

-----0-----

Μ Ε Λ Η : Ιωάννης Καραβοκύρης, Πρόεδρος, Νικόλαος Αγγελάρας, Φλωρεντία Καλδή, Γεώργιος Κωνσταντάς, Ανδρονίκη Θεοτοκάτου, Σωτηρία Ντούνη, Μιχαήλ Ζυμής και Ευφροσύνη Κραμποβίτη, Αντιπρόεδροι, Γαρυφαλλιά Καλαμπαλίκη, Ευάγγελος Νταής, Χρυσούλα Καραμαδούκη, Μαρία Βλαχάκη, Νικόλαος Μηλιώνης, Άννα Λιγωμένου, Γεώργιος Βοΐλης, Γεωργία Μαραγκού, Βασιλική Ανδρεοπούλου, Μαρία Αθανασοπούλου, Ασημίνα Σαντοριναίου, Ελένη Λυκεσά, Ευαγγελία - Ελισσάβητ Κουλουμπίνη, Σταμάτιος Πουλής, Κωνσταντίνα Ζώη, Δημήτριος Πέππας, Δέσποινα Καββαδία - Κωνσταντάρα, Γεωργία Τζομάκα, Αργυρώ Λεβέντη, Στυλιανός Λεντιδάκης, Αντώνιος Κατσαρόλης, Χριστίνα Ρασσιά, Θεολογία Γναρδέλλη, Βιργινία Σκεύη, Κωνσταντίνος Εφεντάκης, Αγγελική Μαυρουδή και Βασιλική Σοφianού, Σύμβουλοι.

Ο Αντιπρόεδρος Ευστάθιος Ροντογιάννης και οι Σύμβουλοι Κωνσταντίνος Κωστόπουλος και Αγγελική Μυλωνά απουσίασαν δικαιολογημένα, ενώ η Σύμβουλος Αγγελική Πανουτσακοπούλου αποχώρησε από τη διάσκεψη, σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 1 του άρθρου 2 του ν. 1968/1991.

ΓΕΝΙΚΟΣ ΕΠΙΤΡΟΠΟΣ ΤΗΣ ΕΠΙΚΡΑΤΕΙΑΣ : Διονύσιος Λασκαράτος.

ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ : Ιωάννα Αντωνογιαννάκη, Γενική Συντονίστρια, που ασκεί και καθήκοντα αναπληρώτριας Επιτρόπου στην Υπηρεσία Επιτρόπου στη Γραμματεία του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Α΄.

Β΄. Ακολούθως, ο Σύμβουλος Κωνσταντίνος Εφεντάκης, που ορίστηκε εισηγητής με τα Πρακτικά της 16^{ης} Συνεδρίασης της 12^{ης} Ιουνίου 2012 (Θέμα Α΄) του IV Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου, φέρει προς συζήτηση το ζήτημα συμβατότητας προς το κοινοτικό δίκαιο των διατάξεων των άρθρων

66 παρ. 28 του ν. 3984/2011, 44 παρ. 3 του ν. 4025/2011 και 14 παρ. 9 του ν. 4052/2012. Το εν λόγω ζήτημα παραπέμφθηκε στην Ολομέλεια με τα ως άνω Πρακτικά ως μείζονος σπουδαιότητας και γενικότερου ενδιαφέροντος σύμφωνα με το άρθρο 21 παρ. 1 εδ. γ' του Οργανισμού του Ελεγκτικού Συνεδρίου (π.δ. 774/1980).

Ο Γενικός Επίτροπος της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο, Διονύσιος Λασκαράτος, διατύπωσε επ' αυτού την ακόλουθη γνώμη :

«Η προμήθεια των νοσοκομείων με φάρμακα και εν γένει ειδών ιατρικής χρήσης απασχολεί επί σειρά ετών το Δικαστήριο ενόψει και των διατάξεων που νομιμοποιούν κατά διαφορετικά χρονικά διαστήματα τις δαπάνες και τις προμήθειες αυτές, που άλλοτε το Δικαστήριο κρίνει ότι παραβιάζουν το κοινοτικό δίκαιο (Πρακτικά Ολομ. Ελ. Συν. της 17^{ης} Γεν. Συνεδρίασης της 21/10/2009) και άλλοτε ότι είναι συμβατές με αυτό (Πράξη IV Τμ. 225/2010). Ενόψει των ειδικών συνθηκών που επικρατούν στην χώρα, η οποία από το έτος 2010 έχει εισέλθει σε παρατεταμένη οικονομική κρίση, με συνεχείς μειώσεις των κρατικών δαπανών και κυρίως εκείνων που αφορούν την υγεία και της δημιουργηθείσας ανωμαλίας στην προμήθεια φαρμάκων και λοιπών ειδών ιατρικής χρήσης, η οποία κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας, οφείλεται κυρίως στις συσσωρευμένες οφειλές του Δημοσίου προς τους προμηθευτές με συνέπεια την άρνηση των τελευταίων να τροφοδοτούν τα νοσοκομεία, την κακή οικονομική κατάσταση των εταιρειών αυτών (που απειλούνται ή βρίσκονται σε πτώχευση), την καθολική άρνηση των προμηθευτών να προσέρχονται στους διαγωνισμούς (εμπάργκο) και την καθυστέρηση ολοκλήρωσης των

