοθεί άδεια κυκλοφορίας του στην Κύπρο όπως καθορίζεται στο άρθρο 9 του προαναφερθέντος Νόμου.
- (γ) Οι προσφορές είχαν προκηρυχθεί την 9.5.2006 και η τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών ήταν η 30^η Ιουνίου, 2006, ημερομηνία κατά την οποία υπέβαλαν την προσφορά τους οι Αιτητές. Την 9.6.2006 οι Αιτητές απέστειλαν προς το Διευθυντή Φαρμακευτικών Υπηρεσιών επιστολή στην οποία ανέφεραν τα ακόλουθα:

«Θέμα: Προσφορά για την Προμήθεια Φαρμάκων κατά των Λοιμώξεων Συστηματικής Χρήσης, Εμβολίων και Ανοσοσφαιρινών (Αρ. Διαγ. 34/06, Αρ. Φακ. Φ.Υ. 13.25.02.01.29).

Αναφορικά με το πιο πάνω θέμα, θα θέλαμε να επισημάνουμε ότι στον Ειδικό Όρο Διαγωνισμού αρ. 6 της εν λόγω προσφοράς εμφανίζονται ως αποδεκτά προϊόντα, για τους σκοπούς του συγκεκριμένου Διαγωνισμού,

ακόμα και φάρμακα τα οποία δεν κυκλοφορούν και συνεπώς δεν είναι εγγεγραμμένα στην Κύπρο.

Κατά την εκτίμησή μας, η σχετική πρόνοια φαίνεται να έρχεται σε αντίθεση με την ισχύουσα και εφαρμοζόμενη νομοθεσία αναφορικά με την κυκλοφορία φαρμάκων στην Κύπρο αφού εξαλείφει την προϋπόθεση εγγραφής ενός φαρμάκου στην Κύπρο πριν την κυκλοφορία του σύμφωνα με το άρθρο 9 του περί Φαρμάκων Ανθρώπινης Χρήσης Νόμου, 70(I)/2001-2005.

Κατόπιν των πιο πάνω παρακαλούμε όπως μας παρασχεθούν άμεσα οι απαραίτητες διευκρινίσεις επί του θέματος».

Σε απαντητική επιστολή της η Αναπληρώτρια Διευθύντρια Φαρμακευτικών Υπηρεσιών, ημερομηνίας 26 Ιουνίου, 2006 και αναφερόμενη στις πιο πάνω παρατηρήσεις των Αιτητών ανέφερε τα ακόλουθα:

«1. Όσον αφορά τον Ειδικό Όρο 6, που αναφέρετε στην επιστολή σας σας πληροφορώ ότι ο συγκεκριμένος όρος έχει συμπεριληφθεί στους Ειδικούς Όρους των εγγράφων όλων των διαγωνισμών από το Νοέμβριο 2003.

2. Επιπλέον θα ήθελα να σας ενημερώσω ότι η μελέτη για αντικατάσταση του συγκεκριμένου όρου βρίσκεται στο τελικό στάδιο.

3. Ως εκ τούτου το αίτημά σας στην υπό αναφορά προσφορά δεν μπορεί να γίνει αποδεκτό.»

- (δ) Οι Αιτητές υπέβαλαν την προσφορά τους την 30.6.2006 αφού είχαν συμπληρώσει και υπογράψει τόσο το Έντυπο Προσφοράς, Παράρτημα I όσο και τη Δήλωση Συμμόρφωσης Προσφέροντος, Παράρτημα III. Στη Δήλωση Συμμόρφωσης γίνεται ανεπιφύλακτη αποδοχή του Ειδικού Όρου 6.1, όπως εκτίθεται πιο πάνω.

Προς υποστήριξη των επιχειρημάτων τους για το παράνομο του όρου 6 οι Αιτητές επικαλούνται και το γεγονός ότι ο αναφερόμενος όρος 6 έχει αλλάξει στα έγγραφα των προσφορών από τις 11 Αυγούστου, 2006 σε τρόπο που να συνάδει με το ισχύον δίκαιο.

