



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. 86/2006

Μεταξύ:

PharmNet 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:

PharmNet Ltd

Αντιπροσωπεύθηκε από τους:

1. κο Αχιλλέα Δημητριάδη, Δικηγόρο
2. κο Πάνικο Αντωνίου, Γενικό Διευθυντή αιτούσας εταιρείας

Αναθέτουσα Αρχή:

ΦΑΡΜΑΚΕΥΤΙΚΕΣ ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ

Αντιπροσωπεύθηκε από την:

1. κα Μαρία Παπαδημητρίου, Φαρμακοποιό Α',
Μέλος Επιτροπής Αξιολόγησης

Ημερομηνία έκδοσης Απόφασης: 5 Δεκεμβρίου, 2006

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Οι Αιτητές με την παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή προσβάλλουν την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής που λήφθηκε στο Διαγωνισμό αρ. 57/2006 που αφορούσε την προμήθεια Διφωσφονικών Φαρμάκων (Είδος 1 82494), να κατακυρώσει την προσφορά στην εταιρεία Medilink Pharmaceuticals Ltd. Ο λόγος της κατακύρωσης της προσφοράς, σύμφωνα με την Αναθέτουσα Αρχή, ήταν η χαμηλότερη τιμή, αφού εκρίθη ότι το προσφερθέν προϊόν ήταν εντός των όρων και προδιαγραφών των εγγράφων προσφοράς. Σημειώνεται εδώ ότι η τιμή της κατακύρωσης ήταν £709.622,72 ενώ η τιμή προσφοράς των Αιτητών ήταν £1.905.750,00.

Οι Αιτητές ζητούν την ακύρωση της πιο πάνω απόφασης για κατακύρωση της προσφοράς για το αναφερόμενο είδος 1 82494 επικαλούμενοι 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. Το άρθρο αυτό 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) 726/204.*

.....».

Ο αναφερόμενος ειδικός όρος 6 της προσφοράς ο οποίος περιλαμβάνεται στους ειδικούς όρους των εγγράφων του διαγωνισμού 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 (CoPP) 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. Στην 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».

Τα πιο κάτω στοιχεία είναι παραδεκτά στην παρούσα Προσφυγή:

- (α) Για το επιλεγέν φαρμακευτικό προϊόν και για το οποίο έγινε κατακύρωση της προσφοράς υπήρχε κατά το χρόνο της κατακύρωσης Marketing Authorization και ως εκ τούτου είχε άδεια κυκλοφορίας στην Αγγλία με ισχύ μέχρι το 2010.
- (β) Δεν είχε εκδοθεί άδεια κυκλοφορίας του στην Κύπρο όπως καθορίζεται στο άρθρο 9 του προαναφερθέντος Νόμου.
- (γ) Οι προσφορές είχαν προκηρυχθεί την 13.6.2006 και η τελευταία ημερομηνία υποβολής των προσφορών ήταν η 4^η Αυγούστου, 2006, ημερομηνία κατά την οποία υπέβαλαν την προσφορά τους οι Αιτητές. Την 28.6.2006 οι Αιτητές απέστειλαν προς τις Φαρμακευτικές Υπηρεσίες του Υπουργείου Υγείας επιστολή η οποία ανέφερε τα ακόλουθα:

«Re: Προσφορά για την Προμήθεια Διφωσφονικών, Φ.Υ. 13.25.02.09.08, 57/06 Closing date 04/08/06

Dear Sirs,

Regarding above – mentioned tender we object herewith to paragraph 6 of the Special Conditions.

The reason being that in accordance to the law only products registered in Cyprus should be requested.

Looking forward to the change of the Special Conditions as requested.

Best regards,

*Panicos Antoniou
General Manager».*

Σε απαντητική επιστολή της ημερομηνίας 28.7.2006 η Αν. Διευθύντρια Φαρμακευτικών Υπηρεσιών επληροφορούσε τους Αιτητές 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 του 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 4.8.2006 αφού συμπλήρωσαν και υπέγραψαν τόσο το Έντυπο Προσφοράς, Παράρτημα I, όσο και τη Δήλωση Συμμόρφωσης Προσφέροντος, Παράρτημα III. Στη Δήλωση Συμμόρφωσης γίνεται ανεπιφύλακτη αποδοχή όλων των όρων και προνοιών των εγγράφων του διαγωνισμού περιλαμβανομένου βεβαίως και του Ειδικού Όρου 6.1.