διαγωνιστικών διαδικασιών, είχε ως επακόλουθο, η ανάγκη άμεσης προμήθειας υλικών και φαρμάκων, να οδηγήσει τους αρμόδιους φορείς υγείας στη διενέργεια διαγωνισμών με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης. Σημειωτέον ότι η διαπιστωθείσα άρνηση των προμηθευτών να προσέρχονται στους διαγωνισμούς και να προσφέρουν σε τιμές που καθόριζε το Παρατηρητήριο Τιμών καθιερώθηκε και νομοθετικά (άρθρ. 14 παρ. 5 του ν. 4052/2012), με τη δυνατότητα των φορέων υγείας «που στερούνται (ιατροτεχνολογικά προϊόντα και φάρμακα) λόγω εναρμονισμένων πρακτικών των προμηθευτών από την εγχώρια αγορά, να προσφεύγουν σε κράτη - μέλη της Ε.Ε. λαμβανομένων υπόψη των τιμών του Παρατηρητηρίου». Με τη διάταξη του άρθρου 66 παρ. 28 του ν. 3984/2011, νομιμοποιούνται οι δαπάνες για την εξόφληση υποχρεώσεων των νοσοκομείων από προμήθειες ιατροτεχνολογικών προϊόντων, φαρμάκων και συναφών με τις προμήθειες υπηρεσιών για λόγους διασφάλισης δημοσίου συμφέροντος και προστασίας της Δημόσιας Υγείας. Παρόλο που οι διατάξεις αυτές έρχονται σε αντίθεση με τις γενικές αρχές της ίσης μεταχείρισης στην πρόσβαση της αγοράς (ανταγωνισμού) και της διαφάνειας του κοινοτικού δικαίου, αφού οι δαπάνες αυτές αποτελούν το τίμημα συμβατικής υποχρεώσεως από την προμήθεια των ως άνω ιατρικών υλικών που συνήφθησαν με απ' ευθείας ανάθεση, και όχι με διαγωνισμό, εν τούτοις η άμεση προσφυγή στη διαδικασία αυτή δικαιολογείται και στηρίζεται στην εξαίρεση που προβλέπει το κοινοτικό δίκαιο σε περιπτώσεις δημόσιου συμφέροντος για την προστασία της υγείας των πολιτών, αφού κατά τα εκτεθέντα, και κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας, συνέτρεχαν επιτακτικοί λόγοι για την προστασία των ασθενών - πολιτών,

επί πλέον δε, επιτυγχάνεται σε μεγάλο βαθμό η εξυγίανση της παθογένειας του συστήματος προμήθειας των νοσοκομείων και η ομαλή συνέχιση αυτής. Επομένως, η προμήθεια ιατροτεχνολογικών προϊόντων και φαρμάκων από τα νοσοκομεία με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης και σε τιμές που εναρμονίζονται με τις καθοριζόμενες από το Παρατηρητήριο τιμών καθιστούν νόμιμες τις δαπάνες που προβλέπει η ως άνω διάταξη για την εξόφληση των υποχρεώσεων των Νοσηλευτικών Ιδρυμάτων προς τους προμηθευτές τους.»

Ο εισηγητής Σύμβουλος εισηγείται ως ακολούθως :

I. Το IV Τμήμα του Ελεγκτικού Συνεδρίου, επιληφθέν της 31901/25.5.2012 αίτησης του «TZANEIOY» Γενικού Νοσοκομείου Πειραιά, δέχθηκε, με τα πρακτικά της 16ης Συνεδρίασής του της 12.6.2012, ότι δεν συνέτρεχε νόμιμος λόγος ανάκλησης της 61/2012 Πράξης του Τμήματος, με την οποία είχε κριθεί ότι δεν πρέπει να θεωρηθούν τα 405, 406 και 407, οικονομικού έτους 2011, χρηματικά εντάλματα του Νοσοκομείου αυτού, συνολικού ποσού 72.679,20 ευρώ, που αφορούσαν στην καταβολή του τιμήματος για την προμήθεια, με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, βηματοδοτών και συναφών υλικών, κατά τους μήνες Ιούλιο και Αύγουστο του έτους 2010. Και τούτο διότι η συνολική αξία των επίμαχων ειδών υπερέβαινε, σε ετήσια βάση, το όριο των 15.000 ευρώ, μέχρι του οποίου νομίμως χωρεί η, άνευ ειδικής αιτιολογίας, προσφυγή στην εξαιρετική αυτή διαδικασία, άλλη δε περίπτωση, από τις περιοριστικώς αναφερόμενες στο νόμο, που να δικαιολογούσε τη μη διενέργεια διαγωνισμού, δεν στοιχειοθετείτο εν προκειμένω. Με τα ίδια ως άνω Πρακτικά, έγινε, περαιτέρω, δεκτό ότι, παρά τη συνδρομή των προϋποθέσεων της

νομιμοποιητικής διάταξης του άρθρου 66 παρ. 28 του ν. 3984/2011 όσον αφορά το 406 ένταλμα, η εν λόγω διάταξη δεν μπορούσε, ως αντίθετη προς τις θεμελιώδεις αρχές του πρωτογενούς κοινοτικού δικαίου, να τύχει εφαρμογής και να αποτελέσει νόμιμο έρεισμα για την εκταμίευση της οικείας δαπάνης, ενόψει, όμως, της γενικότερης σημασίας και της μείζονος σπουδαιότητας του τελευταίου αυτού ζητήματος, το Τμήμα παρέπεμψε, σύμφωνα με το άρθρο 21 παρ. 1 εδάφιο γ' του π.δ/τος 774/1980, την παρούσα υπόθεση στην Ολομέλεια, στην οποία νομίμως εισάγεται αυτή.