Η Αναθέτουσα Αρχή ισχυρίζεται ότι η συμμετοχή των Αιτητών στο Διαγωνισμό και η υπογραφή τόσο του Εντύπου Προσφοράς, Παράρτημα I όσο και της Δήλωσης Συμμόρφωσης Προσφέροντος, Παράρτημα III με την ανεπιφύλακτη αποδοχή του όρου 6 όσο και η συνεχής συμμετοχή των Αιτητών σε διαγωνισμούς της Αναθέτουσας Αρχής από το 2003 στους οποίους υπήρχε ο ίδιος όρος, και στους οποίους έγιναν κατακυρώσεις προσφορών στους Αιτητές χωρίς να τεθεί εκ μέρους τους οποιοδήποτε θέμα, τους αποστερεί το δικαίωμα να ισχυρίζονται ακυρότητα ή παρανομία του όρου 6.

Αφού ακούσαμε προσεκτικά όλα τα επιχειρήματα των μερών, τόσο εκείνων που υπάρχουν στα γραπτά κείμενα τους όσο και τα επιχειρήματα που μας ανέπτυξαν κατά τη διάρκεια της ακρόασης, καταλήγουμε ομόφωνα στα ακόλουθα:

Το θέμα του παράνομου του όρου 6 δεν μπορεί κατά την άποψή μας να τεθεί κατά απόλυτο τρόπο. Σημειώνουμε εν προκειμένω ότι το άρθρο 13(A) του προαναφερθέντος Νόμου επιτρέπει την κυκλοφορία φαρμακευτικών προϊόντων χωρίς κανονική άδεια αλλά με έκδοση ειδικής άδειας. Συγκεκριμένα η παράγραφος (γ) του άρθρου 13Α επιτρέπει την κυκλοφορία φαρμάκων κατόπιν ειδικής άδειας στην περίπτωση που έχει εκδοθεί και ευρίσκεται σε ισχύ άδεια κυκλοφορίας σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης σύμφωνα με τις διατάξεις της Οδηγίας 2001/83/EK και εφόσον συντρέχουν οι καθοριζόμενες στην παράγραφο (γ) προϋποθέσεις. Όπως έχει προαναφερθεί το συγκεκριμένο φάρμακο έχει άδεια κυκλοφορίας στην Ελλάδα. Επιπλέον σημειώνουμε ότι ο ρηθείς όρος 6 των εγγράφων δεν έχει προσβληθεί με αίτημα την ακύρωση ή τροποποίηση του με την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή αλλά ούτε και προηγουμένως δυνάμει των προνοιών του άρθρου 56(10)(γ) του Ν. 101(I)/2003.

Πέραν όμως των πιο πάνω και άσχετα με το εάν ο όρος 6 είναι παράνομος, θεωρούμε ότι η εν γένει συμπεριφορά και στάση των Αιτητών δεν τους νομιμοποιεί να ζητούν ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης. Και τούτο γιατί βρίσκουμε ότι η πιο πάνω

αναφερόμενη επιστολή των Αιτητών προς το Διευθυντή Φαρμακευτικών Υπηρεσιών ημερ. 9 Ιουνίου, 2006 δεν συνιστά ούτε επιφύλαξη, ούτε διαμαρτυρία για τη συμπερίληψη στα έγγραφα προσφορών του αναφερόμενου Ειδικού Όρου 6. Είναι απλή υπόδειξη και η θέση της Αναθέτουσας Αρχής είχε εκτεθεί με την προαναφερθείσα επιστολή της ημερομηνίας 26 Ιουνίου, 2006. Αργότερα, την 30^η Ιουνίου, 2006, οι Αιτητές υπέβαλαν την προσφορά τους και υπέγραψαν τόσο το Έντυπο Προσφοράς όσο και τη Δήλωση Συμμόρφωσης στην οποία γίνεται ανεπιφύλακτη αποδοχή όλων των όρων των εγγράφων συμπεριλαμβανομένου και του Ειδικού Όρου 6. Τούτο, κατά την άποψή μας, αποστερεί τους Αιτητές το δικαίωμα να προσβάλλουν ή να αμφισβητούν τους όρους των προσφορών, όπως είναι και ο ισχυρισμός της Αναθέτουσας Αρχής.