Προς περαιτέρω υποστήριξη των επιχειρημάτων τους για το παράνομο του όρου 6, οι Αιτητές επικαλούνται και το γεγονός ότι ο αναφερόμενος όρος έχει αλλάξει στα έγγραφα 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 κείμενά τους όσο και τα επιχειρήματα που μας ανέπτυξαν κατά τη διάρκεια της ακρόασης καταλήγουμε ομόφωνα στα ακόλουθα:

Φαίνεται ότι ο αναφερόμενος όρος 6 δεν καλύπτει τις προϋποθέσεις του άρθρου 9 του περί Φαρμάκων Ανθρώπινης Χρήσης (Έλεγχος Ποιότητας, Προμήθειας και Τιμών) Νόμου του 2001 όπως τροποποιήθηκε. Αλλά έχουμε την άποψη ότι το θέμα του παράνομου του όρου 6 δεν μπορεί να τεθεί κατά απόλυτο τρόπο. Και τούτο γιατί το άρθρο 9 του Νόμου προνοεί για απαγόρευση κυκλοφορίας φαρμάκων μη αδειούχων και αυτό σημαίνει κανονική άδεια αλλά ταυτόχρονα το άρθρο 13(A) του πιο πάνω Νόμου επιτρέπει, κάτω από καθορισμένες συνθήκες, την κυκλοφορία φαρμάκων με ειδική άδεια. Είναι, κατά την άποψή μας, φανερό ότι η παράβαση του άρθρου 9 του Νόμου επέρχεται με την κυκλοφορία των μη αδειούχων φαρμάκων, και σαν κυκλοφορία αντιλαμβανόμαστε τη διάθεση των φαρμάκων στην αγορά για να είναι προσιτά στους ενδιαφερόμενους ασθενείς. Άρα η κατακύρωση της προσφοράς μη αδειούχων κατά το άρθρο 9 φαρμάκων και η κυκλοφορία αυτών των φαρμάκων είναι διαφορετική, αφού θα μπορεί μέχρι την κυκλοφορία να εξασφαλιστεί ειδική άδεια δυνάμει της παραγράφου (γ) του άρθρου 13 A του προαναφερθέντος Νόμου. Ως εκ τούτου θεωρούμε ότι στο στάδιο της κατακύρωσης δεν υπάρχει θέμα ακυρότητας του ειδικού όρου 6 ή θέμα παρανομίας λόγω παράβασης του άρθρου 9 του Νόμου.

Αλλά και αν η πιο πάνω άποψη μας είναι εσφαλμένη και πάλιν θεωρούμε ότι οι Αιτητές δεν νομιμοποιούνται να ζητούν ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης λόγω της εν γένει συμπεριφοράς και στάσης τους. Και τούτο για τους ακόλουθους λόγους:

- (1) Η πιο πάνω αναφερόμενη επιστολή των Αιτητών προς τις Φαρμακευτικές Υπηρεσίες του Υπουργείου Υγείας ημερομηνίας 28.6.2006 δεν συνιστά ούτε επιφύλαξη των δικαιωμάτων τους ενόψει υποβολής της προσφοράς τους στον αναφερόμενο διαγωνισμό, αλλά απλή ένσταση, η οποία ενόψει της πιο πάνω αναφερόμενης απάντησης της Αναθέτουσας Αρχής, ημερομηνίας 28.7.2006 που ουσιαστικά απέρριψε την ένσταση των Αιτητών και της συνακόλουθης υποβολής της Προσφοράς τους την 4.8.2006 με την υπογραφή τόσο του Εντύπου Προσφοράς όσο και της Δήλωσης Συμμόρφωσης, στην οποία γίνεται ανεπιφύλακτη αποδοχή όλων των όρων των εγγράφων προσφοράς συμπεριλαμβανομένου και του Ειδικού Όρου 6, αποστερεί τους Αιτητές το δικαίωμα να προσβάλουν ή να αμφισβητούν τους εν γένει όρους των προσφορών.
- (2) 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(Ι)/2003. Τουναντίον ζητείται η ακύρωση της διαδικασίας κατακύρωσης της προσφοράς και της τελικής απόφασης κατακύρωσης.
- (3) Πέραν του γεγονότος 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 επιδοκίμασίας και αποδοκίμασίας, 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 ν. 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 πραγματοποιήθηκε, να επιδιώξει τη μηδένιση της διαδικασίας. Δηλαδή, να επιδοκιμάζει και να αποδοκιμάζει». Στην υπόθεση I. *AND G. ELECTRICAL SERVICES LTD ν. 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*».

Όσον αφορά τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι εφόσον ο όρος 6 τροποποιήθηκε στις 11 Αυγούστου 2006 και η απόφαση για κατακύρωση στον παρόντα διαγωνισμό λήφθηκε στις 28 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 25.10.2006 οι Αιτητές καταχώρησαν Αίτηση για λήψη προσωρινού μέτρου το οποίο την 27.10.2006 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.

Ως εκ τούτου και με βάση όλα τα πιο πάνω κρίνουμε ότι η παρούσα Ιεραρχική Προσφυγή είναι αβάσιμη και η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής επικυρώνεται.