II. A. Ο ν. 2286/1995 «Προμήθειες του δημόσιου τομέα και ρυθμίσεις συναφών θεμάτων» (Α' 19) ορίζει στο άρθρο 1 ότι: «1. Στις διατάξεις του νόμου αυτού υπάγονται οι κάθε είδους προμήθειες αγαθών που ενεργούνται από: α) (...) γ) τα Ν.Π.Δ.Δ. που αποτελούν οργανισμούς της καθ' ύλην αυτοδιοίκησης, δ) (...)». Και στο άρθρο 2 ότι: «1. (...) 12. Οι διαδικασίες συνάψεως συμβάσεων προμηθειών διακρίνονται σε συνοπτικές, ανοικτές, κλειστές και με διαπραγμάτευση: α) Ανοικτές είναι οι διαδικασίες (ανοικτός διαγωνισμός) που κάθε ενδιαφερόμενος προμηθευτής μπορεί να υποβάλλει προσφορά. β) Κλειστές είναι εκείνες (κλειστός διαγωνισμός) που μόνο οι προμηθευτές οι οποίοι έχουν προσκληθεί από το φορέα, που διενεργεί το διαγωνισμό, μπορούν να υποβάλλουν προσφορά. γ) Συνοπτικές (πρόχειρος διαγωνισμός) είναι οι διαδικασίες που διενεργούνται μόνο για τη σύναψη συμβάσεων προμηθειών αγαθών αξίας κάτω των διακοσίων χιλιάδων (200.000) ECU, ετήσιας συνολικής δαπάνης, καθοριζομένης εκάστοτε με απόφαση του Υπουργού Εμπορίου. Στις διαδικασίες των εδαφίων α' και β' απαιτείται προηγούμενη δημοσίευση

προκήρυξης διαγωνισμού. δ) Με διαπραγμάτευση (εξαιρετική ή απευθείας ανάθεση) είναι η διαδικασία που οι επί μέρους φορείς προσφεύγουν στους προμηθευτές της επιλογής τους και διαπραγματεύονται τους όρους των υπό σύναψη συμβάσεων με έναν ή περισσότερους από αυτούς, με ή χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού. 13. Η διαδικασία του τελευταίου εδαφίου της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να τηρηθεί στις ακόλουθες περιπτώσεις: I. (...) II. Όταν για τεχνικούς ή καλλιτεχνικούς λόγους ή για λόγους που σχετίζονται με την προστασία δικαιωμάτων αποκλειστικότητας, τα προς προμήθεια αγαθά κατασκευάζονται ή παραδίδονται μόνο από ορισμένο προμηθευτή. (...) V. Όταν για λόγους επείγουσας ανάγκης, που οφείλεται σε αυταπόδεικτα απρόβλεπτες καταστάσεις, δεν είναι δυνατόν να τηρηθούν οι προθεσμίες που προβλέπονται από τους κανονισμούς προμηθειών. (...) VIII. Για την προμήθεια αγαθών, αξίας κάτω των διακοσίων χιλιάδων (200.000) ECU, η δαπάνη των οποίων δεν υπερβαίνει κατ' είδος σε ετήσια βάση το ποσό που καθορίζεται εκάστοτε από τον Υπουργό Εμπορίου». Κατ' εξουσιοδότηση δε των ανωτέρω διατάξεων, εκδόθηκε η - ισχύουσα κατά τον κρίσιμο χρόνο - Π1/7446/14.1.2002 απόφαση του Υφυπουργού Ανάπτυξης (Β' 112), με την οποία η «ετήσια συνολική δαπάνη των Προμηθειών κατά κωδικό αριθμό είδους αυτών (του αρχείου ειδών προγράμματος), για τις οποίες η σύναψη των σχετικών συμβάσεων διενεργείται (...) με συνοπτικές διαδικασίες (πρόχειρος διαγωνισμός)» καθορίστηκε «μέχρι του ποσού των ΕΥΡΩ 45000 με Φ.Π.Α.» και «με διαδικασίες διαπραγμάτευσης (εξαιρετική ή απευθείας ανάθεση) μέχρι του ποσού των ΕΥΡΩ 15000 με Φ.Π.Α.».

Κατά την έννοια των παρατεθεισών διατάξεων, προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης (απευθείας ανάθεσης) επιτρέπεται, μεταξύ άλλων, όταν, λόγω επείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε απρόβλεπτες περιστάσεις, για την οποία καμία υπαιτιότητα δεν δύναται να αποδοθεί στην αναθέτουσα αρχή, καθίσταται ανέφικτη η τήρηση των προθεσμιών για τη διενέργεια διαγωνισμού, όταν, για λόγους τεχνικούς ή σχετιζόμενους με την προστασία δικαιωμάτων αποκλειστικότητας, τα ζητούμενα προϊόντα δύνανται - με βάση αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής - να παρασχεθούν μόνο από ορισμένο προμηθευτή, υπό την έννοια της μη ύπαρξης στην αγορά ανταγωνιστών που να παρέχουν προϊόντα με αντίστοιχα τεχνικά χαρακτηριστικά (πρβλ. ΔΕΚ απόφαση της 3.5.1994 στην υπόθεση C-328/1992, I-1569), καθώς και όταν η δαπάνη της προμήθειας δεν υπερβαίνει, σε ετήσια βάση, το ποσό των 15.000 ευρώ (συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α.). Στην τελευταία αυτή περίπτωση, όμως, απαγορεύεται ο επιμερισμός της συνολικής ποσότητας των ζητούμενων όμοιων ή ομοειδών αγαθών σε περισσότερες μικρότερες ποσότητες ή μερικότερες κατηγορίες, και, εν συνεχεία, η χωριστή απευθείας ανάθεση των αντίστοιχων τμηματικών προμηθειών, καθόσον, όπως παγίως δέχεται το Δικαστήριο τούτο, με τον τρόπο αυτό, της κατάτμησης, δηλαδή, της δαπάνης, επιχειρείται, κατά περιγραφή των οικείων διατάξεων, η μη τήρηση των διατυπώσεων του τακτικού ή του πρόχειρου, αναλόγως της περίπτωσης, διαγωνισμού (βλ. τις 24/2009, 173/2010, 119/2011 κ.ά. Πράξεις IV Τμ. Ελ. Συν.).