Άσχετα με το γεγονός ότι οι Αιτητές έλαβαν μέρος και σε άλλους διαγωνισμούς από το έτος 2003 στα έγγραφα των οποίων περιείχετο ο Όρος 6, και σε ορισμένους εξ αυτών εγένετο και κατακύρωση στους Αιτητές, τα περιστατικά της παρούσας υπόθεσης αποτελούν κλασσική περίπτωση εφαρμογής του δόγματος της επιδοκιμασίας και αποδοκιμασίας, όπως έχει νομολογηθεί σε σειρά αποφάσεων του Ανωτάτου Δικαστηρίου. Ενδεικτικά αναφέρουμε τις αποφάσεις στις υποθέσεις *Christodoulos Kyriakides (No.1) v. The Council for Registration of Architects and Civil Engineers* (1965) 3 C.L.R. 151, Αναθεωρητική Έφεση αρ. 2381 *Γεώργιος Κάππα v. Οργανισμού Κυπριακής Γαλακτοκομικής Βιομηχανίας*, ημερομηνίας 25 Ιανουαρίου, 2000. Στην Αναθεωρητική Έφεση 2522, *Κυπριακή Δημοκρατία μέσω 1. Υπουργικού Συμβουλίου 2. Κεντρικού Συμβουλίου Προσφορών v. China Wanbao Engineering Corporation* αναφορικά με την αντισυνταγματικότητα των περί Αποθηκών Κανονισμών έχουν λεχθεί τα ακόλουθα: «Αποκομίζοντας το όφελος της συμμετοχής στη διαδικασία δεν μπορούσε, εν συνεχεία, επειδή η προσδοκία της δεν πραγματώθηκε, να επιδιώξει τη μηδένιση της διαδικασίας. Δηλαδή, να επιδοκιμάζει και να αποδοκιμάζει». Στην υπόθεση *I. AND G. ELECTRICAL SERVICES LTD v. Αρχής Ηλεκτρισμού Κύπρου* (1996) 4 Α.Α.Δ. 975, αναφέρεται στη σελίδα 984 τα ακόλουθα: «Εν πάση περιπτώσει δεν είναι επιτρεπτό η αιτήτρια να επιδοκιμάζει τη διαδικασία με την οποία νομιμοποιήθηκε η συμμετοχή της στο διαγωνισμό και ταυτόχρονα να την αποδοκιμάζει για τη νομιμοποίηση άλλου προσφοροδότη».

Ως εκ των πιο πάνω ο επικαλούμενος από τους Αιτητές λόγους ακύρωσης δεν γίνεται αποδεκτός.

Όσον αφορά τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι εφόσον ο όρος 6 τροποποιήθηκε στις 17 Αυγούστου 2006 και η απόφαση για κατακύρωση στον παρόντα διαγωνισμό λήφθηκε στις 7 Σεπτεμβρίου, 2006 και ως εκ τούτου έπρεπε να εφαρμοστεί και στην προκείμενη περίπτωση, δεν μας βρίσκει σύμφωνους. Και τούτο γιατί εφόσον ο διαγωνισμός προκηρύχθηκε με τους δεδομένους όρους, μεταξύ των οποίων και ο όρος 6, δεν μπορούσε να γίνει οποιαδήποτε αλλαγή οποιουδήποτε όρου μετά την υποβολή των προσφορών και στο στάδιο της κατακύρωσης.

Τέλος, όσον αφορά τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι εφόσον στις 4.10.2006 οι Αιτητές καταχώρησαν Αίτηση για λήψη προσωρινού μέτρου το οποίο την 6.10.2006 παρετάθη μέχρι την έκδοση τελικής απόφασης από την Αναθεωρητική Αρχή Προσφορών και για την παράταση αυτή δεν υποβλήθηκε ένσταση από την Αναθέτουσα Αρχή, τούτο εμποδίζει την Αναθέτουσα Αρχή να εγείρει θέμα ανεπιφύλακτης συμμετοχής των Αιτητών στη διαδικασία των προσφορών και αποδοχής των όρων του διαγωνισμού, και πάλιν δεν μας βρίσκει σύμφωνους. Η έκδοση προσωρινού μέτρου και η παράταση της ισχύος του μέχρι την τελική έκδοση απόφασης είναι θέμα που εμπίπτει στην αποκλειστική αρμοδιότητα και διακριτική ευχέρεια της Αναθεωρητικής Αρχής Προσφορών. Η αποδοχή της παράτασης του προσωρινού μέτρου από την Αναθέτουσα Αρχή σε καμιά περίπτωση δεν της αποστερεί οποιοδήποτε δικαίωμα να εγείρει οποιοδήποτε ισχυρισμό όσον αφορά την ουσία των επίδικων θεμάτων κατά την ακρόαση της προσφυγής.

Βάσει όλων των πιο πάνω κρίνουμε ότι η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή είναι αβάσιμη και η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής επικυρώνεται.