B. Ο ν. 3580/2007 «Προμήθειες Φορέων εποπτευόμενων από το Υπουργείο Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης και άλλες διατάξεις» (Α' 134), ορίζει ότι: «1. Συνιστάται στο Υπουργείο Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης Επιτροπή Προμηθειών Υγείας (Ε.Π.Υ.) ως αυτοτελής δημόσια υπηρεσία με διοικητική και οικονομική αυτοτέλεια, υπαγόμενη απευθείας στον Υπουργό Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης (...)» (άρθρο 1 παρ. 1). Ότι: «Στις αρμοδιότητες της Ε.Π.Υ. (...) ανήκουν ιδίως: (α) (...) (ιζ) Η δημιουργία βάσης δεδομένων παρατηρητηρίου τιμών για τον έλεγχο των τιμών όλων των ειδών που αναφέρονται στο άρθρο 10 (...) με βάση τις τιμές των χωρών της Ε.Ε.. Με απόφαση του Υπουργού Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης καθορίζονται οι όροι και οι κανόνες λειτουργίας του και οι προϋποθέσεις δημοσιότητας του» (άρθρο 3, όπως συμπληρώθηκε με το άρθρο 24 παρ. 2 του ν. 3846/2010, Α' 66). Ότι: «1. Στις διατάξεις του παρόντος νόμου υπάγονται οι προμήθειες και οι υπηρεσίες, όπως ειδικότερα ορίζονται στο επόμενο άρθρο για την κάλυψη των αναγκών όλων των δημόσιων νομικών προσώπων και υπηρεσιών, που λειτουργούν με τη μορφή Ν.Π.Δ.Δ. ή Ν.Π.Ι.Δ. και εποπτεύονται από το Υπουργείο Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης» (άρθρο 9 παρ. 1). Και ότι: «Στις συμβάσεις προμηθειών του παρόντος νόμου υπάγονται τα προϊόντα που ανήκουν στις κατηγορίες: (α) Ηλεκτρομηχανικά και ιατροτεχνολογικά προϊόντα (...)» (άρθρο 10 παρ. 2). Κατ' εξουσιοδότηση δε των ανωτέρω διατάξεων, εκδόθηκε η 8/31.5.2010 απόφαση της Υπουργού Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης «Όροι και κανόνες λειτουργίας και προϋποθέσεις δημοσιότητας του Παρατηρητηρίου Τιμών όλων των ειδών του άρθρου 10 του ν. 3580/07» (Β'

777), με το άρθρο 2ο της οποίας ορίστηκε ότι: «(...) Το παρατηρητήριο λαμβάνει ως βάση τη χαμηλότερη τιμή που έχει επιτευχθεί για τα είδη του άρθρου 10 του Ν. 3580/07 από τους φορείς του άρθρου 9 παρ. 1, την εγκύκλιο του ΙΚΑ καθώς και άλλους ασφαλιστικούς φορείς. Στο παρατηρητήριο τιμών καταγράφονται οι ποσότητες που αναλώνονται ανά είδος με συστηματική παρακολούθηση αυτών ανά μήνα. Παράλληλα συλλέγεται πληροφορία για το κόστος ομοειδών υλικών από άλλες χώρες της Ε.Ε. (...)».

Περαιτέρω, στο άρθρο 27 παρ. 12 του ν. 3867/2010 (Α' 128/3.8.2010) ορίζεται ότι: «Σε κάθε διαγωνισμό ή πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος για την προμήθεια ιατροτεχνολογικών προϊόντων και συναφών προς τις προμήθειες αυτές υπηρεσιών, που προκηρύσσεται από την έναρξη ισχύος του παρόντος και εφεξής, καθώς και σε όμοιους διαγωνισμούς που έχουν προκηρυχθεί και δεν έχει λήξει η προθεσμία υποβολής τεχνικών ή οικονομικών προσφορών οι υποψήφιοι ανάδοχοι υποχρεούνται, επί ποινή απαραδέκτου της προσφοράς τους, να υποβάλλουν υπεύθυνη δήλωση με τις τρεις χαμηλότερες τιμές των προϊόντων ή των υπηρεσιών που προσφέρονται, στα άλλα κράτη - μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης (...) Μέχρι την ολοκλήρωση των διαγωνισμών, καθώς και στις περιπτώσεις που έχουν λήξει συμβάσεις ή παρατάσεις προμήθειας ιατροτεχνολογικών προϊόντων και συναφών με αυτές υπηρεσιών, η καθ' οιονδήποτε τρόπο διαπραγμάτευση γίνεται με βάση τη χαμηλότερη τιμή της εγχώριας αγοράς όπως καταγράφεται στο παρατηρητήριο του άρθρου 24 του ν. 3846/2010». Και στο άρθρο 14 του ν. 3918/2011 «Διαρθρωτικές αλλαγές στο σύστημα υγείας και άλλες διατάξεις» (Α' 31) ότι: «Οι τιμές για την προμήθεια

ιατροτεχνολογικών προϊόντων, που κατ' εφαρμογή της διάταξης της παραγράφου 12 του άρθρου 27 του ν. 3867/2010 (...) εναρμονίστηκαν με τις χαμηλότερες τιμές της εγχώριας αγοράς, όπως καταγράφονται στο Παρατηρητήριο Τιμών, που θεσπίστηκε με το άρθρο 24 του ν. 3846/2010 (...), αναπροσαρμόζονται, από 1.1.2010, σύμφωνα με τις τιμές του ως άνω Παρατηρητηρίου Τιμών. Η μείωση του ποσού των ενταλμάτων προμήθειας που αφορούν τα ανωτέρω προϊόντα θα γίνεται με ισόποση μείωση - έκπτωση επί των ενταλμάτων, που θα εκδοθούν και θα αφορούν πληρωμές προμηθευτών των ως άνω προϊόντων, του τελευταίου πενταμήνου του έτους 2010».

Γ. Σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, οι συμβάσεις προμηθειών, των οποίων η αξία δεν υπερβαίνει το ελάχιστο όριο που προβλέπεται στις κοινοτικές οδηγίες περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, εξαιρούνται της εφαρμογής των οδηγιών αυτών, στο μέτρο, όμως, που παρουσιάζουν βέβαιο διασυνοριακό ενδιαφέρον, υπό την έννοια ότι πρόκειται για προμήθειες που, λαμβανόμενου υπόψη του οικονομικού τους αντικειμένου, σε συνδυασμό με τις απαιτούμενες τεχνικές ικανότητες του προμηθευτή και τον τόπο εκτέλεσής τους, είναι πρόσφορες να ελκύσουν αλλοδαπούς επιχειρηματίες, συνεπάγονται την υποχρέωση των αναθετουσών αρχών να τηρούν, κατά την ανάθεσή τους, τους θεμελιώδεις κανόνες της Συνθήκης Λειτουργίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και, ειδικότερα, τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, καθώς και τη συνακόλουθη αρχή της διαφάνειας (αποφάσεις ΔΕΕ της 18.12.2007, C-481/06, Επιτροπή κατά Ελληνικής

Δημοκρατίας, σκ. 12-13, 14.6.2007, C-6/05, Medipac-Καζαντζίδης ΑΕ, σκ. 30-33, 15.5.2008, C-147/06 και C-148/06, SECAP SpA και Santorso Soc. coop. Arl, σκ. 19-26, 23.12.2009, C-376/08, Serrantoni Srl, σκ. 20-25). Με βάση δε τις παραδοχές αυτές, το ίδιο ως άνω Δικαστήριο έχει ήδη αποφανθεί ότι, ενόψει του πρόδηλου και αδιαμφισβήτητου διασυνοριακού ενδιαφέροντος για το αντικείμενο της προμήθειας, αντίκειται στις προαναφερόμενες αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας η - διά τούτο, άλλωστε, καταργηθείσα με το άρθρο 37 παρ. 7 του ν. 3784/2009 (Α' 137) - διάταξη του άρθρου 7 παρ. 2 του ν. 2955/2001 (Α' 256), η οποία, υπό τον τύπο της καθιέρωσης ανώτατης τιμής προμήθειας, χωρίς διαγωνισμό, διαφόρων κατηγοριών ειδών ιατρικής χρήσης (υλικών οστεοσύνθεσης, γναθοπροσωπικής χειρουργικής, βηματοδοτών - απινιδωτών, ηλεκτρόδιων και υλικών καρδιοχειρουργικής κ.λπ.), επέτρεπε στις αναθέτουσες αρχές να προσφεύγουν, χωρίς άλλες προϋποθέσεις, στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την προμήθεια των εν λόγω ειδών (βλ. την προμνησθείσα απόφαση ΔΕΕ της 18.12.2007, C-481/06, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, καθώς και τα Πρακτικά της 17^{ης} Γεν. Συν./21.10.2009 Ολομ. Ελ. Συν.).

Δ. Ενόψει των ανωτέρω, η διάταξη του άρθρου 27 παρ. 12 του ν. 3867/2010, με την οποία ορίζεται ότι από 1.1.2010 - σε επίπεδο καταβολής της δαπάνης και ανεξαρτήτως της τιμής ανάθεσης - η καθ' οιονδήποτε τρόπο διαπραγμάτευση για την προμήθεια ιατροτεχνολογικών προϊόντων, ενόσω εκκρεμούν οι οικείοι διαγωνισμοί ή έχουν λήξει οι σχετικές συμβάσεις και οι παρατάσεις τους, γίνεται με βάση τη χαμηλότερη τιμή της εγχώριας αγοράς,

όπως αυτή καταγράφεται στο Παρατηρητήριο του άρθρου 24 του ν. 3846/2010, δεν μπορεί να έχει την έννοια της θέσπισης νέας, πέραν των ήδη προβλεπόμενων, περίπτωσης προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, αλλά - της εφαρμογής της περιοριζομένης μόνον όπου, κατά τις κείμενες διατάξεις, επιτρέπεται η προσφυγή στην εξαιρετική αυτή διαδικασία - του καθορισμού, ως επιπλέον όρου, ανωτάτου ορίου τιμής της προμήθειας, πέραν του οποίου δεν επιτρέπεται η ανάθεση, καθόσον, υπό την αντίθετη εκδοχή, η επίμαχη ρύθμιση δεν θα διέφερε από εκείνη του άρθρου 7 παρ. 2 του ν. 2955/2001 και θα ήταν, για την ταυτότητα του λόγου, αντίθετη στο πρωτογενές κοινοτικό δίκαιο.

III. Στο άρθρο 66 παρ. 28 του ν. 3984/2011 «Δωρεά και μεταμόσχευση οργάνων και άλλες διατάξεις» (Α' 150) ορίζεται ότι: «Για λόγους διασφάλισης δημοσίου συμφέροντος και προστασίας της Δημόσιας Υγείας, καθίστανται νόμιμες οι δαπάνες που απαιτούνται για την εξόφληση υποχρεώσεων από προμήθειες ιατροτεχνολογικών προϊόντων, φαρμάκων και συναφών προς τις προμήθειες αυτές υπηρεσιών, που εναρμονίστηκαν με τις χαμηλότερες τιμές της εγχώριας αγοράς του Παρατηρητηρίου Τιμών του άρθρου 24 του ν. 3846/2010. Οι ως άνω δαπάνες απορρέουν από προμήθειες των Νοσοκομείων του Ε.Σ.Υ. συμπεριλαμβανομένων των Ψυχιατρικών και των Πανεπιστημιακών Κλινικών, των Νοσοκομείων Αρεταίειο και Αιγινίτειο, του Ωνάσειου Καρδιοχειρουργικού Κέντρου και του Νοσοκομείου Παπαγεωργίου της Θεσσαλονίκης και διενεργήθηκαν από την κατάθεση στη Βουλή του ν. 3867/2010 μέχρι τη δημοσίευση του ν. 3918/2011». Ήδη δε, με τα άρθρα 44 παρ. 3 του ν. 4025/2011

(Α' 228) και 14 παρ. 9 του ν. 4052/2012 (Α' 41), η αρχικώς αναφερόμενη στο χρονικό διάστημα από 28.6.2010 έως 2.3.2011 ισχύς της ανωτέρω διάταξης έχει παραταθεί μέχρι την 1.3.2012.

Με τις προμνησθείσες διατάξεις θεωρούνται νόμιμες, με μόνο όρο την εναρμόνισή τους με τις τιμές του Παρατηρητηρίου Τιμών του άρθρου 24 του ν. 3846/20120, όλες ανεξαιρέτως οι δαπάνες από την προμήθεια ιατροτεχνολογικών προϊόντων, αιρομένου έτσι κάθε κωλύματος εξόφλησης των προμηθευτών, ανεξαρτήτως της βαρύτητας της πλημμέλειας που έχει επιλογωρήσει κατά τη διαδικασία ανάθεσης των προμηθειών αυτών. Οι εν λόγω ρυθμίσεις, όμως, στο μέτρο που σκοπούν να θεραπεύσουν τη μη τήρηση των διατυπώσεων που επιβάλλει η ανάπτυξη πραγματικού και δίκαιου ανταγωνισμού κατά την ανάθεση προμηθειών με βέβαιο, ενόψει του αντικειμένου και της αξίας τους, διασυνοριακό ενδιαφέρον, δεν μπορούν να διαχωριστούν από τη νομιμοποίηση των υποκείμενων παράνομων διαδικασιών ανάθεσης, αφού, επικυρώνοντας τα αποτελέσματα των διαδικασιών αυτών, παρά τη διαγνωσθείσα πλημμέλειά τους, εν τοις πράγμασι καθιστούν προαιρετική - εξαρτώμενη από τη βούληση του εθνικού νομοθέτη - την εφαρμογή τόσο των διατάξεων του παράγωγου κοινοτικού δικαίου, που τίθενται με την ισχύουσα οδηγία (2004/18/EOK) και καθορίζουν περιοριστικά τις προϋποθέσεις προσφυγής στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης (απευθείας ανάθεση), όσο και των θεμελιωδών αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, που απορρέουν από το πρωτογενές κοινοτικό δίκαιο. Ως εκ τούτου, οι επίμαχες ρυθμίσεις αντίκειται εξίσου με τις υποκείμενες αναθέσεις στους ως

άνω υπέρτερης τυπικής ισχύος κανόνες, τη θέση δε αυτή έχει ήδη εκφράσει η Ολομέλεια του Σώματος, όταν, με τα Πρακτικά της 17ης Γενικής Συνεδρίασης της 21.10.2009, επελήφθη της ομοίου περιεχομένου νομιμοποιητικής διάταξης του άρθρου 36 του ν. 3763/2009 (Α' 80), κρίνοντας και τότε την επέμβαση του εθνικού νομοθέτη ανεπίτρεπτη, ακόμη και υπό την εκδοχή ότι αφορούσε μόνον την καταβολή των χρεών των Νοσοκομείων από προμήθειες ανατεθείσες κατά παράβαση του κοινοτικού δικαίου. Με δεδομένο, περαιτέρω, ότι ούτε η διάταξη του άρθρου 66 παρ. 28 του ν. 3984/2011, ούτε αυτές των άρθρων 44 παρ. 3 του ν. 4025/2011 και 14 παρ. 9 του ν. 4052/2012, που παρέτειναν την ισχύ της, συνοδεύονται από αιτιολογική έκθεση - όλες προσετέθησαν κατά την επεξεργασία των αντίστοιχων νομοσχεδίων ενώπιον της Διαρκούς Επιτροπής Κοινωνικών Υποθέσεων της Βουλής - δεν προκύπτει ότι η θέσπισή τους δικαιολογείται από επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος, ούτως ώστε, υπό την προϋπόθεση της τήρησης του απολύτως αναγκαίου μέτρου, να μην αποκλείεται, κατ' εξαίρεση, η εισαγωγή απόκλισης από τις προαναφερόμενες θεμελιώδεις αρχές. Σαφές, πάντως, είναι ότι, ως τέτοιοι λόγοι, δεν μπορούν να νοηθούν εκείνοι που επέβαλαν την αναφερόμενη στο αμέσως προηγούμενο χρονικό διάστημα (έως 28.6.2010) νομιμοποίηση των δαπανών για την εξόφληση των προμηθευτών των Νοσοκομείων, με τη διάταξη του άρθρου 27 παρ. 9 του ν. 3867/2010, που έχει ήδη κριθεί από το αρμόδιο Τμήμα συμβατή με το κοινοτικό δίκαιο (βλ. την 225/2010 Πράξη IV Τμ. Ελ. Συν., όπου και μειοψηφία). Και τούτο όχι μόνον διότι η έκταση της νεότερης ρύθμισης, που καταλαμβάνει κάθε είδους πλημμέλεια, είναι πολύ ευρύτερη σε σχέση με την

προηγούμενη, αλλά και διότι η επελθούσα με το άρθρο 27 παρ. 9 του ν. 3867/2010 νομιμοποίηση είχε εξαιρετικό χαρακτήρα, προς τον οποίον δεν συνάδει η επανάληψη και, κατά μείζονα λόγο, η διεύρυνση του ρυθμιστικού της πεδίου με το άρθρο 66 παρ. 28 του ν. 3984/2011. Πράγματι, όπως η αιτιολογική έκθεση του άρθρου 27 του ν. 3867/2010 διελάμβανε, με αυτό τακτοποιούνταν «(...) συσσωρευμένες υποχρεώσεις των Νοσοκομείων προς τους προμηθευτές τους από προμήθειες φαρμάκων, υγειονομικού υλικού, ορθοπεδικού υλικού και χημικών αντιδραστηρίων (...) ύψους συνολικά μέχρι 5.340 εκατομμυρίων ευρώ», η τακτοποίηση ήταν το μεν επιβεβλημένη, δοθέντος ότι η καθυστέρηση στην εξόφληση των προμηθευτών είχε ως αποτέλεσμα «να δημιουργείται κίνδυνος άμεσης διακοπής του εφοδιασμού των Νοσοκομείων (...) και διατάραξη της ομαλής λειτουργίας τους», το δε συμφέρουσα, αφού «α) οι οφειλές των ετών 2007 και 2008 μέχρι του ύψους των 200.000 ευρώ ανά προμηθευτή, εξοφλούνται με μετρητά (...) β) με ομόλογα εξοφλούνται οι λοιπές υποχρεώσεις των ετών 2007 και 2008, ύψους 1.100 εκ. ευρώ, 2.200 εκ. ευρώ αντίστοιχα και όλες οι υποχρεώσεις του 2009, ύψους 2.040 εκ. ευρώ», ενώ, συγχρόνως, επετύγχανε και την «αιτούμενη εξυγίανση του συστήματος προμηθειών», προς επίρρωση, μάλιστα, των ανωτέρω, κατά τη συζήτηση του οικείου σχεδίου νόμου στη Βουλή, η τότε Υπουργός Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης ανέφερε ότι, χωρίς την τακτοποίηση, το Εθνικό Σύστημα Υγείας θα ήταν, λόγω των ελλείψεων υλικών, «κάτω από συνεχή ομηρία» και, πέραν της επιβάρυνσης με τόκους υπερημερίας και «δικαστικές περιπέτειες, οι οποίες κοστίζουν επιπλέον εκατομμύρια», ούτε μπορούσε «η χώρα να δίνει την

εντύπωση ότι κάνει στάση πληρωμών στο χώρο της υγείας», ούτε ήταν δυνατόν «να εφαρμοσθεί αποτελεσματικά το νέο πλαίσιο προμηθειών» (βλ Πρακτικά Βουλής, ΙΓ περίοδου, Α΄ συνόδου, Ε΄ συνεδρίασης της 22.7.2010, σελ. 221). Ήταν, επομένως, υπό το πρίσμα των συγκεκριμένων συνθηκών, όπως είχαν διαμορφωθεί τον Ιούνιο του έτους 2010 και λεπτομερώς εκτεθεί από το νομοθέτη, που το Τμήμα, συνεκτιμώντας αφενός την οικονομική ωφέλεια για το δημόσιο ταμείο από τη ρύθμιση των οφειλών προς τους προμηθευτές, αφετέρου την ανάγκη οριστικής και διά παντός εκκαθάρισης των εκκρεμοτήτων από τις παράνομες διαδικασίες ανάθεσης του παρελθόντος, προς το σκοπό της εμπέδωσης εφεξής της νομιμότητας στις προμήθειες των Νοσοκομείων, ήχθη στην κρίση ότι οι διατάξεις του άρθρου 27 παρ. 9 του ν. 3867/2010 δικαιολογούνται από λόγους επιτακτικού δημοσίου συμφέροντος και δεν αντίκειντο στο κοινοτικό δίκαιο. Εν προκειμένω, ωστόσο, καμία ανάλογη εκτίμηση δεν είναι εφικτή, αφού ούτε στοιχεία για τη δημοσιονομική κατάσταση και τον εφοδιασμό των Νοσοκομείων, ως είχαν τον Ιούλιο του έτους 2011, οπότε δημοσιεύθηκε ο ν. 3984/2011, παρατίθενται, ούτε μόνη η εναρμόνιση των δαπανών των προμηθειών προς τις χαμηλότερες τιμές του Παρατηρητηρίου του άρθρου 24 ν. 3846/2011 μπορεί να θεωρηθεί ότι ενέχει χαρακτήρα αμοιβαίως επωφελούς συμβιβασμού με τους προμηθευτές, καθόσον, όπως προεκτέθηκε, η εναρμόνιση αυτή, η οποία θεσμοθετήθηκε ακριβώς για τη διασφάλιση του ταμειακού συμφέροντος του Δημοσίου, αποτελεί ήδη υφιστάμενη από την 1.1.2010 - δεκαεννέα μήνες πριν από τη θέση σε ισχύ του άρθρου 66 παρ. 28 του ν. 3984/2011 - νομική υποχρέωση των τελευταίων, με συνέπεια καταβολή

δαπανών προμηθειών, καθ' υπέρβαση των τιμών του Παρατηρητηρίου, ούτως ή άλλως να μην επιτρέπεται. Εξ αντικειμένου δε η νυν επιχειρούμενη νομιμοποίηση αντιβαίνει στο σκοπό της εξυγίανσης του συστήματος προμηθειών των Νοσοκομείων, διαιώνίζοντας τις παθογένειες που ο ν. 3867/2010 ηθέλησε οριστικά να εξαλείψει, πολύ περισσότερο που, με επίκληση του ίδιου σκοπού, έχουν προηγηθεί, εκτός από τη διάταξη του άρθρου 36 του ν. 3763/2009, για την οποία έγινε παραπάνω λόγος, και οι επίσης αναφερόμενες σε προμήθειες υγειονομικού υλικού νομιμοποιητικές διατάξεις των άρθρων 15 του ν. 2955/2001 (Α' 256) και 17 του ν. 3301/2004 (Α' 263), χωρίς καμία από τις, επί δεκαετία και πλέον επαναλαμβανόμενες, νομιμοποιήσεις να συμβάλει στη συμμόρφωση των φορέων του Εθνικού Συστήματος Υγείας προς τις υποχρεώσεις τους, ως προς την τηρητέα διαδικασία ανάθεσης των προμηθειών τους.

IV. Κατ' ακολουθίαν των προεκτεθέντων, εισηγούμαι να γίνει δεκτό ότι οι διατάξεις των άρθρων 66 παρ. 28 του ν. 3984/2011, 44 παρ. 3 του ν. 4025/2011 και 14 παρ. 9 του ν. 4052/2012, κατά το μέρος που με αυτές νομιμοποιούνται δαπάνες από προμήθειες, οι οποίες, μολονότι παρουσίαζαν βέβαιο, ενόψει του αντικειμένου και της αξίας τους, διασυνοριακό ενδιαφέρον, ενεργήθηκαν χωρίς να τηρηθούν οι διατυπώσεις που επιβάλλει η ανάπτυξη πραγματικού και δίκαιου ανταγωνισμού, αντίκεινται στις θεμελιώδεις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας και, ως εκ τούτου, είναι ανίσχυρες, η δε υπόθεση να αναπεμφθεί στο Τμήμα για την κατ' ουσίαν εξέτασή της.

Η Ολομέλεια, μετά από μακρά διαλογική συζήτηση, κατά πλειοψηφία, που αποτελέστηκε από είκοσι δύο (22) μέλη, ήτοι τους Ιωάννη Καραβοκύρη,

Πρόεδρο, Φλωρεντία Καλδή, Γεώργιο Κωνσταντά, Ανδρονίκη Θεοτοκάτου, Σωτηρία Ντούνη, Μιχαήλ Ζυμή και Ευφροσύνη Κραμποβίτη, Αντιπροέδρους, Γαρυφαλλιά Καλαμπαλίκη, Ευάγγελο Νταή, Νικόλαο Μηλιώνη, Άννα Λιγωμένου, Ασημίνα Σαντοριναίου, Ελένη Λυκεσά, Κωνσταντίνα Ζώη, Δημήτριο Πέππα, Δέσποινα Καββαδία - Κωνσταντάρα, Γεωργία Τζομάκα, Αργυρώ Λεβέντη, Στυλιανό Λεντιδάκη, Αντώνιο Κατσαρόλη, Χριστίνα Ρασσιά και Θεολογία Γναρδέλλη, Συμβούλους, δεν αποδέχθηκε την εισήγηση του Συμβούλου Κωνσταντίνου Εφεντάκη και διατύπωσε την ακόλουθη γνώμη : Με την ως άνω διάταξη του άρθρου 66 παρ. 28 του ν. 3984/2011, όπως ευθέως προκύπτει από το γράμμα της, ο νομοθέτης ρυθμίζει το ζήτημα της εξόφλησης των οικονομικών υποχρεώσεων των αναφερομένων στην ανωτέρω διάταξη νοσοκομείων, που προέρχονται από προμήθειες ιατροτεχνολογικών προϊόντων, φαρμάκων και συναφών υπηρεσιών και δεν επιχειρείται η ανατροπή των νομικών κανόνων που ισχύουν στο κοινοτικό και εσωτερικό δίκαιο και διέπουν τις διαδικασίες ανάθεσης των οικείων προμηθειών. Η εν λόγω ρύθμιση είναι εξαιρετική και υπαγορεύθηκε προκειμένου να διαφυλαχθεί η λειτουργία και αποστολή του δημόσιου συστήματος υγείας της Χώρας και κατ' επέκταση να αποφευχθεί η διακινδύνευση της υγείας των πολιτών, ενόψει της διαπιστωμένης αδυναμίας ανεφοδιασμού των δημόσιων νοσοκομείων με τα απαραίτητα για την εκτέλεση των ιατρικών πράξεων ιατροτεχνολογικά προϊόντα και φάρμακα. Ως εκ του σκοπού της επομένως η ρύθμιση αυτή υπηρετεί υπέρτατο και επιτακτικό δημόσιο συμφέρον. Δεδομένου δε ότι με αυτήν λαμβάνεται πρόνοια για την πληρωμή μόνο όσων από τις προαναφερόμενες δαπάνες εναρμονίστηκαν με τις

χαμηλότερες τιμές της εγχώριας αγοράς, όπως αυτές έχουν καταγραφεί στο Παρατηρητήριο Τιμών του άρθρου 24 του ν. 3846/2010, ανεξάρτητα από την τιμή με την οποία οι σχετικές προμήθειες είχαν ανατεθεί και ως εκ τούτου πρόκειται ουσιαστικά για συμβιβαστική επίλυση των οικονομικών διαφορών μεταξύ των νοσοκομείων και των προμηθευτών τους, με συμφέροντες γι' αυτά όρους, δημιουργείται, λαμβανομένης υπόψη της δεινής δημοσιονομικής κατάστασης στην οποία έχει περιέλθει η Χώρα η οποία έχει επηρεάσει και το σύνολο της οικονομικής δραστηριότητας, μια δίκαιη ισορροπία μεταξύ του σκοπού που επιδιώκει η προαναφερόμενη ρύθμιση και του λαμβανομένου για την εξυπηρέτηση του σκοπού αυτού μέτρου.

Μειοψήφησαν δώδεκα (12) μέλη, ήτοι : ο Αντιπρόεδρος Νικόλαος Αγγελάρας και οι Σύμβουλοι Χρυσούλα Καραμαδούκη, Μαρία Βλαχάκη, Γεώργιος Βοΐλης, Γεωργία Μαραγκού, Βασιλική Ανδρεοπούλου, Μαρία Αθανασοπούλου, Ευαγγελία - Ελισσάβητ Κουλουμπίνη, Σταμάτιος Πουλής, Βιργινία Σκεύη, Αγγελική Μαυρουδή και Βασιλική Σοφianού, οι οποίοι αποδέχθηκαν την εισήγηση του Συμβούλου Κωνσταντίνου Εφεντάκη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΙΩΑΝΝΗΣ ΚΑΡΑΒΟΚΥΡΗΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΙΩΑΝΝΑ ΑΝΤΩΝΟΓΙΑΝΝΑΚΗ

Για την ακρίβεια
Η Γραμματέας

ΙΩΑΝΝΑ ΑΝΤΩΝΟΓΙΑΝΝΑΚΗ